CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

IPSO JURE

AÑO I Nº 1 MAYO 2008

REVISTA VIRTUAL

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

H.DÁVILA

PRESENTACIÓN

Más que un honor, tener la oportunidad de hacer la formal presentación de este innovador e importante trabajo de la Unidad Académica que preside el Dr. Edwin Figueroa Gutarra, integrante a la vez, de la Sala de Derecho Constitucional.

Honor, alegría y orgullo, al hacerlo en nombre de la Corte Superior de Justicia que me honro en presidir y dentro del marco del 88° aniversario de su instalación, enmarcados dentro de los altos objetivos de la gestión y de la institución en general.

Parece un sueño pero hoy, con los avances tecnológicos y la globalización, para satisfacción de quienes conocen, aprecian y proyectan el mundo de las leyes y la cultura en general, se torna una feliz realidad que compartamos junto al mundo entero.

De allí que reconocemos la dedicación, responsabilidad, esfuerzo y contribución de los señores magistrados y personal jurisdiccional de la Corte Superior que me honro en presidir, al haber elevado oportunamente sus tan valiosos artículos, comentarios y otros dignos de ustedes lectores de esta singular revista virtual.

Creemos sinceramente que el trabajo a la vista es prueba que vamos más allá del dicho, en aquello que la comunidad tanto aspira: contar con un Poder Judicial que brinde un servicio eficiente, oportuno y transparente, que le permita recibir y gozar de la confiabilidad y el respeto del justiciable y del ciudadano.

Los señores magistrados y servidores jurisdiccionales, cuyas plumas aquí aparecen, así lo conciben y plasman, motivando y fortaleciendo la gesta o composición de un liderazgo motivador, ético y creador, misión y reto en los cuales estamos todos imbuidos, y plenos de esperanza que también será una feliz realidad.

Por otro lado, debe quedar claro, que no queremos desmerecer el valor del folleto, la radio, la Tv. o el diario, en su misión de informar y educar según su visión y ámbito local o nacional; al contrario, hay que agradecer, en cuanto a derecho y justicia atañe, porque su presencia, luces y aportes, por cierto, ha sido, es y será siempre importante.

Tampoco queremos dejar de lado, el trabajo efectuado y en curso, el mismo que hemos efectuado en el seno de la Corte, diversas instituciones académicas, Universidades de la Región, así como en Instituciones Educativas Secundarias, lugares a los cuales hemos llegado y actuado con sumo agrado al tratarse de la difusión de la cultura jurídica.

Finalmente, no me queda más que reiterar la felicitación a la Unidad Académica y colaboradores de este esperado vocero electrónico, darles la bienvenida y aspirar su permanencia y fortalecimiento, cuyos frutos ha de beneficiar a los lectores y la comunidad en pleno de esta siempre bienvista región, hoy con los ojos del mundo, puestos con expectativa y justicia en ella.

Sea siempre la comunicación, el mejor camino y signo de democracia, igualdad, desarrollo y solidaridad entre los hombres y los pueblos del mundo.

Muchas gracias.

DR. JIMMY GARCIA RUIZ
Presidente de la Corte Superior de Justicia
Lambayeque.

PRIMER CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dr. Jimmy García Ruiz, Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los Vocales Superiores.
- Dra. Carmen Ravines Zapatel, en representación de los señores Jueces Civiles.
- Dr. Oscar Burga Zamora, en representación de los señores Jueces Penales.
- Dra. Paola Alvarado Tapia, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados.

Auxiliares jurisdiccionales de apoyo:
- Dras. Jovanny Vargas Ruiz y Esmeralda Carlos Peralta.

INDICE

PRESENTACIÓN 2

PALABRAS DEL DIRECTOR 5

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTA 7
DR. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ

MARCO CONSTITUCIONAL DEL DESPIDO ARBITRARIO 14
EDWIN FIGUEROA GUTARRA

CASOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA 22
RAÚL H. SOLANO CHAMBERGO.

EL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA APLICADO A LOS PROCESOS TRAMITADOS CON EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES 26
ANA ELIZABETH SALÉS DEL CASTILLO

"LOS ÚLTIMOS DÍAS DEL INQUISIDOR" 37
ERWIN GUZMÁN QUISPE DÍAZ

"EL ESPÍRITU VOCACIONAL DE IMPARTIR JUSTICIA" 42
DRA. YOLANDA GIL LUDEÑA

ANTE UNA NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO 44
DRA. CECILIA LUCILA TUTAYA GONZALES

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA LABOR DEL JUEZ 50
VIRGINIA DEJO ZAPATA

¿PROCEDE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL POST MORTEM? 55
ROSA MARIA MEJIA CHUMAN

SOBRE LA CLÁUSULA DE LOS DERECHOS NO ENUMERADOS, RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PERSONALIDAD JURÍDICA. 58
ROSA BANCES GUEVARA.

EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA 65
ELIA JOVANNY VARGAS RUÍZ

LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA EN EL DERECHO COMPARADO 72
ABOG. VERÓNICA VÁSQUEZ PLAZA.

"LA PRESUNCION DE INOCENCIA" 75
MARITZA LUJÁN CASTILLO

¿QUIÉN ES BUEN ABOGADO? 79
JOSÉ FRANCISCO HORNA SEGURA

PALABRAS DEL DIRECTOR

Nuestra revista electrónica ***IPSO JURE*** nace en esta fecha de LXXXVIII aniversario de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque a fin de complementar la labor académica en nuestro Distrito Judicial, buscando asumir el perfil de un medio de comunicación virtual, preocupado a su vez por transmitir las inquietudes de producción intelectual de sus miembros.

Sabemos que la labor de los Magistrados es sumamente exigente, que el trabajador judicial debe asumir el perfil de un servidor responsable para con su Despacho, y a su vez, que todas las personas imbuidas en el ámbito judicial enfrentamos el reto permanente de una necesaria y constante capacitación en todos los rubros del Derecho, así como que es nuestro deber no sólo cumplir las tareas inherentes para con nuestros Despachos sino inclusive hacer una labor de proyección de lo valioso de nuestro trabajo hacia la sociedad civil. Entonces, en esa línea de reflexión, estimamos sumamente importante propiciar la iniciativa de fundar un medio de comunicación que sirva de vehículo de la inquietud intelectual de los integrantes de este Distrito Judicial, procurando convertirnos en una revista trimestral que pueda reflejar que el Distrito Judicial de Lambayeque asume el reto, compromiso y exigencia de trasmitir los temas de derecho materia de preocupación de sus Magistrados y trabajadores.

¿ Y por qué transmitir estas inquietudes sobre temas de Derecho? Porque desde la Ley de las XII Tablas y el "Organum" de Aristóteles, con el devenir de los acontecimientos jurídicos por espacio de casi 3,000 años de historia relevante del hombre, las diversas concepciones sobre el Derecho han convertido a nuestra disciplina de diario examen, como decía el profesor René David, en una ciencia interpretativa de normas, de hechos, de valores, de vivencias e ideologías, que se dan en un tiempo y en un espacio jurídico determinado. Y más aún, que no siendo absoluta ni exacta la interpretación de los conflictos jurídicos, generan tales acepciones en el Derecho, la necesidad de una constante interpretación. Conforme señala Rafael Asis de Roig, en su obra " Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento" , al delimitar el ámbito de la interpretación jurídica, dicho autor precisa que " (…)Los criterios de interpretación son orientativos, no existiendo regla alguna que nos indique cuándo debe prevalecer un criterio sobre otro. Se ha llegado a señalar la imposibilidad de jerarquizarlos. En la interpretación, así mismo, la argumentación desempeña un importante papel. La adopción de criterios interpretativos va siempre acompañada o apoyada de una determinada argumentación. Parece conveniente, entonces, relacionar los criterios con las máximas de la experiencia en la interpretación, y concretamente, con los criterios sobre la interpretación del lenguaje natural". Sobre dichas bases, consecuentemente, no resulta suficiente que los órganos jurisdiccionales se circunscriban únicamente a " decir el derecho", sino que resulta imperativo para con nuestros deberes, asumir criterios de interpretación a señalar en nuestras decisiones, en concordancia con la norma jurídica y los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Y como paso siguiente, naturalmente complementario al primero, a explicar nuestras posiciones en el Derecho, enriqueciendo el debate jurídico, a través de artículos de nuestra producción.

Una revista como la que hoy nace a la luz, resulta consecuentemente, un vehículo adecuado para que cumplamos dicha tarea interpretativa en el ámbito de la comunicación académica virtual, y el objetivo es aún mayor, pues nos permite expresar nuestros puntos de vista sobre aquellos temas no suficientemente trabajados por la ley, sugiriendo a su vez las mejoras legislativas a implementar, o en su caso, a señalar los criterios de interpretación a verter sobre determinados temas. O de ser el caso, a formular ensayos señalando un tema problemático a analizar, así como desarrollar una investigación jurídica desde la perspectiva científica, en la perspectiva de que los Magistrados igualmente debemos ser investigadores de los fenómenos descriptivos y no descriptivos del derecho. De otro lado, nos permite una labor de proyección hacia la sociedad

civil, aquella que está en contacto diario con nosotros a través de nuestras resoluciones jurisdiccionales, de nuestros actos administrativos y del modo en que nos relacionamos con los usuarios del servicio de administración de justicia, y conforme decía el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Francisco Távara Córdova, al inicio de su gestión, que era necesario asumir la posición de defensa de los intereses de dichos usuarios, al resultar ínsito respecto de nuestro trabajo la calidad de servidores públicos de nosotros los propios Magistrados y auxiliares, desde la más alta jerarquía administrativa hasta el puesto más modesto.

Como reflexión final, cabe pues señalar que empezamos este proyecto pretendiendo asignarle larga vida y bajo un formato virtual que estima preponderante hacer uso de la tecnología de las comunicaciones, dada su amplia posibilidad de comunicación. Es nuestra intención convertirnos en un medio de información con amplia apertura. Esta revista pretende no sólo exponer el punto de vista de los Magistrados sino también destacar la importancia de la preocupación académica de nuestros servidores, para después proyectarnos a dar cabida a los señores abogados que tengan interés en trabajar temas relevantes del Derecho. El compromiso ha sido asumido. Queda por recorrer el tramo de la constancia, la persistencia y la dedicación. Esperamos no cejar en el intento y asumimos que todos resultamos involucrados en este modesto proyecto.

El Director

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTA

DR. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ
VOCAL SUPERIOR DE LA SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA.

EL CASO:

Juan demandó el desalojo por ocupación precaria, a efectos que **Pedro** desocupe y entregue el inmueble el cual supuestamente venía ocupando; el demandado se allana a la demanda, por ende el Juez expide la sentencia correspondiente declarando fundada la demanda, disponiendo que se desocupe el inmueble, y al no ser apelada dicha sentencia, se declaró consentida, disponiéndose la ejecución del desalojo. Es en este momento procesal que se apersona a la instancia **Luis**, el mismo que presentando copia certificada de su título de propiedad inscrito en los Registros Públicos, pide al a quo que no proceda al lanzamiento, puesto que es el verdadero titular del inmueble, y que siempre ha venido ocupándolo, sin embargo por razones de salud había tenido que viajar a Lima a hacerse un tratamiento médico especializado, dejando encargado el bien a su sobrino Pedro, y habiendo regresado en fecha reciente es notificado con la resolución que dispone el lanzamiento.

En este caso, el juez de la causa se encuentra ante un pedido que considera difícil pueda amparar, en primer lugar por que ya existe una sentencia que ha adquirido la calidad de cosa juzgada(1), siendo que en tales condiciones lo decidido allí tiene que cumplirse, ya que caso contrario infringiría la prohibición prevista en el artículo 4 del TUO de la LOPJ(2).

Siendo así, y desestimado que sea el pedido de Luis, no le queda más que acudir a cualquiera de las dos vías previstas para cuestionar decisiones firmes: a) la Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta, y b) el Proceso de Amparo, y siendo que tiene que optar por una de ellas, la pregunta es: ¿Cuál de los dos vías resulta más adecuada para la defensa de su derecho?.

Cuando entran en conflicto los intereses de las personas y se acude a un órgano jurisdiccional, los justiciables siempre tienen la esperanza que su derecho preterido sea pronto y eficazmente resarcido o restituido; sin embargo, muchos de los procesos legislados no logran colmar las justas expectativas de los requirentes del servicio de justicia, ya que al ser muy latos en sus trámites, y no tener mecanismos adecuados para garantizar la eficacia de lo que en definitiva se decida, hacen que se incurra en afectación al principio-derecho de la tutela jurisdiccional efectiva(3). Si bien en muchos casos es necesario que se desarrolle previamente todo un trámite para que el juzgador adquiera la cognición necesaria, ya que es poca la claridad del asunto planteado, necesitando de un debate probatorio a afectos de resolver la cuestión; sin embargo, existen situaciones en las cuales se requiere de una decisión muy rápida, pues de no ser así, lo pretendido en la demanda se tornaría ilusorio.

Lo antes señalado se ve en muchas ocasiones cuando se trata de demandadas sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta, lo cual nos ha motivado a preguntarnos si: ¿resulta adecuado el tratamiento del tema cautelar en materia de nulidad de cosa juzgada fraudulenta?. Habiendo obtenido respuestas no satisfactorias a dichas interrogantes, pues hemos apreciado que en la realidad existen situaciones que merecen decisiones originarias por parte de los

---

(1) Según el art. 123 del Código Procesal Civil, una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando: 1) no proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o 2) las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

(2) El art. 4 del TUO de la LOPJ, establece en su segundo párrafo que no se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determina en cada caso.

(3) Principio–derecho consagrado en el art. 139.3 de la Constitución Política del Estado, art. I del TP del CPC, art. 4 del Código Procesal Constitucional (que le ha denominado "Tutela procesal efectiva", y art. 7 del TUO de la LOPJ.

(4) A esto denominamos control difuso de la constitucionalidad normativa, siendo un deber del juez ejercitar dicho control, el cual se encuentra previsto como tal en la segunda parte del art. 138 de la Constitución Política, también en el art. 14 del TUO de la LOPJ, y en el art. VI del TP del Código Procesal Constitucional.

(5) "Artículo 178º.- Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas

jueces, y más aún, decisiones que incluso impliquen apartarse de la norma positiva de rango legal, para preferir a la Constitución Política[4], ya que sólo así se podría dar una respuesta efectiva a los usuarios del Poder Judicial, trayendo como consecuencia la reversión del desprestigio de nuestra institución.

PROCESO DE NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTA

Según el art. 178 del Código Procesal Civil[5], se puede demandar la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegándose que el proceso que origina ha sido seguido Con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso. Sin embargo no se crea, que en nuestra legislación es novedosa la posibilidad de revisión de decisiones firmes, pues ya en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, hemos tenido regulado el "Juicio Contradictorio"[6], el cual sin embargo presenta características muy distintas a nuestro actual proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, incluso no se preveía la posibilidad de dictar medidas cautelares, pues no estaban sistematizadas como ahora.

Otros países, acogen la posibilidad de revisión de decisiones judiciales firmes, sin embargo, no necesariamente a través de todo un proceso, así tenemos por ejemplo que la hermana república de Bolivia, en el artículo 297 de su Código Procesal Civil[7], establece dicha posibilidad mediante la interposición de un **"recurso extraordinario"**, pero sólo cuando se presenten algunas de las situaciones previstas en dicho numeral.

No cabe duda que las medidas cautelares son necesarias para la plena tutela de los derechos[8], sin embargo, nuestro Código Procesal Civil limita el dictado de estas medidas en los procesos de nulidad de cosa juzgada fraudulenta a la medida cautelar inscribible, que no satisface plenamente aquellos casos en que se trate de sentencias de condena, ya que muchas veces lo que se necesita para cautelar debidamente el derecho, es que el Juez expida una decisión que modifique una situación de hecho, o que la inmovilice.

Cuando se habla de la ejecución de una decisión que ha adquirido la calidad de cosa juzgada, el tema sobre la tutela jurisdiccional efectiva se torna ya difícil, pues podrían haber situaciones, como en el caso planteado, en que la firmeza de la decisión se ha adquirido con clara violación del derecho al debido proceso de quien va a ser ejecutado, y siendo así, resulta claro que lo más aconsejable y justo, resultaría no efectivizar la decisión, al menos si antes no se ha descartado la duda razonable sobre la validez de la decisión final.

En virtud del derecho a la tutela jurisdiccional, antes del proceso(9), el Estado debe proveer a los justiciables de los elementos materiales y jurídicos necesarios para llevar un proceso judicial en condiciones satisfactorias; en ese contexto se tiene que si bien el Código Procesal Civil, ha incorporado instituciones del Derecho Procesal Civil moderno para hacer viable el respeto del derecho constitucional indicado, sin embargo, nos parece que en algunos casos su tratamiento ha sido muy tibio, con ciertos "temores"(10). Con la experiencia negativa que se había tenido con el "Juicio Contradictorio", el legislador del 93, reguló de manera distinta el cuestionamiento de la cosa juzgada, sin embargo, a nuestro parecer es precario el tratamiento de la medida cautelar al respecto, no obstante que en esta última materia ya se había avanzado mucho, estando incluso a la vanguardia de otros orde-

---

partes, o por el Juez o por éste y aquellas.
Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.
En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.
Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso.
Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal."

(6) "Artículo 1083º.- La sentencia recaída en el juicio ejecutivo; en los interdictos; en el juicio de divorcio; en el de desahucio, con la reserva establecida en el artículo 973º; en el de alimentos; pérdida de la patria potestad; remoción, excusa y renuncia de los guardadores; así como en las resoluciones que ponen fin al procedimiento para la declaración de herederos; apertura de testamentos cerrados y comprobación de testamentos privados o verbales; guarda y posesión de los bienes del ausente; adopción; inscripción y rectificación de partidas en los registros del estado civil e interdicción de incapaces, pueden ser contradichas en juicio ordinario." Código de Procedimientos Civiles; Luis Escudero Gonzáles; EDDILI.

(7) Art. 297.- (PROCEDENCIA). Habrá lugar al recurso extraordinario de revisión ante la Corte Suprema de Justicia, de una sentencia ejecutoriada en

namientos.

Atendiendo a nuestra práctica procesal en la judicatura podemos decir que algunas veces hemos advertido que la limitación a la interposición de medidas cautelares por parte del demandante en el proceso de revisión judicial, hace que la fase cautelar de estos procesos no sirva de mucho, o de nada en algunos casos, para cuidar debidamente los derechos sustantivos de quien se considera agraviado con una decisión judicial obtenida en virtud de un fraude o colusión. Así se tiene que en el caso planteado inicialmente, no vemos de que manera la medida cautelar de inscripción le puede asegurar al tercero su permanencia en el inmueble, siendo que obviamente ese es su interés primario.

MEDIDAS CAUTELARES INSCRIBIBLES

Las medidas cautelares inscribibles que regula nuestro Código Procesal Civil son el embargo en forma de inscripción[11] y la anotación de demanda en los registros públicos[12], siendo que la primera se refiere a bienes inscritos en los registros públicos, y la segunda a cualquier derecho registrado. En consecuencia, podríamos concluir en que la medida cautelar de un proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta sólo queda limitada a los casos en los cuales se pretenda la afectación de un bien para el cumplimiento de la decisión definitiva, y también, en los casos que la sentencia ampare una pretensión en la cual se hayan discutido derechos inscritos, lo cual obviamente deja de lado situaciones en las cuales estén en discusión derechos no patrimoniales (usurpación de nombre), o patrimoniales no inscritos, dejando así de lado la protección a eventuales agraviados por el simple hecho de no registrar sus bienes, lo cual de acuerdo a nuestra legislación es opcional, afectándose por ende el derecho fundamental a la igualdad[13].

REQUISITOS DE MEDIDAS CAUTELARES DISTINTAS A LAS INSCRIBIBLES EN LOS PROCESOS DE NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTA

Si se posibilitara legalmente en un proceso de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta, la discrecionalidad del juzgador para el dictado de una medida cautelar distinta a las inscribibles, deberría disponerse el cumplimiento de requisitos más exigentes que los observados para los procesos comunes (verosimilitud del derecho invocado y peligro en la demora); los cuales podrían ser la acreditación de la alta o fuerte probabilidad del derecho invocado, de la situación de urgencia, y la presentación de contracautela de naturaleza real o fianza personal, no caución juratoria.

1. La alta probabilidad del derecho. Está referida al hecho que el actor debe convencer al juez que le asiste la razón en el derecho pretendido, que éste va a ser atendible o amparado, por lo que postulamos que para decretar favorablemente la medida cautelar innovativa o genérica en un proceso de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta, debemos estar ante un interés cierto y manifiesto, frente a una evidencia de derecho, lo cual debe aparecer muy clara, esto es, que el juzgador no tenga prácticamente mayores dudas acerca de la procedencia del derecho pretendido por el actor: la nulidad de la cosa juzgada.

Este primer presupuesto, no puede confundirse con el fumus bonis juris (humo bueno de derecho) o verosimilitud del derecho que constituye uno de los presupuestos de

---

proceso ordinario, en los casos siguientes:
1) Si ella se hubiere fundado en documentos declarados falsos por otra sentencia ejecutoriada que se hubiere dictado con posterioridad a la sentencia que se tratare de revertir.
2) Si. habiéndose dictado exclusivamente en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.
3) Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o fraude procesal declarado en sentencia ejecutoriada.
4) Si. después de pronunciada, se recobraren documentos decisivos detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en favor de la cual se hubiere dictado, previa sentencia declarativa de estos hechos y ejecutoriada. (Art. 299).-www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/legisla/bolivia/ley10.HTM

(8) El doctor Juan Monroy Gálvez, en una conferencia disertada en la AMAG en la ciudad de Lima, comentando una obra del profesor italiano Charloni, señalaba que en Europa un proceso civil en promedio dura 5 años, 9 meses; en Italia, dura 116 meses, esto es, casi 10 años, sin embargo ello no implica que su sistema judicial se desprestigie, puesto que tienen dos instituciones que oxigenan dicha morosidad: a) procedimiento monitorio (siempre empieza con medida cautelar; invierte el contradictorio); y b) el art. 700 CPC Italiano (medida cautelar genérica), establece el Poder General de Cautela.

las medidas cautelares, y que el solicitante de ésta debe acreditar, teniendo en cuenta que la certeza jurídica plena exigida al juez para la resolución de un conflicto de intereses e incertidumbre jurídica, y en consecuencia la atribución de un derecho controvertido a cualquiera de las partes, recién podrá adquirirse después de la tramitación de un proceso en el cual se pueda contar con amplias posibilidades de debate y respetando el principio del contradictorio, la cual también se conoce como principio de bilateralidad. Esto no ocurre en las medidas cautelares ya que se tramitan sin conocimiento del emplazado o con un contradictorio muy reducido.

En las medidas cautelares, el juez tiene un conocimiento periférico o reducido de la cuestión, el cual resulta compatible con la urgencia del despacho de dichas medidas. Esto en doctrina se denomina summaria cognitio propia del proceso cautelar que impide un análisis profundo de las múltiples circunstancias de hecho y de derecho que rodean las relaciones jurídicas[14].

Según el maestro Carnelutti, se habla del grado de conocimiento del juez "porque la declaración judicial o sentencia no siempre exige que el juez conozca con plenitud absoluta la totalidad de la situación jurídica, pues en determinados casos, razones de política procesal para que la función jurisdiccional del órgano se considere debidamente cumplida mediante un conocimiento de la forma, como en el proceso ejecutivo; o con un conocimiento superficial y limitado, como en los interdictos estos casos el juez puede dictar una sentencia válida para los fines que propugnó el legislador al establecer estos diferentes tipos de proceso. Paralelamente a estos supuestos, y muchas veces, subsiguientemente a ellos, el legislador ha contemplado supuestos en que el conocimiento del juez debe ser pleno, en el sentido no solamente de abarcar toda situación jurídica que se le plantea, sino también en el sentido que su mandato respecto de la situación jurídica sea inmutable" [15].

En definitiva, en las medidas cautelares el juicio del juzgador es un juicio de probabilidades sobre la fundabilidad del derecho alegado, pero no será nunca un juicio de certeza plena, y si bien puede haber una diferencia cuantitativa en la probabilidad de la verosimilitud del derecho, esa diferencia no será de ninguna manera esencial o cualitativa, esto es, que nunca podrá llegarse a la certeza exigida constitucionalmente al juzgador para emitir un juicio definitivo sobre el derecho en cuestionamiento[16].

2. La situación de urgencia. Este presupuesto está referido a una situación urgente que exige tutela inmediata e imprescindible de parte del órgano jurisdiccional del Estado, a través de una decisión que satisfaga la pretensión, pero en un lapso de tiempo oportuno, es decir, en forma

inmediata, ya que caso contrario de no decretarse y ejecutarse la medida daría lugar a la frustración del derecho que el actor quiere proteger, o se le produciría un daño que sería de muy difícil o imposible reparación.

Esta primera característica se confunde con el clásico peligro en la demora (periculum in mora), que es un presupuesto de las medidas cautelares, y que según Ugo Rocco: "(…) no consiste, (…), en el peligro del retardo de la providencia definitiva, sino en la posibilidad de que en el período de tiempo necesario para la realización de los intereses tutelados por el derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se verifique un evento, natural o voluntario, que suprima o restrinja tales intereses, haciendo imposi-

---

(9) El Dr. Monroy Gálvez, considera que el derecho a la tutela jurisdiccional se puede ubicar en dos planos: a) Derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso, y b) Derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso: que contiene el haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial. Este mismo derecho puede desdoblarse en *derecho al proceso* y *derecho en el proceso*.- Monroy Gálvez, Juan; Introducción al Proceso Civil, T. I, Temis – De Belaunde & Monroy, 1996, Santa Fé de Bogotá – Colombia; pp. 246 y 247.

(10) Cuando a nuestro ilustre procesalista, Dr. Monroy Gálvez, refiriéndose al proceso de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta, se le preguntó: *¿Porqué sólo se consideraron medidas cautelares inscribibles y no otras, como la innovativa que contempla la acción de amparo?* contestó: "(...) cuando se propone un instituto absolutamente novedoso, en un sistema jurídico, hay que ser muy cauteloso con él y no siempre hay que optar por su regulación del modo teórico más perfecto que uno crea, sino que hay que mirar el contexto social en donde se va a aplicar(…): el temor era de que, como consecuencia de la medida cautelar innovativa, se hubiera usado de manera indiscriminada y la nulidad de cosa juzgada fraudulenta es una medida excepcional".- La Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta (entrevista realizada por el Dr. Roger Zavaleta Rodríguez para *Normas Legales*); en: Monroy Gálvez, Juan F.; La formación del Proceso Civil Peruano – escritos reunidos, Comunidad, 2003, 1ra. Edición, Mayo 2003, Lima; pp. 575 a 580.

(11) Código Procesal Civil.- Artículo 656.- Embargo en forma de inscripción.- Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que ésta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.

ble o limitando su realización por medio de los órganos jurisdiccionales. El carácter preventivo de la providencia cautelar no debe ser puesto en relación ni con la providencia llamada definitiva, la cual, como lo hemos demostrado, puede faltar en su existencia o en su contenido, favorable al solicitante, ni menos todavía con el retardo en la emisión de la providencia llamada definitiva, sino que debe inferírselo de la actividad jurisdiccional cautelar que se dirige a evitar la posibilidad de un daño (peligro) que pueda abolir o restringir los intereses, sustanciales o procesales, tutelados por el Derecho objetivo, durante todo el tiempo necesario para la realización por medio de los órganos jurisdiccionales del Estado, de dichos intereses, en virtud de la declaración de certeza, la condena y la realización coactiva "[17].

Como vemos pues el tema no se encuentra centrado en lo que pueda demorar un proceso, por ello es que algunos consideran que no es propio hablar de peligro en la demora, así tenemos que según el profesor Ovidio Araujo Baptista Da Silva[18], es más exacto hablar de riesgo de daño inminente que de peligro en la demora, pues el trámite ultrasumarisímo es realmente determinado por la: "Situación de daño inminente a que se encuentra expuesto el derecho probable a ser protegido por la tutela cautelar. Es esta emergencia de daño inminente lo que determina y condiciona los demás presupuestos. (…) sería un anacronismo evidente insistir en el concepto de periculum in mora como presupuesto para la tutela cautelar. Los que aún perseveran en el equívoco jamás podrán hacer, adecuadamente y con la coherencia necesaria, la distinción entre una medida cautelar y otra providencia de naturaleza satisfactiva, concedida como medida anticipatoria, correspondiente a la ejecución provisoria urgente, fundada en el periculum in mora".

Para aclarar en toda su extensión el concepto que estamos desarrollando tenemos que conceptuar al daño jurídico, el cual podría definirse "como la sustracción o disminución de un bien o como la abolición o la restricción de un interés, sea éste tutelado por una norma jurídica en la forma de un derecho subjetivo, sea tutelado en la forma de un simple interés"[19].

El daño será irreparable cuando los efectos de éste sobre el derecho reclamado son irreversibles; irreversibilidad que el operador jurídico deberá evaluar en consideración a la persona titular del derecho que puede ser perjudicado.

3. Contracautela. No es propiamente un requisito de obtención de la medida, sino más bien un presupuesto de ejecución de la misma. Este instituto para la gran mayoría de la doctrina constituye un presupuesto de las medidas cautelares, y su nomen juris nos da a entender que la contracautela es lo contrario a la cautela, y efectivamente este es el origen de dicho término, pues con la medida cautelar se garantiza la efectividad de la resolución que en su momento podría amparar el derecho pretendido por el demandante, sin embargo el emplazado no puede quedar totalmente desprotegido ante el dictado de una medida de esta naturaleza ante la eventualidad que se desestime la pretensión principal, es por ello que el legislador trata de proteger a esta última parte con otra cautela, a la cual se denomina "contracautela"[20].

El maestro Eduardo Couture, denomina a la contracautela "caución", señalando que las cauciones procesales participan más del carácter de los actos que de los contratos, y que el vínculo jurídico se establece, entre el obligado a prestar contracautela y el órgano jurisdiccional[21], por cuanto el juez la impone

---

(12) Código Procesal Civil.- Artículo 673.- Anotación de demanda en los Registros Públicos.- Cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo. Para su ejecución, el Juez remitirá partes al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar.
El registrador cumplirá la orden por su propio texto, siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.
La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida.

(13) Constitución Política.- Art. 2.- Toda persona tiene derecho: (…) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

(14) Según los doctores Hernández Lozano y Vásquez Campos: "El principio de cognición es el grado de conocimiento que asume el juez frente a las situaciones jurídicas que se plantean en los procesos para emitir una declaración de la voluntad de la ley. Este es un principio universal."; HERNANDEZ LOZANO, Carlos A., y VASQUEZ CAMPOS, José P., "Código Procesal Civil, T. III, comentado, concordado, anotado", Ediciones Jurídicas, Lima-Perú, 1995, p. 1561.

(15) Citado por HERNANDEZ LOZANO, Carlos A., y VASQUEZ CAMPOS, José P., "Código Procesal Civil, T. III, comentado, concordado, anotado", Ediciones

siempre que la ley así lo autorice, y también es este quien fija el monto y clase de dicha contracautela, por lo que no tiene participación el emplazado.

Se concluye entonces que la contracautela es un acto procesal, y no un acto jurídico, la misma que se integra por los siguientes elementos: 1) norma legal, ya que no hay obligación de prestar contracautela sin un mandato legal que la autorice o la imponga; 2) situación de hecho prevista en la norma; 3) requerimiento del adversario en los casos en que la obligación de dar contracautela queda suspendida a la exigencia contraria; 4) calificación judicial de la procedencia de la contracautela; 5) ofrecimiento de la contracautela; 6) calificación de la idoneidad de la contracautela propuesta; y 7) otorgamiento efectivo y documentación de la contracautela[22].

Existen solamente dos clases de contracautelas: la personal y la real, puesto que la caución juratoria está comprendida en la primera, aunque debe tenerse presente que ésta última no tiene un verdadero rol protector o garantizador, por lo tanto la tendencia debe ser a suprimirla o eliminarla debido a su ineficacia, pues así vemos en nuestro trabajo diario que por mucho que el requirente de una medida cautelar ofrezca juratoriamente pagar los daños y perjuicios al demandado en caso no se ampare su pretensión, y se cause perjuicio a su contrario, no se cumple con ello, ya que muchas veces resulta insolvente el actor; además, es un mandato legal resarcir los daños y perjuicios que se cause a alguien[23], por lo que resulta innecesario jurar que se va a cumplir con ello.

Consideramos que para el caso que se solicite una medida cautelar en un proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, y se vaya a amparar la misma, debería exigirse contracautela de naturaleza real, o de naturaleza personal, pero no juratoria, sino fianza personal que la encontramos regulada en el art. 1868 del Código Civil[24].

PROCESO DE AMPARO CONTRA COSA JUZGADA

Como inicialmente se dijo, el debido proceso puede ser materia de protección mediante dos vías procesales: Proceso de amparo[25], y Proceso de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta, y si bien ello no es del todo negativo, sin embargo en los casos que se pretenda la nulidad de una decisión definitoria de una instancia o de un acuerdo de partes homologado, con el cual se resuelva un conflicto de intereses o elimine una incertidumbre jurídica, la pretensión debería tramitarse en el proceso más lato posible, pues de por medio está el cuestionamiento de una decisión que se ha obtenido luego de todo un trámite donde ha existido contradicción y debate probatorio, que sustenta la seguridad jurídica, salvo excepciones muy puntuales, como el manifiesto agravio a la tutela procesal, que comprende el derecho al debido proceso, esto es, casos en los cuales sea tan evidente la afectación que sólo baste la simple evaluación de la prueba documental para comprobar ello.

Si bien puede alegarse que el Proceso de amparo, por ser más corto, cautelaría de manera más eficiente los casos en los cuales sea evidente la afectación al debido proceso, sin embargo nos parece que no resulta del todo una argumentación aceptable pacíficamente, pues en principio una resolución obtenida luego del desarrollo de un proceso judicial, tiene insita una presunción de validez legal, siendo así, el debate sobre su mérito debe hacerse en un proceso que preste más garantías de defensa y posibilite la actuación de medios probatorios, etapa

---

Jurídicas, Lima-Perú, 1995, p. 1561.

(16) El profesor Abraham Luis Vargas, respecto a los grados de conocimiento señala lo siguiente: "El juez, para anticipar la tutela, debe convencerse realmente –en grado de "fuerte probabilidad"- de que el actor "tiene efectivamente razón" en el planteo de fondo.
¿Y que quiere significar con ello? Pues, nada más y nada menos que aquello que los norteamericanos han caratulado como "clear and convincing evidence" (que traducido significa "evidencia clara y convincente". Recordemos aquí que en el sistema estadounidense están previstos cuales son los grados de convencimiento posible, y así tenemos un primer grado –de la menor exigencia probatoria- que se llama "preponderante of the evidence" (preponderancia de la evidencia), luego el ya visto de la "clear and convincing evidence" y, finalmente, el más exigente conocido como "beyond a reasonable doubt", es decir, "más allá de toda duda razonable"; Ob. Cit., p. 117.

(17) ROCCO, UGO; "Naturaleza del proceso cautelar, características y requisitos"; en Módulo 4: Derecho Civil y Procesal Civil, AMAG; p. 422.

(18) BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A; "Teoría de la acción cautelar", Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre – Brasil, 1993, pp. 107 y 108.

(19) ROCCO, UGO; Ob. Cit., p. 399.

(20) El doctor Juan José Monroy Palacios, nos dice al respecto que "La caución nace como una necesidad de garantizar los intereses de la parte afectada con la medida cautelar. Algunos autores consideran a la caución como la "cautela del demandado" de ahí que se le denomine en no pocas ocasiones

de la cual carecen los procesos constitucionales, más aún si se alega que ha existido alguna conducta procesal indebida que debería verificarse; y si bien los procesos de cognición tienen una duración mayor, sin embargo, esa dilación se vería perfectamente salvada si se diera la posibilidad de plantear cualquier medida cautelar pertinente que asegure adecuadamente el cumplimiento de la decisión final.

Por otro lado en el Código Procesal Constitucional vemos que en su artículo 6, establece que en los procesos constitucionales, sólo adquiere la calidad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncia sobre el fondo, lo cual significa resolver de manera definitiva sobre el conflicto, sobre la cuestión

controvertida, declarando el derecho de las partes. Ello significa que si en un proceso constitucional (por ejemplo, amparo por afectación del debido proceso) se expide una resolución desfavorable que se pronuncia sobre el fondo, el demandante ya no podría acudir a la vía legal ordinaria, porque si lo hace su contrario podría plantearle con éxito la excepción de cosa juzgada, sin embargo, algunos consideran que ello no podría justificarse plenamente puesto que eventualmente, el actor no habría podido acreditar su derecho por falta de etapa probatoria.

El artículo 8 de la Ley 23506 prescribía que la resolución final constituía cosa juzgada únicamente si era favorable al recurrente, entiéndase demandante o pretensor, por consiguiente, no se tenía la autoridad de cosa juzgada si la demanda era desestimada, sea que se pronunciara sobre el fondo o por la forma. Al respecto el doctor Anglas Castañeda señala que: "Ello no interesaba, por cuanto la disposición se fundamentaba básicamente en dos razones: a) la trascendencia del derecho constitucional; y b) la inexistencia de etapa probatoria en el proceso de amparo, de manera que se prefirió dejar abierta la posibilidad que en la vía ordinaria, donde si hay etapa probatoria, con plena cognición, se emita un segundo pronunciamiento, siempre y cuando así lo decidiese el Justiciable y tuviera aun expedita una vía ordinaria".(26)

Como se advertirá pues anteriormente se cautelaba de manera más amplia la afectación de los derechos constitucionales, lo cual se ha limitado, sin embargo ya el legislador ha tomado la opción de no posibilitar una nueva discusión sobre el derecho constitucional reclamado, aunque el mismo no sea amparado.

Obviamente que el tema tratado no se agota, ya que cuando se trata de discutir u opinar sobre él, surgirán otras tantas interrogantes como las ya planteadas, y que en el presente artículo se han absuelto de manera negativa, puesto que hemos concluido en que no resulta del todo adecuado el tratamiento cautelar en materia de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, debiendo posibilitarse la discrecionalidad del juzgador en este tema, sólo así, considero, se podría conseguir una mejor protección del derecho al debido proceso.

---

contracautela". MONROY PALACIOS, Juan José; "Bases para la formación de una teoría cautelar", Comunidad, 2002, Lima-Perú, p. 200.

(21) Cfr. HERNANDEZ LOZANO, Carlos A., y VASQUEZ CAMPOS, José P., "Código Procesal Civil, T. III, comentado, concordado, anotado", Ediciones Jurídicas, Lima-Perú, 1995, p. 2193.

(22) Cfr. HERNANDEZ LOZANO, Carlos A., y VASQUEZ CAMPOS, Ibid., p. 2193.

(23) Código Civil.- Art. 1969.

(24) "Artículo 1868.- Definición.- Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor. La fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor sino de otro fiador."

(25) Código Procesal Constitucional, art. 4

(26) Anglas Castañeda, Domingo Jesús; Comentarios al Codigo Procesal Constitucional, Cosa juzgada o cosa jugada.- www.teleley.com/articulos/art_251005-1.pdf

MARCO CONSTITUCIONAL DEL DESPIDO ARBITRARIO

EDWIN FIGUEROA GUTARRA
VOCAL SUPERIOR SALA CONSTITUCIONAL

I.- ¿ Qué debemos entender por contenido esencial de un derecho fundamental?, II.- Carácter programático, III.- Conservación del empleo, IV.- El artículo 22 de la Constitución de 1993 y su contenido esencial, V.- La protección contra el despido arbitrario.

El presente artículo tiene por objeto hacer una valoración de fondo sobre los principales aspectos de orden constitucional vinculados al despido arbitrario, analizar en qué medida se ha producido una efectiva modificación de los criterios de determinación de despido arbitrario en la normativa peruana y de qué modo el nuevo marco jurisprudencial peruano ha influido en una transposición de criterios vinculados al despido arbitrario, entendido como de un libre albedrío del empleador, para adoptar un rango de aplicación restringido supeditándolo a rango de causalidad.

I.- ¿Que debemos entender por contenido esencial de un derecho fundamental.?

Al fundamentar el Tribunal Constitucional su enfoque técnico respecto al despido arbitrario en la sentencia del expediente 1124-2001-AA/TC, precisa el supremo intérprete de la constitución, la necesidad de determinar el contenido esencial del derecho al trabajo a fin de proceder a definir el caso en litis. En esa línea resulta exigible llegar a establecer el contenido esencial de un derecho fundamental. Blancas Bustamante explica que[1] " La referencia (a un derecho fundamental) aparece por vez primera en el artículo 192 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, que indica que " en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia" y es reproducida en el artículo 53.1 de la Constitución Española al exigir que toda regulación legal de los derechos y libertades fundamentales respete, en todo caso, su " contenido esencial" .

En la línea de aclaración, el mismo autor sostiene qué debe entenderse por " contenido esencial" de un derecho fundamental al precisar que se trata de[2] " una respuesta sólida y coherente…que el Tribunal Constitucional Español en su sentencia de 11/1981 distingue (con) acepciones distintas: según la primera, equivale a la naturaleza jurídica de cada derecho, es decir, al modo de concebirlo y configurarlo, en razón de lo cual el contenido esencial está constituido por aquellas facultades o posibilidades de actuación necesaria para que el derecho sea reconocible en relación al tipo abstracto de derecho, sin lo cual este resultaría desnaturalizado ... (y) la segunda acepción corresponde a los " intereses jurídicamente protegidos como núcleo o médula del derecho". Se puede hablar entonces de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. En la doctrina del TC español, ambas acepciones se complementan y, por consiguiente, no es necesario optar por entre una u otra."

---

1. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Derecho al Trabajo y despido arbitrario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en "Diálogo con la Jurisprudencia", Gaceta Jurídica, octubre 2002.
2. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, op cit.
3. DOLORIER TORRES, Javier, La inconstitucionalidad del despido ad nutum y la validez de la regulación del cese colectivo en el fallo del TC sobre el caso Telefónica, en "Diálogo con la Jurisprudencia", en Gaceta Jurídica, octubre 2002.
4. DOLORIER TORRES, Javier. Op. Cit.

Dolorier Torres precisa que [3**] El tratamiento dado en ambas normatividades (Alemania y España, por la Ley de Bonn y su TC, respectivamente) al contenido esencial es totalmente distinto, ya que en el caso alemán se le vincula con la potestad del legislador de limitar en forma razonable los parámetros del ejercicio de algún derecho fundamental, mientras que en la Constitución española el contenido esencial de los derechos fundamentales se encuentra referido a todos los ámbitos de la capacidad normativa del legislador, (entre los cuales se incluye la determinación del contenido de los derechos y la generación de obligaciones de carácter positivo, además de la mencionada potestad de limitar derechos)." Prosigue el mismo autor indicando que[4] " A partir de la sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional español, de 8 de abril de ese año, la determinación del contenido esencial de dicho ordenamiento, se efectúa teniendo en cuenta los siguientes criterios complementarios:

a) Acudir a la naturaleza jurídica o modo de concebir o configurar cada derecho. Se trata de establecer una relación entre lo que dice la norma y las " ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y los especialistas en Derecho" (STC 11/1981 de 8 de abril de 1981).

b) Buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos.

El contenido esencial del derecho viene a ser " aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resultan real, concreta y efectivamente protegibles" (STC 11/1981). En una posición contraria, Bustamante Alarcón[5] " estima que la perspectiva alemana es la más adecuada por las siguientes razones:

1. Considerar que el derecho fundamental está compuesto por un núcleo y una periferia, lleva a excluir del control de constitucionalidad la parte periférica del mismo, con lo cual el parámetro de control no sería el derecho fundamental completo sino una parte del mismo.

2. Esta concepción encubre cierto subjetivismo, si las distintas ideas y convicciones jurídicas llevan a proponer diferentes contenidos esenciales para cada derecho, según los gustos de cada quien. Esto se traduce en una eventual inseguridad jurídica.

3. Al determinarse el contenido de cada derecho, se debe tener en cuenta el conjunto de derechos fundamentales y demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, con la finalidad de alcanzar el equilibrio entre sus respectivos contenidos que descarte el predominio del algunos sobre los demás (principio de ponderación)....."

Acota Bustamante Alarcón que " el contenido de los derechos fundamentales así como la regulación y limitación de su ejercicio, no sólo debe ser realizada por el legislador, sino también por el órgano ejecutivo (cuando cuente con una habilitación para ello, y lo haga a través de actos normativos) e incluso del judicial. "

II.- Carácter programático

Carlos Blancas refiere que[6] " a diferencia de los clásicos derechos civiles y polí-

5. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. El derecho fundamental a un proceso justo y el derecho a la prueba como parte esencial de su contenido, Tomo I Tesis, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2000, Págs. 76 a 79.

6. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Estado Social, Constitución y derechos fundamentales, en Constitución, Trabajo y Seguridad Social, Asociación Laboral para el Desarrollo, Lima, 1993, Págs. 31-34

7. MONTOYA MELGAR, Alfredo. La protección constitucional de los derechos laborales, en " Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución" AA.VV., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 287.

ticos, concebidos como libertades exigibles y protegibles ante el Estado, los derechos sociales suelen ser concebidos como " derechos- prestación" para cuyo efecto se requiere la actuación positiva del Estado".

Resulta aquí importante diferenciar, a partir del enunciado que antecede, la eficacia de los derechos, y siendo los derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, la calidad de derecho- prestación le asigna al derecho al trabajo la condición de carácter programático o de eficacia mediata o diferida, calidad que adquiere dicho derecho, según el mismo autor, durante el siglo XIX y gran parte del XX, en especial durante la Francia revolucionaria de 1848 cuando este derecho es enarbolado por las masas desocupadas y reconocido por el gobierno provisional que lo asume como una obligación propia, plasmándose dicha concepción en los llamados Talleres Nacionales.

El derecho al trabajo adquiere entonces, prosigue Blancas, la calidad de obligación social del Estado respecto de aquel sector de personas carentes y necesitadas de un puesto de trabajo, para cuyo efecto organiza políticas, acciones y normas susceptibles de generar esos puestos de trabajo. Podemos inferir de ello pues válidamente que constituye entonces tarea del Estado tanto propiciar las condiciones para la creación de puestos de trabajo así como determinar un carácter protector del mismo frente a los excesos del empleador, como en efecto prevé el legislador peruano al regular programáticamente y en vía de delegación en el artículo 27 de la Carta Magna de 1993 la adecuada protección al trabajador contra el despido arbitrario.

Montoya Melgar aporta a este análisis la siguiente precisión[7] : "La proclamación constitucional del derecho al trabajo no va en rigor más allá de mostrar la intención del constituyente de que los poderes públicos adopten las medidas necesarias para ir haciendo posible al ejercicio efectivo de tal derecho. Pero eso no surge de la solemne declaración ni derechos subjetivos estrictos de los ciudadanos ni deberes estrictos del Estado en orden a la facilitación de puestos de trabajo, caso especialmente claro en un sistema económico- social en que el Estado no asume la función de director y planificador exclusivo. "

Debemos completar el análisis que hace el mismo autor con otra cita suya:[8] " La Constitución no se limita a trasladar al legislador ordinario la carga de dotar de efectividad el correspondiente derecho o libertad, sino que prefiere trazar una directriz o programa, no ya el legislador en concreto, sino genéricamente a los " poderes públicos" (el Estado en sus diversas advocaciones y también las comunidades autónomas y entes locales). Estas directrices o programas no se hallan exentos de normatividad, puesto que se trata nada menos que de preceptos constitucionales dirigidos a dichos poderes para obtener de ellos las medidas que hagan posibles el nacimiento y ejercicio de derechos a determinar prestaciones públicas."

Sobre este análisis pragmático debemos entonces elaborar el concepto de fuente formal pues a partir de ésta, se concreta la distinción entre preceptos de vigencia inmediata y mediata. Carlos Blancas cita a Cabanillas y refiere que éste afirma[9] " lo más común es que los principios y preceptos carezcan de vigencia inmediata, por requerir, para aplicarse en la práctica y por los tribunales, una ley especial que no siempre se

8. MONTOYA MELGAR, Alfredo. Op cit..

9. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo, en Derecho No. 36, Lima, Pontificia Universidad Católica, diciembre 1982, págs. 21 a 27.

10. PASCO COSMOPOLIS, Mario. El tema del trabajo y la nueva Constitución, en AA.VV. " La nueva Constitución y su aplicación legal. 9 ensayos críticos". Loma. Francisco Campodónico F, editor y Ediciones CIC 1980, págs. 67-69

11. PIZZORUSSO, Alessandro, Lecciones de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984, pág. 178, citado por Carlos

dicta después o que restringe un exceso el propósito de los constituyentes."

Acota el mismo autor: "Caldera sostiene opinión parecida, aunque admite que, por excepción, pueden darse normas constitucionales de aplicación inmediata. Prefiere, sin embargo , ubicarlos como " principios inspiradores de la legislación laboral, antes que como mandatos directos. "

Sobre los mismos criterios de vigencia, Pasco Cosmópolis al comentar la Constitución de 1979 señala que[10] " (la Constitución) si bien adolece de un defecto, del que también pecaba lo anterior (de 1933), al remitir demasiadas cosas y demasiadas instituciones a una legislación posterior – legislación que no siempre se dicta y cuya ausencia representa un cierto matiz de incumplimiento-, tiene sin embargo una característica de estilo muy peculiar y que llama inmediatamente la atención: está redactada en presente del indicativo. No dice, en general: "el Estado dictará la ley" o " el Estado legislará", sino dice: " el Estado dicta" o " el Estado legisla", y esto parece responder al interés de que la Constitución sea entendida no como una simple declaración de futuro sino como un instrumento de presente, es decir, que mantenga su vigencia en todo momento. Por eso más que una premisa de legislaciones a venir, la Constitución pretende recoger un conjunto de normas que tengan o que alcancen inmediata vigencia. "

Resultando claro que el artículo 27 es una norma programática cuyo desarrollo ha sido ejecutado en parte por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral LPCL, luego relevado como norma angular por el TC en la sentencia 1124-2001-AA/TC, debemos resaltar la propia nomenclatura de reconocimiento del "despido arbitrario", contra el cual específicamente la ley delegada, esto es, la LPCL o D.S. 003-97-TR, desarrolla una fórmula aplicativa de rango resarcitorio, que el TC ha transformado en esquema restitutorio al disponer la reincorporación del trabajador en casos de flagrante violación del derecho al trabajo.

III.- Conservación del empleo

Una de las críticas centrales formuladas a la sentencia 1124-2001-AA/TC, es precisamente la incompatibilidad de la misma con el ordenamiento constitucional mismo vigente. En efecto, se alega que el TC se excedió en sus funciones al regular, inclusive a través de un precedente vinculante, en la resolución aclaratoria recaída en este mismo proceso, pues no debía regular un tema que ya había sido objeto de regulación normativa ordinaria- el artículo 34 de la LPCL-(justamente la norma que inaplica el TC) y cuya regulación había sido efectuada en estricta concordancia con el artículo 27 de la Constitución, norma programática que preveía un criterio de protección, el cual fue recogido en la legislación ordinaria a través de la fórmula resarcitoria, como antes quedó expresado, de un reconocimiento de hasta 12 sueldos por despido arbitrario. La interrogante clave respecto a este extremo es, sin embargo: ¿Representa el cambio de posición del TC una interpretación aislada?

Definitivamente estimamos que no, en la medida que el TC recoge antecedentes de la legislación italiana y española que ya configuraban una premisa de conservación del empleo, proposición que el TC definió como protección del derecho al trabajo. Al analizar Carlos Blancas estos antecedentes, citando a Pizzorusso, afirma que[11] " el hito inicial de este proceso se encuentra

---

Blancas en " Derecho del Trabajo y despido arbitrario en la jurisprudencia del TC". Gaceta Jurídica, octubre 2002.

12. SASTRE IBARRECHE, Rafael, El derecho al trabajo, Editorial Trotta, Madrid. 1966. Págs. 131-132.

en la sentencia del Tribunal Constitucional italiano Nº 45, de 09 de junio de 1965, que estableció que el artículo 2118 del Código Civil, que permitía el despido *ad nutum*, con la simple exigencia formal de un preaviso, debía interpretarse conforme a los principios de la Constitución, especialmente los artículos 4 (derecho al trabajo), y 41(libertad económica) de ésta, en el sentido de la conservación del puesto de trabajo". Es decir, estamos ante un precedente jurisprudencial que ya inclinaba su posesión por la defensa de la conservación del empleo y no por una fórmula económica de resarcimiento como preveía la LPCL peruana. Prosigue el mismo autor peruano indicando, en cita a Sastre Ibarreche [12] , que: "el Tribunal Constitucional español desarrolló… la misma doctrina en la sentencia 22/1981, del 02 de julio de ese año. En esa sentencia el TC precisa que "…el derecho al trabajo no queda limitado a la libertad de trabajar, sino que implica algo más: conlleva el derecho a un puesto de trabajo y, en este sentido adoptaría una doble faceta. Por un lado- faceta individual-" implicaría el derecho de todas las personas que acreditan la capacidad exigida para ello a un determinado puesto de trabajo y el derecho a la estabilidad en el empleo, esto es, a no ser despedido sin la concurrencia de causa justa. Por otro lado – como faceta colectiva- supondría un mandato dirigido a los poderes públicos para que realicen una política de pleno empleo."

Posteriormente, en otra importante sentencia, de 27 de enero de 1994, el Tribunal Constitucional Español señaló que: "La inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al derecho que lo regula de su función tuitiva. "

La doctrina del vaciamiento o vaciado del derecho también es adoptada por el TC peruano, pues un argumento que invoca para declarar inaplicable el artículo 34 de la LPCL, justamente consistía en que este dispositivo vaciaba de contenido el núcleo duro del derecho constitucional afectado.

Resulta entonces concluyente determinar que la posición del TC peruano en la sentencia 1124-2001-AA/TC, no obedece únicamente a una perspectiva de análisis *sui géneris* de sus integrantes, sino al argumento concordado, fáctico y concluyente de que ya otros Tribunales Constitucionales venían pronunciándose por la tutela de la readmisión en el puesto de trabajo.

IV.- El artículo 22 de la Constitución de 1993 y su contenido esencial

Del examen efectuado sobre diversos instrumentos normativos, se desprende un concepto normativo que denominamos principio de causalidad del despido. En efecto, en virtud a este principio, tanto tratados internacionales como regulaciones de orden interno admiten el despido, o extinción del contrato de trabajo, sobre causas justificadas, implicando la inexistencia de éstas asumir que el empleador ha procedido a despedir sin una motivación, en cuyo caso se le sanciona con reglas restitutorias respecto a la prestación de trabajo propiamente dicho.

El artículo 22 de la Constitución del Perú de 1993 que prescribe "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona", goza de un contenido esencial que debemos entenderlo como el núcleo duro de su motivación, esto es, analizar de dónde parte su enunciado y cuál es la concordancia sistemática aplicable a efectos de entenderlo como una base de interpretación de la realidad socio-laboral peruana. Es necesario, en este propósito, tener presente cuál es el alcance y propósito del Protocolo de San Salvador en el tema de los derechos laborales. Partiendo entonces de dos conceptos matrices que Carlos Blancas ubica en estos dispositivos supranacionales: " derecho al trabajo" y " estabilidad en el empleo", el artículo 22 de la Constitución circunscribe su contenido esencial a la naturaleza doble del trabajo como deber y derecho, identificando respecto al " deber" la naturaleza de imperativo para todo ciudadano de un Estado Democrático y Social de Derecho, pues existe la naturaleza ínsita de que estamos obligados a aportar por el desarrollo de

nuestra Nación, en tanto que como derecho, el significado es mucho más amplio pues al igual que el Estado, los particulares deben respetar los lineamientos de la esencia de una relación de trabajo cuando se producen las circunstancias de una contratación.

Cabe aquí reflexionar cuál es el alcance del trabajo como derecho cuando el Estado contrata en el ámbito de los contratos de servicios no personales, denominación incongruente en nuestra legislación pues las prestaciones de trabajo gozan de una naturaleza *intuito persona* que resulta indesligable. Si asumimos que el Estado contrata, en promedio anual del año 2006 unos 60,000 servidores en este tipo de contratos, debemos entender que toda obligación social del Estado es quebrantada cuando se produce una contratación de servicios en esta modalidad, que no genera derecho alguno (ni CTS, ni vacaciones, ni gratificaciones, menos aún prestaciones sociales), salvo la compensación o abono del servicio mismo. El eufemismo de los servicios no personales no debería tener cabida en nuestra legislación, mas se asume y justifica su inclusión en el ordenamiento jurídico peruano, principalmente en la contratación pública, por razones de orden presupuestal, en la medida que se afirma que el Estado no está en condiciones de satisfacer, en términos normales, el adicional de carga impositiva social- entre 44 y 68% de la remuneración base- que representa la contratación formal de una plaza de trabajo.

Sin embargo, en la ponderación legal que nos toca desarrollar, el derecho al trabajo es negado en su fase aplicativa cuando se producen contrataciones de este orden no personal, el cual asume *a priori* que la prestación no es ejecutada en condiciones laborales sino en condiciones en las cuales el servidor no presta directamente sus servicios o cuando menos, a través de una jornada no laboral ni convencional.

En este sentido, aún siendo conciente el Estado de sus obligaciones como empleador, contrata anualmente una importante cantidad de personas a las cuales, al término del contrato, se le niega todo derecho de resarcimiento sobre el supuesto de que las condiciones de contratación no fueron de orden laboral, sino extralaboral. De allí que una considerable cantidad de Tribunales de la República, en salvaguarda del principio de primacía de la realidad, hayan optado, en los casos de controversias judiciales en donde se discute la validez de los derechos laborales en estos casos, por emitir pronunciamientos jurisdiccionales respecto a la declaración de existencia de una relación laboral, cuando resulta clara, manifiesta y objetiva la evidencia de que se ha contratado en servicios no personales a un servidor que cumple todos los requisitos de la relación laboral, situación frente a la cual organismos del Estado se han pronunciado alegando el desconocimiento por parte de los Magistrados del Poder Judicial, de las normas presupuestarias del Estado, de los criterios de austeridad que emanan de la Ley de Presupuesto, inclusive exigiendo capacitación de los Magistrados de la República en estos temas, cuando lo que resulta muchas veces inobjetable es que frente al dilema y controversia técnicos entre la aplicación de una norma de orden constitucional, y otra de rango legal, el operador jurisdiccional debe preferir la primera, por solución de antinomias bajo el principio de jerarquías, lo que se conoce en Teoría General del Derecho como el aforismo *lex superior derogat inferior*. No se desconoce, consecuentemente, la norma legal ordinaria, pero la misma resulta inaplicable frente a la prevalencia jerárquica del enunciado constitucional, y esto no involucra desconocimiento del Derecho como alegan entidades del Estado, sino estricta sujeción al ordenamiento constitucional.

Con relación al enunciado de bienestar social que hace el artículo 22 en comento, denominando al trabajo no sólo base del mismo sino también como medio de realización de la persona, debemos enunciar una relación de implicancia directa con el concepto de “estabilidad en el empleo” y la terminación de la relación de trabajo por una causa justa, es decir, el trabajo constituye un propósito del ser humano y a través del mismo, adquiere un emolumento que le permite desarrollar condiciones de bienestar personal, familiar, educativo y social,

circunstancias que implícitamente generan condiciones claras y objetivas de realización. ¿Qué sucede entonces cuando se produce un despido arbitrario, es decir, una causa que afecta el trabajo de la persona y la expulsa abruptamente de su plaza laboral por decisión unilateral de su empleador ? Pues no solamente una manifestación objetiva de desempleo y una consecuente necesidad de buscar otro trabajo, sino de afectación directa de una situación de bienestar y de ese medio de realización. El trabajador afectado por el despido arbitrario ya no podrá mantener, en forma inmediata, el *statu quo* de bienestar logrado, su situación económica mermará y consecuentemente su calidad de vida, concepto directamente asociado al bienestar, disminuirá, a excepción, claro está, de que logre algún tipo de reinserción laboral en el mercado. En estas últimas circunstancias, estaremos ante la eliminación de las contingencias producidas, por cuanto el trabajador satisfará su necesidad de un ingreso personal o familiar. Y no se produce aquí la circunstancia objetable de que el Estado proporcione trabajo, sino de crear las condiciones adecuadas para que las ofertas de trabajo se materialicen, sea a través del Estado o de los particulares que crean las plazas de trabajo.

Es pues aquí donde el Estado, en base al artículo 22 de la Constitución, deja la calidad de " *watchman*"(observador o vigía) respecto a lo que simplemente ocurre a su alrededor, conforme a las doctrinas sociales de la Europa del siglo XIX, y excluye de su acción estadual los mecanismos de " *laissez faire, laissez passer*" (dejar hacer, dejar pasar) de la Francia del siglo XVIII, para transformarse en sujeto activo de mejoras de las condiciones de trabajo de su entorno social, conforme a los enunciados del Estado Democrático y Social de Derecho que propugna la Ley Fundamental de Bonn.

V.- <u>La protección contra el despido arbitrario</u>

Una forma de solución de las antinomias que se producen en el Derecho, asumiendo ellas como incompatibilidades que surgen entre dos normas, consiste es la prevalencia de una de ellas por la solución del principio de jerarquía, como antes ha quedado dicho, lográndose que prevalezca la norma constitucional sobre la norma legal.

En forma complementaria a esta idea, entre los métodos de interpretación del Derecho, goza de amplia aceptación el método de interpretación sistemática, es decir, de concordancia entre una y otra norma, a fin de que el juicio de valor a emitir, de cómo debe ser entendido el Derecho, presente una concordancia de relación y vinculación entre las normas invocadas. Esto es lo que sucede entre los artículos 22 y 27 de la Carta Magna de 1993, pues el fundamento causal del artículo 27 de la Constitución- adecuada protección contra el despido arbitrario por parte de la ley – es enunciado desde el basamento mismo del bienestar social que representa el trabajo – entendido como deber y derecho – que enuncia el artículo 22, sin perjuicio a su vez del propósito de protección interestatal que a su vez guardan los artículos 6 y 7 del Protocolo de San Salvador, referidos igualmente al derecho al trabajo. Consecuentemente, desde el momento en que el artículo 27 de la Constitución hace referencia a la calidad programática de su enunciado, quedó como tarea del legislador desarrollar el enunciado y propósito del artículo 27 mas en el ámbito del propósito constitucional del artículo 22, referido al trabajo como deber y derecho, consecuentemente a entenderlo como derecho al trabajo.

Nótese pues que la delegación programática del artículo 27 ha consistido en un propósito de desarrollo legislativo que se encomendó al hacedor de la norma, habiendo tenido lugar el enunciado normativo tipificado por el artículo 34 de la LPCL. Y asumiéndose que toda norma es producida conforme a derecho, la vigencia de regulación legal ordinaria del artículo 34 de la LPCL, emitida en el año 1997 (aunque regulado en la primigenia Ley de Fomento del Empleo del año 1991 vía el Decreto Legislativo 728), desarrolló una fórmula resarcitoria del despido, es decir, que el servidor puede ser separado sin causa pero abonándose

la indemnización del caso según su tiempo de servicios. Es pues aquí donde reside la formula de observación inconstitucional que desarrolla el TC peruano respecto al despido arbitrario del trabajador, en el alegato claro y objetivo de que el artículo 34 de la LPCL, resulta manifiestamente inconstitucional y de allí su consecuencia de inaplicación para los casos similares a futuro donde se produzca la extinción de la relación laboral por decisión arbitraria y unilateral del empleador. En tal virtud, el TC rescata el enunciado constitucional del "derecho al trabajo", descrito en el artículo 22 de nuestra *Lex Legis*, para convenir que el artículo 34 de la LPCL no desarrolla el sentido y propósito de la Constitución, sino que regula contra la Constitución, y de ahí la necesidad de inaplicar esta norma frente al accionar unilateral e inconstitucional del empleador que extingue la relación laboral sin más fundamento que su mero arbitrio.

VI.- A modo de conclusión

Una regulación contra la Constitución exige pues del Tribunal Constitucional, la necesidad de inaplicar una norma violatoria de la Carta Magna, sin perjuicio de que pueda formularse en el procedimiento respectivo, siempre dentro del plazo que la ley señala, su declaración de inconstitucionalidad y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico peruano, por tratarse de una norma que quebranta el propósito regulatorio *pro homine* del derecho al trabajo que formula de modo directo el artículo 22 de la Constitución. No obstante ello, corresponde a los Jueces Constitucionales actuar con la ponderación y mesura debidas para que sólo sean atendibles en sede constitucional los casos de afectación sustancial del derecho al trabajo, actuando como filtro debido de las pretensiones que busquen tutela constitucional.

CASOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA

RAÚL H. SOLANO CHAMBERGO.
JUEZ 14° JUZGADO ESPECIALIZADO PENAL CHICLAYO.

Antes de ingresar al tema en sí doy una pincelada sobre el trámite o procedimiento a seguir, así el Juez frente a una denuncia tiene que analizar los cargos para determinar si el hecho imputado se adecua a los tipos penales culposos previstos en nuestra norma, y digo culposos porque estoy convencido que ningún medico tiene la intención de atentar en forma intencional o deliberada contra la salud o la vida de su paciente, pues de ser así estaríamos ante un hecho muy grave y de trascendencia ya que estaríamos ante la comisión de un delito doloso y como sabemos que ello no es así solo me refiero a los casos culposos, ya que estos casos de mala praxis se adecuan a los tipos penales culposos ya sea como homicidio previsto en el artículo 111°, lesiones en el artículo 124° del CP siendo necesario indicar que en algunos casos se puede dar la figura de la exposición o abandono de persona a peligro y ello ya sale de la esfera de la culpa para entrar al dolo, por ello solo defino lo que es dolo y culpa para apreciar la diferencia. Delito doloso es aquel que se comete de manera intencional, esto es conciente y voluntariamente; su desarrollo esta previsto en la norma como delito. En cambio, el delito culposo si bien también es típico es el que se comete por violación de un deber de cuidado, como se puede apreciar, la mala praxis corresponde a la forma culposa.

El ejercicio de la medicina a pesar de todos los avances tecnológicos y científicos no es exacta, esta evolución o avances han generado nuevos riesgos, ese riesgo en la profesión de médico no puede ser eliminado por completo, al profesional medico se le exige mas porque es la vida y la salud de las personas lo que está en riesgo, en otros campos del saber humano la exigencia es diferente ya que puede disponerse de correcciones, el daño puede ser menor en todo caso no es comparable con la vida, en el caso del medico un error puede ser fatal.

Una investigación en materia penal se inicia por denuncia directa de la parte al Ministerio Público o porque el Representante del Ministerio Público toma conocimiento de un hecho que constituye delito y de ser pertinente intervine, efectuándose una investigación preliminar la que debe dirigirla para que en su oportunidad puede ser evaluada por el Juez conforme al artículo 62° del C.P.P. debe efectuar la debida evaluación si el hecho denunciado constituye delito, si no ha prescrito, así como debe proceder a identificar al autor, si se cumplen tales requisitos antes mencionados enviará la denuncia al Juez quien para abrir investigación analizará si concurren los requisitos antes mencionados y que son exigencias conforme el artículo 77° del C.P.P. esto es, en nuestra actual legislación ya que al parecer existe la decisión de poner en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal en cuyo caso cambiaría el trámite pero en la actualidad el tramite es el que se ha indicado, esto significa que para abrir investigación se requiere que no exista causa impeditiva alguna contra la acción penal.

Como había dicho, partimos de la idea de que en los casos de *mala praxis* lo investigado es culposo, esto es que se ha procedido con violación de un deber de cuidado a que están obligados los médicos, entonces corresponde analizar los elementos que integran el tipo culposo o algunos parámetros que tiene en cuenta el Juez para juzgar cada caso que se presente, la sociedad crece, es exigente pero, se admite el riesgo y se le pone un límite, el riesgo se admite por necesidad pero no debe ser elevado, por ello se le denomina ***riesgo permitido*** y cabe un ejemplo de admisión de riesgo en la sociedad fuera del campo medico, pero si en la vida en general, así el conducir un vehículo motorizado, es una actividad riesgosa, pero el uso de tales medios son necesarios para la vida que llevamos, por ello a los conductores se les exige determinado proceder, no se puede renunciar a tales avances de transporte para evitar el riesgo. Ya en el campo de la medicina, una intervención quirúrgica puede ser sencilla o

compleja, en ambos casos esta presente el riesgo, no porque sea sencilla podemos decir que esta exenta de riesgo y la sociedad lo admite, si el profesional medico concluye que la intervención quirúrgica es necesario para superar el problema de salud, aceptamos dicha intervención, esto es, estamos aceptando el riesgo pero todo riesgo no tiene relevancia jurídico penal y en el presente caso solo nos interesa los que si tiene esa relevancia y, determinar si ello es imputable o no al profesional médico; lo que interesa es determinar si se ha elevado el riesgo permitido y eso no es aceptado, por ejemplo si una persona cualquiera causa a otro un corte con un cuchillo en el cuerpo constituye delito de lesiones, tiene relevancia penal tal proceder no es aceptado por la sociedad, el legislador lo ha tipificado como delito de lesiones, sin embargo si voy al medico y este concluye porqué es necesaria una intervención quirúrgica, el diagnóstico es correcto y para dicha intervención debe hacer un corte en el cuerpo, este corte no tiene relevancia jurídico penal es una lesión sí, pero es parte de la curación, tal actitud no es para hacer daño sino para curar, es socialmente aceptado, es normal, esa lesión es atípica para el derecho penal, no requiere efectuar investigación. Y esta se orientará a determinar si hubo el "cuidado debido" cual debe ser el proceder que debe tener el medico en el tratamiento del paciente, ese cuidado debido se relaciona con la decisión social respecto a los riesgos que se toleran.

El medico por muy experto y capacitado que sea no es infalible, por ello no se puede exigir cuidado a limites irreales, es cierto que se trata de la salud, la vida de una persona mas no se puede exigir imposibles, pero lo que si se puede esperar y exigir es un comportamiento adecuado, un cuidado debido.

Y, ¿Qué es el cuidado debido? El Médico a su paciente tiene un deber de cuidado, esto es un proceder diligente, adecuado para el caso que trata, pro ejemplo: 1) aplicar en sus intervenciones los procedimientos adecuados, permitidos, reconocidos y autorizados; 2) cuidar debidamente la dosis de los medicamentos; 3) Realizar personalmente los actos propios de medico y que eso espera el paciente y por lo que se exige un estándar mínimo. Si un profesional medico realiza una intervención conforme a las practicas usuales normales desarrolladas en su especialidad, no viola el deber de cuidado y en el caso que hubiera resultado muerte, ello debe ser producto de la fatalidad, pero no imputable el resultado al medico, sin embargo si el resultado fuera por falta de conocimiento de dicho profesional, si puede serle imputable tal resultado, por ejemplo, si un cirujano con muchos conocimientos, pero le tiembla el pulso ¿será correcto que practique una intervención quirúrgica? ¿ no estará violando el deber de cuidado? Considero que la respuesta ya se la han dado todos en sentido afirmativo, si está violando el deber de cuidado este profesional no esta en condiciones de garantizar una adecuada intervención por lo que el nefasto resultado le seria imputable.

Pero, una investigación en la vía penal no se agota con solo un presupuesto, tiene que valorarse otras circunstancias o situaciones de riesgo, pro ejemplo se requiere de emergencia la intervención de un medico en determinada especialidad y en el lugar no lo hay, pongamos un ejemplo sencillo, se requiere de una operación obstétrica y el medico que se encuentra en dicho centro de salud no es obstetra, pero dado el momento la situación de emergencia se ve obligado a intervenir, cabe preguntarse ¿se le puede exigir el mismo cuidado al que no es obstetra de que si lo es? De seguro que no ya que nos encontramos en una situación especial y por tanto se tiene que tomar en cuenta la especial característica del autor, diferente es el caso de quien no tiene especialidad y sin existir esta situación de emergencia decide intervenir, en el mismo ejemplo anterior, no es obstetra y ofrece llevar el control y atender hasta que de alta a la paciente, entonces la situación es que ***no se le toma como autor individual sino como portador de un rol para evaluar si hubo o no violación de un deber de cuidado.*** Otro hecho también es el caso de un obstetra que interviene en un hecho de su especialidad pero sin los conocimientos mínimos exigidos en su espe-

cialidad, vemos con claridad que si viola un deber de cuidado pues el paciente ve al titulado como la persona capaz y deposita en él su confianza, por lo que dicho profesional debe responder por lo menos con un conocimiento estándar, es decir estar en condiciones de ofrecer un servicio satisfactorio, caso contrario viola un deber de cuidado.

Podemos decir entonces, que una conducta viola el deber de cuidado cuando no es socialmente adecuado y esta adecuación social no viene determinada solo por las reglas de la práctica, recordemos que hace un tiempo atrás y se ha recordado hace poco por un medio televisivo la intervención de un profesional medico a quien lo señalaron como el "Doctor taladro", el instrumento utilizado no era el adecuado, pero si se salvo el paciente el medico era un hombre excepcional pero, ¿Qué hubiera ocurrido con el citado profesional medico si en la intervención, el paciente se moría? La respuesta ya no seria la de un hombre excepcional que se jugaba su prestigio por la salud del paciente, sino que hubieran dicho tal vez que conociendo que no era el instrumento adecuado atentó contra la vida de su paciente. Otro hecho importante a tener en cuenta son los casos complejos que requieren urgente intervención del profesional medico, con un equipo sofisticado y los centros de salud estatales cuentan con muchas limitaciones, en definitiva, conforme a nuestro actual ordenamiento jurídico, corresponde al juez efectuar un debido análisis en cada caso para determinar si hubo o no violación de un deber de cuidado.

El análisis de la conducta debida y la violación del deber de cuidado debe realizarse teniendo en cuenta las particulares circunstancias del hecho y no solo las prácticas generales aceptadas. Pero la labor del juez no queda allí, hemos hablado de la violación del deber de cuidado pero también es necesario preguntarse ¿el resultado es imputable a esa violación del deber de cuidado? ¿la concreción del riesgo es imputable siempre al autor?, la respuesta no es fácil para ello se requiere de la investigación, hay que tener en cuenta que el hecho de estar investigado no significa que es considerado responsable, al abrirse investigación puede haber posibilidad o probabilidad de responsabilidad, pero su situación jurídica se resolverá en la sentencia donde puede ser declarado responsable como también se le puede liberar de los cargos imputados, entiendo que es incomodo estar siendo procesado, pero hay casos que ameritan la investigación y por ello es la calificación que se hace a la denuncia que se recibe, hay casos en los que existiendo o no violación del deber de cuidado el resultado es el mismo, por lo que corresponde efectuar un análisis en dos momentos : 1) en abstracto y 2) en una situación ya concreta , ya que determinadas situaciones de hecho pueden llevar a que en el caso en particular, la violación de la norma no haya sido determinante del resultado cuando si puede haber sido en una situación similar, por ejemplo: una persona concurre a un medico con peritonitis a quien luego de auscultarlo lo trata por gastritis y el paciente muere, la comprobación en abstracto nos hace concluir porque el proceder del profesional medico no es la prudente, ya que de haber diagnosticado peritonitis otra sería su intervención y por tanto otro el resultado, sin embrago agreguemos un plus si a esta persona se le practicar la necropsia y el resultado es que falleció por un problema cardiaco y no por la peritonitis , pese a que el accionar del medico no fue la correcta ¿ se le podrá imputar el resultado?, considero que no, cabe reiterar ***la obligación del médico es de medios, no de resultado.***

Hemos visto hasta aquí que el accionar no ha sido el correcto pero también hay de omisión imprudente y tenemos en esta caos dos hipótesis:

Violar el deber de cuidado por **IMPRUDENCIA, IMPERICIA O NEGLIGENCIA** inobservando las reglas de la practica, crea o aumenta el riesgo por ejemplo el caso del cirujano que en la intervención quirúrgica cierra la herida y en el interior del paciente deja material quirúrgico o el obstetra que por impericia tiene que recurrir a una cesárea cuando un profesional de la misma especialidad con un conocimiento estándar establece que no le era necesaria la citada operación cesárea.

De otro lado también existen casos no conjurados, esto es mas difícil de determi-

nar, aquí el médico no crea el riesgo, pero no hace lo necesario para conjurarlo, con un ejemplo creo que me dejo entender mejor: Una madre concurre con su bebe al pediatra porque éste tiene fiebre y falta de apetito, al examen el médico considera que es un proceso gripal, pero el menor fallece a consecuencia de una meningitis, debemos apreciar que si el médico hubiera procedido meticulosamente a auscultarlo y hubiera hecho un diagnostico efectivo y conjurado el riesgo, estamos aquí hablando de una omisión, específicamente de una omisión impropia, el bebe fue puesto para que el medico lo examine, por lo tanto el medico tenia aquí el deber de garante.

El caso en sí es complejo, porque cabe preguntarse también ¿si el diagnostico hubiera sido efectivo, se habría salvado el bebe? Y si el diagnostico hubiera sido el correcto y pese a ello el bebe hubiera fallecido, lo que si se puede concluir es en el extremo que ante el errado diagnostico se ha aumentado el riesgo.

Se puede decir entonces, que si el profesional medico procedió de manera deficiente estamos en la esfera de los ***tipos activos*** se viola la norma general que prohíbe conducirse de manera negligente. Pero si el error fue el analizar una situación de hecho que le imponía actuar, pero no lo hizo por ese error negligente estamos dentro de la ***Omisión impropia*** *y* esta conectado el resultado.

Tampoco podemos dejar de considerar el trabajo en equipo que hacen los médicos en una intervención quirúrgica donde no es uno solo sino una pluralidad de personas con determinado rol, donde todos saben que procederán de la mejor forma, que todos tiene los cinco sentidos en el trabajo, esto es que se labora bajo el principio de la confianza, es también complejo determinar responsabilidades en caso que alguno de ellos viole el deber de cuidado y de resultado sea de consecuencias que lamentar.

La Doctora MIRNA GORANSKY quien ha tratado el tema en su libro "***Cuestiones Particulares de la Imprudencia en el Derecho Penal"*** propone las siguientes conclusiones a tomar en cuenta para determinar si hubo o no *mala praxis:*

Verificar si ha habido violación del deber de cuidado

Se debe tener en cuenta las especiales capacidades del autor como portador de un rol.

El resultado debe venir determinado por la antinormatividad de la conducta, el juicio de análisis debe ser abstracto y en concreto.

El resultado debe haber podido ser previsible para el autor.

La imputación del resultado debe tener especialmente en cuenta se ha infringido una norma prohibitiva o imperativa.

Cuando el trabajo es en equipo debe resolverse mediante las reglas del Principio de confianza.

Con las líneas que anteceden no se pretende agotar el tema de responsabilidad del médico en caso de culposo proceder, pero sí tener en cuenta que la responsabilidad del médico no es por el resultado. Este es un tema muy delicado y complejo, la investigación continúa sin embargo la labor del juez va a tener en consideración estos ítems para determinar si hubo o no adecuada intervención del profesional médico, esto es para determinar si hubo o no **MALA PRAXIS.**

EL PROCESO ESPECIAL DE TERMINACIÓN ANTICIPADA APLICADO A LOS PROCESOS TRAMITADOS CON EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

ANA ELIZABETH SALÉS DEL CASTILLO
JUEZ PENAL TITULAR DEL DÉCIMO PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE CHICLAYO DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE.

---------- • ----------

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Concepto. IV. Supuestos para la procedencia. V. Efectos. VI. Ámbito de Aplicación. VII. Jurisprudencia sobre la materia.

---------- • ----------

I. INTRODUCCION

El nuevo Código Procesal Penal vigente actualmente en sólo cuatro Distritos Judiciales del país (Huaura, La Libertad, Moquegua y Tacna) trae consigo una serie de fórmulas simplificadas de procesamiento penal para lograr la celeridad de los procesos y de esta manera eliminar la sobrecarga procesal que aqueja a los distintos órganos jurisdiccionales penales, a efectos de que la persecución penal sea eficiente, rápida y oportuna.

Una de esas fórmulas simplificadas, es el Proceso ESPECIAL DE TERMINACION ANTICIPADA que propende dentro del marco de un debido proceso, respetando los derechos procesales del imputado, buscar una solución consensuada donde se convenga dentro de ciertos límites, no sólo la extensión (tipo de pena, cuantificación de la misma e incluso su forma de ejecución) de la pena a imponerse, sino también eventualmente, los aspectos fácticos y jurídico penales de la imputación.

Este proceso se encuentra previsto en los Arts.468 al 471 del Código Procesal Penal, VIGENTE EN TODO EL PERU desde el 01 de febrero del año 2006; sin embargo, no obstante el tiempo transcurrido, no ha tenido desarrollo jurisprudencial en el Distrito Judicial de Lambayeque, por lo que consideramos necesario tratarlo a través del presente artículo, el mismo que se espera genere la atención de los operadores jurídicos y que constituye un primer esfuerzo por difundir esta importante fórmula simplificada de conclusión del proceso.

II. ANTECEDENTES

Según el maestro César San Martin Castro[2] este procedimiento tiene su origen en el instituto del *"patteggiamento"* italiano o aplicación de la pena a solicitud de las partes, introducido por la Ley N°689, del 24 de noviembre de 1981 y su variante considerada en el Código de Procedimiento Penal de 1988. Sin embargo, para Luis Miguel Reyna Alfaro[3], este instituto, más allá de sus antecedentes legislativos y las sutiles diferencias, tiene su origen en el derecho norteamericano, al que denomina *plea bargainging*[4] o acuerdo negociado norteamericano.

No obstante ello, es menester precisar que en el Perú, su incorporación ha tomado como fuente los Arts.444 al 448 del Código de Procedimiento Penal italiano de 1988 y, en segundo orden, el Art.37 del Código de Procedimiento Penal colombiano, modificado por la Ley N°81 del 02 de noviembre de 1993.

Entre los antecedentes nacionales, se pueden mencionar: la terminación anticipada en procesos por tráfico ilícito de drogas

---

[2] "El Procedimiento Penal"; Volumen II; Editorial Grijley; El Procedimiento de Terminación Anticipada, pág.1022

[3] Reyna Alfaro Luis Miguel, plea bargaingin y terminación anticipada. Aproximación a su problemática fundamental, En: Actualidad Jurídica Nro. 158. Gaceta Juridica. Lima, 2007.pag.130.

[4] Instituto del sistema jurídico common law, originado principalmente en Estados Unidos, y es una forma especial de procedimiento criminal donde el denunciado pide al Juez una reducción de hasta un tercio de la probable sanción, la que sería impuesta de otra manera por el hecho delictuoso. El plea bargainin se permite solamente para las ofensas menos serias. El requisito previo para súplica que estipula, es por una admisión de la culpabilidad implícita del acusado y el acuerdo entre el denunciado y agraviado en la opción de este procedimiento especial. Su aplicación esta limitado en EE-UU a

(Ley N°26320 del 30 de mayo de 1994), y la conclusión anticipada del proceso por delitos aduaneros (Art.20 de la Ley N°28008 publicada el 18 de junio de 2003).

III. CONCEPTO

El proceso de terminación anticipada puede considerarse como *una fórmula simplificada sustentada en el principio de consenso y en la necesidad político criminal de eficacia a través de una resolución judicial rápida al conflicto penal, que respetando el principio de legalidad, se va a dar como consecuencia de una negociación entre el fiscal y la defensa, basada en recíprocas concesiones; formula consensuada que se ve auspiciada por sus consecuencias premiales*[5].

IV. SUPUESTOS PARA LA PROCEDENCIA

A) La aceptación de los hechos: El imputado deberá aceptar sin reserva alguna, total o parcialmente, los hechos imputados. En los casos procesos por pluralidad de hechos punibles o de imputados, se requerirá el acuerdo de todos los imputados y por todos los cargos que se incrimine a cada uno; salvo que se trate de delitos conexos y en relación con otros imputados, el acuerdo puede ser aprobado por el Juez en forma parcial.

B) Prueba razonable para condenar: Deben existir elementos de prueba razonables para condenar. Es decir, resulta necesario que en el proceso figure prueba suficiente que conduzca a la certeza de la comisión del hecho punible y de la responsabilidad del imputado.

V. EFECTOS

Siguiendo a BROUSSET SALAS Ricardo A. y BROUSSET MENDOZA Ricardo A.[6], podemos mencionar los siguientes efectos:

a) **En favor del Sistema de Justicia:**

- Economía procesal en términos de ahorro de las etapas intermedia y de juzgamiento, así como de las actuaciones impugnatorias.
- Reducción de costos del proceso
- Reducción de la carga procesal que posibilita la racionalización de los recursos, mediante su aplicación a procesos de mayor complejidad que los requieran;
- Reducción de los índices de impunidad generados por los sobreseimientos y absoluciones motivadas en la improbanza o la duda.

b) En favor del imputado:

- Permite la obtención de una pena rebajada como consecuencia de los beneficios premiales acumulados.
- Evita los efectos negativos (estigmatización) de la publicidad del juzgamiento.
- Eventualmente evita los efectos negativos de la prisionización al posibilitar (en los casos que la ley lo permite), acuerdos respecto a la suspensión de la ejecución de la pena.

VI. AMBITO DE APLICACIÓN:

A. Competencia:

Lo novedoso de este instituto es que se aplica a TODO TIPO DE PROCESOS; esto es, ordinarios y sumarios[7] y es aplicado sólo por el Juez Especializado Penal o Juez de Investigación preparatoria en el nuevo modelo procesal penal; ello de conformidad con lo previsto por el Art.468 primera parte del Nuevo Código Procesal Penal.

Es necesario precisar que al estar vigente esta forma especial de conclusión de proceso, deroga tácitamente la terminación

---

determinados estados.

[5] BROUSSET SALAS Ricardo A. y BROUSSET MENDOZA Ricardo A.; "La Búsqueda de Fórmulas para la Simplificación del Procesamiento Penal"; Lima, Julio 2007, pág.8 en Material de Enseñanza del Curso de Formación Especializada en el Nuevo Modelo Procesal Penal, Módulo 4: Procedimientos Especiales de la Academia de la Magistratura.

[6] Ob.citada pág.8.

[7] Clasificación adoptada por el Código de Procedimientos Penales y de Decreto Legislativo N°124

[8] Según el nuevo Código Procesal Penal sería una vez expedida la Disposición Fiscal prevista en el Art.336 y hasta antes de formularse acusación fiscal.

anticipada prevista para los delitos de tráfico ilícito de drogas (Ley N°26320 del 30 de mayo de 1994), y la conclusión anticipada del proceso por delitos aduaneros (Art.20 de la Ley N°28008 publicada el 18 de junio de 2003), teniendo que adaptarse dichos pedidos a este nuevo modelo.

B. Oportunidad:

En cuanto a su delimitación temporal, puede intentarse una vez que se haya dictado el auto que abre instrucción[8] y durante la etapa de instrucción, hasta antes de formularse acusación fiscal; lo que implica que si se trata de un proceso ordinario, si el expediente se encuentra en la Fiscalía Superior y se presenta la solicitud antes de que se emita acusación, la Sala deberá devolver los actuados al Juzgado Penal para su respectiva tramitación (formación del cuaderno incidental); debiéndose continuar con la tramitación del proceso principal según su estado, por cuanto su celebración no impide la continuación del proceso.

Asimismo, es necesario señalar que este pedido sólo puede efectuarse por *UNA SOLA VEZ*.

C. Legitimación:

Los únicos sujetos procesales que pueden solicitar este tipo de proceso son: a) El imputado; y b) El Fiscal, mediante solicitud que puede ser individual o conjunta dirigida ante el Juez de la Investigación Preparatoria o Juez Penal en el Código de Procedimientos Penales.

De igual forma, si son varios los imputados, la solicitud debe ser presentada por todos ellos.

En consecuencia, la parte civil o el tercero civil responsable están excluidos de la posibilidad de plantearlo.

D. Procedimiento:

a. Audiencia Especial y Privada:

Una vez presentado el requerimiento fiscal o la solicitud del imputado, será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y en su caso, formular pretensiones.

Luego de ello, y verificados por parte del Juez la concurrencia de los presupuestos de admisibilidad , se señala fecha para la AUDIENCIA ESPECIAL Y PRIVADA, que constituye el acto procesal central de este proceso especial.

La audiencia se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y de su abogado defensor; siendo facultativa la concurrencia de las demás partes procesales. Es decir que los sujetos necesarios para la realización de la audiencia son: Fiscal, imputado y s abogado defensor; significándose que si bien la parte civil y tercero civil sólo están facultados a participar, deben siempre ser notificados para su concurrencia a la audiencia.

Asimismo, tratándose de un proceso con varios imputados, es obligatoria la concurrencia de todos ellos.

La celebración de la audiencia, conforme a lo previsto por el Art.468.1 del NCPP sigue el siguiente esquema:

- Presentación de cargos por parte del Fiscal.
- Aceptación o rechazo de los cargos por parte del o los imputados.
- Explicación por parte del Juez a los procesados acerca de los alcances y consecuencias del acuerdo, así como las limitaciones que representa la posibilidad de controvertir su responsabilidad.
- Pronunciamiento del imputado y demás sujetos procesales asistentes.

---

[9] SAN MARTIN CASTRO, César. Ob. Cit. Pág.1029 a 1030.

[10] Dicho dispositivo señala que la confesión, debe ser sincera y espontánea, salvo los supuestos de flagrancia y de irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos incorporados en el proceso. Asimismo, según el Art.160 del mismo Cuerpo de Leyes, ésta debe consistir en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra por el imputado.

- Discusión propiamente dicha, pudiéndose suspender la audiencia por breve término.

- Si se arriba a un acuerdo se pasa a la redacción de los términos del mismo, donde se señalará expresamente , la pena, reparación civil y consecuencias accesorias acordadas y se establecerá además si la pena es efectiva o no.

- Si no se llega a un acuerdo o éste no es aprobado, la declaración formulada por el imputado se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra.

b. Modelo de audiencia de terminación anticipada:

Para fines didácticos, presentamos un modelo de audiencia de terminación anticipada, que esperamos sea de utilidad práctica a los operadores jurídicos.

AUDIENCIA PRIVADA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

En la ciudad de Chiclayo, siendo las XXXXX del día XXXX, en el local del XXXX Juzgado Especializado en lo Penal de Chiclayo, fueron presentes, el señor Representante del Ministerio Público doctor XXXXX, el procesado ….. quien se encuentra debidamente asistido por su abogado defensor doctor XXXXX, identificado con carnet del Colegio de XXXXX, con registro XXXX, a fin de llevarse a cabo la audiencia privada de terminación anticipada de conformidad con lo dispuesto por los artículos 468° y siguientes del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957), teniendo a la vista la solicitud de terminación anticipada efectuada por el procesado presente, así como la remitida por el señor Fiscal provincial de la XXX Fiscalía Penal --

PRESENTACIÓN DE CARGOS POR PARTE DEL SEÑOR REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Que, al imputado XXXXX se le imputa que con fecha XXXX, siendo las XXXX horas aproximadamente, conjuntamente con la persona de XXXX, mediante astucia pretendieron apoderarse del dinero de la agraviada XXXXX, minutos antes había retirado de la agencia del Banco XXXX ubicada en XXXXX, no obstante ante la desesperación y gritos de la agraviada tuvieron que entregarle el dinero que mediante argucia habían logrado que éste se los entregue, quedándose con la suma de cien nuevos soles, conducta que se encuentra prevista y tipificada en el artículo XXXXX del Código Penal como XXX, hechos que el procesado ha aceptado.

ACEPTACIÓN O RECHAZO DE CARGOS POR PARTE DEL IMPUTADO

PREGUNTADO EL PROCESADO, ¿ACEPTA USTED EN TODO O EN PARTE LOS CARGOS FORMULADOS POR EL SEÑOR REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO? DIJO: que si acepta en su totalidad los cargos formulados por el señor Representante del Ministerio Público.

EXPLICACIÓN DE ALCANCES Y LÍMITES DEL ACUERDO

En este estado, el señor Juez, procede a explicar al procesado los alcances y limites del acuerdo.

Procesado, con la aplicación de este procedimiento especial usted podrá obtener su sentencia en forma muy rápida, evitando encontrarse detenido durante un juicio que puede ser largo y tedioso, aplicándose una reducción de una sexta de la pena, que es adicional y acumulativo al que reciba por confesión, asimismo, la confesión implica que usted debe manifestar de forma voluntaria que ha cometido el delito y que acepta de forma sincera la responsabilidad de sus actos, y que se arrepiente de haber cometido el delito, comprometiéndose a cumplir la pena que se le fije y a pagar la reparación civil que corresponda para aliviar el daño causado a la victima, que en caso de no aceptar el presente procedimiento, su declaración se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra.

En este estado se le pregunta al procesado ¿HA ENTENDIDO USTED LOS BENEFICIOS DE APLICAR LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO? PUEDE USTED CONSULTAR CON SU ABOGADO DEFENSOR SOBRE LOS BENEFICIOS DE LA APLICACIÓN DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA.

PRONUNCIAMIENTO DEL IMPUTADO

PROCESADO, DESPUÉS DE HABER ESCUCHADO LA EXPLICACIÓN ANTERIOR, ¿ACEPTA USTED SER AUTOR DEL DELITO MATERIA DE LA DENUNCIA? DIJO: Que si acepta ser el autor del delito.

SEÑOR ABOGADO DEFENSOR ¿ESTÁ USTED CONFORME CON LA DECLARACIÓN DE SU PATROCINADO Y CON LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA? DIJO: Que, si esta conforme

SEÑOR REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO ¿ESTÁ USTED CONFORME CON LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA? DIJO: Que, el Ministerio Público está conforme.

PRONUNCIAMIENTO DE LAS PARTES

Respecto a las circunstancias del hecho punible, pena a imponerse, reparación civil consecuencias accesorias a imponerse y de ser el caso la no imposición de pena privativa de la libertad efectiva.

1. *El imputado XXXX acepta su responsabilidad de los hechos consistentes en xxxxx.---*

2. *Con relación a la pena que se acuerda, considerando la disminución quede be realizarse al recibir un beneficio de reducción de una sexta parte, además de un tercio por confesión sincera: se acuerda que debe imponérsele … años de pena privativa de la libertad.------ en razón a que median las siguientes circunstancias atenuantes; pena a la que se le ha reducido la sexta parte como beneficio premial por acogerse a esta forma anticipada de conclusión del proceso.*

3. *Además, se acuerda por concepto de reparación civil a favor de la agraviada, la suma de …. nuevos soles, comprometiéndose el imputado a pagar dicha suma a razón de … nuevos soles hasta su total cancelación.*

4. *Asimismo, que la pena privativa de la libertad debe ser condicional.*

En este estado, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 468° del Código Procesal Penal, se suspende la presente diligencia para ser continuada el XXXX a horas XXXX, donde se expedirá la resolución correspondiente, quedando notificada las partes en este estado; firmando la presente luego que lo hiciera el señor Juez ante mi DOY FE.-

b. Control Jurisdiccional del Acuerdo:

Llegado a un acuerdo entre el Fiscal y el imputado y su abogado defensor, corresponde al Juez realizar una labor de trascendental importancia y que concierne a tres tipos de controles: a) Control de la calificación jurídica del hecho punible; b) control de la pena y de la reparación civil acordadas; y c) control del fundamento probatorio de la imputación.

A continuación trataremos brevemente de cada uno de ellos

a". Control de calificación jurídica del hecho punible:

El acuerdo debe respetar el principio de correlación, esto es, que los hechos que corresponde asumir e integran el acuerdo, deben respetar, en lo esencial, el marco fáctico incorporado en el auto que abre instrucción (o Disposición Fiscal), el cual se sustenta en la denuncia formalizada por el Ministerio Público. Estos hechos deben subsumirse en el tipo penal fijado en el auto apertorio de instrucción. En consecuencia, las variaciones sobre las "circunstancias del hecho", no pueden ser de tal magnitud que importen una calificación jurídica o tipificación diferente o alternativa.

b". Control de la pena y reparación civil:

El acuerdo no puede vulnerar los mínimos y máximos legales previstos para el delito en concreto, salvo que medien circunstancias atenuantes que permitan la reducción de la pena por debajo del mínimo legal, *así como respete globalmente las reglas generales de individualización penal, sin incurrir en abiertas lesiones al principio de proporcionalidad de la pena respecto del hecho concreto* [9].

En cuanto a la reparación civil debe tenerse en cuenta que ésta comprenda, de ser el caso, tanto la restitución del bien –si no es posible- el pago de su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios conforme lo prevé el Art.93 del C.P.

c". Control del fundamento probatorio de la imputación:

En principio debe tenerse en cuenta que para quebrantar el principio de presunción de inocencia consagrado en la Constitución Política del Estado, es necesario la existencia de suficientes elementos probatorios que puedan considerarse de cargo y actuados a través de medios lícitos de prueba.

En ese orden de ideas, el Juez debe analizar si los elementos de convicción recabados en la fase preprocesal y en el sumario judicial, existe base suficiente y categórica que permita destruir la presunción de inocencia. De no existir ello, debe desaprobar el acuerdo.

c. La decisión judicial:

Efectuados los controles antes mencionados, el Juez tiene dos opciones respecto al acuerdo adoptado por el Fiscal, imputado y su abogado defensor, a saber:

- Desaprobar el acuerdo: Si los controles no son favorables.

- Aprobar el acuerdo: Con el cual emite la SENTENCIA DE CONSENSO, en la que se acepta íntegramente el acuerdo entre el Fiscal y el imputado y su abogado defensor; resolución que debe ser debidamente motivada.

d. Modelo de sentencia de consenso

EXPEDIENTE NÚMERO:

PROCESADO : XXXX
AGRAVIADO : XXXX
DELITO : XXX
ESPECIALISTA LEGAL : XXX
Resolución número:
Chiclayo, treinta y uno de mayo
Del año dos mil siete.-

VISTA: *la instrucción seguida contra el acusado XXXXX como presunto autor del delito contra XXXXX – XXXXX- en agravio de XXXXX; y* ***RESULTA DE AUTOS:*** *Que en mérito de la denuncia formalizada por la Representante del Ministerio Público de fojas XXXX del presente incidente, esta Judicatura abre instrucción mediante resolución de fojas XXX, dictándose mandato de detención; que, tramitada la causa conforme a su naturaleza sumaria y solicitada por parte de la defensa del procesado la aplicación del proceso especial de terminación anticipada por aceptar el inculpado los hechos imputados en su contra en su instructiva de fojas XXXXX, se procedió a realizar la audiencia privada conforme a la resolución de folios XXXXX de fecha XXXX; y* ***CONSIDERANDO****;* ***PRIMERO:*** *Que, de fojas XXX, obra el atestado policial número XXXXX mediante el cual se da cuenta que con fecha XXXXX, aproximadamente a las XXXX horas, la agraviada XXXXX, luego de salir de la agencia del Banco XXXXX, ubicado XXXX, a la cual había ingresado para retirar dinero, a la altura de XXXXX, fue interceptada por dos sujetos, quienes le dijeron que habían perdido una billetera, para acto seguido empezar a buscarle entre las prendas de la agraviada, solicitándole que les mostrara su dinero, y al enseñarlo, éstos se lo quitaron, por lo que empezó a gritar, por lo que supuestamente le entregaron su dinero contenido en una bolsa de plástico color negro, con un pañuelo que en realidad contenía papeles recortados simulando billetes amarrados con una liga y sobre los mismos un calendario que en su reverso tenía impreso un billete de cien dólares de propaganda, y al notar el cambio, la agraviada, nuevamente empezó a gritar, por lo que uno de ellos solo le entregó parte de su dinero, y en esos momentos el serenazgo acudió a su auxilio y lograr intervenir a uno de ellos, identificándolo como XXXXX.* ***SEGUNDO****: Que, de fojas XXXX, obra la manifestación policial del procesado XXXX, quien refirió que el día XXXX aproximadamente a las XXXX, estaban con el conocido como XXXX, en la avenida XXXXX, y ven que una señora entra a un locutorio a cambiar un billete de cincuenta nuevos soles, y cuando a salido y caminado unos metros, le tiró un paquete consistente en un billete recortado de propaganda y papel recortado amarrados con una liga en una bolsa de plástico negro, como lo arrojó frente de la agraviada, su amigo lo recogió y le empezó a hablar a la agraviada, a fin de convencerla y cuando ya la estaba llevando al malecón Grau, apareció el procesado y los saludó, preguntándoles si habían visto el dinero que supuestamente se le había caído y los dos lo niegan, la señora*

dijo que tenía dinero y les mostró un billete de cien nuevos soles y dos de cincuenta nuevos soles, en eso le dijo que ese no era y la convenció para que le entregara los billetes y ésta ingenuamente se los entrega, y cuando iba a devolverle su dinero, la señora reacciona y le quita su dinero y le insultó con frases groseras, llamando a la policía, y cuando ya se retiraba el procesado, pasó una camioneta de Serenazgo y la señora lo acusa diciendo que el inculpado le había querido hacer el cuento. Obra de folios XXXXX la manifestación policial en presencia del representante del Ministerio Público de XXXXX donde indica ser el propietario del vehículo de placa de rodaje XXX, y que su hermano, el procesado XXXX, sin consultar al deponente ha tomado una placa duplicada del vehículo XXXX se encontraba en la casa de sus padres. ***TERCERO:*** *Obra a folios XXXX las conclusiones del dictamen pericial XXXX practicada a las XXXX, dando como resultado que la XXXX que se mostraba en el vehículo del denunciado al momento de la intervención es NO original.* ***CUARTO****: Por su parte el procesado XXXX en su declaración preliminar de folios XXXX señala ser el propietario del vehículo de XXXXX, aceptando haber colocado el duplicado de XXXXX de propiedad de su hermano XXXX, así como haber utilizado la XXXX hace una semana y la XXXX desde hace cinco días, hechos ilícitos que habría realizado con el objeto de brindar servicio público durante la noche y madrugada para poder sustentar los gastos familiares, finalmente indica que los hechos materia de la presente instrucción eran desconocidos por su hermano XXXXX.* ***QUINTO:*** *Que, en el proceso especial de Terminación Anticipada el Juzgador desarrolla tres clases de control sobre el Acuerdo adoptado: 1.-* ***Control de Tipicidad,*** *declarando el suscrito que la calificación jurídica del hecho instruido encuadra correctamente en el artículo XXXXX del Código Penal, cuyo nomen iuris es: delito contra XXXX, siendo también conforme a Ley la clase de pena que se ha acordado; 2.-* ***Control de Proporcionalidad,*** *el cual tiene que ver con la razonabilidad de la sanción acordada, la misma que equivale al quantum mínimo conminado para el delito objeto de instrucción, circunstancia que le parece correcta al Juez infrascrito estando a la aceptación de los cargos que ha tenido el imputado desde la investigación preliminar. Sin embargo, para la determinación judicial de la pena concreta ha de tenerse en cuenta lo previsto por el artículo cuatrocientos setenta y uno del Código Procesal Penal del 2004 (Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete) que otorga como mecanismo premial al imputado que se acoja a esta clase de proceso especial, la rebaja de una sexta parte de la pena derivada de la negociación autocompositiva, por lo que consistiendo uno de los extremos del Acuerdo de Terminación Anticipada del Proceso en que se sancione al imputado presente con XXXX años de pena privativa de libertad, este tiempo equivale a XXXX meses, que reducidos en un sexto arroja un total de XXXX meses de pena privativa de libertad. 3.-* ***Control de la Suficiencia Probatoria,*** *Que, la materialidad del delito instruido se encuentra acreditada con el mérito del parte XXXX trascrito a fojas XX, del Atestado policial obrante en autos, con el dictamen pericial XXXX que verifica técnicamente la falsedad de XXXX al procesado, corroborándose lo expuesto con la declaración preliminar e instructiva del procesado, quien acepta los cargos imputados.* ***SEXTO :*** *Que, de lo anteriormente expuesto, se evidencia que la conducta del acusado XXX resulta antijurídica, pues atenta contra las normas sociales de convivencia que fija el Derecho, no asistiéndole ninguna causal de justificación, siendo típica su conducta por encontrarse prevista en el numeral XXXX del Código Penal, desprendiéndose de lo anteriormente glosado su culpabilidad, por lo cual la Representante del Ministerio Público solicita que se le imponga una sanción de XXXX años de pena privativa de libertad, corriendo a su favor su aceptación de los hechos y el efecto premial del acuerdo de terminación anticipada, no afectando la validez de lo anteriormente expuesto las demás pruebas actuadas y no glosadas* ***SEPTIMO****: Que, en cuanto a la Reparación Civil, habiendo surgido del consenso del las partes el monto a imponerse por este concepto, esta Judicatura aprueba el monto señalado en el acta de Acuerdo sobre Termi-*

nación Anticipada del Proceso, así como su forma de pago. ***OCTAVO****: Que , asimismo, son de aplicación al caso el artículo cuarto del Titulo Preliminar, once, veintitrés, cuarenta y cinco, cuarenta y seis, cincuenta y siete, cincuenta y ocho, ochenta, noventa y dos, noventa y tres y ciento noventa y seis del Código Penal, así como los numerales ciento treinta y seis, doscientos ochenta y tres y doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales, así como los artículos cuatrocientos sesenta y ocho y siguientes del Código Procesal Penal. Por tales consideraciones, administrando justicia a nombre de la Nación con el criterio de conciencia que la ley autoriza, el señor Juez del XXXX Juzgado Especializado en lo Penal de XXXX:* ***RESUELVE****:* ***APROBAR EL ACUERDO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA*** *que en fecha XXXXX adoptaron el representante del Ministerio Público y el imputado con su defensa; por lo que en virtud al mismo,* ***FALLA****:* ***CONDENANDO*** *a XXXXX****,*** *como autor del delito de XXXX en agravio de XXXX a XXX* ***AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD****, cuya ejecución se suspende por el* ***periodo de prueba de XXXX AÑOS,*** *bajo las siguientes reglas de conducta a) No variar del domicilio señalado en autos, ni ausentarse del país sin conocimiento previo y autorización por escrito del Juzgado; b) Presentarse al Centro de Control de Firmas de Sentenciados de este Distrito Judicial cada treinta días a registrar su asistencia y justificar sus actividades, c) No cometer otro delito doloso, especialmente similar al que por el cual se le ha instruido, durante el tiempo que dure la condena impuesta, y d) Concurrir personalmente al Juzgado las veces que sea citado; todo bajo apercibimiento de aplicarse lo dispuesto por el artículo cincuenta y nueve del Código Penal en caso de incumplimiento de cualesquiera de las reglas de conducta impuestas o en su caso el artículo sesenta del mismo Código por la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena privativa de la libertad sea superior a los tres años;* ***FIJO****: en XXXX* ***NUEVOS SOLES,*** *el monto que por concepto de Reparación Civil deberá pagar a favor de la agraviada; descontándose la suma de XXXX nuevos soles que ya fueron entregados por el sentenciado al momento de la celebración de la audiencia de terminación anticipada, y el saldo a razón de XXXX nuevos soles mensuales;* ***ORDENO:*** *Que se cursen las comunicaciones correspondientes a la autoridad penitenciaria de este establecimiento, a fin que el sentenciado sea puesto en inmediata libertad, siempre que no mediare en su contra mandato de detención pendiente;* ***MANDO:*** *Que, consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, se inscriban los boletines y testimonios de condena correspondientes. Trasuntándose copias certificadas de la presente resolución al expediente principal. Que cumplida la pena impuesta por la presente sentencia, anúlense los antecedentes que se hubiesen generado, con conocimiento del Superior Jerárquico.* ***NOTIFICÁNDOSE.-***

e) Recurso Impugnativo contra la sentencia de consenso:

Cabe interponer recurso de apelación, que sólo puede ser interpuesto por la parte civil o tercero civil responsable no intervinientes en el acuerdo, respecto al monto de la reparación; es decir que ni el Fiscal ni el imputado están facultados para impugnarla; en razón a que ésa deriva de un acuerdo arribado por ellos; de conformidad con lo previsto por el Art.468.7 del NCPP.

E. BENEFICIOS ESPECIALES:

El Art.471 del NCPP señala que el imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte; siendo adicional y se acumulará al que reciba por confesión (hasta la tercer parte por debajo del mínimo legal) conforme lo prevé el Art.161 del NCPP[10]; lo que evidencia el carácter premial que tiene esta forma especial de conclusión del proceso, ello en atención a que el imputado renuncia al juzgamiento oral.

F. PROCEDIMIENTO PRINCIPAL Y TERMINACION ANTICIPADA

El proceso principal no se suspende por la tramitación del proceso especial de terminación anticipada, en razón a que se forma cuaderno aparte conforme lo señala

la última parte del Art.468.1 del NCPP.

Sin embargo, respecto a las medidas cautelares personales, con la sentencia consensuada, se ejecutan provisionalmente, aun cuando haya sido materia de impugnación.

G. PROCEDIMIENTOS COMPLEJOS:

En los casos de procesos por pluralidad de hechos punibles o de imputados, se requerirá del acuerdo de todos los imputados y por todos los cargos que se incrimine a cada uno. Sin embargo, el Juez podrá aprobar acuerdos parciales si la falta de acuerdo se refiere a delitos conexos y en relación con los otros imputados, salvo que ello perjudique la investigación o si la acumulación resulta indispensable

VII. JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA:

Presentamos una sentencia emitida ante el Despacho de la autora del presente artículo, la misma que ha quedado consentida y actualmente se encuentra en el Juzgado de Ejecución.-

EXPEDIENTE NÚMERO: 2007 -4869-15-1706-JR-PE-11

Procesado : Jhan Carlos Ordoñez Cachay Y Otros
Delito : Robo Agravado
Agraviado : Luis Stiwar Trigoso Requejo Y Otra
Juez : Ana Elizabeth Sales Del Castillo
Espec. Legal : Hugo Santacruz Parco

SENTENCIA N°36

Resolución número: CUATRO
Chiclayo, doce de marzo
Del año dos mil ocho.-

VISTA: la instrucción seguida contra JHAN CARLOS ORDOÑEZ CACHAY, HUGO LEONEL CALLE TIMOTEO Y ALEJANDRO VALDEZ JULCA como presuntos autores del delito CONTRA EL PATRIMONIO en su figura de ROBO AGRAVADO en agravio de LUIS STIWAR TRIGOSO REQUEJO y GEIMY JHULIANA MENDOZA CANALES; y RESULTA DE AUTOS: Que en mérito de la denuncia formalizada por el Representante del Ministerio Público de folios veintisiete a treinta del presente incidente, el Octavo Juzgado Penal de Chiclayo abre instrucción mediante resolución de folios treinta y uno a treinta y cinco, dictándose mandato de detención; que, tramitada la causa conforme a su naturaleza ordinaria y solicitada por parte de la defensa de los procesados la aplicación del proceso especial de terminación anticipada por aceptar los inculpados los hechos imputados en su contra conforme aparece de los escritos copiados a folios cincuenta y siete a cincuenta y nueve ratificados a folios sesenta y cinco, se procedió a realizar la audiencia privada conforme aparece del acta de folios sesenta y cinco a sesenta y siete de fecha diez de marzo del año dos mil ocho; y CONSIDERANDO;

PRIMERO: Que, la imputación existente contra los procesados JHAN CARLOS ORDOÑEZ CACHAY, HUGO LEONEL CALLE TIMOTEO Y ALEJANDRO VALDEZ JULCA consiste en que con fecha uno de noviembre del año dos mil siete, siendo las dieciocho horas aproximadamente, en circunstancias que los agraviados LUIS STIWAR TRIGOSO REQUEJO y GEIMY JHULIANA MENDOZA CANALES se encontraban a inmediaciones de la carretera a Pimentel, con la finalidad de tomar un vehículo, hicieron su aparición los procesados y un cuarto sujeto conocido como “Jaime carón” quienes les solicitaron dinero y al recibir una respuesta negativa de parte de las víctimas y aprovechando la superioridad numérica de éstos, mediante violencia, lograron arrebatar un teléfono celular y una cartera mientras ellos se dieron a la fuga con rumbo desconocido, habiendo sido la participación de cada uno de los procesados la siguiente: HUGO LEONEL CALLE TIMOTEO se apoderó de la cartera de la agraviada, ALEJANDRO VALDEZ JULCA, solicitó la suma e cincuenta céntimos a la agraviada, el sujeto conocido como “Jaime carón” cogoteó al agraviado y metió la mano al bolsillo del pantalón y sustrajo un teléfono celular, el procesado JHAN CARLOS ORDOÑEZ CACHAY, rodeó al agraviado para evitar que éste corra.

SEGUNDO: Que la imputación efectuada por el representante del Ministerio Público ha quedado debidamente acreditada en autos con las declaraciones firmes y coherentes efectuadas por los procesados desde la etapa preliminar hasta la judicial, en las que reconocen su participación en los hechos, las mismas que se corroboran con las actas de registro personal e incautación de folios veintitrés, acta de recepción de folios veintidós, acta de entrega de folios veintiséis, así como con las manifestaciones policiales de Luis Stiwar Trigoso Requejo y Geimy Jhuliana Mendoza Canales de folios seis a siete.

TERCERO: Que siendo así en autos se ha acreditado debidamente la comisión del delito de robo agravado al haberse perpetrado el hecho con el concurso de dos o más personas.

CUARTO: Que, en el proceso especial de Terminación Anticipada la Juzgadora desarrolla tres clases de control sobre el Acuerdo adoptado: 1.- Control de Tipicidad, declarando la Suscrita que la calificación jurídica del hecho instruido encuadra correctamente en el artículo 188 y 189 inc. 4 del C.P cuyo nombre jurídico es: delito Contra el Patrimonio en su figura de ROBO AGRAVADO, siendo también conforme a Ley la clase de pena que se ha acordado y su forma de ejecución; 2.- Control de Proporcionalidad, el cual tiene que ver con la razonabilidad de la sanción acordada, la misma que ha sido acordada por debajo del mínimo legal en razón a la responsabilidad restringida de los procesados ALEJANDRO VALDEZ JULCA y JHAN CARLOS ORDOÑEZ CACHAY (diecinueve y veinte años de edad), la confesión sincera efectuada por los procesados desde la etapa preliminar hasta la judicial, circunstancias que la Juzgadora considera correcta estando a la aceptación de los cargos que han tenido los imputados desde la investigación preliminar. Sin embargo, para la determinación judicial de la pena concreta ha de tenerse en cuenta lo previsto por el artículo cuatrocientos setenta y uno del Código Procesal Penal del 2004 (Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete) que otorga como mecanismo premial al imputado que se acoja a esta clase de proceso especial, la rebaja de una sexta parte de la pena derivada de la negociación autocompositiva, por lo que consistiendo uno de los extremos del Acuerdo de Terminación Anticipada del Proceso en que se sancione al imputado presente con seis años de pena privativa de libertad, este tiempo equivale a setenta y dos meses, que reducidos en un sexto arroja un total de SESENTA meses de pena privativa de libertad (CINCO AÑOS). 3.- Control de la Suficiencia Probatoria, Que, la materialidad del delito instruido se encuentra acreditada con el mérito del acta de registro personal e incautación de folios veintitrés, acta de recepción de folios veintidós, declaraciones de los agraviados de folios seis a siete, corroborándose lo expuesto con las declaraciones preliminares e instructivas de los procesados, quienes aceptan los cargos imputados.

QUINTO: Que, de lo anteriormente expuesto, se evidencia que la conducta de los procesados JHAN CARLOS ORDOÑEZ CACHAY, HUGO LEONEL CALLE TIMOTEO Y ALEJANDRO VALDEZ JULCA resulta antijurídica, pues atenta contra las normas sociales de convivencia que fija el Derecho, no asistiéndoles ninguna causal de justificación, siendo típica su conducta por encontrarse prevista en el numeral 188 Y 189 inc. 4 del C.P, desprendiéndose de lo anteriormente glosado su culpabilidad, por lo cual el Representante del Ministerio Público solicita que se le imponga una sanción de seis años de pena privativa de libertad, corriendo a su favor su aceptación de los hechos y el efecto premial del acuerdo de terminación anticipada, no afectando la validez de lo anteriormente expuesto las demás pruebas actuadas y no glosadas.

SEXTO: Que, en cuanto a la Reparación Civil, habiendo surgido del consenso del las partes el monto a imponerse por este concepto, así como la circunstancia de haberse recuperado los bienes sustraídos, esta Judicatura aprueba el monto señalado en el acta de Acuerdo sobre Terminación Anticipada del Proceso, así como su forma de pago.

Por tales consideraciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos cuarto del Titulo Preliminar, once, dieciséis,

veintitrés, cuarenta y cinco, cuarenta y seis, cincuenta y siete, cincuenta y ocho, ochenta, noventa y dos, noventa y tres y ciento ochenta y ocho y ciento ochenta y nueve inciso tres y cuatro del Código Penal; artículos ciento treinta y seis, doscientos ochenta y tres y doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales, así como los artículos cuatrocientos sesenta y ocho y siguientes del Código Procesal Penal; administrando justicia a nombre de la Nación con el criterio de conciencia que la ley autoriza, la señora Juez del Décimo Primer Juzgado Especializado en lo Penal de Chiclayo:

***RESUELVE: APROBAR EL ACUERDO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA** que en fecha diez de marzo del año dos mil ocho siete adoptaron el representante del Ministerio Público y los imputados con su defensa; por lo que en virtud al mismo, **FALLA: CONDENANDO a JHAN CARLOS ORDOÑEZ CACHAY, HUGO LEONEL CALLE TIMOTEO Y ALEJANDRO VALDEZ JULCA**, como autores del delito CONTRA EL PATRIMONIO en su figura de ROBO AGRAVADO en agravio de LUIS STIWAR TRIGOSO REQUEJO y GEIMY JHULIANA MENDOZA CANALES; y como tal se le impone CINCO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EFECTIVA que computada desde el uno de noviembre del año dos mil siete, fecha de su detención vencerá el treinta y uno de octubre del año dos mil doce; FIJO: en DOSCIENTOS NUEVOS SOLES, el monto que por concepto de Reparación Civil deberán pagar en forma solidaria a favor de cada agraviado; MANDO: Que, consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, se inscriban los boletines y testimonios de condena correspondientes. AGRÉGUESE copias certificadas de la presente resolución al expediente principal; y cumplida la pena impuesta por la presente sentencia, anúlense los antecedentes que se hubiesen generado, con conocimiento del Superior Jerárquico. NOTIFICÁNDOSE.-*

"LOS ÚLTIMOS DÍAS DEL INQUISIDOR"

ERWIN GUZMÁN QUISPE DÍAZ
JUEZ PENAL

Cuando la inteligencia se apaga, llega la noche de las dictaduras.
Albert Camus.

Haciendo un parangón con lo descrito por Alvin Toffler en "La Tercera Ola", primer capitulo, Un Entrechocar de Olas, una nueva justicia penal está emergiendo en nuestra sociedad, y hombres ciegos están intentando en todas partes sofocarla. Esta nueva justicia trae consigo nuevos estilos de administrar justicia, formas distintas de trabajar y de entender el conflicto delictual, y más allá de todo esto, una conciencia modificada también. Actualmente se viene aplicando aisladamente en otros lugares, y cientos de personas ya están acompasando sus vidas a los ritmos del mañana. Otras, aterrorizadas ante el futuro, se entregan a una vana huida al pasado e intentan reconstruir la agonizante realidad en que se desenvuelven.-

Es sabido que lo nuevo siempre encuentra dificultades y reticencias en el colectivo, pues implica el rotundo cambio de concepción y el de privilegiar a los verdaderos actores del proceso penal: las partes, constituidas por el Ministerio Público y el imputado, donde el Juez cumple realmente con su función natural y constitucional: Juzgar y sentenciar, lo primero al valorar adecuadamente los medios probatorios que incorporen al proceso las propias partes, y lo segundo, señalando culpabilidad o no en el imputado, determinando la pena que correspondería por la infracción penal.-

Se verificará que los principios constitucionales y que también constituyen normas rectores del nuevo Código Procesal Penal, hallan su destino normal en el sistema procesal a aplicarse, básicamente el de la igualdad, el de presunción de inocencia e indubio pro reo, despidiendo, y ojala para siempre, el modelo inquisidor en la que el Juez era el director de la investigación, amo y señor del proceso penal que instruía, juzgaba y sentenciaba (sumarios), teniendo al procesado como objeto de prueba, sometiéndolo a estricto interrogatorio para arribar a la verdad.-

El Estado de Derecho se sostiene fundamentalmente en el respeto irrestricto de la ley, donde la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad resultan ser el fin supremo de la sociedad y del Estado. Tal marco conceptual rige en todas las esferas de la vida en sociedad, y con mayor relevancia cuando se trata del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, en que la persona acusada se enfrenta a organismos fuertes como son: la policía, Ministerio Público, Procuraduría pública, Poder Judicial, así como del agraviado; realmente se ve solo, si tiene dinero estará asistido por un abogado de su libre elección, caso contrario asumirá su defensa el abogado de oficio; razón por la cual es necesario otorgarle garantías y derechos para su real defensa.

Anibal Torres Vásquez en su Introducción al Derecho, sostiene que, la libertad envuelve también el problema de la igualdad como derecho fundamental que pone a todos los asociados en una posición de paridad frente a la ley. No se puede hablar de igualdad sin libertad, ni de libertad sin igualdad; los dos valores son inseparables en un Estado democrático de Derecho.

Se ha afirmado que el ser humano nace igual en dignidad formando parte de una sociedad que le debe ofrecer los mismos derechos de los que gozan los demás y con las mismas limitaciones para todos. Al respecto Anibal Torres Vásquez sostiene, que la dignidad del ser humano, idéntica en todos los casos y consubstancial con su existencia, exige que toda persona tenga igualdad de tratamiento en igualdad de circunstancias. Por eso se ha reconocido expresamente en la Constitución Política

del Perú, así como en el Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado.

Al someter a proceso investigatorio y posterior juzgamiento a un acusado, se tiene que realizar sin vulnerar la dignidad del ser humano, teniendo en el principio de humanidad su principal sustento jurídico con base constitucional que tiene vinculación directa con los derechos fundamentales de la persona.

A decir de Severiano Calderón Cerna, el mencionado principio está dado con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de la persona cuando está en calidad de procesado y sin sentencia condenatoria, pero se amplía también en parte a los sentenciados por la comisión de un determinado delito. Sin embargo, pareciera que con enviar a la cárcel a una persona se soluciona el problema, pero no es así.

En el nuevo proceso penal impera el contradictorio donde las partes tienen igualdad de armas y concurren sin preeminencias a la audiencia, llevando sus pruebas de cargo como de descargo, sujetos, eso sí, al control judicial, pero con su plena participación pública, sin que necesariamente, todos los casos lleguen a juicio oral, al otorgarse amplias facultades a las partes para concretar formas de conclusión de proceso, ya sea sobreseimiento, criterios de oportunidad ó terminación anticipada.-

Pero lo más trascendente de esta ola revolucionaria estriba en el desarrollo del proceso judicial penal, eminentemente público, garantista y de carácter adversarial, desterrando aquellas prácticas judiciales basadas en la reserva del proceso y de su oscurantismo, en que las diligencias las realiza el Juez entre cuatro paredes. Ahora, el proceso se desarrolla en audiencias públicas, expuestas al ojo de la ciudadanía que bajo ese procedimiento también llegan a controlar las actuaciones judiciales, contemplando el nivel de las intervenciones del representante de la Fiscalía y de los abogados defensores.-

Significa el adiós de los inquisidores y también de las concepciones y prácticas que hicieron perder legitimidad en el aparato judicial, en algunas veces alimentados por cierta prensa amarilla que en un afán desmedido por las primeras planas, desinforman y menoscababan honras ajenas. Alguien del gremio periodístico dijo alguna vez que el periodismo puede ser la más noble de las profesiones o el más vil de los oficios, y lamentablemente no existe un auto control o auto regulación en nuestra región, llegándose a imputar responsabilidades, pretendiéndose influenciar en los Jueces, sin saber que los Jueces solamente nos debemos a la Constitución, a la ley y a nuestras conciencias.

A tono con las premisas enunciadas, debemos asumir posiciones de transito a la vigencia del Código Procesal Penal. Por ejemplo en dos situaciones: la primera sería aplicar al proceso sumario las disposiciones que contiene el decreto legislativo 983 referido a la forma del interrogatorio al imputado, en que tanto el Ministerio Público como la defensa del procesado le formulen preguntas, y al final lo haga el Juez. Y la otra, cuando llegue la denuncia fiscal con el detenido, se conceda oportunidad al imputado para que se defienda en ese estadìo, asignándole abogado de oficio si no tiene acreditado uno particular, escuchándolos previamente y recibiendo los documentos que exhiba para enervar las probables medidas coercitivas a dictarse.

Actualmente los Jueces nos pronunciamos acerca de las medidas coercitivas tomando en cuenta solamente la denuncia y sus recaudos, sin haber otorgado la oportunidad a la defensa para que contradiga tales extremos, procedimiento propio del modelo mixto. Con el nuevo Código Procesal Penal, todo requerimiento fiscal se procesa y resuelve en audiencia pública con la asistencia del imputado y su defensa quien tiene la oportunidad de contradecir los pedidos que tiendan a perjudicarlo, y es el Juez en última instancia quien resuelve. Entonces, si existe un pedido de detención preventiva, la defen-

sa alegará lo que al derecho del incriminado corresponde y presentará los documentos que sustenta su pedido, corriéndose traslado en ese momento al Fiscal.

Indudablemente, aquella justicia paquiderma y anquilosada, tuvo su primer remesón en el año 1992, cuando de manera ilegal el gobierno de turno intervino el Poder Judicial y otros poderes públicos, saliendo a la luz el modelo y prácticas antiquísimas de nuestro sistema judicial penal, donde otorgamos genuina veneración al papel, es decir al expediente, que se va formando, adicionándose diligencias y resoluciones a diestra y siniestra, tomándose las diligencias en secretaría, proyectándose las resoluciones de fondo también en secretaría y las sentencias se elaboraban tipo sabana, sin mayor motivación ni diferenciación entre los diversos juicios y análisis que debe hacer un magistrado: Juicio de tipicidad, juicio de culpabilidad y determinación judicial de la pena.

Justamente fui protagonista luego de aquel primer sacudón, en que varios secretarios judiciales fueron destituidos, costándoles a muchos dejar sus feudos en que habían convertido sus secretarías, en donde conservaba, a propinas, a un sin número de meritorios que conocían el teje y maneje del sistema judicial penal, Cuando llegué, me observaron como bicho raro. Fue un 22 de septiembre de 1992 y me asignaron al Primer Juzgado Penal donde despachaba la siempre correcta Juez Margarita Zapata Cruz. Me sentí sumamente extraño, si bien llegaba a un lugar donde empezaría mi camino hacia el logro de mis metas, formadas desde aquel día en que vi a mi padre realizando su función de Juez de Paz en mi pueblo; sin embargo fui recibiendo sinsabores hasta el punto de no tener máquina de escribir, las que existían eran utilizadas por los meritorios quienes prevalecían, optando por llevar al Juzgado la pequeña maquina de escribir que utilizaba mi padre en sus audiencias. Acondicione un pequeñísimo espacio con una pequeñísima mesa, gracias al apoyo del secretario judicial. Y que curioso, ni bien llegué me dijeron que tomara una declaración instructiva, sin presencia de abogado ni Ministerio Público.

El cambio de concepción comprende a todos los intervinientes en un proceso, incluidos los auxiliares jurisdiccionales. Se trata de instaurar una nueva cultura jurídica y de trabajo en la justicia penal, desterrando las prácticas abusivas y ataques personales por diferencia de pareceres.

En ese orden de ideas, aún cuando el caso del Administrador del Módulo Básico de Justicia de Leonardo Ortiz, está en investigación jurisdiccional, sin embargo no es óbice para exponer nuestra apreciación en el sentido de que habría existido intereses *nom santun* para exponer públicamente el asunto y propiciar la cobertura periodística de forma inusual.

Quizás el quedarnos callado nos dejaría en una situación cómoda, pero no sería justo, precisamente cuando abordamos temas íntimamente relacionados con el proceso judicial actual. Resultó a todas luces inaudito que la policía haya acudido al Módulo – centro de trabajo del administrador - para hacer efectiva la captura, resultando desproporcionado el propio mandato de detención, conforme así lo asumió la superior Sala penal, sabiéndose que el denunciado tenía trabajo y domicilio conocidos. Decimos esto, al amparo de lo dispuesto por el artículo 139º inciso 20 de la Constitución Política del Perú, acerca de la facultad de criticar las decisiones jurisdiccionales.

El hecho concreto es que se habría omitido ingresar el dinero de la caución en el Banco de la Nación, pero tal conducta ¿constituiría delito de peculado?, quizás habría falta administrativa; pero aún con todo, era desproporcionado dictar orden de detención preventiva, con las consecuencias negativas para la persona, pues el Administrador fue visto como corrupto por la ciudadanía, y se le responsabilizaba de la apropiación de caudales confiados por razón de su cargo – caución -, “ganándose” titulares en la prensa escrita, hablada y televisada.

Ahora, quizás si la decisión asumida,

la tomáramos dentro de la concepción del derecho penal del enemigo, podría justificarse la medida, pero tampoco estamos frente a un sujeto que hace de su oposición a la norma una tónica de vida que no guarda ningún respeto por los demás, impidiendo que los ciudadanos sean ciudadanos. A decir de MIguel Polaina Orts, la noción enemigo es el reverso de persona en Derecho o, si se quiere, ciudadano. Persona en derecho es quien respeta integral o substancialmente la norma. Es quien se comporta como persona y respeta a los demás como persona. Por tanto la persona en derecho . dice el autor citado – es quien ejerce civismo mediante el respeto a los demás como ciudadanos. Ese ejercicio de civismo supone lo siguiente: respetar que el otro, que los demás, puedan seguir confiando en la norma, como modo de orientación de conductas.-

Así también indica el autor citado, como el ser humano es un ser imperfecto, puede llegar a "meter la pata", a cometer un error en forma de delito. Pero en la mayoría de los casos, el sujeto que infrinja la norma, vuelve luego de su infracción, al respeto usual a los demás como personas en derecho: en ese caso, la infracción de la norma ha sido puntual, concreta, incidental, pero no le ha hecho perder el civismo que generalmente ejercita.-

El tratadista español Miguel Polaino Navarrete al prologar el libro de la doctora Myrian Herrera Moreno, Penalidad y Control Penal, señala que los modelos de reacción como control penal, están condenados al fracaso pues propician soluciones dudosamente satisfactorias a corto plazo, solamente tendentes a saciar la sed de sangre de unas encolerizadas víctimas de episodios de barbarie, soluciones en suma basadas en mayor o menor medida en la fuerza por la fuerza misma, en la represión, en la retribución, en el odio, en la venganza, en la desesperanza.

Al respecto el padre Hubert Lansier afirma, que no se puede defender la vida matando, y si tenemos que combatir a los caníbales, esto no nos otorga el derecho a comer carne humana.

Así también, en un evento académico, escuche decir al señor Vocal supremo Robinson Gonzales, que los Jueces no debemos dictar nuestras resoluciones en función al sentir de la ciudadanía, ni de la prensa, sino que debe obedecer al análisis de cada caso concreto y de los medios probatorios o indicios que las abonan, sujetándose solamente a lo que expresa la Constitución, las leyes y nuestra conciencia, entendiendo en el campo penal, que la regla es investigar jurisdiccionalmente a una persona en libertad, y solamente de manera excepcional se instruiría con orden de detención, siempre y cuando concurran copulativamente los presupuestos que exige el artículo 135º del Código Procesal Penal: suficiencia probatoria, prognosis de la pena mayor de un año de privación de libertad y peligro procesal de que evada la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria.-

Curándome en salud, es probable que existan resoluciones dictadas sin analizar concienzudamente los presupuestos aludidos, sin embargo tampoco somos infalibles en nuestras decisiones, pero en el caso descrito líneas arriba se conocía perfectamente de la ocupación y domicilio del administrador, pero se optó por la medida más gravosa cuando existían otras que fácilmente se pudo tomar.-

Decía el Padre Hubert Lansier que la cárcel es una cloaca y el hundir a una persona en una cloaca con la esperanza de limpiarla constituye un procedimiento interesante pero poco eficaz.

Las cárceles fueron entendidas como un centro de rehabilitación, donde se corrija a las personas que han quebrantado el orden jurídico, mediante mecanismos terapéuticos, dándoles trabajo y educación, y que a la postre, al cumplir con su condena, sea devuelto a la sociedad como un nuevo hombre. Pero en realidad, nada de eso sucede, al contrario nos encargamos de hundir a lo más profundo a quienes ingresamos a un centro carcelario.

Resulta peligroso ensalzar la finalidad preventiva especial negativa de la pena, descartemos la idea del justo merecimiento de la pena, pues lo que se busca es inutilizar al penado. Como afirma Myrian Herrera, sirve mas bien para estigmatizar, señalar con orejas de burro inocuizando a los sujetos, marginándolos de la sociedad. A la postre, es lo que se busca con el encarcelamiento desmedido, arbitrario de una persona, sin que se apliquen razonablemente los presupuestos para dictar orden de detención o al imponer una pena privativa de la libertad efectiva.-

Avancemos optimistas hacia el nuevo proceso penal, pero siempre pensando que no solamente se trata del mejoramiento de las leyes y de las formas de solucionar los conflictos, sino también del cambio de concepción de todos los intervinientes en el quehacer jurídico penal, expresando - igual como el padre Hubert Lansier -, mi convicción de que, la cultura de la convivencia no se puede realizar si no hacemos el esfuerzo sistemático de ponernos en el pellejo del otro, de preguntarnos antes de juzgar o de tomar una decisión: ¿Y SI FUESE YO EL IMPLICADO?”.

"EL ESPÍRITU VOCACIONAL DE IMPARTIR JUSTICIA"

DRA. YOLANDA GIL LUDEÑA
JUEZ DEL 7º JUZGADO ESPECIALIZADO PENAL

Originada del aliento divino trasmitida, irradiada, poseída en un atemporal no previsible, sin embargo interiorizada y cual semilla sembrada, germinada y crecida da sus frutos : ***vocación***.

¿En qué momento y espacio de tu finito vivir, sientes el llamado de dedicarte a impartir justicia?; tal vez en tus primeros tiempos de infancia, o quizás en los vaivenes de tus activos y bulliciosos paseos de adolescente.

Inclinación vocacional que se legitima y autentica a tiempo comparsa con la entrada del sol, por que así ésta irradia luz, calor, brillantez, enseñoreándose en pleno medio día, así el espíritu vocacional de impartir justicia se enseñorea y da a luz a la justicia terrenal.

Vocación aparecida en los atardeceres del día, significaría oscuridad tenue, o tal vez reflejos opacos, debido a la invasión de elementos extraños, factores interesados, de contenido y esencia condicionantes que turbarían, cercarían y encofrarían al decidor de justicia: ***el juez parcializado***.

O aquel juzgador que de pronto con sumo esfuerzo y espíritu responsable vence este originario obstáculo y aplica la justicia. ¡Oh, qué grandioso, cumplió con su deber¡.

Y cómo se siente el espíritu humano de ese justiciero terrenal, que desarmoniza de la ley, se auto sentencia; fuerza su madre e innata naturaleza de vocación forzada e ingresa a un campo donde no existe en él verdadera vocación, ya que sacrificó su vocación innata, y opta por la adquirida, asesinando la anterior; encausando en otras expectativas, de esa zona de administrar justicia, donde se reviste de autoridad, poderío, alabanza de sabiduría, estipendio o remuneración económica, y entonces priman estos factores y en él cada día a la par que sentencia se va deteriorando síquicamente porque jamás conocerá ni experimentara esa sensación maravillosa, ese gozo inexplicable que llega al prendamiento de amor del éxtasis, porque este espacio y tiempo en que lo místico de la vocación se conjuga con la pródiga de los chispazos divinos que salpicados al justiciero terrenal, estará prodigada de equidad (además de las operaciones legales , académicas, pedagógicas ,filosóficas y especificaciones técnicas pertinentes) traducidas a un signo de una huella indeleble e invisible de calidez , luminosidad, rectitud, que ni el transcurrir del tiempo olvida , más bien se perpetúa a través de las generaciones y se dirá: ¡que buen juez, se hizo justicia¡ , "no me dio la razón; pero fue justo", tenía vocación de juez; porque ser justo no es aquel que nunca comete una injusticia ,sino que pudiendo cometerla no lo hace.

El proceso evolutivo del concepto de justicia en la conciencia de la humanidad ha ido modificándose. Por ejemplo:

- En la era de Tauro, regía la Ley del Talión con su "ojo por ojo y diente por diente"
- En la era de Aries tenemos a Moisés "no hagas a otro aquello que no quieres que te hagan a ti".
- En la era de Piscis, el Cristo del Amor con su pedagogía de lo positivo "haced solo a otro aquello que a ti te gustaría que te hagan".
- En la era de Acuario, se ilumina el " hacer" con el simplemente ser luz y amor sin límites; por añadidura ser justicia infinita; justicia humana sin inspiración divina aplica su herramienta Reinvicatoria patentada como legislación, se prisma legalista, hiere la vida, su razón y consigna justicia ,practica el bien ,el mal por el mal el mal por el bien .

Jesús dijo: "Si vuestra justicia no fuese mayor que la de los escribas y fariseos (grupos políticos de la época) no entrareis en el reino de los cielos" (Jesús)

Practicar la justicia y equidad agrada a Yahvé mas que el sacrificio”
(Proverbios 21-3).

El justo halla su gozo en practicar la justicia, en tanto que los obradores de iniquidad se espantan…
(Proverbios 21-15).

Quien practica la justicia y la misericordia hallará vida, justicia y honra.
(Proverbios 21-21).

El juez sabio hará justicia a su pueblo y será estable el principado del varón sensato.
(Eclesiástico 10-1).

¡ Oh qué bello adorno para las canas el saber juzgar, y para los ancianos el, saber dar un consejo¡.
(Eclesiástico 25 - 6).

“La ley es buena si usas legítimamente”
(Carta De San Pablo A Timoteo – 8).

“Acción de gracias por la justicia de Díos”: Quien mantiene mi derecho y mi causa sentado en el trono sentado con justicia. (Salmo 9 - 4).

Dios juzgará al mundo con justicia y a los pueblos con rectitud.
(Salmo 9 - 8)

Poncio Pilatos no tenía convicción de que Jesús hubiera cometido delito alguno, sin embargo se dejó influenciar por el pueblo, principalmente por los sacerdotes y alguaciles, quienes le enrostraron que si no crucificaba a Jesús entonces querría decir que no era leal al César o Rey, ya que Jesús se hacía pasar por Rey de los judíos. Pilatos cumplió órdenes de terceras personas, mas no fue un juez justo. Cuantos jueces timoratos se dejaran influenciar por los periodistas, políticos, para no perder su puesto tal como lo hizo Pilatos, sabiendo y conociendo que el hombre puesto frente a él, es sencillamente inocente y lo condenan o que es verdaderamente culpable y lo absuelven, tomando una decisión influenciada u ordenada por otra persona y que significa para el juzgador un estatus o un ascenso denigrante y crucificante para tal juez, entregando de este modo al inocente o culpable al tercero que sin tener autoridad para sentenciarlo aplica su criterio beneficiario a sus propios intereses y usurpa autoridad y funciones a un juzgador.

Ejemplo de justicia humana; vas al mercado y compras un kilo de carne y vives tres situaciones:

- El vendedor pesa la carne, sobra una onza, la quita, es justa.
- El vendedor pesa la carne, la balanza marca un kilo, pero tiene alterada la balanza para que marque mas de lo que realmente pesa, es injusta (Mala).
- El vendedor pesa la carne, nos agrega mas carne del kilo que pesamos, es injusta (buena).

La balanza símbolo de la justicia humana, en estos tres casos nos da; una situación justa y dos situaciones injustas, una es mala por que te quita, y la otra es buena por que te da; entonces en una misma situación, se dan varios resultados.

Al igual que el universal Vallejo, parafraseándolo, en justicia: “**Hay hermanos muchísimo que hacer”**.

ANTE UNA NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO

DRA. CECILIA LUCILA TUTAYA GONZALES
JUEZ LABORAL

La Ley Procesal de Trabajo 26636 representó en su momento un cambio sustancial en comparación con el régimen vigente entonces, pues propuso una nueva estructura procesal acorde con las tendencias de la doctrina y la legislación comparada sobre el derecho procesal que habían sido acogidas por el Código Procesal Civil de 1993: privilegió la actuación del Juez y le otorgó una posición de dirección y participación activa en el proceso, inmediación que constituye un rasgo básico del proceso que representa al mismo tiempo una obligación y una ventaja para el Juez pues le otorga herramientas jurídicas y una mayor facilidad para encontrar la verdad material en menor tiempo. Sin embargo, la Ley Procesal de Trabajo vigente, Ley 26636, dictada el 24.06.1996, tiene más de 11 años de vigencia a la fecha, siendo que desde hace algunos se analiza su modificación en atención a la experiencia de su aplicación en este tiempo transcurrido. Es así que se presenta este artículo, con la finalidad de contribuír a la reflexión en torno a la eventual modificatoria ya en camino –si bien accidentado- de la norma procesal laboral.

- **Autonomía del Derecho Procesal Laboral**

Como cuestión previa, precisemos que la autonomía del Derecho Procesal Laboral es producto de la evolución de la doctrina procesal, que inicialmente lo consideró como un apéndice del Derecho procesal civil, para posteriormente reconocerle autonomía, ante la constatación de que la protección del trabajador a través de normas sustantivas no era suficientemente eficaz; ante la constatación de la necesidad de la creación de una justicia especializada con un proceso especial adecuado. La autonomía del Derecho Procesal Laboral es reconocida en la legislación de varios países, que reconocen que la justicia social no podrá alcanzarse mientras los procesos laborales estén sujetos a las normas procesales comunes. Así los verdaderos motivos de la autonomía del DPL: los propios litigios a resolver, q' requieren aplicación de principios y normas peculiares, tècnicas más ágiles y amplias en materia de pruebas, términos y recursos, en suma: mecanismos compensatorios de la desigualdad de la relación jurídico material: la asimétrica relación laboral.

- **Modificaciones de la Ley Procesal de Trabajo 26636 hasta la fecha**

-Modificación del Artículo 4 sobre la competencia por razón de la materia, por Ley 27242 de 24.12.1999

-Modificación total del Capítulo III, Título I de la Sección Quinta de la LPT sobre la Casación, por Ley 27021 articulo 1 de 23.12.1998

-Modificación del artículo 72 sobre los títulos ejecutivos en el proceso ejecutivo laboral, por Ley 27242 de 24.12.1999

-Derogatoria del Título III de la Sección Sexta de la LPT, sobre el Proceso contencioso administrativo en materia laboral, por la Ley 24584 Ley del Proceso contencioso administrativo.

- **Modificaciones o revisiones sugeridas**

En base a la experiencia práctica, me permito hacer unas sugerencias, por supuesto, en un listado no exhaustivo.

1.- <u>Competencia territorial.</u>

El artículo 3 de la LPT establece que *"Por razón del territorio y a elección del demandante, es juez competente el del lugar donde se encuentra: 1. El centro de trabajo en el que haya desarrollado la relación laboral. 2. El domicilio principal del empleador."*

Si dicho dispositivo establece una competencia territorial improrrogable o no, al respecto no es uniforme la jurisprudencia. Considero que se trataría de una competencia territorial improrrogable, y en tal sentido,

deviene injustificadamente restrictiva del derecho de acceso a la justicia por el trabajador, toda vez que no contempla casos como:

-Si empleador no tiene domicilio formalmente establecido;

-Si el empleador cuenta con varias unidades productivas en distintas zonas geográficas;

-Si el centro de trabajo del empleador está en abandono, o si empleador es una empresa en liquidación o disolución;

-Si el trabajador domicilia en lugar distinto de aquel donde labora;

-Si fenecida la relación laboral el trabajador varía su domicilio real por necesidad laboral;

-Si el trabajador es el demandado, como en el caso de la indemnización por daños y perjuicios causados por falta grave cometida por el trabajador.

Estimo así que una nueva LPT debe contemplar supuestos fácticos como los señalados, ampliando las reglas de competencia para la interposición de la demanda, en atención a los derechos fundamentales de acceso a la justicia y de defensa.

2.- <u>Procesos sobre Indemnización de daños y perjuicios en agravio de los trabajadores.</u>

¿A qué juez debe acudir un trabajador si en el ejercicio de sus funciones sufre un accidente? El art. 51 inciso j de la LOPJ, expresamente regula la competencia del juez laboral para el conocimiento de las pretensiones resarcitorias en el caso que el trabajador ocasione daños al empleador, no menciona los daños que sufren los trabajadores en ejercicio o con ocasión de sus funciones; asimismo abona a tal competencia el artículo 1970 del Código Civil.

Si bien no hay norma que expresamente atribuya competencia al juez laboral para conocer este tipo de daños, la misma puede inferirse del art. 4.2.j que establece la competencia del Juez laboral para conocer de la Indemnización por daños y perjuicios por la comisión de falta grave que causa perjuicio económico al empleador, incumplimiento del contrato y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza por parte de los trabajadores.

Así, el trabajador dañado puede optar sea por el juez civil o sea por el juez laboral, en ambos casos hay normativa, ambos están facultados para evaluar los daños ocasionados y fijar un *quantum* indemnizatorio; por ello la jurisprudencia al respecto no es unívoca. Sin embargo, considero que la competencia en estos casos corresponde al Juez laboral, teniendo en cuenta que:

-En todos los casos de Indemnización de daños y perjuicios formulados por un trabajador, la pretensión refiere o tiene como sustento una relación laboral, vigente o fenecida.

-El Pleno Jurisdiccional Laboral 2000, Acuerdo número 5, estableció la competencia de los jueces laborales para el conocimiento de demandas de Indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de trabajo por el empleador, invocando lo establecido en el artículo 4.2 literal j de la LPT, así como en el literal c, referidos el primero a la competencia del juez laboral para conocer demandas de Indemnización de daños y perjuicios causados por el trabajador en agravio del empleador; y el segundo, a la competencia para el conocimiento de conflictos jurídicos por incumplimiento de disposiciones y normas laborales, por ende, de las obligaciones generadas por el contrato de trabajo.

-Los casos de indemnización de daños y perjuicios formulados por un trabajador corresponden mayormente a la responsabilidad contractual, por incumplimiento del empleador de alguna de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo; ejemplo no contratar el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, no proporcionar al trabajador las herramientas de trabajo, uniformes e implementos de protección para la labor correspondiente; perjuicios por vulnerar derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, como el honor, la buena reputación, la intimidad personal, la propiedad de la creación intelectual, artística, técnica, científica, etc.

-Incluso en los casos que los daños que excedan el marco de la relación contractual y por ello deban ser reparados bajo el sistema de la responsabilidad extracontractual,

por responsabilidad objetiva por actividad riesgosa, art. 1970 Código Civil, por ejemplo si no existiera incumplimiento de obligación alguna por empleador, pese a ello acontece un hecho dañoso por accidente de trabajo; de todos modos subyace la relación en la eventual pretensión judicial a intentar, por lo que considero que igualmente corresponde la competencia al juez laboral. Hay muchas razones que justifican competencia de estos procesos por la judicatura laboral, por lo que debería ser considerada por una nueva LPT.

3.- <u>Proceso contencioso administrativos y Acciones de amparo en materia laboral.-</u>

La Ley Procesal de Trabajo 26636 primigeniamente estableció la acción contencioso administrativa laboral encargando su solución a las Salas Laborales. La Ley 27584 del Proceso contencioso administrativa constituyó un cambio de la ley sustantiva, pero consideramos que no debía conducir al de la norma adjetiva que antes tenía doble regulación: Código Procesal Civil para las acciones contencioso administrativas relacionadas con todos los temas menos el laboral; y la ya mencionada Ley Procesal de Trabajo. La referida Ley 27584 debió modificar dicha competencia para los jueces de trabajo y no para los jueces contencioso administrativos, por la especialidad, en los casos de contenido laboral, como por ejemplo el cuestionamiento de decisiones administrativas de la Autoridad Administrativa de Trabajo, de la ONP, que juez laboral puede definitivamente resolver con mayor eficiencia.

En cuanto a la Acción de amparo, por Ley 26792 de 17.05.1997 se otorgó competencia al juez laboral para conocer acciones de amparo de naturaleza laboral; es decir, la Judicatura laboral tuvo competencia para el conocimiento de Acciones de amparo en materia laboral, en corto período del 17.05.1997 al 30.05.1998. El Código Procesal Constitucional regula este tipo de acción, otorgando la competencia para su conocimiento al juez civil conforme a su artículo 51. Sin embargo, estimo que el proceso de Amparo en materia laboral, debe ser de competencia de la judicatura especializada laboral, por evidentes razones de especialidad. Estimo que existe casos en los que en las Acciones de amparo en materias como la laboral, o la administrativa, por no manejarse los conceptos de las materias especializadas, se efectúa invocaciones y argumentaciones constitucionales genéricas, siendo así que en sede constitucional devienen amparables muchos casos cuestionables. Como dijera alguna vez nuestro maestro Néstor Pedro Sagués, ante ciertos pronunciamientos constitucionales inclusive de Tribunales constitucionales máximos *"desde la Constitución puede decirse cualquier cosa"*.

Considero así que la competencia en los procesos contencioso administrativos y acciones de amparo en materia laboral, debe ser recibida por una nueva LPT, debiendo asimismo efectuar las correspondientes modificaciones de la Ley 27584 y del Código Procesal Constitucional.-

4.- <u>Facultad Probatoria de Oficio.-</u>

El artículo 28 de la LPT, en similares términos que el CPC, establece que *"El Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios que considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes para producirle certeza y convicción."* Así, permite: ordenar pruebas de oficio en todo tiempo desde la iniciación de la fase probatoria hasta la sentencia; ordenar la ampliación de la prueba ya propuesta por las partes. La expresión 'que considere convenientes': no puede interpretarse como que la facultad probatoria de oficio es ilimitada; artículo debe interpretarse sistemáticamente con los artículos 25 y 31 de la LPT, así como concordarse con el artículo 190 del CPC que establece la pertinencia e improcedencia e los medios probatorios.

La doctrina considera que son tres los límites a la facultad probatoria de oficio:

a.- Debe limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes en virtud de los principios dispositivo y de aportación de prueba.

b.- Es necesario para su actuación que

consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria de oficio. Ejemplo, prueba de oficio testimonial: si la identidad del tercero que pueda tener conocimientos relevantes obre en el expediente; prueba documental de oficio: cuando aparezca mencionado en autos; prueba pericial de oficio: si concurren hechos cuya verificación amerita conocimientos técnicos; prueba de oficio de reconocimiento judicial: si existe individualización por las partes del objeto litigioso.

c.- La prueba de oficio debe respetar principio de contradicción y derecho de defensa de todo litigante.

Pero un límite inaceptable a la prueba de oficio, está en el Proyecto de LPT, artículo 34 señala que la facultad probatoria de oficio puede ser usada *una única vez*; así como la limita a su uso por el juez de primera instancia. No toma en cuenta que: en el proceso civil no existe tal limitación, y que el *ad quem* tiene facultad de actuar medios probatorios en grado de apelación, como fluye del artículo 374 del CPC.-

Así, la Prueba de Oficio debe dictarse en un contexto probatorio de respeto de los derechos de defensa y dentro de criterios de razonabilidad, que impidan la transformación del juez en absoluto ayudante de las partes; actuación oficiosa está limitada cuando exista falta de certeza o duda razonable en relación a los puntos controvertidos. Así dictada, la prueba de oficio no vulnera el derecho procesal de aportación de parte, ni el derecho constitucional a un juez imparcial

Debe tenerse en cuenta que la prueba de oficio es una facultad no una obligación del juez, por lo que no es causal de nulidad su no dictado por el Juez. Al respecto es pertinente la resolución casatoria emitida en el expediente civil número 2057-99-Lima, de 08.06.2000, en que se amparó el recurso de Casación, y por consiguiente, que el *ad quem* vuelva a emitir sentencia sobre el fondo. La sentencia de vista había anulado la de primera instancia, en razón de que el juez no había efectuado la actuación de una prueba de oficio. Corresponde señalar que se cita una casación civil, de un lado porque ejemplifica cierta casuística procesal laboral, y de otro lado, en razón de que casaciones como la citada, son imposibles de obtener en un proceso laboral, teniendo en cuenta los supuestos de procedencia de la casación laboral (no procede contra sentencias que no resuelven el conflicto).

5.- <u>Medios Impugnatorios En Materia Laboral.-</u>

El artículo 52 segundo párrafo LPT.- "El recurso de apelación se interpone en el plazo de cinco (5) días desde la notificación de la resolución que se impugna, a excepción del proceso sumarísimo, que se rige por sus propias normas." Acontece que se cuestiona el cómputo del plazo de ley, pretendiendo contarlo *incluyendo* el día de la notificación, y así la nulidad del concesorio de apelación. Sin embargo dicho plazo debe computarse de conformidad con lo señalado en el artículo 147 del CPC, que prescribe que "El plazo se cuenta desde el día siguiente de notificada la resolución que lo fija y, cuando es común, desde la última notificación." Esta situación ha sido inclusive motivo de pronunciamiento, como en la Casación 355-2000 de 28.09.2000, en que la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la CSJ de la República, mediante la que se amparó el recurso, por considerar que al no haberse efectuado el cómputo de un recurso de apelación de acuerdo a la regla general del cómputo del plazo se contravino el debido proceso.

Otro problema importante que debe resolver una nueva LPT es en cuanto al efecto de la apelación de autos emitidos durante el trámite del proceso, que en la norma vigente es únicamente con la calidad de diferida; así, resoluciones que emiten importantes pronunciamientos como por ejemplo una nulidad, o una excepción, sólo finalizado el proceso serán resueltas conjuntamente con la sentencia si fuere apelada. Así, en algunos casos si el órgano revisor revocara lo resuelto, acontecería que la sentencia devendría insubsistente, constituyendo dilación en la tramitación del proceso laboral. Una nueva LPT debe considerar la concesión de apelación sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida, contra determinados autos emitidos durante la tramitación del proceso;

e inclusive un trámite de las excepciones similar al del proceso civil, mediante cuaderno de excepciones, resolución apelable con efecto suspensivo.

En cuanto a la Casación, es harto conocida la exclusión de la posibilidad de interponerla en materia laboral por la causal de transgresión de las normas procesales o *error in procedendo,* como sí lo establece el CPC artículo 386 inciso 3, que una nueva LPT debe corregir. La divergencia normativa ha producido pronunciamientos contradictorios, pues la Corte Suprema de Justicia de la República se ha pronunciado señalando que no procede dicha causal en: Casación 173-99-Ica de 15.08.2000; Casación 421-99-Lima de 17.09.2000; así como señalando que sí procede dicha causal: Casación 06-99-Chincha de 22.07.1999; Casación 163-2002-Puno de 15.07.2002; Casación 2166-2003-Lima de 01.09.2005; esta última sumamente importante, toda vez que fue establecida como precedente de observancia obligatoria, más aún porque se amparó el recurso de casación por una causal que no había sido alegada por la parte (¡!).

Asimismo, resultaría conveniente que en determinados casos se mantuviera la posibilidad de interponer casación contra autos, sobre todo en temas relevantes que no han merecido resoluciones uniformes, tales como la excepción de prescripción en materia laboral, como lo establecía el primigenio texto de la LPT.

6.- <u>Medida Cautelar en Materia Laboral.-</u>

La tutela cautelar es una de las formas o manifestaciones de la tutela jurisdiccional que brinda el ordenamiento jurídico. Es el derecho fundamental que tiene todo sujeto de acceder al órgano jurisdiccional a solicitar protección a las diversas situaciones jurídicas de las cuales es titular; es brindada en un proceso en que se respetan las garantías mínimas, a través de una resolución fundada en derecho, cuyos efectos deben poder producirse en el ámbito de la realidad. Tiene un contenido complejo, integrado por otros derechos: acceso a la justicia, a la defensa, a la prueba, a la debida motivación de las resoluciones judiciales, al juez natural, y entre ellos, derecho a la tutela cautelar, pues la tutela jurisdiccional efectiva debe poder asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar; por tanto, no hay tutela jurisdiccional efectiva allí donde no es posible solicitar y obtener una medida cautelar.

Así, el derecho a la tutela cautelar es el derecho fundamental que tiene todo ciudadano a solicitar y obtener del órgano jurisdiccional –a través de una cognición sumaria- el dictado y la ejecución oportuna de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse.-

Sin embargo, en el proceso laboral de un lado es manifiestamente pobre la regulación de los presupuestos para la concesión de medida cautelar (Peligro en la demora, verosimilitud del derecho, adecuación); y de otro lado, el artículo 96 de la LPT restringe indebidamente los alcances de la medida cautelar laboral, vulnerando así la tutela cautelar, manifestación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

La procedencia de todo tipo de medidas cautelares en el proceso laboral, no obstante el texto de la norma vigente, está claramente sustentada en:

-el reconocimiento de la naturaleza de derecho fundamental del derecho a la tutela cautelar;

-el carácter protector del Derecho Laboral, y por ende del Derecho Procesal Laboral;

-el carácter supletorio de la norma procesal civil respecto de la laboral (si bien hay cuestionamientos en torno a la aplicación de la supletoriedad al respecto);

-el Derecho constitucional a la igualdad (limitar derecho del trabajador *que acredita con solvencia los presupuestos, y requisitos* para la concesión de una medida cautelar, sólo a las modalidades de embargo en forma de inscripción, administración, o asignación provisional, implica poner al trabajador litigante en posición inferior a la de un litigante de un proceso civil en igual condición, vulnerando así el derecho fundamental de la igualdad de todos ante la ley);

-la Interpretación de las normas en materia laboral (parámetros especiales de inter-

pretación: norma más favorable, condición más beneficiosa, *in dubio pro operario*; puede recurrirse a la aplicación de dichos principios para poder conceder medidas cautelares establecidas en la norma procesal civil; la tarea interpretativa no debe limitarse a la mera literalidad de las normas)

-el absurdo de que el Juez Laboral esté impedido (¿?) de conceder por ejemplo una medida cautelar temporal sobre el fondo en un proceso de nulidad de despido, a diferencia de un Juez civil que mediante auto precautelatorio en un amparo en materia laboral que importa la 'reposición provisional' del trabajador en su centro laboral.

Por ello, una nueva LPT en materia de medida cautelar, debe contemplar expresa y claramente la posibilidad de formular medida cautelar fuera de proceso, así como posibilidad de formular medida cautelar en cualquiera de las modalidades establecidas en la norma procesal civil, sin ninguna restricción, teniendo en cuenta que la tutela cautelar es manifestación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

7.- Procesos Ejecutivos y de Ejecución en materia laboral.-

Es a todas luces evidente el pobre, incoherente y confuso tratamiento que los procesos ejecutivos y de ejecución reciben en la LPT vigente, y que en el ámbito práctico no pocas situaciones conflictivas ha provocado. Es necesario que una nueva LPT revise las normas al respecto, correspondiendo que ambos procesos sean tratados de forma orgánica, con normas claras y ante cuya deficiencia o vacío pueda en todo caso aplicarse sin cortapisas la supletoriedad de la norma civil.

8.- Revisión de términos jurídico procesales usados en la LPT.-

Asimismo, corresponde disponer la revisión de los términos jurídico procesales usados en la LPT en forma distinta a los de la norma procesal civil, sin mayor justificación, como por ejemplo: 'admisión provisional' = inadmisibilidad; 'costas y costos' = costos y costas, es decir, exactamente lo contrario en ambas normas procesales.

Como hemos visto en este breve listado, existe muchas modificaciones por hacer a la vigente Ley Procesal de Trabajo, con el propósito de que la misma responda a las necesidades de los justiciables y en procura de obtener la finalidad última del proceso: paz social en justicia.

Chiclayo, Abril 30 del 2008

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA LABOR DEL JUEZ

VIRGINIA DEJO ZAPATA
JUEZ DE PAZ LETRADO

La argumentación jurídica es una actividad propia de los juristas, argumentar es exponer nuestras razones, fundamentar utilizando el lenguaje algún punto de vista, que jurídicamente llamamos pretensión, la argumentación busca llegar a convencer al auditorio tribunal, jurado, sobre la base del razonamiento, razones criticadas y aceptables, pero para argumentar primero tenemos que interpretar, comprender el significado general de las cosas, en cuanto al concepto de interpretación podemos decir que el término "interpretar" se puede aplicar a objetos diferentes, se puede interpretar por ejemplo, un comportamiento humano, un acontecimiento histórico o social, etc. Según Marina Gascón Abellón y Alfonso J. García Figueroa en su libro "La Argumentación en el derecho", cuando se habla de "interpretación de la ley", o de "interpretación del derecho" o de "interpretación de las normas", el objeto de la interpretación son los textos o documentos jurídicos (leyes, reglamentos, tratados internacionales, testamentos, contratos servicios, actos administrativos, etc), pues el derecho se expresa a través del lenguaje". Para los indicados autores, la interpretación jurídica es, pues una interpretación de enunciados, y como interpretar un enunciado consiste en atribuirle sentido o significado, la interpretación jurídica consiste en la atribución de sentido o significado a los enunciados jurídicos".

Los juristas no siempre usan el término interpretación en forma coincidente. Existe un concepto amplio de interpretación, según el cual interpretar es atribuir significado a los enunciados jurídicos de acuerdo a las reglas del sentido y significado del lenguaje, de manera que cualquier texto jurídico puede ser interpretado, ya que interpretar es darle sentido a un texto. El concepto restringido de la interpretación significa que interpretar es atribuir significado a un texto normativo sólo cuando existen dudas o controversias sobre el mismo, es decir que la interpretación sólo es necesaria cuando el significado de los textos es oscuro o discutible con el fin de disipar las dudas.

La argumentación es un elemento importante de la experiencia jurídica, es un arte, y es un elemento obligatorio para la aplicación del derecho, podriamos decir que para los que amamos el derecho, y nos interesa la aplicación correcta de las normas, es un deleite el estudio minucioso e interpretación de cada norma, tanto si uno se sitúa en la perpectiva del juez como en la del abogado, el teórico del derecho o el legislador, la aplicación de la argumentación permite entender a fondo muchos aspectos del derecho y de la técnica jurídica y permite actuar con sentido del derecho, particularmente en los sistemas jurídicos de los estados Constitucionales. Primeramente tenemos que distinguir la argumentación jurídica de la lógica jurídica, la expresión "lógica" se ha usado como equivalente a "racional"; "aceptable", "fundado", hoy es frecuente contraponer el enfoque lógico de la argumentación a otros de carácter retórico, tópico nominativo, la lógica formal entiende los argumentos como encadenamientos de proposiciones en los que a partir de algunas de esas proposiciones (las premisas) se llega a otra que es la conclusión. La argumentación también es una actividad, una técnica, un arte (el **ars inveniendi**) dirigido a establecer o descubrir las premisas, una teoría dirigida a persuadir a otro u a otros de determinada tesis (por supuesto que suponemos que la tesis que aplica el juez debe ser la correcta para llegar a una verdad legal que nos permita llegar a una decisión justa), o como una interacción social un proceso comunicativo que tiene lugar entre diversos sujetos y que debe desarrollarse conforme a ciertas reglas. El Juez Holmes, al comienzo de su obra "The Common Law" (derecho inglés), decía : "la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia", con lo cual lo que pretendía no era afirmar que en el derecho no hubiera lógica, Holmes era plenamente consciente de la importancia del análisis lógico de los conceptos jurídicos, y sus decisiones parti-

cularmente los votos disidentes, son ejemplos destacados de cómo usar persuasivamente la lógica. Lo que pretendía era más bien contraponer el formalismo jurídico a una concepción instrumental o pragmatista del derecho, o sea señalar que lo que guía el desarrollo del derecho no es una idea inmutable de razón, sino la experiencia, la cultura cambiante.

Cuando hoy se habla de "argumentación jurídica", o de "teoría de la argumentación jurídica", nos estamos refiriendo a lo que anteriormente se llamó "método jurídico" o "metodología jurídica". Robert Alexy, en su libro "Teoría de la Argumentación Jurídica" indica que lo que pretende es aclarar los procesos de interpretación y aplicación del derecho y ofrece una guía y fundamentación al trabajo de los juristas, actualmente la argumentación jurídica tiende a centrarse en el discurso jurídico justificativo, particularmente de los jueces, mientras que el método jurídico (por lo menos entendido en un sentido amplio) tendría que hacer referencia a otra serie de operaciones llevadas a cabo por los juristas profesionales y que no tienen un carácter argumentativo sino encontrar material para resolver un caso.

La "teoría estándar de la argumentación jurídica" parte de una distinción clara, entre la decisión judicial y el discurso referido o conectado con la decisión y por otro lado, en el plano del discurso, entre el carácter justificativo y el descriptivo y explicativo. La teoría de la argumentación jurídica de nuestros días se ocupa casi exclusivamente del discurso justificativo de los jueces, esto es de las razones que ofrecen como fundamento o motivación de sus decisiones (el contexto de la justificación de las decisiones), y no de la descripción y explicación de los procesos de toma de decisión (el contexto del descubrimiento que exige tomar en cuenta factores de tipo económico, psicológico, ideológico, etc.). Asi tenemos que el tema de la argumentación jurídica es un tema muy amplio, que implica diversos sub temas, por ejemplo, debemos tener conocimiento de lo que es el modelo de silogismo jurídico, como se debe argumentar con coherencia, en que consisten los problemas de la argumentación: vaguedad, ambigüedad, conflicto o ausencia de normas. En nuestro sistema, la labor del Juez requiere de argumentación jurídica obligatoriamente en aplicación de la Constitución, nuestro sistema no es un sistema de jurados, sino que en primera instancia es el Juez el que decide y sólo algunos casos los dirimen los Tribunales o Salas Penales, Civiles y Laborales, por tanto la valoración de la prueba es labor exclusivamente del Juez, y para efectuar dicha valoración de la prueba, es decir propiamente para impartir justicia y llegar a una decisión conforme a ley, es necesario que el Juez aplique el razonamiento, la lógica, el autor Dariberto Palma Barreda, en su obra "El Rol del Juez y la función jurisdiccional", edición 2006, indica que el Juez debe utilizar la interpretación jurídica como un conjunto de proposiciones sobre como aclarar el sentido de las normas jurídicas y considera que hay diversos criterios de interpretación como por ejemplo: criterio tecnicista, axiológico, sociológico, teleológico, interpretación auténtica, doctrinal, judicial, literal, lógica, sistemática e histórica. La labor del Juez es impartir justicia, lograr la paz social en base a un juzgamiento justo, y para que se logre emitir un pronunciamiento justo es necesario tener un conocimiento completo de los hechos controvertidos sobre los cuales se va a dictar la sentencia, y asimismo tener conocimiento suficiente que permita la selección de la norma jurídica aplicable, el autor antes citado, hace mención a la motivación completa y rigurosa, dice: "la motivación completa y rigurosa es la que contiene una argumentación necesaria y suficiente para el caso concreto, argumentos de naturaleza óptica (fáctica), argumentos jurídicos (inherentes a la norma jurídica aplicable) y argumentos valorativos; todos ellos formulados y concatenados rigurosamente mediante los principios lógicos pertinentes (de lógica clásica o moderna) y la reglas lógicas de los tipos de inferencias aplicadas; o sea argumentación exenta de paralogismos o falacias, y también son de aplicación las reglas no-lógicas necesarias, como por ejemplo, las de la experiencia", y cuando el Juez se aparta del precedente constitucional, se origina el deber de argumentar el apartamiento de la orientación precedente, cuando se aparta de los "principios jurispru-

denciales de obligatorio cumplimiento" tiene el deber de fundamentar explícitamente el porque de ese apartamiento (art. 22 del TUO de la LOPJ).

En el sistema anglosajón, sobre todo en EE.UU. la expresión "razonamiento jurídico" ("Legal reasoning") se ha usado tradicionalmente y sigue usándose en un sentido muy amplio y prácticamente equivalente al de método jurídico. En los libros de "legal reasoning" se trata de enseñar a los estudiantes a "pensar como un jurista" y cumplen una función propedéutica semejante a la lógica. En nuestro sistema también se debe enseñar a los estudiantes a pensar como un jurista, nuestro sistema se basa en las normas legales, si no se cumplen los presupuestos establecidos en la norma, como por ejemplo en el caso de las normas penales, entonces no se puede aplicar la sanción, lo cual parece muy simple, pero exige un riguroso estudio. El estudio de las formas lógicas de los argumentos utilizados por los juristas ("a pari", " a fortiori", " a contrario", se remonta por lo menos al derecho Romano. El ARS INVENIENDI, la tópica, habría sido según Viehweg, el estilo característico de la jurisprudencia en la época clásica del derecho romano y habría durado en Europa por lo menos hasta la llegada del nacionalismo. El origen mismo de la retórica (en Sicilia, en el siglo V a.c. no es otro que el derecho: El Corax, considerado como el primer tratado de retórica, surge de la necesidad de persuadir a los jueces en relación con determinadas disputas sobre la propiedad de la tierra. Es entre los años 50 del siglo V cuando se produce un resurgimiento del análisis lógico del derecho, nace la lógica deóntica o lógica de las normas (von Wright-1951), surge la tópica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman, la lógica informal de Toulmin. El análisis lógico formal es una parte de la Teoría de la argumentación jurídica. A finales de los años 70 es cuando se elabora un núcleo conceptual de lo que puede considerarse como la "teoría estándar de la argumentación jurídica", con los diversos trabajos de Wroblewski, Alexy, Mac Cormick, Peczenik y Aarnio, Dworkin, Summmers y Raz, quienes han influido decisivamente en la manera de entender el discurso justificativo de carácter judicial, en articulos que publicaré a futuro podremos explicar la teoría de cada autor, y también nos podremos ocupar de explicar cada tipo de argumento, por ejemplo en cuanto se refiere a justificación externa, tenemos los siguientes tipos de argumentos, mediante ejemplos, argumentos acerca de las causas, razonamiento por analogía (argumentos inductivos), otro tipo son los argumentos informales, pero no inductivos: argumentos de autoridad, reductio ad absurdum, también los tópicos juridicos (apotegmas jurídicos, proverbios, o máximas cuasi-lógicas), que acompañan la práctica de las diversas tradiciones legales y son una especie de criterios de sentido común para decidir, asimismo tenemos las falacias no formales, argumento ad ignorantiam (cuando se argumenta que una proposición es verdadera sobre la base de que no se ha probado su falsedad, o a la inversa, de que es falsa porque no se ha probado su verdad), ad hominem (ante las dificultades de refutar un argumento, a veces se cae en la tentación de tratar de desacreditar a la persona que lo sostiene), argumento ad verecundiam (o de falsa autoridad), falsa causa(se infiere que un hecho es causa de otros), petitio principii (dar por aceptado aquello que se intenta probar).

La Practica del derecho en estados constitucionales de derecho, parece consistir de manera relevante en argumentar (ver art.139.5 de la Constitución peruana de 1993 fundamentación de resoluciones), lo cual se observa sobre todo en los criterios procesales basados en el principio contradictorio, en donde el dicho es contemplado desde la perspectiva del Juez y del abogado. En lo que respecta al sistema Romano Germánico, en España es obligatoria la aplicación de la Constitución y la exigencia de motivación; el jurado español tiene que motivar sus decisiones. El Estado Constitucional supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: el imperio de la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza, por lo que el avance del estado Constitucional ha ido acompañado de un incremento en la experiencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos. Asimismo en los sistemas jurídicos contemporáneos,

con la finalidad de resolver conflictos se utilizan mecanismos como la conciliación, la mediación la negociación, lo cual supone un aumento del elemento argumentativo o retórico del derecho frente al elemento burocrático y coactivo.

Los juristas deben ser capaces de actuar con sentido, el jurista debe saber como acceder a la información, a los materiales jurídicos (legal research) y como funciona la inferencia del sistema, es decir el conocimiento para manejar ese material ("legal method" o "legal reasoning", como hace el jurista experto, como piensa, para con la ayuda del material, resolver un problema jurídico), ya que hay que fundamentar y buscar incluso hasta en los principios generales del derecho cuando se encuentra vacío en la norma aplicable.

Los buenos argumentos jurídicos deben cumplir los requisitos de la lógica formal (consistencia de las premisas, respeto de las reglas de la inferencia en el paso de las premisas a la conclusión) y de la racionalidad práctica (universalidad, coherencia, etc.; hay una contraposición entre la justificación interna (de carácter lógico deductivo, el paso de las premisas a la conclusión) y la justificación externa (la justificación de las premisas).

Las caracteristicas de la argumentación: 1) Argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje. 2) Una argumentación presupone siempre un problema, una cuestión. El problema es lo que suscita la necesidad de argumentar para encontrar, proponer, justificar una solución, una respuesta al mismo, las cuestiones pueden ser de índole muy variada: teórica práctica, real o hipotética, concreta o abstracta. 3) Hay dos formas características de ver la argumentación: como un proceso, como una actividad, la argumentación puede considerarse como una actividad que ocurre entre un término A QUO, el problema y un término AD QUEM, la solución, o también como una actividad y como un producto, la argumentación viene a ser el conjunto de los enunciados en los que cabe distinguir tres elementos; las pruebas (aquello de lo que se parte), la conclusión (aquello a lo que se llega) y la inferencia (la manera como están formuladas las premisas y la conclusión, la relación que existe entre ambos tipos de entidades). 4) Argumentar es una actividad racional, en el sentido de que siempre hay criterios para evaluar una argumentación. Cuando hablamos de argumentación retórica o dialéctica, en autores como Habermas y Rawls, que tratan sobre las teorías procedimentales sobre la concepción de la verdad o de la corrección, las teorías procedimentales pueden considerarse como un intento de construir los criterios de racionalidad de la argumentación material a partir de la racionalidad que se expresa mediante modelos argumentativos (idealizados) de carácter dialéctico-retórico. La idea es que una proposición es verdadera o correcta si puede verse como la conclusión a la que llegarían por consenso agentes racionales que siguieran ciertas reglas de discusión.

La motivación judicial es un ideal (equivale a un estudio exhaustivo de los casos judiciales aplicando la argumentación jurídica, de manera que la aplicación de la justicia resulte perfectamente de acuerdo a ley), asimismo hay que aplicar los valores básicos de los sistemas jurídicos: la certeza tiene que ver con la concepción formal, la verdad y la justicia con la concepción material y la aceptabilidad y el consenso con la concepción pragmática.

La argumentación de los abogados es de carácter dialéctico (se refiere a la lucha entre intereses contrapuestos) y retórico (discusiones dirigidas a persuadir al juez o al Jurado). La concepción formal se presta para dar cuenta del trabajo de algunos teóricos del derecho que se centran en las sentencias de los jueces vistas no como actividad sino como resultado (la motivación expresa) la concepción material constituye el núcleo de la argumentación, la justificación que la llevan a cabo los jueces, las sentencias deben estar motivadas conforme a derecho o sea siguiendo criterios de racionalidad. Finalmente citaremos nuevamente a Marina Gascón y Alfonso García en su libro "La Argumentación en el derecho" pag. 49 cuando dice: "La Ley es igual para todos y el derecho está a disposición de todos para invocarlo ante los Tribunales, pero entonces ¿Por qué hay buenos y malos abogados,

jueces y fiscales? ¿ que marca la diferencia entre un buen jurista y otro que no lo es? La diferencia reside en su capacidad para argumentar, es decir su habilidad para ofrecer buenas razones a favor o en contra de una forma de aplicar el Derecho".

Debemos recordar, que desde que ingresamos a la Universidad todos nuestros estudios se basan en la aplicación de las normas, y para tal efecto tenemos que argumentar, es decir ubicarnos en el contexto, analizar los hechos, explicar y fundamentar el sentido lógico-deductivo del porque de la aplicación del derecho, por lo tanto empezamos a desarrollar nuestra capacidad de argumentación jurídica desde los primeros años de universidad, depende pues del empeño que pongamos en nuestros estudios, de nuestra vocación por la aplicación de la ley y el estudio del derecho, todo lo cual nos conduce al arte de argumentar, debemos amar la tarea exhaustiva de argumentar jurídicamente, porque si no amaramos nuestra profesión de abogados y jueces, no podriamos efectuar la argumentación en miles y miles de expedientes, perfeccionándonos como el aprendiz se convierte en maestro, hasta utilizar correctamente el lenguaje y aplicar correctamente la argumentación jurídica, de manera que en nuestra labor de jueces tengamos el placer del deber cumplido, o sea la obtención de la justicia a través de sentencias correctamente razonadas y lógicas.

¿PROCEDE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL POST MORTEM?

ROSA MARIA MEJIA CHUMAN
JUEZ (P) DEL TERCER JUZGADO DE PAZ LETRADO DE CHICLAYO, MG. EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL Y ESTUDIANTE DE DOCTORADO EN DERECHO DE LA UNPRG.

En la actualidad, el tema de la filiación extramatrimonial, es considerado muy importante dentro de nuestro contexto social en sus diversos aspectos; sin embargo en esta oportunidad lo abordaremos emitiendo una opinión en torno a la siguiente interrogante: ¿procede la filiación extramatrimonial post mortem?; ello surge en vista a un caso que se me presentó en el Tercer Juzgado de Paz Letrado; donde una demandante (persona mayor de edad) solicita se declare la filiación extramatrimonial respecto de su presunto padre, quien se encuentra fallecido, demandando consecuentemente a los herederos del mismo, quienes dentro del plazo de ley se apersonan al proceso y se oponen al mandato de filiación; por lo que la misma al ser notificada con dicha oposición, señala el laboratorio particular BIO LINKS para la práctica de la prueba genética, solicitando previamente la exhumación del cadáver de su presunto padre; así pues, en este caso, se observan los siguientes hechos: **a)** la actora ha solicitado la declaración de filiación extramatrimonial respecto de su presunto padre, no obstante su madre también ha fallecido muchos años atrás; **b)**la actora, - adulta-mayor - declaró su propio nacimiento, en forma extemporánea, a los 75 años de edad; y, **c)** al encontrarse fallecida su presunta madre, no había indicado a los presuntos herederos de la misma, con el objeto de efectuar la notificación correspondiente.

Habiendo narrado el caso presentado, es de advertir que se hace necesario en primer lugar, señalar: ¿Qué es la filiación? Pues bien, la filiación es un vínculo natural, biológico existente entre el hijo y los padres que lo han procreado, vínculo que nace naturalmente con la procreación del hijo, pero que legalmente deriva con el reconocimiento de los padres a sus hijos o por último en caso de ausencia de reconocimiento, por presunción de la misma ley y hasta por mandato judicial como veremos mas adelante la esencia del proceso de filiación extramatrimonial es que a través de la prueba genética del ADN se determine que la persona demandada resulte ser el padre biológico del menor o del demandante según sea el caso. Así pues, en el año 1984 se descubre la aplicación de la prueba del ADN para verificar el nexo filial, esto marcó un punto importante en las páginas del Derecho civil y procesal. Así en el año 2005, se dictó la Ley 28457, mediante la cual se aprueba el proceso especial para investigar la paternidad extramatrimonial, a partir de la cual surgieron varias posiciones contradictorias y vacíos al respecto.

En el caso que estoy tratando en esta oportunidad, es de señalar que la actora sí cuenta con legítimo interés para obrar, por cuanto la ley contempla que "quien tenga legítimo interés" podrá accionar por paternidad a favor de un tercero y en este caso, era la propia actora la que estaba solicitando la declaración de filiación.

No obstante, conforme lo señala el doctor Enrique Varsi Rospigliosi, "este proceso se fundamenta, es decir, tiene su ratio essendi, en la fuerza y contundencia de los resultados genéticos que pueden obtenerse del ADN (99.99% de efectividad), desbaratando los axiomas jurídicos que con el devenir de los años colmaron los expedientes (páginas, folios, fojas de defensas y contradefensas) truncando la vida de tantas personas que sin padre ni gloria, vieron disminuidos sus derechos de entroncamiento familiar"[1].

[1] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "El proceso de filiación extramatrimonial". Gaceta Jurídica. Primera Edición. 2006. pág. 27.

De otro lado, en cuanto a la prueba del ADN o ácido desoxirribonucleico, tenemos que es el elemento químico consistente en una larga molécula que forma una doble hélice, encargada de almacenar y transmitir la información genética y que se hereda por mitades de la madre y del padre. Así, generalmente, el test de paternidad involucra al niño, al presunto padre y también a la madre, y a partir de los resultados obtenidos y por comparación de perfiles, se determina la paternidad o su exclusión. Las muestras para el test en los casos más comunes de filiación (exceptuándose aquellas situaciones donde alguno de los involucrados haya fallecido) pueden obtenerse de la extracción de sangre o, como es más frecuente, por hisopado de la mucosa bucal que permite desprender miles de células mediante un suave raspado, de escasos minutos, de la parte interna de la mejilla, y que otorga a la prueba el mismo grado de certeza que el de la sangre. Obtenida la muestra, y dado que las personas en un elevado porcentaje el mismo código genético, lo que se analizan son las diferencias existentes en la molécula (llamada "polimorfismos") que constituye la clave de la identificación.[2]

Después de haber explicado en qué consiste la prueba del ADN, es de advertir que, en el caso que estoy tratando en particular, se ordenó a la demandante que señalara el laboratorio que debería ejecutar la indicada prueba; y, habiéndolo efectuado, en su mismo escrito solicita la exhumación del cadáver de su presunto padre. Al respecto, conforme se describió líneas arriba, no sólo el presunto padre se encuentra fallecido sino también su presunta madre; por lo que bajo dicho estado de cosas se tiene que la actora pretendía hoy en día que se practique la prueba de ADN con restos biológicos de su presunto padre y de igual forma con restos biológicos de su presunta madre, lo cual implicaría tener que realizar dos exhumaciones de dos cadáveres, sin embargo en autos no se ha discutido ni demandado la presunta maternidad de la actora con respecto a la citada; además, el juzgado no podía ordenar, en el indicado proceso, se exhume el cadáver de una persona que no había sido demandada por intermedio de sus herederos en forma debida y correcta.

Asimismo, considero que la referida prueba de ADN por ser el único medio probatorio que se va a utilizar en el caso descrito, su fuerza y contundencia genéticos a obtenerse son del noventa y nueve punto noventa y nueve por ciento; pero que justamente para que la misma deba realizarse –aún cuando la norma no haya hecho tal distinción-, **el padre, la madre y el hijo deben estar vivos**; y, en el caso tratado, el presunto padre y la presunta madre se encuentran fallecidos; de ahí que comparto el criterio adoptado por el autor y profesor universitario doctor Enrique Varsi Rospigliosi al publicar una nota académica denominada "La decisión de la Corte Suprema de Justicia del Perú acerca de la Declaración Judicial de la Paternidad Extramatrimonial.

De las Defensas tontas y los padres cobardes", cuando dicho jurista afirma: *"incluso no procedería para aquellas situaciones en la que falte la madre, el hijo o el padre (investigación post mortem), pues la ley, curiosamente, exige la prueba a los tres*" [3]; en tal sentido, el espíritu de la ley bajo comentario es que en caso de oposición se realice la prueba del ADN encontrándose vivos el presunto padre, la madre y el hijo; de otro lado, este proceso es únicamente para la determinación de la paternidad extramatrimonial; es decir que no es aplicable para otro tipo de acciones filiales. Por cuanto son más los casos que tratan de responder la

---

[2] CHIERI/ZANNONI, "Prueba del ADN", cit, p. 231.

[3] JUS jurisprudencia. Comentarios a la Jurisprudencia y Praxis Jurídica. Noviembre 2007. Especial: La Declaración judicial de la paternidad extramatrimonial en el Perú. Editorial Grijley. Pág. 17.

pregunta ¿ quién es mi padre?. Pocas veces se busca encontrar una respuesta judicial a la interrogante ¿quién es mi madre?. En cambio, en el caso tratado observamos, otro inconveniente que se presentaba, por cuanto al haber la propia actora declarado su nacimiento, la madre que aparecía consignada como tal, también es considerada como “presunta madre”; por lo que en dicho sentido, el proceso de filiación extramatrimonial, por su naturaleza especial, no era el adecuado para la solución a su conflicto de intereses. Máxime si la misma también había fallecido.

Para finalizar, decimos que si bien la Ley 28457, fue promulgada con buena intención también lo es que encontramos varios vacíos, como toda ley, que con el tiempo, la práctica y la experiencia se podrán subsanar, como es en el caso narrado; no obstante de ahí la importancia de la opinión vertida por los diversos juristas especialistas en la materia discutida, como es el caso del doctor Enrique Varsi Rospigliosi, especialista en Derecho Genético, quien da una opinión muy acertada y versada, acerca de la improcedencia de la filiación extramatrimonial post mortem, o, como él la llama “investigación post mortem”; opinión a la cual se adhiere la suscrita.

SOBRE LA CLÁUSULA DE LOS DERECHOS NO ENUMERADOS. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

ROSA BANCES GUEVARA.
JUEZ PROVISIONAL DEL JUZGADO DE PAZ LETRADO TRANSITORIO DE LAMBAYEQUE

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la totalidad del Texto Constitucional, las cláusulas que reconocen los derechos fundamentales ocupan un posición muy especial, en cuanto recogen el plexo de valores materiales de todo el sistema constitucional y en ese sentido legitiman toda la organización estatal, por lo que constituyen verdaderos límites materiales sobre la potestad de reforma parcial de la Constitución, así lo ha recordado el Tribunal Constitucional en el expediente Nº 0014- 2002- AI/ TC.

Asimismo Nuestra Constitución Política vigente, establece en su artículo 3: "*la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".*

Este dispositivo representa lo que en Derecho Comparado se ha denominado "cláusula de los derechos no enumerados", "derechos implícitos" o "derechos no escritos", cuyo antecedente se encuentra en la IX Enmienda de la Constitución Norteamericana que fue introducida en 1791 como parte del Bill of Rights que algunos estados de la Unión reclamaron como condición para suscribir la Constitución Federal. A través de dicha enmienda, James Madison quería poner en evidencia que la proclamación de ciertos derechos fundamentales en la Constitución Federal sólo tenía un valor declarativo y no constitutivo, puesto que la existencia de los derechos esenciales del hombre es previa a cualquier regulación en una norma jurídica, así sea esta la norma constitucional.[1]

Semejante disposición contenía la Constitución Política del Perú de 1979, en su artículo 4, en los siguientes términos: "*la enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno"*, siendo la diferencia más importante entre uno y otro precepto constitucional la variación de un verbo por otro, el artículo 4 de la Carta del 79 señalaba que la enumeración de los derechos que se efectuaba en su capítulo I eran a título de derechos "reconocidos", en tanto que el artículo 3 de la Constitución actual los considera como "establecidos". La sustitución del verbo "reconocer" por el de "establecer" refleja la variación de una perspectiva iusnaturalista de la idea de derechos fundamentales, a la que se adscribía la Constitución de 1979, por una de corte estatalista como la vigente.[2]

Se trata de una cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales, cuyo propósito es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración y dotarlos de las mismas garantías de aquellos derechos que si lo tienen expresamente; cláusula cuyo primer punto tiene que ver con la naturaleza de los derechos del capítulo I del Título I y, por extensión de los demás derechos que la Constitución contiene en otros capítulos y títulos, se refiere a derechos creados o establecidos. Así, los derechos constitucionales tendrían que entenderse como ámbitos protegidos de una esfera de la vida humana porque así lo ha previsto la Norma Constitu-

[1] CARPIO RAMOS, Edgar "Los derechos no enumerados" en "La Constitución comentada". Gaceta Jurídica. Tomo I. Primera edición. Primera reimpresión. Febrero 2006. Página 311.

[2] Ibid. Página 1

cional, existen como tales porque existe una norma estatal que los crea y garantiza. Se puede también comprender a otros derechos con el mismo rango de los que la Constitución enumera en virtud al artículo 3, es decir porque otra norma constitucional permite ampliar la lista de los derechos con rango constitucional, porque de su interpretación, se puede reconocer la existencia de otros derechos que se originan directamente de la dignidad humana.

No se debe entender que la enunciación de ciertos derechos con el título de "derechos fundamentales de la persona" en el capítulo I sólo se ha reservado para los que allí se encuentran, en razón a que también en otros capítulos y títulos de la Constitución se puede encontrar "derechos fundamentales de la persona". En consecuencia, todos los derechos constitucionales, estén o no en el capítulo I del Título I de la Constitución son protegidos por los procesos constitucionales de la libertad.

La expresión "derechos de naturaleza análoga" se refiere a derechos de naturaleza "equivalente", "aproximada", "parecida", "similar" o "correlativa", que no forman parte del contenido protegido por un derecho expresamente garantizado por la Constitución, pero que teniendo un contenido protegido propio, se encuentran relacionados con uno que la Norma Suprema si reconoce.

Tal vinculación con un derecho reconocido expresamente por la Constitución a efectos de que se le pueda dispensar similar rango y, en su caso protección tiene la virtualidad de exceptuar al operador judicial de fundarlo o justificarlo sobre la base de cualquiera de los principios supremos que el mismo artículo 3 proclama, puesto que no siempre se va a recurrir a la mencionada cláusula para que se reconozca derechos que no encuentran reconocimiento explícito en el texto constitucional. Se debe optar, primero, por dotar de la mayor efectividad a los derechos ya reconocidos, tratando de que los derechos no expresos encuentran en aquellos su reconocimiento implícito.[3]

Los derechos que se encuentran contenidos en derechos fundamentales ya reconocidos, son los **derechos implícitos**. Si bien es cierto, no resulta fácil identificarlos, éstos tienen como característica necesaria su relación intrínseca con el derecho ya reconocido. Un derecho implícito es aquel cuyo reconocimiento por el intérprete se requiere para garantizar la plena vigencia del derecho expreso, no se puede hablar, en tal sentido de nuevas situaciones que obliguen al intérprete a reconocer nuevas condiciones en las que se deba proteger la dignidad humana, sino más bien de derechos que no fueron expresamente previstos en el texto constitucional, sea por omisión o porque el desarrollo social ha permitido reconocer nuevos contenidos a los derechos expresos. Por ejemplo el derecho al plazo razonable de detención como derecho implícito a la libertad personal.

Conforme a lo anotado por Juan Manuel Sosa Sacio, los derechos implícitos son: **a)** Contenidos implícitos de derechos enumerados: referidos a la determinación del contenido de un derecho fundamental, es decir, al desarrollo de su significado (porque la norma constitucional sólo menciona el derecho de manera genérica, sin describir sus alcances). Dicho significado puede referirse solo a la definición de su contenido, principalmente el esencial o a la configuración de un derecho de autónomo como integrante de un derecho enunciado mayor., **b)** Contenidos nuevos de derechos enumerados: Se trata de nuevos derechos contenidos en derechos expresamente enunciados, que aparecen debido a recientes requerimientos so-

[3] STC Nº 895- 2001- AA/ TC. FJ Nº 5, citada por SALINAS CRUZ, Sofía Liliana en comentario. Actualidad Constitucional. Gaceta Jurídica. Tomo 165, Agosto 2007, página 180.

cio-constitucionales. Así, un derecho abarca un concepto nuevo, que no tenía antes. **c)** Derechos implícitos en dispositivos constitucionales no declarativos: Se trata de la interpretación de un enunciado constitucional de cuya lectura no encuentra ningún derecho constitucional, debido a que no declara ni reconoce algún derecho, sino que se llega a él a través de una interpretación de la finalidad y sentido del dispositivo. [4]

II. RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS

En atención a lo establecido en el artículo 3 de la Constitución, corresponde a los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución la individualización e identificación de otros atributos esenciales de la persona, con el mismo rango constitucional de los que aparecen garantizados expresamente, a partir de tres principios constitucionales: el principio de dignidad de la persona, los del Estado democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno, quedando claro que cualquier apertura del catálogo de derechos tiene que fundarse necesariamente en el Principio de Dignidad Humana, en la medida que este constituye el fundamento de los derechos constitucionales en el ordenamiento constitucional peruano (Artículo 1), erigiéndose en el soporte de todos los derechos reconocidos. De igual modo Tiene que encontrar soporte en el Principio de soberanía del pueblo y el Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno, en la medida en que se pretende proteger los valores que forman parte de la concepción de la democracia. [5]

Entre los derechos reconocidos en mérito a la mencionada cláusula, están:

1. Derecho a la verdad: En Virtud a una demanda interpuesta por un caso de desaparición forzada, el Tribunal Constitucional reconoció el derecho a la verdad como un bien jurídico colectivo inalienable, en el expediente N.° 2488-2002-HC/TC caso Villegas Namuche, como el derecho que ante los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por múltiples formas de violencia estatal y no estatal, tanto la Nación como las víctimas, sus familias y allegados tienen para conocer la verdad de lo sucedido; en el caso Castillo Paez vs Perú, la Corte Interamericana de Derechos, estableció que cuando dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos.

2. Derecho al ascenso a la carrera diplomática: En la STC Exp. N.° 2254-2003-AA/TC, que resuelve en última instancia el amparo presentado por un miembro del cuerpo diplomático peruano con la finalidad de que le ascienda de categoría, declaró fundada la demanda pues, a su juicio, se violó sistemáticamente el derecho a la promoción o ascenso, derecho constitucional y fundamental, con el consiguiente perjuicio al proyecto de vida de los funcionarios diplomáticos involucrados, entre los cuales se encuentra el demandante.

3. Derecho de objeción de conciencia: EXP. N.° 0895-2001-AA/TC Lambayeque, caso Lucio Valentín Rosado Adanaqué, el recurrente exigió se le exima del cumplimiento de una orden dictada por su empleadora (asistir a la-

---

[4] SOSA SACIO, Juan Manuel. DERECHOS NO ENUMERADOS Y NUEVOS DERECHOS Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. En jm**sosasacio**2.blogspot.com/2007/03.

[5] DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, en "La Constitución abierta y su interpretación", página 146, citando la frase atribuida a Winston Churchill: "*Democracy jeans that if the door bell rings in the early hours, it is likely to be the milkman"* sostiene que detrás de esta frase subyace la idea de respeto a los derechos fundamentales, libertad e igualdad, y a determinados valores como la seguridad, como contenido esencial de la propia democracia.

borar los días sábados), en razón de que su confesión religiosa no le permite obedecerla, determinando el Tribunal Constitucional que se trata de un caso que en doctrina y en algunas constituciones comparadas, como la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española (ésta, en referencia al servicio militar obligatorio), ha denominador "objeción de conciencia". Estableciendo que el Estado Constitucional al promover la formación en los individuos de sus propias convicciones y la formación de una jerarquía de valores y principios, no puede dejar de reconocerse que existen determinadas circunstancias que pueden importar el dictado de una obligación cuya exigencia de cumplimiento riñe con los dictados de la conciencia o de la religión que se profesa. Dichas obligaciones pueden provenir, incluso, de un mandato legal o constitucional. Así, mediante el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, y luego de una razonable ponderación de los intereses que están en juego, puede eximirse al objetor del cumplimiento de tales obligaciones. Si bien este derecho no ha sido considerado como derecho no enumerado, también lo es que se sustenta en el Principio de libertad general de actuación de los seres humanos y de limitación del poder estatal.

4. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: en el expediente Nº 3771-2004- HC/ TC: Estableciendo que los Jueces deben tener un especial celo en procesos que inciden en la libertad, en los cuales, se ha dictado contra el procesado, mandato de detención, que el hecho de no dictaminar o sentenciar, intencionalmente, dentro de los plazos legales establecidos, con las consecuencias que ello conlleva y que ha puesto en tela de juicio la capacidad punitiva del Estado, merece sanción penal.

5. A mérito de la demanda sobre Habeas Corpus, interpuesta por la defensa de don Rolando Apaza Chuquitarqui, contra RENIEC, en el expediente N° 02432-2007-PHC/TC, Puno, El Tribunal Constitucional, ha reconocido **el Derecho a la Personalidad Jurídica,** proceso en el cual, el Primer Juzgado Especializado Penal de la Provincia de San Román, con fecha 16 de enero de 2007, declaró improcedente la demanda por considerar que el beneficiario no cumplió con los requisitos exigidos por ley para solicitar su inscripción ante el RENIEC y el Superior confirmó la apelada basando su decisión en la declaración vertida por el jefe del RENIEC, en cuanto a que el demandante no presentó solicitud alguna de inscripción y que al no contar con elementos que prueben la certeza del rechazo, se torna imposible emitir un juicio de valor.

III. COMENTARIO SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PERSONALIDAD JURÍDICA

A mérito de la cláusula de los derechos no enumerados, el Tribunal Constitucional, ha reconocido el derecho a la personalidad jurídica, en el caso Apaza Chuquitarqui (Puno), destacando la finalidad de los procesos constitucionales dispuesta en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, de garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, partiendo que si bien la prohibición de ser privado del Documento Nacional de Identidad no ha sido reconocido expresamente en la Constitución, si ha sido prevista en el artículo 25 del Código Procesal Constitucional (artículo 25, inciso 10), como un derecho que puede ser pasible de tutela a través del proceso de hábeas corpus, de cuya especial protección dilucida la relevancia constitucional del mencionado derecho, a diferencia de la Ley Nº 23506 que sólo habilitaba la protección vía habeas corpus del derecho a no ser privado del pasaporte dentro o fuera del territorio de la República (artículo 12 inciso 12), derecho éste que si cuenta con reconocimiento constitucional expreso (artículo 2 inciso 21 de la Constitución). Cabe destacar la importancia de la precisión hecha por el Tribunal Constitucional, en cuanto a que el DNI como el

pasaporte son instrumentos que bajo ciertas circunstancias permiten que la persona ejerza su derecho al libre tránsito y a fijar residencia en cualquier lugar de la República o fuera de ella; de lo que se tiene que la privación del DNI involucra, a su vez, una restricción al derecho a la libertad de tránsito, pues a mérito de esa subsunción, se llega a la razón de que el derecho en mención pueda ser abarcado por el proceso constitucional de hábeas corpus.

El artículo 26 de la Ley N° 26497 (Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil) brinda como definición del DNI: documento público, personal e intransferible, única cédula de Identidad Personal para todos los actos civiles, comerciales, administrativos, judiciales, y en general, para todos aquellos casos en que, por mandato legal, deba ser presentado; constituye también el único título de derecho al sufragio de la persona a cuyo tenor ha sido otorgado; en virtud a la cual, el Tribunal Constitucional analiza la misión que cumple el referido documento, de identificar de manera individual a los ciudadanos nacionales, además de posibilitar la realización de diversos actos jurídicos que inciden en su esfera privada.

Ya en anterior oportunidad, con motivo del Exp. N° 2273-2005-PHC/TC (Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, en los fundamentos 25 y 26 de la sentencia, el Tribunal Constitucional determinó que el DNI posibilita la identificación personal, constituye un requisito para el ejercicio de derechos civiles y políticos, así como para el desarrrollo de actividades comerciales y de carácter personal, dejando abierta la posibilidad de que la negativa a expedirlo sea causa suficiente de vulneración de otros derechos fundamentales, destacando la doble función del documento nacional de identidad: permitir que el derecho a la identidad se haga efectivo, en tanto posibilita la identificación precisa de su titular y constituye requisito para el ejercicio de los derechos civiles y políticos consagrados por la Constitución vigente, siendo además requerido para el desarrollo de actividades comerciales, trámites judiciales y otros trámites personales, afectando su carencia entre otros derechos ciudadanos, la libertad individual[6]; de cuya existencia y disposición depende la eficacia del derecho a la identidad y de la multiplicidad de derechos fundamentales. De ahí que cuando se pone en entredicho la obtención, modificación o supresión de tal documento, no sólo puede verse perjudicada la identidad de la persona, sino también un amplio espectro de derechos, siendo evidente que la eventual vulneración o amenaza de vulneración podría acarrear un daño de mayor envergadura, como por ejemplo que una persona no pueda cobrar su pensión de subsistencia por la cancelación intempestiva del registro de identificación y del documento de identificación que lo avala.

Pronunciándose sobre el caso expuesto por la defensa de Apaza Chuiquitarqui, el Tribunal advierte que la denegatoria injustificada en la expedición del Documento Nacional de Identidad incide de manera negativa en el derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cabe destacar que la sujeción a tales normas, se debe a que se trata de normas imperativas del Derecho Internacional, que se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional, habiendo recogido el Perú tal obligación jurídica al disponer en la Cuarta Disposición Final de la Constitución, que *las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*; de igual modo, en su artículo 55, establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho Nacional.

En tal sentido precisa el Tribunal Constitucional que el Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica, si bien no se encuentra previsto de manera expresa en el texto de nuestra Constitución, encuentra acogida en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

"*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*", así como en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *"Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica"*. Cita la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 25 de noviembre de 2000 (Caso Bámaca vs. Guatemala, fundamento 179) y lo expresado la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia recaída en el Exp. N° T-1078-01, en cuanto a que "... El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes, la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes...", "al demorar en forma injustificada e irrazonable la expedición del documento de identidad a una persona, se atenta con el derecho fundamental a la personalidad jurídica, por ser éste el instrumento idóneo para identificarse y acceder al ejercicio de sus derechos civiles, así como para comparecer ante las autoridades en cumplimiento de un deber legal. De ello infiere que el derecho en mención importa atribuir jurídicamente a una persona la aptitud suficiente para ser titular de derechos y obligaciones. Este reconocimiento, realizado sobre la base de una concepción ontológica del ser humano constituye el fundamento para que el individuo pueda desenvolverse plenamente dentro del proceso de interacción social, implicando a su vez, la obligación -tanto del Estado como de los particulares- de respetar esta subjetividad jurídica.

Precisa el Tribunal Constitucional, en atención al artículo 3 de la Norma Fundamental vigente, que en el supuesto negado de que el derecho a la personalidad jurídica no tuviera reconocimiento internacional, su existencia bien podría desprenderse de una interpretación del mencionado artículo, como un derecho fundamental no enumerado o no escrito, por cuanto dimana directamente de la dignidad humana, logrando así, del análisis del caso concreto determinar que el funcionario del RENIEC al percatarse que del acta de nacimiento de inscripción extraordinaria de ciudadano mayor efectuado por el hermano del demandante como declarante, hizo de conocimiento del favorecido la irregularidad en dicho trámite, a quien se le negó verbalmente la inscripción y la expedición del Documento Nacional de Identidad, al desconocerse el valor registral del acta de nacimiento del recurrente por haber sido tramitada por su hermano y no por él; anotando que no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 49° de la Ley N° 26497 (Ley Orgánica del RENIEC) y artículo 27 del Reglamento de Inscripciones del RENIEC, (Decreto Supremo N° 015-98-PCM: en cuanto a que la inscripción del nacimiento de los individuos mayores de dieciocho años deberá ser realizada directamente por los propios interesados y que el acta de nacimiento del beneficiario (que constituye requisito indispensable para la expedición del DNI) habría sido emitida en contravención con lo dispuesto por el artículo 49° de la Ley N° 26497 (Ley Orgánica de la RENIEC), y el artículo 27° del Decreto Supremo N° 015-98-PCM (Reglamento de Inscripciones de la RENIEC) ya que fue inscrito por su hermano a pesar de que el beneficiario ya era mayor de edad, tal acta de nacimiento no fue controvertida en su oportunidad, constituyendo un acto administrativo firme que no puede ser dejado sin efecto ni desconocido por el registrador; por lo que dicha irregularidad no lo faculta a denegar la inscripción y expedición del Documento Nacional de Identidad,

[6] Exp. N° 2273-2005-PHC/TC , en www/tc.gob.pe. consultado el 16 de Abril del 2008.

porque los actos administrativos no pueden ser enervados de modo verbal, sino por autoridad competente; máxime si la negativa supone un desconocimiento de un derecho fundamental reconocido en nuestro ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES:

1. Existen derechos fundamentales, cuyo contenido no ha sido desarrollado ampliamente, albergando lo que se conoce como derechos implícitos.

2. En mérito a la cláusula denominada "de los derechos no enumerados", es posible el reconocimiento de otros derechos fundamentales, que no aparecen en el texto de la Constitución, teniendo como soporte de creación, la dignidad del hombre, los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

3. En aplicación del artículo 3 de la Constitución Política del Perú, el Tribunal Constitucional, ha reconocido como derechos no escritos: el derecho a la verdad, el derecho a un proceso sin dilaciones innecesarias, el derecho al ascenso en la carrera diplomática.

BIBLIOGRAFÍA

- SOSA SACIO, Juan Manuel. DERECHOS NO ENUMERADOS Y NUEVOS DERECHOS. Según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano.
- CARPIO RAMOS, Edgar "Los derechos no enumerados" en "La Constitución comentada". Gaceta Jurídica. Tomo I. Primera edición. Primera reimpresión. Febrero 2006.
- SALINAS CRUZ, Sofía Liliana en comentario. Actualidad Constitucional. Gaceta Jurídica. Tomo 165, Agosto 2007.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, en "La Constitución abierta y su interpretación". Primera edición, Septiembre de 2004.
- www/tc.gob.pe. consultado el 16 de Abril del 2008.

EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENORES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

ELIA JOVANNY VARGAS RUÍZ
. MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES DE LA ESCUELA DE POST GRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL "PEDRO RUÍZ GALLO".
- DOCTORANDO DE LA ESCUELA DE POST GRADO - UNPRG.
. SECRETARIA (E) DE LA SALA ESPECIALIZADA EN DERECHO CONSTITUCIONAL.

Un sector cada vez más creciente y mayoritario de la doctrina penal comparada y nacional, aunque con importantes discrepancias, viene destacando de manera reiterada la insuficiencia de la libertad sexual para explicar y fundamentar el castigo de ciertas figuras delictivas del Derecho Penal Sexual en las que es visible la falta de las condiciones y requisitos mínimos para el ejercicio de dicha libertad, como es el caso de la ausencia de ciertos elementos físicos o psíquicos o en general de facultades cognitivas, ya sean permanentes o temporales. En estos casos no es posible hablar de libertad sexual en la medida en que el sujeto carece de la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual. Sería romper con la naturaleza de las cosas, establecer como bien jurídico protegido la libertad sexual cuando las condiciones ontológicas y valorativas se echan de menos en el caso concreto.

Así, por ejemplo, si un sujeto no comprende la naturaleza ni el sentido de su acto, mal se haría en considerar, que ha obrado en dicha situación en el marco del ejercicio de su libertad.

Ello es patente sobre todo en los casos del abuso sexual de personas afectadas de incapacidad psíquica o física (artículo 172), el abuso sexual de menores (artículo 173), de lo cual nos ocuparemos en el presente artículo y los actos contrarios al pudor de menores (artículo 176 –A), en los que se echa de menos justamente la capacidad de autodeterminación para el ejercicio de la sexualidad mínimamente responsable. Más allá de proteger la libertad sexual del menor, lo que se pretende es tutelar su desarrollo futuro o posibilitar luego el ejercicio de su libertad sexual, exenta de interferencias e intromisiones dañinas y perturbadoras. Por ello, es que en estos casos junto a la libertad sexual se alude también a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en esta clase de infracciones.[1]

La función interpretativa del bien jurídico implica que las decisiones judiciales deben determinar la tipicidad, según el grado de afectación de la libertad o indemnidad sexual. De ese modo el injusto no puede depender del "pasado" o carácter sentimental, sexual o de confianza entre sujeto activo y pasivo, entre otros criterios a los que recurre la jurisprudencia como condiciones positivas o negativas de la tipicidad.

Estas orientaciones pueden obedecer, entre otros motivos, a la inercia de las concepciones morales de la legislación derogada o a la cultura de discriminación de género; pero una desvinculación de las consecuencias del principio de lesividad, implica quizás una renuncia al principal instrumento político criminal para enjuiciar el Derecho Penal vigente y perseguir su aplicación igualitaria en el terreno de los delitos sexuales.

Por lo que al revisar la Legislación Com-

[1] CASTILLO ALVA, José Luis. Tratado de los Delitos Contra la Libertad é Indemnidad Sexuales. Págs. 50 y 51. Editorial Gaceta Jurídica. 1era edición. Octubre 2002.

parada, se podrá tener una visión más amplia del tratamiento de este tipo de delitos en la diversa legislación extranjera específicamente en los países de España, Colombia, Bolivia y Chile y determinar si el bien jurídico "indemnidad sexual" se tutela en esta legislación.

. ESPAÑA:

En el Código Penal de España[2] se legisla en el título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, que consta de seis capítulos: El capítulo I se titula: "De las agresiones sexuales", el cual consta de tres artículos, el artículo 179 que a la letra dice: "Cuando la agresión consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación, con pena de prisión de 12 a 15 años, cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación y en todo caso, cuando sea menor de 13 años. Así mismo en el capítulo II: De los abusos sexuales señala en el artículo 181:

> 1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.
>
> 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.
>
> 3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

Artículo 182:

En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

La normativa penal española actual tipifica el delito de violación en el artículo 179 y configura la presente modalidad delictiva como delito contra la libertad e indemnidad sexuales, superadas ya, legislativa y doctrinalmente, las extemporáneas referencias a las buenas costumbres y a la moralidad (sexual social), así como las tradicionales concepciones de honestidad, honra, reputación y pudor sexual, tradicionalmente ponderados en el grupo de delitos sexuales.

La actual referencia normativa a la libertad e indemnidad sexuales esconde, en cualquier caso, tras de sí toda una historia largamente propugnada por un cualificado sector de la doctrina, en acertada crítica a la ambigua noción de honestidad, no se introdujo el término libertad sexual en la rúbrica del Código Penal de 1973, sino por obra de la trascendental Ley Orgánica 3/1989, del 21 de junio, ley de reforma, operó una modificación sustancial de diferentes tipos de delitos (por ejemplo, las lesiones); pero es en el ámbito de los delitos sexuales donde se propició las mayores y más significati-

[2] Código Penal. Leyes de bolsillo.I.M.Bosch Editor, S.L. Ledebol. Tesys, S.A. – Barcelona. 1era reimpresión. Junio 1996.

vas modificaciones. La primera de ellas fue, precisamente, la sustitución de la antigua rúbrica de delitos contra la honestidad[3] por la de "Delitos contra la libertad sexual", que designaba, al margen de otros reparos doctrinales (especialmente el supuesto de aquellos sujetos que no tenían reconocida -o no tenían capacidad jurídica de ejercerla- la libertad sexual: menores, incapaces, etc. y que aún así requerían de una primaria y especial protección jurídico-penal), mucho más precisamente el bien jurídico tutelado en estas figuras delictivas.

Poco tiempo después, en 1999, como consecuencia del cambio del partido en el Gobierno, se introdujo una nueva modificación en los delitos sexuales ante las insuficiencias halladas en la regulación ofrecida por el Código de 1995.

En efecto, por obra de la Ley Orgánica 11 / 1999, del 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10 / 1995, del 23 de noviembre, se volvió a sustituir la rúbrica del título dedicado a los delitos sexuales. La referencia a la libertad sexual en el Título VIII del Libro II del Código Penal de 1995 se amplió con la alusión a la "indemnidad sexual", de modo que la actual rúbrica se refiere a los "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales".

Es por ello que en el presente artículo se ha iniciado con la Legislación Española, pues, como se verá mas adelante, en las tres legislaciones siguientes, únicamente se regula de manera expresa respecto del bien jurídico "libertad sexual", de manera que, es necesario recurrir a la doctrina, para darnos cuenta que existe además del bien jurídico libertad sexual, en el caso de menores de edad, el bien jurídico "indemnidad sexual".

. COLOMBIA:

En relación a los delitos sexuales en la Legislación Colombiana[4], estas conductas prohibidas penalmente están contenidas en el título XI: Delitos Contra la Libertad**,** Integridad y Formación Sexuales el cual consta de cinco capítulos; sin embargo para efectos del presente artículo sólo se hará alusión en lo referente al tema que nos ocupa.

Capítulo Primero.- De la Violación

Capítulo Tercero.- De los Actos Sexuales Abusivos. Dentro de este capítulo se regula el acceso carnal abusivo con menor de catorce años de edad que a la letra dice: "El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años".

Así mismo, cabe anotar que en el nuevo código penal se establece lo que debe entenderse por acceso carnal en los siguientes términos: "Para los efectos de la conducta descrita en el capítulo anterior, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto. "

Por último, en relación con los comportamientos que vienen de enunciarse, cabe anotar que en el Código Penal el bien jurídico protegido es la libertad, integridad y formación sexuales.

En relación con el bien jurídico protegido en los "delitos sexuales" esta legislación ha tenido significativas variaciones: inicialmente, la protección se refirió a la honestidad, lo cual llevó a considerar que quienes tenían una conducta social que no se ajustaba a los cánones socialmente mayoritarios, no

[3] MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. P.E. 9 edición. Sevilla, 1985, páginas 341 y siguientes. DIEZ RIPOLLÉS, J.L.La protección de la Libertad Sexual. Bosch. Barcelona, 1985, páginas 15 y 55.

[4] Código Penal Colombiano. Ortega Torres, Jorge. Editorial Temis. 2006.

eran objeto de dicha protección. En última instancia lo que se perseguía con las prohibiciones era imponer una determinada moral sexual; pero recientemente, se viene considerando que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, criterio que parte del reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad, en virtud del cual no resulta legítimo imponer una concepción específica de la moral, siendo deber del Estado sancionar las conductas que imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad, entendida esta de manera positiva, como el ejercicio de las potencialidades sexuales y en sentido negativo, como la prohibición para involucrar en un trato sexual a otro, sin su consentimiento. Algunos autores han propuesto denominar el bien jurídico protegido como indemnidad sexual, por considerar que en relación con algunas personas, como los menores y los incapaces, no puede hablarse de una válida facultad para disponer de su sexualidad; sin embargo no se encuentra regulado expresamente.

A la luz de la Constitución de 1991, el interés jurídicamente protegido con las normas no puede ser la honestidad ni la moral, pues cada quien tiene derecho a conducir su vida sexual según sus propias decisiones. La legislación vigente (ley 360 de 1997), en armonía con esta consideración, consagra como bienes jurídicos protegidos la libertad sexual y la dignidad humana.[5]

. **BOLIVIA:**

En el Código Penal de Bolivia[6] se legisla en el título XI: DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL, dentro del cual en el capítulo I titulado: VIOLACIÓN, ESTUPRO Y ABUSO DESHONESTO se regula el delito de violación en el artículo 308°, que a la letra dice: "El que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, incurrirá en privación de libertad de cuatro a diez años, en los casos siguientes:

1) Si se hubiere empleado violencia física o intimidación.

2) Si la persona ofendida fuere una enajenada mental o estuviere incapacitada, por cualquier otra causa, para resistir.

Si la violación fuere a persona menor que no ha llegado a la edad de la pubertad, el hecho se sancionará con la pena de diez a veinte años de presidio y si como consecuencia del hecho se produjere la muerte de la víctima, se aplicará la pena correspondiente al asesinato.

Por lo tanto se afirma que en los delitos sexuales lo que se protege es el bien jurídico libertad sexual, es decir aquellas acciones tipificadas por la ley que atacan la libre disposición del individuo sobre su sexualidad. Cuando en los diversos países se va admitiendo una pluralidad de concepciones sociales diversas sobre la moral sexual, adquiere importancia el concepto de libertad sexual (frente al anterior de moral sexual), a la que se impone ciertos límites para su ejercicio. Los principales límites al ejercicio de la libertad sexual tienen su fundamento en el respeto a la libertad sexual de otros, en las situaciones de inmadurez o incapacidad mental que impide a ciertas personas tener suficiente autonomía en su decisión y conocimientos para orientar y regir sus comportamientos sexuales (casos en los que se habla de indemnidad o intangibilidad sexual). Bajo la denominación "contra la libertad sexual" se suelen encontrar tipificados, en consonancia con lo ya indicado, delitos como la violación, el estupro, el abuso deshonesto y el rapto. El bien jurídico protegido es por tan-

[5] Senado de la República de Colombia | Información legislativa www.secretariasenado.gov.co
Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.© ISSN 1657-6241, "Leyes desde 1992 - Vigencia Expresa y Sentencias de Constitucionalidad", 14 de noviembre de 2003.

[6] Código Penal de Bolivia. 1era edición. La Paz, Bolivia. Ediciones Cabeza de Cura, 1999.

to la libertad sexual, entendiéndose como tal el ejercicio libre de la propia sexualidad y no la deshonestidad considerada en sí misma.

Al referirse a la violación sexual de menor de edad la legislación Boliviana señala: Si la violación fuere a persona menor que no ha llegado a la edad de la pubertad, por lo que es necesario precisar que:

En el Código Civil de Bolivia está estipulada la mayoría de edad y la capacidad de obrar, es así que en el artículo 4 señala: " La mayoría de edad se adquiere a los veintiún (21) años cumplidos.

En cuanto a la ciudadanía el artículo 41 de la Constitución Política del Estado señala: " Son ciudadanos los bolivianos varones y mujeres de dieciocho (18) años de edad cualesquiera sean sus niveles de instrucción, ocupación o renta".

Edad de consentimiento para la actividad sexual:

La edad de consentimiento para la actividad sexual, previo matrimonio civil, en las mujeres, es de catorce (14) años de edad y para los varones es de dieciséis (16) años.

Edad de consentimiento para contraer matrimonio:

La edad para el matrimonio según el Código de Familia en el artículo 44, "De los requisitos para contraer matrimonio.

" El varón antes de los dieciséis (16) años cumplidos y la mujer antes de los catorce (14) años cumplidos, no pueden contraer matrimonio. "

El juez puede conceder dispensa de edad por causas graves y justificadas. Por lo que se concluirá que el bien jurídico "indemnidad sexual" no se encuentra expresamente regulado dentro de esta legislación, ya que como se ha señalado anteriormente es la libertad sexual.

. **CHILE:**

El legislador chileno incluye los delitos sexuales en el TITULO VII del LIBRO II del Código Penal[7], bajo el epígrafe "crímenes y simples delitos contra el orden de la familia y contra la moralidad pública", quedando comprendidas bajo tal denominación una serie de figuras muy diversas unas de otras, incluso algunas de las cuales carecen totalmente de connotación lúbrica. Así en este título, encontramos figuras tan distintas entre sí como la violación, el estupro, el incesto, la celebración de matrimonio ilegal y el aborto.

A la letra dice:

5. De la violación

Artículo 361.- La violación será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de doce años, en alguno de los casos siguientes:

1º Cuando se usa la fuerza o intimidación.

2º Cuando la víctima se halla privada de sentido o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.

3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Artículo 362.- El que accediere carnal-

[7] Código Penal. Editorial Jurídica de Chile. Enero 2006.

mente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de doce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.

Todos los delitos propiamente sexuales conforman un sistema autónomo, singularizado por el hecho de obedecer a un mismo esquema valorativo y por la circunstancia de que todas las conductas sancionadas representan formas concretas de manifestación del instinto sexual o tienen con el algún grado de vinculación, todo lo cual les confiere especificidad dentro del conjunto del ordenamiento penal.

La ley 19.617, del 12 julio de 1999, introdujo una serie de modificaciones a este título entre la que podemos mencionar, la incorporación del varón como sujeto pasivo de *violación*. También se observan cambios en las figuras de estupro y abusos sexuales que avanzan tanto, en dar a estas figuras un sentido estrictamente jurídico, como en el ser mas congruentes con el principio de taxatividad.

Todas estas modificaciones si bien implican un avance en la materia de depuración de los criterios contemplados para establecer el castigo de estas figuras y también de los criterios de técnica legislativa, distan mucho de constituir, según la opinión mayoritaria de los autores, una reforma sustancial hacia un régimen punitivo de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales que tenga su base en consideraciones lesivas de un carácter estrictamente individual.

Observamos así la subsistencia de disposiciones que denotan claramente un carácter moralizante y que no están dirigidas a apreciar la lesión del bien jurídico individual alguno, sino por el contrario se rigen por apreciaciones de carácter valorativo - social, emanadas de la autoridad.

De esta forma se advierte un grave atentado al principio de lesividad, pues, se entiende que en una sociedad pluralista y democrática no debería existir una gran única "moral social" que busque determinar a través de la potestad punitiva del Estado las conductas de los sujetos, sino por el contrario, es a partir de la existencia y reconocimiento de tantas morales como personas tiene una sociedad, que se consolida la tolerancia dando pie al desarrollo de una sociedad revestida de una cultura democrática que valore y respete a cada uno de sus miembros.

Así, no podemos sino rechazar la esfera de la moral social bajo las denominaciones "buenas costumbres", "orden de la familia" o cualquier otra que se utilice para elevar cualquier ámbito de tal esfera a la de un bien jurídico digno de tutela penal. Pues, el elevar a la categoría de bien jurídico protegido aspectos de la moral social, no tiene otro objeto que el de la protección de valores sociales, de esta manera podemos distinguir dos grupos de infracciones: uno, constituido por delitos que lesionan directamente intereses de carácter individual y otro, por aquellos que afectan intereses sociales entre las que encontramos el incesto, el favorecimiento de la prostitución, la sodomia simple, entre otras figuras.

En este plano debemos destacar que la sociedad nada tiene que ver con las prácticas sexuales voluntarias entre personas capaces y por tanto no puede regular o sancionar dichas conductas, mucho menos a través de bases morales. Así, la pretensión de ejercer la potestad punitiva del Estado, como medio para la consumación de determinados fines considerados valiosos por la autoridad, constituye una instrumentalización del individuo absolutamente contradictoria con el concepto de dignidad humana. Debe así el ordenamiento penal limitarse a posibilitar la coexistencia de las diferentes concepciones y manifestaciones de la sexualidad, ya que la legitimidad de la pena, según los planteamientos reformistas en el campo sexual, se encuentra supeditada a la afectación de los derechos de una persona en concreto.

La simple lectura de estas disposiciones no viene mas que a confirmar lo que se ha venido señalando acerca de la necesidad de apuntar a un sistema punitivo que base su ejercicio en la lesión de bienes jurídicos del individuo y no de intereses de ciertos grupos que pretenden poseer la verdad sobre determinadas materias, en este caso, en el ámbito de la moral.

Concluyendo diremos que el bien jurídico protegido de manera expresa en esta legislación es la libertad sexual de la persona, entendida como autodeterminación sexual, es decir, como la libre disposición de mis potencialidades sexuales, tanto en el ámbito privado como frente a terceros y como el derecho de la persona a no verse o sentirse involucrada por otro, sin su consentimiento, en un hecho que presente un contexto sexual.

CONCLUSIONES PRELIMINARES:

Al analizar la legislación comparada lo que se ha tratado de demostrar con el presente artículo es lo siguiente:

1.- Que, en los delitos sexuales, la libertad sexual, no es el único bien jurídico protegido.

2.- El bien jurídico en los delitos contra la Libertad Sexual depende – para su determinación – de la naturaleza del sujeto pasivo, puesto que los menores no tendrían libertad sexual, por tanto el interés a proteger será su “indemnidad sexual”.

3.- Se ha podido advertir al revisar la legislación comparada, que sólo España regula expresamente sobre los delitos de libertad e indemnidad sexuales y que la legislación de Colombia, Chile y Bolivia regulan respecto al bien jurídico libertad sexual, recurriendo a la doctrina para referirse al bien jurídico “indemnidad sexual”.

LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA EN EL DERECHO COMPARADO

ABOG. VERÓNICA VÁSQUEZ PLAZA.
ABOGADA EGRESADA DE LA ESCUELA DE POST GRADO DE LA UNPRG. MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES.
ESPECIALISTA LEGAL 15° JUZGADO PENAL TRANSITORIO REOS EN CÁRCEL- CSJL.

La Responsabilidad Restringida se encuentra en el artículo 22 de nuestro Código Penal vigente promulgado en el año 1991, dentro del Capítulo II: CAUSAS QUE EXIMEN O ATENUAN LA RESPONSABILIDAD PENAL del TITULO II: DEL HECHO PUNIBLE; es decir se considera a la responsabilidad restringida como atenuante de la responsabilidad penal del autor en la comisión de un hecho punible o delito.

El mencionado artículo a la letra dice:

"Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción.

Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".

El texto original no tenía el último párrafo el que adiciona una exclusión para la aplicación de esta facultad cuando el delito cometido es de violación a la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria y cualquier otro siempre que estén sancionados con penas no menores de veinticinco años o cadena perpetua. Este párrafo fue adicionado mediante la dación de la Ley Nº27024 con un único artículo, de fecha 25 de diciembre de 1998.

- **Aspectos Problemáticos:**

El parámetro fijado en nuestro país se encuentra entre los 18 y 21, este período según la actual ley refiere al desarrollo de la persona como un período de transición en el cual aún no se ha alcanzado la madurez moral y mental.

En nuestro ámbito judicial los sujetos responsables de delitos comunes son en su mayoría jóvenes; y cuando se les abre proceso penal, desde la apertura de instrucción el magistrado tiene en cuenta su edad biológica (la que es acreditada con la partida de nacimiento) a efecto de decidir si este joven debe ser investigado con mandato de detención o con mandato de comparecencia restringida; es así que el magistrado considerando la juventud del agente con el criterio de que éste se puede rehabilitarse le concede comparecencia restringida y como es lógico, al momento de sentenciar aplicará la responsabilidad restringida por los mismos fundamentos; sin tomar en cuenta, en muchos casos, sus antecedentes judiciales y/o penales, las circunstancias y la forma como se realizó el delito, el estado actual de la víctima, los daños ocasionados, etcétera; es decir sólo considerando la edad. Lo mismo sucede en el caso de que sean mayores de edad y justifican su aplicación refiriendo que la ley así lo establece.

Javier Valle Stein en su Libro "DERECHO PENAL-PARTE GENERAL" cita a Alejandro Solís Espinoza quien afirma que la inimputabilidad del menor, considerada por la ley, es realmente una ficción legal en cuanto considera al antisocial como incapaz de responder por su acto, y esto no debe movernos a pensar que un menor de dieciocho años de edad menos aun una persona de veintiún años, es incapaz de conocer la licitud o ilicitud de su conducta, ya que el adolescente e incluso el niño de la segunda infancia pueden actuar sabiendo lo censurable que es su conducta, y sin embargo tenerlo como aceptable si han recibido una sociabilización defectuosa o se han formado en un medio antisocial o sus condiciones materiales de existencia, resultan más vejantes que las normas morales o el deber

ser abstracto[2]. Asimismo, este jurista plantea también que nuestra legislación debe optar por un criterio mixto pisco-biológico y establecer la inimputabilidad plena para los menores de quince años de edad y la restringida para los mayores de quince años de edad y menores de dieciocho modificando el artículo 22 del Código Penal que apela al criterio psico-biológico y caduco de la imputabilidad restringida entre los 18 y 21 años de edad[3] .

En BRASIL, ECUADOR, COLOMBIA Y VENEZUELA, legislaciones analizadas para el presente artículo, la institución de la edad como atenuante de la responsabilidad penal se encuentra presente. Así tenemos:

En el Código brasilero la circunstancia atenuante consiste precisamente en ser el agente menor de veintiún años o mayor de setenta, indicando claramente los términos de edad que implicarían una disminución de la pena. Este código al igual que la norma peruana obedece a que la madurez psíquica para decidir y comprender lo que hacemos no se alcanza completamente hasta cierta edad en este caso a los ventiún años, argumento que no es del todo categórico. Y respecto a la senectud se considera que con el avance de los años se debilitan las facultades mentales por lo que resulta procedente disminuir la pena a los ancianos con la edad señalada.

En el Código de Colombia, se considera la edad como atenuante si es que ésta influye en la comisión del hecho punible pero no se indica expresamente la edad requerida para que esta atenuación se ejecute.

En el Código de Ecuador, también se recoge esta atenuante que en este caso sólo se refiere a la persona mayor de setenta años, no aparece en su normatividad el supuesto de que el agente tenga entre dieciocho a veintiún años, sólo considera al anciano como pausible de atenuación.

En el Código de Venezuela, también atenúa la pena al sujeto agente comprendido en el período de dieciocho a veintiún años de edad, pero se hace énfasis que si bien la pena será atenuada ésta no significa una rebaja espacial de pena sino será tomada en cuenta al aplicar la pena pero sin bajar del límite inferior que le asigne al hecho punible la ley, supuesto contrario al establecido por nuestro ordenamiento penal que admite que se podrá disminuir la pena[4].

Respecto al procesado mayor de setenta años, no lo incluye como sujeto pasible de atenuación de pena, pero se le considera en la ejecución del delito indicando que a este sujeto no se le podrá imponer pena de presidio ni de prisión sino que en lugar de aquellas se le aplicará el arresto que no podrá exceder de cuatro años.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

- Las circunstancias atenuantes de la pena, nacen en respuesta a la racionalidad que exige el ejercicio del poder sancionador. Su razón de ser y origen obedecen, sin duda, al proceso de medición y modificación de la pena. De ahí que éstas tengan una indiscutible trascendencia en cuanto a la medición justa y equitativa de la pena, la que se gradúa fundamentalmente de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad debiendo tomarse en cuenta los efectos que pueden esperarse de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.

---

[2] VILLA STEIN, Javier
DERECHO PENAL-PARTE GENERAL 2da EDICIÓN. Aumentada y actualizada. EDITORIAL SAN MARCOS. LIMA 2001. Pág.396

[3] Ibidem pág. 397

[4] Artículo publicado por MACHADO SÁNCHEZ, Ketia- Profesora del Centro Universitario de Guantánamo-Cuba, en la página webb: www.noticias.jurídicas.com

- La edad es una circunstancia que se tiene en cuenta en muchas legislaciones específicamente en las legislaciones analizadas, a fin de determinar la imputabilidad y responsabilidad penal del sujeto agente de un hecho punible, coincidiendo en tres de los códigos analizados (Perú, Brasil y Venezuela) en considerar al agente de responsabilidad restringida comprendido en las edades de 18 a 21 años; ya que en Ecuador sólo se considera al mayor de setenta años y en Colombia no sólo considera la edad- en forma genérica- del agente desde el punto de vista psíquico pero sin determinar edad específica.

- La figura de la responsabilidad restringida presente en el artículo 22 del Código Penal Peruano al igual que el artículo 65 del Código del Brasil, considera que la madurez psíquica para decidir y comprender lo que hacemos no se alcanza completamente hasta cierta edad, sosteniendo en este caso que es a los ventiún años; argumento que no es del todo categórico. Y respecto a la senectud se considera que con el avance de los años se debilitan las facultades mentales por lo que resulta procedente disminuir la pena a las personas de más de sesenta y cinco años.

- Pero es bueno advertir que la mayor parte de los menores de 18 años ya tienen capacidad para comportarse de acuerdo con su comprensión de la desaprobación jurídico-penal del hecho5; por lo que bastaría fijar la edad de dieciocho años como excepción personal al régimen del derecho penal común y en lo que concierne a los mayores de 65 años el juez debe considerar las circunstancias de la comisión del hecho no la edad; pues el declive de sus facultades cognitivas y físicas deberán determinarse mediante un dictamen pericial realizado por profesionales idóneos.

[5] BACIGALUPO, Enrique
PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL- PARTE GENERAL-4ta Edición-AKAL EDITORES.

"LA PRESUNCION DE INOCENCIA"

MARITZA LUJÁN CASTILLO
ASISTENTE DE JUEZ

La presunción de inocencia, calificada también como un **estado jurídico**, constituye hoy un derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Lejos de ser un mero principio teórico de Derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; "es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio". Parte del supuesto de que todos los hombres son buenos, en tal sentido para considerarlos como malos, es necesario que se les haya juzgado y encontrado responsables. Mientras no exista un fallo o decisión debidamente ejecutoriada, que declare la responsabilidad penal de una persona, debe considerársele inocente, es decir, se requiere la existencia de un juicio previo.

El Tribunal Constitucional, sostiene *"(…) que la presunción de inocencia es un principio que informa la realización y ejecución de todas las etapas del proceso penal y, a la vez, un derecho subjetivo constitucional que, como se sostuvo, también se titulariza en el ámbito de los procedimientos disciplinarios de carácter estatutario". De ahí que "dicho derecho opera en relación a los cargos que en el seno de las personas jurídicas de derecho privado se pudieran imputar a uno de sus asociados, en un doble sentido"*[1]

Ahora bien, la presunción de Inocencia que consagra la Constitución Política del Perú en el artículo **2°**, inciso **24**, parágrafo **e**, de acuerdo al análisis que realiza Landa Arroyo es : "…*en el ámbito constitucional, es un derecho fundamental, pero también un principio constitucional. En efecto la presunción de inocencia, en el primer caso, es el derecho fundamental que asiste a toda persona a que sea considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad…en el segundo caso como principio, la presunción de inocencia es el fundamento del proceso penal moderno Estado Constitucional democrático, porque de él se deriva no sólo límites para el legislador, sino que también constituye un elemento importante de interpretación de las disposiciones…"* [2]

Es por ello, que el reconocimiento constitucional de ser considerado inocente mientras no exista una sentencia firme, es lo que lo convierte en un derecho fundamental e implica la existencia de un proceso acorde con todas las garantías formales y materiales que nuestro ordenamiento legal prescribe y constituye uno de los principios cardinales del ius puniendi contemporáneo que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación directa e inmediata, sin necesidad de un desarrollo legal, en todo el ordenamiento procesal. Consecuentemente representa un status de protección mínima propia de un Estado Social y democrático y se materializa en una garantía cuando exige su cumplimiento y respeto por parte del Estado, así lo esencial de esta garantía, es que coadyuva a materializar el principio universal de justicia que fundamenta el contrato social, constituyéndose en el presupuesto básico de todas las demás garantías del proceso.

Este principio exige consecuentemente

---

[1] Exp. No 3312-2004-AA/TC. Lima, 17 de diciembre de 2004.

[2] CÁCERES JULCA, Roberto Eduardo. *"El Principio de Presunción de Inocencia- Aspectos Constitucionales y procesales.* En Cuadernos Jurisprudenciales No 65- Gaceta Jurídica. Lima. Pág. 4.

el cumplimiento de las garantías del debido proceso, en donde el juicio de culpabilidad haya sido legalmente declarado, como producto de una convicción en el órgano jurisdiccional sustentado no en cualquier prueba, sino en pruebas de cargo que acrediten responsabilidad, y en donde se aprecie y valore las pruebas efectivamente practicadas con arreglo a la sana crítica, las reglas de la experiencia, los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. De este modo, el principio de inocencia asegura el respeto a la dignidad del imputado, mediante un estado jurídico, de ser considerado inocente mientras no exista material probatorio suficiente para condenarlo.

Tradicionalmente se ha venido a comprender la presunción de inocencia como un principio informador del proceso penal; hoy, sin embargo, estamos en condiciones de afirmar que la presunción de inocencia es algo más que eso. Se trata de un derecho fundamental. El derecho fundamental que asiste a cualquier persona acusada de la comisión de un delito, a ser condenada tan sólo cuando haya pruebas suficientes de su autoría (o cualquier otro grado punible de participación) en relación con tal hecho.

El derecho a la presunción de inocencia es, por tanto, un derecho de contenido distinto al conocido principio inspirador de las sentencias penales *in dubio pro reo.* Según este principio, el juzgador que no ha alcanzado la convicción de que el acusado haya cometido los hechos que se le imputan debe, ante la duda que se le genera, absolver.

Frente a ello, *"el derecho a la presunción de inocencia supone gravar a las partes acusadoras con la carga de tener que probar los hechos que afirman, pues en caso contrario ante la ausencia de prueba practicada, la vigencia del mencionado derecho conllevará la absolución del imputado. Téngase presente la imposibilidad de obligar al acusado a probar su inocencia. La prueba de hechos negativos (la obligación de probar que no se ha cometido un determinado delito) constituye lo que se ha denominado como probatio diabólica".* [3]

La presunción de inocencia exige asimismo que la detención tenga una aplicación excepcional, de última ratio, toda vez que se trata de un medio de coerción procesal de contenido idéntico a la más clásica de las sanciones criminales, la pena privativa de libertad.

Conforme ha señalado San Martín Castro, la existencia de las medidas de coerción no significa que al imputado se le pueda anticipar una pena

durante el procedimiento, sino que la limitación procesal de los derechos fundamentales tiene como fundamento legítimo asegurar la realización del proceso de conocimiento -averiguación de la verdad para actuar la ley sustantiva o para asegurar la ejecución efectiva de la sentencia.

Sin embargo, en cuanto al tratamiento de inocente, sus, alcances no se limitan a las medidas coercitivas, sino que se manifiestan en cualquier sector del ordenamiento jurídico, en tanto el sujeto no puede ser considerado como culpable, razón por la cual no resulta lícito que se le prive de algún derecho u oportunidad en virtud de su condición de procesado, Vg. para concursar a algún puesto en la administración pública no se puede discriminar o negar el acceso a las personas que se encuentran siendo procesadas, así lo vengan siendo por delitos en

[3]SÁNCHEZ VELARDE, Pablo "Manual de Derecho procesal penal". Editorial Moreno S.A. Lima 2004. pag.298.

contra de la propia administración.

Por otro lado, se debe de poner la debida atención en que no basta un pronunciamiento condenatorio en primera instancia, pues este muy bien puede ser impugnado, lográndose la revocatoria. Durante el tiempo que dure la sustanciación de la impugnación el imputado conservará su derecho a la presunción de inocencia. Esta garantía sólo cede ante una sentencia condenatoria firme. Es así que la presunción de inocencia viene a ser una de las garantías más polifacéticas, que inunda todo el procedimiento penal. Si bien su núcleo central se encuentra en el tratamiento como inocente del imputado, su vinculación se extiende, además, con importantes consecuencias, hasta el ámbito de la actividad probatoria.

La presunción de inocencia en términos de VEGAS TORRES[4] tiene triple enunciado que estimamos importante citar textualmente: 1) La presunción de inocencia podría ser, en primer lugar, el concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, de corte liberal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal; 2) La presunción de inocencia podría ser, en segundo término, un postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculpado es inocente y, por lo tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso; y 3) Finalmente, la presunción de inocencia podría ser una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación imponiéndose la absolución del inculpado sí la culpabilidad no queda suficientemente demostrada. Hay que coincidir con el citado autor en cuanto a que la tendencia jurisprudencial se ha inclinado prioritariamente respecto del tercer enunciado, es decir, aquel que la vincula a la prueba en el proceso penal, definitivamente presunción y prueba se interrelacionan desde el inicio de la investigación penal; pero también tiene gran incidencia en el tratamiento del imputado durante el proceso, principalmente, en cuanto a las medidas cautelares (detención, libertad provisional, impedimento de salida, etc.), así como también ha de resaltarse el sentido inspirador de este principio en la construcción del nuevo modelo de proceso penal.

Desde la perspectiva de la autoridad judicial constituye un principio fundamental que debe orientar su actuación investigadora y juzgadora respecto del imputado, a quien debe considerársele como no autor del delito hasta la culminación del proceso penal, es decir, con la sentencia o resolución que sobresea el procedimiento. Este principio también debe ser de acatamiento por la autoridad fiscal y policial en tanto dirigen la investigación del delito contra persona denunciada o imputada, a quienes se les debe conferir igual trato.

La inocencia de la persona imputada se presume y por lo tanto no puede tener ni policial ni judicialmente un calificativo de culpabilidad mientras no se dicte sentencia o resolución judicial definitiva.

Desde la perspectiva del justiciable, la presunción de inocencia constituye un derecho, el derecho del imputado a que las autoridades judiciales encargadas de la investigación y juicio, a tener el trato y consideración de persona inocente hasta el momento

---

[4]VEGAS TORRES, Jaime. “Presunción de Inocencia y prueba en el proceso penal”, citado por SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Op.Cit. pag.300.

de la resolución final En esta misma línea de pensamiento, la autoridad fiscal como policial han de respetar tal derecho, y por lo tanto una exposición pública del imputado hecha por la policía en la que se le sindica como culpable de la infracción constituye una afectación seria de este derecho.

Estamos entonces ante un principio de naturaleza fundamental, que se impone incluso existiendo suficiencia de elementos probatorios de cargo, pero que requiere de la sentencia judicial. Es decir, aún en el extremo de encontrar al imputado en flagrante delito, o existiendo abundante material probatorio en su contra e incluso, declarada su confesión, aquél merece ser tratado bajo la consideración de inocente. El juicio colectivo o social sobre la culpabilidad de una persona tiene que ceder ante el principio de inocencia que sólo corresponde confirmar o desvirtuar al Juez en la sentencia.

"La doctrina ha puesto en evidencia que la presunción de inocencia posee una naturaleza iuris tantum (que admite prueba en contrario), pudiendo quedar desvirtuada como resultado de un proceso penal. Sin embargo, para que esto ocurra es necesario que se haya realizado una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, de signo incriminatorio, de la que pueda deducirse la culpabilidad del procesado, realizada con estricta observancia de las garantías y normas procesales; en caso que esto no ocurra el sujeto conservará su condición de inocente". [5]

La Corte Suprema ya ha señalado en reiterada jurisprudencia que *"en materia penal la inocencia se presume, la culpabilidad se prueba".* Corresponde a la parte acusadora probar la culpabilidad de una persona, aportar los elementos probatorios pertinentes. El imputado no tiene que probar su inocencia; a él se le tiene que probar que es culpable; sin embargo, como un mecanismo natural de rechazo a las imputaciones delictivas, puede hacer uso de su derecho de defensa con los aportes probatorios que considere necesarios.

Ciertamente, se trata de una presunción iuris tantum, que permite que toda persona conserve su estado de inocencia mientras no se expida una resolución judicial definitiva. De todo ello se derivan consecuencias igualmente importantes, pues las personas mantienen inviolable su derecho de defensa, es liberada de la carga de la prueba y, además, existiendo duda sobre su culpabilidad, el juzgador resolverá la situación del acusado aplicando otro principio: el *in dubio pro reo.*

En síntesis es tan importante la presunción de inocencia tanto como un derecho del inculpado como una garantía procesal pues se mantiene aún en los supuestos de flagrancia, dado que es posible la existencia de alguna circunstancia eximente o atenuante de responsabilidad a favor del imputado. En tal virtud, la persona puede ser intervenida en el momento de la comisión de un delito y mantener su status de inocencia hasta la sentencia judicial como decisión final.

---

[5] BURGOS MARIÑOS, Víctor. "Derecho procesal penal peruano tomo I – Fundamentos constitucionales". Fondo Editorial de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPSP. Trujillo – Perú. 2002 . Pag. 90.

¿QUIÉN ES BUEN ABOGADO?

JOSÉ FRANCISCO HORNA SEGURA
ABOGADO
ASISTENTE JUDICIAL 7º JCCH

Para dar respuesta a esta interrogante, permítanme iniciar parafraseando a Miguel Ángel Osorio, destacadísimo letrado español, nacido en Madrid en 1873 y fallecido en Argentina en 1946, quien en una de sus más notables obras: *"El Alma de la Toga" (1ra. Ed. 1919) decía: "…LA ABOGACÍA no es una consagración académica, sino: una acumulación de conocimientos en uno solo, los mismos que deben ser impartidos para el buen ejercicio del Derecho; pues será BUEN ABOGADO aquel que ejerza permanentemente y no de modo esporádico, el Derecho; los demás serán muy estimables, muy respetables, muy considerables, pero Licenciados en Derecho nada más."*

Han trascurrido casi 90 años desde la primera edición del precitado texto; sin embargo, estoy seguro que el contenido de su pensamiento filosófico se mantiene aún vigente. Sí *¡Señores!* pues lo que al Abogado, en el contexto real, debe importarle, no es limitarse a saber el Derecho; sino, conocer la vida, es decir: la experiencia y las vivencias, no olvidemos que así lo afirmaba hace más de 2 200 años, uno de los más grandes sabios de toda la humanidad, Aristóteles: *"LA EXPERIENCIA es la base fundamental de todo conocimiento, tanto teórico como práctico"*. El Derecho Positivo está en los libros, se buscan, se estudian y en paz; pero lo que la vida reclama no está escrito en ninguna parte, quien tenga previsión, serenidad, amplitud de miras y ponga en práctica los más altos valores, aquellos que nosotros los abogados conocemos como los Principios Generales del Derecho: *VERDAD, JUSTICIA, IGUALDAD, EQUIDAD*, etc.; y además goce de una conducta intachable, será buen Abogado. Quien no dedique su vida a dar consejos jurídicos y pedir *¡JUSTICIA!* en los tribunales, será todo lo Licenciado que quiera pero Abogado, No.

A menudo escucho decir: *"…Mi hijo es muy listo y un hablantín, sin duda tiene "pasta" para Abogado",* porque se presume que un buen abogado, es aquel que defiende a sus clientes con mucho *"floro"*; pero por fortuna ocurre todo lo contrario, la Abogacía no se cimenta en la lucidez del ingenio, sino en *LA RECTITUD DE LA CONCIENCIA.*

En el buen Abogado *LA RECTITUD DE LA CONCIENCIA,* es esa voz interna que nos dice siempre, aún cuando actuemos mal: *pórtate bien, no lo hagas, te va a ir mal*; es mil veces más importante que el tesoro del conocimiento. Asimismo *LA FORMACIÓN CULTURAL* aquella que viene de casa, todos sabemos que es absolutamente distinta de la profesional; por ejemplo: un eximio Doctor, puede ser un hombre detestable. ¿Por qué? Porque en las profesiones la Ciencia no es más que un ingrediente, junto a ella operan: La Conciencia, El Hábito, La Educación, El Engranaje de la Vida, "El Ojo Clínico", La Ética, La Moral, El Sentido Común y mil elementos más que englobados integran un verdadero hombre; de manera que, como decían los antiguos: "Primero es ser bueno; luego, ser firme; después, ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia, en el último. Lo bueno, lo equitativo, lo prudente, lo cordial no debe buscarse en la Gaceta, viene de mucho más lejos, más alto".

Finalmente quiero decirles, queridos colegas, que al iniciarme en esta hermosa carrera solía escuchar y creer que la gracia de un *BUEN ABOGADO* es hacer ver *LO BLANCO NEGRO;* pues yo les digo: *¡No Señores!* Somos voceros de la verdad y no del engaño, se nos confía que pongamos las cosas en orden, que procuremos dar a cada cual lo suyo, que se abra paso la razón, que triunfe el bien, que se juzgue con el sentido común; por lo tanto, el deber de un *BUEN ABOGADO* es hacer ver que lo blanco deslumbre como blanco y lo negro se entenebrezca como negro.