CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

IPSO JURE

AÑO 10 NRO. 38, AGOSTO 2017

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

PRESENTACIÓN

El Día del Juez representa una fecha emblemática para el Perú. El pasado 04 de agosto se celebró el Día del Juez peruano, data de especial relevancia que nos permite reflexionar acerca del servicio que brindamos los jueces a la sociedad.

Ese servicio se expresa también en resultados. El Distrito Judicial de Lambayeque goza de reconocimiento a nivel nacional y ello se ve reflejado en la alta producción judicial del año 2016 en tres de nuestros órganos jurisdiccionales (1° y 2° sala penal de apelaciones y 1° juzgado de Paz Letrado de Familia).

Es de precisarse, además y en alusión a resultados, que no solo se imparte justicia sino también, constituye un aporte relevante la producción de investigaciones jurídicas, propósito al cual se suma la revista IPSO JURE, que en esta oportunidad es publicada en el Día del Juez, en el propósito de mantener una línea de información que resume los estudios de jueces, fiscales y abogados sobre la dinámica judicial. Muy en especial, en una ocasión del Día del Juez como especial fecha que recuerda los esfuerzos de los jueces en la delicada tarea de impartición de justicia.

En esta edición N°38, reafirmamos pues el compromiso de promover la investigación en todos sus niveles, desde una perspectiva de democratización del conocimiento y de motivar a nuestros cuadros a desarrollar los lineamientos de lo que es la Academia y el conocimiento.

Igualmente, debemos seguir sumando más resultados. En mi experiencia como juez y ahora como Presidente de esta prestigiosa Corte Superior de Justicia, he aprendido en la importancia del servicio de justicia, en entender la misma como una necesidad. Por ello, a este diagnóstico de resultados se suman proyectos de acercamiento a la población como el "Programa Nacional Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad. Su propósito es romper las barreras que nos impiden acercarnos a la población y hacer de nuestra Nación un país integro y confiable.

Sigamos sumando resultados. Es una tarea que jamás debe decaer.

ALDO ZAPATA LÓPEZ

PRESIDENTE CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

INDICE

PRESENTACIÓN 2

PALABRAS DEL DIRECTOR 5

ENTREVISTA: UNA VIDA DE SERVICIO EN EL PODER JUDICIAL
MANUEL HUANGAL NAVEDA 7

DECIMAS A MANUEL HUANGAL NAVEDA
MANUEL HUANGAL NAVEDA 10

LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
MANUEL HUANGAL NAVEDA 11

AMPARO, PODER JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. NOTAS ACTUALES SOBRE UN PROCESO TRASCENDENTE
EDWIN FIGUEROA GUTARRA 15

LA CONCEPCIÓN POSTPOSITIVISTA DEL DERECHO DE MIGUEL ÁNGEL RODILLA
MANUEL ATIENZA 35

PROCESSO E VERITÀ NELLA TRANSIZIONE. (X)
MICHELE TARUFFO 51

EL ROL DEL JUEZ EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
DIANA MARIA RAMÍREZ CARVAJAL 61

REFORMA DEL CNM: PECADOS CAPITALES
GUIDO ÁGUILA GRADOS 72

CONCENTRACIÓN DE MEDIOS. IDEAS PARA UNA REGULACIÓN IMPEDITIVA
NELSON RAMÍREZ JIMÉNEZ 73

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DIFUSO Y SU EJERCICIO EN EL MARCO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES
LUIS R. SÁENZ DÁVALOS 99

RESUMEN DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE MAESTRIA EN EDUCACIÓN
MG. MANUEL J. F. BULNES TELLO 111

EL PROCESO DE SELECCIÓN Y ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SUS IMPLICANCIAS EN LA FUNCION DE CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN
SANDRO OMAR AGUILAR GAITÁN 126

LA DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA EN EL CODIGO PENAL PERUANO
EMILIANO SÁNCHEZ BANCES 143

EL PROCESO DE INVESTIGACIÓN AL ADOLESCENTE EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1348
CARMEN ZORAIDA AMEGHINO BAUTISTA 151

LA NECESARIA IMPLEMENTACIÓN DEL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO
GASDALY MARIBEL SALAZAR ALARCÓN 155

PROTECCION A LA VICTIMA DE VIOLENCIA FAMILIAR CONFORME LA LEY N° 30364
MAGALI CÓNDOR VILLALTA 185

¿SON UN TROFEO PARA SUS PADRES? ¿ES UNA AGRESIÓN EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL?
ALVIN PAUL QUIROZ FRÍAS 201

LA VACATIO SENTENTIAE EN LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ROSA MERCEDES REVOLLEDO MASÍAS 212

LA ADMISIÓN DE NUEVA PRUEBA EN LA ETAPA DE JUZGAMIENTO COMO CONSECUENCIA DE UNA DEFENSA INEFICAZ.
STALIN PISFIL CASAS 219

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA SUBJETIVA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA RECIENTE INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO PARTE DE LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA A PROPÓSITO DE LA VIGENCIA DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1272
WILLIAM MIJAHUANCA CAJUSOL 226

BREVE APUNTE DE LOS PROBLEMAS DEL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.
LUIS TEZÉN DE LA CRUZ 250

PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Trayectoria de vida, institucionalidad e involucramiento son términos que definen la experiencia profesional del Dr. Manuel Huangal Naveda, quien como Presidente de Sala y Juez Superior titular del Poder Judicial, cesa este 10 de agosto de 2017 en Chiclayo, en obligatorio retiro de la judicatura por edad límite- 70 años- luego de una cuota de 24 años de servicios en el corpus iuris de nuestro país.

Su calidad personal para dirigir nuestra Sala en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque por muchos años, aunado ello a su desempeño como Presidente de Corte en dos oportunidades, y su voz de experiencia en las reuniones de Sala Plena, una especie de reunión en conjunto de todos los jueces superiores de una circunscripción territorial en nuestro país, me inclinan a tomarme la licencia, como Director de esta revista y compañero suyo del trabajo en la Sala Constitucional, muchos años defendiendo juntos la vigencia efectiva de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, para describir, en este breve mensaje, nuestra satisfacción no solo profesional sino espiritual por su dirección en los avatares del quehacer jurídico local y nacional.

Precisamente la Sala Constitucional de Lambayeque, órgano de tanto significado iusfundamental en su momento en el norte de Perú, fue gestión de creación suya ante el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de nuestro país en el año 2006, y representó un punto de inflexión, incluso de iniciativa continental, para la existencia de jueces constitucionales a dedicación exclusiva en el ámbito nacional.

Es verdad que todos los jueces son por excelencia jueces constitucionales, en la medida que antes que jueces de una especialidad, tenemos el deber moral, a modo de imperativo categórico kantiano, de defender los principios, valores y directrices que alberga nuestra Constitución. Y sin embargo, la tarea del Dr. Huangal Naveda de impulsar una Sala Constitucional con competencia exclusiva para procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento, en segunda instancia, y en su momento, de acción popular, en primera instancia, significó una concreción efectiva del concepto de juez constitucional, desde una visión de competencias específicas en materia iusfundamental, superando así los estándares latinoamericanos sobre la materia.

Y por cierto, hubo de cambiarse en el trabajo diario la perspectiva incluso del análisis de la prueba desde la formación de un proceso constitucional, pues ya no preveía el Código Procesal Constitucional peruano la existencia de etapa probatoria, sino la solo exigencia de verificación directa de la prueba documentaria aportada, en constatación del concepto procesal de teoría del acto reclamado, es decir, de la sola constatación de la legitimidad o ilegitimidad del acto agresor o conducta omisiva denunciados. Ello impulsó una nueva forma de compulsar la prueba desde una perspectiva diferente: la de los derechos fundamentales, y ello es propio de la existencia de una competencia específica en materia constitucional. Así, la Sala Constitucional, impulso del Dr. Huangal Naveda, redefinió el concepto de juez constitucional.

Fueron años de experiencia enriquecedora en la Sala Constitucional, al mando de nuestro Presidente saliente, entre activismo judicial y self restraint, es decir, entre una defensa entusiasta de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al modo de una Corte Warren como aquella Corte emblemática de EE.UU. entre los años 1953 y 1969, y la necesaria auto contención, auto limitación o auto restricción en el espacio de respeto por las competencias de los otros Poderes

del Estado. Esa casi eterna bipolaridad no fue sino una búsqueda de acoplamiento continuo en posiciones divididas, siendo el baremo central la defensa de los derechos fundamentales desde los estándares de la Norma Normarum.

Y en ese escenario, resulta fundamental la figura del Presidente de Sala, pues en rigor es quien conduce los destinos de un equipo de jueces para la defensa de los derechos fundamentales, enfrentando la otra orilla, es decir, la de anomia en la tutela de los derechos reconocidos por la Lex Legis. Nuestro Presidente saliente fue un claro ejemplo de la conducta activista por el reconocimiento de estándares de defensa de los derechos de orden iusfundamental, dentro de un marco de razonabilidad que imponía la propia esencia material del ordenamiento constitucional siempre en la búsqueda de ese Zeitgeist iusfundamental o espíritu del pueblo que supone identificar nuestras decisiones desde la tutela reconocida por la doctrina y jurisprudencia constitucionales.

Los debates de causas con el Dr. Huangal Naveda nos traían un tanto, es importante decirlo, a esas reflexiones que describe Gustavo Zagrebelsky, ex Presidente de la Corte Constitucional italiana, en su obra "Principios y votos", al referirse a las tareas del juez constitucional en la sala de deliberaciones, como sitio de encendidas deliberaciones e incluso de enfrentamientos de posiciones en el buen sentido del término, al referirse a definir mediante votación los casos, viéndonos las caras como personas vivas y no como entidades inertes, del modo, este último, en que Montesquieu nos describía a los jueces en su famosa obra "El espíritu de las leyes" en el año 1748, en objetiva referencia a que el juez solo era la boca de la ley y que el Poder Judicial era un poder nulo pues solo podía optar por la aplicación de la ley, de un modo matemático y cerrado como proponían los doctrinarios franceses del siglo XVIII.

Los debates a que aludimos eran así reminiscencias de esas otras ideas del maestro italiano ya referido, pues los derechos fundamentales no podían ser sometidos a voto, no dependiendo ellos mismos del resultado de ninguna votación. Así quedaba clara la regla de que la Constitución es aquello sobre lo que no se vota, pues ya ha sido votado de una vez por todas, en su origen, al darse la propia Constitución. Esas discusiones en materia constitucional nos informaban de la importancia de las reglas escritas, pero por sobre ellas los principios que debían prevalecer.

Es verdad, como dice Ortega y Gasset, que el hombre es su ser y su circunstancia. El Dr. Huangal Naveda, Presidente de Sala entonces, encarna esta aseveración filosófica para dejar una alta valla en la conducción de los debates iusfundamentales, aunando ello a la dirección estratégica hasta en dos oportunidades de los destinos de nuestra Corte Superior de Justicia. Así quedan para él nuestras palabras de agradecimiento por ser un líder en su verdadera dimensión material.

De esa forma, estas palabras no son sino un mensaje de agradecimiento en nombre de las generaciones actuales y venideras de jueces, a partir de una trayectoria profesional intachable, en la cual la decencia, la experiencia y la capacidad de dirección de nuestro buen amigo Manuel Huangal Naveda, constituyen muestras de ejemplo que ayudan a la siempre encomiable labor de reforzar en positivo la imagen del juez

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra

Director

ENTREVISTA: UNA VIDA DE SERVICIO EN EL PODER JUDICIAL

1.- ¿Cuál es el balance de su función como juez que Ud. hace al término de sus labores en el Poder Judicial del Perú?

Primero debo decirle que vengo trabajando más de 24 años en esta importante Corte Superior. Me he desempeñado como Juez Especializado Penal y Juez Superior en distintas Salas Superiores Penales de Chiclayo, en la Sala Mixta de Jaén, y en la Salas de Derecho Constitucional y de Derecho Laboral Público. También fui elegido Presidente de Corte Superior en dos oportunidades.

Si Ud. me pide un balance le digo que en todas las áreas en que me he desempeñado, mi labor ha sido con honestidad y capacidad. La comunidad chiclayana tendrá una opinión sobre la tarea realizada. Por mi parte, recuerdo que en los referéndums realizados por el Colegio de Abogados de Lambayeque en estas últimas décadas se me calificó positivamente, incluso en dos de ellos ocupé el primer y segundo puesto en la evaluación del ente gremial sobre idoneidad profesional y honestidad.

Esas funciones jurisdiccionales siempre las he asumido en el entendimiento de que la administración de justicia constituye un servicio que el Estado brinda a los ciudadanos. Esta concepción democrática reconoce que los derechos e intereses de los individuos prevalecen a los del Estado, el cual ha sido construido precisamente

para satisfacerlos.

Por ello, siempre he tratado con cortesía y respeto a los abogados y litigantes cuando buscaban información y respuestas oportunas a sus reclamos. He luchado contra el retardo en resolver las causas, generado muchas veces por la exagerada carga procesal. En Sala Plena he expresado mi cuestionamiento a la recurrente práctica de las nulidades procesales para eludir un pronunciamiento de fondo, afectando la celeridad de procesos judiciales; sé bien que las nulidades son de ineludibles aplicación en casos específicos para no afectar el debido proceso; sin embargo, muchos magistrados en el Perú, por comodidad o sustraerse de un caso controversial, generan el reenvío de expedientes a instancias inferiores alegando "causales" inventadas o rebuscadas, propiciando insatisfacción ciudadana y contribuyendo a la deslegitimación del servicio de justicia. En estudios realizados sobre la administración de justicia en nuestro país, se ha determinado la afectación y el desprestigio que ocasiona ese incorrecto proceder.

2.- Cuéntenos Ud., ¿Cuáles han sido sus experiencias más satisfactorias en la institución?

Una de las experiencias más gratas ha sido cuando luego de sendos procesos democráticos resulté elegido Presidente de la Corte

Superior de Justicia de Lambayeque por el período 2001-2002 y, luego, por el período 2005-2006. Lo considero satisfactorio porque fueron dos oportunidades las otorgadas por mis compañeros para asumir tan alta representación. Estimo, a mi juicio, haber respondido a la confianza concedida, con el inicio de acciones administrativas en beneficio de la administración de justicia en nuestro Distrito Judicial; ejemplo de ello, la edificación de la actual sede de la avenida José Leonardo Ortiz, gestionar y poner en funcionamiento el Consejo Ejecutivo Distrital, adoptar medidas de mejoras del Despacho Judicial, con participación de los trabajadores, entre otras.

Asimismo, otra experiencia satisfactoria es haber aprobado la evaluación de conocimientos, curricular y entrevista personal en la Convocatoria del Consejo Nacional de la Magistratura del año 2010, para cubrir la plaza de Vocal Supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República, quedando como Candidato en Reserva. Esa reserva tuvo la duración de un año y, si bien no logré la condición de titular, constituyó una experiencia valiosa en mi vida profesional en el Poder Judicial. Contingencias personales no me permitieron intentar una nueva postulación.

Otra importante agradable satisfacción fue cuando, luego de una rigurosa selección, se me designó integrante de la Corte Superior de Justicia Especializada en los Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas creada en julio de 1996, (Corte Antidrogas) presidida por la doctora Inés Villa Bonilla. Se trataba de una Sala Especializada con competencia nacional para el juzgamiento del mencionado delito. Cuando se inauguró la Sala en Chiclayo, (había otras en Cuzco, Pucallpa) asistimos todos los Vocales seleccionados a nivel nacional, pero de manera extraña ninguna otra Autoridad del Poder Judicial ni del Ministerio Públicos asistió al acto. Posteriormente nos enteramos que el poder político no deseaba una justicia descentralizada, sino que todos los casos de drogas sean vistos en Lima; luego vino el cambio de la doctora Villa Bonilla por el magistrado Rodríguez Medrano; algunos de los designados nos negamos continuar participando en esa nueva Sala Penal Provisional.

Tengo en la memoria el significativo reconocimiento que realizó la Dra. Ana Salés del Castillo, cuando conjuntamente con los doctores Rodas Ramírez y Figueroa Gutarra, fuimos reconocidos públicamente en el Día del Juez del año 2016, por haber logrado la mayor producción jurisdiccional a nivel de Salas Superiores. Destaco esa decisión de la señora Presidenta por cuanto consideró esa elevada producción un reflejo de la vocación de servicio, mística de trabajo e identidad institucional.

3.- Desde su punto de vista ¿Cuáles retos cree Ud. enfrenta y debe seguir enfrentando el Poder Judicial?

El sistema de justicia en general se encuentra deslegitimado. Las instituciones que lo conforman padecen de escaso reconocimiento ciudadano, como sucede con el Consejo Nacional de la Magistratura, los Fiscales, Policías, Abogados, etc. Entre nosotros subsiste el retardo en resolver los procesos, persiste la corrupción, los modernos procesos penales y laborales vigentes no logran aún la eficacia y eficiencia que como objetivo propusieron sus creadores, etc. El reto de mejorar el sistema de justicia y revertir la desconfianza ciudadana se encuentra como tarea pendiente.

Conozco los esfuerzos desplegados por los jueces de nuestro Distrito Judicial; muchos de ellos son jóvenes honestos y capaces, pero falta aún obtener resultados satisfactorios en todas las áreas para que los justiciables se sientan colmados en sus aspiraciones de justicia.

Es conocido por todos nosotros que la ciudadanía tiene una percepción adversa del sistema de justicia en general. Frente a ello, el Presidente del Poder Judicial, Duberli Rodríguez Tineo, ha emprendido la importante tarea de mejorar de mejorar el servicio de justicia, uno de sus medidas es la implementación del expediente electrónico y otras políticas destinadas a ese objetivo.

4.- En su opinión, ¿Cuál es el perfil del juez hoy en día?, ¿Cuáles deben ser sus principales fortalezas?

La teoría en la actualidad resalta tres modelos de juez en base a la mitología: el Juez Júpiter, el que observa escrupulosamente la ley para decidir; el juez Hércules, el que relieva la actuación jurisdiccional, es la decisión y no la ley la que crea la autoridad; y el juez Hermes, el más activo, el mensajero de los dioses, el mediador universal. Se considera a este modelo el más completo para nuestro tiempo, donde el progreso científico de la humanidad ha generado otros riesgos, como Chernobyl, manipulación genética, etc., lo cual exige una amplia conciencia ética.

En realidad, las virtudes que identifica a un buen magistrado esencialmente conciernen a la imparcialidad, probidad y lealtad. Además de otras virtudes como la veracidad y el decoro.

El juez de nuestro tiempo debe ser enérgico para imponer la ley y la justicia, pero también debe ser una persona ponderada, generosa y equitativa al momento de tomar sus decisiones. Debe encontrarse dotado de un bagaje cultural medio, que aunado a su formación jurídica contribuirá a decidir casos complejos.

Tener firmeza y fortaleza cuando emite sus pronunciamientos.

En resumen, debe ser una persona proba, honesta y capaz.

5.- ¿Cuál es su mensaje para las generaciones de jueces jóvenes que se incorporan al Poder Judicial del Perú?

Todo juez debe manejar de manera correcta la aplicación del Derecho y se encuentra en la obligación de comunicar de manera clara sus pronunciamientos a los litigantes; hacerles saber, con una argumentación bien desarrollada, los criterios que sirvieron de base para estimar o rechazar las pretensiones propuestas. La capacitación en general resulta vital y debe ser permanente. Cualesquiera que sea la materia (civil, penal, laboral, contencioso administrativo, familia), los jueces jóvenes y los que ya no lo son, indefectiblemente deben dominar su especialidad y sustentar de manera coherente y comprensible sus decisiones, sin olvidar que su tarea no es exclusivamente de aplicar la ley y el derecho, sino también los valores sociales de un pueblo.

Todo Juez debe conocer el Derecho Constitucional y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Pero no solo debe saber Derecho, pues si se tratase de un juez penal debe nutrirse del conocimiento de la filosofía, por las conexiones existentes con el Derecho Penal. No se le pide convertirse en filósofo, sino internalizar, con buenas lecturas, conocimientos básicos.

Los jueces debe fortalecer su cultura general: saber algo de literatura, (acaso algunos clásicos: Víctor Hugo, Stendhal, Baudelaire, Vargas Llosa, García Márquez); historia (tal vez, Basadre, Flores Galindo, Alfonso Quiroz); estar informados de los progresos de la ciencia (del big bang, de los organismos modificados genéticamente, evolución), entre otros temas.

DECIMAS A MANUEL HUANGAL NAVEDA

Don Manuel Huangal Naveda

Un magistrado ejemplar

Sabiduría sin par

La virgen siempre os conceda

Juez probo y honesto
de esta Corte Superior
por sus logros y aciertos
por ser Maestro y Guía
el Poder Judicial con honor
le rinde Homenaje este día.
Reciba esta composición
de una humilde aeda
con gratitud, admiración.
Don Manuel Huangal Naveda.

Inspirado en el Supremo
prudencia como baremo
invocando a Salomón
con las armas de la ley
deba justa solución
a los pleitos de su grey.
Buen criterio al razonar
sumados a su experiencia
forjaron en su coincidencia
sabiduría sin par.

Usted conformó Colegiado
en la Ilustre Sala Penal
Constitucional y Laboral
dejando en ellas legado.
Sus ideales de justicia
no cedieron a la estulticia
buen padre, gran amigo
de corazón se lo digo:
todos han de recordar
un Magistrado ejemplar.

Su labor como Presidente
dejó un gran precedente
combatir la corrupción
y fortalecer el sistema
fueron sus dos grandes lemas
que impulsó con decisión.
Por esta noble labor
su nombre grabado queda
salud, sosiego y amor
La Virgen siempre os conceda.

Autora: Matilde Mesones Montaño.

LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Manuel Huangal Naveda

"Bajo el Ancien Régime, para obtener confesiones, los jueces torturaban. Hoy no torturan más…disponen de la prisión preventiva". P.Lambert.*

El jurista español José María Asencio Mellado expresa que: "Hablar de derechos fundamentales en el proceso penal no es tarea fácil en un mundo que camina en una dirección no excesivamente proclive a su respeto. Hacerlo de la libertad en un sociedad que clama por seguridad, alimentada por discursos populistas recuperados de los peores tiempos del autoritarismo, supone adoptar una postura que no siempre va a ser comprendida, que va encontrar resistencias poderosas, que va a chocar con los intereses de los que juegan con los sentimientos más primitivos del ser humano para conseguir sus objetivos más inmediatos. Frente a los principios que las sociedades de mediados del siglo XX lograron imponer sobre la base de los valores decimonónicos y revolucionarios inspirados en la gran transformación surgida de la Francia de finales del siglo XVIII, hoy se levanta una nueva concepción de las relaciones entre el Estado y la persona que sujeta a esta última a aquel, que no ponen en el centro de la ley al individuo".

Precisa el autor, que: "El proceso es un instrumentos con fines variados, pero siempre ha de ser respetuoso de la persona, con sus derechos fundamentales, especialmente el de presunción de inocencia, que solo cede una vez dictada sentencia condenatoria, no antes, siendo la privación de libertad cautelar una excepción que, como tal, ha de adoptarse en situaciones igualmente restrictivas. Solo por razones expresamente establecidas y reguladas y auténticamente cautelares, puede ceder la libertad durante el curso del proceso penal. Toda vulneración de esta regla debe ser reputada inconstitucional y contraria a los elementos sustanciales en los que se basa un proceso penal acusatorio, contradictorio y adecuado a los principios de un Estado de Derecho"1

La idea de la presunción de inocencia, enseña Javier Llobet Rodríguez, se plasma en la Declaración Francesa de los Derechos Humanos en 17892, siendo en el siglo XIX donde arrecia la polémica entre aquella presunción y la prisión preventiva. La perspectiva del positivismo criminológico, liderada por Rafael Garófalo y Enrico ferri, consideraba absurda la presunción de inocencia por cuanto limitaba la protección que debería tener la sociedad frente a la delincuencia, mientras otro sector, guiado por Francesco Carrara, cuestionaba la prisión preventiva, argumentando a favor de la presunción de inocencia. Posteriormente el fascismo y el nacional-socialismo reiteraron la crítica a la presunción de inocencia y que la misma no debía establecer límites a la prisión preventiva3.

Actualmente diferentes autores advierten del carácter intrínsecamente problemático de la prisión preventiva. Así, Perfecto Andrés Ibáñez califica a la prisión preventiva de "verdadero problema" por antonomasia del proceso penal; de "amarga necesidad" es la calificación del profesor argentino Daniel Pastor, y, de "instrumento perverso del Estado" la identifica Juárez Tavares, conforme lo consigna Miranda Estrampes, quien considera que el abuso de la

---

1* Tomada de Rolando E Gialdino, profesor de Derecho Constitucional de Universidad católica de Argentina. José María Asencio Mellado en: Prisión Preventiva y Medidas Alternativas, de Gonzalo del Río Labarthe; Instituto Pacífico; 2016.

2 Declaración Francesa de Derechos Humanos de 1789, artículo 9 "Todo hombre se presume inocente mientras no haya sido declarado culpable, por ello, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no fuese necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley"

3 Llobet Rodríguez, Javier: La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia de la CIDH; Pág. 17 y 18, en Prisión Preventiva, José Castillo Alva, Coordinador; Instituto Pacífico; 2015.

prisión preventiva es un ejemplo de lo que denomina la "guantamización de los sistemas de justicia penal, fenómeno caracterizado por una sustancial y significativa rebaja del estándar de garantías […] donde el imputado vuelve a ser tratado como un mero objeto del proceso"4 Mientras que Luigi Ferrajoli desde una posición más extrema considera a la prisión preventiva de ilegítima al reducir la presunción de inocencia a puro oropel, "demostrando que no solo el abuso, sino ya antes el uso de este instituto es radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar (…) el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales"5

"Hoy en día en los círculos políticos y en la prensa latinoamericana han revivido muchas de las expresiones del positivismo criminológico en contra de la presunción de inocencia, abogando por el uso extensivo de la prisión preventiva, de modo que frente a casos que reciben una gran cobertura mediática, se ejerce una gran presión a los jueces, para que ordenen la prisión preventiva, presión que no ha dejado de ser ejercida por el mismo Poder Judicial a través de la amenaza del inicio de procedimientos disciplinarios cuando no se dicta la prisión preventiva. (…) Resulta así que frente al grave problema de la criminalidad existente en Latinoamérica y los niveles elevados de miedo al crimen, se ha tratado de tranquilizar a la comunidad a través del dictado de prisión preventiva, dando la sensación de la obtención de una mayor seguridad ciudadana."6

El autor peruano Del Río Labarthe, en coincidencia con juristas que cita, considera que en la regulación de la prisión preventiva, adquiere una especial importancia el derecho subjetivo a la presunción de inocencia del imputado, como regla del tratamiento en el proceso penal, en la medida que comporta la prohibición, de que pueda ser utilizada como castigo. La contradicción material, consistente en privar de libertad a un imputado antes de que se le condene, solo puede salvarse mediante su consideración como una medida cautelar, y no como una pena. La persecución de fines vinculados al aseguramiento del desarrollo y resultado del proceso penal, se encuentra estrechamente vinculada a una privación cautelar de libertad, dotada necesariamente, de las características de instrumentalidad y provisionalidad; y a su consideración como una medida excepcional y subsidiaria. "Si se admite que la prisión preventiva pretende fines distintos de los de índole procesal, y que se asientan en razones de derecho penal sustantivo, u otros que versan sobre el fondo del hecho investigado, se pervierte su finalidad y naturaleza (Macía Gómez). Su utilización para satisfacer demandas sociales de seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, anticipar fines de la pena, o impulsar el desarrollo de la instrucción, carece de justificación en un Estado democrático de derecho, así como, cualquier función que se aleje de una noción estrictamente procesal-cautelar, es ilegítima."7

La prisión preventiva en nuestro país

Nuestro Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) ha establecido los presupuestos y aspectos concernientes a la medida cautelar de prisión preventiva que el juez penal puede dictar contra un procesado que se encuentra en libertad. Esta facultad concedida a los jueces se convierte en un tema sumamente delicado por constituir también la presunción de inocencia un principio reconocido en el mencionado Código y en la Constitución del Estado8.

---

4 Miranda Estrampes, Manuel: Usos y abusos de la prisión preventiva; Pág. 166 y 176, publicada en Actualidad Penal N° 36, junio 2017; Instituto Pacífico, Perú.
5 Ferrajoli, Luigi: Derecho y razón, Pág. 555; Editorial Trotta S.A.; España; 2001.
6 Llobet Rodríguez, Javier: Ob. Cit. Pág. 20 y 21.
7 Del Río Labarthe, Gonzalo: Ob. Cit. Pág. 147.
8 Art. II.1 del C.P.P. y Art. 2, Inc. 24.e) Constitución.

La prisión preventiva afecta la libertad ambulatoria de una persona que se encuentra aún procesada, al disponer el juez su reclusión en un centro penitenciario. Este tipo de prisión "es la modalidad más radical de intervención del Estado, puesto que incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo mismo del sistema de libertades, sobre el presupuesto de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica. Pues, del principio hasta el final, la prisión preventiva es siempre y ya definitivamente una pena, aunque sea provisional, preventiva, o como se pretenda llamar. Constituye un "encierro" al fin y al cabo"9

La Primera Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, con fecha 30 de junio del 2015, ha emitido la didáctica Casación N° 626-2013-Moquegua, donde expone doctrina jurisprudencial vinculante en lo atinente a motivación y a los elementos que deben analizarse para aplicar la prisión preventiva. Resaltamos este pronunciamiento en cuanto estima la importancia de la libertad como Derecho Fundamental dentro del Estado de Derecho, y constriñe o restringe la medida cautelar únicamente para asegurar los fines del proceso penal; y explícitamente recuerda que: "La aplicación de esta medida es excepcional, en atención a preferencia por la libertad del sistema democrático, por ende su adopción se hará solo en casos necesarios y que se cumplan los requisitos de ley, en especial el peligro procesal. Pues de otra forma se lesiona no solo la libertad, sino la presunción de inocencia, pues se encarcela como si fuera culpable a quien se le debe presumir inocente" (fundamento décimo segundo).

El Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos ha señalado aspectos esenciales concernientes a la prisión preventiva; así tenemos la STC 0791- 2002 – HC/TC, ocasión en la que expresa, que: "En la medida en que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial depende que existan motivos razonables y proporcionales que lo justifiquen. Por ello, no solo puede justificarse en la prognosis de pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad"(Fundamento 6).

En un sentido similar, la STC 1260 – 2002/TC – HC, al referirse a la prisión preventiva, señala: "A juicio de este Colegiado, la satisfacción de tal exigencia es consustancial con la eficacia del derecho a la presunción de inocencia y con el carácter de medida cautelar, y no con la de una sanción punitiva que tiene la prisión preventiva. Por ello, habiéndose justificado la detención judicial preventiva únicamente con el argumento de que existirían elementos de prueba que incriminan a los recurrentes y que la pena aplicable, de ser el caso, sería superior a los cuatro años, el Tribunal Constitucional considera que la emplazada ha violado el derecho a la presunción de inocencia y, relacionalmente, la libertad individual de los recurrentes"(Fundamento 4); agregando: "Si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, esta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general" (fundamento 7)

9 Reátegui Sánchez, James: La prisión preventiva como medida coercitiva dentro del proceso penal; Pág. 199 en Prisión Preventiva, Coordinador José Luis castillo Alva: Instituto Pacífico; 2015.

La prisión preventiva y el Derecho Internacional de Derechos Humanos

En nuestro sistema jurídico coexisten la presunción de inocencia y la prisión preventiva, las cuales se han fortalecido al ser contempladas también en instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Este Pacto en su Art. 9.3, establece que: "(…) La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, (…)". Similares normas aparecen en la Convención Europea de Derechos Humanos, Art.5.3, que hace factible la afectación de la libertad sometida al cumplimiento de determinadas exigencias, igualmente lo norma el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Art. 58.1, entre otros instrumentos internacionales.

Rolando Gialdino, manifiesta que si bien la Convención Americana no reitera las expresiones del mencionado Pacto, ello no impide asentar una conclusión de igual tenor de conformidad con los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando en el Informe 12/96, señala que la prisión preventiva constituye una medida "necesariamente excepcional" y que "la libertad del procesado debe ser la regla", añadiendo que "las excepciones deben estar expresamente contenidas en la ley de manera razonable".

También refiere el jurista argentino que la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretando el Art. 8.210, sostuvo que de esta norma deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites "estrictamente necesarios" para asegurar que no impedirá el desarrollo de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, puesto que la prisión preventiva "es una medida cautelar no punitiva". Remarcando que la mencionada Comisión Interamericana en sus Informes 12/96 y 2/97 refiere que la prisión preventiva irrazonable "invierte" el sentido de la presunción de inocencia, tornándola cada vez "más vacía" y convirtiéndola finalmente en una "burla". El detenido en tales condiciones, sufre el castigo severo que la ley reserva a los que han sido efectivamente condenados, lo cual implica una "grave separación de los principios de la libertad individual y de la presunción de inocencia"11

La normativa citada viene siendo aplicada como sustento de los pronunciamientos tanto de las Salas Penales Corte Suprema de Justicia de la República como del Tribunal Constitucional, haciendo prevalecer la naturaleza excepcional de la medida de prisión preventiva. Apreciándose de las resoluciones que también se asumen los correctos pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión sobre la situación personal y familiar del detenido y el Derecho de defensa del detenido, entre otros aspectos.

Considero que todo magistrado se encuentra obligado a sustentar debidamente sus pronunciamientos, aplicando no solo la normativa interna y las interpretaciones efectuadas por las más altas instancias jurisdiccionales del país; debiendo también realizar el control de convencionalidad, entendida esta como la obligación de aplicar en sus fallos los instrumentos internacionales, como la Convención Americana y las interpretaciones que realice la Corte y la Comisión Interamericana.

---

10 Art. 8.2 "Toda persona inculpada del delito tiene derecho a se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

11 Gialdino, Rolando: La Prisión Preventiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lecturas en Diploma de Especialización en Teoría de la Argumentación Jurídica e Interpretación de los Derechos Fundamentales, organizado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Constitucionales; 2009.

AMPARO, PODER JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. NOTAS ACTUALES SOBRE UN PROCESO TRASCENDENTE

Edwin Figueroa Gutarra[1]

Contenido

Introducción. 1. Proceso de amparo y resoluciones judiciales. 2. ¿Amparo directo como herramienta procedimental? 3. Poder Judicial ¿instancia de cierre en los procesos de la libertad?. 4. La determinación del *estado de cosas inconstitucional*. Empoderamiento de los jueces. 5. Medidas cautelares y amparo. 6. Amparo y ¿ precedentes vinculantes tuitivos? 7. Por una política de puentes entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional. Ideas a modo de conclusión.

Introducción

Los procesos de tutela de derechos fundamentales parten de una premisa sustantiva: la necesidad de rescatar, reivindicar y efectivizar la vigencia efectiva de aquellos derechos tutelados por nuestra Carta Fundamental. Esta labor, sin embargo, no es sencilla, y por el contrario, deviene compleja, a veces discutible y hasta incomprendida, pues los niveles de protección de los derechos tutelados revelan algunas incongruencias y surge, de ese modo, la natural necesidad de consolidar mejor un esquema que responda con suficiencia al requerimiento propio de dilucidación de las controversias que atañen a los principios, valores y directrices que resguardan los derechos fundamentales.

Nos referimos, en ese orden de ideas, a los temas de competencias de los procesos constitucionales y en específico, dada su magnitud, a las diversas facetas del proceso de amparo, el cual pretende precisamente dejar sin efecto, muchas veces, decisiones que inclusive ostentan la calidad de cosa juzgada de que está revestida una decisión judicial.

En principio, la *afectación natural* implica una trasgresión manifiesta a un derecho fundamental y es competente el juez del amparo, en propiedad, un juez constitucional, que en el caso de la experiencia nacional, tiene asignado un rol específico. Por *afectación natural* entendemos una vulneración que parte de un acto lesivo *in genere* respecto a un derecho fundamental.

Sin embargo, podemos argüir las condiciones de una *afectación calificada* si nos atenemos a que el acto lesivo de un derecho fundamental, pudiera provenir precisamente de un órgano inicialmente responsable de la tutela de los derechos protegidos por la Norma de Normas.

---

1 Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Sala Constitucional Lambayeque. Profesor Asociado Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo, Becario del la Agencia Española de Cooperación Internacional por su participación en los cursos Procesos de tutela de derechos fundamentales, Montevideo, Uruguay, 2011; La garantía internacional de los derechos humanos y su impacto en el Derecho Constitucional de los Estados. Montevideo, Uruguay, 2010; y La Constitucionalidad de las Leyes, Cádiz, España, 2009. Becario del curso de DD.HH. en la Washington College of Law de la American University, Washington D.C., EE.UU., 2009. estudiofg@yahoo.com

Este tipo de afectación alberga en su esencia una manifiesta contradicción y es susceptible de ser definida como un *oxymoron*, es decir, una figura esencialmente contradictoria, en tanto no reviste cuando menos una lógica material que quien tenga asignada la responsabilidad de cumplir un derecho determinado, sea precisamente el trasgresor de ese derecho. Y sin embargo, un amparo contra resolución judicial es objetivamente un alegato de pedido de justicia constitucional ante la vulneración de derechos por parte de la justicia ordinaria.

En esa lógica de análisis, pretendemos recoger algunas manifestaciones procedimentales del amparo en general, y del amparo contra resoluciones judiciales, en particular, que a su vez demandan necesidades de ajuste, enmienda y fortalecimiento. Nuestra experiencia de algunos años en la judicatura de los derechos fundamentales nos inducen a analizar diversas figuras generadas respecto a la evolución de este tipo de proceso, así como a sugerir, en caso del amparo calificado contra una decisión judicial, que la idea de que la competencia de conocimiento del amparo contra resoluciones judiciales, pueda merecer algunos reajustes, y sea en rigor el Tribunal Constitucional quien conozca directamente, conforme prevé el modelo español, las demandas de amparo contra resoluciones judiciales que expida la Corte Suprema. De esa forma, expresamos nuestra discrepancia con el modelo vigente peruano, en el cual un juez especializado, quien hace las veces de juez constitucional, conoce este tipo de demandas, incluso contra la Corte Suprema, integrada por jueces de la justicia ordinaria.

Adelantamos una reflexión: es un tema de niveles razonables de competencias lo que expresamos y nos persuadimos de que un alto Tribunal deba ser corregido a su vez por un alto Tribunal, produciéndose el asunto de función correctora en el nivel más calificado de revisión.

Esto no implica que los jueces constitucionales de grado inferior reduzcan sus competencias ni que se esfume el principio de pluralidad de instancias si hay un solo pronunciamiento del fallo de un amparo contra resolución judicial. Nótese que aludimos solo a sentencias emitidas por la Corte Suprema, no a decisiones de órganos jurisdiccionales de menor nivel, casos en los cuales sí debe conservarse la función de revisión bajo patrones procedimentales convencionales, respecto de los cuales hay un ejercicio formal del recurso de apelación en tanto función saneadora y nomofiláctica del proceso.

Extendemos nuestro análisis a otras facetas de los procesos de amparo, fundamentalmente temas de actualidad, poniendo énfasis en la dimensión procesal del amparo y en los diversos criterios procedimentales generados a propósito de esta garantía constitucional, para concluir en una premisa relevante: el diálogo a nivel de Cortes de la más alta representatividad, es una exigencia necesaria, y como tal demanda tender puentes entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial.

1. Proceso de amparo y resoluciones judiciales.

El proceso de amparo ha sido diseñado en los ordenamientos constitucionales como un mecanismo de naturaleza residual, extraordinaria y sumaria. Revisa, desde la perspectiva de la justicia constitucional, diversos tipos de afectaciones mas entre ellas, una llama de modo

especial nuestra atención, pues el amparo contra resolución judicial precisamente busca romper un principio natural y consustancial respecto a una decisión firme: la cosa juzgada.

La cosa juzgada denota condiciones especiales de eficacia. No existe medio impugnatorio regular contra la misma ni puede volver a examinarse lo decidido en rango final en un proceso. Estos supuestos son válidos en el ámbito de la denominada justicia ordinaria, la cual se circunscribe a los canales de discusión que representan los órganos jurisdiccionales en sus diversas instancias.

Sin embargo, el modelo procesal en nuestro país ha abordado, con singular perspectiva, la cuestión de que una decisión judicial firme sea susceptible de impugnación ante la justicia constitucional, y es aquí donde se produce un fenómeno singular de competencias, pues el primer mecanismo de examen de un amparo contra resolución judicial es el juez constitucional de primera instancia, el cual está representado por un juez civil, quien en adición a sus funciones regulares de la propia especialidad civil, tiene competencia constitucional.

Notemos en esto último algo relevante: ese juez civil, por excelencia un juez de la justicia ordinaria, al conocer un proceso de amparo, se convierte en un juez constitucional y por lo tanto, está en la capacidad de conocer una decisión en última instancia, como lo es un fallo de la Corte Suprema, esto es, una expresión de la justicia ordinaria.

Aquí notamos una primera incongruencia. Ese juez civil es un juez ordinario pero si revisa un fallo de la Corte Suprema, goza de la capacidad correctiva necesaria, y por lo tanto, está premunido de atribuciones constitucionales. Y no obstante ello, no deja de ser un juez que para otros tipos de causas sometidas a su conocimiento, sigue siendo un juez ordinario. Por lo tanto, existe una naturaleza bifronte de ese juez pues es ordinario y constitucional, según los temas que conozca en el ejercicio regular de sus funciones.

Podemos recurrir al argumento de que todos los jueces son constitucionales y que al conocer cualquier causa, antes son jueces constitucionales y luego jueces de la jurisdicción que les reconoce competencias.

Sin embargo, este último razonamiento es incompleto y adolece de rigurosidad. Es cierto que todos los jueces *prima facie* son constitucionales desde la perspectiva de defender el Estado de derecho y los derechos fundamentales por sobre otras leyes y disciplinas, pero diferenciemos el concepto de competencias específicas bajo el aserto de que aún cuando todos los jueces tienen jurisdicción, no todos gozan de competencia. Esta última es una habilitación especial según la materia que el juez ha de conocer.

La experiencia del modelo peruano ha querido afianzar una importante consolidación de las competencias en la medida de la específica categoría de jueces constitucionales con capacidad de resolver controversias en materia de tutela de jurisdicción de la libertad. Así, el juez constitucional en Perú conoce, a dedicación exclusiva, las materias de amparo, habeas data y cumplimiento. A su vez, la Sala Superior conoce, en vía de apelación, estas mismas materias.[2] Finalmente, tiene competencia, en última instancia, el Tribunal Constitucional para

2 El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de Perú varió este esquema en diciembre de 2014, esperamos en

dilucidar en forma final este tipo de controversias. Por tanto, el esquema del Código Procesal Constitucional peruano va más allá de la noción de una simple calidad de juez constitucional[3] para conferir una competencia específica desde la Constitución, en rigor, una competencia especializada que incluso establece la prevalencia de las sentencias constitucionales sobre las de la justicia ordinaria.[4]

De otro lado, la exigencia de jueces constitucionales a dedicación exclusiva se justifica en la especial situación de una perspectiva de juridicidad y moralidad de los derechos fundamentales.

Observemos que la visión de juridicidad queda denotada, con mayor prevalencia y aunque esto no es una regla exclusiva, en los ámbitos de la justicia ordinaria. El juez penal tendrá necesidad, por ejemplo, de resolver una controversia relativa a un mandato de detención justificado, desde la perspectiva propia del Derecho Procesal Penal y de los instrumentos sustantivos y adjetivos que al efecto sean concurrentes. Nos referimos aquí a un ámbito de *derechos con justificación legal*, noción que nos es útil para construir una cuestión de juridicidad.

En el ámbito de la justicia constitucional, concurren, en adición a la cuestión de juridicidad, *derechos con justificación moral*, es decir, se comienza a trabajar la compleja tesis de principios, valores y directrices, y en especial nos referimos a una perspectiva de moralidad, aspecto que requiere una visión más humanista de los derechos fundamentales y que demanda un especial sentimiento constitucional[5] para determinar las conductas que representen excesos de los poderes públicos, y por extensión, de agresiones en la eficacia *inter privatos* de los derechos afectados, que requieran a su vez la reparación de las vulneraciones manifiestas, ostensibles y graves a los derechos tutelados por nuestra *Norma Normarum*.

Lo afirmado *supra* nos permite entrar con mayores argumentos al espacio de una segunda incongruencia. Es necesario construir un sistema acorde con las exigencias sustantivas y procedimentales de una justicia constitucional eficaz, material y tangible, y no semántica,[6] es decir, cuando queda privada de su esencia y solo es nominal. Por ello, es importante reafirmar la exigencia de jueces constitucionales a dedicación exclusiva y no simplemente delegar en los jueces civiles del ordenamiento que, en adición a sus funciones, también conozcan procesos constitucionales.

Podremos ciertamente advertir la suficiencia de un juez civil para conocer la materia constitucional. En verdad ésta es, también, una alternativa que goza de razonabilidad, y sin embargo, observemos que el Derecho en conjunto tiende hacia la especialización: se apunta en Perú a la existencia de jueces de tránsito, los jueces de flagrancia son ya una expresión

---

forma temporal, al desactivar algunos órganos constitucionales, para atender carga procesal en otras materias. Por ejemplo, el juzgado constitucional de Ayacucho conocía proceso de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento. La Sala Constitucional de Lambayeque, a su vez, estas mismas materias.

3 Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 249-268.

4 Código Procesal Constitucional. Artículo 22. Actuación de Sentencias
La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.(...)

5 LUCAS VERDU, Pablo. El sentimiento constitucional. Edit. Reus. Madrid., 1985. p. XIV

6 LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, Ariel. Barcelona, 1976. p. 213-214

tangible, los jueces con subespecialidad comercial igualmente destacan por su versación en esta materia, y ya los jueces con especialidad tributaria son una realidad. Entonces, con mayor razón debe existir una especialidad constitucional que permita la calificación especial que involucra atender controversias que atañan a derechos fundamentales.

La herramienta procesal la prevé ya el Código Procesal Constitucional.[7] Constituye, por tanto, tarea de la Administración su impulso efectivo a través de los órganos de gobierno del Poder Judicial, y no, por cierto, la desactivación de órganos constitucionales, plasmación que constituye, antes, una incidencia en contrario, y es propio, de una tendencia a la regresividad en el desarrollo de los derechos fundamentales del Estado constitucional.

Esta afirmación nos permite inferir una tercera incongruencia que aborda, en modo principal, este estudio, y es el conocimiento de las decisiones que expida la Corte Suprema en el marco de sus competencias, algunas veces en vía de casación y otras en sede de instancia, respecto a lo resuelto por las instancias inferiores del Poder Judicial.

No encontramos congruente, somos rigurosos en esta afirmación, que un juez constitucional de primer grado, o primera instancia, como se le suele denominar, sea quien revise lo decidido por el más alto nivel en la impartición de justicia ordinaria y ello, en propiedad, se traduce en la necesidad de rigor, así lo enfatizamos, de que exista una canal de impugnación más acorde al nivel de la Corte Suprema, en la instancia natural que representa el Tribunal Constitucional. Se trata de altos Tribunales y es propio, en una regla de razonamiento lógico evidente, que una Alta Corte revise lo determinado por otra Alta Corte.

Si nos inclinamos por la prevalencia de interpretaciones y concordamos que ése es el mecanismo que debe definir finalmente una controversia iusfundamental, reviste mucha mayor rigurosidad procedimental y material que sea el Tribunal Constitucional quien pueda ejercer función correctora respecto de lo decidido por la Corte Suprema, y no un juez especializado que haga las veces de juez constitucional, para someter a revisión lo decidido por el más alto tribunal en justicia ordinaria.

Más aún, el sistema nacional de manejo de estas controversias revela una complicación adicional: si la sentencia de segunda instancia en esta controversia sobre derechos fundamentales, es estimatoria, es decir, se ampara la pretensión y por tanto se declara fundada la demanda, en propiedad la discusión procesal concluye, esto es, no existe mecanismo impugnatorio regular[8] contra las sentencias estimatorias de segunda instancia en sede constitucional. Por consiguiente, una Sala Superior, es decir, de segunda instancia, corregiría en formal final y de cierre, una decisión de la propia Corte Suprema.

Esta última afirmación no es menor: el proceso constitucional concluye en el Perú cuando hay sentencia estimatoria de segunda instancia y contra ella solo procede el proceso de amparo

7 Código Procesal Constitucional. Tercera disposición final. Jueces Especializados
Los procesos de competencia del Poder Judicial a que se refiere el presente Código se iniciarán ante los jueces especializados que correspondan en aquellos distritos judiciales que cuenten con ellos, con la sola excepción del proceso de hábeas corpus que podrá iniciarse ante cualquier juez penal.
8 Habida excepción del amparo contra amparo. Vid STC 4853-2004. Caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad. F.J. 39-41.

contra amparo, un mecanismo de suyo excepcional cuya procedencia es en estricto *clausus*, es decir, queda sujeta su procedencia a un muy reducido número de causales.

Por tanto, sí puede una Sala Superior en materia constitucional concluir un proceso contra la Corte Suprema y esta cuestión, como está concebida en nuestro ordenamiento jurídico, nos pone en el rol de que jueces de un rango inferior, corrigen a jueces de un rango superior si nos atenemos a la regla de que son jueces de la justicia ordinaria en el sentido de una regla regular, y son jueces de la justicia constitucional, quienes hacen función correctora, bajo la premisa de una regla excepcional.

Nuestra propuesta, entonces, asume rigurosidad procesal y material. Procesal por cuanto las vías impugnatorias propias respecto a una pretensión, deben seguir los canales de mayor jerarquía funcional entre tribunales, y no es el mejor mecanismo procedimental que se recurra a un juez de primera instancia en lo constitucional para impugnar una decisión de la Corte Suprema actuando ésta en sede ordinaria.

Y material, por cuanto las decisiones de fondo deben igualmente mostrar rigurosidad sustantiva frente a quienes impugnan y asumen la expectativa de una decisión de mayor bagaje funcional. Un juez constitucional de primer grado bien puede aplicar función correctora respecto a aquello que decida la Corte Suprema mas en términos de fondo, es un alto Tribunal quien puede corregir, con más propiedad, a otro alto Tribunal.

2. ¿Amparo directo como herramienta procedimental?

Un estudio de relevancia en las materias de competencia respecto al amparo[9] despertó nuestro interés por la propuesta que en propiedad representaba. El magistrado Urviola Hani propuso la singular tesis de que debido a la excesiva demora del Poder Judicial en resolver materias realmente urgentes como los amparos, justificaría que vía un amparo directo, pueda resolver el Tribunal Constitucional directamente los amparos en sede nacional.

Al margen de las implicancias de modificaciones constitucionales que esta propuesta representa, la cual parte de una natural preocupación por hacer más célere el proceso de amparo, debemos advertir una consecuencia de forma que puede dificultar seriamente la propuesta: ¿representaría ese pronunciamiento del Tribunal una decisión en instancia única?

La preocupación racional a este respecto residiría en que no se realizaría el principio de pluralidad de instancias, pues si el Tribunal resuelve en amparo directo, ¿cuál sería el mecanismo de impugnación frente a una decisión estimatoria del Tribunal Constitucional? Advertiríamos que ello no tendría lugar en los términos de una revisión superior de la decisión denegatoria.

9 URVIOLA HANI, Oscar. El amparo directo. JURIDICA 408. Diario Oficial El Peruano. 22 de mayo de 2012. p. 4-5

De otro lado, debemos observar que la solución planteada puede devenir más compleja que la propuesta misma, en tanto ya no existiría la labor de filtro previo[10] que las instancias judiciales en sí representan antes de que una causa llegue a conocimiento del Tribunal Constitucional.

Puntualicemos este aspecto: sin una rigurosidad de examen del Poder Judicial, a través de sus órganos jurisdiccionales de rango inicial- jueces especializados y Salas Superiores- el Tribunal asumiría toda la carga existente y ello más bien podría implicar una congestión de causas, lo que en buena cuenta generaría como resultado que la celeridad propuesta no sea tal.

Lo que sí es propio reexaminar en nuestro sistema procesal es que exista una menor posibilidad de las pretensiones de acceder a las instancias más altas de la impartición de justicia. Nos explicamos: si se cumple el principio de pluralidad de instancias con dos órganos jurisdiccionales- juez de fallo y juez de revisión- ya no es exigible que una tercera instancia revise lo resuelto por las instancias inferiores.

Demandará esfuerzos del legislador, entonces, definir mejor el nivel de acceso de las causas a las más altas instancias de impartición de justicia ordinaria, pues de no preverse mecanismos adecuados para una reducción de la carga procesal, nos hemos de ver enfrentados a acudir a la salida, poco convencional en términos de razonabilidad pero sí usual en un rango de racionalidad insuficiente, de crear más órganos jurisdiccionales.

La salida debe ser expuesta en términos más directos aún: o procedemos a ordenar mecanismos idóneos para enfrentar la carga procesal, sustantivos en términos de poder lograr resultados auspiciosos para la reducción de la carga procesal en materia ordinaria, o nos circunscribimos a la sola creación de más órganos jurisdiccionales.

Al respecto, la materia constitucional en nuestro país, en términos de cierre de pretensiones, presenta una regla razonable: si la sentencia de segunda instancia es estimatoria, es decir, resulta fundada la demanda, ya concluyó el debate procesal y por tanto no es propio recurrir ante un órgano de más alto nivel, salvo la excepcional vía del amparo contra amparo y los supuestos de la STC 01711-2014-PHC/TC.

A nivel de la justicia ordinaria, sí existe este preocupante conflicto pues bajo determinadas condiciones, muchos procesos sí pueden llegar a la Corte Suprema, creando un efecto de congestión preocupante que exige medidas necesarias, extraordinarias y residuales.[11] Para muestra de ello, observemos que nuestra Corte Suprema tiene 3 Salas Titulares pero dada la carga procesal, en adición a ella, existen 4 Salas Transitorias, situación que responde a la cantidad de procesos ingresados a la más alta Corte de impartición de justicia en el país.

El amparo directo nos trae a colación este debate en relación a la carga procesal, proponiendo

10 Regularmente solo las decisiones denegatorias suben al Tribunal Constitucional vía recurso de agravio. Son excepciones las materias de narcotráfico, lavado de activos y terrorismo, casos en los cuales, a pesar de que haya decisión estimatoria, el proceso puede llegar a ser conocido por el Tribunal. Vid STC 01711-2014-PHC/TC. Caso Víctor Polay.

11 La Corte Suprema de Perú resolvió en 2014 un total de 19756 procesos. Información disponible en http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_estadistica/as_servicios/as_estadisticas/as_2013/ .Fuente visitada con fecha 14 de diciembre de 2015.

medidas que pueden resultar *prima facie* atractivas y que, sin embargo, demandan una tarea mucho más exigente de planificación de las competencias procesales en las materias respectivas.

A juicio nuestro, el esquema vigente es el más adecuado pues respeta el principio de pluralidad de instancias y si se refiere a afectaciones provenientes de actos *inter privatos*, o convencionales, debe mantener su esquema procedimental.

3. Poder Judicial ¿ instancia de cierre en los procesos de la libertad?

Una noción que a su vez merece un examen de rigor es la idea de que el Poder Judicial pueda dedicarse a ser instancia final y única, sin competencia ya del Tribunal Constitucional, en los procesos de la libertad- habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento- en tanto que el Tribunal Constitucional se orientaría a lo suyo en materia de control normativo y competencial, en relación a los procesos de inconstitucionalidad y competencial propiamente dichos.

La propuesta nace de diversos debates académicos, entre ellos el alcance de esas relaciones de coordinación, jerarquía e interdependencia entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional a las cuales se refiere Landa Arroyo,[12] así como la reflexión que parte de que si fija el Tribunal Constitucional la última palabra en materia de interpretación constitucional,[13] entonces debemos preguntarnos por el alcance de las competencias de estos poderes constituidos.

Un tesis a este respecto es que sea el Poder Judicial instancia de cierre, final y única, de los procesos de la libertad, a efectos de que pueda el Tribunal Constitucional dedicarse a lo suyo, cual es ejercer el control concentrado a nivel de los procesos de inconstitucionalidad y competencial. Más aún, reforzaría la idea que precisamente, desde una vertiente histórica, nace el control concentrado con la propuesta de Hans Kelsen, propulsor del Tribunal Constitucional de Austria de 1919, para que sea un órgano ajeno al Poder Judicial el verdadero garante jurisdiccional de la Constitución.

En el esquema propuesto, el Poder Judicial conocería, asumimos sea ése el esquema de la idea, los procesos constitucionales de la libertad en primera y segunda instancia, y bajo esa tendencia, concluirían estos procesos solo en el Poder Judicial, sin que exista recurso de agravio constitucional ante el supremo intérprete de la Constitución.

A su turno, el Tribunal Constitucional seguiría siendo instancia única, como hasta ahora, en los procesos de inconstitucionalidad y competencial. Recobraría así su esencia histórica de órgano contralor ajeno al Poder Judicial, con lo cual su independencia quedaría garantizada.

La propuesta en debate, impulsada en algún momento por Ernesto Álvarez Miranda,

12 LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional. Disponible en http://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/Tribunal_Const_y_Poder_Judicial.pdf. Fuente visitada con fecha 15 de diciembre de 2015.

13 PÉREZ TREMPS, Pablo. Escritos sobre justicia constitucional. Instituto Mexicano de Derecho Procesal. Editorial Porrúa. México, 2005. p. 59. En LANDA ARROYO, César. Op. cit.

Presidente del Tribunal Constitucional en 2012, encuentra fortalezas efectivamente en una visión histórica de los procesos constitucionales y es de suyo compatible con un esquema vertical de resolución de controversias iusfundamentales y de supremacía normativa de la Carta Fundamental.

Sin embargo, queda de lado un importante elemento: la evolución material de los procesos constitucionales. La visión histórica de los procesos constitucionales se ve hoy complementada con una importante evolución de estándares materiales, a tal punto que las diferencias entre control difuso y control concentrado cada vez son más tenues.

Nos explicamos. Hoy los jueces del Poder Judicial también defienden la primacía de la Constitución a través del test de proporcionalidad cuando una ley es contraria a los principios, valores y directrices que alberga nuestra Carta Fundamental, y por tanto, inaplican normas. Y de otro lado, el propio Tribunal Constitucional no se exime de dirimir, constantemente, sobre los derechos fundamentales en los procesos de inconstitucionalidad sometidos a su conocimiento, con lo cual las diferencias alegadas entre ambas formas de control cada vez son menos rigurosas, o propuesto de otro modo, se vuelven más tenues las alegadas diferencias entre ambos modelos de control constitucional.

Por tanto, dicha evolución material de los procesos constitucionales ha enriquecido, con creces, una visión más amplia de los procesos tanto de libertad como de control normativo y las diferencias de función son hoy simplemente de grado de conocimiento, sin que concurran diferencias ostensibles salvo en el aspecto específicamente de competencias.

Por otro lado, si bien el Poder Judicial ha desarrollado competencias para una mejor dilucidación en materia constitucional, la cuestión a debatir es: ¿tiene el grado suficiente de legitimación funcional[14] para esa tarea?

Consideramos que sí y sin embargo, esta misma respuesta es aún insuficiente pues el Tribunal Constitucional, esbocemos esto en forma directa, solo está sujeto a un eventual control constitucional por parte del Congreso, en tanto que los jueces del Poder Judicial, aún haciendo control constitucional, son sujetos de fiscalización ante diversas instancias como el Órgano de Control de la Magistratura, respecto a responsabilidad funcional; el Consejo Nacional de la Magistratura, ante eventuales destituciones respecto de labores regulares; Ministerio Público, si una conducta constituye delito; y justicia civil ordinaria, de corresponder indemnizaciones por acciones de responsabilidad civil o acciones de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

Ahora bien, no proponemos una fórmula inadecuada respecto a que a mayores sistemas de control, menor independencia del juzgador. Esto no sería correcto como premisa y sin embargo, en ese razonamiento no podemos descartar que el activismo judicial de los juzgadores del Poder Judicial, debe verse sometido, con cierta regularidad, a una regla de auto restricción o *self restraint*,[15] que es más manifiesta en el caso de los jueces, dada la existencia de los medios

14 SAGUES, Néstor Pedro. Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina. Ponencia presentada al Seminario de Derecho Procesal Constitucional realizado en Quito en el Proyecto de Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador, los días 25 a 27 de octubre de 2004. p. 4

15 CARPIZO, Jorge. El Tribunal Constitucional y sus límites. Editorial GRIJLEY. Lima, 2009. p. 57

de fiscalización.

El Tribunal Constitucional está en mejor posición para fijar incluso precedentes vinculantes con efectos *erga omnes*, o incluso sentencias interpretativas que vinculan a todos los poderes públicos y por ende, existe un posicionamiento más directo para una interpretación constitucional de parámetros correctores extensivos o restrictivos.

Dados estos escenarios, creemos que se ajusta a nuestro sistema vigente el modelo actual en el cual el Poder Judicial hace una labor de filtro previo de las causas constitucionales y es el Tribunal Constitucional quien conoce en última instancia dichos procesos iusfundamentales.

4. La determinación del *estado de cosas inconstitucional*. Empoderamiento de los jueces.

Una posibilidad concreta del crecimiento en términos sustantivos de empoderamiento de los jueces se puede materializar a través del *estado de cosas inconstitucional*. La mecánica de esta figura implica, en términos pragmáticos y en una definición que concordamos con posiciones que más adelante describimos, que quien resulte afectado en un derecho fundamental respecto al cual el Tribunal Constitucional hubiera declarado un *estado de cosas inconstitucional* (en un caso previo), puede apersonarse a la ejecución del caso anterior, a fin de ejercitar el derecho que tutela previamente el estado de cosas inconstitucional antes declarado.

Podemos plantear algunas interrogantes al respecto: ¿Cómo podría apersonarse alguien a ejecutar un derecho si no ha sido parte en ese juicio? ¿Y el derecho de defensa? ¿Y el derecho al contradictorio? ¿Y el debido proceso? Ciertamente se trataría de derechos afectados pero en el margen de ponderación que se permite entre derechos fundamentales, apreciamos que se tutela bienes que, a su turno, en el caso específico, pesan más, como lo son la tutela de urgencia, la pronta reparación de una vulneración iusfundamental y la necesidad de que frente a una afectación, exista una reparación no mediata sino célere.

La figura en comento partió de una decisión de la Corte Constitucional de Colombia,[16] y consideramos su vinculación muy estrecha con la doctrina alemana de la autonomía procesal de la jurisdicción constitucional- *Verfahrensautonomie*[17]- cuyo tratamiento ha sido prolijo en sede nacional por César Landa[18]- y que, a grandes rasgos, identifica la característica de modular los efectos procesales en las acciones constitucionales si éstas protegen derechos fundamentales con necesidades de tutela urgente.

Desde esa perspectiva, el *estado de cosas inconstitucional* reprueba una manifiesta vulneración a los derechos fundamentales y permite una reacción de mayor entidad de la jurisdicción constitucional, en algunos casos superando las formas del proceso, para precisamente buscar una pronta reparación frente a una agresión ostensible a un derecho fundamental.

16 Corte Constitucional de Colombia, a partir de la Sentencia de Unificación N.° 559/1997.
17 RODRIGUEZ PATRON, Patricia. La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su Derecho Procesal. Revista Española de Derecho Constitucional No. 21. No. 62. mayo-agosto 2001.
18 LANDA ARROYO. César. Autonomía procesal del Tribunal Constitucional. La experiencia del Perú. Revista IPSO JURE No. 9. Mayo 2010. Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

En otro ámbito de examen, cabe acotar que la jurisprudencia constitucional ha ofrecido distintas variantes interpretativas de su ejercicio en la misma perspectiva de construir conceptos que busquen consolidar una perspectiva de predictibilidad, elemento necesario para afianzar la resolución urgente de controversias en sede constitucional. ¿Por qué? Por la importancia y necesidad de formación de estándares para la dilucidación de los contenidos de los principios en sede iusfundamental, más aún cuando su calidad de mandatos de optimización exige una definición progresiva de argumentos axiológicos estandarizados, que es en esencia el desarrollo actual del Derecho Constitucional. A estándares mejor definidos, mayor posibilidad de una justicia constitucional predecible. A pautas mejor construidas de los casos en examen, mayor legitimidad de los jueces constitucionales.

El *estado de cosas inconstitucional* fue abordado en sede nacional en la STC 2579-2003-HD/TC[19] y ha sido asumida como una "*técnica (que) comporta que (.....) se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración.*"

La causa a la que aludimos con sentencia estimatoria, se refiere al proceso interpuesto por Julia Arellano Serquén en relación a la negativa del Consejo Nacional de la Magistratura de entregarle información estimada pública respecto a su proceso de ratificación como juez superior en Lambayeque, Perú.

El Consejo alegaba que su Ley Orgánica señalaba que la información solicitada tenía carácter de reservada y sin embargo, el desarrollo del proceso de ratificación había sido esencialmente público. Por lo tanto, la documentación generada, en especial el acta del Informe de la Comisión Permanente de Evaluación y Ratificación, sobre el cual el Poder Judicial desestimó la entrega solicitada, era esencialmente un instrumento público y su entrega correspondía, dada la naturaleza de información pública, desde la perspectiva constitucional. El Tribunal ordenó la entrega de información solicitada y declaró como *estado de cosas inconstitucional* la renuencia de entrega del tipo de información aludida.

En relación al caso expuesto, nos persuadimos de la idea relevante de que a través del *estado de cosas inconstitucional*, pueda constituirse un efecto *erga omnes*, es decir, de alcance general, no obstante nacer como un caso *inter-partes* al ser incoada la demanda. De ese modo, la sentencia constitucional logar alcances, también, para aquellas personas afectadas no partes en el proceso, e igualmente afectadas por el *estado de cosas inconstitucional.*

La cuestión que aludimos es relevante: si una persona es afectada en su derecho y el Tribunal declara el *estado de cosas inconstitucional* por una vulneración manifiesta de un derecho fundamental, otra persona, en esa misma situación, puede apersonarse a ese mismo proceso, aún sin ser parte en el mismo, y dado el *estado de cosas inconstitucional* declarado, solicitar

19 STC 2579-2003-hd/TC. Caso Julia Arellano
19. (…) dado que este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del "estado de cosas inconstitucionales" que, en su momento, implementara la Corte Constitucional de Colombia, a partir de la Sentencia de Unificación N.° 559/1997.

la ejecución del fallo, también a su favor mas respecto a su derecho, también trasgredido en modo similar al del primer afectado.

La aplicación práctica de esta figura es de por sí extensiva: ¿Qué pasaría si respecto del derecho de un pensionista se declara un *estado de cosas inconstitucional* por no cumplirse el pago de su pensión, al interior de un proceso pensionario constitucional, en las condiciones que fija el estado de cosas inconstitucional? Con certeza, cientos de pensionistas, quizá miles, podrían acudir a ese primer proceso, sin necesidad de iniciar un nuevo juicio, tan solo para reclamar la ejecución de su derecho.

En propiedad, admitiríamos que se afecta el debido proceso, el derecho de contradicción y el derecho a ser oído, entre otros derechos, y sin embargo, la vulneración de esos derechos no es grave, dada la prevalencia de un *estado de cosas inconstitucional* declarado.

Consideramos que si esta figura se empleara de forma intensa en nuestra jurisprudencia constitucional y más aún, en la ordinaria, se constituiría en herramienta protagónica para disminuir la carga procesal, y para reducir ostensiblemente las horas- hombre dedicadas a resolver numerosos conflictos constitucionales y ordinarios de naturaleza similar. ¿Es solo cuestión de decisión?

El Tribunal Constitucional ha fijado lineamientos de campo iniciales[20] pero aún corresponde estructurar procedimentalmente la figura y afianzar su nivel de vinculatoriedad a efectos de que representen mecanismos efectivos de aplicación por parte de los jueces constitucionales. Los beneficios, calculamos, serían enormes.

Los criterios de esta figura han sido desarrollados en dos pronunciamientos relevantes posteriores: el primero, la STC 05561-2007-PA/TC,[21] caso ONP, decisión que extiende el

20 STC 05561-2007-PA/TC Caso Oficina de Normalización Previsional. Decisorio.
2. Declarar, como un Estado de Cosas Inconstitucional, la participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes de este Tribunal de la ONP en los procesos judiciales relacionados a los derechos pensionarios que administra (...)
21 Las partes más relevantes del fallo 05561-2007-PA/TC son:
38. (…) se ha dejado establecido en el Expediente N.° 2579-2003-HD/TC, que mediante la declaración de Estado de Cosas Inconstitucional "(...) y a fin de que se respeten plenamente los pronunciamientos de esta naturaleza que de ahora en adelante se emitan, este Colegiado enfatiza que, si con posterioridad a la fecha de expedición de una sentencia de esta clase, llegase al Tribunal o a cualquier órgano judicial competente un caso análogo, cuyos hechos se practiquen con fecha posterior a la de esta sentencia, aparte de que se ordene la remisión de copias de los actuados por la violación del derecho constitucional concretamente afectado, también se dispondrá que se abra proceso penal por desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional". (…)
40. En tal sentido, la declaración de un Estado de Cosas Inconstitucional, con relación a la contratación de estudios de abogados, y en general de profesionales encargados de la defensa de los intereses de la ONP mediante procesos judiciales, debe merecer una reestructuración integral, conforme a los considerandos de esta sentencia, a fin de impedir que en el futuro se vuelvan a presentar demandas con él único ánimo de dilatar la atención de los derechos de los pensionistas, sobre todo cuando respecto de tales derechos exista un criterio jurisprudencial establecido e inequívoco sobre la materia, ya sea de parte del Poder Judicial o de este Colegiado.

El decisorio se expresa en la siguiente forma:

1. Declarar, como un Estado de Cosas Inconstitucional, la participación temeraria, obstructiva y contraria a la jurisprudencia y precedentes de este Tribunal de la ONP en los procesos judiciales relacionados a los derechos

estado de cosas inconstitucional a la actuación de abogados, sentando jurisprudencialmente una valiosa referencia a cómo se debe conducir la defensa en materia previsional.

En efecto, si la participación de los Letrados no es acorde con los deberes éticos que la defensa impone, entonces se produce una actuación irrazonable ante los órganos jurisdiccionales: excesivo uso de recursos dilatorios, abuso de la posición de no pago de aranceles, actitud obstruccionista respecto de procesos que al abordar temas previsionales precisamente de orden constitucional, deberían de suyo implicar un medio de respuesta más célere acorde con la tutela de urgencia que este tipo de casos demandan.

En la misma ruta de análisis, y como segundo caso, la STC 3426-2008.PHC/TC,[22] caso Pedro

pensionarios que administra; en consecuencia:

a) ORDENA *a las instancias judiciales que tienen en curso procesos en los que la pretensión esté referida al pago de intereses o devengados como consecuencia de la actuación renuente y unilateral de la ONP, apliquen los criterios jurisprudenciales de este Colegiado, dando por concluidos los procesos judiciales relacionados a reclamos de los pensionistas e imponiendo las medidas disciplinarias a que hubiera lugar a los abogados patrocinantes.*

b) ORDENA *a la ONP para que en los próximos 3 días posteriores a la publicación de la presente sentencia, se allane o se desista de toda demanda constitucional que tuviera en curso y en el que la única pretensión esté referida a la misma materia de la presente demanda, bajo apercibimiento para el titular del pliego de incidir en desacato a la autoridad judicial.*

22 A su turno, la STC 03426-2008-PHC/TC señala:
32. (...) teniendo en cuenta los efectos generales de la sentencia en la que se declara el estado de cosas inconstitucional, este Tribunal, de conformidad con lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala que cualquier persona o personas que se encuentren en las mismas circunstancias a las descritas en esta sentencia, esto es, que sufran agravio por el mismo o similares actos lesivos, podrán acogerse a los efectos de la presente sentencia o a la doctrina constitucional sentada por este Tribunal, no siendo necesaria la interposición de nueva demanda de hábeas corpus. Y es que, tal como ha señalado este Colegiado "La expansión de los efectos de una sentencia más allá de las partes intervinientes en el litigio no debe causar mayor alarma, puesto que, tratándose de un Tribunal encargado de la defensa de la supremacía constitucional, es claro, que sus decisiones -no sólo en los juicios abstractos de constitucionalidad, sino también en los casos concretos de tutela de derechos subjetivos- vincula a todos los poderes públicos" (Exp. Nº 3149-2004-AC/TC, fundamento 14).

El decisorio fija los siguientes alcances:

1. Declarar ***FUNDADA*** *la demanda de hábeas corpus de autos por haberse producido la violación del derecho fundamental a la salud mental y a la integridad personal; en consecuencia:* ***i) ORDENAR*** *al Director del Establecimiento Penitenciario de Lurigancho que, en el día, proceda al traslado del favorecido don Pedro Gonzalo Marroquín Soto al Hospital Víctor Larco Herrera;* ***ii) ORDENAR*** *al Director General del Hospital Víctor Larco Herrera para que una vez ejecutado el traslado del favorecido, proceda a su admisión, debiendo la Oficina Ejecutiva de Administración y Oficina de Logística de dicho Hospital superar cualquier imposibilidad material, a fin de que reciba el tratamiento médico especializado.*

2. Declarar, como un ***estado de cosas inconstitucional****, la falta de una política de tratamiento y rehabilitación de la salud mental de personas que se encuentran sujetas a medidas de seguridad de internación por padecer de una enfermedad mental; en consecuencia:*

a. ORDENAR *al Ministerio de Economía y Finanzas para que adopte las medidas necesarias que permitan el incremento gradual del presupuesto destinado al Ministerio de Salud, y concretamente, a los centros*

Marroquín, plantea que el Estado se encuentra en la necesidad de replantear su política de salud mental. El señor Marroquín se encontraba recluido en un centro penitenciario mas dadas las cuestiones de salud mental que le aquejaban, debía ser internado en un centro de salud mental, situación que se hacía compleja dada su condición de reo.

Bajo el mismo razonamiento del *estado de cosas inconstitucional* en clave de expansión de los efectos de la sentencia, la decisión en el caso Marroquín prescribe la necesidad de replanteamiento de un adecuado tratamiento de los reos con problemas de salud mental, exigiéndose al Ministerio de Economía y Finanzas y al Poder Judicial reconducir sus políticas al respecto.

En el ámbito nacional, la Segunda Sala Civil del Cusco, en desarrollo de esta figura, implementó en 2010 la tesis de un *estado de cosas ilegal*,[23] figura que creemos plenamente compatible con el *estado de cosas inconstitucional*, en una muestra de activismo judicial moderado y consecuente con la defensa pronta de los derechos fundamentales.

La tesis es la misma: ¿cómo combatimos el exceso de carga procesal respecto de casos sustantivamente idénticos? A través de medios procesales que observen el debido proceso como un tema angular en la impartición de justicia, mas no como un criterio absoluto, sin rango posible de la más mínima afectación. Conciliar debido proceso y tutela de urgencia de los derechos fundamentales es una tarea viable, lo creemos así, pero exige una carga argumentativa ciertamente mayor. Los insumos para ese fin en el campo de la jurisprudencia constitucional están dados, y corresponde al intérprete hacer uso de los mismos.

Potencialmente la figura del *estado de cosas inconstitucional* puede convertirse en una extraordinaria herramienta procesal y respecto de los jueces del Poder Judicial, así como implica un extraordinario ahorro de horas- hombre al no tener que tramitar todos los fallos bajo reglas estrictamente apegadas al modo procesal literal.

Si bien podemos apreciar en la breve glosa de esta figura su aplicación en casos de habeas data, amparo y habeas corpus, creemos que el lugar natural de desarrollo de esta figura de expansión de los efectos de la sentencia, tiene lugar en el ámbito del proceso de amparo, donde tenemos una regular dilucidación de un conjunto amplio de derechos fundamentales que exigen protección constitucional.

Es importante que una Alta Corte como el Tribunal Constitucional fije los alcances de esta figura y sin embargo, si ello no ocurriere, creemos que los tribunales de revisión, como sucede con las Salas Superiores que ejercen función correctora, están en la posibilidad de determinar los alcances de esta figura, pues ello representaría un activismo prudente de defensa de los derechos fundamentales. No consideramos inviable su aplicación de esta forma y por el

---

hospitalarios de salud mental de país.

***b. ORDENAR** al Poder Judicial la adopción de las medidas correctivas para que todos los jueces del país emitan pronunciamiento oportuno sobre los informes médicos que les son remitidos por las autoridades de salud, que recomiendan el cese de la medida de seguridad de internación.*

23 Información disponible en http://es.scribd.com/doc/29686420/Exp-N%C2%BA-2009-000627-Amira-Nunez-del-Padro-Santander. Fuente visitada con fecha 13 de noviembre de 2015.

contrario, la exigente carga procesal del Poder Judicial demanda medios alternos, idóneos y conducentes para reducir el número de procesos.

5. Medidas cautelares y amparo

Una diferencia relevante en materia de amparo entre los efectos de la medida cautelar en la jurisdicción ordinaria y la constitucional se expresa en el contenido del artículo 16[24] del Código Procesal Constitucional.

En efecto, mientras la medida cautelar ordinaria caduca y es cancelada según el artículo 630[25] del Código Procesal Civil una vez producida la revocatoria de la decisión, en el caso de la medida cautelar constitucional dicha caducidad y cancelación tiene lugar una vez que haya sentencia con autoridad de cosa juzgada por parte del Tribunal Constitucional.

La distancia arriba anotada es relevante por cuanto los efectos de caducidad y cancelación son perentorios en materia procesal civil, a diferencia de una medida cautelar que tutela derechos fundamentales.

Apreciemos esto mejor en un ejemplo. Si en un proceso civil tiene lugar la dación de una medida cautelar en primera instancia y la Sala Superior Civil revoca dicha medida, se produce un pleno efecto de caducidad y cancelación de la medida.

No sucede lo mismo, en términos regulares, en materia constitucional. En este último caso, si la medida cautelar es expedida favorablemente en primera instancia y se produce una revocatoria por parte de la Sala Superior Constitucional, a pesar del efecto de revocatoria de esta última, la cancelación de la medida solo tiene lugar una vez que se pronuncie sobre el fondo del asunto el Tribunal Constitucional, presuponiendo que por cierto haya proceso vigente ante el Tribunal Constitucional.

Los conceptos de celeridad procesal y caducidad colisionan aquí con los de la vigencia de la medida cautelar que defiende derechos fundamentales. En propiedad, la única sustentación de estas diferencias reside en el carácter tutelar de la medida que protege derechos protegidos por la Constitución, y en ello reside la justificación de conservar una medida cautelar en tanto no haya pronunciamiento final por parte del Tribunal Constitucional.

Debemos preguntarnos, sin embargo, en base a alguna experiencia práctica en la judicatura constitucional: si la medida cautelar concedida por el juez constitucional en realidad es a todas luces irrazonable, ¿tampoco se produce el efecto de cancelación de la medida cautelar? Consideramos que la carga de la prueba de dicha irrazonabilidad le compete a la parte impugnante de la medida cautelar y como tal, está obligada a demostrar esa alegada

24 Código Procesal Constitucional. Artículo 16.- Extinción de la medida cautelar
La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.(…)
25 Código Procesal Civil. Artículo 630.- Cancelación de la medida.-
Si la sentencia en primera instancia desestima la demanda, la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, aunque aquella hubiere sido impugnada.

irrazonabilidad, mas la regla general se circunscribe a que se conserve la medida hasta que haya sentencia de fondo por parte del Tribunal Constitucional.

Se rompe, una vez más, el principio de congruencia procesal en el caso referido, mas la situación deviene objetiva: el legislador previó una tutela especial respecto de derechos fundamentales protegidos por una medida cautelar en materia constitucional.

6. Amparo y ¿precedentes vinculantes tuitivos?

La construcción de precedentes vinculantes en materia constitucional ha representado sin duda un extraordinario avance y es, en los procesos de amparo, donde los mismos se han afianzado como una importante contribución a la predictibilidad de las decisiones en materia constitucional.

Bien podemos discrepar dogmáticamente con sus efectos *inter partes* iniciales y *erga omnes* finales, así como podemos distinguir si afecta o no la autonomía e independencia de los jueces, y por último, es pertinente de suyo un debate sobre la calidad de fuente normativa dentro del necesario concepto de fuentes del Derecho, y sin embargo, es necesario un análisis mucho más de tendencia en el sentido de si deben ser tuitivos, restrictivos o de ser el caso, involucrar ambas tendencias.

Un debate previo sobre la aparición de los derechos fundamentales- de derechos simplemente subjetivos a derechos subjetivos públicos y finalmente a derechos fundamentales- perfila la naturaleza tuitiva de los mismos. Su identificación mayor con el ámbito de moralidad de los derechos, antes que con el rango de juridicidad, nos refiere un importante componente axiológico que no podemos soslayar. Y en propiedad, los derechos fundamentales se insertan en el ordenamiento jurídico bajo un matiz protector, de perfil mayor hacia la tutela de urgencia, precisamente para defender estos derechos de los excesos del poder público, y en una evolución notoria de este alcance, para contener la arbitrariedad *inter privatos* en los ordenamientos constitucionales.

La evolución de estos derechos, por ende, ha sido mayoritariamente tuitiva, y creemos que ese espíritu de progresividad y no de regresividad, es una condición de ejercicio de los derechos fundamentales en cuanto tales.

Ahora bien, si aludimos a la naturaleza del precedente vinculante, de suyo hay libertad de configuración por parte del Tribunal Constitucional: si un conjunto de casos en estricto requiere un pronunciamiento restrictivo, será pertinente que la argumentación de esa decisión así lo esboce.

Y sin embargo, esta particular materialización restrictiva del precedente vinculante debe, a juicio nuestro, constituir una excepción y no una regla, pues de lo contrario, se pierde un norte argumentativo del precedente, cual es su particular condición de herramienta para frenar los excesos de los poderes públicos y privados respecto a los derechos fundamentales de los

ciudadanos.

La glosa arriba citada tiene lugar respecto de la expedición de diversos precedentes vinculantes cuya naturaleza precisamente es restrictiva, en tanto dilucida el conocimiento de casos que no han de ser conocidos por el Tribunal Constitucional.

De ese modo, decisiones como la STC 0987-2014-PA/TC, caso Francisca Vásquez Romero,[26] en referencia a la sentencia interlocutoria denegatoria, y la STC 05057-2013-PA/TC, caso Rosalía Huatuco,[27] sobre acceso a la función pública, denotan una línea principalmente restrictiva pues restringen con énfasis el acceso de casos a la jurisdicción constitucional. En una línea más moderada pero igualmente de delimitación de competencias, la STC 02383-2013-PA/TC, caso Elgo Ríos,[28] esboza de la misma forma aquellos casos que constituyen una vía igualmente satisfactoria y por tanto, son competencia del Poder Judicial y no del Tribunal Constitucional.

Lo particular de este enfoque es que los tres precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional en poco más de un año, desde su recomposición principal, han sido de naturaleza restrictiva, todos ellos en el marco de procesos de amparo.

Ciertamente es propio reiterar que hay libertad de determinación al respecto, y ello es propio de un Estado Democrático y Social de Derecho, pero los precedentes vinculantes reclaman, con más prevalencia, un ámbito natural de protección de los derechos fundamentales, antes que de restricción de los mismos. Es tarea pues de cada Tribunal construir una línea argumentativa de protección de los derechos personalísimos tutelados por nuestra Carta Fundamental.

7. Por una política de puentes entre Poder Judicial y Tribunal Constitucional

---

26 Establece la figura de la *sentencia interlocutoria denegatoria*, la cual implica el rechazo de la demanda ante el Tribunal, sin más trámite, cuando la pretensión:

- *Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;*
- *La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;*
- *La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;*
- *Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.*

27 Fija como posición interpretativa que la incorporación a la Administración Pública se realiza mediante "concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada"

28La vía ordinaria será "igualmente satisfactoria" a la vía del proceso constitucional de amparo, si en un caso concreto se demuestra, de manera copulativa, el cumplimiento de estos elementos:

- *Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;*
- *Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;*
- *Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y*
- *Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.*

Otro redimensionamiento exigible en el amparo es la necesidad de asumir la perspectiva de que los jueces del Poder Judicial también son jueces de la Constitución. Viene esta reflexión a propósito de la denominación jurisprudencial de "jueces postizos"[29] que algún voto del Tribunal Constitucional recogiera en un proceso bastante conocido por su dimensión en tareas de la Administración.

La noción a que aludimos partía de la idea de que los jueces del Poder Judicial eran prestados, temporalmente, a la jurisdicción constitucional, cuando se ocupaban de procesos constitucionales, para efectivamente dirimir sobre derechos fundamentales.

La idea asume por cierto una dimensión excluyente respecto a la competencia constitucional, modificando de suyo el concepto de jurisdicción constitucional. La facultad de conocer los procesos por parte de los jueces ciertamente constituye una atribución que parte de la misma Carta Fundamental,[30] y las competencias de los mismos están asignadas por las leyes de desarrollo constitucional.

Y sin embargo, no es compatible esta tesis con las nociones de un préstamo temporal y competencias variables según la oportunidad de resolución del conflicto, sea pues en la justicia ordinaria o en su caso, constitucional.

Por el contrario, si aludimos a la cuestión histórica de formación de la jurisdicción constitucional, es pertinente señalar que la aparición del Tribunal Constitucional, como hemos sostenido *supra*, recién tiene lugar en el año 1919,[31]tras la propuesta de Hans Kelsen de la existencia de un órgano ajeno al Poder Judicial para que pudiera resolver controversias vinculadas a la propia Constitución.

Más aún, la jurisdicción constitucional encuentra sus líneas matrices precisamente en fallos judiciales mucho más antiguos: en el caso Bonham,[32] de 1608, el juez Edward Coke le plantea a Jacobo I la necesaria separación de funciones entre el Rey y las cuestiones técnicas a cargo de jueces,[33] y en el *leading case* Marbury vs Madison, de 1803, el juez John Marshall aplica la cláusula de supremacía constitucional para establecer la necesaria figura del control constitucional de las leyes a través de la figura del control difuso.

---

29 STC006-2006-CC/TC. Caso Casinos Tragamonedas. Aclaración. Voto singular magistrado Vergara Gotelli.

30 Constitución Política 1993. Artículo 138.- Administración de Justicia.

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.(...)

31 GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Dos cuestiones disputadas sobre el Derecho Procesal Constitucional.* Ponencia presentada al Congreso de "Reforma de la Constitución y jurisdicción constitucional" (Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, 26-28 de octubre de 2006). p. 8-13

32 GARCIA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado Constitucional.* Palestra-Lima 2005. p. 518 a 583.

33 Parte del fallo (caso Bonham vs. Henry Atkins. Sentencia emitida por el juez Lord Edward Coke en 1610) enuncia lo siguiente:

" es verdad que Dios ha dotado a su Majestad de excelente ciencia y grandes dotes naturales, pero su Majestad no es docto en las leyes de su reino, y los juicios que conciernen a la vida, la herencia(...) no deben decidirse por la razón natural, sino por la razón y los juicios artificiales del derecho, el cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes de que un hombre pueda llegar a dominarlo, el derecho es la vara de oro de la virtud y la medida para sentenciar las causas de sus súbditos"

Por lo tanto, es importante hacer esta delimitación histórica para diferenciar no en estricto una fórmula de separación sino para aspirar incluso a un objetivo mayor: la necesaria conducta de tender puentes entre una y otra institución, en este caso, Poder Judicial y Tribunal Constitucional.

Es pertinente una política de armonización de fallos y no de imposición de tendencias, es razonable una conducta de colaboración entre poderes y no de subordinación de estamentos, y en adición a ello, es exigible una política de suma de esfuerzos y no de restricciones interpretativas.

El Tribunal Constitucional ha de seguir siendo el supremo intérprete de la Constitución y no solo porque así lo afirma el artículo 1 de su Ley Orgánica,[34] sino porque es necesario desbrozar en ese camino de construcción de estándares, la relevancia de la importante tarea de filtro que desarrolla el Poder Judicial para que así se consolide una competencia residual del Tribunal Constitucional en lo relativo a los procesos de la libertad, y en ello el amparo presenta un papel relevante, dado que su nivel de incidencia es del 75.75% de casos[35] que conoce el Tribunal, esto es, de cada 5 casos que suben vía recurso de agravio constitucional, casi 4 corresponden a amparos.

Ideas a modo de conclusión

El proceso de amparo ha reunido en el ordenamiento constitucional las condiciones de una herramienta de suyo muy valiosa, dada su condición de instrumento excepcional, residual y sumario. Sin embargo, reclama mejoras de orden procesal y replanteamientos de su sentido material. De igual forma, algunas propuestas para su modificación no gozan del necesario asidero conceptual tan caro respecto de procesos de la libertad.

En materia procesal creemos que son exigibles ajustes varios como sucede en el caso de amparos contra resoluciones judiciales. Se hace necesario readaptar el conocimiento del amparo respecto de decisiones de la Corte Suprema en el sentido de que sean impugnables directamente ante el Tribunal Constitucional, como sucede en el modelo español.

De otro lado, no nos parecen convenientes las propuestas del amparo directo como herramienta procedimental, dadas sus manifiestas restricciones en referencia al principio de pluralidad de instancias; así como tampoco, por ahora, la tesis de que sea el Poder Judicial instancia de

34 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LEY Nº 28301)
Artículo 1.- Definición El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República
35 Memoria Institucional 2014. Tribunal Constitucional. Año 2014. p. 96

cierre última y propiamente única, en los procesos de la libertad. Esta noción descuida que la esencia del Tribunal Constitucional es constituirse en el último garante de los derechos fundamentales y por tanto, es el Tribunal propiamente quien debe definir en última instancia este tipo de controversias.

En adición a lo expuesto, el estado de cosas inconstitucional representa una fórmula de empoderamiento de los jueces y su potencial utilización, creemos, podría implicar una extraordinaria herramienta para reconducir la carga procesal hoy existente a estándares más razonables.

De otro lado, rescatamos la vigencia del principio de autonomía procesal al vincular medidas cautelares y amparo. La lógica de los procesos constitucionales es muy particular frente al necesario principio de congruencia procesal.

En ese mismo razonamiento, la vinculación del amparo y los precedentes vinculantes constituye una manifestación muy estrecha. Proponemos que los precedentes, en lo posible, sean tuitivos antes que restrictivos.

Por último, somos partidarios de una política de puentes entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Las discrepancias entre estas instituciones del Estado son conducentes en el marco de un Estado constitucional, debiéndose impulsar mecanismos que tiendan a compatibilizar la jurisprudencia constitucional de los jueces del Poder Judicial con la del Tribunal como supremo intérprete de la Carta Fundamental.

LA CONCEPCIÓN POSTPOSITIVISTA DEL DERECHO DE MIGUEL ÁNGEL RODILLA

Manuel Atienza

1.

Obviamente, la importancia de la labor de un intelectual, de un profesor universitario (y esto es algo en lo que conviene insistir, dados los nuevos usos académicos), no se puede medir por la cantidad (la abundancia y la extensión) de sus escritos, sino por la calidad de los mismos, y por la influencia que sus trabajos (hayan sido o no publicados) y, en un sentido general, su obra, hayan ejercido sobre sus estudiantes, sus discípulos, sus colegas…Por lo que a mí respecta, tengo que decir que todo lo que he leído de Miguel Ángel Rodilla a lo largo de bastantes años me ha parecido siempre de calidad excelente, por no decir excepcional. Y a ello debo añadir que su producción escrita no es tampoco precisamente escasa, puesto que alcanza varios miles de páginas.

Ahora bien, si a mí se me pidiera que, de entre todos esos escritos, eligiera un solo título, mi opción sería muy clara: El contrato social. De Hobbes a Rawls, un libro en dos volúmenes que supera las 800 páginas y que yo no dudo en calificar de “obra maestra”. Había leído hace un cierto tiempo algunos de los trabajos precursores de este libro que reelabora y sistematiza temas sobre los que se había ocupado Rodilla a lo largo de bastantes años, pero ahora, en las últimas semanas, me he dado a la tarea de una lectura completa y minuciosa del mismo que, sin embargo, aun no he podido terminar. Entre otras cosas, porque la lectura la he ido haciendo poco a poco, meticulosamente, tratando de absorber toda la sustancia intelectual que ahí se encuentra, y para lo cual no conviene tener prisa; de otra manera, uno correría el riesgo de no apreciar (o no apreciar adecuadamente) los muchos y valiosos matices que uno puede encontrar prácticamente en cada párrafo. Por lo demás, se trata de un libro de admirable precisión conceptual,de amplísima erudición, y escrito con un estilo particularmente claro. En suma, y como antes decía, una obra maestra, profundamente clara y claramente profunda. Uno estaría tentado a añadir que “de lectura indispensable” para quien esté interesado en la filosofía del Derecho y la filosofía política. Pero dada la tendencia a la inmediatez, a la instantaneidad, a la elaboración de productos (materiales o intelectuales) de usar y tirar, que también parece haberse instalado en nuestro campo, es bastante posible que a más de uno se le pueda dispensar de enfrentarse a un texto que anima a todo lo contrario: a una reflexión pausada y a encontrar en la historia de las ideas – en la permanencia y evolución de ciertas ideas- muchas de las claves para entender el presente. Aunque, en cualquier caso, no puede dejar de decirse que esa obra de Miguel Ángel Rodilla es una prueba fehaciente del alto nivel alcanzado en los últimos tiempos por la filosofía del Derecho en nuestro país. No soy un especialista en filosofía política ni, por tanto, en los autores estudiados por Rodilla como grandes hitos en el desarrollo de la idea de contrato social, pero me extrañaría mucho que existiera algún otro libro, escrito en cualquier

lengua, que, con semejante maestría, permita al lector adentrarse en una serie de temáticas y de conceptos que son verdaderamente centrales en el pensamiento jurídico y político de la modernidad y de nuestros días.

2.

No voy, sin embargo, a comentar aquí, en este acto de homenaje a Miguel Ángel con ocasión de su jubilación, ese libro; aunque haré alguna referencia al mismo, pero de manera más bien tangencial. Sino que he elegido, para hablar sobre su obra, dos trabajos suyos más o menos recientes y en los que defiende una concepción del Derecho que bien se puede calificar de "postpositivista". Él no usa esa expresión, pero creo que se puede decir que, de alguna manera, da a entender que ese rótulo puede aplicarse a su concepción del Derecho. De hecho, el segundo de los trabajos que voy a comentar lo subtitula así: "Más allá de una concepción positivista del Derecho"; el título es: "Los presupuestos de la práctica judicial y la idea de sistema jurídico" y está publicado en 2014, aunque el origen del mismo –como lo explica en nota a pie de página- es una lección

dictada en esta Facultad de Derecho de Salamanca en el curso 2006-2007. El otro trabajo, el primero que voy a analizar aquí, constituye su presentación escrita a una sesión del Coloquio Jurídico Europeo, celebrada en Madrid en 2007, dedicada a discutir el libro de Francisco Laporta El imperio de la ley. Una visión actual, y en la que habían participado este último y Juan Ruiz Manero.

Si he querido centrarme en este aspecto de la obra de Rodilla es porque me parece muy significativo del cambio que se está produciendo en la cultura jurídica en lengua española, y no sólo: la superación del positivismo jurídico y también de la clásica contraposición entre positivismo jurídico y yusnaturalismo (Rodilla escribe esta última expresión siempre con "y"). O, dicho de otra manera, si queremos entender lo que son hoy nuestros Derechos y operar con sentido en el seno de nuestras realidades jurídicas, me parece (al igual que a Rodilla) que no podemos ser otra cosa que postpositivistas: tenemos que ir más allá del positivismo jurídico, pero no para regresar a alguna concepción del Derecho natural, del tipo que sea.

Personalmente estoy muy de acuerdo con la manera como Rodilla aborda la cuestión y lo que voy a hacer aquí es sintetizar (o recordar) en qué consiste su posición, para presentar luego algunos comentarios a la misma que realmente no son discrepancias sino, todo lo más, propuestas o incitaciones para que sean desarrolladas por Miguel Ángel.

3.

En el primero de esos trabajos ("Imperio de la ley y principios. Presentación de un debate"), la concepción del Derecho de Rodilla (su postpositivismo) está más que nada insinuada, dadas las características del trabajo.

Rodilla arranca ahí de considerar que el trasfondo del debate (sobre la certeza jurídica)

es la crítica de Dworkin al positivismo jurídico, que se inicia a finales de los años 60 del siglo pasado. Reconoce la importancia del análisis de Laporta y los riesgos que para la certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas supone la nueva realidad del Derecho (la importancia creciente de los principios), pero en esa contraposición entre positivismo jurídico (el de Laporta sería un iuspositivismo normativo o axiológico) y postpositivismo (más o menos, el tipo de concepción que representa Dworkin y, en aquel debate, Juan Ruiz Manero, quien defendía tesis que habíamos sostenido conjuntamente en una serie de trabajos anteriores: básicamente, Las piezas del Derecho e Ilícitos atípicos), Rodilla se alinea en este segundo bando y le reprocha a Laporta (aunque Miguel Ángel no emplee ese lenguaje: habla simplemente de "expresar dudas" –p. 10-), esencialmente, que la apelación a los principios o, dicho de otra manera, la defensa de una concepción de "reglas más principios", no debe verse como un factor de inseguridad, sino que los principios constituyen un ingrediente indispensable para dar cuenta de nuestros Derechos: los del Estado constitucional.

En su análisis, Rodilla señala de qué manera la concepción de Dworkin de los principios afectó a la teoría del sistema jurídico (frente a "un modelo de sistema jurídico integrado exhaustivamente por un conjunto finito de reglas convencionales, se abría paso un 'modelo de reglas más principios'" –p. 13-); a la teoría del razonamiento jurídico (el Derecho es "fundamentalmente el producto de una práctica argumentativa" –p. 14-; la interpretación del Derecho exige "un tratamiento holista y coherentista del material jurídico con vistas a su aplicación" –p. 15-); y a la teoría del Estado y de la Constitución (la teoría del Derecho de Dworkin que facilitó "la interpenetración de argumentos de teoría del derecho y argumentos de teoría político-constitucional" –p. 15- habría sido determinante en relación con la discusión sobre la configuración jurídico política del Estado constitucional).

Rodilla da cuenta de la "conmoción" que supuso en las filas del positivismo situar en el centro del sistema jurídico a los principios: "una clase de normas que expresan una idea moral de rectitud y que no son propiamente 'puestas' sino 'encontradas' en el proceso de aplicación del derecho, normas, por lo demás, que se identifican como parte del sistema no mediante los criterios de validez que se aplican a las normas positivas sino por su fuerza justificatoria" (p. 16). Y que ponía en cuestión las dostesis que suelen considerarse (y que consideraba Hart) características del positivismo jurídico: la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la tesis de la separación entre Derecho y moral" (p.17).

A partir de ahí, nuestro autor se centra en la cuestión de si esa concepción del Derecho (o sea, reivindicar el papel de los principios) supone una amenaza para la certeza jurídica y, por tanto, para el ideal del Estado de Derecho, del imperio de la ley. Y, sobre eso, las tesis que defiende (frente a las de Laporta) serían estas cuatro:

Laporta, "de forma muy selectiva" parece hacer recaer sobre todo en los jueces la responsabilidad por las incertezas del Derecho, pero –afirma Rodilla- "las fuentes del creciente deterioro de la certeza en las relaciones jurídicas se encuentra ante todo, creo yo,

en las condiciones bajo las que opera el legislador en nuestras complejísimas sociedades" (p. 25). Me parece que, en relación con esta tesis, no hay realmente muchas discrepancias entre Rodilla y Laporta, dado que este último ha criticado también en diversas ocasiones la manera tan defectuosa como se producen las leyes y es, por tanto, agudamente consciente del fenómeno de la crisis de la ley; pero eso no afecta mucho a la argumentación que sigue.

Lo que a Laporta le preocupa es "la exagerada apelación a los principios" (p. 30), "el peso [excesivo] que ciertas teorías atribuyen a los principios" (p. 32), pero, frente a ello, Rodilla piensa que no cabe descartar una utilización "moderada, razonable o simplemente correcta" de los principios: "¿Por qué sentir aprensión –se pregunta- hacia los principios y no más bien hacia su invocación abusiva?" (p. 38), de tal manera que el recurso a los principios podría estar justificado, pues no tendría por qué significar un "activismo judicialirrestricto".

Un sistema jurídico que operara únicamente con principios sería manifiestamente indeseable, pero de ahí no se sigue que fuera posible (o deseable) un sistema jurídico sin principios, aunque Rodilla tiene cuidado en no atribuir a Laporta esta última tesis. "En un mundo sin principios las reglas habrían de aplicarse en todo caso haciendo caso omiso de su justificación subyacente (…) El sueño de un mundo de reglas sin principios

termina en la pesadilla del formalismo y el reglamentismo a ultranza" (p. 37).

La concepción de Laporta parecería en todo caso estar muy próxima a una concepción "convencionalista" del Derecho, en el sentido en que usa esa expresión Dworkin: "el derecho está integrado [exhaustivamente] por un conjunto de reglas convencionales, y los órganos de aplicación del derecho están rigurosamente sujetos a ellas, independientemente de su contenido y de su justificación subyacente, mientras su contenido explícito no sea controvertido" (p. 40). Pero se trata de una teoría (la de Laporta) iuspositivista no meramente descriptiva, sino que pretende ofrecer apoyo a estas dos ideas: "el valor moral de la autonomía personal, por un lado, y el ideal político del imperio de la ley, por otra" (p. 40). Rodilla no pone, por supuesto, en cuestión la importancia de esos dos valores, ni la necesidad de que el núcleo del ordenamiento jurídico esté compuesto por reglas (para que pueda haber certeza jurídica). Pero le parece que el énfasis que Laporta pone en las reglas y su tendencia a relegar los principios no es la mejor manera de defender esos dos ideales. En relación con la autonomía personal, porque ésta "no depende sólo dela existencia de reglas" (p. 42). El valor de la autonomía no podría realizarse sin la definición y garantía de derechos fundamentales, cuya formulación "adopta en muchos casos la estructura de los principios" (p. 43). Y el imperio de la ley no puede excluir los principios sino que más bien los exige, o sea, el imperio de la ley no puede reducirse a imperio de las reglas. Y aquí Rodilla llama la atención sobre la importancia de reparar en "la variedad de los componentes que integran la clase genérica 'principios' ": "En el desempeño de su función jurisdiccional los tribunales han de observar no sólo principios morales sino también principios políticos formales, de carácter organizativo y procedimental: no deben decidir sólo sobre la bese de consideraciones materiales de justicia

y de equidad, sino tomando en consideración también principios formales –como el principio de irretroactividad y el principio de legalidad en materia penal- y, de forma particularmente pertinente en este contexto, principios organizativos y procedimentales como los principios de jerarquía y competencia vinculados a la idea de división de poderes" (p.52).

4.

El otro trabajo (el de 2014) supone una defensa ya no incidental sino directa del postpositivismo. Rodilla pretende ahí "avanzar" hacia una concepción del Derecho que se encuentra más allá de la disyuntiva entre yusnaturalismo y positivismo jurídico, y que "sin aceptar la existencia de un derecho superior 'al lado' (o 'por encima') del derecho positivo, ni la fuerte tesis de que la concordancia con principios de justicia forma parte de las condiciones de validez de las normas jurídicas, admite, sin embargo, que la práctica jurídica –de forma especialmente notable la práctica jurisdiccional- se levanta sobre ciertas pretensiones de racionalidad a propósito del derecho vigente a las que sólo puede hacerse justicia mediante una concepción del sistema jurídico que dé entrada a principios de moralidad política. Esos principios, que no son propiamente razones convencionales ni pueden considerarse creados deliberadamente, tienen sin embargo un papel decisivo en la interpretación de las normas y en la determinación de lo que en cada caso establece el derecho vigente" (p. 568).

Pues bien, para esa concepción, la caracterización de lo que es el Derecho no radica en la noción de norma, sino en la de sistema normativo. Más exactamente, un sistema normativo de carácter jurídico no se caracterizaría únicamente por la coactividad, sino también (sobre todo) por ser dinámico e institucionalizado, a diferencia de la moral o de los usos sociales. Las notas de dinamicidad y de institucionalización no tienen además un carácter puramente estructural, sino también funcional, y Rodilla se refiere aquí a los problemas de estatismo, incertidumbre e ineficacia que aquejarían a un sistema compuesto únicamente por normas primarias (en el sentido de Hart), y que la existencia de las normas secundarias (o sea, de un sistema propiamente jurídico) permite resolver. El Derecho supone en ese sentido "un incremento de racionalidad" (p. 573)(en relación con una sociedad que no hubiese diferenciado el Derecho de las otras normatividades sociales), pero Rodilla aclara también que la regla de reconocimiento hartiana no puede descansar sólo en la aceptación de los funcionarios y, sobre todo, que esa aceptación tiene necesariamente un carácter moral: "sólo una razón moral –escribe siguiendo a Delgado Pinto- puede ofrecer una fundamentación coherente de la conducta de los jueces y autoridades al aceptar y usar la práctica como una regla vinculante a la que pueden invocar para justificar dicha conducta" (p. 575).

Pero además, la institución de la jurisdicción implica ciertos presupuestos de racionalidad (que el sistema ofrece una solución a todos los casos –que no hay lagunas- y que hay una sola solución correcta en términos del sistema –que no hay contradicciones-), lo que lleva a una concepción del sistema jurídico en el que no sólo hay reglas, sino también principios: "también forma parte indisoluble del sistema jurídico un conjunto no numerable

exhaustivamente de principios que no son propiamente normas 'creadas' sino encontradas en el proceso mismo de aplicación del derecho (…) de búsqueda de la respuesta correcta (…). Hablando con rigor esas normas no pueden catalogarse como normas positivas, porque ni son propiamente creadas ni (siempre) es posible identificarlas aplicando los criterios recogidos en la regla de reconocimiento, pero tampoco pueden ser consideradas exógenas porque guardan una relación justificativa con el material jurídico existente" (p. 579). Se trata de "principios no convencionales que expresan una cierta idea de rectitud moral y política, y mediante cuya ponderación pueden satisfacerse las exigencias de racionalidad bajo las que se desarrolla la actividad jurisdiccional" (p. 579).

A partir de aquí, Rodilla hace frente a una serie de objeciones que suelen plantearse a ese modelo de reglas más principios.

La primera se refiere al alcance de la operatividad de los principios. O sea, si los principios sólo operaran en los casos difíciles, entonces su relevancia sería menor de lo que parece y, en realidad, consistiría sólo en una cuestión verbal, en si los principios suponen una forma de autointegración o de heterointegración del sistema. Dicho de otra manera, si en los (pocos) casos en los que no hay una pauta específica, una regla, para resolver la cuestión, el juez tiene que acudir a principios que forman parte del sistema, o bien goza de discrecionalidad y puede usar, en consecuencia, criterios extrajurídicos no identificables a través de la regla de reconocimiento.

En relación con ello, lo que sostiene Rodilla es que "la distinción entre casos fáciles y difíciles es interna al proceso mismo de aplicación del derecho y sólo puede trazarse por referencia a principios" (p. 581), lo que supone también la idea de que los principios no operan únicamente en los intersticios del sistema jurídico, sino que son "ubicuos (…) porque subyacen a todo proceso de interpretación del derecho y regulan todoslos casos de aplicación de las normas, aunque por lo general no sea necesario invocarlos explícitamente" (p.582).

La segunda objeción se refiere a las consecuencias negativas a que llevaría esa concepción de reglas más principios, o sea, a si promueve o no el activismo judicial. Planteada en su mejor versión, la objeción diría así: el modelo de reglas más principios pretende (frente al de las reglas) proscribir la discreción judicial (inevitable en el modelo de las reglas) mediante la vinculación de los jueces a los principios. Pero ese tipo de vinculación no es real, sino que supone más bien "una forma encubierta de universalizar" la discreción, Pues en ese modelo, "el poder de creación de derecho tendería a desplazarse hacia los tribunales, de modo que resultaría problemático afirmar que las personas tienen 'derechos' reconocidos jurídicamente antes del pronunciamiento de los tribunales" (p.585).

Frente a esta objeción, Rodilla aduce tres argumentos. El primero es el mismo que había introducido en el otro trabajo: los principios no son sólo los principios morales sustantivos, sino también los de carácter formal y procedimental. El segundo viene a decir que afirmar que los jueces pueden justificar sus decisiones invocando principios "no significa atribuir

a los jueces libertad para elegir los principios" (p. 586). Los principios que puede invocar un juez son "o explícitamente reconocidos por el legislador (constitucional u ordinario) o implícitos en el ordenamiento jurídico porque 'informan y fundamentan' las normas del sistema" (p. 586). Y el tercer argumento es que, aunque esa concepción de reglas más principios no pueda eliminar toda incertidumbre en el Derecho, o sea, los principios no conducen (o no siempre) a resultados inequívocos e indisputables, y de ahí la "persistencia de desacuerdos entre los jueces y entre los científicos del derecho", como cuestión de hecho, sin embargo, "el desacuerdo se levanta sobre la presuposición de que existe una respuesta correcta en términos del sistema. Sin esa presuposición la discusión jurídica se despojaría de su condición genuinamente discursiva y se transformaría en una actividad puramente estratégica" (p. 587).

La tercera objeción puede formularse así. Esa concepción de reglas más principios parece convenir a una configuración jurídico-política como la del Estado constitucional de Derecho, pero "¿puede pretender erigirse en la concepción del derecho tout court, sin adjetivos?" (p. 588). Y la respuesta de Rodilla es que sí, en el sentido de que la presencia de principios no es un rasgo exclusivo del Estado constitucional. O sea, no es posible imaginar un sistema jurídico en el que "el derecho está integrado exhaustivamente por reglas convencionales" y en el que "se ha proscrito el recurso de los jueces a los principios en ausencia de reglas convencionales inequívocas" (en tales supuestos, los jueces tendrían que remitirse al legislador), simplemente porque "no es posible determinar cuándo un juez debe pronunciar un non liquet y abstenerse de fallar sin consultar –expresa o tácitamente- los principios subyacentes" (p.590).

Y, en fin, la última objeción se refiere al tipo de conexión que la concepción reglas más principios establece entre el Derecho y la moral. O sea, los jueces tienen inevitablemente que recurrir a los principios, pero si estos son "aquellos que 'informan' y 'fundamentan' el conjunto de las normas de un determinado sistema", entonces parecería que tanto los principios explícitos como los implícitos podrían considerarse como "convencionales" y no tendrían la "pretensión de validez incondicional y universal que de forma característica atribuimos a la moral en sentido genuino". "En suma, se diría que, en el mejor de los casos, los principios establecen sólo la conexión del derecho con una cierta moral 'positiva' o 'convencional', una cierta moral particular encarnada en un determinado sistema jurídico" (p. 591).

A lo que Rodilla replica que la concepción del Derecho que él defiende "no establece la conexión entre derecho y moral por el camino de la identificación o la (con)fusión entre ambos" (p. 591). A diferencia de lo que pretendía el yusnaturalismo, la justicia no sería ahora una propiedad definitoria del derecho, sino meramente cualificatoria, de manera que esa concepción "admite que no por ser justo algo es jurídico, ni por ser injusto deja de serlo" (p. 592).

Para mantener la diferenciación y, al mismo tiempo, la relación interna entre Derecho y

moral, Rodilla acude a la idea de integridad de Dworkin, y a algunos trabajos de Delgado Pinto en los que se desarrolla esa idea. Pues bien, ese “ideal de la integridad” exige a los jueces y al resto de los funcionarios “disciplinar sus propias concepciones morales” y adoptar decisiones “a la luz del esquema de principios que sinceramente creen que concuerdan mejor con el conjunto de decisiones legislativas, administrativas y judiciales y les prestan una mejor justificación”, de manera que el esquema de principios “permite contemplar el derecho no como un mero agregado de decisiones discretas y de convenciones caprichosas, sino como una unidad dotada de un sentido capaz de reclamar obediencia por razones morales”. Los jueces no pueden “invocar sus convicciones morales particulares”, pero el discurso jurídico no se abandona “a una moral meramente convencional” (p. 593). El Derecho no se identifica con la moral, pues la presencia de la moralidad en el Derecho se entiende más bien en términos de “pretensión de rectitud que se actualiza de diverso modo (y con diversas formas de exigencia) en cada acto de creación y de aplicación del derecho”. Con lo que se hace justicia al hecho de que “a diferencia de los juegos, los sistemas jurídicos no son convenciones puras sino que les es inesquivable una pretensión de rectitud que les hace estar crónicamente sujetos a la presión de la justificación y permanentemente abiertos a la crítica moral” (p.594).

5.

He dicho antes, y lo repito ahora, que coincido plenamente con ese planteamiento de Rodilla y que, por lo tanto, no tengo propiamente críticas que hacer, sino simplemente algunas sugerencias sobre cómo seguir desarrollando esa concepción postpositivista del Derecho. Las concreto en forma de tres comentarios.

5.1.

El primero es una cuestión de perspectiva y se conecta con una de las tesis centrales que he defendido en un libro que acabo de publicar, Filosofía del Derecho y transformación social. Diría incluso que constituye para mí casi una obsesión teórica.

Se trata de que yo creo que la cultura jurídica del mundo latino ha estado –y sigue estando- inmersa en un paradigma de carácter normativista, mientras que a mí me parece que debería asumir uno de tipo distinto y consistente en ver el Derecho como una práctica social: una práctica dirigida a obtener ciertos fines y valores. Para entendernos, Kelsen, al igual que Hart y, en general, el positivismo jurídico anglosajón de inspiración analítica, se inscriben en ese paradigma normativista (el Derecho consiste en un conjunto de normas: bien se trate de normas de un solo tipo o de distintos tipos). Mientras que von Ihering (el “segundo Ihering”), Holmes, Pound y los realistas americanos en general, Fuller o Dworkin pertenecerían al segundo paradigma: el Derecho es una actividad, una práctica con la que tratamos de obtener ciertospropósitos.

Mi tesis es que el rasgo fundamental del postpositivismo consiste en ver el Derecho como una práctica social, lo cual no significa olvidarse de que el Derecho es también (puede verse también como) un sistema normativo. Más exactamente, el Derecho es una práctica social de carácter autoritativo, y de ahí la importancia que tiene el sistema de normas. Pero las normas no constituyen, por así decir, el elemento fundamental del Derecho. Para emplear terminología de Ihering y de Dilthey: las normas –y la coacción- constituyen la forma externa del Derecho o la organización externa de la sociedad, esto es, el elemento organizativo, burocrático, necesario para satisfacer los fines del Derecho. Pero el Derecho es, fundamentalmente, una idea de fin (Ihering), un sistema cultural (Dilthey) ligado a una organización externa.

Me parece que esta última forma de ver el Derecho significa algo así como un cambio ontológico: el Derecho no sería ya (o no es simplemente) un objeto, una realidad que está ahí fuera y que la teoría ha de describir y explicar; sino más bien una empresa, una actividad, en la que lo esencial es fijarse en los fines y valores que ha de perseguir, y, naturalmente, los medios, los instrumentos que han de usarse para ello; el Derecho, en definitiva, consiste en un conjunto enormemente complejo (un artefacto construido para ciertos propósitos, no en un objeto natural) de medios y de fines.

Y todo eso lleva a ver los problemas de la teoría del Derecho de una manera peculiar y distinta a la que caracteriza al modelo normativista. Por ejemplo, los derechos no pueden ser considerados simplemente como normas (o como modalidades deónticas al estilo de Hohfeld), sino más bien como valores, fines, bienes que se tratan de satisfacer, para lo cual se hace necesario establecer una red normativa adecuada. Y el problema de las relaciones entre el Derecho y la moral tendría que plantearse no como si se tratase simplemente de tipos distintos (o más o menos distintos) de normas, sino en términos de cómo se relacionan entre sí dos prácticas cuyos fines (e instrumentos para lograrlos) en parte se superponen y en parte no, de manera que entre el Derecho y la moral hay necesariamente tanto continuidades como discontinuidades: son “conceptos conjugados”, para emplear una expresión de Gustavo Bueno.

Pues bien, en los dos trabajos de Miguel Ángel Rodilla a los que me he referido está presente sin duda esta idea del Derecho como práctica social. Por ejemplo, cuando señala que el modelo de Alexy es más rico que el de considerar el Derecho simplemente como reglas más principios, porque Alexy incluye también –nos dice- el ingrediente del procedimiento (digamos, la consideración del Derecho desde una perspectiva dinámica, como una actividad). Cuando al mostrar el carácter precisamente dinámico de los sistemas jurídicos, indica que ese cambio estructural (la incorporación de las normas secundarias que conlleva un “incremento de racionalidad”) supone también modificaciones de carácter funcional. O, quizás sobre todo, cuando, para describir y justificar la concepción del Derecho a la que denomina “reglas más principios”, se sitúa precisamente en la perspectiva de la práctica judicial.

De manera que mi sugerencia aquí se refiere a que, a la hora de desarrollar esa concepción del Derecho que nos presenta y con la que yo estoy muy de acuerdo, se ponga el acento más que en la noción de sistema jurídico, en la de práctica social. Y quizás también (éste, creo, es un defecto de concepciones como la de Dworkin o la de Alexy) que se considere que la práctica jurídica no es sólo la de carácter judicial y, menos aún, la de los tribunales supremos y constitucionales. Me parece que cuando se contempla todo ese inmenso continente que visiones como las de Dworkin o Alexy tienden a ocultar, lo que resulta es una imagen más compleja y menos idealizada del Derecho que la que ellos proponen, y que incita a construir la teoría del Derecho no sólo acercándola a la filosofía moral y política, sino también a las ciencias sociales; no sólo a nociones como la de rectitud moral, sino también a otras como la de conflicto social. En mi opinión, por ahí es por donde deberían discurrir las propuestas de renovación de la teoría del Derecho, si bien, como antes anticipaba, no creo que con ello esté diciendo nada distinto a lo que el propio Rodillapiensa.

5.2.

El segundo comentario (o la segunda sugerencia) se refiere a una cierta necesidad que yo he sentido, al leer esos trabajos de Rodilla, de precisar la caracterización (usual) del positivismo jurídico, en particular, a propósito de cómo ha de entenderse la tesis de las fuentes sociales del Derecho o del carácter convencional del Derecho: ¿Estamos hablando de lo mismo, o se trata de dos maneras distintas de entender la que suele considerarse como la primera tesis del positivismo jurídico (la segunda, como se sabe, es la de la separación conceptual entre el Derecho y la moral)?

Pues bien, la noción de convención es considerablemente imprecisa y de ahí, me parece, el interés de efectuar un análisis de la misma que permita aclarar suficientemente hasta qué punto o en qué sentido puede decirse que el positivismo jurídico es una concepción convencionalista del Derecho, mientras que el postpositivismo no lo sería. Yo creo que pocos (y, desde luego, yo no sería uno de ellos) estarían en mejores condiciones que Miguel Ángel Rodilla para llevar a cabo ese análisis. A pesar de lo cual me voy a atrever aquí a hacer algunas sugerencias al respecto.

Probablemente una de las mayores ambigüedades de “convención” tiene que ver con que no está claro a qué otro término o concepto lo oponemos. O, mejor dicho, no siempre lo manejamos como opuesto a un mismo concepto. Fundamentalmente, yo creo que tiene dos antónimos: natural y no-intencional. Y de ahí derivan dos distintas nociones de convención o de convencional: como algo simplemente artificial (una creación humana) o, además, como algo creado intencionalmente.

Por ejemplo, solemos decir que el lenguaje es una convención, o que el significado de las palabras es convencional, en el sentido de que no existe algo así como un significado natural, intrínseco, esencial, inmodificable. Aplicado al Derecho, se puede decir también que

el Derecho es convencional, esto es, algo construido y modificable, un artefacto social, parte de la cultura y opuesto, por lo tanto, a los fenómenos naturales que no han sido creados por la acción humana. En este sentido, parece claro que tanto el positivismo jurídico como el postpositivismo serían concepciones convencionalistas y opuestas a la idea del Derecho natural, al menos, a las concepciones iusnaturalistas clásicas. Ser convencionalista en esta acepción del término supondría ser consciente de lo que González Vicén consideraba que había sido una de las mayores cesuras en la historia del pensamiento jurídico: la que tiene lugar desde finales del XVIII, cuando el Derecho se entiende como un fenómeno social e histórico, como Derecho positivo, lo que significaba desterrar la idea del Derecho natural, de la existencia de una ordenación de la conducta humana con validez para todo tiempo y lugar. Esa es una de las maneras de entender la tesis positivista de las fuentes sociales del Derecho. Yo tiendo a entenderla así.

Pero cuando Rodilla habla de "convencional" (en los dos artículos examinados) no lo hace, me parece, en ese sentido, sino que "convencional" (siguiendo, creo que sobre todo, a Dworkin) se opone más bien a no-intencional, de manera que el Derecho, entendido como una convención, se generaría a partir de lo que solemos llamar fuentes de origen deliberado o fuentes-acto (las leyes y los precedentes); o sea, es un producto de la voluntad, algo creado intencionalmente, puesto, positivo, y no (también) algo que se encuentra y cuyo origen, por tanto, no estaría en ese tipo de fuente. Me parece que eso explica las referencias antes recogidas en las que Miguel Ángel insistía en que la introducción de los principios significaba reconocer que del Derecho forma parte un material (normas) que no son positivas, creadas, sino encontradas en el proceso de aplicación, pero que, por otro lado, no están fuera del Derecho. Dicho de otra manera, el Derecho tendría para él (según ese sentido de "convencional") un aspecto convencional (las reglas) y otro no convencional (los principios). Asumir una concepción puramente convencional del Derecho significaría entonces reducir el Derecho a un conjunto de reglas, a un mero producto de la voluntad, y de ahí que, en relación con la aplicación, los jueces, al menos en la medida en que el contenido explícito de esas reglas no sea controvertido, no podrían ir más allá, esto es, no podrían atender a las razones subyacentes a las normas (a las que no se llega simplemente tratando de averiguar la intención de sus autores). O dicho todavía de otra manera, para un positivista, interpretar una norma significaría acudir a las convenciones lingüísticas (la interpretación literal) o, en su caso, a la intención del autor, pero, si esos dos recursos fracasan (o son insuficientes) lo que queda es la creación discrecional de Derecho: salirse del Derecho establecido para dar solución al caso. Esta es, en efecto, una manera de entender lo de las fuentes sociales del Derecho, distinta desde luego de la anterior y asumida al menos por muchos positivistas jurídicos.

Así, un ejemplo interesante de esta última concepción del Derecho lo encontramos en uno de los últimos trabajos de Carlos Alchourrón, destinado a dar cuenta de la nota de derrotabilidad que caracteriza a las reglas jurídicas y, en general, a los enunciados condicionales. Sin entrar en detalles, lo que Alchourrón sostiene ahí es que las reglas jurídicas pueden tener

excepciones implícitas, esto es, pueden surgir circunstancias que conforman el antecedente de las mismas y que el legislador no previó, de tal manera que una norma explícita que tuviera la forma “si p entonces debe ser q”, puede transformarse en esta otra: “si p y r entonces no debe ser q”. Se trata, la de Alchourrón, de una concepción del Derecho (y de la interpretación jurídica) que es más amplia que la que algunos iuspositivistas suelen suscribir (pienso, por ejemplo, en autores como García Amado o Ferrajoli, que no parecen admitir tal cosa, esto es, para ellos, la aceptación de una excepción implícita significaría salirse del sistema), pero el límite para Alchourrón vendría dado por lo que él llama la “concepción disposicional de la derrotabilidad”. O sea, la excepción implícita podría aceptarse únicamente si tenemos razones para pensar que el autor de la norma, de haberse planteado la existencia de la nueva circunstancia, r, no habría derivado la consecuencia q. Lo que significa (no hace falta que me detenga en este punto) que la concepción de la interpretación de Alchourrón se correspondería con lo que Dworkin llamaba “intencionalista” y que, como es sabido, contraponía a la suya: la “constructivista”.

Pero no está ya tan claro que esa concepción convencionalista (intencionalista) del Derecho se les pueda atribuir a todos los positivistas jurídicos. Creo que no se puede aplicar (o no claramente) a Laporta y a otros iusfilósofos de la Universidad Autónoma de Madrid, como Hierro o como Juan Carlos Bayón. Laporta, en concreto, ha defendido provocativamente la conveniencia de una interpretación “formalista”, “literalista”, del Derecho, pero lo ha hecho de una manera ambigua, o sea, lo que yo creo que viene a decir, en el fondo, es algo así como lo siguiente: “en la medida de lo posible, si no surge una circunstancia excepcional, las normas jurídicas deben interpretarse de manera formalista, literal”. Pero eso es algo, claro está, con lo que también Miguel Ángel Rodilla (y yo mismo) estamos de acuerdo; una propuesta que, en realidad, es equivalente a la de no hacer una utilización abusiva de los principios o, dicho de otra manera, al reconocimiento de que en la medida de lo posible, en la mayoría de los casos jurídicos, estos deben ser resueltos mediante la aplicación de reglas.

Tampoco me parece que pueda aplicarse a positivistas jurídicos como Schauer o a los positivistas incluyentes, como Josep Joan Moreso, aunque aquí es posible que esté entrando en terrenos movedizos, pues a mí me parece muy dudoso que a alguien como a Moreso se le pueda calificar de positivista jurídico, por más que él reivindique ese rótulo. De manera que la cosa puede quedarse en que no todos los autores que se consideran iuspositivistas parecen suscribir la tesis de la convencionalidad del Derecho, entendida esa propiedad en el sentido de intencionalidad.

Y si ahora quisiéramos, en relación con esa tesis de las fuentes sociales, precisar en qué consistiría la diferencia entre los autores positivistas y los postpositivistas, me parece que puede resultar clarificador introducir una distinción que alguna vez ha utilizado Josep Aguiló. Según él, lo que caracteriza a los autores positivistas es la distinción entre casos regulados (por reglas) y no regulados; estos últimos son los que se resuelven mediante

discrecionalidad, esto es, saliéndose del Derecho. Mientras que para los postpositivistas la distinción crucial es la que tiene lugar entre casos fáciles y difíciles: en los dos tipos de casos hay una presencia de los principios, y los principios presuponen la tesis de la única respuesta correcta, pero la diferencia estriba en que los casos fáciles, a diferencia de los difíciles, no exigen una deliberación. Aguiló se refiere también a que es típico de los autores postpositivistas el no quedarse en un plano meramente convencional (en el sentido en que Kohlberg o Habermas hablan de moral convencional), sino que ellos dan el paso al nivel postconvencional de la moral; lo cual es otra manera de decir que no se quedan, al manejar el material jurídico, en la fase que Dworkin llamaba "interpretativa", sino que llegan hasta la postinterpretativa o constructiva en la aplicación delDerecho.

Bueno, yo creo que esta última es aproximadamente la misma idea que encontrábamos en Rodilla cuando éste decía que los principios jugaban un papel también en los casos fáciles. Y que los sistemas jurídicos no son convenciones puras como los juegos, puesto que les es inesquivable una pretensión de rectitud, razón por la cual –añadía- el recurso de los jueces a la moral no puede ser simplemente a la moral convencional o positiva o a sus propias convenciones morales personales, sino a la moral justificada, esto es, a la moral "postconvencional" que mejor pueda dar cuenta de las convenciones en que (al menos en parte) consiste el Derecho. Y me parece que a lo que nos lleva todo lo anterior, de nuevo, es al Derecho en cuanto práctica social de carácter autoritativo (quizás sea ésta una manera de traducir "convencional", y con la que yo podría estar de acuerdo: los materiales autoritativos, aunque interpretables, marcan un límite infranqueable a la labor de aplicación del Derecho) con la que se trata de perseguir ciertos fines y valores. Esos fines y valores peculiares del Derecho es lo que distingue el Derecho de otros juegos, algunos de los cuales, por cierto, quizás requieran también de principios para ser adecuadamente comprendidos y jugados. O sea, la clave está en la noción de práctica social, más bien que (simplemente) en la configuración del Derecho como un conjunto de reglas y de principios.

5.3.

Mi último comentario supone, quizás, más que una sugerencia, una llamada a tomar en consideración algunas de las cosas que Miguel Ángel Rodilla ha escrito sobre Hobbes, que es bastante: aparte de lo que figura en el libro Contrato social, dos introducciones a otras tantas obras de Hobbes, de las que Rodilla es también traductor: Behemoth y Diálogo entre un filósofo y un jurista del common law. Leyendo esos trabajos, uno se da cuenta de que Hobbes es un autor que realmente le fascina pero, sin embargo, Rodilla ha sido capaz también de resistirse a esa fascinación, o sea de tomar la adecuada distancia del filósofo inglés, lo que quizás no pueda decirse de muchos otros autores contemporáneos muy influidos por Hobbes.

Pienso, por ejemplo, en un libro reciente de José Luis Pardo, Estudios del malestar, en el que se presenta a Hobbes como el gran teórico del Estado de Derecho. Pero no lo ha sido, y

Rodilla explica muy bien por qué. Pues Hobbes es el primer gran teórico del Estado moderno, cuyas tesis no sería acertado aproximar a las del Estado totalitario, al tiempo que en su obra pueden encontrarse algunos de los principios del liberalismo y, en particular, el principio de legalidad. Pero en Hobbes no hay una racionalización interna del poder del Estado, y por ello no puede considerársele como un teórico del Estado de Derecho ni, menos aún, de su forma más avanzada, del Estado constitucional: de Hobbes no puede extraerse, por ejemplo, la diferencia entre ley constitucional y ley ordinaria, de manera que el poder político no es, en la concepción hobbesiana, susceptible de una articulación constitucional.

Pienso también en la obra de Ferrajoli, uno de los teóricos del Derecho más destacados (e influyentes) en los últimos tiempos y que ha reivindicado mucho la obra de Hobbes, entre otras cosas, para defender una concepción iuspositivista (y constitucionalista) del Derecho. Ferrajoli suele acudir para ello a un célebre pasaje del Diálogo entre un filósofo y un jurista del common law, en el que el filósofo (que representa la posición de Hobbes) afirma, frente al jurista (un defensor de la concepción "racionalista" del Derecho de Coke), que es la autoridad y no la razón lo que crea el Derecho: auctoritas non veritas facit legem. A lo que Ferrajoli añade que, cuando se pasa del nivel de la legislación al de la jurisdicción, los términos se invierten: veritas non auctoritas facit iudicium, de manera que la actividad jurisdiccional es vista por Ferrajoli en términos meramente cognoscitivos: el juez no puede crear Derecho, el "poder dispositivo " del juez es siempre ilegítimo aunque en alguna ocasión (como consecuencia de los defectos de las leyes) al juez no le quede otro remedio que hacerlo (se trata del poder discrecional al que antes se hacía referencia). Pues bien, sin entrar en un análisis propiamente comparativo entre la interpretación que de Hobbes hacen Rodilla y Ferrajoli, yo creo que se podría decir también aquí (me parece que es lo que diría Rodilla) que Ferrajoli no es consciente de que la concepción del Derecho de Hobbes está indisolublemente ligada a una serie de presupuestos que son incompatibles con el Estado constitucional. O sea, Ferrajoli parece pasar por alto que la concepción de Hobbes está lógicamente vinculada con el positivismo ideológico, o sea, con la tesis de que las leyes (las leyes positivas) no pueden ser injustas. Me temo también que el no- cognoscitivismo de Ferrajoli en materia moral, que le lleva a no poder propiamente fundamentar los derechos fundamentales, lo que supone dejar en el aire toda su teoría (dirigida precisamente a la defensa, protección y desarrollo de los derechos fundamentales), puede tener mucho que ver con Hobbes y con una concepción puramente convencionalista de la justicia. Los derechos fundamentales –la ética- no tendrían otro fundamento que las convenciones, y ésta, por cierto, es una tesis que caracteriza no sólo a muchos autores positivistas, sino también a los de inspiración marxista, a los "críticos" (como Juan-Ramón Capella), pero no a postpositivistas como Rodilla.

Hobbes, como sabemos, ha vuelto a tener un gran predicamento en esta época de la globalización, fundamentalmente entre quienes tienen una percepción más bien negativa de ese fenómeno. En un Congreso de la IVR que se celebró hace cosa de una década (en Granada), tanto Ferrajoli como Capella y Laporta se refirieron en sus ponencias a Hobbes,

a su manera de entender el estado de naturaleza, para describir la situación actual o la situación a la que podría llevarnos la globalización; y nos recordaron la célebre y terrible frase del Leviathan con la que se caracteriza la situación del hombre en el estado de naturaleza: “una vida solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta”. En un reciente libro, una obra póstuma, de Zygmunt Bauman, Retrotopía, el sociólogo polaco parece haber dado una nueva vuelta de tuerca al planteamiento hobbesiano: “[N]os encontramos en una situación de guerra de todos contra todos no por la ausencia de un todopoderoso Leviatán, sino por la presencia coincidente de numerosos (demasiado numerosos) Leviatanes” incapaces de realizar la tarea para la que había creado Hobbes esa figura: “El Leviatán propiamente dicho(…)ha desaparecido por completo de nuestro panorama” (p.53)

Pues bien, yo creo que así como el futuro de la especie quizás dependa de que se cree algo así como un momento hobbesiano1, o sea, se llegue a la idea compartida (especialmente por los más poderosos, por el poder financiero, etc.) de que nadie es invulnerable, de que hay un gran mal que nos amenaza a todos (también a ellos) y que sólo puede evitarse si también ellos están dispuestos a ceder algo de sus privilegios (por ejemplo, a contribuir en forma de impuestos al bienestar de la inmensa mayoría); la teoría del Derecho podría también beneficiarse mucho (quizás incluso asegurar su supervivencia) si es capaz de asumir, de desarrollar, algunas de las ideas hobbesianas que Miguel Ángel Rodilla nos ha explicado de manera magistral en sus escritos. Yo destacaría estastres:

El Derecho, como el Estado, no es algo natural, sino una invención, un artefacto –una convención, en uno de los sentidos de esta expresión- creados para satisfacer ciertos propósitos. De ahí la necesidad de establecer normas dotadas de coacción y un aparato de tipo burocrático, aunque el Derecho no sea solamenteeso.

1 Como me lo ha señalado el propio Miguel Ángel Rodilla, en realidad, ya vivimos en ese momento, de manera que lo que haría falta es que “los actores implicados” fuesen lo “suficientemente (egoístas) racionales como para no dejarse ofuscar por las ganancias inmediatas o para preferir la aniquilación del contrario aun a riesgo de empeorar la situación de uno mismo”.

Lo que genera la existencia de esos artefactos es el conflicto, la necesidad de encontrar una solución a la insociabilidad humana o, como lo decía Kant, a la “insociable sociabilidad” de los hombres, que es para lo que surge la noción de contrato social, que Hobbes teoriza por primera vez. Y como Rodilla ha sintetizado perfectamente: “Expresándolo en términos de teorías de los juegos, podríamos decir que el Estado es un artificio que transforma un juego no cooperativo y de suma cero o de suma negativa, en un juego cooperativo y de suma positiva, en el que todos los participantes salen ganando (Contrato social, p. 113). Como antes decía, muchos autores postpositivistas, como Dworkin o Alexy, tienden a poner mucho el acento en la pretensión de rectitud y a descuidar el elemento de conflicto. Una perspectiva más hobbesiana podría contribuir por ello a lograr un adecuado equilibrio entre esas dos

dimensiones inesquivables del Derecho: su origen en el conflicto social y su propósito de encontrar soluciones justas almismo.

La tercera idea que tomar de Hobbes se dirige más bien a los autores “críticos” y, en general, a quienes tienen una actitud escéptica hacia el Derecho, hayan pasado o no por Marx. Pues bien, Hobbes se equivocó al afirmar que ninguna ley puede ser injusta, pero acertó al considerar el Derecho y el Estado como condiciones para que pueda haber moral: el estado de naturaleza, como nos dice Rodilla, es prejurídico, prepolítico y premoral. No quiere ello decir, claro está, que cualquier forma de Derecho o de Estado está justificada, pero sí que la idealidad social requiere de una organización jurídica y política de la sociedad. Ésta, creo, es una de las ideas más importantes del libro de Habermas Facticidad y validez, y aunque es posible que este último autor se haya excedido algoal subrayar tanto las relaciones de complementariedad entre el Derecho y la moral, no me parece que lo haya hecho al poner de manifiesto que, en el contexto de nuestras sociedades, sólo el Derecho puede hacer posible la moralidad.

Y, en fin, a esas tres tesis hobbesianas habría que añadir esta otra que, me parece a mí, viene a ser el principal leit motiv del trabajo intelectual de Rodilla: la necesidad de construir la teoría del Derecho y del Estado aunando la racionalidad instrumental y estratégica hobbesiana con la racionalidad práctica, comunicativa o como queramos llamarla, de inspiración kantiana. Necesitamos, de alguna manera, conciliar a Hobbes con Kant, y seguramente eso es lo que ha llevado a Rodilla a dedicar sus mayores esfuerzos al estudio de la obra de un autor al que aquí no he hecho ninguna referencia: John Rawls.

PROCESSO E VERITÀ NELLA TRANSIZIONE. (X)

Michele Taruffo

Emerito nell'Università di Pavia (Italia)

Sommario: **1. Introduzione. 2. Quale verità. 3. Contro la verità. 4. Le "Commissioni per la Verità". 5. I processi penali. 6. Due esempi di transizione: a) Brasile; b) Colombia.**

1. *Introduzione*

Uno dei problemi più interessanti che si pongono a proposito della c.d. giustizia di transizione è se in essa trovi spazio la ricerca della verità sui crimini commessi –soprattutto nell'ambito del terrorismo di Stato- nelle epoche caratterizzate da regimi totalitari e dittatoriali per i quali la violenza, nelle forme anche più terribili, era pratica quotidiana per la repressione del dissenso e dell'opposizione politica. Un aspetto rilevante di questo problema riguarda la funzione che al riguardo può essere svolta da processi e indagini giudiziarie. E' evidentemente impossibile un'analisi completa relativa a tutte le vicende di transizione per il loro numero, la loro complessità e il loro verificarsi in momenti storici diversi in varie parti del mondo. Si rivolgerà dunque l'attenzione in particolare ad alcuni paesi dell'America Latina, che rappresentano esempi molto interessanti del problema della verità e del processo nella transizione.

Sempre più spesso si parla, infatti di un "diritto alla verità", ma come si vedrà più oltre il riconoscimento di questo diritto è abbastanza incerto e conosce forti variazioni nelle diverse situazioni storiche e politiche. Inoltre, come pure si vedrà, la stessa idea di verità che dovrebbe costituire l'oggetto di questo diritto viene definita in maniere assai differenti da caso a caso, il che complica ulteriormente i termini del problema.

Facendo riferimento ad un tema così vasto e complesso come quello della giustizia di transizione , è opportuno indicare preliminarmente la prospettiva nella quale ci si pone. La premessa fondamentale dalla quale si prendono qui le mosse potrebbe essere definita come il valore sociale e giuridico della verità, ossia il ruolo e la funzione che il concetto di verità assume non solo in contesti specifici come la scienza o la teoria della conoscenza, o anche della stessa giustizia di transizione, ma anche e soprattutto sul piano più ampio e generale della dinamica sociale, politica e giuridica.

Un riferimento importante va fatto allora a Bernard Williams, che nel suo ultimo libro, dedicato appunto alla verità, analizza la connessione tra verità e politica. In particolare è rilevante l'argomento "anti-tirannia", fondato sulla considerazione che la verità costituisce un carattere essenziale della democrazia, in quanto assicura la libertà dei cittadini contro il potere tirannico. Egli dimostra che questo aspetto non è contingente, e costituisce piuttosto un carattere *universale* della verità e della democrazia, anche se per assicurare l'esistenza di un sistema ispirato al *liberalism* occorrono altre condizioni. In sostanza, il valore politico della verità deriva dal fatto che la misura in cui un sistema politico si fonda sulla verità dei rapporti tra potere e cittadini condiziona il grado di democraticità del sistema: il potere tirannico si basa sulla "verità avvelenata", ossia sulla menzogna, mentre il sistema democratico si fonda sul principio di verità.

La tesi secondo la quale la verità costituisce un carattere fondamentale della democrazia *liberal* non è peraltro solo di Williams. Nella stessa linea di pensiero si collocano anche altri filosofi come ad esempio, Michael Lynch il quale insiste sul valore fondamentale della verità nel contesto della democrazia *liberal* analizzando il valore politico e sociale della verità, specificando che il relativo concetto "ci permette di pensare che qualche cosa possa essere giusta anche se coloro che hanno il potere non sono d'accordo". La conseguenza è che "*se teniamo ai valori liberali dobbiamo tenere alla verità*".

Va inoltre sottolineato che il principio di verità si configura come condizione essenziale per l'effettività dell'ordinamento giuridico. Dato che le norme giuridiche sono destinate a regolare i comportamenti dei consociati, pare evidente che questa finalità verrebbe completamente frustrata qualora i cittadini pensassero che la violazione delle norme non comporterebbe alcuna conseguenza o provocherebbe conseguenze del tutto casuali, e qualora non vi fosse nessuna ipotesi credibile circa le conseguenze delle condotte dei singoli, siano esse conformi o contrarie a quanto prevedono le norme giuridiche.

Più specificamente, la considerazione del valore giuridico della verità si riferisce all'amministrazione della giustizia, in generale e nelle sue varie articolazioni. Si può dire in sintesi che –almeno nei sistemi costituzionali in cui vige il principio di legalità- scopo essenziale dell'amministrazione della giustizia è la corretta interpretazione e applicazione della legge nelle decisioni relative alle controversie che vengono portate di fronte ai tribunali, ma la correttezza di tali decisioni (più esattamente: la loro giustizia) dipende essenzialmente dall'accertamento della verità relativa alle circostanze di fatto che stanno alla base di ogni singola controversia. Come scrive D'Agostini, "la verità non è <<importante>> è inevitabile".

2. *Quale verità.*

Nella prospettiva ora indicata il riferimento alla verità potrebbe essere interpretato in maniera relativamente semplice: sembrerebbe infatti ragionevole adottare –in particolare con riferimento alla verità dei fatti nell'amministrazione della giustizia- un concetto di verità riconducibile alla prospettiva di realismo critico che ora sembra riguadagnare terreno dopo la fine della parabola postmodernista, e che pare più adeguato nel contesto dell'amministrazione della giustizia. Tale concetto si riferisce alla verità come *corrispondenza,* ossia al rapporto tra la descrizione di un fatto e la realtà empirica di quel fatto, in base alla regola per cui è la realtà di cui si parla a stabilire la verità o la falsità di ciò che si dice. Come già si è accennato, l'esigenza fondamentale è che nel processo si accerti per quanto possibile la verità dei fatti, ossia si ricostruisca la realtà di ciò che si dice essere accaduto. Se si riconosce che l'accertamento della verità dei fatti è una condizione *necessaria* per la corretta applicazione della legge e quindi per la giustizia della decisione, non si può negare -al di là dei giochi di parole che sembrano frequenti su questi temi- che la ricerca e l'accertamento della verità sui fatti che sono oggetto di decisione sia almeno *uno dei fini* del processo.

Bisogna tuttavia considerare che quando il problema della ricerca della verità si pone nell'ambito delle fasi di transizione da regimi dittatoriali e totalitari, caratterizzati dal compimento di migliaia o decine o centinaia di migliaia di crimini, a sistemi democratici (o quasi democratici), il problema si complica per una serie di ragioni che qui possono essere soltanto indicate in termini generali.

Da un lato, la letteratura che si occupa del problema parla della verità in termini assai diversi da caso a caso, sicchè pare praticamente impossibile stabilire un minimo di coerenza nei concetti ai quali si fa riferimento. Circolano infatti diverse idee di verità "transizionale": per un verso si distingue una verità come "riconoscimento", che si configura come ufficiale e pubblica, e una verità come conoscenza dei fatti, che sarebbe allora "individuale"; per altro verso si distinguono la verità "fattuale" (o forense); la verità personale (o narrativa); la verità "sociale (o dialogica), e la verità "curativa" e restaurativa; tutti concetti che presuppongono una scienza sociale confusa e hanno scarsi fondamenti teorici.

Altre volte, si parla della verità in un numero anche assai maggiore di significati, a seconda dei contesti ai quali si fa riferimento. Così, ad es., si parla di verità e religione, di verità e diritto, di verità forense, di verità narrativa (personale), di verità dialogica, di desiderio di verità delle vittime, di verità restaurativa diretta alla riconciliazione e alla riparazione dei danni, di verità e politica. In proposito vale la pena di rilevare che nella totale confusione di questi discorsi si perde di vista qualunque concetto di verità e parlare della verità in contesti così vaghi e variabili diventa una sorta di impresa vana senza alcun risultato attendibile: di fatto il concetto di verità finisce col dissolversi in una quantità di significati profondamente diversi, spesso tra loro incompatibili ed incoerenti. Pare allora evidente

l'impossibilità di occuparsi della verità in tutte le numerose e spesso indefinite varianti del significato che di volta in volta la letteratura sulla transizione attribuisce al termine "verità". Ad esempio, se si parla della verità come "riconoscimento" da parte del responsabile di un crimine, o da parte dello Stato nelle ipotesi di terrorismo di Stato, non si sta evidentemente parlando della conoscenza fattuale di ciò che è avvenuto: il riconoscimento può essere parziale, incompleto, o addirittura falso, con lo scopo di nascondere tutte le reali responsabilità. Analogamente, se si parla di verità "narrativa" si ha a che fare con racconti rispetto ai quali non si ha alcuna garanzia di veridicità fattuale.

Le premesse che si sono indicate in precedenza inducono peraltro a concentrare il discorso su uno di questi significati. In particolare, se si parla di verità come fondamento di effettività del diritto e come requisito necessario dell'amministrazione della giustizia e della decisione giudiziaria, si sta parlando della verità *fattuale* con ciò intendendo ciò che i giuristi normalmente intendono per "verità", ossia l'accertamento oggettivo e completo, fondato su conoscenze e prove controllabili, delle circostanze di fatto che stanno alla base della decisione giudiziale. Nei casi che rilevano in questa sede, ossia quando si tratta di crimini contro l'umanità nelle varie forme che essi hanno assunto, parlare di verità fattuale nel senso compiuto del termine significa che si debbono accertare tutte le circostanze in cui si è verificato ogni singolo fatto criminoso, individuando non solo le vittime e le modalità del loro assassinio, della loro sparizione forzata o delle torture che hanno subito, ma anche e soprattutto l'identità dei soggetti direttamente e indirettamente responsabili di questi eventi. Sembra infatti difficile parlare di una verità "sociale" o "collettiva" nella quale non si faccia riferimento alla verità specifica, completa e "individuale" dei fatti che sono oggetto di conoscenza collettiva. Il rischio evidente in questi discorsi è che si parli della verità in termini così vaghi da essere completamente privi di connessione con la conoscenza di ciò che è *effettivamente* accaduto.

Dall'altro lato,in linea di principio non si nega espressamente l'opportunità che nella c.d. giustizia di transizione si ricerchi la verità dei fatti, ed anzi si insiste su questa necessità con dichiarazioni spesso retoriche e roboanti, ma in molti casi si osserva che la ricerca della verità sarebbe in contrasto con uno dei fini principali della transizione, ossia con la riconciliazione sociale che dovrebbe segnare l'inizio di un'era di democrazia e pacificazione. In altri termini, si finisce col sostenere che il silenzio e la dimenticanza rispetto ai crimini passati siano il metodo migliore per facilitare la costruzione della nuova società. Come si intuisce facilmente questo orientamento può essere –ed in concreto spesso viene- contestato: non solo per le vittime dei crimini in questione, ma per la società in generale, può essere difficile o impossibile accettare che gravi violenze compiute ai danni di migliaia di persone vengano passate sotto silenzio in nome della pacificazione sociale.

Si tratta, come è evidente, di un problema essenzialmente politico. I fautori di una possibile e sperabilmente rapida riconciliazione tendono ad evitare o impedire che si scopra davvero la verità sul passato, e sui crimini commessi dai regimi precedenti. Al più si ammette che in favore delle vittime vi sia qualche forma di riparazione, economica o simbolica, e che ciò sia sufficiente a giustificare il silenzio su ciò che davvero è avvenuto, anche quando si tratta di crimini gravissimi che hanno colpito decine o centinaia di migliaia di persone. Talvolta questo orientamento viene giustificato dicendo che il perseguire i colpevoli può avere importanti costi politici, ed osservando che non esiste solo la giustizia retributiva, ma esistono anche la giustizia restaurativa, la giustizia di deterrenza, la giustizia compensativa, la giustizia distributiva, la giustizia riabilitativa, la giustizia come affermazione della dignità umana e la giustizia esonerativa. Pare evidente che qui ci si trova di fronte all'ennesimo tentativo di confondere e rendere vaghi i concetti con i quali si ragiona, con la conseguente dissoluzione dei relativi significati, nella quale allora perde importanza l'idea che una nozione fondamentale di giustizia presupponga l'accertamento della verità dei fatti, in nome di una generica ed essenzialmente politica tendenza alla restaurazione di un ordine sociale.

In proposito gli argomenti critici possibili sono vari, ma qui si può solo accennare ad alcuni di essi. Da un lato, va osservato che il favore per la dimenticanza in nome di una qualsiasi pace sociale non è generalmente condiviso. Non manca, infatti, chi sostiene giustamente la necessità che venga accertata la realtà dei fatti, sia perché la verità favorisce il conseguimento della giustizia, sia perché il risarcimento o la compensazione delle vittime si considerano insufficienti, e si ritiene che sia necessaria anche la

sanzione penale a carico dei responsabili, sia perché –inoltre- l'eventuale perdono ed ogni forma di compensazione presuppongono che si stabilisca "chi perdona chi" e "per che cosa", e chi merita quale compensazione, e per quale ragione. Anche queste modalità di conciliazione presuppongono dunque un accertamento specifico e completo della verità dei fatti. Si delinea allora una sorta di dilemma tra verità e giustizia, come se fosse possibile conseguire la giustizia senza accertare la verità, anche se non mancano opinioni secondo le quali questo dilemma non ha senso, posto che l'accertamento della verità è una condizione necessaria perché si faccia giustizia.

Esistono peraltro numerosi esempi, come quelli che riguardano la fine dei sistemi totalitari in Germania, in Italia e in Spagna, nei quali la transizione dai regimi totalitari ai regimi democratici è avvenuta senza che ci sia stato un effettivo accertamento della verità sui crimini commessi sotto quei regimi, sicchè si potrebbero formulare fondati dubbi circa la qualità della democrazia che si costruisce sulla base del silenzio relativo a tutto ciò che di criminale è avvenuto sotto il regime precedente: il fatto è che in questo modo i vecchi criminali, che in massa sfuggono alla giustizia, si convertono in buoni ed onorati cittadini della nuova democrazia. In proposito ci si può allora chiedere se si possa davvero parlare di democrazia quando si parla di un sistema politico che sistematicamente evita di ricercare la verità sui suoi immediati precedenti storici, pur essendo chiara la quantità e la qualità dei crimini allora commessi.

3. *Contro la verità.*

L'atteggiamento di rifiuto nei confronti della verità, al di là delle declamazioni astratte, è piuttosto diffuso: molti dicono che ricercare la verità è un errore che rende più difficile la realizzazione della giustizia "restaurativa" che sarebbe lo scopo principale, o l'unico, della transizione, e che quindi è più opportuno garantire l'impunità ai responsabili dei crimini contro l'umanità, come mezzo per favorire la riconciliazione. Il metodo che viene usato più spesso per conseguire questo risultato consiste nell'approvare una legge di amnistia. Risulta infatti che esso è stato applicato in tutto il mondo -negli anni dal 1970 al 2007- in ben 424 casi, ossia nel 50% delle situazioni di transizione. La ragione di questo fenomeno così diffuso è ovvia: l'amnistia cancella la responsabilità, rende impossibile qualunque processo giudiziario, consente il pacifico reinserimento dei criminali nella società "riconciliata". Quanto ciò abbia giovato alla democrazia dei sistemi che hanno fatto ricorso alle amnistie è un problema essenzialmente politico che rimane aperto, rispetto al quale -tuttavia- si giustifica ogni scetticismo.

Vi sono comunque alcune osservazioni ulteriori che meritano di essere almeno accennate.

E' anzitutto opportuno distinguere tra amnistie ed *autoamnistie.* Le prime vengono promulgate *dopo* la caduta dei regimi dittatoriali, e quindi derivano dai tentativi di riconciliazione effettuati dai regimi democratici successivi. Un esempio importante è quello dell'Argentina: terminata la dittatura dei colonnelli nel 1983, una commissione per l'indagine sui *desaparecidos* denominata CONADEP svolse ricerche conseguendo informazioni che potevano essere utilizzate in successivi giudizi penali e presentò un rapporto denominato *Nunca Más* che conteneva numerose prove dei crimini commessi sotto la dittatura. Tuttavia, pochi anni dopo e per pressioni politiche da parte dei militari, la *Ley de punto final* nel 1986 e la *Ley de obediencia debida* del 1987 stabilirono l'impunità per gli autori di questi crimini. Si trattava evidentemente del tentativo del governo democratico di chiudere con il silenzio la tragica vicenda degli omicidi, delle sparizioni e delle torture (poste in essere in 340 centri) che a decine di migliaia avevano segnato la storia di quel paese. A queste leggi fecero poi seguito vari indulti concessi durante il Governo Menem, che estinsero le pene e i processi in corso. L'impossibilità di giungere a condanne giudiziarie diede luogo ad un fenomeno di grande interesse come i *juicios por la verdad,* ma essa durò a lungo, ossia sino al 2005, quando la Corte Suprema dichiarò che le due leggi del 1986 e del 1987 erano incostituzionali. E' dunque venuto meno il regime di impunità, ma per giungere a questo risultato sono occorsi quasi vent'anni, durante i quali le amnistie avevano potuto produrre i loro risultati.

Se questo accade per le amnistie che si possono considerare "ordinarie", a maggior ragione le

intenzioni di impedire la scoperta della verità sono manifeste nelle c.d. autoamnistie, ossia le amnistie che vengono decretate dagli stessi regimi dittatoriali allo scopo di evitare sanzioni per gli autori dei crimini commessi nell'ambito del terrorismo di Stato. Gli scopi dichiarati di queste amnistie sono solitamente indicati con finalità di pacificazione sociale, come se esse fossero a favore di tutti gli autori di atti di grave violenza, ma –trattandosi appunto di previsioni di carattere generale- l'effetto pratico che in realtà viene raggiunto è quello dell'impunità degli autori dei crimini commessi da organi statali come l'esercito, la polizia, i paramilitari, i servizi segreti.

Un esempio famoso è stato quello dell'amnistia proclamata da Pinochet negli ultimi anni del suo regime. Nel 1978 viene infatti approvata una legge per l'amnistia dei crimini compiuti dal 1973 al 1978, ma solo nel 1998 la Corte Suprema cilena afferma che essa non si applica ai crimini commessi in violazione di diritti umani. In ogni caso, ed essendo incerto se tale legge continua ad essere applicata, e in quale misura, rimane il fatto che essa è tuttora in discussione, e quindi può sempre trovare applicazione.

Vero è che in molti casi le amnistie e le autoamnistie vengono prima o poi dichiarate incostituzionali o comunque illegittime, ma normalmente ciò accade a distanza di molti anni. La conseguenza è allora che in varia misura le amnistie conseguono di fatto i risultati ai quali erano finalizzate, ossia la cancellazione delle responsabilità della maggior parte degli autori dei crimini contro l'umanità.

Rimane dunque aperta la questione se vi siano amnistie che possono in qualche modo essere accettate o tollerate. In linea di principio, ed in base alle premesse chiarite all'inizio, la risposta dovrebbe essere nettamente negativa. Eccezion fatta per i -rari- casi in cui l'amnistia viene concessa a chi riconosce le proprie responsabilità, infatti, l'effetto tipico dell'amnistia è quello di impedire che si giunga all'accertamento della verità sui crimini in questione, ed in particolare che si identifichino ed -eventualmente- si sanzionino i responsabili. Dunque *nessuna* amnistia è compatibile con il principio per cui la democrazia si fonda sulla verità.

Può essere eventualmente diversa la valutazione *politica* delle amnistie, a seconda delle circostanze in cui queste vengono concesse e vengono mantenute. Si tratta, in altri termini, di stabilire se in ogni specifica situazione sia più *vantaggioso* cancellare la verità sui crimini passati in cambio della speranza di una rapida pace sociale, ovvero se si ritiene comunque che non si consegua la costruzione di una vera democrazia senza che tale verità venga compiutamente determinata. Nel migliore dei casi, dunque, potrebbero essere tollerate quelle amnistie che, concesse in regimi democratici, tuttavia non escludono la scoperta della verità sui crimini contro l›umanità commessi dalle dittature, mentre non potrebbero essere approvate quelle amnistie che -se pur introdotte o confermate in regimi democratici- abbiano comunque l›effetto di precludere la ricerca della verità.

4. Le "Commissioni per la Verità"

In molte situazioni di transizione si afferma a gran voce il "Diritto fondamentale alla verità" sui crimini contro l›umanità commessi durante i regimi dittatoriali, e si creano apposite commissioni con il compito di accertare queste verità. Sino al 2007 erano state create non meno di 68 commissioni di questo tipo, ma molte altre vennero create successivamente, come la commissione brasiliana che venne istituita solo nel 2011. La composizione di queste commissioni varia molto da caso a caso, così come varia la definizione dei loro compiti. Appare però evidente che la ricerca della verità che esse debbono svolgere è solitamente più limitata di quella che potrebbe porre in essere un tribunale, e normalmente si concentra sulle vittime, ossia sulla loro identificazione e sull›accertamento delle modalità con cui sono avvenuti i crimini in loro danno, mentre un›attenzione scarsa o nulla viene riservata all›identificazione dei colpevoli. Si dice, in sostanza, che il "diritto alla verità" spetta soprattutto alle vittime di questi crimini, mentre importanza minore viene attribuita alla scoperta di "tutta" la verità. Anche in funzione di questi limiti, si riconosce che queste commissioni hanno avuto un rilievo secondario nella transizione, e hanno in qualche modo contribuito ad essa ma solo in combinazione con amnistie e processi.

Questa valutazione non particolarmente positiva non può però essere generalizzata, poiché non mancano esempi nei quali il lavoro delle commissioni si è svolto in maniera intensa ed approfondita ed ha prodotto risultati rilevanti.

Uno di questi esempi è costituito dalla commissione creata in Perù nel 2001, con il compito di indagare sulle violenze e sui crimini contro l›umanità commessi nel periodo dal 1980 al 2000. E› da notare che si tratta in realtà di due periodi abbastanza distinti: dal 1980 ai primi anni ‹90 la situazione del paese era caratterizzata dalla guerriglia, tra cui soprattutto il movimento di *Sendero Luminoso*, mentre nel decennio successivo la violenza venne praticata soprattutto dallo Stato sotto la dittatura di Alberto Fujimori. La commissione lavora intensamente dal 2001 al 2003, raccoglie una quantità impressionante di documenti e di testimonianze, e pubblica un rapporto in 9 volumi. I risultati dell›indagine svolta dalla commissione sono impressionanti: basti ricordare che si accerta la morte o la sparizione forzata di 69.280 persone (peraltro un numero non definitivo) e si scoprono 4.600 sepolture clandestine. Sulla base di questa massa di informazioni la commissione suggerisce che si svolgano indagini giudiziarie per accertare le responsabilità di questo impressionante massacro, ma ben poco viene fatto, ed anzi il presidente e i membri della commissione ricevono minacce in conseguenza di ciò su cui avevano indagato.

Un altro esempio molto significativo,- è quello del Cile. In quel paese, come si è visto, l›autoamnistia del 1978 aveva sostanzialmente bloccato qualunque possibilità di accertamento dei crimini verificatisi sotto la dittatura di Pinochet. Peraltro, nel 1990/1991 operò la c.d. “Commissione Rettig”, dal nome del suo presidente, la quale aveva però soltanto il compito di tener conto di casi di morte dovuta ad assassinio, a sparizione forzata o a torture. Curiosamente, la commissione non si occupava di torture che non avessero provocato la morte, quasi che in tal caso la tortura dovesse considerarsi irrilevante. Malgrado queste limitazioni la commissione potè occuparsi di 2.920 casi, per il 95% dovuti a violenze attribuibili ad organi dello Stato, e solo per il 4% dovuti all›azione di gruppi di sinistra. La situazione muta soltanto dopo vari anni, poiché solo nel 2003-2005, e poi nel 2011, opera una commissione (detta “Commissione Walech”) che si occupa di torture e di imprigionamenti illegali, individuando 28.549 vittime (delle quali 1.244 avevano meno di 18 anni e 176 avevano meno di 13 anni) e scoprendo 1200 luoghi di tortura. Anche in questi casi, tuttavia, il compito della commissione è sostanzialmente limitato dal fatto che essa conduce indagini ed identifica le vittime, ma non individua i nomi dei colpevoli, anche se accerta quali organi militari, di polizia o di spionaggio erano coinvolti. Era comunque chiaro che la commissione non poteva fornire informazioni utilizzabili in sede giudiziaria. Rimane poi il fatto che una legge preclude, salvo casi eccezionali, l’accesso alle informazioni contenute nella relazione, per i 50 anni successivi

Un limite analogo caratterizza, infine, la commissione per la verità che operò in Guatemala nel 1997-1999: a fronte di 200.000 morti in 30 anni di guerriglia e di terrorismo di Stato, con 626 massacri addebitabili a militari e paramilitari, che avevano prodotto 42.000 vittime, non vi fu alcuna identificazione dei colpevoli.

Si giustifica allora la diffusa opinione secondo la quale le commissioni per la verità sono state talvolta utili, ma non hanno rappresentato lo strumento più efficace, e tanto meno l’unico strumento, per l’accertamento della verità. Taluni ritengono invece che le commissioni per la verità possano essere istituzioni utili per chiarire la verità al fine di realizzare la *rule of law*.

5. I processi penali.

In via puramente ipotetica si potrebbe ritenere che lo strumento ideale per occuparsi dei crimini, e specialmente dei crimini commessi contro l’umanità, sia il processo, ed in particolare il processo penale. La stessa opinione può valere anche nel caso della giustizia di transizione, posto che una vera giustizia si può conseguire solo dopo aver accertato la verità sui crimini commessi nei regimi totalitari. Nelle varie situazioni di transizione, invece, il ricorso alle investigazioni e ai procedimenti giudiziari aveva finito con l›essere abbastanza infrequente: esso veniva infatti escluso dalle amnistie,

e non rientrava nelle funzioni di varie commissioni per la verità, anche se in qualche caso queste fornivano elementi di conoscenza utilizzabili in sede processuale.

In anni recenti pare che si sia indebolita l'opposizione alla giustizia "retributiva", e sia diminuito il favore per la sola giustizia "restaurativa", con la conseguenza che sembra si stia ampliando il ricorso alla giustizia penale (pur senza escludere l'impiego degli altri strumenti della transizione). Questo sembra essere ad esempio il caso del Cile, ove solo dopo il 1998 si comincia ad accertare penalmente i crimini, processando varie centinaia di ufficiali dell›esercito, 200 dei quali vengono condannati e 59 scontano in carcere le relative condanne, ma anche dell'Argentina.

In proposito sorgono però problemi di varia natura che molto genericamente si potrebbero suddividere in due categorie: problemi *pratici* e problemi *giuridici.*

I problemi *pratici* sono di varia natura, e si sono manifestati con intensità variabile, ma molto forte, in tutti i paesi che si sono presi in considerazione. Senza procedere qui ad una analisi specifica riferita ai singoli ordinamenti, può essere sufficiente far cenno ad un elenco di fattori che, in varia combinazione, hanno fatto sì che la condanna penale dei responsabili dei crimini finisse con l›essere un evento piuttosto infrequente. Anzitutto, va ricordato che in molti casi sia gli organi dell›accusa sia i giudici, spesso rimasti ai loro posti dopo la transizione, ma dopo aver svolto le loro funzioni prima di essa, mostrano una forte inclinazione alla inattività, soprattutto quando si tratterebbe di perseguire crimini commessi sotto le varie dittature. A questo fattore si aggiungono forti pressioni politiche indirizzate ad impedire che si scopra davvero la verità sul passato: anche la classe politica è uscita sostanzialmente indenne dalla fase di transizione, e quindi è ovvio che anche nei nuovi regimi vi siano forze economiche, sociali e politiche che in vario modo si oppongono alla scoperta di verità che potrebbero essere scomode o pericolose. Si spiega allora il fenomeno, che appare abbastanza frequente, di menzogne organizzate, non di rado da parte degli stessi responsabili, allo scopo di impedire la ricerca della verità o comunque di frustrarne i risultati.

Va inoltre ricordato che in molti casi la possibilità di svolgere indagini e di celebrare processi penali è fortemente limitata dal passaggio del tempo, che spesso si misura in alcuni decenni di ritardo rispetto ai fatti. Se un›indagine viene svolta -magari senza particolare energia- a venti o trent›anni di distanza, può essere difficile scoprire le prove di quanto è accaduto, soprattutto quando -come spesso accade- esse sono nelle mani degli stessi organi (Stato, esercito, polizia, paramilitari) di cui hanno fatto parte i responsabili. In questi casi, che rappresentano la quasi normalità, è evidente che le prove sono sparite, sono state nascoste o sono state distrutte. Un macabro ma significativo esempio è costituito da ciò che Pinochet chiamava "trasferimento dei televisori", ossia la prassi di svuotare le fosse comuni sottraendo i miseri resti degli assassinati allo scopo di distruggerli e di impedire in questo modo che si trovassero le prove materiali di ciò che era avvenuto.

Il passaggio del tempo, inoltre, rende molto difficile, se non impossibile, l›identificazione dei colpevoli, o almeno di tutti i colpevoli, con l›ovvia conseguenza che molti di essi non possono essere perseguiti.

A queste difficoltà pratiche si aggiungono talvolta problemi di carattere giuridico che attengono ad alcuni aspetti del diritto penale. Uno di questi problemi deriva dal fatto che se il processo si svolge a distanza di anni o di decenni dai crimini che si tratta di accertare, è molto probabile che sia ormai scaduto il termine di prescrizione di questi reati. Questo problema è stato tuttavia superato a proposito dei crimini contro l›umanità, poiché si riconosce ormai uniformemente che questi crimini non si prescrivono. Un altro problema è quello della irretroattività della legge penale: in sostanza, i crimini contro l›umanità non sarebbero punibili in quanto non erano previsti come tali dal diritto penale interno dei vari ordinamenti nel momento in cui vennero commessi. Questa conseguenza paradossale può essere però evitata. Da un lato, si potrebbe osservare che comportamenti come l›omicidio, la sparizione forzata e la tortura erano già previsti come reati dal diritto penale ordinario, anche se non venivano qualificati con il *nomen juris* di crimini contro l›umanità. Dall›altro lato, i crimini contro l›umanità sono stati da sempre considerati come tali indipendentemente dalla presenza di norme esplicite che li sanzionassero. Non vi sarebbe dunque alcun problema di retroattività, poiché

i crimini contro l›umanità erano già crimini contro l›umanità nel momento in cui furono compiuti.

Si tratta, come è evidente, di argomenti che possono non essere condivisi e possono essere considerati come non perfettamente coincidenti con i dogmi tradizionali del diritto penale, ma non sembra opportuno entrare qui in queste discussioni. Pare invece giustificata una considerazione di carattere generale: l›applicazione rigorosa – e forse eccessivamente formalistica- di questi dogmi può produrre conseguenze difficilmente accettabili, ossia l›impossibilità di far ricorso alla giustizia penale per l›accertamento della verità sui crimini contro l›umanità.

Da un diverso punto di vista si nega che il processo penale sia uno strumento idoneo alla ricerca della verità storica sui crimini contro l›umanità, in base alla differenza che esisterebbe tra l›attività dello storico e quella del giudice. In proposito non vale la pena di riprendere qui lo stantio e ormai desueto dibattito sulle differenze e le analogie tra ciò che fa lo storico e ciò che fa il giudice. Quale che sia il modo in cui si intende in che cosa consiste l›attività dello storico -tema su cui esiste una pluralità di opinioni che qui non possono essere discusse e una vasta letteratura, da Foucault ad Adam Schaff- non si può negare che il giudice abbia come finalità essenziale proprio la ricerca e la scoperta della verità sui fatti che sono oggetto di decisione. Ciò vale in generale, e quindi anche nel processo penale, se si considera -come si è detto più sopra- che la verità dei fatti è condizione necessaria per la corretta applicazione della legge, in ogni sistema ispirato al principio di legalità.

6. Due esempi di transizione: a) Brasile; b) Colombia.

a) Un esempio molto significativo è quello del Brasile, dove la dittatura militare durò dal 1946 al 1988. Già nel 1961 era stata approvata una legge di amnistia, ed un›altra legge analoga era stata approvata nel 1979, ed era stata corretta nel 1985, per essere poi estesa nella sua applicazione nel 1988. Dopo la fine della dittatura militare, nel 1989 fu approvata un›altra legge di amnistia "per crimini politici" che creò una apposita commissione. Sino al 2014 questa commissione ha esaminato 62.000 richieste, ma molti dei prigionieri politici -dell›opposizione alla dittatura militare- non sono stati amnistiati, mentre l"amnistiato politico" che ha partecipato ai crimini commessi nell›ambito del terrorismo di Stato riceve vari vantaggi come la riammissione o la promozione in carriera. Solo nel 2010 la Corte Interamericana dei Diritti Umani, decidendo il famoso caso "guerriglia di Araguaia" afferma che l›interpretazione della legge del 1979 secondo la quale essa impedirebbe le indagini, il giudizio e la sanzione per violazioni dei diritti umani è incompatibile con la convenzione interamericana sui diritti umani, e stabilisce l›obbligo dello Stato di accertare la verità. Il caso del Brasile è molto interessante perché nel 1995 si crea un'altra commissione che lavora per 11 anni e presenta una relazione nel 2007, ma nel 2011 viene creata un'ulteriore commissione che conclude i suoi lavori alla fine del 2014. Il risultato è un rapporto pubblicato in tre volumi di varie migliaia di pagine, nei quali si descrivono le indagini svolte dalla commissione e i relativi risultati. Scopo principale della commissione è la "realizzazione del diritto alla memoria e alla verità storica" su quanto è accaduto nei molti anni della dittatura militare, in relazione al dovere dello Stato di indagare, giudicare e punire i responsabili dei crimini contro l›umanità. Un aspetto molto importante della commissione brasiliana, che la distingue da molte altre commissioni che avevano avuto come scopo solo la scoperta della "verità delle vittime", è che tra i suoi compiti vi è anche la scoperta e l›individuazione degli autori dei crimini in questione. La commissione utilizza informazioni che su questi crimini erano state raccolte anche in precedenza, in particolare ad opera dell›archidiocesi di São Paulo nell›ambito del progetto *nunca mais*, ma soprattutto svolge indagini autonome. Ne risultano testi di grande interesse. In particolare il vol.II del *Relatorio* contiene una serie di saggi assai approfonditi anche dal punto di vista storico, che includono informazioni dettagliate sulle violazioni dei diritti umani compiute ai danni di militari, di lavoratori e sindacalisti, di contadini, sacerdoti, professori e studenti delle Università, indigeni e omosessuali. Vi si analizzano anche i fenomeni di collaborazione di civili, soprattutto industriali, con i militari, e le forme di resistenza che la società civile aveva tentato di sviluppare contro il terrorismo di Stato. Nell›insieme, un›opera di grande importanza storica e documentale. Inoltre, il vol.III del *Relatorio* contiene, in quasi 2.000 pagine le storie di 434 morti e vittime di sparizioni forzate, con

indicazioni analitiche relative alle persone, ai luoghi e alle vicende -soprattutto di torture efferate e mortali- di questi eventi. In molti casi, dove è stato possibile, si individuano i responsabili di questi crimini e si indicano le relative prove. Ciò che rimane tuttora incerto è se questo grande lavoro di ricerca e di accertamento potrà portare alle dovute incriminazioni e condanne dei criminali. Va osservato, infatti, che la legge di amnistia del 1979, malgrado la sentenza della Corte Interamericana del 2010, rimane comunque in vigore, e quindi potrebbe sempre essere applicata. In effetti il governo la difende, respingendo nel 2012 qualunque discussione, nazionale o internazionale, su di essa, anche con l'appoggio della corte suprema, la quale afferma che i reati commessi dai militari erano *politici*, e quindi potevano essere amnistiati..

b) Naturalmente è troppo presto, per qualunque analisi che pretenda di essere attendibile, della situazione attuale in Colombia: il processo di pace è in corso, e bisognerà attendere la sua conclusione per valutarne l'esito.

Tuttavia il caso colombiano già appare molto interessante, e vale la pena di gettare uno sguardo all'*Acuerdo Final* stipulato il 12 novembre 2016. Da un lato, in molte delle 310 fitte pagine dell'*Acuerdo* si parla numerose volte –spesso con toni retorici ed enfatici- della ricerca e dell'accertamento della verità sui numerosi crimini contro l'umanità che sono stati commessi nei decenni della guerra tra lo Stato e le organizzazioni della guerriglia. Dall'altro lato, però, si dice più volte che lo scopo principale dell'accordo consiste soprattutto nella realizzazione di una giustizia "riparativa", ossia del risarcimento delle vittime di tali crimini. Non a caso la parte dell'accordo che si occupa anche della verità (punto 5.) si intitola *Acuerdo sobre las Victimas del Conflicto*. Non si rivolge invece una particolare attenzione alla punizione dei colpevoli. Si tratterebbe dunque dell'accertamento di verità *parziali*, anche se per vari aspetti molto importanti, ma non della scoperta di verità *complete* sui fatti in questione.

Che l'accertamento della verità completa sui crimini di cui si tratta non sia considerato particolarmente importante risulta abbastanza evidente se si guarda ai meccanismi istituzionali che l'accordo prevede per il conseguimento della pace.

Anzitutto, mentre ai punti 21 e 22 dell'accordo si dice che lo stato colombiano deve assicurare, tra le altre cose, la verità e la giustizia sui crimini contro l'umanità, nel punto 23 si parla di una amnistia "más amplia posible", anche se poi (punti 25 e 40) si esclude che essa sia applicabile a tali crimini. Rimangono comunque da stabilire i confini relativi all'applicazione dell'amnistia.

Più interessante è comunque la creazione di un *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición* il cui scopo principale è di realizzare i diritti delle vittime, ed in particolare il diritto alla verità (punti 5.1.1.1., 5.1.1.1.1. e seguenti). In questo contesto si creano vari meccanismi, tra cui una *Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición,* organo stragiudiziale che dovrebbe cercare di conoscere la verità, ma soprattutto dovrebbe promuovere il *riconoscimento* delle vittime e delle responsabilità dei partecipanti al conflitto armato. Si tratta di un *riconoscimento volontario,* individuale o collettivo, che tuttavia non implica alcuna imputazione penale, poiché le informazioni che la Commissione riceve non possono essere trasmesse ad organi giudiziari, i quali non possono richiederle, e comunque non possono avere alcun valore probatorio.

Nelle stesse direzioni si orienta la creazione del *Componente de Justicia* del *Sistema*, che include vari organi con una complessa organizzazione. Per quanto qui interessa, va segnalato che essa include una *Sala de amnistia o indulto* (punto 46 c) dell'accordo) con il compito di concedere questi benefici. L'aspetto più importante è tuttavia la centralità che viene attribuita al *riconoscimento* della verità e delle responsabilità: riconoscimento che può essere individuale o collettivo, e può essere effettuato in vari modi (punto 47). Si crea allora una *Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas* . Si tratta evidentemente, nelle intenzioni dell'accordo, del momento fondamentale di tutto il sistema. Vero è che si creano altri organi che debbono occuparsi dei casi in cui non vi è alcun riconoscimento, come il *Tribunal para la Paz* (punto 46 b), ma pare chiaro che questi casi vengono considerati marginali. Non va dimenticato, d'altronde, che nei casi di riconoscimento si applicano sanzioni (non carcerarie, consistendo essenzialmente di attività finalizzate a realizzare i diritti delle vittime: punto 60) relativamente modeste, mentre saranno assai

più gravi nei casi in cui non vi sia stato riconoscimento “volontario” e la responsabilità sia stata tuttavia accertata (punto 60).

Si tratta di un sistema così complesso, e disciplinato in maniera così analitica, che qualunque valutazione sommaria andrebbe evitata. Vale tuttavia la pena di sottolineare quello che pare essere l’aspetto più rilevante di tale sistema. Come si è detto, nell’accordo si parla più volte della ricerca della verità sulle responsabilità degli autori dei crimini, anche se la verità considerata di gran lunga più importante è quella che riguarda le vittime. D’altronde, la verità sulle responsabilità dipende essenzialmente dal relativo riconoscimento. Il punto critico importante, allora, è che non si prevede alcun meccanismo di controllo e di verifica sulla *veridicità* del riconoscimento, nè di prova dei fatti che vengono “riconosciuti”. La conseguenza pare ovvia: il riconoscimento può essere incompleto, costruito *ad hoc* o completamente falso, ed effettuato con il solo scopo di lucrare una sanzione lieve. Donde il dubbio se questi meccanismi siano davvero finalizzati alla scoperta della verità, o non siano piuttosto orientati a chiudere un conflitto in nome di una verità che viene proclamata a parole ma che nei fatti viene considerata come poco rilevante.

EL ROL DEL JUEZ EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

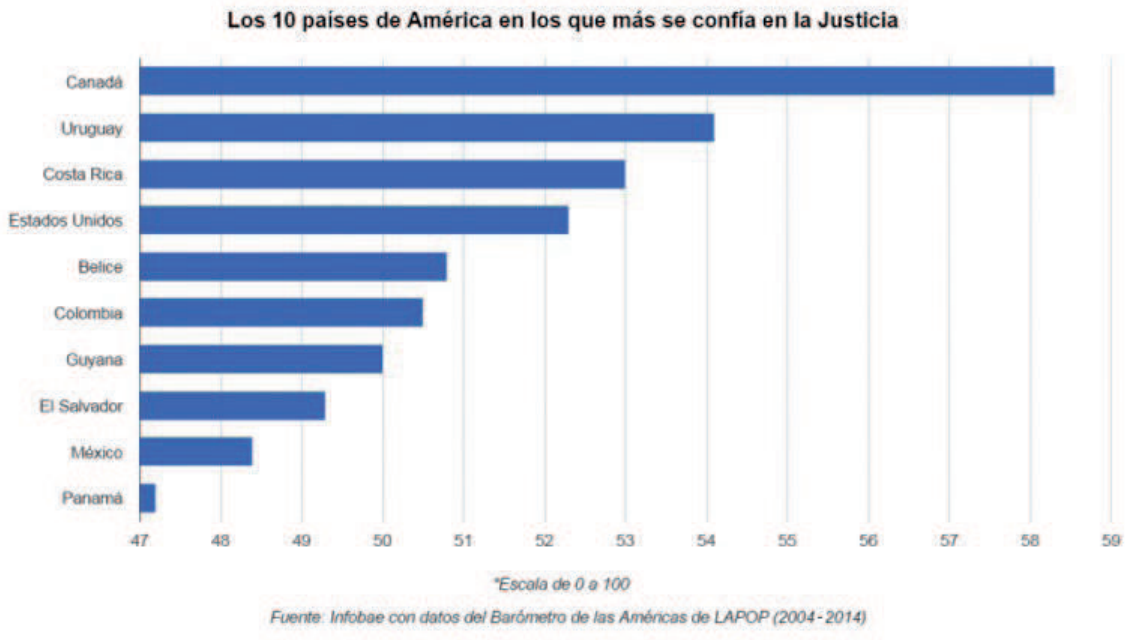
Una perspectiva desde el proceso en Colombia

Diana Maria Ramírez Carvajal

La administración de justicia en Colombia, atraviesa una crisis importante. La morosidad de las decisiones, escándalos como los que protagonizaron los magistrados Pretelt (en calidad de presidente de la Corte Constitucional) y el magistrado Rojas, la falta de acuerdos políticos para el nombramiento ágil de las vacantes y las alertas por la corrupción como el denominado "puerta giratoria", hacen que la sociedad esté alerta.

Según la encuesta de necesidades jurídicas insatisfechas (realizado por la Cámara de Comercio) el 51.9% de las personas encuestadas que tuvieron un conflicto no llevaron a cabo ninguna acción, y el 65% de los colombianos no cree en la eficacia del sistema de justicia, a la hora de perseguir y juzgar delincuentes.

En los informes de nivel internacional, Colombia aparece entre los países intermedios:



El Latinobarómetro por LAPOP, a 2013, registra un nivel de confianza en descenso, la Corte Suprema de Justicia registra un 40% y la Corte Constitucional el 40.5% en tanto el sistema de justicia en general registra un 41.5%; mientras en el 2007 el 60.1% de confianza lo tenía la Corte Suprema de Justicia y 50.7% la Constitucional.

No cabe duda que en Colombia se debe trabajar con mayor empeño por la consolidación de una ética judicial, que fortalezca todos los órganos que hacen parte de la justicia.

En las reformas procesales modernas es dable reconocer que el rol del Juez es cada vez más protagónico. Esto en términos de tendencias es un nuevo modelo de gestión o gerencia del proceso judicial, tal como en el Reino Unido se habla de Case Management.

Sistemáticamente las reformas procesales en Colombia, desde 1970 hasta el 2012, han permitido al Juez incrementar sus poderes en el proceso. La única salvedad puede hacerse con respecto al

código de procedimiento penal, Ley 904 de 2004, que trae la expresa prohibición para el juez de conocimiento de ordenar prueba de oficio (Art. 361), pero se conservan los demás poderes de dirección, instrucción, ejecución y disciplinación en el proceso.

Es así como la ley 1564 de 2012, amplio los poderes del Juez en el proceso, los cambios más relevantes, con la finalidad de propiciar una justicia eficiente, son:

El código mantiene el principio de la carga de la prueba pero en el mismo artículo le otorga al Juez la facultad de distribuir la carga de la prueba, en cualquier tiempo del proceso y de acuerdo a los criterios de necesidad que considere pertinentes (Art.167).

La prueba de oficio pasa de ser un poder del Juez, a ser un deber, pues la norma le impone al juez, que ordene toda la prueba de oficio que considere le sirve para clarificar dudas (Arts. 169 y 170)

El juez deberá en la primera audiencia (que para el proceso verbal es la de saneamiento y para el verbal sumario la de juicio), interrogar a las partes de manera exhaustiva sobre el litigio e incluso podrá generar careos entre ellas. (art. 372 numeral 7)

Si hay errores en la forma de la demanda, en la petición del proceso a seguir o en la enunciación del derecho sustancial aplicable, el Juez hará la corrección pertinente durante el trámite.

Pero adicional a estos poderes directos, puede interpretarse que desde la vigencia de la Constitución de 1991, la acción de tutela, que es llamada en otros países "amparo", ha sido un mecanismo procesal constitucional idóneo para proteger los derechos fundamentales de las personas con celeridad y prevalencia.Y, dado que en Colombia los derechos fundamentales son de textura abierta y pueden argumentarse a través de derechos ordinarios por un mecanismo que se denomina conexidad , la tutela cumple múltiples propósitos de protección para la ciudadanía colombiana, incluso sobrepasando el proceso judicial ordinario.

Estas nuevas dinámicas se consolidan a partir del principio de independencia del Juez, el cual está fuertemente arraigado en el sentir de la rama judicial y del juez frente a sus superiores jerárquicos, se destaca como el poder judicial y en especial el Juez con funciones constitucionales, han afianzado su independencia en la protección de los derechos fundamentales, a través de instrumentos como la acción de tutela.

Lamentablemente esta independencia requiere políticas públicas serias que aseguren la actividad de los jueces por fuera del poder ejecutivo, un presupuesto adecuado y protección frente a la criminalidad.

Hoy la independencia de los jueces se torna amenazada no solo por los grupos de violencia armada, sino también por otras ramas del poder público, especialmente por un poder ejecutivo fortalecido. En la encuesta sobre independencia judicial, realizada por el Foro Económico Mundial, sobre las influencias políticas en los jueces, Colombia alcanza una calificación de 2,8, sobre 7 como máximo nivel de independencia.

Por ello, y con la finalidad de volver realidad el proceso garantista, se debe tejer calidad al interior del poder judicial: fortalecer la independencia, mejorar la cualificación profesional, establecer un presupuesto acorde a las dinámicas contemporáneas del mundo, pero lo más importante, disminuir la corrupción.

Hoy el proceso se transforma en todos los países, en un sistema dialectico y garante, en la misma dinámica, los jueces deben responder a este gran reto que les entrega la sociedad.

Transformaciones contemporáneas en el proceso judicial

Las normas procesales en materia civil, han evolucionado desde un proceso dispositivo propio del

Estado liberal, hasta un proceso publicista propio de las teorías modernas.

En Colombia, por ejemplo, el código judicial de 1931, fue dispositivopuro por excelencia, enél se hace evidente el poder concentrado en las partes. El derecho litigioso, el impulso del proceso, las excepciones, los hechos y la prueba a disposición exclusiva de las partes y la ausencia de perención, entre otros son muestra de ello. El juez tiene poderes de instrucción muy restringidos, a lo sumo puede ordenar medidas para mejor proveer con el "solo objeto de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros y dudosos" , incluso las pruebas las debe valorar de acuerdo con la estimación legal, que se enuncia en cada medio probatorio.

Con una clara influencia de las discusiones teóricas procesales generadas desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en el año 1970, se adopta la Ley 1400 que introduce un nuevo Código de Procedimiento Civil.Sus instituciones y prácticas, reflejan claramente las tendencias evolutivas internacionales y la experiencia de importantes académicos y juristas. Fue este un código de avanzada, que propició un equilibrio adecuado en los sujetos procesales, el juez con amplios poderes de dirección, de instrucción y disciplinarios, pero las partes también, con una serie importante de deberes y cargas, en el proceso.

La reforma más reciente se da en el año 2012. Es cuando se aprueba la Ley 1564, que entró en vigencia plena en el año 2015. Esta reforma ha sido conocida como el código general del proceso, el cual introduceel proceso oral por audiencias, simplifica los procedimientos, fortalece los principios de concentración, inmediación y publicidad. Refuerza el principio de lealtad y buena fe, transformando la función de los abogados, las dinámicas de las partes y restringiendo las posibilidades de dilatar el procedimiento, a su mínima expresión. También mejora la función de los auxiliares de la justicia introduciendo reglas estrictas de responsabilidad y compromiso. Como aspectos novedososson la inclusión delos procesos monitorio y de insolvencia para personas naturales.

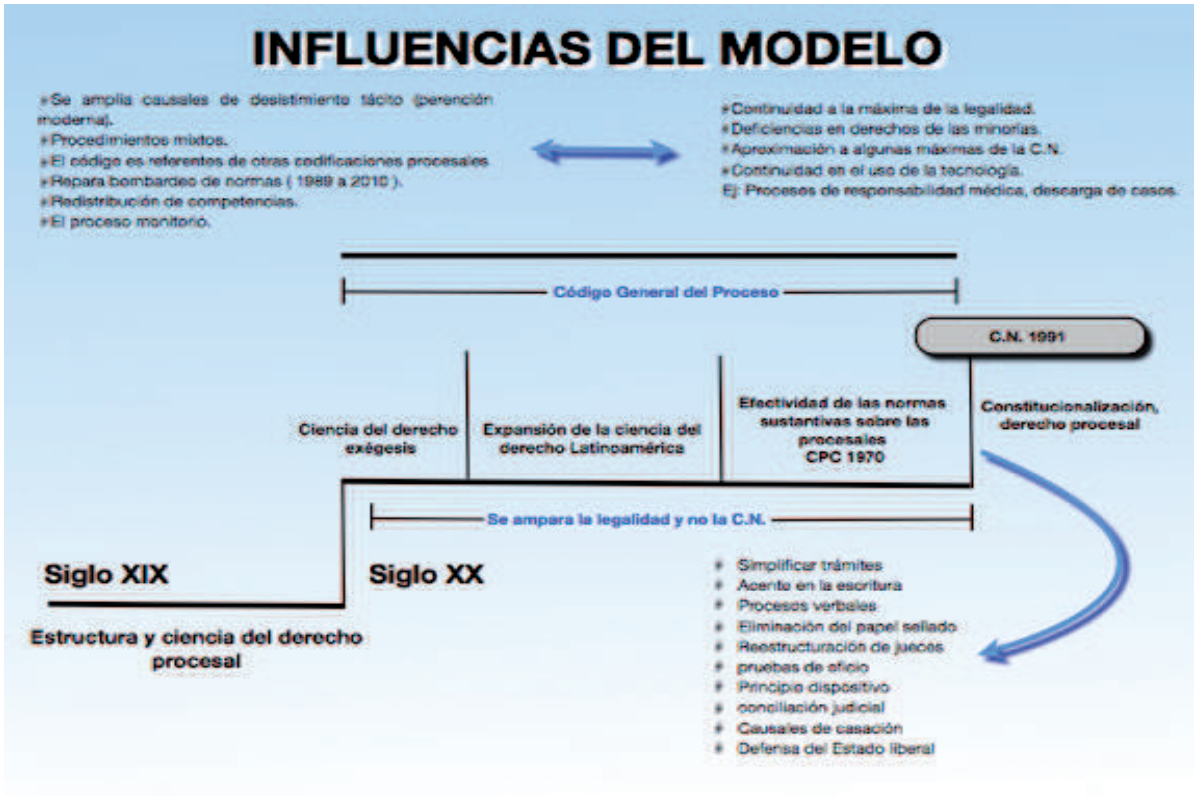


Gráfico. María del Socorro Rueda, La raíz del código general del proceso, Universidad de los Andes. Pág. 36.

A pesar de que el código general del proceso, es una codificación marcadamente publicista, también sustenta el principio dispositivo, ello se evidencia en el reforzamiento a los mecanismos alternativos de solución de conflictos –MASC-, la consolidación del juramento estimatorio como prueba de los perjuicios que no fortalece la búsqueda de la verdad, la posibilidad de desistir las pruebas, de producir pruebas extraprocesales sin intervención del Juez y en la diversificación de la jurisdicción hacia entes administrativos como la Superintendencia de Industria y Comercio, la Dirección Nacional de Derechos de Autor y la Superintendencia de Sociedades. Otras normas paralelas reafirman esta tendencia en Colombia, entre ellas, la Ley de descongestión y el régimen de arbitraje nacional e internacional.

El gran dilema con esta transformación al proceso civil, se encuentra en cumplir la perspectiva de justicia social que consagra la Constitución Política, la cual entiende la justicia, como un verdadero conjunto de políticas de Estado, para fortalecer el equilibrio social, los derechos fundamentales y especialmente las garantías procesales.

Colombia desde la Constitución de 1991, adopta claramente un Estado Social de Derecho, el cual se encuentra en plena construcción. Hoy en el país se discute la adecuada prestación de los servicios públicos como la salud y la educación, la mejor forma de otorgar justicia a las clases menos favorecidas y como lograr la paz en el País, entre otros aspectos de gran importancia social.

En este sentido, las reformas procesales en general, también siguen determinaciones políticas y tratan de cubrir necesidades del Estado.No es un fenómeno común que una reforma en derecho, cualquiera que ella sea, se determine por causas eminentemente jurídicas o académicas.

En esta línea, las reformas procesales en Colombia, han seguido muy de cerca las políticas públicas que se ha trazado el gobierno para el mejoramiento de la administración de justicia.Fue la Ley 1285 de enero 22 de 2009, reformatoria de la ley estatutaria de la Administración de Justicia, la que promovió la modernización del aparato jurisdiccional y por lo menos en civil, dos de las más importantes reformas procesales se dieron siguiendo esta línea.

En términos generales se trazan propuestas para lograr una justicia pronta, cumplida y eficaz. Que los términos procesales seanperentorios y las actuaciones orales. Y para insertar en el proceso los avances tecnológicos. Es así como tras la necesidad demodernizar la justicia, de adoptar medidas en materia de descongestión judicial, de propiciar una duración razonable de los procesos y de simplificarlos,que se producen reformas en diversas materias. Esta transformación se acerca así a la propuesta constitucional de una tutela judicial efectiva, como eje estructural del proceso y también del principio de democracia.

La adopción de la tutela judicial efectiva, como elemento de la democracia en el Estado Social de Derecho y la importancia del debido proceso, como derecho fundamental, hacen que tanto la justicia civil como la justicia penal en Colombia, hayan dado un giro de ciento ochenta grados, en su concepción, entendimiento y aplicación.

La tutela judicial efectiva, ha tenido un destacado reconocimiento por la Corte Constitucional colombiana, quien ha equiparado sus principios a la evolución del derecho de acción y además le ha dado connotación de pilar fundamental del Estado Social de Derecho, incluyendo en sus principios los artículos 1 y 2 de la Constitución Política. En esta perspectiva, el debido proceso es el eje más importante en el derecho colombiano para conseguir la tutela judicial efectiva, por ello ha logrado un lugar destacado en la sociedad, que lo reclama por los más diversos motivos.

Esta importancia del debido proceso se debe a que, desde sus orígenes el proceso ha servido a la justicia, pues —aunque alcanzarla no sea su fin último— es dentro del proceso que se propicia: el encuentro de las personas, la comprobación de los hechos, la verificación de las circunstancias, la explicación de las razones de la actitud conflictiva y las de todos los razonamientos que sostienen los sujetos que en él interactúan. Por ello, el proceso ha sido entendido como un sistema reglado y pacífico para la solución de las controversias.

Sin embargo, aunque esté vinculada al derecho la justicia, como todo valor social de gran importancia, "contiene una carga de emotividad positiva que la hace susceptible de ser utilizada en contextos bien diferentes y con escasa precisión, (…) en ocasiones el término se ha enarbolado para defender los más absurdos argumentos, e incluso de forma lacerante y hasta perniciosa ha servido para pergeñar los más oscuros y perversos intereses" . Ejemplos de esta distorsión se encuentran a través de la historia; entre ellos pueden mencionarse las actuaciones en justicia y derecho del movimiento nazi, las cuales —como afirma Taruffo— fueron fundamentalmente irracionalistas porque exigían que la decisión judicial fuera tomada no con fundamento en los hechos o en los derechos preexistentes, sino en el así llamado principio o voluntad del Fiürer".

Este tipo de situaciones contradictorias entre derecho y justicia, han impulsado hoy en la sociedad occidental, de manera especial en latino américa, la avanzada de teorías como el garantismo o como la constitucionalización del derecho; las cuales promueven transformaciones culturales respecto a la forma en cómo se relacionan la constitución y la ley, el Estado y la sociedad, y a la forma en cómo se entiende la aplicación del derecho. Por ello, la búsqueda de la justicia a través del poder judicial, se vuelve un objetivo central de las políticas de Estado.

Es así como una de las políticas más importantes del llamado Estado Social de Derecho se centra en la función judicial y, por ello, las decisiones de los jueces, como funcionarios públicos, deben estar nutridas de argumentos contundentes y, además, deben fundamentarse en principios constitucionales que aporten a la equidad y al equilibrio social. Esta será entendida como una decisión judicial con sentido de justicia, que se escribe para definir la solución de "un caso concreto".

A esta perspectiva de justicia en el proceso se le pueden asignar, por lo menos, dos sentidos: el primero en perspectiva de las virtudes y el segundo de constitucionalidad.

El sentido Platónico entiende que la justicia "debe coordinar y armonizar las demás virtudes, tanto en lo individual como en lo social". Por ello, Aristóteles posteriormente relaciona la justicia con la equidad, pues afirma en esta virtud elementos como "el reconocimiento de la individualidad y las distintas posibles manifestaciones de la Justicia, de acuerdo a las singularidades de cada pueblo".

Es así como emerge, un ideal de justicia más distributiva que retributiva. La retribución del daño, la indemnización del perjuicio material y la norma que precede a la responsabilidad, son algunos criterios más o menos precisos, los cuales permiten al juez componer una sentencia a favor de alguna de las partes en litigio. Pero una justicia distributiva, que parta del consenso de las virtudes intenta, además de intervenir el conflicto, la recomposición de equilibrios sociales, y por ello requiere otro tipo de criterios de decisión. lo cual sigue siendo aún un misterio según Taruffo , pues la denominada justicia del caso por caso no se podría determinar a partir del principio de universalidad de la norma ni de los criterios indemnizatorios.

Una justicia reequilibradora, exigiría del Juez la capacidad de resolver los casos como individuales, y no a partir de reglas universales.

Por ello, es plausible reconocer que este tipo de justicia sería más creativa que interpretativa, lo cual permite entender que Taruffo, como se dijo, ponga en duda el hecho de que esta decisión pueda ser respetuosa de los principios y de las garantías fundamentales del Estado moderno.

El segundo aspecto de la justicia del caso concreto, podría entenderse desde criterios constitucionales, gracias a los cuales la sentencia se argumenta y se motiva a partir de la concatenación entre los hechos del caso y el ordenamiento jurídico, lo que le da mucha importancia a la norma constitucional. Este es un sentido de justicia que vincula, además de la ley, los principios, los valores y la jurisprudencia.

Este criterio de justicia, siguiendo a Ruiz, contiene: "a) un valor jurídico que preside y está presente en cualquier ordenamiento jurídico; b) una organización jurisdiccional institucionalizada para hacer cumplir el Derecho; y c) una actitud de los juristas en general, que crean, interpretan y aplican el

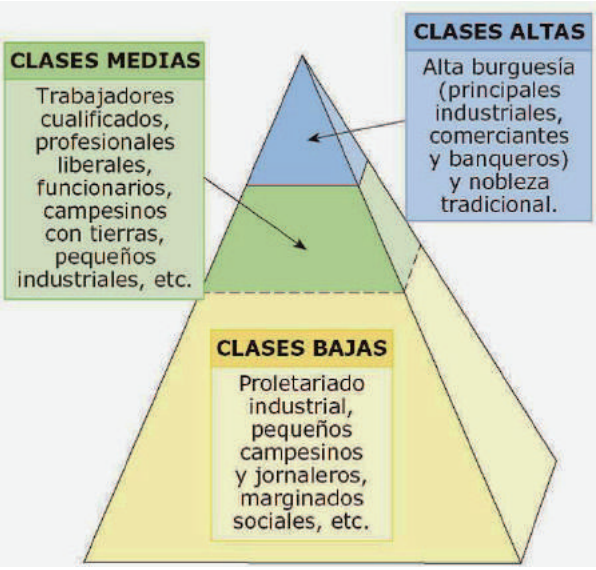
Derecho de acuerdo a ciertos parámetros".

En cualquiera de estas dos dimensiones, es una realidad que el paradigma de la justicia con un sentido social se está transformando dentro de la sociedad latina a la manera de Kunh , en donde el paradigma tradicional universalista se transforma en un nuevo paradigma en el que confluyen lo particular y el equilibrio social.

En esta perspectiva, la transformación del derecho —de la teoría universal a la particular— tiene un impacto directo en el proceso; pues en el Estado Social de Derecho se nutre, más allá de la ley, a partir de la realización de una macro garantía constitucional denominada: tutela judicial efectiva, por medio de la cual se integran valores como la justicia, la igualdad, la verdad y la libertad.

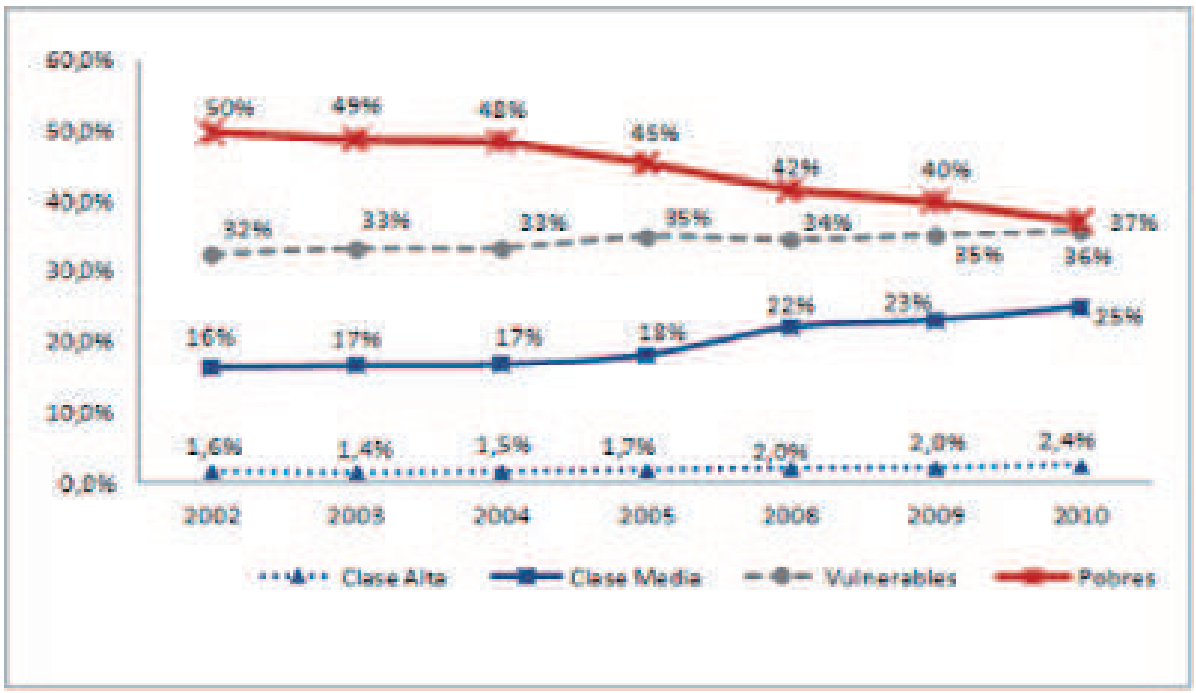
Es en esta perspectiva de justicia en el proceso, que se espera, haya cabida plena para las clases menos favorecidas, aquellas clases ignoradas sistemáticamente por los códigos burgueses . No puede desconocerse que, en la sociedad colombiana y también en la peruana, existe un grupo humano, muy numeroso que no interactúa con la función judicial estatal. Se hace referencia a las personas que utilizan un gran porcentaje de su tiempo a obtener los recursos necesarios, para sobrevivir.

"La ley dice que son las residencias las que están estratificadas, pero se ha generalizado que se piense que lo que está estratificado son las personas, explica Consuelo Mallarino, y esto se ha extendido a sus lugares de estudio, a los parques, a la manera de hablar. Como resultado, la gente también ha terminado asociando estratos con comportamientos, actitudes y hasta valores particulares"



Tomado de http://lasraicesdenuestroestado.

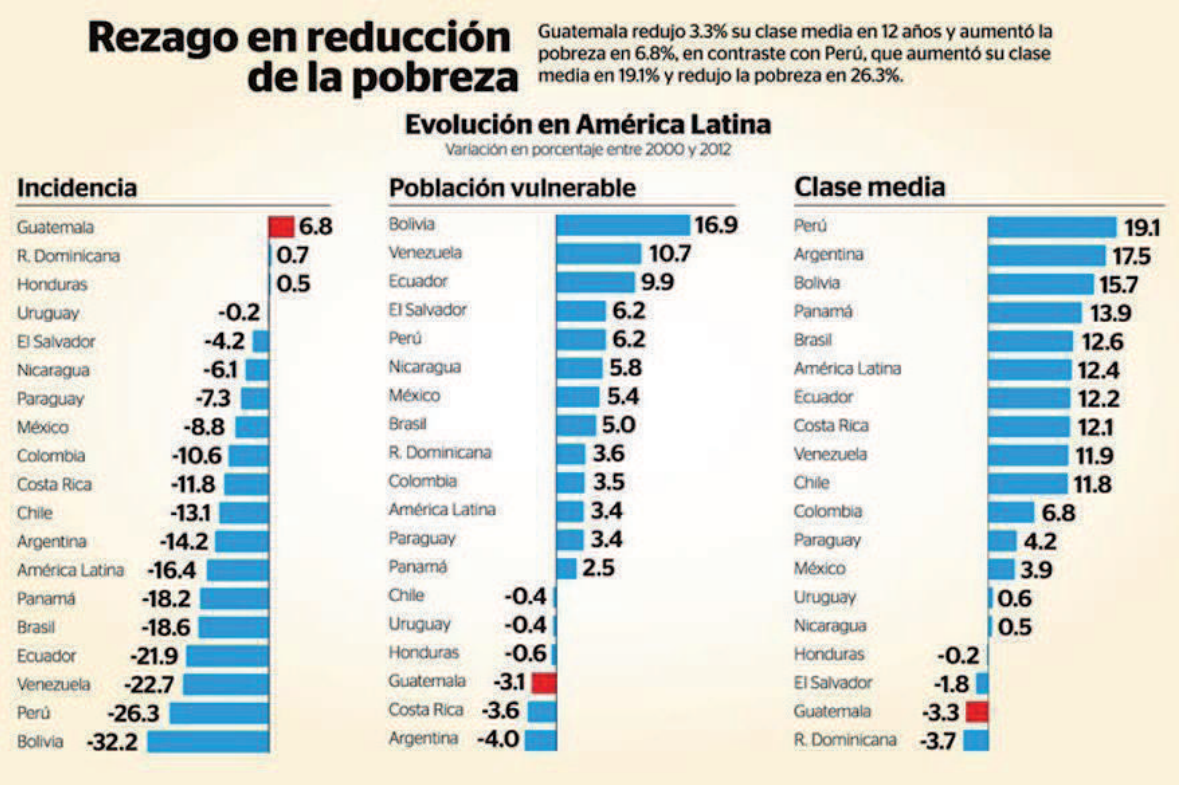
blogspot.com.co/2015/04/cambios de-las-clases-sociales-en-el.html (abril 30 de 2017)



http://tjuegos.blogspot.com.co/2012/02/clases-medias-en-colombia-de-la.html

Siguiendo el enfoque de vulnerabilidad de López-Calva y Ortiz-Juarez (2011) definimos las clases sociales para Colombia según los siguientes rangos: 1) Pobres: hogares con un ingreso per cápita por debajo de la línea de pobreza (US$4.06 PPP); 2) Vulnerables: hogares con un ingreso per cápita entre la línea de pobreza (LP) y US$10 PPP; 3) Clase media: hogares con un ingreso per cápita entre US$10 y US$50 PPP; 4) Clase alta: hogares con un ingreso mayor a US$50 PPP

A nivel de América Latina el espectro es el siguiente:



http://www.prensalibre.com/guatemala/politica/la-clase-media-se-reduce (abril 30 de 2017)

Desde esta perspectiva, la sociedad espera del Estado Social de Derecho, un buen servicio al administrar justicia, pues se considera un servicio público esencial, y por ello se espera que esta justicia sea eficiente para todos los grupos sociales, que sea participativa, oportuna y eficaz, con lo que se impediría el menoscabo de las garantías y los derechos en disputa.

Pero hay un aspecto adicional, en la justicia social del caso por caso se espera que haya una perspectiva de equilibrio económico, pues como afirma Turégano1: "los mercados se basan en sistemas de derechos de propiedad y uso y distribución de recursos definidos y respaldado estatalmente. Como afirmaba Karl Polanyl, no hay nada de natural en el laissez-faire", por ello se espera que la justicia del estado reduzca, en alguna medida, la desigualdad social, que fue connatural al Estado Liberal y al proceso dispositivo.

Alrededor de esto las Constituciones contemporáneas propician una discusión del derecho que se vincula con la calidad de vida, con la dignidad humana y con los derechos fundamentales, entre otros.

En el caso de la Constitución Política de Colombia2, se expresa que el pueblo en ejercicio de su poder soberano, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, debe garantizar un orden político, económico y social justo. Acto seguido en el primer artículo3 se compromete con el principio

1 Ibídem. Turégano, pág. 145.

2 Constitución Política de Colombia, preámbulo, 1991. "El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, (…) asegura a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo…"

3 Constitución Política de Colombia, artículo 1. "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

de solidaridad y la prevalencia del interés general, para que se exprese en las relaciones de Estado, lo cual eleva a rango de principio el comportamiento de poder público —incluido el poder judicial— para intervenir las relaciones de la sociedad, entre ellas, las relaciones privadas de producción. Si se reflexiona a profundidad, el Estado se compromete con un importante papel redistributivo con todos los miembros de la sociedad.

En el mismo sentido, puede citarse la Constitución Peruana, la cual afirma que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"4, y que toda persona tiene derecho a "la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole"5. Son estos compromisos similares alos expuestos desde la Constitución colombiana.

Estos preceptos constitucionales son la base para que el Estado propicie en la sociedad –como parámetro de justicia social- lo que se denomina "un sistema económico justo"; el cual, en términos de la Corte Constitucional colombiana consagra, entre otros aspectos, la libertad económica y de iniciativa privada, adecuada relación con la inversión extranjera, el principio de libertad de empresa en relación con aquel que consagra la intervención estatal, entre otros; por ello, hasta hoy, dada su complejidad, el modelo del sistema económico justo no se ha construido.

Actualmente la Corte Constitucional de Colombia, admite que confluyen en el País, diversidad de modelos, gracias al reconocimiento de la multiculturalidad, lo que garantiza los límites del bien común atendiendo a que la propiedad privada tiene una función social6.

En igual medida y como complemento para esta construcción, desde las constituciones materiales se crean ideales de justicia judicial a través de la tutela judicial efectiva, por lo cual el derecho gira y empieza a centrar su atención en la decisión del Juez. El ideal de justicia social en el proceso promueve unos entornos que se vinculan directamente con los principios de la llamada tutela Judicial efectiva, los cuales prevén, por lo menos, tres elementos estructurales: un acceso real del ciudadano al juez, un proceso eficiente en tiempos y utilización de recursos, y una decisión eficaz.

El mecanismo idóneo para propiciar la tutela judicial efectiva, es el proceso que, desde sus orígenes, ha servido a la justicia, porque a través de él se produce el encuentro reglado y pacífico para la solución de las controversias, y hoy se busca en él la racionalidad en la decisión y la correcta aplicación del ordenamiento jurídico como sistema complejo.

En esta perspectiva, se asume que la justicia de la decisión es un concepto que está relacionado directamente con la correcta aplicación de los principios constitucionales. Entonces, el proceso propicia fronteras flexibles para la composición de la tutela judicial efectiva, la cual además es reconocida como garantía en la Convención Americana de los Derechos Humanos7, al adoptar las siguientes garantías judiciales:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...].

De lo expuesto se deduce que: la tutela judicial efectiva está integrada por un conjunto de

4 Constitución Política del Perú, 1993, artículo 1.
5 Constitución Política del Perú, 1993, artículo 2 Numeral. 2
6 Al respecto se puede referenciar en la Corte Constitucional de Colombia las siguientes sentencias: T-380 de 1993 MP Eduardo Cifuentes Muñoz, C-265 de 1994, MP Alejandro Martínez Caballero y la C-415 de 1994 MP Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.
7 https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (abril 30 de 2017)

principios que se comportan como mandatos de optimización, para que se propicie la eficacia de las reclamaciones ciudadanas ante el poder jurisdiccional.

Entre ellos pueden mencionarse, en relación directa con el proceso judicial: la prevalencia constitucional8, el libre acceso a la justicia9, la igualdad material entre las partes10, la buena fe procesal11, la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma y la independencia judicial12, la exclusividad y obligatoriedad de la función judicial13, el interés público o general14 sobre los intereses de los particulares, y el debido proceso15, entre otros.

Ahora, en la intención de promover una tutela judicial efectiva— real—, a partir del mandato constitucional de lograr un equilibrio económico justo en la sociedad, desde la propuesta constitucional colombiana, son dos los principios que se relacionan permanentemente con la tutela judicial efectiva, ellos son: la razonabilidad de la decisión y el principio de publicidad.

El principio de razonabilidad, motivación y valoración racional, poco a poco ha tomado fuerza en la tutela judicial efectiva, como lo ha interpretado la Corte Constitucional en varias de sus sentencias16.

Y, es que, en la eficacia de la decisión influyen la razonabilidad de la misma y la capacidad argumentativa del Juez, la cual imprime validez y universalidad de comprensión. Este acto procesal para la terminación del proceso, se deriva de que la Administración de Justicia, como función pública, debe hacer gala de una decisión independiente, por medio de la que se razone con el ordenamiento jurídico, en sentido complejo. Estos son los presupuestos estructurales del deber que tienen los jueces en la motivación de sus decisiones.

Esta obligación —de marco constitucional— está debidamente regulada en el proceso civil colombiano17, pues allí se afirma que la motivación de la sentencia y de las demás providencias es un deber del juez,y se indica que la motivación de la sentenciadeberá limitarse al examen crítico de las pruebas18, con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas y sobre los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios. Estos razonamientos son necesarios para fundamentar las conclusiones, por lo que deben ser expuestos con brevedad, precisión y con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

El principio de publicidad, como eje nodal de la tutela judicial efectiva, tiene una importante vertiente, la cual se relaciona directamente con el derecho democrático que tienen las partes en el proceso. No se hace referencia solamente a la publicidad formal que incluye las audiencias públicas, las notificaciones adecuadas y la prohibición de secreto; sino del diálogo fluido entre juez y las partes en la avanzada del proceso, y, en especial, se trata de la claridad de la decisión que implica que esta pueda ser entendida por cualquier ciudadano, independientemente de su nivel intelectual o social.

Esto, según Trocker19,significa una nueva concepción del objeto del proceso como mecanismo de

8 Constitución Política de Colombia, artículo 4
9 Constitución Política de Colombia, artículos, 2, 3 y 228
10 Constitución Política de Colombia, artículo 13
11 Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-460 de 1992
12 Constitución Política de Colombia, artículo 228
13 Constitución Política de Colombia, artículos, 31, 116 y 228
14 constitución Política de Colombia, artículos 1 y 2
15 Ver Constitución Política de Colombia
16 Corte Constitucional colombiana, sentencia C-622 de 1998 MP Fabio Morón Díaz; T-442 de 1994 MP Antonio Barrera Carbonell; T 0187 de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero y T 101 de 2009 MP Clara Inés Vargas Hernández, entre otras..
17 Código General del Proceso colombiano, artículo 279 "…las providencias serán motivadas de manera breve y precisa. No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente…"
18 Código General del Proceso colombiano, artículo 280.
19 TROCKER, Nicolo. Processocivile e constituzione. Problemi di dirittotedesco e italiano, Milán, Giuffré,

resolución de conflictos, que asume la garantía de la defensa no como oposición o resistencia de la acción, sino como una posibilidad de influir en la decisión que tomará el juez.

En el mismo sentido Buril20, al analizar el nuevo código procesal de Brasil, explica que es necesaria la construcción de un nuevo modelo de proceso, capaz de absorber la concepción de un derecho, que sea al mismo tiempo problemático y dirigido a buscar soluciones correspondientes con los derechos fundamentales. Es lo que denomina un proceso cooperativo en contraposición con los modelo inquisitivo y dispositivo.

Desde esta perspectiva, la tutela judicial efectiva se hace realidad en el proceso cuando se asume como herramienta cooperativa de solución de conflictos y, además, cuando la sentencia del juez deja de ser un acto de poder21 para convertirse en un acto de colaboración.

Toda esta apropiación, de los principios y garantías constitucionales al proceso lleva a la superación de la naturaleza instrumental tradicional del mismo, pues se adopta en cambio una función finalista compleja: la justa solución del conflicto a partir de la Ley y de la Constitución.

Así, el proceso, como un conjunto de garantías constitucionales, es un fin en sí mismo y, en este sentido, se comprenden las palabras de Sentís22: «nada hay más sustancial en la vida del Derecho que el proceso, nada más sustancial que una sentencia».

A partir de esta afirmación se comprende el valor justicia en el proceso, el cual está dirigido al servicio de la solución concreta y específica de los conflictos sociales. Muy diversos cuando se trata de personas del grupo menos favorecido, lo que aspira a una mayor o mejor comprensión del poder judicial, en el marco de los poderes del Estado Social de Derecho.

CONCLUSIONES

Las reformas procesales en Colombia han marcado rutas de avance diferentes en materia penal y en materia civil. La reforma procesal penal con más de 10 años de implementación, no demuestra resultados de eficiencia frente a los delitos del crimen organizado, lo cual es determinante para la realización de la justicia transicional, que permitirá por fin unas políticas para la paz.

En cuanto a la reforma en materia no penal, la más reciente es la reforma al código de procedimiento civil, a través de la 1564 de 2012, comúnmente conocido como código general del proceso.Esta es una reforma inspirada en un sistema dispositivo, pero que hace suya la teoría publicista.

En igual forma como ha ocurrido en otros sistemas de procesamiento, el proceso civil inserta los presupuestos de la tutela judicial efectiva y al juez le fortalece en los poderes de dirección y de instrucción. Esta reforma promete el cambio de paradigma hacia una justicia oral, con mayores índices de eficiencia y efectividad. Puede constituirse en la puerta de entrada al cambio de paradigma procesal y especialmente en una herramienta efectiva para la reconstrucción de la confianza en el poder judicial.

1974. Pág. 371

20 BURIL, Lucas. Onus da prova e suadinamizacao. Salvador Baia, Editora JusPodium, 2016. Pág. 28

21 BURIL, Lucas. Ibídem. Pág. 32. Un punto de extrema importancia para destacar es el acto decisorio, que, en el mismo modelo cooperativo, deja de ser un acto de autoridad.

22 SENTIS, Santiago. La prueba, los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1978. Pág. 67.

Reforma del CNM: pecados capitales

Guido Aguila Grados

Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura

Santo Tomás de Aquino señalaba que un vicio capital "es aquel que tiene un fin excesivamente deseable y a los que la naturaleza humana está principalmente inclinada". Esta inclinación es a la que, lamentablemente, parece haber sucumbido el proyecto de ley de reforma constitucional sobre la composición del Consejo Nacional de la Magistratura, presentado por el presidente de la República durante su último mensaje a la nación. Pocas veces en un solo acto se aglutinan tantas contradicciones y vicios jurídicos. Veamos:

Soberbia: Desde hace siete meses existe un espacio natural para debatir y avanzar en las reformas del sistema de justicia: el Acuerdo Nacional por la Justicia (ANJ). En este, los titulares del Poder Judicial (PJ), el Ministerio Público (MP), el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) y la Academia de la Magistratura (AMAG) se reúnen bajo la coordinación del Ministerio de Justicia (Minjus) para que, con el apoyo de sus equipos de enlace y a partir de su conocimiento directo de la problemática del sistema, se vayan dando los cambios que la justicia peruana necesita. Nada de eso importó. Fuera del ANJ, apareció sorpresivamente este proyecto.

Avaricia: El proyecto presentado por el Ejecutivo prioriza la participación política del Estado en el CNM, cuando el espíritu y esencia de la Constitución es que en esta institución participe principalmente la sociedad. Sin motivo alguno, se desaparece a los abogados, profesionales que defienden al ciudadano de a pie y que sufren la demora de los procesos, malos tratos y huelgas prolongadas; y a las universidades, de donde egresan los profesionales del derecho que luego serán jueces y fiscales. Así, el poder político se fagocita el CNM. Y la Constitución.

Envidia: El punto de partida es que el CNM es apocalíptico. No se reconoce un ápice de su labor en los últimos 20 meses: presencia en todo el país, optimización de sus funciones constitucionales, transparencia en las entrevistas, nombramiento de magistrados quechuahablantes, entre otros. Pareciera que la sola promesa de campaña de reforma del CNM es un imperativo sin importar las formas democráticas.

Ira: "Para contar con un sistema judicial más transparente, honesto y efectivo ¡Tenemos que decirles adiós a aquellos que defienden la impunidad!". Fueron las casi airadas palabras que antecedieron a la presentación del proyecto. Es lamentable que el presidente advierta que el mal funcionamiento del sistema judicial es exclusiva responsabilidad del CNM. No se tiene una visión sistémica de la justicia.

Lujuria: El deseo desordenado e incontrolable por cambiar de manera apresurada la composición del CNM hace que se elimine, sin justificación alguna, la participación de la sociedad civil. Es decir, se castra la voluntad del constituyente de tener un órgano pluralista. Por el contrario, se reduce el número de miembros a cinco, de los cuales dos son elegidos por el poder político, cercenando su ADN constitucional como órgano autónomo que garantiza la independencia de los magistrados.

Gula: El proyecto evidencia un afán excesivo de penetración política en un órgano que debe estar en los antípodas de los vaivenes partidarios. Es lamentable que se haya presentado una propuesta que va a contracorriente de la Constitución histórica. El CNM fue creado por la Constitución de 1979, excluyendo a cualquier representante del poder político. Y ese mismo criterio siguió la Constitución actual de 1993. Ese ha sido nuestro espíritu constitucional que este gobierno pretende cambiar sin justificación alguna.

Pereza: Una norma de tal magnitud, como la propuesta, requiere de una exposición de motivos muy sólida. Parece que no hubo tiempo para ello. Por un lado, intenta justificar esta incorporación política en una presunta necesidad de guardar "equilibrio" entre los poderes del Estado (¿?), y por otro, la búsqueda de "garantizar la independencia" en las decisiones de los magistrados (¿?). Es decir, se apela a la conocida falacia de resaltar como aporte aquello que, precisamente, se pretende eliminar.

Es necesaria la reforma del sistema de justicia en general y del CNM en particular, pero respetando el espíritu constitucional y democrático. Estamos a tiempo de que se haga un acto de contrición. El país lo agradecerá.

CONCENTRACIÓN DE MEDIOS. IDEAS PARA UNA REGULACIÓN IMPEDITIVA

Nelson Ramírez Jiménez

Una muy elocuente defensa de la libertad de expresión por su valor para la solidez del régimen democrático puede verse en el voto particular que hizo el juez Louis Brandeis, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso Whitney versus California, resuelto en 1927.

"Quienes ganaron nuestra independencia creían que el propósito último del Estado era dar a los hombres libertad para desarrollar sus facultades, y que en su gobierno las fuerzas deliberativas debían prevalecer sobre las arbitrarias. La libertad para ellos tenía un valor como medio y como fin. Creían que la libertad era el secreto de la felicidad; el coraje, el secreto de la libertad. Creían que la libertad de pensar lo que se quiera y de decir lo que se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y la propagación de la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión, el debate sería fútil; que con ellos el debate normalmente ofrece protección adecuada contra la diseminación de doctrinas perniciosas; que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es un deber político; y que esto debe ser el principio fundamental del gobierno norteamericano. Reconocían los riesgos que corren todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no se puede garantizar solamente por el temor al castigo cuando ha sido infringido; que es aventurado oponerse al pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engrendra represión; que la represión engrendra odio; que el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el sendero de la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y los remedios que se propongan; y que el mejor remedio para un mal consejo es uno bueno. Creyendo como creían en el poder de la razón aplicada por medio del debate público, desecharon el silencio impuesto por la ley, que es la peor forma en que la fuerza se vuelve un argumento… El temor de daño grave no basta por sí solo para justificar la supresión de la libertad de expresión y de reunión. Los hombres temían a las brujas y quemaban mujeres. La función de la expresión es liberar al hombre de los grilletes del miedo irracional… Quienes ganaron nuestra independencia con una revolución no eran cobardes. No temían los cambios políticos. No exaltaron el orden a expensas de la libertad. Para esos hombres valerosos, confiados en sí mismos y en el poder de la razón aplicada libremente y sin miedo a través del gobierno popular, ningún peligro que emane de la expresión puede considerarse claro y presente, a menos que la incidencia del mal que se teme sea tan inminente que pudiera materializarse antes de que hubiera ocasión de debatirlo a fondo. Si hubiese tiempo para exponer al debate las falsedades y falacias, para evitar el mal a través de la educación, el medio que tendría que aplicarse no es el del silencio sino el de mayor expresión. Esa ha de ser la regla, si la autoridad ha de conciliarse con la libertad. Ese es, en mi opinión, el mandato de la Constitución.

En el Perú se viene discutiendo a nivel judicial, vía un proceso de amparo constitucional interpuesto por un grupo de periodistas, cuál debe ser el porcentaje de propiedad en los medios escritos existentes, por parte de un mismo grupo económico. Nuestra Constitución expresa algunos parámetros que es necesario integrar o desarrollar.

Los intereses en conflicto en dicho proceso son fácilmente identificables: un grupo de periodistas luchan por evitar un daño a los derechos fundamentales de LIBERTAD DE EXPRESIÓN y de INFORMACIÓN, lucha que excede su mero interés personal. De la otra parte, por lo contrario, es incuestionable que defienden el derecho a obtener más mercado, ergo, más utilidades. El conflicto se grafica en una vieja frase latina: "DAMNO EVITANDO vs. LUCRO CAPTANDO". Es muy diferente luchar por evitar un daño, que hacerlo para obtener un lucro.

En tal sentido, el presente documento contienecitas académicas, opiniones relevantes, legislación internacional, jurisprudencia, apuntes yreflexiones sobre diferentes aspectos que deben ser considerados para dar adecuada respuesta a éste conflicto; y, de paso, generar normas de desarrollo que precisen esos límites, y no quede al libre albedrío e interpretación de los grupos económicos, pues es harto conocido que ningún poder se autocontrola. Mi aporte es haberlas encontrado y estructurado para su mejor comprensión.

I. ASPECTOS ECONÓMICOS

Deben evaluarse temas estrictamente corporativos y económicos:

1. La modalidad de la concentración de la propiedad (operaciones horizontales, verticales o conglomerales);
2. La concentración de los ingresos;
3. La concentración de las audiencias/abonos;
4. La centralización o acumulación de poder.

Es difícil hallar metodologías eficaces que permitan medir a todas esas modalidades, en conjunto. Existen, en cambio, métodos que permiten cuantificar la concentración en algunas de sus dimensiones o que combinan algunas de ellas.

Por otro lado, debe tenerse presente la "Eficiencia de Pareto", que es un concepto de la economía con aplicación tanto en esa disciplina como en ciencias sociales e ingeniería, el que está relacionado con estudios de eficiencia económica y distribución del ingreso y establece como eficiente aquella situación en la cual se cumple que no es posible beneficiar a más individuos en un sistema sin perjudicar a otros. El término "Optimo de Pareto" indica una situación en la cual no se puede mejorar la situación de alguien sin hacer que algún otro este peor. "El bienestar de algunos se puede mantener constante sin que nuestras conclusiones resulten afectadas. Pero si, por el contrario, el pequeño movimiento (de una forma de estado social a otro) aumenta el bienestar de algunos individuos y disminuye el de otros, no puede afirmarse que el cambio es ventajoso para la colectividad en su conjunto."

II. ASPECTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

1. En primer lugar debe tenerse en cuenta la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), de la cual el Perú es país suscriptos y ha aceptado, además, la competencia de la Corte Interamericana, de manera tal, que los precedentes que este Tribunal dicte sobre la materia o las consultas que absuelva al respecto, tienen efectos vinculantes en el Perú.

Así tenemos:

Artículo 29. Normas de Interpretación de la CADH

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

   a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

   b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de

ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

2. En segundo lugar debe tenerse en cuenta la Declaración de principios sobre libertad de expresión de la Organización de los Estados Americanos (OEA), aprobadas durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre del año 2000. En la conocida como Declaración de Chapultepec, ha expresado en el Principio 12, lo siguiente:

> "Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.
>
> La existencia de monopolios u oligopolios públicos o privados se constituye en un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, como también para la recepción de opiniones diferentes. Tanto la Corte Interamericana como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han manifestado que la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén abiertos a todos sin discriminación, o más exactamente que no haya individuos o grupos que estén excluidos del acceso a tales medios. Exige igualmente ciertas condiciones respecto a estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de la libertad de expresión. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión y por lo tanto deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad.
>
> Dentro de este contexto, se debe garantizar el derecho de todas las personas de contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación, sin discriminación, por ningún motivo. Los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación masiva representan un serio obstáculo al derecho de todas las personas a poder expresarse y a recibir información. Uno de los requisitos fundamentales del derecho a la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información. El control de los medios de comunicación en forma monopólica u oligopólica, afecta seriamente el requisito de pluralidad en la información. Cuando las fuentes de información están seriamente reducidas en su cantidad, como es el caso de los oligopolios, o bien existe una única fuente, como los monopolios, se facilita la posibilidad de que la información que se difunda no cuente con los beneficios de ser confrontada con información procedente de otros sectores, limitando de hecho, el derecho a la información de toda la sociedad.
>
> En la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc.

de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático."

III. COMUNICACIONES DE ORGANOS INTERNACIONALES EXPRESANDO SU PREOCUPACIÓN POR ESTA TENDENCIA

A) El Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), han emitido la siguiente declaración:

(i) Discriminación en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión:

La igualdad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión continúa siendo la excepción, en tanto los grupos históricamente menos favorecidos -como mujeres, minorías, refugiados, personas indígenas y minorías sexuales- aún luchan para que se tengan en cuenta sus opiniones y para poder acceder a la información que les concierne. Las cuestiones más preocupantes son:

a) Los obstáculos a la creación de medios de comunicación por grupos históricamente menos favorecidos.

b) El uso indebido de leyes sobre expresiones que instigan el odio para impedir que grupos históricamente menos favorecidos participen en debates genuinos sobre sus problemas e inquietudes.

c) La ausencia de medidas de autorregulación adecuadas para abordar:

(ii) Presiones económicas:

Existen distintas presiones comerciales que amenazan la capacidad de los medios de comunicación de difundir contenidos de interés público, que usualmente son costosos de producir. Las cuestiones más preocupantes son:

a) La creciente concentración de la propiedad de los medios de comunicación, con posibles y preocupantes graves consecuencias para la diversidad de los contenidos.

b) La fractura del mercado publicitario, y otras presiones comerciales que se traducen en la adopción de medidas de reducción de costos, como menor proporción de contenido local, entretenimiento de bajo nivel intelectual y reducción del periodismo de investigación.

c) El riesgo de que los beneficios de la transición a las frecuencias digitales sean absorbidos en gran parte por los medios existentes, y de que otros usos, como las telecomunicaciones, operen en detrimento de una mayor diversidad y acceso, y de los medios de interés público.

(iii) Libertad de expresión en Internet;

El inmenso potencial que ofrece Internet como herramienta para promover el libre intercambio de información e ideas aún no ha sido aprovechado plenamente dados los esfuerzos de algunos gobiernos para controlar o limitar este medio. Las cuestiones más preocupantes son:

a) La fragmentación de Internet a través de la imposición de cortafuegos (firewalls) y filtros, y de requisitos de registro.

b) El bloqueo estatal de sitios Web y de dominios que permiten el acceso a contenidos generados por usuarios o redes sociales, por razones sociales, históricas o políticas.

c) El hecho de que ciertas corporaciones que proveen servicios de búsqueda, acceso, mensajería instantánea, publicación u otros servicios de Internet no realizan esfuerzos suficientes para respetar el derecho de quienes usan esos servicios a acceder a Internet sin interferencias, por ejemplo, por razones políticas.

d) Las normas que permiten que ciertos casos, particularmente sobre difamación, puedan ser juzgados en cualquier sitio, lo cual conduce a una situación de “mínimo común denominador”.

B) Declaración conjunta sobre Medios de Comunicación y Elecciones

El Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la CADHP (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) han expresado la siguiente preocupación:

Entorno general para los medios de comunicación y las elecciones:

Los Estados deben implementar diversas medidas, incluidas aquellas que fueron señaladas en nuestra Declaración Conjunta del 12 de diciembre de 2007, con el objeto de crear un entorno propicio para la proliferación de medios de comunicación pluralistas. Estas medidas deben incluir, entre otras, el requisito de transparencia acerca de la propiedad de los medios de comunicación, el otorgamiento de licencias a distintos tipos de emisoras a fin de promover la diversidad, la creación de normas destinadas a prevenir la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación y la adopción de medidas para promover la diversidad de contenidos.

IV. OPINIONES RELEVANTES

1. Mario Vargas Llosa ha expresado un punto de vista que resulta de particular importancia, siendo que, aparte de ser Premio Nobel de Literatura y un reconocido libre pensador, fue columnista destacado, por muchos años, del diario El Comercio, diario que forma parte del grupo concentrador. Dice al respecto:

   "Ningún país democrático admite que un órgano de prensa acapare porcentajes elevados del mercado de la información, porque, si lo admitiera, la libertad de prensa y el derecho de crítica se verían tan radicalmente amenazados como cuando el poder político se apropia de los medios para "liberarlos de la explotación capitalista". La pregunta clave es: ¿cuál es la mejor manera de impedir el monopolio, privado o estatal, de la información? ¿Una ley de medios, discutida y aprobada en el Parlamento?

   ¿Cuál es, entonces, la salida? ¿Aceptar, como mal menor, que un órgano de prensa controle más de tres cuartas partes de la información y creer los sofismas de los valedores de El Comercio sosteniendo que la fusión carece de connotaciones políticas y resulta únicamente de la eficacia y talento con que han sabido vender su "producto" en el mercado informativo? Para semejante razonamiento, no hay diferencia entre un órgano de prensa y "productos" como las cacerolas o los jugos de fruta. La realidad es que cuando una cacerola derrota a sus competidores y se queda dueña del mercado lo peor que puede pasar es que el precio de las cacerolas suba o que "el producto" empiece a deteriorarse, porque el monopolio suele producir ineficiencia y corrupción. En cambio, cuando un órgano de prensa anula a los competidores y se convierte en amo y señor de la información, ésta pasa a ser un monólogo tan cacofónico como el de una prensa estatizada y con ella no sólo la libertad de información y de crítica se deterio-

ran, también la libertad a secas se halla en peligro de eclipsarse".

2. Roberto Gargarella sostiene que "El problema en cuestión –crucial, en nuestro tiempo, a la hora de reflexionar sobre el derecho a la libre expresión- registra numerosas variables, pero aquí vamos a concentrarnos fundamentalmente en una. El tema en el que pienso tiene su origen en el hecho de que, cada vez más, la circulación de opiniones –y, en especial, la circulación de opiniones políticas- depende de la disponibilidad de recursos económicos. La situación parece diferir radicalmente de aquella que era sugerida por metáforas como la del ágora ateniense, en donde el pueblo podía reunirse libremente a discutir sobre sus asuntos; la de la plaza pública, por donde toda la comunidad circulaba; o la del orador de la esquina que de pie sobre un banco de madera dejaba en conocimiento de los habitantes de su pueblo sus puntos de vista disidentes. Hoy, como sostuviera Carlos Nino alguna vez, una imagen como la del ágora ateniense debe trocarse, más bien, por otra que nos remite un teatro o un estadio cerrado, en donde es necesario pagar una entrada para poder tener acceso. En síntesis: para comunicar ideas se hace cada vez más indispensable contar con recursos económicos que lo hagan posible.

   Lo dicho, según entiendo, encuentra un claro reflejo en la práctica cotidiana que todos nosotros bien conocemos. Todos sabemos que quienes poseen una radio, una emisora televisiva, un periódico, los propietarios de algún otro medio de alcance masivo, quedan en condiciones excepcionales para hacer conocer sus puntos de vista. Ello va de la mano, obviamente, de las dificultades que encuentran amplios sectores de la población para expresar sus demandas en público. Esto es decir: el dinero aparece como un soporte indispensable para hacer conocer las propias ideas, y la falta de dinero representa, por lo mismo, una dificultad excepcional para expresarse en la escena pública.

   Cómo fijar los alcances y límites del derecho a la libertad de expresión. Me refiero a la concepción igualitaria o deliberativa. La concepción igualitaria coincide en muchos aspectos con el pensamiento liberal. Así, sobre todo, en su rechazo frente a todo tipo de censuras, directas o indirectas, y en su defensa consistente de la tolerancia (estatal sobre todo) frente a "la idea que odiamos". Sin embargo, al mismo tiempo, ella muestra diferencias significativas con el liberalismo. Aquí me detendré especialmente en una, que se vincula con su certeza de que la libertad de expresión puede violarse no sólo a través de acciones, sino también a través de omisiones. Ello, en razón de que el igualitarismo vincula al derecho a la libre expresión, con la existencia de un debate público amplio, en el que deben poder participar todos los que pueden ser afectados por el derecho.

   Cuando prestamos atención a tal idea de "debate público" podemos reconocer las razones de las diferencias entre el liberalismo y el igualitarismo. Y es que, para el liberalismo, el derecho constitucional a la libertad de expresión se encuentra fundamentalmente satisfecho cuando el Estado no persigue a sus opositores, no anula voces críticas, no censura a nadie –ni directa ni indirectamente. Para el liberalismo, la no-censura pareciera constituirse en razón necesaria y suficiente para hablar de libertad de expresión. En cambio, para el igualitarismo, la no-censura puede ser, en todo caso,

una condición necesaria pero en absoluto suficiente para asegurar el derecho a la libre expresión que requeriría, para considerarse satisfecho, de varios otros componentes. Principalmente dos: la discusión pública; y la inclusión, en ese debate, de todas las diversas voces existentes.

Para el igualitarismo, la libertad de expresión resulta violada cuando sectores importantes de la población (particularmente, los grupos más desventajados) encuentran dificultades extraordinarias para hacer conocer a los demás sus quejas y demandas, muchas veces vinculadas con las graves violaciones que sufren, en sus derechos constitucionales -tanto por parte del Estado como por parte de particulares. La libertad de expresión resultaría violada, también, cuando la influencia del dinero resultara tal que la escena pública apareciera fundamentalmente dominada por ciertas voces o puntos de vista ya sea relacionados con el gobierno, ya sea relacionados con grupos privados (Dworkin 1985). La libertad de expresión resultaría violada, asimismo, cuando, como suele ocurrir en diversas provincias del país, las voces opositoras no resultan censuradas, pero existe sólo un medio (o muy pocos medios) controlado(s) por el gobierno de turno, o por algún particular, negándose así, en los hechos, el ideal del debate colectivo. La libertad de expresión podría resultar violada, entonces, tanto por las acciones concretas del Estado que censura o persigue; como por sus indebidas omisiones, que podrían determinar que sólo se escuchen ciertas voces; que algunas voces resulten sistemáticamente ausentes de la escena pública; o aún que ciertos temas queden persistentemente excluidos de la agenda de la discusión social."

3. Paulina Acevedo, del Observatorio Ciudadano / Red de Medios de los Pueblos, sostiene que "La falta de pluralidad y diversidad en la propiedad de los medios de comunicación es también una forma de censura que orada las bases de la democracia, pues perpetúa la exclusión que enfrentan bastos sectores de la población para hacer escuchar su voz y para que sean atendidas sus demandas, además de limitar el derecho a la información que debe ser garantizado a todos los pueblos.

   Por eso la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA ha definido como uno de los cinco problemas urgentes y transversales a ser resueltos en nuestra América Latina, el limitar la hegemonía discursiva y el control de la agenda informativa que generan los distintos monopolios y oligopolios en la región, así como promover el acceso de nuevos actores sociales a la propiedad de los medios de comunicación".

4. Hernando de Soto ha dicho: "La competencia y el enfrentamiento de los medios por el mercado para mí es la mejor noticia a favor de todos quienes deseamos estar bien informados y protegernos, también, de los periodistas cuando cometen abuso de su posición o se equivocan. Cuando alguien abusa de mí y hay competencia puedo recurrir a los medios adversos que acogerían mi reclamo.Eso no sucede cuando los medios no compiten".

5. Baldo Kresalja expresa la siguiente reflexión: “Dice Camps que la tendencia desregulatoria de los últimos años afirma que la libertad de mercado es la expresión más idónea de la libertad, la que se erige en sustitución de la deliberación democrática previa a la toma de decisiones colectivas, para evitar que ciertos valores prevalezcan frente al mercantilismo dominante. Cualquier intervencionismo se considera reprobable y sectario. Pero el mercado no es democrático, pues no brinda igualdad de oportunidades, incluso en el ámbito de la libre expresión y confrontación de ideas. Es el poder económico (principalmente a través de la publicidad) quien tiene capacidad real para expresarse y dominar el universo mediático. La soberanía del mercado no produce individuos libres y autónomos capaces de pensar por sí mismos y de expresar libremente lo que piensan, sino más bien conformados por las ideas dominantes, que serán aquellas que favorezcan a los que tienen poder económico y acceso a los medios. Se trata de una “oferta” interesada.

   El concepto de libertad que se impone en nuestros días es la que solo preocupa al individuo y a sus negocios. La pregunta es si esa es toda la libertad que deseamos, si debemos descartar cualquier limite a la misma. Porque en una democracia, la libertad de expresión no debería ser un fin en sí misma, sino un medio para promover libremente valores democráticos. Entonces, ¿hasta qué punto los gobiernos deben hacer algo para promover la adhesión de la libertad de expresión a los valores democráticos?, ¿hasta dónde es posible llegar sin incurrir en censuras? Para que una democracia funcione, y está claro que no funciona bien entre nosotros, no bastan unas instituciones públicas más o menos justas y eficaces, sino que debe haber un marco de referencia común para todos los miembros de la comunidad.”

6. Andrés Calderón: “¿Hay concentración cuando se tiene solo 6 de 60 diarios? No es correcto medir la concentración a partir del número de productos. La concentración ayuda a medir cuán competitivo es un mercado a partir de la relevancia de las empresas para los consumidores. Puede haber 20 marcas de detergentes y todas de una misma empresa. Y puede haber 100 tiendas de abarrotes, pero si la mayoría compra solo en una, esa probablemente sea la dominante y ese es un mercado concentrado.

   ¿Controlar las concentraciones castiga el crecimiento?Un control de concentraciones no castiga el crecimiento ni “impediría que aparezcan nuevos diarios o que un diario gane las preferencias de los lectores”. El control solo se ocupa de los crecimientos “externos”. Es decir, las compras entre empresas. No es lo mismo que una empresa quite cuota de mercado a otra compitiendo, que se la compre.

¿El mercado es solo de prensa escrita?

Se dice que la gente puede acceder a información de radio, TV e Internet y que hay muchas alternativas para poner publicidad. Esta es una afirmación, por lo menos, poco reflexionada. En casos de fusiones en países como Reino Unido y Canadá se ha definido el mercado relevante como el de diarios impresos locales o subregionales, descartando otros medios impresos y no impresos. ¿Por qué? Porque normalmente, no es que

el público lea periódicos o, en su lugar, escuche radio o mire televisión. Son productos complementarios antes que sustitutos. Los anunciantes también complementan la publicidad entre varios medios.

No es un asunto indiscutible, pero el análisis se debe hacer caso por caso, observando hábitos de consumo y acceso real a productos sustitutos. El problema aquí es la generalización. Alguien puede leer el New York Times desde su tableta y vender su carro online, pero habría que preguntarse si esas son alternativas reales para quien lee las noticias locales o para quien anuncia en los clasificados de un diario regional.

El tema de fondo: la vulneración continua del derecho fundamental a la información. ¿Quién debe velar por su correcta satisfacción y correspondiente sanción cuando es vulnerado? ¿El Estado o el mercado?

i) La información no es un insumo, es un derecho fundamental.

ii) Independientemente de si el mercado garantiza pluralidad de fuentes (a pesar que la concentración de medios desmienta esta afirmación), lo importante a analizar es si ese mercado puede garantizar la satisfacción del derecho fundamental a la información que tienen todos los ciudadanos.

iii) La alternativa de la autorregulación no es ni siquiera menos democrática, sino antidemocrática, porque pretende delegar a los medios de comunicación la satisfacción de un derecho fundamental a la información (con el consecuente poder político que supone) cuando no tienen la legitimidad para hacerlo.

7. López Noriega dice que los actuales medios de comunicación cumplen diversas y complejas funciones: desde la intermediación entre representantes y representados, hasta la interferencia o la fabricación de la agenda política, desde el desarrollo de una opinión pública pluralista hasta la ocultación, la manipulación o la invención de la información, o, en fin, del control público de los excesos del poder hasta la solapada defensa de intereses privados por encima de los colectivos.

8. "Una concepción liberal, en general, encarnada por el empresariado de medios latinoamericano y un sector del derecho (tanto académico como profesional), cuestiona las regulaciones legales en el sector apelando a la "autorregulación" como respuesta frente a lo que considera "imperfecciones" de un mercado que, por su específica labor informativa, debe ser celoso de la protección de la libertad de expresión. Algunos actores empresariales latinoamericanos, sobre todo los más concentrados, van más lejos y vinculan de forma directa su envergadura con la independencia económica del gobierno como una forma saludable de ejercer la libertad de expresión. Esta línea argumental sostiene que la mayor escala económica de un grupo es garante de la libertad de expresión porque lo dota de la capacidad de sobrevivir sin la asistencia del poder político que, en esta perspectiva, suele identificarse como "el poder". Esa asistencia

estatal, del poder político es canalizada fundamentalmente (aunque, se insiste, no únicamente) a través de la publicidad oficial y exenciones fiscales.

A diferencia de esa perspectiva liberal clásica, el cuestionamiento a la concentración tiene como principales promotores a actores de la sociedad civil (movimientos sociales, gremios de trabajadores, un sector de la academia) e invoca el antecedente de que numerosos gobiernos de países occidentales entre el fin de la Segunda Guerra Mundial y la década de 1980, construyeron una potente tradición regulatoria para atenuar los efectos de la concentración en el sector de la comunicación.En efecto, en ese lapso contemporáneo al modelo del Estado Benefactor en los países capitalistas occidentales, se desarrolló una vigorosa regulación con la que los gobiernos (de diferentes ideologías) promovieron la defensa del interés público mediante tres instrumentos: a) la construcción de potentes medios públicos no-gubernamentales; b) disposiciones contra la concentración privada de medios de comunicación y en especial, prohibiciones a la concentración cruzada (en EEUU una empresa periodística de papel no podía poseer licencias audiovisuales); y c) mandato de trato equilibrado en los contenidos informativos hacia las diferentes formaciones políticas. Este mandato comprendía principalmente a los medios públicos, pero también alcanzaba a medios privados tanto audiovisuales como escritos (un ejemplo de ello fue la Fairness Doctrine en EEUU).

¿Cuál era el concepto de interés público que subyacía a esta regulación que limitaba severamente la concentración de medios en pocas manos? La respuesta es posible hallarla en el siguiente planteo del profesor Andrew Calabrese (2006) “una sociedad libre y democrática depende de lo que Immanuel Kant una vez llamó “el principio de publicidad,” por cual se refería a la oportunidad para dejar fluir las ideas que no se dejan entorpecer por la dominación y el miedo”. Esta perspectiva es tributaria de dos tradiciones filosóficas, por un lado, el liberalismo y por otro lado, la concepción que liga a la democracia con el debate público robusto. Uno de los principales autores de esta concepción es Owen Fiss, para quien la libertad de expresión depende de los recursos de los que se disponen, y si estos están concentrados, la libertad de expresión del resto, es decir el interés público, se resiente.

Para Fiss (1986) la libertad de expresión requiere un debate público robusto y regulación activa para promover el acceso a los medios. Para esta concepción, también llamada pluralista, la libertad de expresión es un derecho no sólo individual sino colectivo y por ello se relaciona la calidad democrática con la mayor potencialidad expresiva de distintos actores sociales.La concentración afecta la línea editorial de los medios, unifica las fuentes disponibles de información, así como las fuentes consultadas por el sistema de medios, reproduciendo cierta endogamia y uniformización de contenidos y formatos.

La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de DDHH (2000) precisa los términos de referencia para el SIDH al mismo tiempo que contiene una controversia en sus propios términos. El “principio 12” dice:Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho de la libertad de información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deber ser exclu-

sivas para los medios de comunicación.

En el sector de los medios tradicionales (básicamente audiovisual pero también la prensa) durante décadas el objetivo estratégico era lograr mayor pluralismo y diversidad para ampliar así el ejercicio de la libertad de expresión. Las premisas son las reseñadas en el apartado referido al Sistema Interamericano de DDHH: la circulación de información, la pluralidad de contenidos, son condición para la calidad y el estatuto democráticos de la sociedad y se entiende que la concentración de la propiedad impide que esa deliberación sea robusta cuando pocos grupos –obviamente vinculados al poder económico y al poder político- ejercen una posición dominante en la producción y circulación de contenidos, fundamentalmente contenidos informativos. Por lo tanto, la defensa del interés público está asociada a la disminución de la concentración.

La concentración de medios tiende a la unificación de la línea editorial. Es difícil que en un mismo grupo de comunicación se hallen divergencias profundas sobre temas que son sensibles en la línea editorial. Cuando se trata de tomar partido por medidas importantes es difícil que un mismo grupo albergue posiciones realmente diversas. Lo anterior se combina con el sesgo informativo: los medios no suelen informar con ecuanimidad cuando empresas del mismo grupo lanzan un producto al mercado, del mismo modo que tampoco son desinteresadas las coberturas noticiosas cuando son los competidores (en algún mercado) los que generan el lanzamiento.

La concentración además supone un ambiente de precarización del empleo: porque desaparecen medios y porque los existentes tienden a fusionarse generándose economías de escala y ahorro de costos laborales. Y además porque en un sistema de medios muy concentrado, los periodistas tienen pocas alternativas de conseguir un buen empleo si se enfrentan con alguno de los grandes grupos, dada la tendencia a la cartelización del sector. El delicado tema de la autocensura en la profesión no debería eludir la consideración de este aspecto.

La concentración es muy alta tanto si se toma en consideración la variable “concentración de la propiedad” como la de “concentración de las audiencias/mercados”. Históricamente la concentración en América Latina ha tenido poca regulación legal. En cambio, existió (y hay casos en sigue existiendo incluso a pesar de lo que indica la normativa) una estrecha vinculación entre dueños de medios y gobiernos, que toleraron altos niveles de concentración a cambio de una línea editorial favorable por parte de grupos concentrados, lo que constituye una regulación de facto (ver Fox y Waisbord, 2002). La ausencia de regulación legal orientó en muchos países la atención central hacia la necesidad de adoptar normas legales, subordinando la concepción estructural del sector comunicacional a la existencia de leyes. La resistencia a tratar el tema de la concentración por parte de los principales grupos de comunicación fue eficaz al utilizar, paradójicamente, la noción de libertad de expresión, asimilando así cualquier regulación contra la concentración como un atentado contra la libertad de expresión. Este uso estrecho de la noción de libertad de expresión se convirtió en sentido común en la región.

En la última década ese sentido común ha sido profanado por un ideario directa o

indirectamente tributario de las citadas concepciones del “debate público robusto” que sostienen que es objetivo de la intervención pública el acceso a los medios de sectores sociales postergados, para los que la concentración de la propiedad es un gran obstáculo;hay nuevas regulaciones adoptadas en varios países en la región que conciben la concentración de la propiedad privada como una amenaza a la libertad de expresión de la comunidad. Ello representa un cambio de paradigma.

En cada país (y más aún, en cada región al interior de cada país) la concentración asume modalidades distintas, siendo en algunos muy alto en alguna de las industrias (concentración horizontal); en otros casos muy pronunciado en procesos de integración vertical y en algunos países asume las características de la conglomeración, con grupos que traspasaron las fronteras de los medios, que llegan al ámbito de las redes digitales convergentes y de las telecomunicaciones.En la composición del capital de varios de estos grupos se registra, desde hace aproximadamente 20 años, la afluencia de capitales financieros, mientras que hay procesos de extranjerización casi desde el origen mismo de los medios audiovisuales en la región. La extranjerización de la propiedad o de fases de la producción conduce a una integración del control del sector infocomunicacional (audiovisual, telecomunicaciones, redes digitales).

Hay actores concentrados de medios -o algunos accionistas de estos grupos- que han tenido enfrentamientos directos con algunos de los gobiernos de la región que anunciaron (y en ciertos casos, concretaron, nuevas regulaciones) y que, con diferencias notables entre Venezuela y Ecuador por un lado, y entre estos países y la Argentina, por ejemplo, se registran cambios en el mapa de grandes dueños de medios. Estos cambios en el mapa de medios hasta ahora fueron más eficaces al cambiar el nombre de los grupos concentrados, pero no necesariamente en disminuir los porcentajes de mercado en manos de pocos actores. Entre los efectos de la concentración de la propiedad se constatan, con distintos niveles de concreción: (a) reducción de fuentes informativas (menor pluralidad de emisores); (b) relativa homogeneización de géneros y formatos; (c) unificación de línea editorial en temas sensibles; (d) resistencia de los grupos más concentrados a desempeñar funciones de servicio público cuando se regula en tal sentido; (e) conflictos de intereses por parte de los grupos concentrados que influyen en información socialmente relevante de otros mercados (como alimentos y bebidas, o sistema bancario) en los que estos grupos tienen interés directo o indirecto a través de asociaciones o para dañar competencia con intereses en esos mercados; (f) desarrollo de un sistema de apropiación de derechos exclusivos en el espectáculo, deportes; (g) centralización geográfica de la programación y de la producción de contenidos; (h) autocensura de los trabajadores (ambiente precario para la libertad de expresión).

La convergencia tecnológica auspicia la inserción de capitales de telecomunicaciones e Internet al sector infocomunicacional que, si bien en una primera instancia debilita la incidencia (tanto en términos relativos como absolutos) de los grandes grupos mediáticos tradicionales, desconcentrándolos en un corto plazo, reconfigura la modalidad de la concentración conglomeral reuniendo, de modo inédito por la escala de este proceso, las redes de producción, edición, almacenamiento, distribución y transporte y comercialización de contenidos. Es decir que infraestructuras convergentes y contenidos conforman un mismo sector en el que por ahora conviven, con intensos

conflictos, actores corporativos provenientes del sector de medios, otros de las telecomunicaciones, otros propios de Internet, en una puja por capturar márgenes crecientes de rentabilidad y, en una suerte de darwinismo económico, por adaptarse mejor a los cambios y sobrevivir.

Si bien es cierto que la desconcentración de un mercado no engendra automáticamente diversidad, también es verdad que la mayor concentración perturba ciertamente la posibilidad de que la diversidad exista.El debate no debe ideologizarse. "En una pelea entre dos elefantes el que pierde es el pasto". En esta contienda las únicas armas son las palabras. La Convención Americana y la declaración sobre la libertad de expresión constituyen dos fuentes necesarias para percibir el sistema al que la sociedad latinoamericana tiende en defensa de la democracia. La concentración de medios atenta contra la democracia. Es un peligro indirecto contra la libertad de expresión. La prensa tiene un deber importante frente a la sociedad. "Escepticismo inteligente" frente a esta temática. La autorregulación tiene poca credibilidad. La pregunta no es si la concentración es buena o es mala, sino, cuál debe ser el umbral que no debe sobrepasar. ¿Puedenautorregularse los medios cuando luchan para obtener más ganancias?

9. Saúl López, en "DEMOCRACIA Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN" sostiene: "¿Cómo controlar el poder privado de los medios de comunicación, sin mermar el conjunto de libertades del sistema de expresión e información?

Los medios de comunicación en las sociedades contemporáneas son de mayúscula importancia. Se trata del único foro posible en las democracias modernas; el ágora de nuestros tiempos.

Benjamín Constant consideraba que la más importante de las libertades sociales es la de la prensa.El Escenario mediático clásico del siglo XVIII, XIX y buena parte del XX se concibió a partir de dos ingredientes fundamentales: El Estado como el peligroso enemigo a vencer. La lucha por una prensa autónoma se enfocó casi de manera exclusiva en eliminar la intromisión estatal y arrinconar su estructura para abrir un amplio espacio donde circulasen libremente las opiniones.El otro ingrediente: la prensa.

Las apologías, defensas y advertencias alrededor de la libertad de expresión se imaginaron por mucho tiempo a partir de éstos. Simplemente era impensable, en su momento, la existencia de medios como la radio, la televisión y la Internet; ya no digamos tecnologías tan sofisticadas como la comunicación vía satelital y la fibra óptica.

Pero es justamente este escenario habitado por la noción del Estado como enemigo y la prensa como principal medio de comunicación, lo que ha cambiado de manera drástica en las democracias contemporáneas.Actualmente, el tema mediático plantea otra amenaza cuyo origen es diferente: el crecimiento sin trabas de la industria de los medios como intereses comerciales.

El mayor peligro para el libre acceso de los ciudadanos a la información proviene del proceso de concentración de propiedad de los medios.Una concentración que resbala

fácilmente en la no competencia mediática, es la arbitrariedad privada.Importante lección que nos ofrece la concentración mediática: la idea de unos medios objetivos, con una actuación estrictamente instrumental, es al menos una ingenuidad. Cómo controlar los poderes privados sin mermar el sistema de libertades.

En una Sociedad democrática nadie debe ser amo de la verdad ni de la voz; deben existir el mayor número de voces posibles. Hay que evitar la fusión entre verdad y poder. La diversidad de intereses, teniendo cada uno su propia voz, impide que una logre escucharse siempre por encima del resto, aunque ésta fuese la voz de la razón. La democracia es una polifonía de ideas, intereses y visiones del mundo.La democracia no es el camino a la curación ni a la perfección. La estampa de una sinfonía que dirigida por un director de orquesta elimina el caos e impone orden y armonía en las voces, es totalmente antidemocrática.

Éste es, precisamente, el peligro que representa la enorme concentración de propiedad de los medios de comunicación: que éstos se conviertan en un especie de director de orquesta mediático, cuyo poder le permita determinar quién habla, por cuánto tiempo, sobre qué tema y en qué tono.Alexis de Tocqueville entendió muy bien: “El único medio de neutralizar los efectos de los periódicos es el de multiplicar su número.”

El problema de la concentración mediática apunta directamente a lo que algunos autores han considerado el dilema de las democracias pluralistas: la tensión entre autonomía y control.Los problemas surgen cuando la libertad de algunos de estos grupos privados se desborda y afecta a otros núcleos de la sociedad civil o, inclusive, al Estado mismo. Libertad es poder.

La autonomía de las organizaciones económicas es un valor deseable en las sociedades democráticas y, al mismo tiempo, paradójicamente, representa un peligro.Simplista cantaleta: propiedad privada o propiedad estatal. Mientras unos depositan una ingenua confianza en la estructura estatal; los otros hacen lo mismo respecto los propietarios privados.

El Grado de pluralismo de una sociedad no depende de si sus empresas son privadas o pertenecen al Estado.Los derechos constitucionales son en realidad poderes legales que pueden ser ejercidos sobre los demás.La competencia y el pluralismo no regulado es una quimera; ambos necesitan, para ser efectivos, de un sistema legal que los promueva.

El planteamiento de una libertad de los medios irrestricta se reduce a un poder sin control, el poder arbitrario de una minoría es capaz de actuar sin sujetarse a ninguna regla ni regulación.Irónicamente, la libertad de prensa para su existencia exige límites al poder estatal, pero también necesita de la intervención de éste para establecer y resguardar los límites de las libertades de donde se sostienen las corporaciones mediáticas: libertad de prensa, propiedad, asociación, información.

La tarea no es sencilla. Exige de una precisión quirúrgica capaz de diseñar estructuras regulativas que coadyuven al pluralismo de medios, sin que se vea afectada la libertad de éstos. Construir una relación entre control y autonomía que concilie la deseable libertad de los medios de comunicación con los imprescindibles límites democráticos.El

derecho a la información, por su parte, primordialmente de carácter social e institucional, se ha leído como la facultad de recibir información en un escenario democrático y plural.

Hay que apreciar la posición del beneficiario del derecho.Su protección reside en la edificación de un escenario mediático que propicie las mejores condiciones para que la sociedad reciba información veraz y lo menos manipulada posible en relación con los aspectos más importantes de su comunidad y entorno.

Un aspecto medular: ninguna de estas dos libertades, no importando si se adoptan otros matices conceptuales, mantiene alguna relación con la libertad de propiedad. No existe, en principio, elemento alguno que permita establecer una relación entre tales libertades, ya no digamos, una confusión conceptual entre la libertad de expresión, el derecho a la información y la propiedad privada de los medios de comunicación. Por ello, en el momento que se deja de distinguir nítidamente la esfera de estos derechos, para permitir una fusión entre ellos, estamos ante un conflicto de derechos justamente porque la propiedad absorbe inevitablemente tanto a la libertad de expresión como al derecho a la información para reducirlas a la libertad de los propietarios o, en el caso de un monopolio, a la libertad del propietario.

En efecto, existen principalmente dos formas para que estos dos derechos, el derecho a la información y la libertad de expresión, sean vulnerados: sea mediante la censura, la represión y la prohibición de cualquier manifestación de ideas y opiniones; método propio de los regímenes autoritarios. O a través de la apropiación de los medios de comunicación; método característico de las concentraciones mediáticas.

Las características mismas de la libertad de propiedad propician que ésta se derrame y ahogue las libertades que se ubican a su alrededor. Esta es la razón de que la mera presencia y fortalecimiento de los conglomerados mediáticos vaya en contra de la garantía del derecho a la información. Es decir, un escenario mediático plural, donde la información y las opiniones sean lo menos manipuladas posible, se quiebren los vínculos entre los representantes políticos y los centros económico-mediáticos y se eviten, por tanto, las componendas e intercambios entre apoyos y prestaciones privadas (ocultar y maquillar determinada información, acentuar positivamente ciertos aspectos de los hechos públicos, campañas de propaganda a favor de un grupo político en particular) a cambio de prestaciones públicas (establecer esquemas regulatorios más laxos, ampliar los márgenes antitrust, etc.).Los medios de comunicación deben convertirse en un poder constituido, principalmente a partir de la libertad de expresión y el derecho a la información, y no a partir de la libertad de propiedad."

10. Luigi Ferrajoli sostiene: "La principal garantía de esa libertad [a la información] radica en su separación e independencia de la propiedad; son tan esenciales para la información como, para el poder judicial, su independencia y separación del poder ejecutivo. Si es cierto que el derecho a la información es devorado por su confusión con la propiedad, entonces, la solución radica en separar estos dos derechos invirtiendo su relación actual: sometiendo el poder empresarial de los grupos periodísticos y televisi-

vos, públicos y privados, a los límites y vínculos que derivan de la independencia de la libertad de prensa y de información.Si entendemos que la interpretación constitucional no es un conocimiento a priori, que no se reduce a un mero silogismo lógico, y que tampoco se trata de la aplicación de muletillas interpretativas, sino que más bien es un ejercicio argumentativo que conversa con las circunstancias y el enjambre normativo constitucional, entonces, aquí el derecho a la información debe entenderse como el argumento para limitar el ejercicio de la libertad de propiedad en el escenario mediático.

Cuando una propiedad desempeña una función de carácter público, como el de informar a la sociedad, entonces, su actuación se debe circunscribir aún más a los derechos constitucionales de aquellos a quienes va dirigida dicha función. Aquí nos encontramos con la razón por la cual los propietarios de carreteras, puentes y de servicios de recolección de basura, por ejemplo, no pueden operar tales propiedades con la misma libertad que un granjero maneja su establo o el empresario su fábrica. Justamente porque estas propiedades cumplen una función pública o, más aún, porque su existencia se fundamenta en el ejercicio de alguna libertad constitucional, como en el caso de los medios de comunicación, se deben limitar. El fundamento para acotar la propiedad mediática surge, por tanto, en el momento en que los medios llevan a la práctica el derecho de toda la sociedad a informarse. Y, por ello, en este contexto, la guía y parámetro para limitar la propiedad es su misma naturaleza y uso en un escenario mediático encaminado a la pluralidad.

Esto significa que el derecho del propietario para controlar, usar y, sobre todo, expandir su propiedad debe ceder a los arreglos institucionales necesarios para implementar el ejercicio de otras libertades constitucionales, como es el caso del derecho a la información. Cualquier otro planteamiento de la propiedad en relación con los medios de comunicación corre el riesgo de ceder supremacía a la libertad de propiedad frente a otras libertades y derechos fundamentales. Es decir, es indispensable entender que para combatir la concentración mediática la independencia del sistema mediático en una democracia, no se limita a la estructura estatal, se extiende a cualquier otra forma de poder capaz de absorberlo por completo, como es el caso del poder económico; y para lograr ese objetivo, el primer paso es limitar la libertad de propiedad. De esta manera, la limitación del derecho de propiedad en el escenario mediático democrático se justifica al establecer como objetivo una regulación de las relaciones socioeconómicas adecuada para lograr el pluralismo mediático.Hay que entender que los poderes privados también deben ser controlados en una democracia.

El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania ha construido una creativa y sofisticada jurisprudencia al respecto.El Tribunal Constitucional entendió que el artículo 5º de la Constitución exige que los medios no estén supeditados exclusivamente al poder estatal ni al poder de cualquier otro grupo social. Por el contrario, las compañías mediáticas deben organizarse de tal manera que permitan la inclusión del mayor número de intereses y voces posibles; deben formar un escenario mediático que asegure un contenido con un mínimo de balance, objetividad y pluralismo. Más esto sólo es posible garantizarlo mediante un andamiaje regulatorio que organice a los medios de comunicación de acuerdo a tales principios generales.

Con el caso Spiegel (1966), ratifica el concepto de un deber positivo por parte del

Estado para mantener la independencia de los medios de comunicación, inclusive, en contra de grupos privados.La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.Kommers, Ronald (edit.), The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, op. cit., pp. 405-6.

Deber positivo del Estado de adoptar las medidas pertinentes en contra del desarrollo y consolidación de los monopolios de opinión.El caso Televisión II (1971).Se trata del brinco de entender a los medios como empresas comerciales a concebirlos como instituciones de interés público. En aras de mantener una distancia con el Estado, el diseño de los medios de comunicación no permitía que éstos recibiesen fondos directamente del gobierno, sino que más bien fuesen financiados a través de impuestos a cargo de los televidentes. No obstante, es con el caso Televisión II, junto con su concepción de los medios como instituciones de interés público, que se elimina este impuesto que a juicio del Tribunal Constitucional es una característica propia de las empresas privadas. Con esto, entonces, se fortalece la idea de unos medios independientes, que coadyuvan a la formación de la opinión pública y, por ello, resulta indispensable fortalecer un pluralismo interno para evitar el monopolio sobre el contenido de los medios.

En anteriores resoluciones ya se empezaba a vislumbrar una desconfianza ante los poderes económicos, con este fallo este escepticismo se hace explícito. El Tribunal Constitucional alemán consideró que como resultado del desarrollo de la tecnología, la televisión y la radio se han convertido en los medios más importantes de comunicación masiva y, justamente por este enorme efecto en la sociedad, su actuación no puede dejarse a las fuerzas del libre mercado. En suma, los medios de comunicación, en el contexto de una democracia liberal, deben protegerse tanto del Estado como de la dinámica económica. Ambos son un peligro para el ideal mediático de autonomía y pluralidad.

Con el caso Televisión III 57 BVerfGE 295 (1981), Este Tribunal Constitucional, exige la regulación estatal de las empresas mediáticas privadas para evitar el surgimiento de monopolios o grupos dominantes, pues las meras leyes del mercado no aseguran autonomía ni pluralismo (interno y externo) en los medios de comunicación. Las posibilidades tecnológicas no diluyen el peligro intrínseco al poder de aquellos que detentan las estaciones y cadenas de radio y televisión, y que gozan de los recursos financieros para influir en el proceso de formación de la opinión pública, sea excluyendo o tergiversando cierta información en contra del ideal de un pluralismo informativo. El fundamento medular para una regulación mediática no son las limitaciones tecnológicas –que quienes apoyan esta última justificación, efectivamente, consideran que una vez superadas las restricciones tecnológicas ya no habrá motivo para una intervención estatal–, sino más bien la fundamentación para un ejercicio regulatorio en el escenario mediático es la importancia que tienen los medios en la dinámica democrática y el escepticismo que provoca la acumulación del poder mediático. Es decir, el fundamento medular para establecer un marco regulatorio de los medios de comunicación reside en que éstos son poderosos, sea en el terreno privado o público.

Los medios son un elemento de cuyo desempeño depende en buena medida la opinión pública. La libertad de las empresas mediáticas incide inevitablemente en la construc-

ción de la opinión pública democrática. El escenario mediático alemán continúa siendo uno de los más comprometidos con el control del poder mediático, con legislaciones y resoluciones judiciales creativas que buscan alcanzar precisamente el difícil equilibrio entre autonomía y control. Y donde la propiedad, inserta en una economía de mercado social, se ha entendido siempre con límites y restricciones. En efecto, como el resto de las libertades económicas, la propiedad encuentra sus límites y alcances en la llamada cláusula social, que ciertamente se enlaza con la concepción económicaliberal de la libre competencia, así como con la protección del individuo frente al Estado, pero que en sintonía con las necesidades de la sociedades industriales modernas, involucra al Estado en la construcción de un orden económico civilizado, donde se controla al más fuerte con el fin de proteger al más débil.

La democracia liberal es un régimen sensible a los peligros propios a cualquier forma de poder; no hay poder ni institución confiable. De ahí que el fundamento de la regulación estatal a los medios de comunicación no debe partir de las limitaciones tecnológicas, sino de la posibilidad de que surjan monopolios o tendencias dominantes tanto privados como públicos en el escenario mediático. Hay que entender que el problema de la concentración de los medios de comunicación se ubica, en última instancia, en el corazón de la tensión entre autonomía y control.

Libertad de asociación, propiedad o de empresa, son libertades que deben ser limitadas en aras de un escenario mediático plural; sin embargo, el control aplicado con dicho propósito debe ser lo suficientemente delicado para no mermar en exceso estas libertades tan relevantes en una democracia. Así, el marco de la acumulación mediática se ubica en el dilema entre autonomía y control, donde el objetivo es lograr el mejor equilibrio entre ambos.Evitar que la propiedad absorba tanto a la libertad de expresión como al derecho a la información, para reducirlas a la libertad de los propietarios o, en el caso de un monopolio, a la libertad del propietario. Y esto significa que los derechos fundamentales no son derechos absolutos, sino más bien esferas que deben ser delimitadas para su coexistencia.

Derecho a la información tiene una dimensión institucional u objetiva que encapsula la idea de un escenario mediático plural, independiente del poder económico y político, y donde se pueda acceder a éste en condiciones de igualdad. Esto implica un deber positivo del Estado para construir dicho escenario mediático. La simple abstención de la estructura estatal para crear un espacio de libertad no basta. Por el contrario, al prestar los medios de comunicación un servicio esencial para las sociedades democráticas es indispensable la presencia del Estado para establecer un equilibrio entre los diferentes derechos constitucionales involucrados. Es decir, el diseño democrático del escenario mediático simplemente no es posible sin la presencia del Estado.

Valor del pluralismo mediático, junto al resto de los criterios arriba señalados, debe erigirse en un eficaz parámetro de constitucionalidad de los diversos andamiajes institucionales que regula a los medios de comunicación. Un tamiz constitucional de la acción del legislador, que impida la filtración de aquellas normas que no establezcan límites prácticos a la concentración en el sector de los medios de comunicación, o que no que garanticen una protección adecuada del pluralismo informativo. Un parámetro

que con eficacia defina las exigencias que componen el principio del pluralismo de los medios de comunicación en un contexto democrático. Enunciar por el contrario, una idea de pluralismo e independencia mediática sin ningún resultado práctico es, en el mejor de los casos, una mera construcción teórica.

Los problemas que representa la concentración mediática para la democracia son harto complejos. El centro del asunto oscila entre la libertad de los medios para realizar su tarea democrática y el poder que adquieren a partir de dicha libertad. Controlar tal poder, sin menoscabar autoritariamente su libertad es el objetivo. Y aunque difícil, no hay que olvidar que la gran virtud de la democracia, y que la sitúa por encima de otras formas de organización social, no es que ofrezca solución a todos los problemas propios de una sociedad, sino que más bien facilita las herramientas necesarias para imaginar, proponer y discutir arreglos institucionales para enfrentar las circunstancias cambiantes. La democracia es defendible no porque de soluciones perfectas o permanentes, sino justamente porque su capacidad de autocrítica y reforma abre la posibilidad de encontrar solución a los nuevos problemas sociales."

11. Owen Fiss, profesor de la Universidad de Yale, es autor, entre otros, del libro "La Ironía de la Libertad de Expresión". Dice: "Uno no solamente tiene la libertad de comprar medios. El ciudadano también tiene el derecho de escuchar todos los puntos de vista sobre un problema. La concentración es un peligro para la democracia. ¿Qué es democracia? Cuando los ciudadanos deciden por sí mismos. Proteger a la libertad de expresión supone que los ciudadanos tengan toda la información para tomar sus decisiones de la mejor manera."

V. LEGISLACIÓN COMPARADA

No existe una respuesta normativa adecuada para abordar este problema. Además, se ha producido el acaparamiento de las nuevas tecnologías de la difusión por parte de los grupos dominantes preexistentes. Hay una debilidad del sector público en esta área. Un nuevo fenómeno es el periodismo de complacencia frente a los gobiernos para obtener más frecuencias y recursos de la publicidad oficial. Los Estados han reaccionado de manera distinta frente al problema: los que prefieren no regular la situación y conviven con los grupos concentrados; otra reacción es la de expandir sus propios medios para ponerlos al servicio del propio gobierno; otros países si han aprobado leyes para frenar el fenómeno, generando nuevos desafíos. El SIDH ha construido estándares y elaborado instrumentos para enfrentar este tema: (I) la declaración de principios de libertad de expresión del art. 13 es una base esencial. En él se declara que los oligopolios y monopolios en este sector conspiran contra la democracia. (II) Luego el informe del año 2006 de la Relatoría de Libertad de Expresión, en que se indica que la concentración excesiva es una violación indirecta de la libertad de expresión, una forma de censura. (III) En el 2010 la Relatoría presentó un informe sobre estándares para la libertad de expresión.

El panorama legal es el siguiente:

1. Estados Unidos: Las normas antimonopólicas, desarrolladas desde la iniciativa del senador John Sherman en 1980, surgieron para controlar la codicia de las empresas petroleras y acabaron por convertirse en parte de la cultura norteamericana y europea.

2. Alemania: las normas sobre concentración implican el control estatal para evitar la existencia de posiciones dominantes en los mercados, lo que alcanza también a la prensa escrita, además del audiovisual. Según Pérez Gómez, el Bundeskartellamt consideró que la fusión entre WAZ y la editora IserlohnerKreisanzeiger debía ser prohibida porque esta editora controlaba el 90% del mercado de lectores de prensa distribuida por suscripción en el área de Iserlohn y su fusión con WAZ, el principal grupo de prensa regional de Alemania, reforzaría su posición de dominio ya que incrementaría sus recursos económicos, dificultando aún más la aparición de competencia (esta operación fue en 1998).

3. Francia: se prohíbe que una empresa controle más del 30% de la circulación de periódicos. También, en el sector audiovisual, hay límites a la concentración de capital (una persona no puede poseer más del 49% del capital accionario de una emisora de televisión si ésta supera el umbral del 2,5% de la audiencia total televisiva en Francia). Tienen la regla de dos supuestos de cuatro: Conforme a la Ley Nº 86 – 1067 de 30 de septiembre de 1986 de Francia, la regla es de "dos situaciones en relación a cuatro". No es posible controlar más de dos de cuatro de los medios siguientes:

   -Un Servicio de televisión con destinatarios de cuatro millones de habitantes;

   -Un Servicio de radio para más de treinta millones de habitantes;

   -Tv cable en zonas que superen los seis millones de habitantes;

   -Uno o múltiples diarios de información política y regional representando el 20% de la difusión (artículo 41-1).

4. España: un organismo estatal toma a su cargo el control de un límite similar al 30%. El criterio parte de la protección al consumidor, a fin de garantizarle la mayor oferta posible de medios desde la pluralidad, así como promover la transparencia.

5. Gran Bretaña: la ley audiovisual de 1990 restringió la propiedad cruzada entre diarios y emisoras de radio y televisión tanto a nivel nacional como local. La ley prohíbe a cualquier diario nacional con el 20% de las ventas o más, tener más del 20% del capital

accionario que explote licencias de radio o televisión. Diarios con menos del 20% del share pueden tener licencias de radio o televisión sujetos a un test de "interés público" basado en la pluralidad de propietarios, la diversidad de fuentes de información disponibles, sus beneficios económicos y los efectos de competencia sobre los mercados relevantes. A nivel local, también hay restricciones en el control de diarios locales y licencias de radio y televisión en la misma área.

6. Holanda: se condiciona el acceso a licencias audiovisuales a la presencia en el mercado de prensa escrita y si un grupo de prensa supera el 25% de la circulación de diarios, no puede explotar licencias de radio/televisión abierta.

VI. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Antecedentes de la actual regulación constitucional:

La Constitución de 1979, específicamente en el artículo 134° de la misma, se utilizaba la palabra "acaparamiento" para hacer referencia a cualquier tipo de concentración de medios de prensa (escrita o no escrita). Y resulta evidente que los constituyentes otorgaron un sentido distinto, una acepción jurídicamente nueva, a la palabra "acaparamiento": la acepción de "concentración", y ya no la mera acepción de acaparar arroz, azúcar o insumos de índole similar, como había sucedido anteriormente.Dicho vocablo se ha repetido en la actual Constitución de 1993 (artículo 61°), lo cual refleja una clara tendencia a la mutación jurídica del término.

¿Dónde fue diseñado el artículo en mención? Para responder esta incógnita, nos tenemos que trasladar al 8 de mayo de 1979, durante la 43° Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento, presidida por el aprista Ramiro PrialePriale, entonces senador por Junín. En ese entonces, y como se puede apreciar en los Diarios de Debate, las discusiones eran de mayor amplitud y participación, habiéndose acordado leer, en primer lugar, las propuestas de artículo por cada agrupación política para posteriormente pasar a un consenso político. Es, precisamente en la discusión del entonces artículo 122°, donde se pueden apreciar varias sorpresas que vienen a relación al debate suscitado por la concentración de medios. La primera de ellas, es la propuesta de artículo de la Célula Constituyente Aprista y del PPC, quienes aparte de señalar la prohibición del acaparamiento estatal ni particular de la prensa en todas sus modalidades, añadían que estas podían ser expropiadas, requiriendo el voto aprobatorio de los dos tercios del Senado.

La segunda sorpresa es que la redacción original del segundo párrafo del Artículo N° 61 de nuestra actual Constitución fue la propuesta por el señor Javier Ortiz de Zevallos Thorndike, diputado por el Movimiento Democrático Peruano, imponiéndose sobre las demás y solo modificándose en términos descriptivos. Luego de ello, Héctor Cornejo Chávez y Ernesto AlayzaGrundy entran en un debate sobre la inclusión del término "oligopolio", propuesta por el primero de estos, en lo que AlayzaGrundy considera innecesa-

rio por existir un número reducido de diarios en el Perú y que se podría malentender con una posible prohibición del ejercicio de estos, señalando que: “Lo que importa no es el número de los oferentes o de los demandantes, lo que importa es qué amarra en el mercado por predominio. Entonces no es un problema de oligopolio como tal, sino es el monopolio que si está claramente caracterizado como situación de hombre único y que por lo tanto domina el mercado”. Asimismo, señala que en el caso de la televisión, es contradictoria la inclusión del término oligopolio, por ser esta un oligopolio típico, empero no hace mención a una distinción de dominio de mercado en este ámbito frente a la prensa escrita. De igual forma, Cornejo Chávez responde señalando que: “Nosotros no creemos que los medios de expresión sean simplemente un negocio, o no deberían serlo, son un vehículo de penetración ideológica, de influencia en la opinión pública; no es un negocio, no es una mercancía cualquiera”.

Finalmente la comisión decidió no incluir el término “oligopolio”, por poder malinterpretarse en campos limitados como la televisión, pero sí incluir el término “acaparamiento”, al entenderse que la voluntad no era prohibir la existencia de un número reducido de medios, si no de defender el pluralismo de la información impidiendo una posición de dominio del mercado de un grupo pequeño.

Otro dato curioso: en la 47° Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso del 21 de Abril de 1993, presidida por Carlos Torres y Torres Lara, tuvo lugar el debate del entonces artículo 27° del Proyecto de Ley de Constitución del 93’. Martha Chávez, secretaria de la Comisión, da lectura al proyecto de artículo elaborado por la Comisión Técnica y posteriormente interviene el Presidente de esta señalando que: “está exactamente igual al texto de la actual Constitución”. Entonces le indica a Chávez que haga lectura del artículo 134° de la CPC del 79’ y añade: “La Comisión adoptó mantener el mismo criterio vigente, que no ha originado problemas, a efecto de que no haya reinterpretaciones del concepto”. Luego de ello, se pasa a votación y se aprueba el artículo sin mayor debate.

No se puede re interpretar a su manera la redacción jurídica que bien ha considerado pertinente quien redactó la Carta Magna, debido a que, supuestamente, en la Constitución no se utilizó un vocablo idóneo, se llegaría al absurdo de que no contamos con armas para combatir las concentraciones empresariales que atentan contra los derechos fundamentales y el sistema democrático que la misma Constitución Política defiende.Es claro a qué se referían nuestros legisladores cuando pusieron la palabra “acaparamiento” en dicho artículo hace 35 años.ese pacto social nos ha regido desde entonces y no ha sido cuestionado.

Como dice Luis Maria Diez-Picazo, los Derechos Fundamentales “son una rama del ordenamiento de elaboración esencialmente jurisprudencial”.Los textos son meros puntos de partida y son las fuentes jurisprudenciales las que proporcionan “el cuadro normativo acabado”.

VII. PRECEDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Expediente 0003-2006-PI del TC:

[…] La captación monopólica y autoritaria de las redes de difusión de la información y de la expresión, sean escritas, visuales o auditivas, coarta la libre formación del pensamiento, al impedir la canalización de las ideas, las propuestas y el discurso, sea consensual o disidente. La confrontación fluida de ideas disímiles es imprescindible en el Estado democrático, pues coadyuva al necesario equilibrio preliminar en la maduración del pensamiento y la toma de decisiones, además de viabilizar la alternancia en el poder, y asegurar un gobierno de mayorías con absoluto respeto por los derechos fundamentales de las minorías.

Prueba de cuanto se afirma es que la incautación de los medios de comunicación, sea abierta (como en el período 1968 – 1980) o subrepticia (1992-2000), ha sido en nuestra historia reciente signo inequívoco de supresión de la democracia, y con ella, de diversos derechos fundamentales de la persona, haciendo de la Constitución una mera propuesta semántica y carente de eficacia, en los términos de Lowenstein.

Por otra parte, así como existen monopolios comunicativos impuestos por gobiernos autoritarios de turno, es deber fundamental de los medios de comunicación no ceder ante una suerte de monopolio "natural", producto del eventual e inadecuado ejercicio del poder que les viene asignado en las sociedades de nuestro tiempo […].

VIII. PRECEDENTES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DD.HH.

1. La Corte I.D.H, Caso Perazo y otros vs Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero 2009 Serie C. No. 195 PÁRR 360 a 362.

   La Corte interamericana ha señalado en repetidas ocasiones la importancia del pluralismo, que implica tolerancia y espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática (…)Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia, los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios no democráticos."

2. En la sentencia de RCTV contra Venezuela, condena al estado por revocar la licencia de funcionamiento, pues no lo hizo para dar mayor pluralismo sino para acallar una voz crítica del gobierno. Deja establecidos nuevos parámetros en la materia, por ejemplo, tener medios plurales es una necesidad de garantía de la libertad de expresión, por lo que los estados deben tener marcos regulatorios adecuados.

IX. CONCLUSIÓN

Si el Estado no asume una posición activa para incentivar la competencia, emergerán monopolios u oligopolios, que destruirán no sólo las ventajas del libre mercado, sino que posiblemente también afectarán la gobernabilidad, esto debido a que el poder económico también puede ser utilizado contra el poder político.

El criterio central para establecer esa estructura económica general es la eficiencia o capacidad del sistema de la economía de mercado en relación a satisfacer las necesidades sociales, en términos no solo de producción de bienes sino también de producción de "valores sociales": actitudes de responsabilidad, disciplina, solidaridad y emprendimiento, valores considerados inherentemente humanos.

La efectividad de los derechos humanos, gobiernos democráticos y mercados competitivos, resultan ser tres pilares para fundar una ciudadanía cosmopolita que efectivamente permita la dignidad y realización de las personas.Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la elevada responsabilidad que ello entraña para quienes ejercen profesionalmente labores de comunicación social, el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DIFUSO Y SU EJERCICIO EN EL MARCO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES1

Por: LUIS R. SÁENZ DÁVALOS[2]

I). CONSIDERACIONES GENERALES.

A todo órgano de carácter jurisdiccional le asiste la facultad de ejercer el control difuso conforme lo establece el Artículo 138º, segundo párrafo de la Constitución Política del Estado.

De acuerdo con el citado precepto ***"En todo proceso, de existir una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior"***[3].

Aún cuando algunos juristas interpretan que el referido mandato, solo se encuentra circunscrito al ámbito estrictamente judicial, dicha interpretación carece de asidero, por cuando la norma constitucional vincula tanto a los ciudadanos como a la totalidad de poderes públicos, mensaje que queda ratificado al observar que conforme al Artículo 38º de la misma norma fundamental ***"Todos los peruanos tienen el deber de… respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación"***.

La legislación y en muchos casos la jurisprudencia, se ha encargado de ratificar la línea de razonamiento antes descrita, lo que sin embargo, no ha estado exento de algunos temas opinables sobre los que valdría la pena pronunciarse. Estos últimos en buena cuenta tienen que ver no solo con los alcances que puede suponer el ejercicio o puesta en práctica de facultad de control difuso, sino con los problemas y vacíos que ofrece el actual modelo en la manera como se encuentra actualmente regulado. Al análisis de estos aspectos es pues que se orientan las presentes líneas.

II). LA CONCEPCIÓN DE UN CONTROL DIFUSO DIFERENCIADO PARA EL CASO DE LOS PROCESOS JUDICIALES ORDINARIOS Y PARA EL CASO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES.

---

1 El presente trabajo es una versión ampliada y totalmente revisada de uno anterior que publicamos hace algunos años (Cfr. Sáenz Dávalos, Luis.-"El Control Constitucional Difuso: Reflexiones sobre su reconocimiento normativo y desarrollo jurisprudencial", AA.VV. Compendio de instituciones procesales creadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Gaceta Jurídica; Lima 2009). De lo que dijimos en aquella oportunidad no han cambiado mucho las cosas y han surgido más bien algunas problemáticas adicionales que en esta ocasión intentamos responder.

2 Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Asesor de Despacho en el Tribunal Constitucional. Secretario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

3 Entre los trabajos que abordan directamente la temática del control difuso en el marco de nuestra vigente Constitución, puede mencionarse: Carpio Marcos, Edgar.- "Control Difuso e Interpretación Constitucional"; Modulo IV del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional; Academia de la Magistratura; Lima 2004; Castañeda Otsu, Susana.- "Control Judicial de la constitucionalidad de las leyes" en La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo; Tomo II, 1º Edición; Gaceta Jurídica-Congreso de la República; Lima 2005; Págs. 471 y ss.

La instrumentación del control difuso en el ordenamiento jurídico peruano fue manejada hasta hace algunos años dentro de una perspectiva diferenciada de acuerdo con la relevancia de los procesos existentes.

En efecto, la distinción entre procesos judiciales ordinarios, por un lado, y procesos constitucionales por otro, sirvió para que desde el ámbito de la legislación se haya postulado en sus inicios, un régimen procesal distinto para cada uno de dichos supuestos. Teníamos pues al principio, un modelo de control difuso para los procesos ordinarios y un modelo de control difuso para los procesos constitucionales.

El régimen procesal aplicable al ámbito de los procesos judiciales estrictamente ordinarios (civiles, penales, laborales, etc.) quedo reconocido desde un primer momento a través del Artículo 14º del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, cuyo texto dejó claramente establecido lo siguiente:

"Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución".

"De conformidad con el Art. 236º de la Constitución[4] cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelve la causa con arreglo a la primera",

"Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no quepa recurso de casación",

"En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece",

"Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular",

El mensaje de la norma aquí glosada supone que el ejercicio del control difuso por parte de cualquier juez o Corte especializada, más allá de la frecuencia con la que pueda ser puesto en práctica, implica que el pronunciamiento respectivo necesariamente debe ser elevado en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, la que en todo caso es quien termina por convalidar o rectificar, la decisión judicial respectiva.

Independientemente de que el modelo así concebido no haya sido todo lo completo

4 La remisión al artículo 236 se refiere en este caso a la antigua Constitución de 1979.

del caso, el principal aspecto opinable que encierra tiene que ver con lo que a nuestro juicio, es una limitación innecesaria impuesta sobre juzgador ordinario en los supuestos en los que pone en práctica o ejercita el control difuso.

Desde nuestro punto de vista no se justifica del todo el restarle autonomía a las instancias del poder judicial, cuando de un asunto de constitucionalidad se trata. Pretender el tutelaje permanente de la Corte Suprema, cual si fuera un *pater familias*, no se condice en rigor con la garantía de autonomía funcional que le asiste al juzgador o en general, a cualquier instancia del Poder Judicial.

Si la intención de la norma ha sido la de evitar la presencia de eventuales contradicciones jurisprudenciales (que tampoco estamos diciendo que no ocurran), ello bien podría haberse corregido fortaleciendo la técnica del precedente a nivel de la judicatura ordinaria, antes que restando las facultades de control constitucional.

Sin ser contrario a la Constitución, entendemos que el modelo de control difuso implementado en el ámbito de los procesos comentados no deja de ser bastante opinable y quien sabe si merecedor a futuro de un esquema distinto en el que la confianza por la capacidad y correcto desenvolvimiento del magistrado termine por prevalecer.

No debe olvidarse por lo demás, que modelo de justicia propugnado por la Constitución tiende al fortalecimiento de las facultades de todo juzgador que actúa a nombre de la norma fundamental en cualquier tipo de escenario. Caminar en retro, fomentando su restricción o franca desvalorización, no creemos que sea la mejor de las alternativas.

Distinto régimen al previsto para los procesos ordinarios fue sin embargo y en su momento, el establecido para los procesos estrictamente constitucionales. En efecto, desde la promulgación y puesta en vigencia de la antigua y actualmente derogada Ley de Habeas Corpus y Amparo Nº 23506, aproximadamente hacia el año 1983 (emitida algunos años antes de que se aprobara la Ley Orgánica del Poder Judicial), se estableció un criterio diferenciado en la materia comentada. De acuerdo con lo establecido en el Artículo 3º de dicha norma:

"Procedencia de la acción en caso de normas inconstitucionales".

"Las acciones de garantía proceden aún en el caso que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, las inaplicación de la norma se apreciara en el mismo procedimiento".

Lo que en pocas palabras nos quería indicar la citada disposición, es que tratándose de los procesos constitucionales y en particular, de los procesos constitucionales de tutela de derechos, el ejercicio del control difuso resultaba una facultad absolutamente libre de cada órgano o instancia judicial que conociera de un proceso constitucional en el que la conducta reputada como lesiva se apoyara en una norma contraria a la Constitución. De este modo, el régimen de consulta ante la Corte Suprema no sólo no aparecía en el escenario, sino que resultaba inviable pues se partía de la premisa de que los jueces constitucionales, eran totalmente autónomos para ejercer sus funciones de control o tutela de la norma fundamental.

Aunque años después y tras la vigencia de la anteriormente señalada Ley Orgánica del Poder Judicial, algunos juristas intentaran explicar que esta última norma imponía una regla general que también debía ser acatada en el ámbito de los procesos constitucionales, dicha concepción no sólo fue descartada por la mayor parte de los estudiosos, sino que también lo fue por la jurisprudencia que entendió que el mandato que imponía la consulta solo estaba dirigido para los jueces o cortes que conocieran de procesos ordinarios, más no así, para los que conocieran de procesos estrictamente constitucionales[5].

Con el paso de los años y tras la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional en el año 2004, se vuelve a ratificar la línea de razonamiento antes descrita. Al respecto son dos las normas que resultan de particular interés.

El primero de los citados dispositivos lo encontramos en el primer párrafo del Artículo VI del respectivo Título Preliminar. Conforme al mismo:

"Control Difuso e Interpretación Constitucional".

"Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución".

A su turno, el Artículo 3º del mismo Código, por lo menos en la manera como quedo redactado en su versión original estableció que:

"Procedencia frente a actos basados en normas"

"Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma".

Como se puede apreciar, en ninguno de los casos antes señalados se incorpora criterio alguno que permitiese inferir la procedencia de una eventual consulta ante la Corte Suprema. La idea, en otras palabras y al igual como ocurrió con la fenecida Ley Nº 23506, no fue otra que la de concebir un juez constitucional absolutamente autónomo y capaz de decidir por sí mismo, si pone o no en práctica el control difuso, criterio con el que coincidimos plenamente no solo por ser más consecuente con el rol de todo juez constitucional, sino porque en último término es el que se desprende

5 En esta línea de razonamiento se ubicó incluso y en su debido momento la propia Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, para quien se consideró dilatorio e incompatible con las características de celeridad y urgencia, el elevar en consulta las decisiones de control difuso recaídas en los procesos constitucionales (Cfr. Sentencia del 27 de Febrero de 1996 recaída en el Expediente Nº 309-96-Callao). Sorprende por ello que años después y de modo implícito y por demás inmotivado, la Sentencia recaída en el Expediente Nº 006-2006-PC/TC (Caso: Poder Ejecutivo), haya dejado entrever un criterio totalmente contrario, como se deduce de su Fundamento 59.

directamente de la norma constitucional al establecer un mandato de vinculación directa.

III). LA CONCEPCIÓN DE UN CONTROL DIFUSO SIMILAR PARA EL CASO DE LOS PROCESOS JUDICIALES ORDINARIOS Y PARA EL CASO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES.

Muy a pesar de que el régimen de control difuso fue concebido de manera diferenciada para los procesos judiciales ordinarios y para los procesos estrictamente constitucionales, con fecha 24 de Diciembre del 2006, se optó por modificar el Artículo 3º del Código Procesal Constitucional mediante la Ley 28946, incorporándole un nuevo contenido que quedo redactado en los siguientes términos:

***"Procedencia frente a actos basados en normas"*.**

"Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma".

"Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada".

"Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno".

"En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece".

"Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley".

Desde nuestro punto de vista, el texto incorporado no sólo ha resultado innecesario sino que ha venido a crear una serie de problemas en el esquema general de nuestro modelo procesal constitucional[6].

En efecto, el propósito de la norma que contenía el Artículo 3º, en su versión original, era muy concreto y además directo. Se trataba de delimitar el proceder del juez

6 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis.- "Lo confuso del control difuso en los procesos de tutela de derechos contra normas legales. Las recientes modificaciones al Código Procesal Constitucional", en Actualidad Jurídica; Tomo 158; Enero del 2007; Págs. 13-16.

constitucional en los casos en que los actos o conductas que resultaran lesivos a los derechos, se apoyaran en una norma incompatible con la Constitución. El **título de la norma en mención así lo graficaba (y por cierto aún lo grafica todavía) al encontrarse referido a la *"Procedencia frente a actos basados en normas"***.

La hipótesis en este caso es pues muy simple. Si un juez constitucional conocía de una conducta que por lesiva a los derechos resultaba necesario dejarla sin efecto, el eventual apoyo de tal conducta en una norma incompatible con la Constitución, exigía necesariamente y como paso previo, la consecuente inaplicación de la misma. Se trataba pues y como ya lo hemos adelantado del ejercicio del control difuso en los casos en los que el acto lesivo se apoyara en una norma inconstitucional.

El texto sustitutorio del Artículo 3º ha incorporado sin embargo un tema totalmente diferente que más allá de su importancia jurisprudencial, no tenía ni tiene nada que ver (salvo colateralmente) con el control difuso. Se trata del denominado amparo contra normas autoaplicativas[7], asunto que si lo que se deseaba era regularlo expresamente (la jurisprudencia ya lo tenía desarrollado desde hace mucho) no suponía ello una sustitución o reemplazo de contenidos como lamentablemente se hizo.

Si se revisa el nuevo contenido del artículo 3º se podrá verificar que su primer párrafo habla única y exclusivamente del control difuso que opera en el caso de las denominadas normas autoaplicativas (las que se aplican de inmediato por el sólo hecho de su puesta en vigencia) ignorando que dichas normas representan un porcentaje considerablemente más reducido que el de las normas heteroaplicativas (las que para aplicarse requieren actos concretos previos) que son las que más reclamos suelen generar en el ámbito de la Justicia Constitucional.

En el contexto descrito cabe preguntarse dónde es que quedo el control difuso en el caso de las normas heteroaplicativas. Pues si nos atenemos a lo que en sentido estricto postula el nuevo precepto, simplemente habría que concluir en que este desapareció del escenario. Lo que por lo demás resulta curioso y hasta contradictorio en un contexto en el que el mismo precepto continua enfatizando desde su título, que lo que se regula es ni más ni menos que el tratamiento de actos basados en normas (lo que como se sabe, sólo es propio de las normas heteroaplicativas).

En un esfuerzo de superación del problema aquí señalado, somos de la idea de que en la circunstancia que se interponga un proceso de tutela de derechos y se invoque la incompatibilidad de una norma heteroaplicativa, habrá que echar mano del Artículo VI perteneciente al Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, cuyo texto afortunadamente no ha sido contaminado de la fiebre autoaplicativa del legislador.

El tercer párrafo de la norma en cuestión incorpora un modelo de control difuso bastante semejante al que ha venido funcionando para el supuesto de los procesos ordinarios donde como se sabe, toda decisión judicial que lo adopta debe ser elevada en consulta a la Corte Suprema de Justicia de la República.

Antiguamente y como ya lo hemos precisado este modelo de control era distinto al que operaba en el ámbito de los procesos constitucionales (habeas corpus, amparo, habeas data), donde la decisión de inaplicar una norma no requería para nada elevación de consulta alguna ante la máxima instancia de la Justicia ordinaria,

7 Cfr. Abad Yupanqui, Samuel.- El Proceso Constitucional de Amparo; 2º Edición; Gaceta Jurídica; Lima 2008; Págs. 411 y ss.

fundamentalmente debido a la autonomía reconocida sobre el juzgador constitucional.

Aunque naturalmente, muchos podrían argumentar que se trata de un tema de opción por uno u otro modelo y que lo que ha hecho la nueva norma es preferir uno distinto, creemos que esta parte del dispositivo es la más polémica de todas, pues la decisión de ejercer el control difuso en sede constitucional, es un asunto que mas allá de la autonomía natural de todo juez, bien puede responder (como sucede en una gran cantidad de casos) a la existencia de doctrina o de precedentes vinculantes generados por el Tribunal Constitucional en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución.

Siendo las cosas del modo descrito no termina de entenderse como es que puede exigirse una elevación en consulta a la Corte Suprema, cuando lo que ha hecho un juez o una sala no es sino limitarse a seguir lo que ha ordenado el Tribunal Constitucional por vía de su jurisprudencia. Y no se trata de un asunto de simpatía por el Tribunal o por la Corte Suprema (asunto que no se encuentra ahora en discusión), sino de simple y elemental coherencia con un modelo que como el peruano aspira a la compatibilidad de la jurisprudencia entendida como vinculante.

La fórmula contenida en esta parte del dispositivo podría generar un problema todavía mucho más delicado, si tras conocerse por la Corte Suprema de una eventual inaplicación sustentada en un precedente, pudiese esta misma Corte, optar por una descalificación de dicha decisión argumentando la constitucionalidad de la misma. Tal escenario sin lugar a dudas polémico, generaría un enfrentamiento con el Tribunal Constitucional debilitando enormemente un esquema que como volvemos a reiterar debería aspirar ante todo a la coherencia y funcionalidad antes que a su propia desvirtuación o negación.

Si lo que le preocupaba al legislador era el tratamiento procesal del amparo contra normas autoaplicativas que como reiteramos, es un tema totalmente distinto, bien pudo regularse este último en un dispositivo independiente o en un párrafo adicional sin que ello hubiese supuesto alterar las cosas como lamentablemente creemos que ha ocurrido.

Interrogante especial que algunos operadores jurídicos han venido también formulándose, es si la consulta a la que obliga el texto actual del artículo 3º que aquí se comenta, debe hacerse para todos los supuestos en los que se haga uso del control difuso al interior de un proceso constitucional o sólo para los casos de normas directamente autoaplicativas.

El cuestionamiento así formulado no es para nada intrascendente, pues si como adelantamos anteriormente, el dispositivo introdujo como referencia directa el amparo contra normas y este **último** sólo se hace posible contra aquellas directamente autoaplicativas, cabría la posibilidad de que se asuma el mandato de elevación en consulta, sólo para aquellas y no para los supuestos de normas de naturaleza heteroaplicativa.

Si como decíamos anteriormente, interpretando adecuadamente el Código Procesal Constitucional a la luz del artículo VI de su Título preliminar, es posible mantener la subsistencia del control difuso respecto de normas heteroaplicativas y estas últimas no son mencionadas en el consabido artículo 3 del mismo cuerpo normativo, no creemos en modo alguno que para los casos en los que pueda disponerse su

inaplicación resulte obligatoria la elevación en consulta. Una opción en tal sentido, no sólo carecería de habilitación legal expresa, sino que supondría la adopción de una postura a todas luces restrictiva, inaceptable por simple presunción.

Somos pues del criterio que las únicas normas pasibles de generar consulta en el caso de ser inaplicadas, son las de naturaleza autoaplicativa.

Otro de los aspectos que no por formal deja de preocupar igualmente es el contenido en el párrafo cuarto de la norma examinada que supuestamente ha pretendido superar la redacción del tercer párrafo perteneciente al Artículo 14º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Según el citado dispositivo, en los casos de controles de inaplicabilidad ejercidos por los jueces de primera instancia o de controles ejercidos por una Sala de la Corte Superior, los jueces sólo se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional (sic), para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Al margen de cuestiones de detalle, como la super redundante y tautológica "incompatibilidad inconstitucional" a la que se refiere la norma, no deja de ser simbólico el hecho de que el legislador quiera predicar hasta la saciedad algo que todo el mundo conoce y que además y de modo expreso ya estaba previsto. Decir que los jueces se limitan a declarar la incompatibilidad para el caso concreto, sin afectar su vigencia, equivale exactamente a declarar la inaplicabilidad de la norma impugnada tal y cual lo establecía el texto original del Artículo modificado.

No sabemos a ciencia cierta cual sea el propósito de ampliar una redacción por otra que con distintas palabras dice lo mismo. Salvo que la disposición modificada resultara confusa o admitiera controversias o salvo que alguien demostrara que declarar la inaplicabilidad de una norma, supone algo distinto de un pronunciamiento con efectos particulares, podría pensarse en el acierto de una propuesta como la descrita. Mas si de lo que se trata es de un simple intercambio de palabras o términos, creemos que la formula contenida en el artículo modificado no nos ofrece nada nuevo o que pueda considerarse elementalmente relevante.

Lo que si resulta curioso, por decir lo menos, es que el mismo artículo comentado establezca que el control de compatibilidad se ejecuta realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Que sepamos, la Constitución no establece en ninguno de sus dispositivos (salvo en materia de integración de derechos de acuerdo con su Disposición Final Cuarta) forma o modo para interpretarse. Ni siquiera, referencia alguna a criterios o estándares de razonamiento aplicables a la norma fundamental.

Naturalmente, nadie está diciendo que no sea necesaria la interpretación constitucional, ni alegando que no existan disposiciones jurídicas destinadas a tal propósito (por ejemplo las contenidas en el Código Procesal Constitucional) pero invitar a realizar una labor técnica, tomando como referencia unas normas constitucionales que no sabemos de dónde se las han inventado, dice mucho del conocimiento constitucional de quien efectúa tal propuesta. En su afán de querer superar la redacción de la Ley Orgánica del Poder Judicial, simplemente la han terminado por empeorar.

Creemos que en el fondo ha existido pues no sólo un apresuramiento en quienes propugnaron el cambio de régimen procesal en materia de control difuso, sino un desconocimiento bastante palpable del rol asumido por el Artículo 3º del Código que tal y como ha quedado redactado resulta además de sospechosamente inconstitucional[8], decididamente antitécnico.

IV). ¿ES PROCEDENTE EL CONTROL DIFUSO DENTRO DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO?

Uno de los temas sobre los que muy poco se ha reflexionado en el ámbito de la dogmática es el concerniente con la posibilidad de ejercer un control difuso en el caso específico del proceso de cumplimiento.

Si con los restantes procesos de tutela (amparo, habeas corpus, habeas data) no pareciera existir mayor inconveniente respecto de la práctica de dicho tipo de control, habida cuenta que el eje de debate hacía el interior de los mismos, suele ser una conducta inconstitucional que podría encontrarse apoyada en una norma, cuya inaplicación precisamente hay que disponer, las cosas podrían variar en el caso del proceso de cumplimiento, dadas las características de dicho instrumento procesal.

En efecto, a primera vista podría parecer un contrasentido una posibilidad como la descrita, cuando lo que precisamente se postula dentro del proceso de cumplimiento es la eficacia de la ley o de los mandatos contenidos en la misma y de lo que se trata cuando hablamos del control difuso, es de no habilitar la eficacia o aplicación de la ley dada su evidente oposición con la Constitución. De esta forma, muchos se preguntan, como así sería posible inaplicar una ley, cuando lo que precisamente persigue dicho proceso es todo lo contrario (su aplicación).

La respuesta a una incertidumbre como la descrita, entendemos que debe responderse asumiendo que aunque por regla general no sería viable el ejercicio del control difuso como objetivo central de dicho proceso, por excepción si podría darse, cuando nos encontremos frente a supuestos en los que la norma cuya eficacia se solicita, resulte manifiestamente opuesta a lo previsto en la Constitución.

De esta forma y por paradójico que resulte nos encontraríamos ante casos en los que el control difuso se configuraría no tras declararse fundada una demanda (como tradicionalmente ocurre con el resto de procesos de tutela), sino exactamente a la inversa, como consecuencia de haberse declarado infundada.

El mandato del juez constitucional sería en tales supuestos, el de disponer que la norma cuyo cumplimiento se exige devenga en inaplicable por su evidente colisión con lo dispuesto en la Constitución.

---

8 Por lo mismo, no tendría nada de sorpresivo que un juez o una Sala del Poder Judicial o incluso, el propio Tribunal Constitucional, pueda disponer la inaplicación de uno o varios de los contenidos del artículo 3º del Código Procesal Constitucional, habida cuenta de los enormes defectos que le acompañan y de los que aquí sólo hemos hecho una breve reseña.

V). EL CONTROL DIFUSO EN EL AMBITO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGANICOS.

Aunque el principio contenido en el primer párrafo del Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene alcances genéricos y por tanto se entiende aplicable en la tramitación de todo tipo o variante de proceso constitucional, poco es lo que se ha reflexionado acerca de su eventual aplicación en el ámbito de los llamados procesos constitucionales orgánicos.

En efecto, a diferencia de lo establecido en el Artículo 3º del Código, que al margen de sus defectos, tiene que ver con el ejercicio del control difuso en materia de procesos constitucionales de la libertad (habeas corpus, amparo, habeas data y proceso de cumplimiento) no existe disposición normativa que se pronuncie directamente sobre la forma de proceder en los casos en los que la incidencia de inaplicabilidad se produzca durante la tramitación de un proceso de acción popular, un proceso de inconstitucionalidad o un proceso competencial.

El tema como se sabe no ha sido pacífico ni en el ámbito de la doctrina, donde existen posiciones contrapuestas[9], ni en el escenario de la jurisprudencia, donde el debate se ha encendido en más de una ocasión, probablemente en atención al vacío legislativo existente.

Desde nuestra perspectiva y como ya lo hemos dicho en alguna otra ocasión[10], creemos que el control difuso al interior de los procesos constitucionales orgánicos, bien podría darse en aquellos supuestos en los que se trata de normas de procedimiento susceptibles de aplicación dentro de dichos procesos. Si tales disposiciones (por ejemplo las contenidas, en el mismo Código Procesal Constitucional, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, o en normas de carácter supletorio, como la Ley Orgánica del Poder Judicial o el Código Procesal Civil) impidieran de alguna forma un pronunciamiento sobre los temas de fondo o simplemente lesionaran principios constitucionales esenciales[11], somos del criterio, que podría determinarse su inaplicabilidad mediante el uso de la técnica comentada.

Asumir una posición como la señalada no resultaría por lo demás arbitrario, pues aunque el objetivo de los procesos constitucionales orgánicos se sustenta en criterios fundamentalmente objetivos (fiscalización normativa en el caso de los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad y fiscalización delimitativa en el caso del proceso competencial) el poner en práctica el control difuso para supuestos como los aquí descritos creemos que en nada desvirtuaría dicho propósito, antes bien, oficiaría como un mecanismo de revisión incidental y previo, totalmente independiente a la

9 Cfr. Quiroga León, Anibal.- "Control Difuso y Control Concentrado en el Derecho Procesal Constitucional Peruano"; en Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; N° 50; Lima, Diciembre de 1996; Págs. 222-223. Landa Arroyo, Cesar.- Tribunal Constitucional y Estado Democrático; 2º Edición; Palestra Editores; Lima 2003; Págs. 275-281.

10 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis.- "Los Órganos Competentes en el modelo de jurisdicción constitucional desarrollado por el Código Procesal Constitucional" en Palomino Manchego, José (Coordinador); El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde; Tomo I; Editorial Jurídica Grijley; Lima 2005; Págs. 412-415.

11 Asunto que no es ajeno al Tribunal Constitucional donde alguna vez se discutió el tema relativo a la constitucionalidad de una de sus normas de procedimiento. Al respecto puede verse la Sentencia recaída en el Expediente Nº 005-96-AI/TC (Caso: Congresistas de la República).

controversia de fondo.

Distinto es nuestro punto de vista, cuando se trata del asunto directamente controvertido y la eventual fusión del mismo con la alternativa de control difuso. Más allá de que tal posibilidad haya sido aceptada por el Tribunal Constitucional en alguna excepcional oportunidad[12], somos de la idea de que la técnica del control difuso de ninguna manera puede ser sustitutoria de los temas directamente demandados, ya que con tal proceder terminaría por desvirtuarse la estructura del proceso y evidentemente también la de los objetivos que le acompañan.

Hubiese hecho bien el legislador en delimitar estos aspectos que si demandan un adecuado desarrollo antes que en retocar y evidentemente empeorar lo ya existente.

VI). EL CAMINO DE LA JURISPRUDENCIA Y LOS CRITERIOS EN MATERIA DE CONTROL DIFUSO.

En lo que va de nuestra jurisprudencia constitucional, han sido diversas las ocasiones en las que el Supremo Interprete de la Constitución ha tenido la ocasión de pronunciarse en torno de la temática del Control difuso.

De la abundante casuística hasta hoy existente, puede sin embargo extraerse, como líneas de raciocinio permanente[13], tres criterios que suelen ser recurrentes en cada ocasión en que la técnica en mención es utilizada.

a). *Que en el proceso constitucional, el objeto de la impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional*.

De acuerdo con esta regla, la conducta considerada lesiva debe ser una materialización o concretización de la norma a la que se juzga contraria a la Constitución. En tales circunstancias, el vínculo debe ser inmediato entre comportamiento lesivo y norma inconstitucional.

b) *Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso*;

La segunda regla busca enfatizar en la relevancia que para efectos de la controversia de fondo puede tener la norma considerada inconstitucional. No tendría sentido alegar inaplicación alguna, si el nexo o relación entre la norma que se quiere inaplicar y la controversia que se pretende definir no existe o simplemente resulta intrascendente.

c) *Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, a pesar de haberse intentado interpretarla de conformidad con la misma*.

Este último criterio busca poner de relieve el carácter absolutamente reprochable de la norma inconstitucional. Acorde con el estándar de interpretación conforme a la Constitución, toda norma denunciada como contraria a la Carta Fundamental debe

12 Cfr. Exp. Nº 002-96-AI/TC (Caso: Ilustre Colegio de Abogados de Lima).
13 Estos criterios los tenemos recogidos desde antiguas sentencias como la recaída en el Exp. Nº 0145-1999-AA/TC (Caso: Industria de Confección Textil S.A. y otras)

ser interpretada de conformidad con la misma y evidentemente salvada en tanto exista una manera de uniformizar su contenido con el de la norma constitucional. Ello no obstante y solo en el caso de que no sea posible lograr compatibilizarla por vía interpretativa, es que se dispondrá su inaplicación por vía de control difuso.

De los tres criterios señalados, puede decirse que los dos últimos terminaron por ratificarse a nivel legislativo a través del primer párrafo del Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, mientras que el primero de ellos sigue siendo en lo esencial un desarrollo fundamentalmente jurisprudencial.

Conviene sin embargo precisar que más allá de que las máximas descritas, resulten importantes (y sin duda lo son), parecieran estar estructuradas en la lógica de un control difuso invocable fundamentalmente para el ámbito de los procesos de tutela de derechos (habeas corpus, amparo, habeas data y en parte, para el proceso de cumplimiento).

Creemos por consiguiente, acorde con lo que hemos señalado en su momento, que si se tratara del control difuso como una técnica pasible de ser utilizada en el ámbito de los procesos constitucionales orgánicos, los dos primeros criterios resultarían aplicables sólo bajo ciertas hipótesis pero no necesariamente pertinentes en otras, siendo necesario integrarlos en el contexto de otros supuestos, sobre los que se haría muy pertinente trabajar en lo sucesivo.

Lima, Julio del 2017.

Mg. Manuel J. F. Bulnes Tello

Se elaboró un cuestionario que fue aplicado a los estudiantes que cursan la asignatura de Derecho de Sucesiones.

Cea D'ancona (2010), sostiene que *"la encuesta continúa siendo la estrategia más popular en la investigación social"* (p. 13). A ello contribuyen sus amplias posibilidades para obtener la información, diversa, de un conjunto amplio de la población.

En este estudio aplicamos el método de la encuesta en una oportunidad, para identificar las opiniones y valoraciones de los estudiantes de derecho respecto a la investigación formativa como estrategia para el desarrollo de competencias.

Para evaluar la confiabilidad del cuestionario de investigación formativa se aplicó mediante la prueba Alfa de Cronbach el cual resulto 0.969 lo cual está dentro del análisis de confiabilidad se considera excelentemente confiable. George y Mallery(2003, p. 231).

Método de análisis de datos

El análisis estadístico se realizó a través del uso de herramientas estadísticas, con la ayuda programa Microsoft Excel, donde los datos recolectados fueron tabulados y para luego ser presentados en tablas y figuras estadística para una mejor comprensión y visualización de los resultados, que ayude a un eficiente análisis, con apoyo del marco teórico.

El análisis de validez y confiabilidad de los instrumentos se realizó con el software estadístico SPSS.Para evaluar la validez de contenido del cuestionario de la Investigación formativa se sometió a juicio de expertos mediante la prueba W kendall(Escobar y Cuervo, 2008) y para la confiabilidad se aplicó el coeficiente de Alfa de Cronbach(George y Mallery,2003p. 231).

Para determinar el objetivo general de las investigación se evaluaron a los estudiantes al inicio de la investigación (pre–test) y después de aplicada la metodología basado en la investigación formativa del (post-test). Para evaluar la distribución de los datos

se aplicó la prueba de bondad de ajuste aplicando la pruebas de normalidad de ShapiroWilk (n< 30) siendo este resultado p< 0.05, la cual en el estudio resultó no seguir una distribución normal por lo tanto se aplicaron pruebas no paramétricas.

Para contrastar la aplicación del método de investigación formativa si incide en forma favorable para mejorar la argumentación jurídica en los estudiantes de la Escuela de Derecho se aplicó la prueba no paramétrica de los rangos con signo o también conocida como prueba de Wilcoxon (Siegel, &Castellan,1995).

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la enseñanza universitaria de la asignatura de Derecho de Sucesiones y en otras, se aplican diferentes modalidades de métodos basadas en costumbres o teorías adquiridas por los docentes durante la experiencia académica y praxis profesional, en su mayoría sin formación pedagógica, sin un orden básico y mucho menos sin formación científica *per se* que contribuya a la formación y desarrollo investigativo y a la firmeza del aprendizaje del estudiante de pregrado, consecuentemente su fortalecimiento académico, base para un excelente perfil profesional.

La finalidad de plantear un método seguro y creativo es el de generar y ampliar conocimientos en la etapa de formación, con un propósito futuro no muy lejano que al constituirse como profesional en el Derecho no sólo pueda brindar mejores soluciones legales durante su ejercicio, sino también ejercer investigación desde su ámbito, incrementando la producción de fuentes doctrinarias y opiniones científicas que fortalecerán no solo la academia sino también la cultura de la sociedad por los beneficios al sistema jurídico de toda una Nación.

En la actualidad, se observa que el estudiante solo se limita a la obtención de conocimientos a través del docente, quien obliga a la adquisición de herramientas consistentes en fotocopias de separata, dossier sobre temas de acuerdo a los contenidos del sílabo, sin ninguna trascendencia objetiva metodológica favorable para el aprendizaje y formación investigativa que contribuyan a una mejor calidad de aprehensión y productividad intelectual.

En el Perú, la práctica de la investigación formativa es escasa por lo tanto la investigación en universidades del país es débil, por decir lo menos, no obstante que la anterior Ley Universitaria 23733 prescribía entre uno de sus fines la realización

de investigación en las humanidades, las ciencias y las tecnologías y fomento de la creación intelectual y artística (Art. 2); la ley actual con un poco más de decisión pero aún tímida, observamos, con gran pesar, que (…) no se cumple en la realidad, en especial, en la universidad pública. Vale decir, la producción y creación de conocimientos es aún escasa, no pertinente y de poca contribución al desarrollo y bienestar socioeconómico(Rodríguez de los Ríos, 2013, p. 66-67).

Por lo expuesto, se requiere de innovar la enseñanza en el ámbito del derecho y es lo que pretende la presente investigación con la aplicación de la investigación formativa como estrategia didáctica que contribuya a la mejora de la argumentación jurídica en los estudiantes universitarios.

Formulación del problema

En consecuencia, el problema de investigación se formuló en los siguientes términos:**¿Qué efectos tiene la** investigación formativa como estrategia didáctica en el desarrollo de la argumentación jurídica de losestudiantes de la asignatura de sucesiones en una Universidad Católica de Chiclayo?

OBJETIVO

Determinar los efectos que tiene la aplicación de la investigación formativa como estrategia didáctica en el desarrollo de la argumentación jurídica de los estudiantes de derecho, en la asignatura de Derecho de Sucesiones de una Universidad Católica de Chiclayo.

BREVE DESCRIPCION DEL MARCO TEÓRICO

1. Investigación formativa

Osorio (2008), explica que inicialmente la formación investigativa se concibió como parte de un proceso de preparación teórica, metodológica y técnica para la investigación en recursos humanos, que fue llamada investigación educativa, didáctica o pedagógica. En la actualidad la investigación formativa es un concepto pedagógico de investigación que forma estudiantes en y para la investigación.

En ese sentido, la diferencia entre la investigación propiamente y la investigación formativa está en el enfoque, mientras que en el primero el enfoque está relacionado con la estructura curricular, la investigación formativa está ligada a la metodología docente (Vilá, Rubio y Valencia, 2014), es decir que el estudiante recibe las habilidades necesarias para la investigación, lo que se llamaría la "docencia investigadora".

En el marco de la cultura investigativa, según Jiménez (como se citó en Arnao, 2015, p. 107) la investigación formativa representa un "conjunto de actividades y de ambientes de trabajo argentados al desarrollo de competencias para la búsqueda, análisis y sistematización del conocimiento, así como a la apropiación de técnicas, métodos y protocolos propios de la actividad investigativa"

La educación de la investigación es abordada por diferentes investigadores y se pone de manifiesto la problemática de la carencia en la educación superior. En muchas realidades no se reconoce que su implementación en el currículo "garantiza la formación y el desarrollo de la personalidad consciente a través delredimensionamiento de lo investigativo en el proceso de formación profesional" (Limpias, 2012, p. 80).

En muchas universidades la incorporación de la investigación como parte de las habilidades de los estudiantes ha traído múltiples beneficios: de tipo académico, personal, institucional, laboral, entre otros. En el caso de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario la implementación de esta actividad investigativa como parte del currículo ha dado como resultado tener estudiantes con capacidades de análisis, crítica, argumentación y redacción, entre otras actividades académicas. (Cortés, Londoño, Luna, Palacios y Torres, 2008).

La importancia de implementar la investigación formativa en las aulas universitarias es primordial porque es un punto de partida para enseñar a investigar a los estudiantes. La gestión de la investigación permite transformar a sujetos líderes científicos. De esta manera, surge un medio de formación de los futuros gestores del conocimiento que se dedicarán a la investigación en sentido estricto e integrarán los grupos de investigación.

La investigación formativa como estrategia curricular se presenta como una alternativa para fomentar la investigación en la educación superior, que en la actualidad supone un problema para varias universidades. Esto se evidencia en la baja calidad de los trabajos de investigación de los estudiantes y la falta de impulso de las facultades a este aspecto. La investigación formativa se debe potenciar desde el cambio de currículo porque constituye una pieza clave en la consolidación de actores de la

investigación.

2. La Investigación formativa en la docencia

La investigación formativa sin duda es un tema en la agenda de la capacitación de los profesores de todos los niveles educativos. No es de ahora, su vigencia en la educación data de varias décadas atrás; sin embargo, en los últimos años ha cobrado mayor interés, especialmente en el sistema educativo peruano.

La sociedad del conocimiento, está determinando una educación que responda a las nuevas formas de vida del ser humano, siendo la investigación científica una de las prioridades de los países que luchan por desarrollarse en un contexto con brechas de desigualdad cada vez más marcadas, puesto que los resultados de la ciencia y la producción tecnológica son los que sostiene su economía. Por tanto, la educación toma esta dirección: contribuir a la generación de conocimiento científico.

La investigación formativa forma parte de la función docente con una finalidad pedagógica y que se desarrolla dentro de un marco curricular formalmente establecido, además, constituye una estrategia pedagógica de carácter docente para el desarrollo del currículo; por tanto, aporta elementos didácticos fundamentales para desarrollar un aprendizaje autónomo y significativo (Cerda, 2007).

Los estudiantes deben sumarse a las investigaciones que los profesores estén desarrollando, el profesor investigador (Stenhouse, 1985) es aquel que reflexiona sobre su propia práctica, es crítico consigo mismo con la finalidad de innovarla, ésta es mucho más productiva si suma a los alumnos. El reto está allí, solo tenemos que asumirlo.

3. Métodos de enseñanza adaptables a la investigación formativa

Desde la función pedagógica, la investigación formativa cuenta con métodos de docencia investigativa. Las múltiples experiencias han permitido obtener efectividad de la metodología y buenos resultados y efectividad en los estudiantes.

Según De Miguel et al. (como se citó en Vilá et al., 2014, p. 244) los principales métodos de la enseñanza se pueden clasificar en siete: Métodos expositivos o clases

magistrales, los estudios de casos, la resolución de ejercicios. Aprendizaje basado en problemas, aprendizaje orientado a proyectos, aprendizaje cooperativo y contrato de aprendizaje.

4.Roles de profesores y estudiantes en la investigación formativa

El rol de los profesores está comprometido con el proceso de enseñar a investigar y hacer investigación, él ya no es el responsable de la clase sino los estudiantes. El profesor expone el problema para que los estudiantes procesen la información y puedan encontrar una solución. Este tipo de roles del docente son vistos más claramente desde el enfoque de la estrategia del aprendizaje por descubrimiento y construcción del conocimiento.

Restrepo (2003b) aborda otros métodos, pero uno enfáticamente relacionado con la investigación formativa y tiene relación con la estrategia por descubrimiento: “El profesor plantea situaciones problemáticas, a veces ni siquiera problemas acabados o bien estructurados, dejando que su estructuración sea parte del trabajo del estudiante” (p. 197). Con este método es el estudiante quien soluciona una problemática haciéndose cargo en un 90% de las actividades de la clase.

5. La investigación formativa como estrategia didáctica

Las tendencias pedagógicas actuales en la educación superior universitaria están centradas en el hacer del estudiante, siendo para ello la investigación formativa una excelente estrategia para la docencia. La Pedagogía, desde una perspectiva interdisciplinaria, flexible y abierta a nuevos escenarios y contextos alternativos, está permitiendo el acceso de la actitud investigativa como el camino para desarrollar la creatividad, la búsqueda, el asombro y la curiosidad en el aula. De ahí el interés por incluir en la docencia universitaria, no solo los aspectos metodológicos y técnicos de este vínculo entre docencia e investigación, sino los fundamentos epistemológicos de estas dos instancias. Se considera que ello facilita cualquier tipo de vínculo y colaboración que surjan posteriormente entre éstas.

Una docencia universitaria crítica, creativa y transformadora necesariamente debe ser investigativa, ya que el profesor debe atender tanto al proceso como a los resultados de un objeto de conocimiento, que a la postre es una característica de la investigación.

Por tanto, el profesor universitario realiza investigación para utilizarla en la docencia que no queda sólo en el aula, sino que tiene una amplia repercusión social. La responsabilidad social, es una de las funciones básicas de la universidad y ésta es la que integra tanto a la docencia como a la investigación.

6. Argumentación jurídica

La argumentación tiene antecedente en la retórica que desde la antigüedad los griegos la vieron como un instrumento para resolver discusiones jurídicas, era la técnica que se enseñaba para ejercitarse en el arte de la oratoria. (Ochoa,2013), afirma que la retórica se inició con los sofistas, oradores que habían desarrollado la habilidad de argumentar en las audiencias, y que a diferencias de los filósofos - que buscaban la verdad-, los sofistas con el afán de velar los intereses de sus clientes, buscaban sorprender y finalmente persuadir, por medio de la palabra, a los jueces de un tribunal.

En la edad moderna la retórica fue marginada y su papel entra en crisis debido sobre todo a las corrientes anti retóricas: empirismo inglés, el racionalismo cartesiano y el enciclopedismo, que excluyen a la retórica de la problemática filosófica y del plano pedagógico. La recuperación de la retórica empieza a mediados del siglo XX cuando se empieza a sentar las bases para su rehabilitación y también de la llamada teoría de la argumentación.

En el ámbito del derecho el análisis de la argumentación nos permite entender y comprender las decisiones de los juristas, los jueces inclusive, y esto es de gran importancia para legitimar la labor jurisdiccional. Algunas personas podrían inducir que argumentar es sólo exponer las ideas, opiniones y creencias sin más que fundamentarlas o dar una razón para pensar que estas opiniones son las correctas.

7. Teorías de la argumentación jurídica

En líneas anteriores se ha explicado las nociones y definiciones de la argumentación jurídica, a continuación se abordarán los estudios jurídicos filosóficos que refieren a las diversas corrientes respecto a la denominada teoría de la argumentación jurídica, que surgió en Europa a mediados del siglo XX (década de los cincuenta) tras la Segunda Guerra Mundial. Como referente tenemos a: Theodor Viehweg, Chaim Perelman y Luis Recasens, los cuales pretendían superar el método lógico-deductivo

tradicional de la aplicación del Derecho.

Las nociones sobre las teorías argumentación jurídica surgen con la finalidad de indicar que el razonamiento jurídico no sólo operaba con argumentos lógicos, sino que era esencialmente un razonamiento tópico-problemático como el de Viehweg – considerado el creador de las bases de la argumentación jurídica- persuasivo-retórico de Chaim Perelman o lógico-razonable expuesto por Luis Recasens. Posteriormente, en los años setenta dos autores: Robert Alexy MacCormick, presentaron la «teoría estándar de la argumentación jurídica»; también se destaca los aportes de Manuel Atienza como el máximo exponente en materia de argumentación jurídica.

La teoría de *logos de lo razonable* de Luis Recasens Siches: filósofo de derecho español, discípulo de José Ortega y Gasset. Sus aportes son considerados como las primeras en la teoría de la argumentación jurídica en las cuales destaca las insuficiencias de la aplicación de los métodos lógico-deductivos al razonamiento jurídico, es decir, que la lógica formal no es suficiente para la argumentación y presenta un nuevo concepto: la lógica de lo razonable. "Se trata de una lógica material frente a lo razonable, opuesta a la lógica de lo racional. Una lógica material frente a la lógica tradicional" (Gascón y García, 2005 p. 85).

En la lógica de lo razonable debe tomar en cuenta las valoraciones y lo que se busca es una solución correcta. Para Recasens cuando empezamos a dar razones para interpretar estamos en el campo de la lógica – en el campo de los logos- pero se debe utilizar un tipo de razonamientos distintos a las matemáticas, las cuales se usan para llegar a respuestas exactas e incluso evidentes.

La teoría de Theodor Viehweg, considerado por algunos investigadores como el padre de las bases para desarrollar la argumentación jurídica, basó su teoría de la argumentación en el rescate de la *tópica jurídica*, que pretendía la rehabilitación de la tópica de Aristóteles y Cicerón. Además toma como referente el pensamiento de Giambattista Vico quien trató de combinar el modo antiguo retórico o tópico y el método nuevo o crítico.

8. Constructivismo pedagógico

Restrepo (2003), "En síntesis, los pasos de esta modalidad investigativa son cuatro: comienza con una reflexión sobre la propia práctica pedagógica, en relación con un problema identificado; a partir de esta reflexión se reconstruye la práctica mediante

retrospección, observación, consignación detallada en un diario de campo. A lo largo de esta deconstrucción se intenta encontrar la estructura de la práctica, sus componentes básicos y las teorías implícitas u operativas de la misma práctica, porque todos los docentes tenemos amarrada nuestra práctica a ejes teóricos, casi siempre inconscientemente".

9. Marco conceptual. Definición de argumentación jurídica

La palabra argumentar proviene del latín argumentum, prueba o razón convincente y tiene antecedente en el verbo arguo-arguere que significa hacer constar o manifestar (Ochoa, 2013). En la Gran Enciclopedia Rialp se define a la argumentación "como raciocinio que va encaminado a probar alguna tesis" y para el Diccionario de la Real Academia Española la argumentación es la acción de argumentar y define al argumento como el razonamiento para probar o demostrar una posición, o para convencer de lo que se afirma o se niega

Argumentar es ofrecer las razones o pruebas en apoyo de una conclusión. En síntesis, la palabra argumentar significa "exponer las premisas, las normativas de una inferencia práctica, es decir, de un razonamiento conclusión es la norma" (Gascón y García, 2005, p. 56). De estas definiciones podemos inferir que la argumentación es un conjunto de expresiones que tienen el objetivo de transmitir un mensaje para persuadir o disuadir sobre la veracidad de una idea expuesta

10. Investigación formativa

Según Miyahira (2009), la investigación formativa es la "herramienta del proceso enseñanza aprendizaje, es decir su finalidad es difundir información existente y favorecer que el estudiante la incorpore como conocimiento (aprendizaje)" (p. 119).

La investigación formativa está orientada a la generación de conocimiento en el estudiante y que aprenda a contrastarla con la realidad social y plantear de soluciones a una problemática.

Otros autores definen a la investigación formativa desde el ámbito del desarrollo de las competencias investigativas y "el desarrollo de las mismas por parte de los estudiantes, basada en laconstrucción de conocimientos y en la relación alumno-

docente, o con su tutor, quien guía dicha investigación (Abella & Pacón, 2011, p. 33).

11. Asignatura derecho de sucesiones

El derecho de sucesiones forma parte del derecho privado y se sitúa muy cercano al derecho de familia y al derecho patrimonial. Rams, Moreno y Rubio (2012) indican que en el sentido jurídico es sustitución de una persona en los derechos y deberes de otra. La sucesión comprende, todos los bienes, derechos, cargas, deudas y obligaciones que se transmiten por causa de muerte.

La sucesión supone el paso de cada uno de los bienes singulares, derechos y deudas desde el patrimonio de una persona (causante) a otra (heredero), se puede entender como el tránsito de la situación jurídica del causante al heredero. De lo expuesto se desprende que sucesión hereditaria es una sucesión universal de una o varias personas como herederos de un conjunto de derechos transmisibles por herencia y perteneciente a un difunto, ocupando los herederos la misma situación jurídica del causante (Rivas, 2009).

CONCLUSIONES

- Los estudiantes de la Escuela Profesional de Derecho de una Universidad Católica de Chiclayo, al ser evaluados en cuanto a la competencia de argumentación jurídica en la asignatura de Derecho de Sucesiones pasaron de un nivel “Bajo” a un nivel “Medio”, es decir de una media de 13.70 pasaron a 15.91 en la escala vigesimal. Los resultados del pre test fueron necesarios e importantes para elaborar un programa educativo que incluya la investigación formativa como estrategia didáctica.

- El programa formativo de investigación formativa como estrategia didáctica para el desarrollo de la argumentación jurídica, fue aplicado en 17 semanas con resultados exitosos, pues así lo demuestra el promedio del grupo en el pos test y en las opiniones de los estudiantes al ser consultados mediante un cuestionario.

- Los estudiantes evaluados valoraron positivamente las competencias transversales que los juristas deben poseer para mejorar la argumentación jurídica. De un puntaje máximo de 6.89 obtuvo una media de 5.88 en la escala del 1 al 7. Esto demuestra que se debe reflexionar sobre el impacto que tiene la enseñanza orientado en la investigación formativa en los estudiantes de la universidad.

- El grupo evaluado califica como importante que el nivel de estrategia de la enseñanza y aprendizaje esté orientado en el aprendizaje autónomo, colaborativo, y la interacción de los grupos. De la evaluación obtuvo una media de 5.91 en la escala del 1 al 7. Asimismo, sobre el método orientado al trabajo de investigación obtuvo una media de 6.17 siendo el puntaje más alto de todas las dimensiones evaluadas. Los estudiantes consideran que el aprendizaje orientado a aprender continuamente es importante porque les permite desarrollar un juicio de valor crítico y usar la información de manera integradora.

- Se establece que el rol del profesor debe ser un facilitador para la mejora continua, un experto para el aprendizaje. Esta dimensión es calificada positivamente pues obtiene una media de 6.13 de un máximo de 7.

- Los estudiantes calificaron positivamente las estrategias y métodos usados en el curso de Derecho de Sucesiones orientados en la investigación formativa. Obtuvo una media de 6.08 de un máximo de 7. Se puede inferir que la investigación formativa como una estrategia didáctica mejora significativamente las competencias argumentativas de los estudiantes de la asignatura de Derecho de Sucesiones.

REFERENCIAS

Abella M. & Pacón A. (2011). *Formación en competencias investigativas en educación superior estudio de caso*: dos programas de maestría en educación (Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia). Recuperado de http://hdl.handle.net/10554/1888

Acedo, Á. (2014). *Derecho de Sucesiones. El testamento y la herencia.* Madrid: Dykinson.

Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica* (2ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Arnao, M. (2015). *Investigación formativa y competencia comunicativa en educación superior* (Informe de investigación, Universidad de Málaga, España). Recuperado de http://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/10658

Atienza, M. (2004). *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica* (2ª ed.). Lima: Palestra.

Beltrán, R. (2012). La tópica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* (39), p. 587-606.

Bernal, C. A. (2010). *Metodología de la investigación: administración, economía, humanidades y ciencias sociales*. Bogotá, D.C.: Pearson Educación.

Calderón, A. (2014). La destreza argumentativa. En. A. Calderón y C. Picado, *Cómo litigar: técnicas & estrategiaprocesal* (298-321). Lima: Editorial San Marcos.

Cea D'Ancona, A. (2010). *Métodos de Encuesta. Teoría y Práctica, Errores y Mejora*. España: Editorial Síntesis.

Cerda, H. (2007). *La investigación formativa en el aula. La pedagogía como investigación.* Colombia: Cooperativa Editorial Magisterio.

Cortés J., Londoño B., Luna, B., Palacios S. M. & Torres V. M. (2008). *Investigación formativa y nuevas propuestas pedagógicas en las facultades de Derecho*. Caso: Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. *Studiositas,* 3(1), 28-33. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3063166

Escobar, J. & Cuervo, Á. (2008). Validez de contenido y juicio de expertos una aproximación a su utilización. *Avances en medición*, 6(1), 27-36.

Galindo, E. (2007). ¿Qué es argumentar?: Retórica y lingüística. *Revista del Instituto de la Juricatura Federal*, (24), 31-67.

Gascón, M. y García, A. (2005). *La argumentación en el derecho* (2ª ed.). Lima:

EdicionesPalestra.

George, D.&Mallery, P. (2003).*SPSS for Windows step by step: A simple guide and reference*. 11.0 update (4th ed.). Boston: Allyn& Bacon.

Guevara, R. (2009). *La experiencia de los grupos semilleros como medio de formación investigativa en el Cead Ibagué de la Unad*(Tesis de Maestría) Universidad de Manizales, Colombia. Recuperado de http://ridum.umanizales.edu.co:8080/xmlui/handle/6789/1206

Hernández, A. (2003). Investigación e investigación formativa. *Nómadas*, (18), 183-193. Recuperado de http://www.redalyc.org/pdf/1051/105117890018.pdf

Herrera, S. (2004). *Derecho de sucesiones. Procesos derivados*. Trujillo: Normas legales.

Limpias, H. (2012). El método del estudio de casos como estrategia metodológica para desarrollar habilidades investigativas en la formación del jurista. *Revista Boliviana de Derecho,* (13), 60-101. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4805109

Llerena, G. (2013). *Sistema de acciones para potenciar la investigación formativa en la carrera de alimentos de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo* (Tesis de Maestría) Universidad Autónoma Regional de los Andes, Ecuador. Recuperado de http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/2944

Martínez R. & Márquez D. (2014). Las habilidades investigativas como eje transversal de la formación para la investigación. *Tendencias pedagógicas*, (24), 347-360. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5236977

Miyahira J. (2009). La investigación formativa y la formación para la investigación en el pregrado. *Revista Médica Herediana*, 20(3), 119-122. Recuperado de http://www.upch.edu.pe/vrinve/dugic/revistas/index.php/RMH/article/view/1010

Mohd, T.S., Osman, K., Zakaria, E., Haji, Z., Krish, P., Koh, D. &Mahmod, D. (2012). Developing an Instrument to Measure Research Skills.*Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 60, 630-636.

Núñez, N.; Vigo, O.; Palacios, P. y Arnao, M. (2014). *Formación Universitaria Basada en Competencias*. Chiclayo: USAT.

Ochoa, C. (2013). *Argumentación jurídica e interpretación constitucional* (tesis de postgrado) Universidad del Azuay, Ecuador. Recuperado de dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/2580/1/09768.pdf

Osorio M. (2008). *La investigación formativa o la posibilidad de generar cultura investigativa en la educación superior: el caso de la práctica pedagógica de la licenciatura en educación básica con énfasis en humanidades, lengua castellana de la Universidad de Antioquia* (Tesis de Maestría) Universidad de Antioquia, Colombia. Recuperado de http://hdl.handle.net/10495/217

Parra C. (2004). Apuntes sobre la investigación formativa. Educación y educadores, (7), 57-78. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2041050

Rams, J., Moreno, R. & Rubio, J. I. (2012).*Apuntes de Derecho de Sucesiones*. Madrid: Dykinson.

Restrepo B. (2003a). *Conceptos y aplicaciones de la investigación formativa, y criterios para evaluar la investigación científica en sentido estricto*. Bogotá: Consejo Nacional de Acreditación. Recuperado de http://www.cna.gov.co/1741/articles-186502_doc_academico5.pdf

Restrepo B. (2003b). Investigación formativa e investigación productiva de conocimiento en la universidad. *Nómadas*, (18), 195-202. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3991803

Rodríguez de los Ríos, L. (2013). Docencia e investigación: hacia el desarrollo de una cultura de investigación formativa. Investigación educativa. 17(31), 65-76. Recuperado de http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/educa/article/view/7765/6777

Rubio M., Vilà R. & Berlanga V. (2015). La investigación formativa como metodología de aprendizaje en la mejora de competencias transversales. *Procedia - Social and BehavioralSciences,* 196, 177 - 182. Recuperado de http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877042815040239

Segura, M. (2011). Argumentación, justificación y principio de autoridad. *Anuario de filosofía del derecho*, (27), 233-246. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3649629

Valencia, J., Masias J. & Valencia A. (2015). Formative Research in Higher Education: Some Reflections. *Procedia-Social and BehavioralSciences*, 176, 940-945. Recuperado de http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1 877 042815005996

Vilà R., Rubio M. & Berlanga V. (2014). La investigación formativa a través del aprendizaje orientado a proyectos: una propuesta de innovación en el grado de pedagogía. *Innovación educativa,* (24)241 - 258. Recuperado de http://www.usc.es/revistas/index.php/ie/article/view/1586/2404

EL PROCESO DE SELECCIÓN Y ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SUS IMPLICANCIAS EN LA FUNCION DE CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN

Sandro Omar Aguilar Gaitán[1]

ÍNDICE

Introducción. 2.- Ubicación y surgimiento del problema. 3.- Algunos Tribunales Constitucionales Europeos. 4.- Algunos Tribunales Constitucionales Americanos. 5.- Sobre el Tribunal Constitucional Peruano. 6.- Análisis comparativo y conclusiones

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto analizar el proceso de selección y elección de los miembros del Tribunal Constitucional y sus implicancias en el control de la Constitución, en la medida que, la realidad ha demostrado que este proceso no obtiene buenos resultados, en tanto que se eligen a personas no idóneas, y además, se mantienen en el cargo por un periodo mucho mayor para el cual fueron elegidos, debido, principalmente, a la politización de su elección. Se pretende analizar si los requisitos legales que actualmente se exige para poder acceder a ser miembro de este Tribunal, son o no suficientes, y de ser el caso, si resulta pertinente que sean modificados; además, también se analizará la pertinencia de extender el plazo de vigencia del mandato de sus miembros, efectuando un trabajo comparativo con otros Tribunales Constitucionales del mundo.

INTRODUCCION

En la actualidad resulta innegable la importancia y relevancia que han adquirido los Tribunales Constitucionales del mundo en su difícil y principal función como es ejercer el control constitucional de las leyes; y en armonía con esa trascendental misión, es razonable que las personas que lo integran deben estar a la altura de esta tan alta responsabilidad.

Sin embargo, en sede nacional, desde la creación del Tribunal Constitucional con la Constitución de 1993, en diversos casos, no se han elegido a las personas más idóneas para asumir la inmensa responsabilidad que significa ser miembro del Tribunal Constitucional. Debemos tener presente que el problema no solamente radica en la forma de elección de los miembros de este Tribunal, sino también en la manera de seleccionar a los postulantes y principalmente sobre quiénes eligen a estos miembros.

La realidad nos ha dejado suficientes razones para poder concluir que la forma de selección y elección de los miembros del Tribunal Constitucional no es la mejor, pues se encuentra excesivamente politizada y en consecuencia no se eligen a los miembros del Tribunal Constitucional con prevalencia de sus méritos académicos y personales y se prioriza los intereses particulares de los grupos políticos que integran el Congreso de la República.

Por otro lado, el periodo para el cual son elegidos los miembros del Tribunal es de cinco años,

1 Juez Titular del Octavo Juzgado Civil con sub especialidad Comercial de Chiclayo.

y al no permitirse la reelección inmediata, queda claro que el tiempo que debe permanecer cada miembro del Tribunal Constitucional, es de cinco años, y no más. Uno puede estar de acuerdo o no el tiempo que dura el mandato de los miembros del Tribunal Constitucional, y es cierto también que debido a la importancia de este organismo en la mayoría de legislaciones este plazo es mayor. Sin embargo, en la totalidad de los casos, los miembros del Tribunal Constitucional han permanecido por un tiempo superior para el cual fueron elegidos.

UBICACION Y SURGIMIENTO DEL PROBLEMA

EL artículo 201° de nuestra Constitución, señala:

"El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos miembros del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación".

Así como está regulado el funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional, queda claro que la intención del legislador fue que cada miembro de este Tribunal permanezca en el cargo por el periodo de cinco años.

Sin embargo, la existencia de esta norma no basta, pues en la práctica esto no se ha respetado, en tanto que en la totalidad de los casos los miembros del Tribunal Constitucional han permanecido por más del tiempo para el cual fueron elegidos, llegando al extremo, en los últimos tiempos, que seis de los siete miembros, estuvieron ejerciendo funciones con mandato legal vencido; originando, inclusive, la renuncia de uno de sus miembros[2], habiendo funcionado el Tribunal Constitucional por más de un año, sólo con seis miembros, cinco de ellos con mandato legal vencido.

Lo ocurrido demuestra que el proceso de elección de los miembros del Tribunal Constitucional no ha respondido a la realidad nacional, debido a que el Congreso de la República no ha sido capaz de culminar, debida y oportunamente, este proceso. En el extremo del problema, uno de los magistrados del Tribunal Constitucional[3] estuvo en el ejercicio de sus funciones por más de cinco años con su mandato legal vencido.

En la actualidad, en el año 2017, el problema se mantiene con uno de sus miembros. Así, el magistrado Oscar Urviola Hani, viene ejerciendo funciones como miembro del Tribunal

2 Beaumont Callirgos presentó su renuncia el pasado 23 de abril argumentando que habían pasado nueve meses desde que debió dejar el cargo y hasta ahora el Congreso no designaba a su reemplazo. Esto fue rechazado por el TC al considerar que este debió permanecer en sus funciones. Desde ese día Beaumont dejó de acudir a trabajar. Por esta razón el pleno del Tribunal Constitucional, acordó declarar su vacancia, luego de que éste no se reincorporará luego del plazo que le fue concedido.

3 El encargo del magistrado Juan Vergara Gotelli, culminó en diciembre del 2009. El de Carlos Mesía Ramírez culminó en julio 2011. Los de Fernando Calle Hayen, Gerardo Eto Cruz y Ernesto Alvarez Miranda, culminaron en setiembre del 2012. Todos recién fueron reemplazados en mayo del 2014.

Constitucional a pesar de que su mandato venció el 1° de julio del año 2015, es decir, hace 2 años, y el Congreso de la República no inicia los procedimientos que corresponden para elegir al nuevo integrante de este Tribunal.

Además de la ineficacia del proceso de elección, una vez que éste es realizado [manera inoportuna], tampoco se obtienen los resultados esperados, pues a quienes se eligen como miembros del Tribunal Constitucional, en su mayoría, no cuentan con los perfiles personales y académicos que exige asumir estos cargos [a pesar de cumplir con los requisitos legales], teniendo en cuenta la importancia y consecuencias de las decisiones que puede adoptar este Tribunal en temas trascendentales para la Nación.

Esta situación se puso de manifiesto en julio del año 2013, cuando el Congreso de la República eligió a los seis miembros del Tribunal Constitucional para que asuman funciones en reemplazo de los cinco miembros en ejercicio con mandato vencido y del magistrado renunciante[4], sin embargo, las más de estas personas elegidas, si bien contaban con los requisitos legales para acceder al cargo, no obtuvieron el respaldo de diversos estamentos de la sociedad, pues no contaban con las cualidades personales ni académicas para gozar de aceptación, situación que fue denominada por la opinión pública como "repartija", y que ante la presión pública, los representantes del Congreso de la República, se vieron obligados a dejar sin efecto dicho proceso de elección.

Al respecto, merece citar al periodista Augusto Alvarez Rodrich[5], en relación a la frustrada elección de los miembros del Tribunal ocurrida en julio del año 2013, quien ha señalado que: *"La política implica el arte de negociar y pactar para que las cosas se hagan realidad, lo cual obliga a un toma y daca como reconocimiento de que no siempre se puede conseguir todo lo que se quiere. Pero eso no es a lo que apuntaron los que se enfrascaron en esta repartija que no buscó a personas con prestigio e independencia sino a defensores de su interés partidario".*

En julio del año dos mil catorce, se eligió a seis miembros del Tribunal Constitucional, regularizándose esta situación[6]; sin embargo, no se ha resuelto el problema de fondo, pues el proceso de elección es el mismo y los requisitos para acceder al cargo también, en consecuencia, nada asegura que estos nuevos miembros permanezcan, únicamente, por el tiempo para el cual fueron elegidos.

Abonando al problema, en algún momento, las decisiones del Tribunal Constitucional han sido mayoritariamente cuestionadas en círculos académicos, sugiriendo, inclusive, la existencia de altos grados de corrupción al interior del Tribunal.

De nada sirve sostener la supremacía de la Constitución si se debilita su institucionalidad eligiendo a magistrados que no reúnen el perfil necesario.

La realidad ha demostrado que el proceso de selección y elección de los miembros del Tribunal Constitucional no ha sido el más eficaz, pues las personas responsables de llevarlo a cabo [congresistas] no han sido capaces, en primer lugar, de realizarlo de manera

4 En julio del año 2013 el Congreso de la República eligió como miembros del Tribunal Constitucional a: Francisco Eguiguren, Ernesto Blume, Víctor Mayorga, Cayo Galindo y Rolando Sousa; quienes ante el reclamo de diversos colectivos sociales declinaron a su elección y el Congreso de la República tuvo que dejar sin efecto el proceso de elección.

5 Artículo publicado en diario La República.

6 Con fecha 24 de mayo del 2014, el Congreso de la República, eligió a 6 magistrados como miembros del Tribunal Constitucional, a saber: Ernesto Blume Fortini, Eloy Espinoza Saldaña, Marianella Ledesma Narváez, Manuel Miranda Canales, Carlos Ramos Nuñez y José Luís Sardón.

oportuna, eligiendo los reemplazantes de aquellos magistrados que ya habían cumplido el periodo para el cual fueron elegidos, y por otro lado, una vez culminado este proceso, los resultados no han sido los más alentadores, debido a que no se eligieron a las personas con las cualidades necesarias para ejercer tan delicado e importante cargo en la vida social, política y económica del país.

Partimos de una situación real. El primer Tribunal Constitucional, conformado bajo la vigencia de la actual Constitución, estuvo integrado por los magistrados: Ricardo Nuget López Chávez, Francisco Acosta Sánchez, Manuel Aguirre Roca, Luís Díaz Valverde, José García Marcelo, Delia Revoredo Marsano y Guillermo Rey Terry. Todos estos magistrados a la fecha de su elección [junio del 1996], contaban con más de 50 años de edad. El resultado fue, como lo demuestra la historia, un Tribunal Constitucional, con amplia legitimidad, cuyos fallos podían ser cuestionados académicamente, pero no por situaciones ajenas al derecho.

Pero podríamos preguntarnos ¿sí el proceso de elección es el mismo, por qué en la actualidad no puede elegirse un Tribunal con las características de este primer Tribunal? La respuesta que ensayamos es que la clase política peruana, con el tiempo, se va deteriorando, y cada vez tenemos un Congreso de la República, en donde la mayoría de sus miembros ingresan a la vida política con la única finalidad de defender sus propios intereses o los de su facción, por lo tanto, al momento de elegir a los miembros del Tribunal Constitucional, también prevalecen estos intereses y no los nacionales. Es por esta razón, que consideramos necesario modificar el proceso de selección y elección, rescatando de realidades internacionales, aquellas situaciones que pueden aplicarse en sede nacional, adaptándolas, como debe ser, a la realidad peruana.

El problema no está limitado, únicamente, en relación al proceso de elección, pues debe evaluarse también, la pertinencia de modificar o agregar alguno o algunos de los requisitos para poder ser miembro del Tribunal Constitucional, tanto en el sentido personal como académico, puesto que no es suficiente que se mejore el proceso de elección cuando las personas a elegir no cuentan con las credenciales para ejercer estos cargos de altísima relevancia en el desarrollo del Estado.

Por otro lado, ss noticia conocida que el sistema integral de justicia peruano atraviesa por un desprestigio profundo que origina una desconfianza casi generalizada en los ciudadanos. Bajo este contexto, siendo el Tribunal Constitucional parte de este sistema, no puede ser ajeno al problema.

Asimismo, también es real que la clase política peruana en todos sus estamentos, principalmente, en el Congreso de la República, se encuentra ampliamente desprestigiada[7].

En consecuencia, el resultado de ambas situaciones no podría ser, en ningún caso, auspicioso para una buena y razonablemente aceptable formación del Tribunal Constitucional.

Bajo este contexto, la justificación del presente artículo, radica, principalmente, en la necesidad de analizar la forma como está regulado el proceso de selección y elección de los miembros del Tribunal Constitucional, para, de esta manera, evitar se repitan situaciones que resten legitimidad no solamente a esta institución sino al Estado en su conjunto.

7 Según última encuesta de opinión publicada el 13 de febrero del 2017 realizada por la Empresa IPSOS Opinión y Mercado S.A. del 8 al 10 de febrero a 1,291 personas mayores de 18 años residentes en 23 departamentos más la provincia constitucional del Callao, asumiendo un nivel de confianza del 95%; concluyo como resultado, entre otros, que tanto el Poder Judicial como el Congreso de la República tienen un porcentaje de aprobación a su gestión de 29%.

ALGUNOS TRIBUNALES EUROPEOS

Corte Constitucional de Alemania

Actualmente el Tribunal Constitucional Federal está conformado por dieciséis [16] magistrados, divididos en dos [2] salas o colegiados, quienes son designados para ejercer el cargo por un periodo de doce [12] años improrrogables, estableciendo como límite para desempeñar funciones los sesenta y ocho [68] años de edad, esta función es incompatible con cualquier otra actividad o función, con excepción de la docencia universitaria.

La mitad de sus integrantes son designados por una comisión del Bundestag[8] y la otra mitad por el Bundesrat[9]. El Bundestag procede a la designación de los integrantes del Tribunal de manera indirecta, a través de una comisión de selección judicial, conformada a su vez por doce [12] miembros de la Cámara, con representantes de todos los partidos de manera proporcional, requiriendo de ocho [8] votos para la aprobación de una nueva designación. Por su parte, el Bundesrat elige a los otros miembros de manera directa por mayoría, con el voto aprobatorio de 2/3.

Asimismo, la edad mínima requerida para integrar este Tribunal es de cuarenta [40] años y además cumplir con los requisitos que se requiere para ser elegido como diputado del Bundestag, presentar una declaración por escrito de estar dispuesto a aceptar la función de magistrado y tener la capacidad para ser Juez, que implica haber cumplido y aprobado los estudios teóricos y prácticos o en todo caso, desempeñarse como profesor de Derecho en la universidad[10]. No se prevé ningún requisito cualitativo.

Corte Constitucional de España

La Constitución Española establece que el Tribunal Constitucional está conformado por doce [12] miembros, de los cuales dos [2] son designados por el Rey a propuesta del gobierno; ocho [8] son elegidos por el parlamento, cuatro [4] por el Congreso de los Diputados y cuatro

8 Es la Cámara Baja del Parlamento de la República Federal Alemana.

9 Es el órgano de representación de los 16 estados federados de Alemania, llamado Consejo Federal. En la práctica ejerce como una Cámara Alta del Parlamento Alemán.

10 KARL GECK, Wilhelm. "Nombramiento y Status de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania". Traducción por J. Puente Ejido. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8. N° 22. Enero-abril 1988. Respecto del requisito citado en último lugar, hubo una fuerte oposición motivada por las experiencias del tiempo de la República de Weimar y del nacionalsocialismo . La práctica desde 1951 para acá ha acallado completamente las reclamaciones de que se prescindiera de esta habilitación para poder ejercer funciones judiciales, al menos para una parte de los magistrados. El Tribunal solamente puede trabajar a través de una especie de reparto entre los ponentes, que garantice una continuidad relativa en las cuestiones de fondo y una relativa igualdad en el reparto del trabajo. Es requisito previo que todos los magistrados puedan votar en la situación de igualdad que la ley les garantiza. «Todos los jueces se distinguirán por conocimientos especiales en el Derecho público y deberán poseer experiencia de la vida pública». En la promulgación de la ley de la Magistratura alemana fueron suprimidos estos requisitos a propuesta de la comisión para asuntos jurídicos del Bundestag, en contra del proyecto del Gobierno. Todos los intentos posteriores para volver a introducir esas exigencias de cualificación han resultado estériles Exigencias adicionales se dan para los tres magistrados de cada Sala, que son elegidos de entre los magistrados que integran los Tribunales Supremos federales. Antes de su nombramiento en ese Tribunal Superior federal, han de cumplir con los requisitos para el nombramiento de jueces vitalicios; existen normas especiales que regulan el nombramiento de los jueces en los Tribunales Superiores federales y fijan el mínimo de edad para ello. Con el nombramiento de esos magistrados de Tribunales Superiores federales se desea aprovechar las experiencias judiciales y el modo especial del razonamiento judicial, después de una larga actividad profesional. La vinculación del mandato de estos magistrados con la edad de jubilación de los magistrados federales (la de sesenta y ocho años) deberá fortalecer la continuidad en la jurisprudencia.
En www.dialnet-nombramientoystatusdelosmagistradosdeltribunalcons-79363.pdf

[4] por el Senado, con el voto aprobatorio de las 3/5 de sus miembros, es decir, se requiere de una mayoría calificada, lo que en la práctica impide que los magistrados dependan de una fuerza política en particular, lo que se traduce en consensos entre éstas; y, finalmente, dos [2] son nombrados a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Es decir, en la elección y designación de los miembros del Tribunal intervienen los tres [3] poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, con mayor prevalencia del primero en cuanto al número de miembros que designa.[11]

Por otro lado, la misma Constitución precisa que los magistrados designados ejercen el cargo por un periodo de nueve [9] años, renovándose por tercios cada tres [3] años, prohibiéndose la reelección inmediata, con excepción de aquél miembro que no haya ejercido funciones por un periodo no superior a tres [3] años. Aunque puedan presentarse algunas dificultades en la designación oportuna de los miembros del Tribunal Constitucional, se salva esta situación y el Tribunal sigue en funciones debido a que los magistrados continúan en el ejercicio de sus funciones hasta que sus reemplazantes hayan asumido sus cargos.[12]

Asimismo, la propia Constitución también precisa los requisitos con los que deben contar quienes aspiran a formar parte del Tribunal Constitucional. Así, se exige que sean no solo licenciados en derecho, sino que sean juristas de reconocida competencia con más de quince [15] años de ejercicio profesional o en actividad de sus funciones como magistrados, fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos o abogados. La ley española no establece edades mínimas para ser miembro del Tribunal Constitucional, ni edades máximas para dejar de serlo.[13] Adicionalmente, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, se exige como requisito el ser ciudadano español.[14]

Consejo Constitucional de la República de Francia

El actual Consejo Constitucional de Francia fue creado en la Constitución de la V República del 4 de octubre de 1958. Este consejo está conformado por nueve [9] miembros, los cuales son designados para ejercer funciones por un periodo de nueve [9] años. Los miembros son designados por el Presidente de la República y por los Presidentes de cada una de las asambleas del Parlamento. Asimismo, cada tres años se renueva el Consejo, para lo cual, tanto el Presidente de la República como los presidentes de las asambleas parlamentarias, nombran, cada uno a un miembro del Consejo. Además, el mandato de los consejeros no es renovable.[15]

---

11 Constitución Española artículo 159.1: El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

12 Constitución Española artículo 159.3: Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

13 Constitución Española, artículo 159.2:Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

14 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España, artículo 18:Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre ciudadanos españoles que sean Magistrados, Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos o Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función.

15 Constitución de Francia: Artículo 56.- El Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. El Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años. Tres de sus miembros serán nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la

La ley francesa no ha previsto requisitos especiales para poder ser designado miembro de este Consejo Constitucional, pues no se requiere de ninguna edad mínima ni tampoco de tener una profesión o actividad en particular.

Tribunal Constitucional de Italia

Según la Constitución de 1947, el Tribunal Constitucional está constituido por quince [15] miembros, de los cuales cinco [5] son nombrados por el Presidente de la República; cinco [5] por el Parlamento; y, los cinco [5] restantes pos las supremas magistraturas ordinarias y administrativas. El período por el cual ejercen funciones es de nueve [9] años, sin posibilidad de renovación.

Por otro lado, los requisitos que se exigen para poder tener la posibilidad de ser designado miembro de este Tribunal, son ser magistrado en actividad o jubilado de las jurisdicciones superiores ordinarias o administrativas, catedráticos universitarios o abogados con más de veinte [20] años de experiencia en el ejercicio profesional.[16]

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES AMERICANOS

Corte Constitucional de Colombia

En 1968 se creó, dentro de la misma Corte Suprema, una sala especializada de asuntos constitucionales. Finalmente, en 1991, se creó la Corte Constitucional. Esta corte, institucionalmente, se ubica dentro de la administración de justicia.

La Corte Constitucional de Colombia está compuesta por nueve [9] magistrados. Estos magistrados son elegidos por el Senado de la República, los cuales son propuestos por ternas por el Presidente de la República [3], la Corte Suprema de Justicia [3] y el Consejo de Estado [3][17]. El periodo para el cual son elegidos de manera individual es por ocho [8] años, sin posibilidad de reelección.[18]

Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. Además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex-Presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional. El Presidente será nombrado por el Presidente de la República. Tendrá voto de calidad en caso de empate.

16 Artículo 135° Constitución Italiana: El Tribunal constitucional estará compuesto de quince jueces nombrados en un tercio por el Presidente de la República, en otro tercio por el Parlamento en sesión conjunta y en el tercio restante por las supremas magistraturas ordinaria y administrativas.

Los magistrados del Tribunal constitucional serán escogidos entre los magistrados, incluso los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinarias y administrativas, los profesores catedráticos de Universidad en disciplinas jurídicas y los abogados con más de veinte años de ejercicio profesional.

Los magistrados del Tribunal constitucional serán nombrados por nueve años, que empezarán a correr para cada uno de ellos desde el día del juramento, y no podrán ser nuevamente designados.

A la expiración de su mandato, el magistrado constitucional cesará en su cargo y en el ejercicio de sus funciones.

17 El Consejo de Estado es la máxima autoridad jurisdiccional en lo contencioso administrativo. Es el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y Cuerpo Consultivo del Gobierno. Está integrado por 31 magistrados

18 Artículo 239° Constitución de Colombia: La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho. Los magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para periodos individuales de ocho años, de sendas termas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Los magistrados de la Corte Constitucional no

Los requisitos que se exigen para ser magistrados de la Corte Constitucional, son ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; abogado; haber desarrollado funciones, por lo menos, durante diez [10] años, en el campo judicial o en el ministerio público, o haber ejercido, con reconocida solvencia la abogacía o la docencia universitaria en materias jurídicas, por el mismo tiempo; y no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos. No pueden ser elegidos quienes el año anterior a la elección hayan ejercido funciones como ministros, magistrados de la Corte Suprema o del Consejo de Estado.[19]

Tribunal Constitucional de Chile

En la actualidad, la Constitución Chilena establece que el Tribunal Constitucional estará integrado por diez [10] magistrados, de los cuales tres [3] son designados por el Presidente de la República; el Senado elige a dos [2] magistrados; otros dos [2] miembros son propuestos por la Cámara de Diputados que deben ser ratificados por el Senado; y tres [3] son elegidos por la Corte Suprema.[20]

Estos miembros, según se señala en el texto constitucional, desempeñarán funciones por nueve [9] años y se renovarán de manera parcial cada tres. Como requisitos para ser miembros de este Tribunal se exige tener título de abogado con experiencia no menor de quince [15] años y haberse destacado en su actividad profesional, universitaria o pública, así como, no tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñarse en el cargo de juez. Además, se precisa que serán inamovibles y no podrán ser reelegidos, con excepción de aquellos que hayan sido reemplazantes[21] y hayan ejercido el cargo por un período menor a cinco años, y, en todo caso, cesan en sus funciones al cumplir los 75 años de edad.

Como vemos la Constitución Chilena no ha regulado la designación de miembros suplentes para el Tribunal Constitucional, sin embargo, a través de una ley de menor rango como es la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se ha establecido que cada tres [3] años, se designará dos [2] abogados que reúnan las condiciones para ser elegidos miembros del Tribunal, y quienes completaran el Tribunal ante cualquier ausencia temporal por inhabilitación o impedimento de cualquiera de los miembros titulares del Tribunal Constitucional[22].

podrán ser reelegidos.

19 Artículo 240 de la Constitución de Colombia: No podrán ser elegidos magistrados de la Corte Constitucional quienes durante el año anterior a la elección hayan desempeñado como Ministros de Despacho, o magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado.

20 Constitución de Chile, artículo 92: Habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, designados de la siguiente forma: a) Tres designados por el Presidente de la República. b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda. c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto.

21 En caso que un miembro del Tribunal Constitucional cese en su cargo, se procederá a su reemplazo por la institución que corresponda y por el tiempo que falte para completar el período del reemplazado.

22 Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, artículo 15°: Cada tres años, en el mes de enero que corresponda, se procederá a la designación de dos suplentes de ministro que reúnan los requisitos para ser nombrado ministro del Tribunal, quienes podrán reemplazar a los ministros e integrar el pleno o cualquiera de las salas sólo en caso que no se alcance el respectivo quórum para sesionar. Los suplentes de ministro a que se refiere el inciso anterior serán nombrados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado, eligiéndolos de una nómina de siete personas que propondrá el Tribunal Constitucional, previo concurso público de antecedentes, el

Corte Constitucional de Ecuador

Esta Corte está integrada por nueve [9] miembros, los cuales serán designados por una comisión integrada por dos miembros designados por cada una de las funciones legislativa, ejecutiva y de transparencia y control social. La selección de los miembros se realizará teniendo en cuenta las propuestas de las tres funciones o poderes, a través de un concurso público, con posibilidad de intervención y cuestionamiento ciudadano. Estos miembros son elegidos por un periodo de nueve [9] años, sin posibilidad de reelección, y serán renovados por tercios cada tres [3] años.

A su vez, se exige como requisitos para poder ser designado miembro del Tribunal Constitucional: ser ecuatoriano o ecuatoriana y encontrarse en ejercicio de sus derechos políticos; tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país[23]; haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado o abogada, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años; demostrar probidad y ética; y no pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político.[24]

Corte Constitucional de Guatemala

Según la actual Constitución de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad está integrada por cinco [5] magistrados titulares, cada uno de los cuales tendrá su respectivo suplente. Cuando conozca de asuntos de inconstitucionalidad en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el Presidente o el Vicepresidente de la República, el número de sus integrantes se elevará a siete [7], escogiéndose los otros dos magistrados por sorteo de entre los suplentes.

El tiempo que los magistrados de esta Corte se mantendrán en el ejercicio de sus funciones es de cinco [5] años. Asimismo, su designación se realizada de la siguiente manera: a) Un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia; b) Un magistrado por el pleno del Congreso de la República; c) Un magistrado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; d) Un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala; y e) Un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados. De manera simultánea con la designación del miembro titular, se designará al correspondiente suplente, ante el Congreso de la República.[25]

La norma constitucional exige como requisitos para ser elegido miembro de la Corte de Constitucionalidad: a) ser guatemalteco de origen; b) ser abogado colegiado; c) ser de reconocida honorabilidad; y, d) tener por lo menos quince años de graduación profesional.[26]

---

que deberá fundarse en condiciones objetivas, públicas, transparentes y no discriminatorias. El Tribunal formará la nómina en una misma y única votación pública, en la que cada uno de los ministros tendrá derecho a votar por cinco personas, resultando elegidos quienes obtengan las siete primeras mayorías. El Senado adoptará el acuerdo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada para el efecto, debiendo pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad. Si el Senado no aprobare la proposición del Presidente de la República, el Tribunal Constitucional deberá presentar una nueva lista, dentro de los sesenta días siguientes al rechazo, proponiendo dos nuevos nombres en sustitución de los rechazados, repitiéndose este procedimiento hasta que se aprueben los nombramientos.

23 Licenciado u otros títulos profesionales, según Estructura y Titulaciones de Educación Superior en Ecuador.

24 Artículo 433° de la Constitución Política de la República de Ecuador.

25 Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 269.

26 Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 270.

SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Conforme a lo establecido en el artículo 201° de la Constitución, el Tribunal Constitucional se compone de siete [7] miembros, elegidos por un periodo de cinco [5] años, sin reelección inmediata, elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. Como requisitos para ser miembro de este Tribunal, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema, es decir, nos remite al artículo 6° de la Ley de Carrera Judicial, el mismo que prescribe:

"Requisitos especiales para ser Juez Supremo: Para ser Juez Supremo se exige, además de los requisitos generales:

1.- Ser mayor de cuarenta y cinco (45) años

2.- Haber ejercido el cargo de Juez Superior o Fiscal del mismo nivel cuando menos diez (10) años o, alternativamente, haber ejercido la abogacía o desempeñado la docencia universitaria en materia jurídica por quince (15) años:

3.- Haber superado la evaluación prevista para tal caso por el Consejo Nacional de la Magistratura; y,

4.- Participar del programa de inducción".

Del mismo modo, el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, aprobado por Resolución Administrativa Nro. 095-2004-P-TC, en su artículo 15°, establece que:

Para ser Magistrado del Tribunal Constitucional se requiere:

1.- Ser peruano de nacimiento;

2.- Ser ciudadano en ejercicio;

3.- Ser mayor de cuarenta y cinco años;

4.- Haber sido Magistrado de la Corte Suprema o Fiscal Supremo, o Magistrado Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años; y

5.- No estar comprendido en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 12 de la Ley Nro. 28301.

Bajo este contexto, la Asociación Civil Transparencia[27], publicó un estudio denominado: "Cuadernos para el diálogo político – Elección de magistrados del Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo y Directores del Banco Central de Reserva", en donde propone al Congreso de la República que, a efectos de proceder a una debida elección de los miembros del Tribunal Constitucional, que además de los requisitos legales exigidos, se considere adicionalmente los siguientes criterios en los candidatos:

- Compromiso con la protección de los derechos humanos, los valores democráticos

27 Es una asociación civil cuyo propósito es el fortalecimiento de la democracia. No tiene fines de lucro ni filiación partidaria. Fue creada en el Perú el 18 de julio de 1994.

y el estado de derecho.

- No haber sido sancionado disciplinariamente por entidades públicas o privadas por faltas graves.
- No haber sido condenado o estar procesado por delito doloso.
- No haber patrocinado a personas naturales o jurídicas que hayan sido condenadas con sentencia ejecutoriada por delitos de narcotráfico, violación de derechos humanos, delitos tributarios y delitos en agravio del Estado.
- Formación académica y producción bibliográfica en especialidades afines al cargo al que se postula.
- No haber sido candidato a cargo de elección popular ni militante de partido u organización política durante los últimos 3 años.
- Gozar de comprobado prestigio profesional y personal.[28]

En relación al proceso de elección, como precisa el texto constitucional, los miembros del Tribunal Constitucional son designados por el Congreso de la República mediante resolución legislativa, con el voto de los dos tercios del número legal de sus miembros. En consecuencia, si conforme a lo establecido en el artículo 90° de la Constitución[29], el número de congresistas es de 130, para ser elegido miembro del Tribunal Constitucional se necesitará contar con el voto aprobatorio de 87 congresistas. Evidentemente, este elevado número de votos exige necesariamente la concertación política entre las diversas agrupaciones que conforman el Congreso, pues es poco probable que una sola fuerza política mantenga una mayoría de tal proporción.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 8° regula el procedimiento para seleccionar a los candidatos que serán propuestos al Pleno del Congreso. Así, es el mismo Pleno del Congreso que designa una Comisión Especial integrada por siete o nueve congresistas, respetando en lo posible la proporcionalidad y pluralidad de cada grupo parlamentario en el Congreso, para encargarse de conocer del procedimiento de designación en cualquiera de las dos modalidades existentes.

Una modalidad es la denominada ordinaria, en ésta, la Comisión Especial selecciona a los candidatos que, a su juicio, merecen ser declarados aptos para ser elegidos, luego de lo cual, publica en el diario oficial El Peruano la convocatoria para la presentación de propuestas; asimismo, publica la relación de las personas propuestas a fin de que se puedan formular tachas, las que debe estar acompañadas de prueba documental; por último, una vez presentada la propuesta de uno o más candidatos se convoca en término no inferior a siete días al Pleno del Congreso para que se proceda a la elección.

La otra modalidad es la Especial, en donde la Comisión Especial selecciona a los candidatos que, a su juicio, merecen ser declarados aptos para ser elegidos, efectuado la convocatoria

28 Publicación efectuada por la Asociación Civil Transparencia como parte del Proyecto "Diálogos para el buen gobierno" con colaboración de la National Endowment Democracy – NED. Lima. 2013. Disponible en: www.transparencia.org.pe/documentos/eleccion_de_magistrados.pdf

29 Artículo modificado por el artículo único de la Ley Nro. 29402, publicada el 8 de setiembre del 2009, reforma constitucional que entró en vigencia para el proceso electoral del año 2011. Originalmente el número de congresistas era de 120.

por invitación.

Es la Junta de Portavoces del Congreso de la República[30], la que decide cuál de las dos modalidades se utilizará para la elección de los miembros del Tribunal Constitucional.

Cualquiera sea la modalidad de selección adoptada, la Comisión Especial presenta la propuesta de uno o más candidatos, luego de lo cual dicha propuesta es presentada al Pleno del Congreso de la República que deberá ser convocado en término no menor de siete días para que se proceda a la elección del magistrado o magistrados del Tribunal, siendo elegido quien obtenga la mayoría prevista en el artículo 201° de la Constitución, y en caso no se obtenga esta mayoría se procederá a una segunda votación; sin embargo, si concluidos los cómputos, no se logra cubrir las plazas vacantes, la Comisión Especial procede, en un plazo máximo de diez días naturales, a formular sucesivas propuestas, hasta que se realice la elección.

Como podemos observar, la elección de los postulantes a magistrados del Tribunal Constitucional, depende de una sola institución, como es el Congreso de la República, representado por los integrantes de los grupos parlamentarios que forman la Comisión Especial. Una vez que determinados postulantes son declarados aptos, se pone en conocimiento del Pleno del Congreso para que se proceda a la respectiva votación, que por el porcentaje de votos necesarios hace inevitable la celebración de acuerdos políticos a efectos de que puede designarse a estos magistrados.

También es importante resaltar que, la votación en el pleno del Congreso para la designación de los miembros del Tribunal Constitucional, puede efectuarse de manera individual respecto de cada candidato o en grupos, situación esta última que abona la necesidad de llegar a acuerdos políticos.

También debe señalarse que conforme a lo establecido en el artículo 6° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, antes de los seis meses, previos a la fecha de expiración de los nombramientos, el Presidente del Tribunal se dirige al Presidente del Congreso para solicitarle el inicio del procedimiento de elección de nuevos Magistrados. Es decir, el Congreso de la República, como mínimo tienes seis meses para poder seleccionar y elegir a los nuevos miembros de Tribunal Constitucionalidad, no existiendo razón lógica que explique por qué entonces pueden mantenerse por años después de haber expirado los mandatos para los cuales fueron designados.

ANALISIS COMPARATIVO Y CONCLUSIONES

En el continente europeo, de los cuatro Tribunales Constitucionales estudiados, todos están integrados por más de diez miembros, y solo uno, el de Francia, cuenta con nueve miembros. Es decir, en todos los casos el número de miembros de estos Tribunales Constitucionales es superior al caso peruano.

Del mismo modo, efectuado el análisis comparativo con los Tribunales Constitucionales de América Latina, sólo el Tribunal Constitucional de Guatemala cuenta con cinco miembros, pues Colombia, Ecuador y Chile cuentan con nueve y diez magistrados constitucionales,

30 La Junta de Portavoces está compuesta por la Mesa Directiva y por un portavoz por cada grupo parlamentario, quien tiene un voto proporcional al número de miembros que componen su bancada, conforme a lo señalado en el artículo 31-A del Reglamento del Congreso.

respectivamente.

Podemos concluir entonces que de todos los Tribunales Constitucionales estudiados, todos, salvo el de Guatemala, cuentan con un número mayor de miembros, e inclusive, en los casos como Italia y Alemania, triplican el número de miembros en relación al Tribunal Constitucional peruano.

También se demuestra que la mayoría de los Tribunales Constitucionales analizados están constituidos por más de cinco miembros. Al respecto señala Gonzales Trevijano Sánchez, que la opción por un número elevado de Magistrados garantiza mejor en principio la rápida resolución de los conflictos, por la mera distribución material del trabajo, que composiciones inferiores.[31]

Asimismo, también debe recordarse que los constituyentes de 1993, al principio, eran reacios a reinstaurar el Tribunal Constitucional. Consideraban que tenía mucho poder, razón por la cual, cuando aceptaron reinstaurarlo, decidieron que sus magistrados tendrían un mandato similar al de los congresistas, de cinco años, sin derecho a reelección con el fin de restringir dicho poder. Sin embargo, el actual mandato no es suficiente para un adecuado ejercicio de la función, pues la tarea de un Tribunal Constitucional requiere estabilidad y periodos largos para consolidar la jurisprudencia constitucional. Al respecto dice Dominique Rousseau: "(…) un mandato corto podría hacer depender a los jueces de la evaluación del juego electoral y propiciar una composición de los Tribunales similar a la de los órgano titulares del poder de nominación; los cambios frecuentes de jueces tienden a frenar la construcción y la gestión de las jurisprudencias, y en consecuencia a menoscabar la autoridad de los jueces. Por otro lado, un mandato demasiado largo y más aún si es vitalicio puede conducir a los Tribunales a distanciarse de la evolución seguida por la sociedad".[32]

Además, de todos los Tribunales Constitucionales estudiados, únicamente, en el Perú, es el Parlamento quien selecciona y elige a la totalidad de los miembros de los Tribunales Constitucionales. En Europa, en la mayoría de los casos, la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, recae en varias instituciones y no en una sola, así, intervienen el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, en mayor o menor porcentaje, dependiendo cada caso en particular.

Del mismo modo, en América Latina, también se recurre a la intervención conjunta de diversos organismos para la selección y elección de los miembros del Tribunal Constitucional, principalmente, representantes del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, e inclusive, en países como Guatemala, además, intervienen representantes de las Universidades y de los Colegios de Abogados.

En principio, la intervención del Parlamento no debería significar una absoluta politización en la forma de elección y por ende en la propia institución; sin embargo, objetivamente se ha demostrado que las agrupaciones políticas no actúan en beneficio del interés común sino en pro de sus beneficios particulares, estableciendo un sistema de cuotas.

Por lo mismo, existe una excesiva politización, en tanto que conforme a la vigente Constitución y actual procedimiento, la selección y elección de los miembros del Tribunal Constitucional depende única y exclusivamente del Congreso de la República, quien a través de la Comisión

31 GONZALES-TREVIJANO SANCHEZ, Pedro José. "El Tribunal Constitucional. Navarra. Editorial Aranzadi S.A. 2000. pag 71

32 MORALES SARAVIA, Francisco. "El Tribunal Constitucional del Perú: Organización y propuestas de mejoras". Fondo Editorial Academia de la Magistratura. Lima. 2014. Pags 158

Especial conformada por los representantes de todos los grupos parlamentarios, selecciona a los candidatos que serán presentados al pleno para su respectiva elección.

Si tenemos en cuenta que las distintas fuerzas políticas representadas en el Congreso de la República, a su vez, representan a distintas facciones e ideologías, resulta razonable que propongan y elijan como candidatos a quienes mantengan concepciones políticas afines a las suyas.

El problema surge cuando estos intereses políticos particulares priman o prevalecen sobre el interés general, razón por la cual, para disminuir esta libertad total de la que gozan los parlamentarios al momento de proponer candidatos a miembros del Tribunal Constitucional, deben determinarse requisitos más rígidos y no flexibilizarlos como sucede hasta ahora.

Al respecto César Landa en su condición de ex magistrado del Tribunal Constitucional, ha señalado que: "(…) a partir del 2008, mis votos singulares se fueron transformando en un medio para expresar con claridad los argumentos constitucionales que discrepaban por el fondo o por la forma de la resolución de los casos de la mayoría; máxime, cuando muchas de las sentencias en el último período, se dictaron al unísono de las demandas o presiones gubernamentales del Gobierno 2006-2011 y los poderes fácticos de turno, como el eclesiástico, militar y empresarial, entre otros, en detrimento de los valores y principios constitucionales de la independencia, neutralidad e imparcialidad de las decisiones judiciales a emitir por el Tribunal Constitucional".[33]

Del mismo modo, una de las formas directas para disminuir la politización en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional es modificar la forma de selección de los candidatos y que no sea el Congreso de la República, la única institución que realice esta selección, y permitir que también otras instituciones como pueden ser el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, quienes se encarguen de designar a un número determinado de miembros de este Tribunal, como estaba regulado en la Constitución de 1979 en relación al Tribunal de Garantías Constitucionales, y como sucede en la mayoría de Tribunales Constitucionales del mundo.

Otra posibilidad es que el Congreso de la República continúe eligiendo a los miembros del Tribunal Constitucional pero sobre las propuestas realizadas por otros organismo autónomos.

Respecto del periodo de duración de los miembros del Tribunal Constitucional, el 45% de los Tribunales estudiados regula que el tiempo de duración en el cargo de sus miembros es de 5 a 10 años; en el 33% el tiempo del mandato es de más de 10 años; y solo en un 22% el tiempo de duración del mandato es de 5 años, dentro de este último porcentaje se encuentra el Tribunal Constitucional Peruano.

Lo contrario sucede con los Tribunales Constitucionales de Alemania, Italia y España, en donde sus miembros son elegidos por 16, 15 y 12 años, respectivamente, siendo estos los periodos más prolongados.

En América Latina, los Tribunales Constitucionales de Colombia, Chile y Ecuador, regulan como periodo de los mandatos de sus miembros de 9, 10 y 9 años, respectivamente, y solamente en el Tribunal de Constitucionalidad de Guatemala, el periodo también es de 5 años, como en el caso peruano.

33 LANDA ARROYO, César. "Los votos singulares en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2012. Pag 11.

En relación a la edad de los miembros del Tribunal Constitucional, en la mayoría de legislaciones analizadas no se contempla la exigencia de una edad mínima para ser elegido miembro del Tribunal Constitucional. En Europa solo el Tribunal Constitucional Alemán exige como mínimo la edad de 40 años; y en América Latina, solamente en el Perú se requiere tener como mínimo 45 años de edad.

Si bien embargo, en los países donde no se exige edad mínima para acceder como magistrado al Tribunal Constitucional, se requiere tener ciertos años de experiencia o cumplir con las condiciones para ser designado juez, por lo que, en la práctica no podría presentarse la posibilidad de elegir a postulantes con menos de 35 años de edad.

Sobre el particular, precisa Gonzales Trevijano Sánchez, refiriéndose al Tribunal Constitucional Español, que quizás resulte conveniente haber establecido una edad mínima para llegar al Tribunal, en tanto que la relevancia de la institución requiere no solo de la capacitación técnica que puede adquirirse a una edad temprana, sino también de la necesaria experiencia, la cual en cambio solo la dan los años.[34]

En relación a la edad mínima con la que deben contar los miembros del Tribunal Constitucional, señala Morales Saravia, que algunos consideran que la edad mínima para ser elegido Magistrado de este Tribunal debe ser mayor a 50, 55 o 60 años de edad, como opina el ex magistrado Juan Vergara Gotelli; y otros, en cambio, postulan reducirla a 35 años. Sigue diciendo, que los 45 años es la edad mínima y nada impide que los congresistas elijan a personas de mayor edad como ha ocurrido en las sucesivas renovaciones del Tribunal Constitucional.[35]

Por otro lado, De los 18 miembros del Tribunal Constitucional designados desde su creación hasta la fecha, con excepción de los 6 magistrados designados en junio del 2014 pues se encuentran con su mandato vigente, podemos determinar que absolutamente todos se mantuvieron en el cargo por un periodo mayor para el cual fueron elegidos. Así 12 magistrados estuvieron de 4 a 12 meses más en el ejercicio del cargo; 4 magistrados estuvieron de 1 a 2 años más en funciones; 1 estuvo 3 años adicionales a su mandato; y, 1 estuvo 5 años más, es decir, duplicó el periodo para el cual fue elegido.

Es decir, en todos los casos desde la creación del Tribunal Constitucional, sin excepción alguna, sus miembros han permanecido por más tiempo para el cual fueron elegidos, lo que significa en los hechos que el mandato se ha extendido por más tiempo del regulado en la propia Constitución, desde cuatro meses e inclusive hasta cinco años de exceso.

Así, a efectos de lograr mayor legitimidad del Tribunal Constitucional frente a la sociedad y de esta manera lograr un mejor control de la Constitución, a la luz de los hechos, resulta conveniente ampliar el plazo del mandato para el cual son elegidos sus miembros, teniendo en cuenta que en la gran mayoría de Tribunales Constitucionales estudiados, con excepción de Guatemala, el periodo de los mandatos es mayor.

Al respecto, el magistrado César Landa, en una entrevista manifiesta su posición sobre el particular, precisando que la permanencia de los miembros del Tribunal Constitucional por más tiempo para el cual fueron elegidos es inconstitucional, y hace una comparación con los congresistas o el propio Presidente de la República, si se mantuvieran en funciones por más tiempo del periodo constitucionalmente establecido.[36]

34 GONZALES-TREVIJANO SANCHEZ, Pedro José. ob. cit. pag 78
35 MORALES SARAVIA, Francisco. ob. cit. pag 159
36 Entrevista concedida a Ideeleradio el 23 de abril y publicada el 25 de abril del 2013. Disponible en: ideelera-

En el caso peruano, la realidad ha demostrado que los requisitos para ser elegido miembro del Tribunal Constitucional contemplados en el artículo 201° de la Constitución Política, norma que nos remite a otras como son el artículo 2° y 6° de la Ley de Carrera Judicial, no resultan suficientes para garantizar la calidad de los postulantes a tan importante cargo.

Esta es una de las razones principales por las cuales el Congreso de la República no puede hacer una adecuada selección de los postulantes, pues es muy fácil cumplir con estos requisitos legales. En la práctica, cualquier abogado con 45 años de edad y con 15 años de experiencia en el ejercicio de la profesión, cumple con los requisitos legales para postularse, con las excepciones que la propia ley prevé. Esta situación permite que sean los Congresistas miembros de la respectiva Comisión quienes decidan qué candidatos son seleccionados y propuestos al Pleno del Congreso para su elección, prevaleciendo de esta manera los intereses partidarios sobre los intereses nacionales, pues objetivamente éstos cumplen con los requisitos legales.

Si bien se exige que los postulantes cumplan con los mismos requisitos que exige la Ley de la Carrera Judicial para ser nombrado Juez Supremo, debe tenerse en cuenta que, los miembros del Tribunal Constitucional, inclusive, tienen la facultad de revisar las decisiones expedidas por las Salas Supremas de la Corte Suprema de Justicia de la República, por lo tanto, su relevancia dentro del sistema de administración de justicia no es menor sino todo lo contrario.

Así, según el Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales[37], para ser designado Juez (en cualquiera de sus instancias), se requiere haber postulado a través de un concurso público, el mismo que consta de cuatro etapas: Examen escrito; calificación de curriculumviate; evaluación psicológica y psicométrica; y, entrevista personal; concurso público al cual no son sometidos los postulantes al cargo de miembros del Tribunal Constitucional.[38] En consecuencia, las exigencias para ser designado Juez Supremo, en la realidad, son mucho más rigurosos.

En efecto, forman parte de dicho Reglamento las respectivas tablas de calificación curricular que se anexan, en donde, en lo referido a Jueces Supremos, se exige contar con el grado de doctor en materia jurídica, es el único grado que otorga puntaje en el rubro académico profesional; es decir, en la práctica cualquier postulante a Juez Supremo que no cuente con este grado académico concursará con muchas menores posibilidades frente a aquellos postulantes que si cuenten con este grado. Asimismo, también se otorga puntaje a quienes hayan obtenido el grado de doctor en otra disciplina, además de cuantificar la publicación de ensayos y textos jurídicos.

Como podemos apreciar sin mayor forzamiento, los requisitos que se exigen para ser elegido Juez Supremo y el procedimiento legal que se sigue, son mucho más rigurosos, frente a los requisitos y procedimiento establecidos para designar a los miembros del Tribunal Constitucional.

En consecuencia, si podemos determinar que las funciones y responsabilidades del Tribunal Constitucional son incluso mayores que las de la Corte Suprema de Justicia de la República, es lógico y razonable exigir entonces que para acceder a tan alto cargo se

dio.blospot.pe/2013/landa-permanencia-de-miembros-del-tc.html

37 Aprobado por Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura Nro. 228-2016-CNM de fecha 15 de junio del 2016.

38 Artículo 24° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales: Las etapas son: 1. Examen escrito; 2. Calificación del curriculum vitae documentado; 3. Evaluación psicológica y psicométrica; 4. Entrevista personal.

exija el cumplimiento de determinados requisitos objetivos que permitan efectuar una mejor selección y por consiguiente una mejor elección de los miembros del Tribunal Constitucional.

Sobre la solvencia académica, debido a la relevancia, importancia y trascendencia del cargo de miembro del Tribunal Constitucional, es necesario exigir una sólida solvencia académica, En la actualidad no existe mayor exigencia que la de haber ejercido la profesión de abogado cuando menos por quince años.

De manera objetiva no se exige ninguna condición en particular, pues cualquier abogado, sin contar con los grados académicos de maestro o doctor, puede postular para acceder a ser magistrados del Tribunal Constitucional. Situación distinta que ocurre en la elección de los Jueces Supremos, pues como ya hemos podido demostrar sí se exige de manera objetiva haber obtenido el grado de doctor. Tampoco se exige que hayan desempeñado docencia universitaria en materia constitucional u otras ramas del derecho, y menos que cuenten con publicaciones jurídicas.

Bajo este contexto, con la finalidad de tener un filtro académico adecuado, resulta necesaria la incorporación de exigencias académicas mínimas que permitan disminuir el riesgo de efectuar una inadecuada selección y posterior elección. No se descarta que puedan existir postulantes que sin tener los grados académicos de maestro o doctor, tengan otras habilidades o potencialidades para acceder al cargo, pero debe encontrase razones objetivas que permitan cuantificar esta solvencia académica y no hay otra forma distinta a la de verificar su producción académica a través de los estudios realizados, investigaciones desarrolladas o publicaciones efectuadas.

También es necesario establecer ciertos criterios que permitan cuantificar la solvencia moral de los candidatos, estableciendo condiciones mínimas para que puedan postular y acceder al cargo; como es el no haber sido condenados por delito doloso y menos si interviene el Estado como parte agraviada; no cumplir con sus obligaciones alimenticias, crediticias, tributarias y administrativas.

Los Magistrados constitucionales no necesitan ser héroes ni sabios, pero sí es necesario que comprendan la especial importancia de su función para que, en la medida en que sea humanamente posible, se coloquen por encima de intereses políticos, de partido, económicos, sociales y religiosos. Su única brújula y estrella polar debe ser la Constitución. El cargo de magistrado no debe servir para realizar clientelismo judicial o político. Hasta donde sea posible debe ser un cargo terminal, con una buena jubilación, para dedicarse con posterioridad exclusivamente a actividades honoríficas, de beneficio social, académicas o culturales.[39]

39 CARPIZO, Jorge. “El Tribunal Constitucional y sus límites”. Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL. Lima. 2009. pag 45-47.

LA DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA EN EL CODIGO PENAL PERUANO

Emiliano Sánchez Bances
Juez Penal Titular
Juzgado de Investigación Preparatoria
Cutervo

I.- INTRODUCCION

Que, si bien es cierto, como lo señala Silva Sánchez – citado por el profesor Víctor Roberto Prado Saldarriaga[1] – la teoría de la determinación de la pena no ha alcanzado, aún, niveles de desarrollo similares o siquiera aproximativos a los sólidos y relevantes que se han producido en la dogmática penal de la teoría del delito; cierto es también, que a partir de la dación de la Ley N°30076 del 19 de agosto del 2013, y más aún, con las recientes modificatorias introducidas en el capítulo de la Aplicación de La Pena por medio del Decreto Legislativo N°1323 del 06 de enero del 2017, estimo, que la teoría de la determinación de la pena – específicamente en nuestro país – ha alcanzado niveles de desarrollo aceptables y congruentes con un Estado Constitucional de Derecho; pues, a partir de la vigencia de las mencionadas normas legales se ha establecido un procedimiento práctico y operativo para regular y guiar tan delicada actividad jurisdiccional, es decir, ha acogido la llamada "Teoría de los Tercios" para decidir la extensión concreta de la pena que se debe aplicar al autor o partícipe culpable de un delito[2].

El órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al imputado (juicio de subsunción). Luego a la luz de la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad de éste (declaración de certeza). Y, finalmente, sí declaró la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida (individualización de la sanción)[3].

La determinación de la pena o de cualquier otra clase de sanción penal, no se encuentra al margen del conjunto de principios rectores que orientan las decisiones, tanto del legislador como del juez, hacia la configuración legal o la aplicación procesal de las penas justas y racionales; de allí que, deben de ser invocados, los principios de Función Preventiva, Principio de Legalidad, Principio de Culpabilidad, Principio de Humanidad, Principio de Proporcionalidad.

El tema a tratar es "La Determinación de la Pena"; sin embargo, es necesario distinguir entre Determinación Legal de la Pena y Determinación Judicial de la Pena; la primera se refiere a la determinación de la pena que en abstracto realiza el legislador, fijando un límite mínimo y un límite máximo para cada delito, no obstante, por defecto de técnica legislativo alguna veces se señala únicamente un extremo, como aparece en el artículo 108° del Código Penal – Asesinato – donde sólo aparece el extremo mínimo de 15 años de pena privativa de la libertad, teniendo que recurrir a los principios contenidos en la parte general del Código Punitivo, especialmente el artículo 29°; en cuanto a la segunda, se refiere a la labor del Juez, quien asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto dentro del marco ofrecido por el legislador.

La determinación judicial de la pena se desarrolla – conforme lo ha estatuido la Ley N°30076 - en etapas o fases por las cuales el Juez debe de transitar, para identificar la pena básica y lograr individualizar la pena concreta aplicable al autor o partícipe de un delito.

Es necesario destacar, que la determinación judicial de la pena no únicamente se refiere a la pena privativa de la libertad sino con cualquier otro tipo de sanción penal, como también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de la pena y la imposición de medidas de seguridad, etc.

---

1 Víctor Roberto Prado Saldarriaga- Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios- Idemsa – Lima Perú -2010 –Pag.119.
2 Código Penal - Art.45°-A: "…El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas: 1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes".
3 Fundamento Jurídico 6° del Acuerdo Plenario N°1-2008/CJ-116 Reincidencia, habitualidad y Determinación de la Pena. Lima, 18 de julio del 2008.

II.- DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA- ETAPAS

2.1.- DEFINICIÓN

Es toda la actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en el caso sub judice[4].

La determinación judicial de la pena es un procedimiento dirigido a definir de modo cualitativo y cuantitativo qué sanción corresponde aplicar al autor o partícipe de un hecho punible. A través de ella el juez decide el tipo de pena, su extensión y la forma en que será ejecutada. Y para ese cometido tendrá que apreciar la gravedad del delito y el grado de responsabilidad del autor o partícipe. Es de señalar que en el desarrollo de ese procedimiento se van vinculando los diferentes objetivos y funciones que se atribuyen y que detalla el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal de 1991[5]. Es decir, que el Juez tiene una marco legal constituido por un mínimo y un máximo de pena[6], dentro del cual decidirá el tipo de pena, su extensión y la forma en que será ejecutada, para cuya función hará uso de los principios de la pena referidos anteriormente y de otras circunstancias especiales que puedan presentarse.

2.2.- ETAPAS DE LA DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA

El proceso de determinación judicial de la pena aplicable al caso sub judice, se desarrolla en tres etapas:

a) Determinar la pena básica.- El juez para determinar la pena básica, debe de ubicar o verificar el mínimo y el máximo de la pena conminada en cada tipo penal de la parte especial del Código Penal.

b) Determinar la pena concreta.- El Juzgador debe de determinar la pena concreta entre el mínimo y el máximo de la pena básica, teniendo en cuenta el conjunto de principios rectores de la pena y evaluando los diferentes criterios contenidos en los artículos 45° y 46° que concurran en el caso.

c) Finalmente, el juez debe de complementar la individualización de la pena atendiendo a Circunstancias especiales de agravación y atenuación, tales como que el delito se haya cometido por omisión impropia prevista en el artículo 13° del Código Penal, que se haya actuado bajo un error de prohibición vencible previsto en el artículo 14 – segundo párrafo in fine- del Código Penal, que se dé una tentativa prevista en el artículo 16° del Código Penal.

2.3.- PRESUPUESTOS PARA FUNDAMENTAR Y DETERMINAR LA PENA

El artículo 45° del Código Penal de 1991 refiere " El Juez al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: 1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad; 2. Su cultura y sus costumbres; y, 3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando su situación de vulnerabilidad".

Es así, que como exigencia prevista en el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución

---

4 Idem. Pag.130.

5 Academia de la Magistratura – Curso a Distancia para Magistrados- Aplicación de la Pena – Lima Perú 2000- Pag. 31.

6 Sistema de Determinación Intermedio o Ecléctico, a través de este modelo el legislador sólo señala un mínimo y un máximo de pena para cada delito, dejando al Juez la tarea de individualizar en el caso concreto, la pena aplicable al condenado.

Política de 1993, todos los jueces tienen la obligación de fundamentar las resoluciones judiciales, salvo las de mero trámite; en ese sentido está dirigida la norma sustantiva antes glosada; asimismo, es de advertirse que el artículo se refiere en su primer numeral a indicadores de carácter personal que competen al sujeto activo, cuando señala: carencias sociales que hubiere sufrido el agente, su cultura y sus costumbres; mientras que en el segundo numeral se refieren exclusivamente a la víctima o sujeto pasivo del evento delictivo: intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen, afectación de sus derechos y su situación de vulnerabilidad.

Sumado a lo anterior, el artículo 45°-A del Código Penal es reiterativo cuando precisa que toda condena contiene fundamentación explicita y suficiente sobre los motivos de la determinación cuantitativa y cualitativa de la pena; es decir, la exigencia está en que el Juez deberá explicar las razones y motivos que lo orientaron a decidir del porqué de la cantidad y calidad o naturaleza de pena a imponer.

III.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Antes de adentrarnos al conocimiento e interpretación de los artículos que nos permiten medir la cantidad y cualidad de la sanción penal, es necesario precisar los contenidos y nociones de las diferentes circunstancias[7] que utiliza nuestro Código Penal Nacional; es así, que tenemos:

1) POR SU NATURALEZA

a) Circunstancias Comunes o Genéricas.- Son todas aquellas se encuentran reguladas en la parte general del Código Penal y operan para cualquier delito.

b) Circunstancias Especiales o Específicas.- Son aquellas que se encuentran regulas en la parte especial del Código Penal, y operan solo para determinados tipos penales.

c) Circunstancias Típicas Accidentales.- Son aquellas que añadidas a un tipo penal básico se integran con él y determinan la configuración de un tipo derivado privilegiado o cualificado.

2) POR SU EFECTIVIDAD

a) Circunstancias Atenuantes.- Son aquellas que al presentarse consideran una menor punibilidad; ejemplo: en los delitos contra el estado civil por un móvil de honor.

b) Circunstancias Agravantes.- Son aquellas que al presentarse consideran una mayor punibilidad, ejemplo: en el delito de hurto con agravantes y el delito de robo con agravantes.

c) Circunstancias Mixtas.- Son aquellas que al presentarse, pueden producir un efecto atenuantes o agravantes; ejemplo: el parentesco, éste puede agravar la pena a su autor en los delitos de Violación sexual o atenuar la pena en los delitos contra el patrimonio.

3) EN RELACION CON LA PENA CONMINADA.- La característica de estas circunstancias es que su presencia genera una nueva configuración en los límites legales de la pena.

7 Las Circunstancias son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito.

a) Circunstancias Cualificadas.- Son aquellas que producen una modificación ascendente de la conminación penal; es decir, el límite final se convierte en límite inicial; ejemplo de ellas la tenemos en el artículo 46°B del Código Penal.

b) Circunstancias Privilegiadas.- Son aquellas que varían el límite inicial, es decir, de forma descendente; ejemplo: la complicidad secundaria o la tentativa.

4) CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE DIFERENTE GRADO O NIVEL.- Nos referimos a éstas, a las circunstancias agravantes específicas que generan escalas punitivas diferentes y ascendentes entre sí. Estas las encontramos en el artículo 189° del Código Penal donde se presentan hasta tres niveles o grados de circunstancias agravantes específicas; igualmente, las encontramos en el artículo 46°-A de Código Penal sobre la reincidencia específica.

5) CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS.- Es frecuente encontrar en casos complejos, la concurrencia de circunstancias de igual o distinta naturaleza o efectividad, también llamada concurrencia heterogénea por el profesor Prado Saldarriaga; para la determinación de la pena concreta se requiere la valoración de todas y cada de las circunstancias presentes, de allí que, a mayor número de circunstancias agravantes el extremo máximo de la pena se encontraría más cerca, mientras que ante la pluralidad de circunstancias atenuantes el extremo mínimo estaría más cerca, sin perder de vista que ante la concurrencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes su valoración reflejará un procedo de compensación de aumento y disminución, pudiendo la pena concreta centrarse en el tercio intermedio.

Un problema común que se presenta en relación a la concurrencia de circunstancias de diferente grado o nivel, por ejemplo: en el delito de robo en inmueble habitado - inciso 1) primer párrafo del artículo 189°- apoderándose de un bien de valor científico – inciso 3) segundo párrafo del artículo 189° - y causando lesiones graves – tercer párrafo del artículo 189°-; en estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá a las de grado inferior.

6) EL TEST DE COMPATIBILIDAD EN LA CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS.- Que, si bien es cierto, existe la posibilidad de que en un caso concurran circunstancias en forma simultánea, cierto es también, que la eficacia de cada una de ellas depende de la proscripción de hacer una valoración doble de un mismo indicador o factor; de allí que debe de tratarse de circunstancias diferentes; es decir, cuando las circunstancias concurrentes aluden a un mismo factor, ellas devienen en incompatibles y deben excluirse en función a su especialidad, ejemplo de ello, lo tenemos en el artículo 46° A y el inciso 1) del artículo 297° del Código Penal porque en ambas disposiciones el factor de agravación se refiere a funcionario público, y debe de excluirse la circunstancia agravantes genérica y prevalecer la especial que es en el delito de tráfico ilícito de drogas.

IV.- DETERMINACION DE PENA CONFORME AL ARTÍCULO 45°-A DEL CODIGO PENAL

Conforme lo hemos reseñado anteriormente, la doctrina y jurisprudencia nacional han precisado, entre dos a tres etapas en que debe de transitar el Juez para individualizar la pena, de allí que el profesor y Magistrado Supremo Víctor Roberto Prado Saldarriaga, únicamente señale dos etapas: identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta.

El artículo 45°-A del Código Penal en su tercer párrafo precisa, el Juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.

2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:

   a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.

   b) Cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.

   c) Cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se termina dentro del tercio superior.

3. Cuando concurran circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

   a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior.

   b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior.

   c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

V.- CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

En el inciso 1) del artículo 46° del Código Penal vigente - modificado últimamente - por el Decreto Legislativo N°1323 del 06 de enero del 2017, se han establecidos las siguientes circunstancias genéricas atenuantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible:

a) La carencia de antecedentes penales.

b) El obrar por móviles nobles o altruistas.

c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables.

d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.

e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias.

f) Reparar voluntariamente el daño causado o las consecuencias derivadas del peligro generado.

g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad.

h) Edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.

V.- CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

En el inciso 2) del artículo 46° del Código Penal, también modificado, se han establecidos las siguientes circunstancias genéricas agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible

a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad.

b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recurso públicos.

c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole.

e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común.

f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con el abuso de condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe.

g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito.

h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función.

i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito.

j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable.

k) Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional.

l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales.

m) Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.

n) Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.

VI.- CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS

Respecto a las circunstancias atenuantes privilegiadas, que se hace mención en el literal a) del inciso 3) del artículo 45°-A del Código Penal, no encontramos un detalle textual como así se hace con las circunstancias genéricas y específicas, tanto en su grado de efectividad de atenuante o como agravante, igual ocurre con las circunstancias agravantes cualificadas, que incluso se ha definido dicho adjetivo calificativo en el Acuerdo Plenario N°1-2008/CJ-116 donde se sostiene que " …las circunstancias cualificadas, si bien pueden operar también con cualquier delito, como en el caso del artículo 46°-A del Código Penal, ellas disponen la configuración de un nuevo extremo máximo de la pena y que será el límite fijado para dicho tipo de agravante…"; posición que la asume el profesor Prado Saldarriaga[8], cuando sostiene que " Una tercera clasificación toma como criterio morfológico la relación de la circunstancia con la pena conminada. Aquí se ubican las circunstancias cualificadas o privilegiadas. La característica común de este tipo de circunstancias es que su presencia genera la configuración de un nuevo marco de conminación penal. Es decir, con ella se modifican los límites legales, mínimos o máximos, de la pena conminada para el delito."; con lo expuesto, no hay dudas, si se trata de una circunstancia cualificada se produce una modificatoria ascendente de la conminación penal que se proyecta por encima del máximo legal original, el cual ahora se convierte en mínimo; mientras que cuando se produce una circunstancia privilegiada lo que se produce es una variación del mínimo legal de forma descendente; sin embargo, el problema se presenta en determinar cuál y cuáles son las circunstancias privilegiadas que no están detalladas en forma precisa en una disposición normativa; ello ha originado opiniones diversas, e incluso, hasta decir, que las circunstancias privilegiadas no existen. Considero que, si existen las circunstancias agravantes y atenuantes, las primeras – como su propia definición las destaca – que imprimen un mayor reproche al evento delictivo mientras que las segundas, señalan un menor reproche; existen pues, también las circunstancias atenuantes privilegiadas, y lo único que falta es ubicarlas en toda la extensión de la parte general del código sustantivo penal o incluso, si es posible, en la parte especial del Código Penal.

1. UBICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS.- Considero que, entre estas tenemos las siguientes:

- La tentativa del artículo 16° del Código Penal.
- La Responsabilidad Restringida del artículo 22° del Código Penal.
- La Complicidad Secundaria del segundo párrafo del artículo 25° del Código Penal.

8 Idem Pag. 141.

2. OPERATIVIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES PRIVILEGIADAS.- Considero que, igualmente, se debe de aplicar el Sistema de Tercios; en razón a que, si una circunstancias agravante afecta el cuantum punitivo en forma ascendente y las circunstancias atenuantes, lo afectan en forma descendente; en el caso específico de las circunstancias atenuantes privilegiadas, éstas deben significar una rebaja a partir del extremo mínimo de la pena conminada, es decir, afectar el mínimo de la pena conminada en forma descendente; por ejemplo: en el delito de Robo simple en grado de Tentativa previsto y sancionado en el artículo 188° concordante con el artículo 16° del Código Penal, que tiene una pena conminada de no menor de 03 años ni mayor a 08 años de PPL, pero entre el extremo mínimo de 03 años al extremo máximo de 08 años, existe un espacio punitivo de 05 años, que convertidos a meses (60 meses) y un 1/3 de estos 60 meses, es 20 meses equivalente a 01 año y 08 meses cada tercio; si el primer tercio se sitúa entre los 03 años a 04 años - 08 meses; tercio intermedio, entre 04 años-08 meses a 06 años-04 meses; y el tercio superior entre los 05 años -04 meses a 08 años; por ello, estando a la concurrencia o existencia de una circunstancia atenuante privilegiada – Tentativa – es lógico considerar que el extremo mínimo de la pena conminada queda afectada en forma descendente hasta por un tercio, equivalente a 01 año – 08 meses; es decir, que la pena concreta a imponer sería UN AÑO y OCHO MESES de pena privativa de la libertad; ello, respetando el Principio de Legalidad de las Penas que como Derecho Fundamental encuentra amparo, no solo en la Constitución Política del Estado sino además en la Doctrina Jurisprudencial Constitucional vinculante; más no aplicar la operación de dividir el marco punitivo – tercio inferior – en tantas circunstancias atenuantes (08) o circunstancias agravantes (14) concurran en el hecho punible para dosificar la pena concreta. Por ejemplo, en el delito de robo simple en grado de tentativa propuesto, el primer tercio se sitúa entre los 03 años a 04 años - 08 meses; si se trata de circunstancias atenuantes, este espacio se divide en ocho partes (20 meses/ 8= 2.5); es decir, en este caso, solo se afectaría en forma descendente en 02 meses y 15 días, quedando la pena concreta en 02 años, 09 meses y 15 días de PPL, por haber cometido el delito de robo simple en grado de tentativa, lo que significa haberse hecho una interpretación restringida en perjuicio del acusado.

VII.- CONCLUSIONES

Tenemos las siguientes:

1.- Que, a partir de la vigencia de Ley N°30076, la Determinación Judicial de la Pena, no solo se ha constituido en tema de arduo debate sino además, se ha introducido una importante reforma con miras a dosificar debidamente la pena.

2.- Conceptualizar nítidamente las diferentes circunstancias, tanto genéricas como específicas, así como también, las agravantes y atenuantes.

3.- La ubicación de las Circunstancias Atenuantes Privilegiadas.

4.- Una propuesta de su operatividad al momento de individualizar la pena concreta.

El Proceso de Investigación al Adolescente en conflicto con la ley penal desde la perspectiva del Decreto Legislativo N° 1348

Carmen Zoraida Ameghino Bautista
Fiscal Provincial de Familia de Chiclayo

El 07 de enero de 2017 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el Decreto Legislativo N° 1348, Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, como norma integral, sistemática, autónoma y especializada en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal.

Es decir el proceso en el sistema penal especializado al adolescente se debe caractrizar por ser garantista, garantizar el interés superior del adolescente, ágil, de mínima intervención y que el internamiento se reserva para los casos más graves. Así advertimos que se establece un proceso semejante al instaurado para los mayores de edad en el Código Procesal Penal de 2004, esto es con los mismos criterios, procedimientos, con etapas de investigación preparatoria, intermedia y juicio oral.

El Código contenido en el Decreto Legislativo 1348 presenta diversas innovaciones, tal es así que utiliza el concepto jurídico de medidas socioeducativas en reemplazo de la terminología "sanciones".

Así, en el artículo 32 determina que las audiencias en cada etapa del proceso de responsabilidad penal de los adolescentes son orales bajo pena de nulidad. Por tanto se aplicarán técnicas de litigación oral en las audiencias, fundamentalmente en juicio oral (examen, contraexamen, objeciones, alegatos de inicio, alegatos finales).

La indicada norma es aplicable a los adolescentes entre 14 y 18 años que hayan cometido infracciones a la ley penal tipificados como delitos o faltas en el Código Penal; se les aplica medidas socio educativas. La medida socio educativa más grave es la internación, que puede durar hasta 10 años

El Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, aprobado por Decreto Legislativo N° 1348 modifica la norma vigente sobre tratamiento del adolescente en conflicto con la ley penal, con la finalidad de superar las deficiencias advertidas por el Comité de los Derechos del Niño, proporcionando mayor garantía al proceso penal en adolescentes;

Además, funcionará la jurisdicción especializada conformada por el Juez de Investigación Preparatoria, quien se encargará de la investigación preparatoria y la etapa intermedia; las Salas penales en la Corte Superior, se encargará del juicio oral; la Sala Penal de la Corte Suprema será competente para las casaciones, recurso de queja, conocer la acción de revisión, resolver cuestiones de competencia, resolver la recusación planteada contra sus magistrados.

Por otro lado le da mayor prerrogativa al Ministerio Público, entre ellas para procurar la solución alternativa al proceso del adolescente, en especial la remisión, mediación, conciliación y las prácticas restaurativas; ello con la finalidad de asegurar de manera eficiente la aplicación del principio del Interés superior del niño, el principio educativo y el principio de intervención mínima, pues la internación debe ser la última ratio.

El principio de no regresividad determina que los Estados pueden legislar para proteger mejor los derechos humanos, pero no deben disminuir los estándares de protección que han sido reconocidos y precisamente muchas de las disposiciones previstas en el Decreto Legislativo N° 1204 publicada en setiembre del 2015, contradicen con los estándares internacionales; así por ejemplo perjudica la perspectiva socio educativa, pues utiliza el término sanciones, e incluso son más drásticas que las señaladas para los mayores de edad.

Cabe precisar, la adolescencia es la etapa formativa de la personalidad, de modo que las consecuencias del internamiento para infracciones que no revisten gravedad perjudican el desarrollo integral del adolescente; al desenvolverse en la cultura carcelaria, incrementa el desarraigo familiar. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha manifestado que las penas excesivamente largas atenta contra el principio de brevedad determinado por la Convención y son opuestos a los objetivos de la justicia penal juvenil. Ahora si los adolescentes son trasladados son trasladados al centro penitenciario al cumplir la mayoría de edad, esta decisión es administrativa y no es impugnable; sin embargo con el Decreto legislativo N° 1348 en el artículo 166.3 dispone que el traslado es de carácter administrativo y es impugnable ante el Juez que otorgó la medida. También se ha dispuesto el internamiento domiciliario, la cual no está prevista para mayores de edad, se aplica

para infracciones menos graves que los que se aplica para la libertad restringida, obviamente ello vulnera el principio de vulnerabilidad de las penas; el internamiento domiciliario se aplicaría para adolescentes sin familia, confunde derecho penal con derecho tutelar o de familia, característica de la doctrina de situación irregular.

A diferencia del Código de los Niños y Adolescentes, así como del Decreto Legislativo N° 1204, se asigna a la víctima un rol más significativo, se incluye derechos en el proceso, entre ellos a recibir asistencia legal y patrocinio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que no gozaba antes.

Se modifica en lo concerniente a las "sanciones" previstas en el Decreto Legislativo N° 1204, por "Medidas Socioeducativas", desde luego, el término sanciones para el caso de adolescentes infractores, es un término peyorativo

Evidentemente, las medidas socioeducativas se dividen en no privativas de la libertad, internación en un centro juvenil, así como las medidas accesorias a las no privativas de libertad. De modo que tratándose de las primeras nombradas, esto es en medio abierto, el adolescente puede ser sometido a amonestación, libertad asistida, prestación de servicios a la libertad y libertad restringida. Ahora bien, en el caso de las medidas accesorias el Juez puede aplicar en forma simultánea a la medida socioeducativa en medio abierto, su duración es la misma que la medida socioeducativa aplicada.

La finalidad de las medidas socioeducativas contiene una función pedagógica positiva y formativa a efecto de facilitar la resocialización y reintegración a la sociedad. Este impacto educativo está contenido en el artículo 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad".

Hasta incluso el Juez de oficio o a pedido de parte, puede variar la internación, cumplida la tercera parte del plazo y con el informe favorable del equipo técnico interdisciplinario del centro juvenil, previo a ello el Juez convoca a las partes a una audiencia, la resolución es impugnable.

Sin embargo, tratándose de adolescentes sentenciados por la comisión de infracciones de sicariato, violación sexual de menor de edad seguida de muerte, o lesiones graves o delitos contemplados en el Decreto Ley N° 25475, esto es delitos de terrorismo, así como de determinarse su pertenencia a una organización criminal o su vinculación a ella, la variación de la internación puede ser solicitada al cumplirse las tres cuartas partes de la medida.

Internación de adolescentes según artículo 163 del Decreto Legislativo N° 1348	
Duración	Supuestos
1 a 4 años	Regla general para adolescentes entre 14 y menos de 18 años de edad
1 a 6 años	Si el adolescentes tiene entre 14 y menos de 18 años Cometa delitos dolosos sancionados con pena privativa de libertad no menor de 6 años y ponga en grave riesgo la vida o la integridad física o psicológica de las personas. Adolescente haya incumplido injustificada y reiterada las medidas socioeducativas distintas a internación. Reiteración en la perpetración de otros hechos, cuya pena sea mayor a 6 años de pena privativa de libertad en el C. Penal o leyes especiales en un lapso que no exceda de 2 años.
3 a 5 años	Si el adolescente tiene entre 14 y menos de 16 años y cometa delitos como parricidio, homicidio calificado, feminicidio, lesiones graves, instigación o participación en pandillaje pernicioso, secuestro, trata de personas, violación sexual, robo agravado, extorsión, tráfico ilícito de drogas, etc. Integrante de organización criminal, actúe por encargo de ella, vinculado a la misma conforme Ley N° 30077, Ley contra el crimen organizado y artículos 317 y 317-B C. Penal.

4 a 6 años	Si el adolescente tiene entre 16 y menos de 18 años y cometa delitos como parricidio, homicidio calificado, feminicidio, lesiones graves, instigación o participación en pandillaje pernicioso, secuestro, trata de personas, violación sexual, robo agravado, extorsión, tráfico ilícito de drogas, etc. Integrante de organización criminal, actúe por encargo de ella, vinculado a la misma conforme Ley N° 30077, Ley contra el crimen organizado y artículos 317 y 317-B C° Penal.
6 a 8 años	Si el adolescente tiene entre 14 y menos de 16 años y cometa sicariato, violación sexual de menor seguida de muerte o lesión grave o terrorismo.
8 a 10 años	Si el adolescente tiene entre 16 y menos de 18 años y cometa sicariato, violación sexual de menor seguida de muerte o lesión grave o terrorismo.

Claro está, todo gira en torno al Principio del Interés Superior del adolescente, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

La Declaración de los Derechos del Niño señala en sus principios 7 y 8 que "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término a sus padres, pues el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro".

En esta línea normativa es relevante subrayar que corresponderá a los Estados velar porque en cualquier medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier controversia en la que se vea involucrado, sea imperativo tener como premisa de acción la atención prioritaria al interés superior del niño[1].

La Constitución Política de Perú señala en su artículo 4º que "[l]a comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)". La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo y Ministerio Público, entre otros, se considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos[2].

El principio del interés Superior del Niño debe ser la guía y criterio rector para adoptar las decisiones, lo que a su vez asegurará la vigencia efectiva de los derechos de los niños y adolescentes. En concordancia con lo previsto en la Ley N° 30466, artículo 3. señalando "Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta los siguientes parámetros:
1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

En ese contexto, las observaciones finales emitido por el Comité sobre los Informes Periódicos Cuarto y Quinto del Perú, aprobadas en su 71 1er. Periodo de sesiones (11 a 29 de enero de 2016)[3] acoge

1 EXP. N.° 02079-2009-PHC/TC del 09 de setiembre del 2010. Fundamento 10.
2 Idem. Fundamento 11.
3 https://www.unicef.org/peru/spanish/Observaciones_finales_del_Comite_de_los_Derechos_del_Nino_al_Estado_Peruano.pdf

favorablemente la aprobación del Plan Nacional de Prevención y Tratamiento del Adolescente en Conflicto con la Ley Penal (2013-2018) y el Programa "Justicia Juvenil Restaurativa" del Estado parte. Sin embargo, le preocupa profundamente el Decreto Legislativo núm. 1204, de 23 de septiembre de 2015 vigente a la fecha, en el que se regulan las sanciones para adolescentes en conflicto con la ley penal, así como su ejecución, pues el citado decreto se basa en un enfoque punitivo, aumenta las penas por los delitos graves cometidos por menores; limita las debidas garantías procesales; establece excepciones respecto de la prohibición del aislamiento; y aumenta la prisión preventiva a 180 días, en tanto que la duración máxima de las actuaciones penales no debe rebasar los 50 días. Pues siendo ello así, se evidencia que la norma nacional respecto a los adolescentes en conflicto con la ley penal, vulnera el bloque de constitucionalidad y el principio de convencionalidad; de igual modo al Comité también ha expresado su profunda preocupación respecto:

a) La utilización insuficiente de medidas alternativas no privativas de libertad y el recurso excesivo al encarcelamiento;
b) El hacinamiento y las deficientes condiciones existentes en los lugares de detención y la falta de información sobre los mecanismos de presentación de quejas;
c) El número insuficiente de tribunales de menores especializados y el ineficiente servicio de defensa pública;
d) La limitada disponibilidad de datos sobre los niños en conflicto con la ley.

Habida cuenta de su observación general núm. 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, el Comité insta al Estado peruano por ser parte, a que adapte totalmente su sistema de justicia juvenil a la Convención y a otras normas pertinentes. Que, ante esta realidad el presidente de la República en virtud a las facultades conferidas por el Poder Legislativo emite el Decreto Legislativo N° 1348 que deroga el Decreto Legislativo núm. 1204 y de esta modo asegura que la legislación nacional está plenamente en consonancia con los principios y disposiciones de la Convención, particularmente las salvaguardias consignadas en los artículos 37 y 40.

Si bien el Decreto Legislativo N° 1348 mediante disposición complementaria derogatoria única, se deroga los capítulos III, IV, V, VI, VII y VII-A del Título II del libro IV del Código de los Niños y Adolescentes (ley N° 27337), el Decreto Legislativo N° 1204 y toda norma que se oponga al Decreto Legislativo N° 1348. Es conveniente indicar que la segunda disposición complementaria final contempla la vacatio legis, en la cual se establece que entrará en vigencia al día siguiente de la publicación de su reglamento; pues habiendo transcurrido a la fecha los 120 días para su reglamentación y al no haberse reglamentado a la fecha, sigue vigente el D.Leg. 1204, mientras tanto, no sabemos hasta cuándo los adolescentes serán investigados con el derogado Decreto Legislativo N° 1204.

En lo atinente a la reglamentación, se ha dispuesto que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en coordinación con el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio de Economía y Finanzas, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Ministerio de Educación, Ministerio de Salud, Ministerio del Interior, Ministerio de Cultura, Poder Judicial, Ministerio Público y las instituciones pertinentes, elaboran el reglamento del Código, en el plazo de ciento veinte días, contados a partir de su publicación en el diario oficial. De esta manera, la demora en la publicación del reglamento, demuestra un acto omisivo que genera grave perjuicio a los adolescentes justiciables, toda vez que con la norma vigente son tratados afectando sus derechos fundamentales que en el futuro repercute en su formación integral, lo cual es contrario a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Finalmente, se debe mencionar, se requiere la capacitación de los fiscales para lograr la eficiencia en el trabajo y que el Poder Judicial garantice la justicia.

Bibliografía:

- Convención sobre los Derechos del Niño
- Decreto Legislativo N° 1348 que el Código de Responsabilidad penal de adolescentes
- Decreto Legislativo N° 1204 que modifica el Código de los Niños y Adolescentes para regular las sanciones a adolescentes infractores de la ley penal y su ejecución
- Ley N° 30466 Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño
- Código de los Niños y Adolescentes
- EXP. N.° 02079-2009-PHC/TC del 09 de setiembre del 2010
- Exp. N° 1665-2014-PI/TC del 25 de agosto del 2015

https://www.unicef.org/peru/spanish/Observaciones_finales_del_Comite_de_los_Derechos_del_Nino_al_Estado_Peruano.pdf

LA NECESARIA IMPLEMENTACIÓN DEL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Gasdaly Maribel Salazar Alarcón[1]

"Los psiquiatras nos dicen que la cárcel predispone a la locura; los sociólogos afirman que el encierro carcelario es contrario a la convivencia y mata espiritualmente al hombre, destruyendo en él todo resorte activo y toda reacción útil para la vida en común, y son muchos los técnicos carcelarios que no dudan en señalar el carácter corruptor de la cárcel, provocador de reincidencias."

CANO MATA ANTONIO

I. INTRODUCCIÓN

LA CARCEL, UNA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

La cárcel, como la conocemos hoy en día, es una institución prácticamente nueva. Antes, aquellos que caían en las manos de quien impartía las leyes y aplicaba la justicia, se hallaban atrapados en un espectro en el que pasaban a convertirse de hombres a objetos sin propietarios. Tuvo que pasar mucho tiempo para que se comenzara a construir algo remotamente parecido a las instituciones penitenciarias de hoy en día. Sin embargo, el trabajo está muy lejos de terminar. De hecho, como si fuese una espina de la que no se pueden sacudir, muchísimas instituciones penitenciarias continúan siendo verdaderas "micro-republicas del dolor humano"[2], que parecen trasportarnos a siglos pasados, a una época que muchos pensaban había quedado atrás.

En el Perú, en particular, la situación es alarmante en lo que a la administración de los centros penitenciarios se refiere. Para empezar, existe un curioso fenómeno en el que muchas veces como órganos persecutores del delito, nos encontramos inclinados a solicitar cuantas Prisiones Preventivas nos sean posibles, cuando esta actitud debería ser la excepción y no la regla del Proceso Penal, como señala el actual presidente del Poder Judicial Dr. Duberlí Rodríguez Tineo, esto pareciera ser parte de un lineamiento general de sobrecriminalización por parte del Estado Peruano, pues se prefiere los métodos de control "duros" por encima de los métodos sociales, lo cual a la larga solo contribuye a aumentar la población penitenciaria que ya poseen las cárceles del país y que ha producido un hacinamiento que multiplica las

1 Fiscal Adjunta Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de José Leonardo Ortiz. Abogada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Estudios concluidos de Maestría en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
2 SANCHEZ GALINDO, Antonio. "La Judicialización de la Administración de Prisiones"

sistemáticas violaciones que se producen a los Derechos Fundamentales de los internos a diario. Este fenómeno, que BERGALLI ROBERTO llama INFLACIÓN PUNITIVA[3], se ha visto favorecida por distintos factores que varían de país en país. En España, por ejemplo, la causante ha sido la crisis del Estado de Bienestar y la llamada "emergencia del terrorismo" (cosa que tal vez suene similar por aquí) y que es capaz de hacer pasar al Estado de Derecho a una situación de "excepcionalidad penal" donde se "justifica" la limitación de derechos.

La situación se vuelve aún mucho más alarmante con la promulgación del Código de Ejecución Penal (D.L. N° 654) en 1991 que suprimió la figura del Juez de Ejecución Penal, quien era el encargado de "controlar y vigilar" que la aplicación de las penas privativas de libertad en los establecimientos penitenciarios se diera conforme a lo dictado en las sentencias judiciales y velar por el respeto a los derechos fundamentales del interno. Se podría decir que desde su promulgación los internos se encuentran abandonados a merced de la potestad administrativa penitenciaria, y desprovistos de las garantías constitucionales.

¿Por qué la privación de la libertad es nuestra medida predilecta a pesar de todas las consecuencias terribles que acarrea, tanto físicas como sociales? Estos problemas, que atienden al campo de la Política Criminal y la Criminología, parecen no tener en cuenta que la pena de Prisión posee "como una de sus características más definitorias la fuerza expansiva de sus efectos represivos"[4] como lo define BORJA MAPELLI CAFFARENA. En efecto, cuando una persona ingresa a un Establecimiento Penitenciario en el Perú, ya sea por una orden definitiva o medida cautelar, no solo se le priva de su libertad personal, sino también se coacta una serie de derechos que no se relacionan con los fines resocializadores de la pena, como por ejemplo: del Derecho a la educación, a la imagen, del derecho al trabajo, del derecho a la salud, a la intimidad, a la integridad física, etc.

Pareciera que no se entiende la implicancia de la privación de la Libertad en una sociedad que se dice democrática. Tanto así que la mayoría de internos ni siquiera se encuentran sentenciados. A los miembros de la sociedad se les puede privar de su libertad sin más, a pesar de que dicha libertad es el derecho fundamental en un Estado Constitucional de Derecho. El contenido y los límites de la pena privativa de libertad resultan ser el núcleo de las garantías del Estado moderno. Por tanto, las tesis modernas sobre la Ejecución Penal, los fines de la pena y del Sistema Penal deben tener su correlato en el contenido y los límites de la Privación de la Libertad. Si un condenado es privado de todos sus derechos al ser encerrado tras una sentencia que le impone una pena privativa de libertad (y para el caso peruano, no es ni

3 BERGALLI ROBERTO "Cárcel y Derechos Humanos"; Universitat de Barcelona Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica; Julio 1993 Año 5, N° 7.
4BORJA MAPELLI CAFFARENA. "Contenido y Límites de la Privación de Libertad"; EGUZKILORE; Número Extraordinario 12. San Sebastián Diciembre 1998; p. 88.

siquiera necesario estar sentenciado), entonces esta pena debiera estar considerada entre una de las más letales de todo el sistema penal, en preocupante relación inversamente proporcional con su difusión y aplicación masivas, y el condenado debería ser considerado, en coherencia con esta masificación de la pena, como un ser inferior a un ser humano, y ni siquiera un ser humano.

2. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: LA PENA Y LA LIBERTAD.

Para atender el tema del contenido de la pena, es necesario atender también el tema de la libertad misma. Para ello tomaremos las siguientes anotaciones de BORJA MAPELLI CAFFARENA, quien dice lo siguiente:

"En términos más precisos la libertad personal ha sido descrita por SÁNCHEZ AGESTA con tres contenidos distintos. Por una parte, la **independencia** que permite construir una esfera personal privada protegida frente a terceros, por otra, **capacidad de realizar las decisiones** personales y, finalmente, **poder elegir entre el hacer y el no hacer**. También BOBBIO destaca los aspectos negativo y positivo de la libertad. Los primeros de ellos hacen referencia a la posibilidad de actuar sin ser perturbado por los demás, los segundos, los positivos, presentan la dimensión interna de la libertad verificando que los comportamientos están motivados por una decisión libre del propio sujeto que actúa"[5].

La pena privativa de libertad en sí debería llamarse "pena restrictiva de la libertad", pues no existe pena alguna aplicable (a la luz de nuestra sociedad democrática) que pueda privar totalmente de la libertad al ser humano (o al menos de todos estos aspectos arriba mencionados).

¿En qué se justifica entonces esta inclinación del Estado peruano por la pena privativa de libertad? (Si cabe la palabra "pena", en sentido estricto). Muchos intentan justificarlo basados en la aparente existencia de un "conflicto entre los derechos del condenado como persona y la necesidad de limitarlo debido al **interés superior** de ejecutar la pena de acuerdo con el fallo condenatorio"[6] (Las negritas y el subrayado es nuestro).

Al respecto, habría que señalar que existen tres grupos de derechos que quedan bajo la responsabilidad de la Administración Penitenciaria: a) Derechos necesariamente afectados; b) Los Derechos eventualmente afectados; y c) Los Derechos que en ningún caso pueden ser afectados. Sin embargo, en nuestro país, como en muchos otros, "Las restricciones de libertad terminan afectando a derechos que nada tienen que ver con ella"[7]

5 BORJA MAPELLI CAFFARENA. "Contenido y Límites de la Privación de Libertad"; EGUZKILORE; Número Extraordinario 12. San Sebastián Diciembre 1998; P. 92
6 BORJA MAPELLI CAFFARENA. "Contenido y Límites de la Privación de Libertad"; EGUZKILORE; Número Extraordinario 12. San Sebastián Diciembre 1998; P. 89
7 BORJA MAPELLI CAFFARENA. "Contenido y Límites de la Privación de Libertad"; EGUZKILORE; Número Extraordinario 12. San Sebastián Diciembre 1998; P. 90

Para nosotros, siguiendo a BORJA MAPELLI CAFFARENA, sencillamente no es admisible la limitación de derechos fundamentales bajo el argumento de "cumplir lo sentenciado", y esto por tres motivos:

a) Los derechos fundamentales también poseen una fuerza expansiva que limita el alcance de las normas limitadoras de libertad;

b) No se puede considerar al reo como un sujeto inestable *perse*; y

c) La intervención ha de ser idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido.

También parece ser que no existe un punto medio entre la "seguridad" y los derechos inalienables de los reclusos. Aunque cabría preguntarse si se trata de la seguridad de los funcionarios administrativos y agentes del orden que resguardan las penitenciarías, la seguridad de los reclusos o de la seguridad de la sociedad civil en su conjunto, en cuyo caso no podríamos sino advertir que tal objetivo no ha hecho más que fallar.

El problema es profundo y toca varios aspectos que no podremos examinar como merecen. Pero si nos guiamos solo de la "lectura apegada a la letra de las leyes penitenciarias que casi generalmente se hace, [surgirá] -como no podía ser de otra manera- una legitimación de las formas de intervención ejecutivo-penal que, propias a un período en que la filosofía penitenciaria estaba permeada por la idea-guía de control total sobre los individuos, se han perpetuado de un modo obsesivo y asimismo aislados del cambio social exterior a los muros de la cárcel"[8]. (Los subrayados son nuestros)

En nuestro país, estas prácticas "legalistas" y poco atentas de la realidad penitenciaria no han hecho más que convertir a las cárceles [en aquellas] "micro-republicas del dolor humano", señaladas anteriormente, en donde se sacrifican los derechos humanos en nombre (en pretexto) de la seguridad[9] (Nuevamente nos preguntamos, ¿A la seguridad de quien nos referimos? ¿A la seguridad de la sociedad, a la de los funcionarios penitenciarios, o tal vez la seguridad de los reclusos mismos?).

Y esto es una consecuencia de, entre otras cosas, la nula claridad que se tiene sobre los fines, el contenido y los límites que debe tener la Pena Privativa de Libertad en una sociedad democrática. Debido a esto, el Poder Judicial prácticamente entrega el contenido de la pena a las autoridades administrativas penitenciarias como si se tratase de "un cheque en blanco", llegando así a desnaturalizar los fines de la pena, del Derecho Penal y de todo el Ordenamiento

8 BERGALLI ROBERTO. "Cárcel y Derechos Humanos" P. 1/10
9 SANCHEZ GALINDO, Antonio. "La Judicialización de la Administración de Prisiones"

Jurídico. En palabras de SANCHEZ GALINDO, se está "…conculcando la garantía de la ejecución… [y]… poniendo entredicho la seguridad jurídica…"[10]

Sin importar el proceso "humanizante" y el proceso "constitucionalizante" que vive el derecho y la sociedad, "la cárcel real [se ha encargado de ir] desmentido el reformismo humanizador que a lo largo de dos siglos y, sobre todo en el presente, ha ido plasmando un discurso legal-penitenciario…"[11] Cosa paradójica, pues "…fue nada menos que el **Iluminismo penal** el sistema de pensamiento que puso al descubierto los vicios mismos del **secuestro institucional**…"[12] (Las negritas son nuestras). "Secuestro Institucional", así es como se refería BERGALLI ROBERTO a la pena de privación de la libertad en las cárceles. Parece ser que el proceso democratizador en Latinoamérica, está siendo "abortado" (en el caso peruano, desde 1991) por lo que SANCHEZ GALINDO ANTONIO llamaba "el poder absolutista del presidencialismo"[13] [o del Ejecutivo].

Sabemos, de forma simple a primera vista, que, como señala MORILLAS CUEVA, la pena constituye un medio para la obtención de fines útiles, siendo el fin vertebral **evitar** la comisión de delitos o faltas, protegiendo, de esta forma, a la sociedad civil en su conjunto[14]. Y tampoco hay que olvidar lo que señala PETTIT al respecto: "La utilidad preventiva de la sanción penal no debe desgajarse de las exigencias del principio de protección de las víctimas" (…) "…el derecho penal sirve… para defender a las víctimas"[15]

HANS HEINRICH JESCHECK señala lo siguiente:

> "Todas las medidas, por lo tanto, tratan de evitar, de forma específica, la recidiva; tratan de garantizar, en definitiva, que el sometido a la medida no cree nuevas víctimas"[16]

Sin embargo, seguimos la línea de BERGALLI ROBERTO, y creemos que la forma de la ejecución de las Penas Privativas de Libertad, en esta y otras sociedades, contradice la Forma-Estado democrática que se pregona[17]

3. LA RELACIÓN PENITENCIARIA Y LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL INTERNO: ¿JUSTIFICACIÓN DE LA INDEFENSIÓN DE LOS RECLUSOS?

10 SANCHEZ GALINDO, Antonio. "La Judicialización de la Administración de Prisiones" P. 409
11 BERGALLI ROBERTO. "Cárcel y Derechos Humanos" P. 2/10
12 BERGALLI ROBERTO. "Cárcel y Derechos Humanos" P. 2/10
13 SANCHEZ GALINDO, Antonio. "La Judicialización de la Administración de Prisiones" P. 398
14 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. "El Juez en la Ejecución de las Penas Privativas de Libertad" P. 11:1
15 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. "El Juez en la Ejecución de las Penas Privativas de Libertad" P. 11:2
16 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. "El Juez en la Ejecución de las Penas Privativas de Libertad" P. 11:4
17 BERGALLI ROBERTO. "Cárcel y Derechos Humanos" P. 3/10

Si queremos salvaguardar estas libertades básicas en una sociedad Democrática de Derecho habrá que alejarnos de La Teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción y comenzar a buscar la explicación de las limitaciones de los derechos de los reclusos en otros lados como, por ejemplo, en la **naturaleza de la institución que es la prisión**. Al respecto SPIEGEL señala que la aplicación de la pena de muerte y las mutilaciones y brutalidades que se aplicaban a los reos en los establecimientos penitenciarios en el pasado "deviene de la falta de organización y administración penitenciaria, necesarias para el nacimiento de otras penas más humanitarias"[18], postura que decimos desde ya no compartimos, pues creemos que, al finalizar esta investigación, nos toparemos con que las limitaciones arbitrarias a los derechos de los reclusos y en general toda la política que se ha aplicado contra ellos posee sus propias bases filosóficas y fueron (y hasta siguen siendo) defendidas y justificadas.

Para ejemplificar ello, hablaremos de la susodicha Teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción. Al respecto, BORJA MAPELLI CAFFARENA nos señala lo siguiente:

> "Cuando se elaboró por JELLINEK la referida teoría fue para buscar un fundamento conceptual que justificara por qué ciertos sectores de la sociedad afectados por estas relaciones estaban ajenos al control legal y judicial y sometidos tan sólo a un ámbito estrictamente doméstico con la administración"[19]

Sin embargo, una relación de orden administrativo jamás podría tolerar sanciones como las del tipo de "Aislamiento", que se dan en las cárceles.

El argumento central en torno a la constitucionalidad de las sanciones de aislamiento arranca de la idea del *status libertatis*". Pero la categoría de *status* "es rígido y propio de organizaciones de carácter vertical. El *status* es eminentemente diferenciador y favorece la segregación social en función al *status* que se ocupa"[20] En el Estado democrático moderno de Derecho ya no nos referimos a un *status* sino a la Libertad misma como *Valor*. El Aislamiento no se trata de una simple sanción administrativa (baste con pensar la reacción que habría al plantear que se aplicase una sanción de esta magnitud en cualquier otro ente administrativo). Mucho menos se trata de la pérdida o modificación del *status libertatis*, categoría que responde a otra época.

La pérdida (en ocasiones argumentada como una simple variación) del *status libertatis,* solo aspira a mantener encerrado por el tiempo judicialmente ordenado al recluso, encontrándose así ligada a la concepción absolutista o retribucionista de la ejecución de la pena.

---

18 CANO MATA, Antonio. "DERECHO ADMINISTRATIVO PENITENCIARIO: PROTECCIÓN AL RECLUSO" P. 32
19 BORJA MAPELLI CAFFARENA. "Contenido y Límites de la Privación de Libertad" P. 96
20 BORJA MAPELLI CAFFARENA. "Contenido y Límites de la Privación de Libertad" P. 98

Creemos que sí que existe una relación entre el reo y las autoridades administrativas, pero la entrada del reo en la prisión no le hace perder su condición de persona humana. Este conserva derechos y obligaciones. Por lo tanto, existe aquí una relación jurídica (sí, especial) "dentro de la cual —dice FREUDENTHAL— deben ser impuestas al condenado tan sólo aquellas limitaciones que correspondan a la pena fijada por el tribunal sentenciador"[21]. Sobre la naturaleza de esta relación TERMAIER señala que se trata de una relación entre el Estado y el reo, mientras que BROCKMANN la define entre el reo y la comunidad.

Lo cierto es que, como cualquier otra relación, esta conlleva derechos y obligaciones y por lo tanto NECESITA SER VIGILADA, y, lamentablemente, "Ni la Administración, ni alguno de los órganos de ésta… son poderes adecuados para llevar a efecto la vigilancia, tanto por ser ella la que realiza la actividad, como por la nota de subordinación o dependencia, derivada del principio de jerarquía administrativa (sic!)"… es "necesario que los órganos que cumplan con la misión de proteger la relación jurídica sean independientes, y esta independencia sólo puede encontrarse en una adecuada intervención judicial"[22] (negritas y subrayados nuestros)

BORJA MAPELLI CAFFARENA señala lo siguiente al hablar sobre el aislamiento:

> "…el aislamiento equivale a un auténtico estado de excepción individual que altera radicalmente el régimen ordinario de ejecución y que nada tiene que ver con él."[23]

Además dice:

> "…cuando se decide aislar en una celda a un interno se le está privando de libertad, en la medida que se interpone un obstáculo excepcional a la libertad de movimiento no previsto en los contenidos de la pena impuesta."[24]

Tampoco es una cuestión de cuantos días se mantiene en aislamiento al recluso.

De hecho, la "sanción" de aislamiento es tan severa que es difícil catalogarla como una simple sanción. Más bien pertenecería al orden de lo penal y su imposición correspondería a un órgano judicial, desbaratando así el argumento de la División de Poderes.

A un recluso se le podría poner en aislamiento el tiempo que la autoridad penitenciaria crea conveniente sin preocuparse por cuestiones jurídicas o morales. Porque simplemente no se le puede privar de libertad a un recluso que se encuentra como recluso justamente porque ya se le ha privado de su libertad.

---

21 CANO MATA, Antonio. "Derecho Administrativo Penitenciario: Protección al Recluso" P.41
22 CANO MATA, Antonio. "Derecho Administrativo Penitenciario: Protección al Recluso" P. 42
23 BORJA MAPELLI CAFFARENA. "Contenido y Límites de la Privación de Libertad" P. 101
24 BORJA MAPELLI CAFFARENA. "Contenido y Límites de la Privación de Libertad" P. 103

Así que "…es lógico que las sanciones más graves sean impuestas por un órgano objetivo e imparcial y éste no puede ser otro que el Juez de Vigilancia."[25]

Así que dichas sanciones no son compatibles con la teoría que las justifica. "Hoy la única relación especial de sujeción de la que con propiedad puede hablarse es la que vincula a la administración penitenciaria con la administración de justicia en la ejecución de una competencia…"[26]

4. LOS FINES DE LA EJECUCIÓN PENAL ¿CUÁLES SON?

La siguiente parte del problema se basa en que existe una indeterminación de conceptos de importancia gravitacional para la Ejecución Penal. Los objetivos últimos esta materia no son sino los objetivos últimos del Derecho Penal, en general. Los fines Reeducadores y Resocializadores de la pena. Pero, ¿Qué se entiende por Reeducación y Resocialización? La misma pregunta se hizo BERGALLI ROBERTO, y lamentablemente, incluso tomando su sentido al adecuar la doctrina al ánimo humanizador, definiendo dichos términos bajo el fin de "hacer que el penado pudiera llevar en el futuro una vida sin volver a cometer delitos"[27], este concepto es insostenible. Todas estas intenciones se chocan de golpe con la realidad material de la institución. Y ponen en posición dominante a la vieja Teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción, no como doctrina dominante, sino como hecho real y comprobado.

Incluso los medios empleados en el tratamiento de los reclusos y la capacitación del personal penitenciario se olvida de apostar por el ideal humanista resocializador, y se inclina más bien a la misma lógica disciplinaria del Estado, alejándose de cualquier intento de "resocialización" verdadera o protección mínima de su situación.

Estas técnicas (que incluye la política de "premios" que hacen pasar con la etiqueta de "Humanizador") solo buscan "meros reflejos" conductuales, meras respuestas al estilo del condicionamiento de Pavlov y se contenta con la "eficacia temporal" de "resultados inmediatos". Incluso reparando en los resultados que buscan, estos solo se podrían traducir como la obtención de un estado de fidelidad del recluso hacia la autoridad administrativa.[28]

M. SALT habla sobre la indeterminación del concepto de Resocialización de forma muy tajante. Dice lo siguiente:

> "Sin perjuicio de la insistencia de los textos normativos de nuestro entorno cultural en establecer la resocialización, la reeducación o la inserción social como fin primordial

25 BORJA MAPELLI CAFFARENA. "Contenido y Límites de la Privación de Libertad" P. 104
26 BORJA MAPELLI CAFFARENA. "Contenido y Límites de la Privación de Libertad" P. 97
27 BERGALLI ROBERTO. "Cárcel y Derechos Humanos" P. 3/10
28 Cfr. BERGALLI ROBERTO. "Cárcel y Derechos Humanos"

de la ejecución de las penas de encierro, lo cierto es que nunca existió claridad ni acuerdo acerca del significado concreto de los términos utilizados para expresar este principio resocializador y mucho menos, sobre las consecuencias dogmáticas que debiera tener en el régimen penitenciario"[29]

También pone en duda el significado lógico mismo de la palabra "Resocialización", al señalar:

> "El concepto de resocialización importa admitir que el condenado estuvo socializado, que se lo reubicara en su medio de vida (que es lo que lo llevó a delinquir) y que el delito es producto de un individuo defectuoso. Y con la finalidad de que el condenado tenga la "voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con su trabajo, y crear… aptitud para ello" (Reglas mínimas de la ONU) se lo confina en sombrías prisiones, se los somete a las más arbitrarias relaciones de dominación y a tratamientos carentes de legitimación."[30]

El discurso resocializador no es realmente algo que tenga sostén en la realidad, y su indeterminación sobre aumenta la inseguridad jurídica y transformar los fines de la pena en instrumentos de sumisión. El preso no se resocializa (en un sentido superador) sino que solo se vuelve "decente". Su uso solo ayuda a legitimar un sistema en crisis.

La progresividad y el sistema progresivo quedan así reducidos a "una simple modalidad de ejecución de la pena privativa de la libertad"[31]

Creemos que este aspecto no es de relativa importancia, sino de gran envergadura pues, como señala SANCHEZ GALINDO ANTONIO la figura del Juez de Ejecución ha fallado en muchos países debido a errores como lo son el que no se capacitara adecuadamente al personal ni se dotara a los jueces de los medios idóneos, sino de medios precarios, de que tampoco se cuente con suficientes "defensores", y este esparcida una falta de cultura jurídica y falta de empatía para con los reclusos, y (finalmente) "…la indefinición de términos como resocialización y reeducación"[32] que no hacen más fáciles las tareas de los operadores del Derecho.

Creemos que podríamos recoger el Paradigma Re-creador del que habla SUBIJANA ZUNZUNEGUI IGNACIO JOSÉ en tanto continuamos repensando el concepto de Resocialización. Este Paradigma "es la fusión entre las funciones *preservadoras* (tutelar a las víctimas a través del diseño de contextos jurídicos de contención de los riesgos derivados del comportamiento del victimario) y *creadoras* (reconstrucción de la realidad vital trocada por

29 PABLO ANTONINI. "Sistema Progresivo" P. 5
30 PABLO ANTONINI. "Sistema Progresivo" P. 11
31 PABLO ANTONINI. "Sistema Progresivo" P. 5
32 SANCHEZ GALINDO, Antonio. "La Judicialización de la Administración de Prisiones" P. 405

el delito)[33]

Con este paradigma no se intenta que el victimario sufra en la misma medida que la víctima, ni regresar la situación a un estado anterior al hecho delictivo, pues tal acción es imposible, sencillamente no se puede borrar la significación del hecho delictivo, ni para las víctimas ni para el victimario. Lo que se busca es "construir otra realidad", distinta a la precedente. Que les permita a las víctimas y victimarios perdonarse mutuamente, y desear que ni uno ni el otro hayan pasado por lo que pasaron[34]. Para ahondar sobre el tema, se podría consultar a los maestros SUCASAS y MATE.

Según SUBIJANA existen tres objetivos que se buscan cumplir al aplicar la pena, los cuales serían los siguientes:

a) Ratificar la vigencia del sistema penal (*el paradigma de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho)*;

b) proteger a las víctimas y evitar más víctimas (*paradigma de protección de las víctimas*);

c) reinsertar al penado en la sociedad. (*Paradigma de reintegración comunitaria del victimario*).

La implementación de la figura del Juez de Ejecución Penal, el primer paso en la Judicialización de la Pena, vendrá de la mano con "la implementación, en la etapa de ejecución de la pena privativa de la libertad, de un sistema progresivo concebido como sistema tendiente a mitigar los efectos del encierro, (y no asignándole funciones resocializadoras), basado en criterios objetivos"[35]

5. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA PENA DE CÁRCEL

Conociendo el poder que posee la administración, es normal que "de lo anterior se dé… un principio de afección mínima derivado también del principio de mínima intervención del sistema penal, según el cual las situaciones de libertad… deben ser favorecidas y potenciadas y… las restricciones tienen que venir siempre exigidas por las necesidades de cumplimiento de la pena. No caben cláusulas generales, ni presunciones ni tampoco ceder a las conveniencias de la administración penitenciaria…"[36]

33 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. "El Juez en la Ejecución de las Penas Privativas de Libertad" P. 11:3
34 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. "El Juez en la Ejecución de las Penas Privativas de Libertad" P. 11:3-11:4
35 PABLO ANTONINI. "Sistema Progresivo" P. 13
36 BORJA MAPELLI CAFFARENA. "Contenido y Límites de la Privación de Libertad" P. 99

De opinión similar es SUBIJANA ZUNZUNEGUI quien señala lo siguiente: "Circunscribiéndonos a la pena de prisión, toda la materia referida a su ejecución se encuentra presidida por un principio vertebral: el **principio de subsidiariedad de la pena** que conlleve una privación de libertad"[37] (Las negritas son nuestras)

> "…para aquellos supuestos en que la pena de prisión es absolutamente necesaria, debe **partirse de la existencia de unos verdaderos establecimientos carcelarios**, que ninguna analogía pueden tener con lo que suele ser una prisión, dentro de la cual, **el respeto a la persona del reo, perfectamente conciliable con los principios de trabajo y disciplina, tendrá que ser tan programático como real**, y deberá ir acompañado de una clasificación escrupulosa de los reclusos, una mejora de la arquitectura penitenciaria una mitigación del problema sexual de las prisiones (permisos de salida, visitas, ejercicio..., etc.) y de todos aquellos medios necesarios para que la pena **cumpla su misión reeducadora, a través de una verdadera individualización que debe empezar siendo legal**, porque la Ley puede reconocer—como dice ANTÓN—clases de delincuentes y especies de penas; continuará siendo judicial, con adecuada y suficiente fijación de los límites máximos y mínimos de arbitrio judicial, y concluirá en fase penitenciaria, **con una reglamentación, lo suficientemente flexible para hacer posible la discrecionalidad administrativa, que quedará salvaguardada por un órgano judicial [de nuevo la idea del juez de ejecución de penas]**, que vigile la actividad administrativa y la cierre con decisiones, como la de dar por terminada la indeterminación de una pena, o modificar por otra una sanción paralela"[38] (las negritas y los subrayados son nuestros)

Sin embargo, somos más seguidores de las ideas de BERGALLI, quien señala que la verdadera tarea de aquellos que buscan salvaguardar los derechos fundamentales de los reclusos es la de buscar "alternativas a la prisión".

De la misma postura es IÑAKI RIVERA BEIRAS, cuando dice que: "un debate verdaderamente superador de la cárcel es aquel que se sitúa en la fase de creación, erradicando de la ley la posibilidad de seguir castigando con privación de la libertad"[39]

6. LA PROPUESTA: JUDICIALIZAR LA PENA A TRAVES DE LA FIGURA DEL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL

Hay una forma de combatir este "tsunami deshumanizador", que representa la institución de la cárcel, como lo llamaba SANCHEZ GALINDO. Esta postura ha sido planteada a

37 SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. "El Juez en la Ejecución de las Penas Privativas de Libertad" P. 11:9
38 CANO MATA, Antonio. "Derecho Administrativo Penitenciario: Protección al Recluso" P. 40-41
39 PABLO ANTONINI. "Sistema Progresivo" P. 14

través de la historia de la misma institución penitenciaria por DORADO MONTERO, luego por Concepción Arenal y Rafael Salillas. Nosotros compartimos esta posición, y por ello proponemos que hay que **"judicializar la ejecución penal"**, a través de **la recuperación de la figura del Juez de Ejecución Penal**, como primer paso, y teniendo como norte claro que "…la individualización judicial debe ser la fuente para la individualización ejecutiva…"[40].

De similar postura es CANO MATA, quien señala lo siguiente:

> "Para engarzar al Derecho Penitenciario con la Ciencia del Derecho Penal (tanto teórica como aplicada) "…lo único que hay que hacer, y creo que la sociedad lo necesita, es —como decía BERNALDO DE QUIRÓS —**enlazar la función represiva con la penitenciaria**, lo que se lograría, en nuestro Derecho, **con la creación**… **de un juez que dirija activamente la ejecución de las penas privativas de libertad. Surge así el denominado «juez de ejecución de penas»**, con el que se cerraría cumplidamente el ciclo penal"[41].

Aunque el autor de la cita se lamenta de que en España, su país, esta judicialización de la pena sea virtualmente imposible (al menos en aquella época). Su ordenamiento tiene claro que la materia Penitenciaria esta subsumida en el Derecho Administrativo. Y por ende, bajo el control del Ejecutivo, excluyéndose, a primera vista, cualquier posibilidad de practicar un control judicial sobre la pena. Como veremos más adelante, el caso peruano es distinto, en un sentido que favorece a la propuesta de la judicialización mediante la inclusión de la figura del Juez de Ejecución Penal.

Sin embargo, también compartimos la posición de RODOLFO PASTOR ARCE, y creemos que este proyecto de reforma en el Derecho Penal solo tendrá un impacto significativo si se presenta como parte de un Proyecto General en pro de una Reforma Penal, que debe venir de la mano con el propósito del retorno de la Democracia a Iberoamérica[42].

Los motivos para esta forma de proceder están claros, pero no pecaremos de ligereza al respecto. Existen al menos 4 motivos[43] para justificar la implementación de la figura del Juez de Ejecución Penal.

> 1) El justo reclamo del Poder Judicial acerca de que tiene el derecho y el deber de ejecutar las sentencias pronunciadas por él mismo (en ese sentido, nos referiremos al tema de la división de poderes más adelante);

40 SANCHEZ GALINDO, Antonio. "La Judicialización de la Administración de Prisiones" P. 401
41 CANO MATA, Antonio. "Derecho Administrativo Penitenciario: Protección al Recluso" P. 35
42 Cfr. PASTOR ARCE, Rodolfo. "El Juez de Control y Vigilancia Penitenciaria" P. 198
43 Cfr. SANCHEZ GALINDO, Antonio. "La Judicialización de la Administración de Prisiones" P. 400

2) Debemos buscar detener los abusos y arbitrariedades cometidas por las autoridades administrativas de la institución penitenciaria sobre los reos, que terminan por violar derechos fundamentales que nada tiene que ver con el contenido de la sentencia judicial;

3) Es necesario imponer y reafirmar el Principio de Legalidad, en su sentido humanizador;

4) Dar una verdadera garantía para la ejecución de la pena.

7. JUSTIFICACIÓN LEGAL: EL MARCO NOMARTIVO PERUANO

En lo que se respecta al Marco Normativo, pues resulta que SLIWOWSKI señala que "la participación judicial en el control de la ejecución es una simple consecuencia del principio de legalidad, cuyo contenido exige el control de los órganos administrativos, para garantizar que se cumplen las prescripciones y fines de la pena, establecidos por el legislador"[44]

Resulta que para la figura del Juez Ejecución Penal, llamado también Juez de Control y Vigilancia por PASTOR ARCE, sí encuentra respaldo en la legislación vigente. El Artículo 139° de la Constitución Política del Perú resalta "la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional". Además reconoce "el derecho de los reos de estar en establecimientos adecuados" y "el principio de que el Régimen Penitenciario tiene como fin la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado".

De forma similar, los artículos 46° y 82° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, otorgan al Consejo Ejecutivo (el cual es el Órgano de Gestión del PJ), así como a la Corte suprema, la facultad para crear juzgados que "sean necesarios" para volver más eficaz y rápida la prestación, ejecución y administración del servicio de justicia. En el proyecto de RODOLFO PASTOR ARCE, sobre la implementación de la figura del Juez de "Control y Vigilancia" (como lo llama él), establece que en dicha Ley Orgánica también cabría hacer algunas modificaciones[45], de las que, sin embargo, no tiene sentido hablar por ahora. Solo cabe señalar que, en su posición, se deberían realizar algunas modificaciones a los artículos 27° y 29° del Código de Ejecución Penal, sobre las Clases de Sanciones y los Requisitos de la Sanción de Aislamiento, además de agregar "algunos términos" a los artículos 43°, 50°, 55°, 59°-A y 121° del Código de Ejecución Penal, mayormente referidos a procedimientos sobre los beneficios penitenciarios. Además, propone que sea en el artículo X del Título Preliminar del mismo código en donde se agregue la figura del Juez de Control y Vigilancia.

44 CANO MATA, Antonio. "Derecho Administrativo Penitenciario: Protección al Recluso" P. 42
45 Cfr. PASTOR ARCE, Rodolfo. "El Juez de Control y Vigilancia Penitenciaria" P. 238-244

Además, con la recuperación de la figura del Juez de Ejecución Penal daríamos cumplimiento a lo normado en el Art. VI del Título Preliminar del Código Penal, el cual señala lo siguiente:

> *"**Artículo VI.- Principio de Garantía de Ejecución:** No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la ejecución de la pena será intervenida judicialmente".*

Y el fin de esta intervención judicial será garantizar el respeto a los derechos de los internos que no han sido recortados por la sentencia (o no pueden ser recortados por su naturaleza inalienable) y no tienen, por ende, porque verse afectados; así mismo, la intervención judicial tendrá como objetivo como evitar los abusos y arbitrariedades que pueda cometer la administración penitenciaria sobre la población reclusa.

Es así que el marco constitucional y legal del Perú es perfecto para la figura del juez de ejecución penal y no requiere más que unas cuantas modificaciones nimias y de, quizás lo más importante, una verdadera voluntad política y social para asumir tal reto.

8. SOBRE LA TEORÍA DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Algo que se argumenta frecuentemente en contra de la figura del Juez de Ejecución Penal es el desempeño y lugar que le correspondería ahora a la Teoría de la División de Poderes. En este apartado tomamos las palabras de RODOLFO PASTOR ARCE y declaramos que existe una "incongruencia" al delegar la ejecución de las penas (privativas de la Libertad) que estos (Poder Judicial) deciden a un órgano "dependiente" del Poder político (Poder Ejecutivo), siendo "la impartición de justicia" una "función exclusiva del Poder Judicial"[46].

Más aún si está demostrado que delegar la ejecución de la pena a otro órgano conlleva una reducción de los derechos de los internos mucho mayor y más severa que la que es obligada por la sentencia. Queda, sin embargo, una pregunta en el aire, que no podremos tratar con la profundidad que deseáramos. ¿Se trata entonces de reforzar y rescatar la idea de una verdadera División de Poderes, o se trata entonces de romper con esta idea, o bien con la interpretación que nos ofrecen e imponen nuestros legisladores y ejecutores de las penas privativas?

Tal vez no debamos abandonar la Teoría de la División de Poderes, sino solo "romper con los esquemas clásicos de división de las jurisdicciones, primero civil y penal, y, posteriormente, contencioso-administrativo."[47] Dichos modelos se han convertido en una auténtica prisión de otro tipo pero igual de problemática. Debemos reemplazar estos esquemas por "una jurisdicción más libre y versátil"[48] como plantea el ilustre BORJA MAPELLI.

46 PASTOR ARCE, Rodolfo. "El Juez de Control y Vigilancia Penitenciaria" P. 195
47 BORJA MAPELLI CAFFARENA. "Contenido y Límites de la Privación de Libertad" P. 104
48 BORJA MAPELLI CAFFARENA. "Contenido y Límites de la Privación de Libertad" P. 105

Si el solo hecho de considerar al condenado como una persona humana era ya de por sí una revolución, es hasta normal que despierte tantas objeciones el solo mencionar la posibilidad de reconocerlo ahora como titular de los mismos derechos fundamentales e inalienables que un hombre libre posee. Tales objeciones aparecen desde los niveles que contemplan a funcionarios del Estado hasta los que incluyen a la ciudadanía común. Hablar ahora de transformar esquemas resulta aún una utopía.

Cabría preguntarnos, como lo hace BERGALLI ROBERTO de la forma siguiente:

> ¿"…**en virtud de qué principio se legitima un cuadro de intervenciones destinado a obtener una mera adhesión de conducta por la vía de un sistema de "premios" a la fidelidad de la autoridad institucional o de quien la representa**"?[49]

9. LAS FUNCIONES DEL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL

Nuestra propuesta se haya justificada y es aplicable en consonancia al "espíritu" de la norma. Sin embargo, la oposición a esta figura, venida desde el exterior como del interior del aparato administrativo y judicial del Estado, radica en su aplicación concreta. Hablar de "aplicación concreta" es necesariamente hablar sobre las Funciones que el Juez de Ejecución Penal ha de cumplir. Si estas entran o no efectivamente en contradicción con otros órganos del Estado, dependerá de la naturaleza, alcance y límites que posean dichas funciones.

Es IÑAKI RIVERA[50] quien propone una serie de funciones a la labor del Juez de Ejecución Penal, que luego son recogidas por PASTOR ARCE, en su propuesta del Juez de Vigilancia y Control (haciendo hincapié desde la denominación en los alcances de las funciones del Juez que lleve a cabo el control judicial sobre la pena privativa de libertad.

Las funciones de un Juez de Ejecución Penal las podemos delimitar a "todo aquello que afecte el fallo condenatorio o a los derechos fundamentales de los internos"[51]

En concreto, la Propuesta sobre las Funciones que le compete al Juez de Ejecución Penal, para RODOLFO PASTOR ARCE (que son básicamente las mismas que señala IÑAKI RIVERA) comprende las siguientes:

- Hacer que las penas se cumplan dentro del marco del respeto de los derechos fundamentales de los internos.
- Conceder o denegar las solicitudes de libertad condicional o semi-libertad, o revocarlas.

49 BERGALLI ROBERTO. "Cárcel y Derechos Humanos" P. 8/10.
50 Citado por SANCHEZ GALINDO, Antonio. "La Judicialización de la Administración de Prisiones" P. 407.
51 PASTOR ARCE, Rodolfo. Citando a BORJA MAPELLI, en la página 227.

- Resolver apelaciones a las negatorias de los demás beneficios penitenciarios.
- Resolver en apelación las sanciones disciplinarias impuestas al reo por faltas graves.
- Aprobar las sanciones de aislamiento superior a 15 días.
- Resolver la apelación sobre la clasificación, progresión y regresión del tratamiento del reo.
- Aprobar las decisiones sobre traslado de internos.
- Resolver toda cuestión relacionada con modificaciones cuantitativas o cualitativas de la pena, medidas de seguridad y condiciones de detención.
- Visitar periódicamente los establecimientos penitenciarios para cautelar la ejecución de la pena y entrevistar a los reos cuando lo soliciten.
- Otros que contemple la ley.

Como vemos, dichas funciones comprenden básicamente labores de vigilancia y control sobre lo sentenciado en sede Judicial y que debe ser ejecutado y sobre los derechos de los internos. Creemos, sin embargo, que el poder decisorio sobre cuestiones como "la sanción de aislamiento" se encuentra demasiado reducidos en esta propuesta, además de que contempla que el Juez de Ejecución Penal realice visitas periódicamente a "los establecimientos penitenciarios para cautelar la ejecución de la pena y entrevistar a los reos cuando lo soliciten", cuando a nuestro parecer el Juez de Ejecución Penal debiera realizar sus labores al interior de la penitenciaria, como una forma de encontrarse en contacto directo y constante con la masa penitenciaria y atender rápidamente cualquier emergencia. Pudiera argumentarse en contra de esta propuesta que las cárceles no están acondicionadas ni se encuentran posibilitadas de albergar oficinas judiciales en su interior. Nuestra respuesta a este argumento sobre la infraestructura de los establecimientos es clara: Los titulares de la responsabilidad de acabar y transformar la penosa infraestructura carcelaria, que causa hacinamiento, insalubridad y conflictos, son, han sido y siguen siendo los mismos actores que se oponen a la reincorporación de la figura del Juez de Ejecución Penal y mantienen la terrible situación de indefensión y abandono.

Hay que señalar que dicha indefensión también halla su causa en "…la insuficiencia o ausencia de un verdadero derecho procesal penitenciario como para poder hacer valer todas las demandas (derechos) de los internos…"[52]

10. ¿CUÁL SERÍA EL PERFIL DEL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL?

No se puede contestar la pregunta anterior sin preguntarnos antes ¿Qué necesitaría un Juez de

52 BERGALLI ROBERTO. "Cárcel y Derechos Humanos" P. 8/10.

Ejecución Penal para llevar a cabo sus funciones?[53] Sobre ello, presentamos la siguiente lista de necesidades materiales que GALINDO atinadamente advierte.

1) La creación de un principio de legalidad que atienda al sustantivo y adjetivo penal;

2) La creación de espacios adecuados al interior de las penitenciarías para desenvolver las funciones del juez de ejecución;

3) Un Presupuesto suficiente;

4) La selección y capacitación de los funcionarios adecuados.

Decimos esto ya que la figura del Juez de Ejecución ha fallado en muchos otros países, lo cual refuerza la posición de los que abogan por la autonomía de la administración penitenciaria, pero dichas fallas se han debido a errores como los siguientes:

1) No se capacita adecuadamente al personal;

2) No se dota al juez de los medios idóneos, sino de medios precarios;

3) La carencia de defensores;

4) La indefinición de términos como resocialización y reeducación;

5) Falta de cultura jurídica y empatía con los reclusos[54].

En esencia, se puede decir que estas propuestas de reformas pueden fallar no por lo errado de su planteamiento, sino porque es posible sabotearlas desde el interior con la falta de voluntad política y, que se establece tanto en la falta de presupuesto como en la misma actitud de muchos magistrados, quienes no poseen "una auténtica y verdadera sensibilidad", que debieran tener los Jueces que cumplan esta vital función, en palabras de BERGALLI.

Por ello, ahora si podemos preguntarnos lo siguiente: ¿Qué perfil tendría el Juez de Ejecución Penal?

SANCHEZ GALINDO lo resume de la siguiente manera:

> "…principiaría en la posesión de su título de licenciado en derecho, seguiría con su vocación penitenciaria, continuaría con sus atributos físicos: edad, salud física y mental, personalidad, etcétera. Y concluiría con su capacitación previa a la asunción

53 SANCHEZ GALINDO, Antonio. "La Judicialización de la Administración de Prisiones" P. 403.

54 SANCHEZ GALINDO, Antonio. "La Judicialización de la Administración de Prisiones" P. 405.

del cargo”[55].

Por su lado, PASTOR ARCE resume las características que el Juez que desee ser instituido como Juez de Ejecución Penal debiera poseer.

- “…capacitación especial, destrezas inherentes al cargo, habilidades diferentes, vocación demostrada y conocimientos especializados”
- Contextura Emocional; Preparación Psicológica, riguroso pero comprensivo; Actuara en los mismos centros penitenciarios.
- No se puede limitar al conocimiento de temas jurídicos, sino que debe conocer de criminología, psicología, sociología y procedimientos administrativos.
- Debe tener una Vocación de Servicio superior a cualquier otra, para lidiar con problemas como el hacinamiento, la insalubridad, la peligrosidad de tratar con personas con problemas conductuales; sin embargo, es imposible, y de hecho es positivo, el sensibilizarse de la situación de los reos.

11. EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

En la actualidad, la mayor parte de legislaciones del mundo, se vienen adhiriendo a la tendencia de implementar órganos jurisdiccionales como forma de control de ejecución de la pena con resultados positivos. Es así que en lo que atañe a esta parte del continente, tenemos los siguientes ejemplos:

11.1. Argentina:

El sistema penal argentino establece en su Código Penal que las penas se dividen en reclusión, prisión, multa e inhabilitación. A nivel nacional, el control de la ejecución de la pena se realiza a través del Órgano denominado Dirección nacional del servicio penitenciario federal. La población penal nacional asciende a diciembre de 2010 a 59 227 personas privadas de su libertad, entre procesados y condenados.

La Carta Constitucional argentina desarrolla el Principio de Legalidad en los siguientes términos: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en la ley anterior al hecho del proceso”. A partir de este Principio, se derivan otros relacionados con la actividad penitenciaria, como aquel que prohíbe la condena sin ley previa,. Estricta y cierta; o la proscripción de la retroactividad de la ley penal más gravosa; o la aplicación de la analogía; o el Principio de reserva.

55 SANCHEZ GALINDO, Antonio. “La Judicialización de la Administración de Prisiones” P. 404.

El artículo 18° de la Constitución Nacional Argentina, en orden a los Principios contenidos en los Tratados e instrumentos internacionales de los cuales s signataria, ha establecido: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al Juez que la autorice".

Ahora, específicamente, en cuanto al órgano jurisdiccional, encargado de la ejecución de la condena, esta se desarrolla en el Código Procesal Penal de la Nación Argentina – Ley N° 23984 - , promulgado con fecha 04 de septiembre de 1991, en el Libro V – De la Ejecución, entre sus artículos 490° a 515° - en que que contiene la figura del Juez de ejecución y las competencias que le corresponden, pasando a transcribir solo aquellos relacionados con la competencia y atribuciones del órgano no jurisdiccional.

Artículo 490°: Competencia. Las resoluciones judiciales serán ejecutadas por el tribunal que las dictó o por el Juez de ejecución, según el caso, el que tendrá competencia para resolver todas las cuestiones o incidentes que se susciten durante la ejecución y harán las comunicaciones dispuestas por la Ley.

El Juez de ejecución tendrá competencia para:
1°) Controlar que se respeten todas las garantías constitucionales y tratados internacionales ratificados por la República Argentina, en el trato otorgado a los condenados, presos y personas sometidas a medidas de seguridad.
2°) Controlar el cumplimiento por parte del imputado de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión del procedimiento a prueba (artículo 293°).
3°) Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena dictadas por el Poder Judicial de la Nación.
4°) Resolver todos los incidentes que se susciten en dicho período.
6°) Colaborar en la reinserción social de los liberados condicionalmente.

De igual modo, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad – Ley N° 24660 – fecha de promulgación 08 de julio de 1996, establece con respecto al Juez de ejecución penal:

Artículo 3°. La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por

la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley.

Artículo 4°. Será de competencia judicial durante la ejecución de la pena:

a) Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado;
b) Autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria.

Artículo 10°. La conducción, desarrollo y supervisión de las actividades que conforman el régimen penitenciario serán de competencia y responsabilidad administrativa, en tanto no estén específicamente asignadas a la autoridad judicial.

11.2. Bolivia

El sistema penal boliviano contiene dentro de su catálogo de sanciones penales, tanto la la penal como a las medidas de seguridad con fines de enmienda y readaptación social del delincuente. la nueva carta constitucional boliviana de 2009 contiene en su capítulo V, sección IX, artículos 73° y 74° - derechos de las personas privadas de su libertad – ,estableciendo entre otros derechos, los de trato digno, derecho a la comunicación con su abogado, interprete y familiares; la reinserción social como responsabilidad del estado, condiciones adecuadas de reclusión, entre otros.
La población penal nacional ascendía, a diciembre de 2011, a 11 516 personas privadas de su libertad.

Mediante la Ley N° 2298, de fecha 20 de diciembre de 2001 – ley de ejecución penal y supervisión –, establece en su capítulo II el control jurisdiccional, desarrollando en sus artículos 18° y 19° los alcances del control jurisdiccional y las competencias del Juez de ejecución penal, bajo los siguientes términos:

Artículo 18° (Control Jurisdiccional). El Juez de ejecución penal y en su caso el Juez de la causa, garantizarán a través de un permanente control jurisdiccional, la observancia estricta delos derechos y garantías que consagran el orden constitucional, los tratados y los convenios internacionales y las leyes, a favor de toda persona privada d3e su libertad.

Artículo 19° (competencias del Juez de ejecución penal). El Juez de ejecución penal es competente para conocer y controlar:

1) La ejecución de las sentencias condenatorias ejecutoriadas que impongan penas o medidas de seguridad y los incidentes que se produzcan durante su ejecución.
2) La concesión y revocación de la libertad condicional,. Así como elc cumplimiento de las condiciones impuestas.
3) El cumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión condicional del proceso y de la pena.
4) El trato otorgado al detenido preventivo, de conformidad a los dispuesto por el Código de Procedimiento penal, Ley 1970.
5) El cumplimiento de las medidas sustitutivas a la detención preventiva.
6) El cumplimiento de la condena en establecimientos especiales, cuando corresponda.
7) Otras atribuciones establecidas por ley.

11.3. Brasil

En el caso de Brasil, es de recordar que según se ha documentado,y conforme a la mayoría de los estudiosos, este ha sido el primer país en el que se implementó la figura del Juez de ejecución que data de 1922, y siguiendo su propia tradición, cuenta en la actualidad con el mismo sistema de control judicial de la ejecución de la pena.

El órgano encargado del sistema penitenciario brasilero correo a cargo del Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN) dependiente del Ministerio de Justicia. Brasil cuenta con la cuarta población penal más alta del mundo con 513 802 personas privadas de la libertad, a junio de 2011.

La República Federativa del Brasil regula la actividad penitenciaria mediante la Ley de Ejecución Penal N° 7.210/1984 del 11 de julio de 1984, la cual cuenta con doscientos cuatro artículos. Adicionalmente, a la Ley acotada, la ejecución de la pena también se regula por las disposiciones del Código Procesal Penal.

Entre sus principales disposiciones, tenemos el artículo 1° en el que se establece que el objetivo de la ejecución penal es efectivizar las disposiciones contenidas en la sentencia, así como proporcionar las condiciones para una armónica integración social del condenado y del interno. Fija de manera expresa, en el artículo 61° como uno de los órganos de la Ejecución de la pena al Juez de Ejecución.

Respecto a las atribuciones del Juez de Ejecución, según el artículo 66° de la mencionada ley, se aprecia que este podrá aplicar a los casos juzgados, una ley posterior cuando esta de alguna

manera favorezca al condenado; asimismo puede declarar extinguida la punibilidad; podrá decidir sobre la suma o unificación de penas, sobre la progresión o regresión, suspensión condicional de la pena, libramiento condicional. Salidas temporales; podrá determinar sobre la forma de cumplimiento de la pena restrictiva de derechos, sobre la conversión de la pena restrictiva de derechos y de multa, sobre la aplicación y revocatoria de la medida de seguridad; entre otras facultades.

11.4. Colombia

El sistema penitenciario y carcelario colombiano está integrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), por los Centros de Reclusión y por la Escuela Penitenciaria Nacional. La pena cumple funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

Se establece una suerte de trabajo coordinado entre el Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad y las autoridades penitenciarias respecto a la ejecución de penas y medias de seguridad. La población penal a nivel nacional, a diciembre de 2010, asciende a 84 444 personas privadas desde su libertad.

La actividad penitenciaria y el control de la ejecución de la pena en el sistema colombiano se regula por el Código Penitenciario y Carcelario – Ley N° 65 – de fecha 19 de agosto de 1993. Esta normatividad ha distribuido claramente las competencias que le atañen tanto al Instituto Nacional Penitenciario y carcelario, como órgano dependiente del Ministerio del Interior y de Justicia, como al Juez de ejecución de Penas y Medidas de seguridad. Para el caso del órgano jurisdiccional en su función de control de la ejecución, el artículo 51° ha establecido que las siguientes son sus atribuciones:

Artículo 51°. El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad
El Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad garantizará la legalidad en la ejecución de la sanción penal y, en ejercicio de su facultad de ejecución de las sentencias proferidas por los jueces penales, conoce:

1. Del cumplimiento de las normas contenidas en este Código y en especial de sus principios rectores,.
2. De todo lo relacionado con la libertad del condenado que debe otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja de penas, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza o extinción de la condena.

3. De la verificación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena o la medida de seguridad.
4. De la acumulación jurídica de penas en concurso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona.
5. De la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior, hubiese lugar a reducción o extinción de la pena.
6. Del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma discriminadora haya sido declarada inexequible o haya perdido su vigencia.
7. Del aporte de pruebas para el esclarecimiento de los hechos punibles en los centro de reclusión, a fin de que sean investigados por las autoridades.

11.5. Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela contiene en su artículo 272°, los Principios que regulan la política penitenciaria del país, la cual se sustenta en la rehabilitación para la reinserción social.

El Ministerio del poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia es el órgano competente para la planificación, regulación, formulación y seguimiento de estrategias en materia de política interior. La Dirección general de rehabilitación y custodia, adscrita al Vice ministerio de Seguridad ciudadana del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, es la instancia encargada de la administración del sistema penitenciario y la reinserción social del recluso.

Cuenta con una población penal, a octubre de 2010, de 43 461 personas privadas de su libertad.

Es de alcance constitucional el objeto de la pena, al establecer que la reinserción social del penado constituye el objetivo fundamental del período de cumplimiento de la pena, etapa durante la cual deben respetarse todos los derechos inherentes a la persona humana.

El sistema venezolano regula la ejecución de la pena en su Código Orgánico Procesal Penal de fecha 20 de enero de 1998 en los siguientes términos:

Artículo 472°. Competencia. Al tribunal de ejecución le corresponde la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia firme. En consecuencia, conoce desde:

1. Todo lo concerniente a la libertad del penado, las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, redención de la pena por el trabajo y el estudio, conversión, conmutación y extinción de la pena;

2. La acumulación de las penas en caso de varias sentencias condenatorias dictadas en procesos distintos contra la misma persona;
3. El cumplimiento adecuado del régimen penitenciario. A tales fines, entre otras medidas, dispondrá las inspecciones de establecimientos penitenciarios que sean necesaria, y podrá hacer comparecer ante sí ama los penados con fines de vigilancia y control.

En las visitas que realice el Juez de ejecución podrá estar acompañado por fiscales del Ministerio Público. Cuando el Juez realice las visitas a los establecimientos penitenciarios, dictará los pronunciamientos que juzgue convenientes parta prevenir o corregir las irregularidades que observe exhortará, y de ser necesario, ordenará, a la autoridad competente que las subsane de inmediato y le rinda cuenta dentro del lapso que se le fije.

Artículo 486°. Control. El tribunal de ejecución velará por el régimen adecuado de los internados judiciales y de los centros de cumplimiento de pena. En el ejercicio de tal atribución, inspeccionará periódicamente los centros antes mencionados y podrá hacer comparecer ante sí a los internos con fines de vigilancia y control.

11.6. Chile

En el caso chileno, la ejecución y control de la ejecución de la pena corre a cargo de la Gendarmería de Chile, organismo dependiente del Ministerio de Justicia, y que tiene como misión garantizar el cumplimiento de la detención preventiva y las penas medidas de seguridad dictadas por el órgano jurisdiccional. El Código Procesal Penal – Ley 19696 de entrada progresiva en el territorio chileno – sólo establece en su artículo 466° las personas que intervendrán en la fase de ejecución se las sentencias condenatorias y medidas de seguridad.

Y finalmente en lo que se refiere a la obtención de la libertad anticipada para los condenados, se cuenta con la Ley de Libertad condicional y su Reglamento que señalan que la concesión corresponde a una Comisión especial de Libertad condicional integrada por funcionarios penitenciarios y dos Jueces de garantías. La población penal chilena a diciembre de 2011 alcanza las 51 425 personas privadas de libertad.

11.7. Ecuador

También es otro de los pocos países conjuntamente con Chile y Perú en esta parte del continente que no ha optado por el control judicial de la ejecución de la pena sino ha preferido, contra la corriente mayoritaria,, apostar por que sea un órgano administrativo en el encargado de tal función. Su población penal, a julio de 2010, asciende a 11 800 personas.

En el caso ecuatoriano, la actividad penitenciaria se encuentra regulada por el Código de Ejecución de Penas y rehabilitación social -Ley N° 95 de fecha 0.9 de julio de 1982 – y el Reglamento de ejecución de Penas, en cuyo artículo 38° determina, de manera por demás expresa, la exclusión del fuero jurisdiccional en la fase de ejecución de la condena.

Artículo 38°. Los condenados al cumplimiento de una pena con sentencia firme, dejan de pertenecer al fueron jurisdiccional y pasan, para los efectos del cumplimiento de la misma, a la ejecución del Sistema Penitenciario que consagra este Código.

Ahora bien, conforme se puede apreciar del recuento que se ha pr3esentado de todas las legislaciones de esta parte del continente en materia de ejecución de la condena, sólo Chile, Ecuador y el Perú son los únicos que aún no han optado por judicializar la ejecución de la pena; sin embargo, tanto Chile como Ecuador vienen promoviendo, mediante estudios, encuentros académicos y proyectos de ley con la posibilidad de adherirse a la corriente mayoritaria que apuesta por la judicialización de la pena.

Siguiendo el recuento de algunos países que cuentan con este sistema de ejecución, encontramos:

11.8. Costa Rica

El órgano rector del sistema penitenciario costarricense es la Dirección General de adaptación social creado mediante la Ley N° 4762, la cual fija como principal función de dicha dirección, la custodia y el tratamiento de los procesados y sentenciados. Si bien no cuentan con un Código de la especialidad, sin embargo, el Código Procesal Penal – Ley N° 7594 de fecha 10 de diciembre de1996 – regula lo que es competencia del órgano jurisdiccional en la etapa ejecutiva de la sentencia, el los siguientes términos:

Artículo 453°. Competencia. Las resoluciones judiciales serán ejecutadas, salvo disposición en contrario, por el tribunal que las dictó en primera o en única instancia.

El tribunal de sentencia será competente para realizar la primera fijación de la pena o las medidas de seguridad, así como de las condiciones de su cumplimiento. Lo relativo a las sucesivas fijaciones, extinción, sustitución o modificación de aquellas será competencia del tribunal de ejecución de la pena.

Artículo 458°. Atribuciones de los jueces de ejecución de la pena. Los Jueces de ejecución

de la pena controlarán el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad podrán hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario, son fines de vigilancia y control. Les corresponderá especialmente:

a) Mantener, sustituir, modificar o hacer cesar la pena y las medidas de seguridad, así como las condiciones de su cumplimiento.
b) Visitar los centros de reclusión, por lo menos una vez cada seis meses, con el fin de constatar el respeto delos derechos fundamentales y penitenciarios de los internos, y ordenar las medidas correctivas que estimen convenientes.
c) Resolver, con aplicación del procedimiento previsto para los incidentes de ejecución, las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecten sus derechos.
d) Resolver, por vía de recurso, las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.
e) Aprobar las sanciones de aislamiento por más de cuarenta y ocho horas, en celdas.

Cuenta con una población penal de 13 625 personas a octubre de 2011.

11.9. El Salvador

La Ley Penitenciaria de El Salvador establece como organismos administrativos del sistema penitenciario a la Dirección General de Centros Penales, al Consejo Criminológico Nacional, a los Consejos Criminológicos regionales y a la Escuela Penitenciaria. La DGCP es el órgano rector de la política pénitenciaria del país y depende directamente del Ministerio de Seguridad Pública y Justicia. A diciembre de 2010, contaba con una población penal de 24 283 personas.

En materia jurisdiccional, la Ley Penitenciaria fija el control de la ejecución en el Juez de Vigilancia y ejecución de la Pena, así como sus competencias, en los siguientes términos:

Artículo 6°. Principio de judicialización. Toda pena se ejecutará bajo el estricto control del Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, y la Cámara respectiva, en su caso, quienes harán efectivas las decisiones de la sentencia condenatoria. El Juez también controlará el ad3cuado cumplimiento del régimen penitenciario.

Es obligatorio garantizar la asistencia letrada de los internos durante los trámites jurídicos que se susciten en le etapa de ejecución penal, si el condenado no pudiere nombrar abogado.

Artículo 33°. Son organismos judiciales de aplicación de esta Ley:

1) Las Cámaras de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena;
2) Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena; y,
3) El Departamento de Prueba y Libertad Asistida.

Artículo 35°. Competencia. A los Jueces de Vigilancia penitenciaria y de Ejecución de la Penal les corresponde vigilar y garantizar el estricto cumplimiento de las normas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad. Les corresponde asimismo vigilar y garantizar el respeto de los derechos de toda persona mientras se mantenga privada de su libertad por cualquier causa.

En todo caso, podrán asistirse de técnicos especializados cuando lo requiera la resolución que deban emitir.

Artículo 37°. Son atribuciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena, las siguientes:

1) Controlar la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad;
2) Acordar el beneficio de libertad condicional, y revocarlo en los casos que proceda;
3) Resolver acerca de la fijación, modificación o suspensión de las medidas de seguridad de acuerdo con lo establecido por el Código Penal;
4) Tramitar y resolver el incidente de rehabilitación de los condenados por delito, salvo los contenidos en los ordinales 1°, 3°, 4° y 5° del artículo75 dela Constitución de la República;
5) Practicar el cómputo de las penas;
6) Tramitar y resolver las quejas o incidentes a que se refieren los artículos 45 y 46 de esta Ley;
7) Otorgar o denegar la suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena, en los caso que proceda según esta Ley;
8) Declarar la extinción de la pena, en los casos que proceda, de acuerdo al Código penal;
9) Realizar visitas periódicas a los Centros Penitenciarios y entrevistarse personalmente, con los internos que lo soliciten, dentro de su jurisdicción territorial;
10) Ordenar la libertad por cumplimiento de la condena, o para gozar del respectivo período de prueba en los casos donde proceda; así como modificar las reglas o condiciones impuestas, o prorrogar el período de prueba, todo de conformidad a lo dispuesto por el Código penal; y extender las certificaciones correspondientes;

11) Controlar el cumplimiento de las condiciones o reglas de conducta impuestas para gozar de alguna de las formas sustitutivas de la ejecución de la pena de prisión, y revocar el respectivo período de prueba, de conformidad con lo establecido por el Código Penal;
12) Controlar el cumplimiento de las condiciones o reglas de conducta impuestas en la suspensión condicional del procedimientos penal, y tramitar los incidentes que se susciten de conformidad con las normas del Código Procesal Penal;
13) Vigilar de modo especial que no haya en los centros penales persona alguna detenida en forma ilegal, y cuando se constate que la detención provisional ha adquirido las características de una pena anticipada, según las reglas que establece el Código Procesal penal, debe comunicarlo inmediatamente al juez de la causa para que resuelva lo que corresponda;
14) Controlar el cumplimiento de las sanciones penales reguladas en el Código penal que no impliquen privación de la libertad;
15) Resolver, por vía de recurso, una vez agotada la vía administrativa, acerca de la ubicación de los internos en los Centros Penales y en las etapas que correspondan, según su condición personal, de acuerdo con la Ley, los reglamentos y los parámetros previamente establecidos por el Consejo Criminológico respectivo, sin que se apliquen criterios discriminativos contrarios a la dignidad humana, ni se favorezca indebidamente la situación de algún interno. Dicha resolución será apelable ante el tribunal superior correspondiente.
16) Las demás que le asigne la Ley.

12. CONCLUSIONES

Uno de los problemas que afronta el Sistema Penitenciario Nacional es justamente la falta de un Juez de Ejecución Penal que labore directamente en el campo penitenciario, promoviendo el cumplimiento de las reglas respecto a los derechos de la persona privada de libertad y al mismo tiempo tramitando y resolviendo oportuna y convenientemente los beneficios penitenciarios, en este sentido el trabajo de investigación que se propone respecto del Juez de ejecución penal y vigilancia penitenciaria en el Perú, es importante no sólo por ser una iniciativa que contribuirá al mejor conocimiento del tema penitenciario sino a la necesidad de implementación de este juez de primer nivel, que con sus atribuciones especiales a no dudar permitirá la intervención jurisdiccional en la ejecución de las penas y medidas de seguridad y de esta forma crear una autoridad que con la especialidad pueda promover y resolver los diferentes aspectos que se presenten en el campo penitenciario y permitir que al aposte se tenga una jurisprudencia unificada sobre el campo penitenciario y evitar lo que hasta la fecha

ocurre con la dispersión de trámites de beneficios penitenciarios en distintos juzgados que ven los beneficios penitenciarios como un apéndice sin mayor importancia cuando en realidad dentro del sistema progresivo que ha adoptado el estado peruano juega un rol catalizador importante en la conducta del interno y por lo tanto son contribuyente al orden y disciplina en el centro carcelario y coadyuvante al proceso de tratamiento resocializador.

Conforme a lo expresado consideramos que el desarrollo del presente trabajo de investigación permitirá consolidar mejor algunos conceptos que en este se mencionan para modificarlo o mejorarlo conforme al desarrollo del mismo y en base a las sugerencias que a partir de esta propuesta puedan surgir; lo cual estamos seguros coadyuvará en gran medida a perfeccionar la figura del Juez de Ejecución Penal y el rol que eventualmente asumiría en un Estado de Derecho como es el Perú.

Estamos convencidos de que la implementación del órgano jurisdiccional en etapa ejecucional, definitivamente, no se va a convertir en la solución al problema carcelario. Este no ha solucionado los problemas carcelarios en ninguna parte del mundo, ni lo será tampoco en nuestra realidad. El juez de ejecución penal no es ni el remedio ni la panacea a la crítica, histórica y lamentable realidad penitenciaria; pero por lo menos, si podrá ser un aporte importante en tanto forme parte de una solución integral al problema.

La experiencia comparada ha demostrado, a pesar de los problemas iniciales que ha generado la implementación de esta Magistratura, que el Juez de ejecución se enmarca dentro de los llamados movimientos de la reforma penal, como parte integrante o herramienta necesaria para lograr el objetivo de cambio que se persigue.

12. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- **ADRIÁN BOMBINI, Gabriel.** "*La judicialización de la ejecución de la pena en la provincia de Buenos Aires: notas sobre un proceso inconcluso*". INECIP. Mar del Plata, 2002.
- **ASENCIO CANTISAN, H Heriberto.** "*La intervención judicial en la fase ejecutiva de la pena*". En: Cuaderno Vasco de Criminología. San Sebastián. N.° Extraordinario. Enero 1998. Disponible en: *http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/ivckei_eguzkilore_num_extr1/es_extra1/adjuntos/asencio.pdf.*
- **CANO MATA, Antonio:** *"La actividad administrativa penitenciaria y su fiscalización por el Juez de Vigilancia"*. En Revista de Administración Pública N° 95. Mayo-agosto, 1981, p.166.

- **CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL DE 1991; Decreto Legislativo 654;** *Exposición de Motivos.*

- **DAVID B. WEXLERY Y JEANINE CALDERÓN.** *"El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Un modelo para la creación de Juzgados de Reinserción en las jurisdiccionales angloamericanas en aplicación de los principios del derecho terapéutico"*. Revista española de investigación criminológica. En línea: http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano2-2004/a22004art1.pdf

- **GARAYCOTT ORELLANA, Norman.** *"Comentarios al Código de Ejecución Penal"*. Editorial San Marcos. Lima, 1997, p.42.

- **MAPELLI CAFFARENA, Borja.** *"La judicialización penitenciaria": Un proceso inconcluso"*. En Revista Mexicana de Prevención y readaptación Social. N° 01. México, 1988, pp.

- **MAPELLI CAFFARENA, Borja.** "La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso". Disponible en: http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2016/mapelli16.htm.

- **MARCOS SALT.** ***"El Juez de Ejecución y/o Vigilancia Penitenciaria en América Latina".*** Conferencia centroamericana sobre el Papel de los Jueces de Vigilancia y/o Ejecución penitenciaria. Organizada por la Reforma Penitenciaria Internacional (RPI). Realizada en El Salvador. Marzo de 2003, p. 41.

- **SOLIS ESPINOZA, Alejandro.** "El Juez de Ejecución Penal en el Perú y otros países". En: Revista Pura Ley. N.° 80. Lima. Julio de 1999.

PROTECCION A LA VICTIMA DE VIOLENCIA FAMILIAR CONFORME LA LEY N° 30364

Magali Cóndor Villalta
Abogada

SUMARIO

RESUMEN / PALABRAS CLAVES

ABSTRAC / KEY WORDS

INTRODUCCION

ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LEY N° 30364

1. Principios de la Ley 30364

1.1 Principio de igualdad y no discriminación

1.2 Principio de interés superior del niño

1.3 Principio de la debida diligencia

1.4 Principio de intervención inmediata y oportuna

1.5 Principio de sencillez y oralidad

1.6 Principio de razonabilidad y proporcionalidad

2. Conceptos Básicos

2.1 Definición de violencia contra la mujer

2.2 Definición de violencia contra los integrantes del grupo familiar

3. Sujetos de protección de la Ley

4. Tipos de violencia según la ley 30364

4.1 Violencia física

4.2 Violencia psicológica

4.3 Violencia sexual

4.4 Violencia económica o patrimonial

5. Procesos de tutela frente a la violencia contra las mujeres y los Integrantes del grupo familiar

5.1 Norma aplicable

5.2 Competencias de los Juzgados de familia

5.3 Denuncia

5.4 Proceso

6. Medidas de protección

CONCLUSIONES **12**

RECOMENDACIONES **16**

BIBLIOGRAFIA **17**

RESUMEN

La violencia familiar es un fenómeno que se viene suscitando a través de todos los tiempos, y, no obstante, la diversa normatividad existente tanto nacional como internacional, de manera alarmante ha expandido y multiplicado sus efectos, en perjuicios de los más débiles en una familia o en una relación familiar; es así que en nuestro país dentro de la normatividad legal, entre otras, contamos con la Constitución Política del Perú, Código de los Niños y Adolescentes, Código Civil, Código Procesal Civil, y como norma específica, la Ley Nº 30364 "Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar", la misma que entre otros aspectos regula los supuestos de hecho que constituyen violencia familiar como son: a) Violencia física. Es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación. b) Violencia psicológica. Es la acción u omisión, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla, avergonzarla, insultarla, estigmatizarla o estereotiparla, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación. c) Violencia sexual. Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación. d) Violencia económica o patrimonial. Es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de: 1. La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes. 2. La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales. 3. La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias. 4. La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo. En el Perú contamos con la Constitución Política de 1993, la misma que contiene normas relacionadas con la protección de la familia; es así que en base a esta norma fundamental se han dado numerosos sistemas normativos con el fin de proteger a la familia; como son: el Código Civil, Código Procesal Civil, Código de los Niños y Adolescentes, entre otras normas nacionales como internacionales; y, en forma específica relacionado con el tema contamos con la Ley 30364 "Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar".

PALABRAS CLAVES:

VIOLENCIA, PROTECCION, CERTIFICADO MEDICO LEGAL, DAÑO PSIQUICO, PRESUPUESTO Y CARGA PROCESAL.

ABSTRACT

Family violence is a phenomenon that has been appearing through all times, and yet, the diverse regulations existing both nationally and internationally, has alarmingly expanded and multiplied its effects, to the detriment of the weakest in a family Or in a family relationship; Is in our country within the legal regulations, among others, we have the Political Constitution of Peru, Code of Children and Adolescents, Civil Code, Civil Procedure Code, and as a specific rule, Law No. 30364 "Law to Prevent , Punishment and Eradication of Violence against Women and Members of the Family Group, "which, among other things, regulates the factual assumptions that constitute family violence, such as: a) Physical violence. It is the action or conduct, that causes damage to the corporal integrity or to the health. It includes abuse due to negligence, neglect or deprivation of basic needs, that have caused physical damage or that may cause it, regardless of the time that is required for its recovery. B) Psychological violence. It is the action or omission, tending to control or isolate the person against his will, to humiliate, embarrass, insult, stigmatize or stereotype, no matter how long it takes to recover. C) Sexual violence. They are actions of a sexual nature that are committed against a person without his consent or coercion. They include acts that do not involve penetration or physical contact. They are also considered as exposure to pornographic material and that they violate the right of people to decide voluntarily about their sexual or reproductive life, through threats, coercion, use of force or intimidation. D) Economic or patrimonial violence. It is the action or omission that is directed to cause an impairment in the economic or patrimonial resources of any person, through: 1. The disturbance of the possession, possession or property of their goods. 2. The loss, abduction, destruction, retention or misappropriation of objects, instruments of work, personal documents, property, values and economic rights. 3. The limitation of the economic resources destined to satisfy their necessities or deprivation of the indispensable means to live a decent life; As well as avoidance of the fulfillment of their food obligations. 4. The limitation or control of their income, as well as the perception of a lesser wage for the same task, within the same workplace. In Peru we have the Political Constitution of 1993, the same one that contains norms related to the protection of the family; It is so based on this fundamental norm have been given numerous normative systems in order to protect the family; Such as: the Civil Code, Code of Civil Procedure, Code of Children and Adolescents, among other national and international standards; And specifically related to the subject we have Law 30364 "Law to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women and Members of the Family Group."

KEY WORDS:

VIOLENCE, PROTECTION MEASURE, LEGAL MEDICAL CERTIFICATE, PSYCHIC DAMAGE, BUDGET

AND PROCESSING LOAD.

INTRODUCCION:

La persona es un bien jurídico protegido en el ordenamiento jurídico peruano, la protección comienza desde la concepción. Los aspectos tutelados son: la vida, la integridad corporal, la psiquis, la identidad, la imagen, la honra, la privacidad, la vida en relación, la proyección futura, la libertad de conciencia y el trato igualitario; a ello, el presente tema de investigación, tiene como propósito determinar qué factores influyen en los Juzgados de Familia de Chiclayo para que no dicten medidas de protección dentro de las setenta y dos horas, conforme a lo

establecido en el artículo 16 de la Ley N° 30364 "Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar".

El Estado, en los casos de violencia familiar, ha ofrecido a los justiciables y operadores jurídicos nuevas herramientas **procesales que estas sean inmediatas, efectivas y urgentes que coadyuven a brindar una mejor tutela judicial (tutela urgente) evitando un** procedimiento **formal y engorroso**; pues lo que se pretende en este tipo de pretensiones es la de salvaguardar la integridad de la víctima (*respeto de sus derechos fundamentales*).

La nueva forma de tutelar los actos de violencia familiar puede estar inclinada a una tutela diferenciada (distinta) debido a que se requiere de una satisfacción procesal inmediata, rápida y definitiva ante las acciones del agresor, en ese sentido, existe la necesidad en los casos de violencia familiar de dar respuesta adecuada a los requerimientos de la víctima que claman la solución inmediata, en tiempo razonable, sin admitir demora; por lo que se tiene que verificar los factores, circunstancias que conllevan que los Jueces de Juzgados de Familia de Chiclayo del Distrito Judicial de Lambayeque, no apliquen adecuadamente el plazo de ley estipulado en el artículo 16 de la Ley N° 30364, dado que se estaría vulnerando la Tutela Jurisdiccional efectiva de la víctima.

La violencia contra las mujeres en los diversos ámbitos como provincial, regional, nacional y mundial es un fenómeno social que debe preocuparnos, ya que de acuerdo a los datos de las últimas décadas ha cobrado mayor relevancia, lo cual es preocupante si consideramos la vulnerabilidad de la mujer en la Provincia de Chiclayo.

La Ley N° 30364 promulgada el 23 de Noviembre del 2015, tiene por objeto prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres por su condición de tales, y contra los integrantes del grupo familiar; en especial, cuando se encuentran en situación de vulnerabilidad, por la edad o situación física como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad.

La ley N° 30364, tiene como Principio la actuación inmediata y oportuna protegiendo la Tutela Jurisdiccional efectiva de la Víctima tal como lo establece el artículo 16 de la norma antes acotada que señala « En el **plazo máximo de setenta y dos horas**, siguientes a la interposición de la denuncia, el **juzgado de familia** o su equivalente procede a evaluar el caso y **resuelve en audiencia oral** la emisión de las **medidas de protección** requeridas que sean necesarias».

ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LEY N° 30364

1.- PRINCIPIOS DE LA LEY 30364

Un principio es un axioma que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad, sobre la que se construyen las instituciones del Derecho y que, en un momento histórico determinado informa, guía y sirve de fundamento al contenido de las normas jurídicas de un Estado. Un principio es una aspiración, es una guía, un indicador, es la orientación central de un sistema… Los principios facilitan la interpretación de las normas y también la Integración porque permiten suplir la insuficiencia de las normas escritas.

Toda sociedad tiene paradigmas y formas de pensar dominantes: La violencia se sostiene sobre creencias que la justifican. Todos/as tenemos creencias que aplicamos también en el centro de trabajo. Muchos operadores y operadoras que atienden los casos de violencia entienden e interpretan la norma sobre la base de sus creencias que pueden ser favorables, desfavorables o inocuas para erradicar la violencia, prevenir y sancionarla.

1.1 PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION

Este principio se refiere a que la aplicación de esta ley debe garantizar la igualdad en el goce de derechos entre todas las personas y enfatiza en la discriminación, exclusión o restricción basada en el sexo que limite el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos (Ley 30364).

Sin embargo, es preciso señalar que existen diversos factores de diferencia, además del sexo, sobre los cuales, las sociedades sostienen un trato discriminatorio o diferenciado que conlleva desventajas y exclusión. Es frecuente que la discriminación basada en el sexo se acompañe de otros factores de discriminación: como por ejemplo ser mujer, ser indígena, ser pobre, tener bajo grado de instrucción y además no hablar el idioma castellano.

La ley 30364 toma en cuenta el enfoque de la INTERSECCIONALIDAD, es decir, las condiciones de vulnerabilidad que tienen las mujeres dentro de la sociedad; con la finalidad de implementar un trato diferenciado para facilitarle el goce de sus derechos en condiciones de igualdad. Es decir, que en este caso se trata de una discriminación positiva.

1.2 PRINCIPIO DEL INTEREZ SUPERIOR DEL NIÑO

En todas las medidas concernientes a las niñas y niños adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tener en consideración primordial el interés superior del niño.

El interés superior del niño es la satisfacción integral de sus derechos. Es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos .Toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos (Cillero Bruño, s,f)

Esto quiere decir, que la satisfacción plena de los derechos de los niños prevalece sobre los derechos de los padres y madres, de terceros o de cualquier interés colectivo.

Además se ha aprobado la ley N° 30466 que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior de las niñas, niños y adolescentes como son:

Ø La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.

Ø La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.

Ø La participación de profesionales cualificados.

Ø La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda. Ø La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.

Ø Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.

Ø La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño.

1.3 PRINCIPIO DE LA DEBIDA DILIGENCIA

Este principio establece que el Estado adopta sin dilaciones, todas las políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Deben imponerse las sanciones correspondientes a las autoridades que incumplan este principio.

Componentes de la debida diligencia:

Ø **Oficiosidad**: La investigación debe desarrollarse de oficio por parte de las autoridades competentes.

Ø **Oportunidad**: La investigación debe iniciarse de manera inmediata, ser llevada a cabo en un plazo razonable y ser propositiva.

Ø **Competencia**: La investigación debe ser realizada por profesionales competentes y empleando los procedimientos apropiados.

Ø **Independencia** e imparcialidad de las autoridades investigadoras.

Ø **Exhaustividad**: La investigación debe agotar todos los medios para esclarecer la verdad de los hechos y proveer castigo a los responsables.

Ø **Participación**: La investigación debe desarrollarse garantizando el respeto y participación de las víctimas y sus familiares.

1.4 PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN INMEDIATA Y OPORTUNA

Se refiere a que los operadores de justicia y la Policía Nacional del Perú, ante un hecho o amenaza de violencia, deben actuar en forma oportuna, sin dilación por razones procedimentales, formales o de otra naturaleza, disponiendo el ejercicio de las medidas de protección previstas en la ley y otras normas, con la finalidad de atender efectivamente a la víctima.

1.5 PRINCIPIO DE SENCILLEZ Y ORALIDAD

Todos los procesos por violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se desarrollan considerando el mínimo de formalismo, en espacios amigables para las presuntas víctimas, favoreciendo que estas confíen en el sistema y colaboren con él, para una adecuada sanción al agresor y la restitución de sus derechos vulnerados.

1.6 PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

“El fiscal o juez a cargo de cualquier proceso de violencia, debe ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación causada y las medidas de protección y de rehabilitación a adoptarse. Para ello, debe hacer un juicio de razonabilidad de acuerdo con las circunstancias del caso, emitiendo decisiones que permitan proteger efectivamente la vida, la salud y la dignidad de las víctimas. La adopción de estas medidas se adecúa a las fases del ciclo de la violencia y a las diversas tipologías que presentan la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar” (Ley 30364).

Las medidas de protección implican restricciones útiles para evitar nuevos hechos de violencia. La medida adoptada debe ser eficaz para el logro de la finalidad que se persigue.

2. CONCEPTOS BASICOS

2.1.- LA FAMILIA:

En palabras de Víctor García Toma, nos refiere que la familia es considerada como aquel grupo de personas unidas por el matrimonio o producto de las uniones de hecho, entre las cuales existen derechos y deberes jurídicos sancionados en el Código Civil (patria potestad, obligaciones alimentarias, derechos sucesorios, etc.)[1].

Tal como señala los profesores Gustavo A. Bossert y Eduardo A Zanani[1]:

"Ella se funda en la relación monogamia: un solo hombre y una sola mujer sostienen relaciones y de ellos deriva la prole que completa el núcleo familiar.

La monogamia es un orden sexual en la sociedad, en beneficio de la prole y del grupo social"

La familia es la célula básica de la sociedad, en razón de que todo ser humano necesita de un hogar que lo cobije y desde donde pueda desarrollar a voluntad sus cualidades físicas, emocionales, sentimentales y de interrelación íntima con aquellos a los que se encuentra ligado por la sangre y el afecto parental.

El profesor Enrique Diaz de Guijarro[1] la considera como una institución social permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación. Ella posee una importancia singular porque constituye célula básica de la organización social.

María del Pilar Castillo Soltero[1], nos refiere que: Sabemos que la familia juega un rol protagónico en la cimentación de las conductas sociales de los ciudadanos, ya que constituye el centro de educación y, por tanto de transmisión de valores morales y culturales; por eso cuando al interior de ella se producen actos de violencia, ello no sólo constituye un grave riesgo para dicha familia sino para toda la sociedad.

2.2. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

La violencia[1], a pesar de no constituir una enfermedad en el sentido tradicional de su comprensión, donde el elemento etiológico-biológico desempeña como regla un papel fundamental.

El artículo 5 de la Ley 30364. Define La violencia contra las mujeres a cualquier acción o conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, tanto en el ámbito público como en el privado.

Se entiende por violencia contra las mujeres:

a. La que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer. Comprende, entre otros, violación, maltrato físico o psicológico y abuso sexual.

b. La que tenga lugar en la comunidad, sea perpetrada por cualquier persona y comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

c. La que sea perpetrada o tolerada por los agentes del Estado, donde quiera que ocurra.

2.3. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA CONTRA LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR :

El artículo 6 de la Ley 30364. Define la violencia contra cualquier integrante del grupo familiar a cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar.

Se tiene especial consideración con las niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad.

3. SUJETOS DE PROTECCIÓN DE LA LEY

En ese contexto, el profesor Pablo A. Ramella señala: "La protección a la familia responde a un natural designio de la persona, desde que ella genera sus más elevados sentimientos afectivos, y todo empeño tendiente a su bienestar debe ser estimulado y favorecido por la comunidad como el medio indicado de propender al mejoramiento del género humano y a la consideración de principios espirituales y morales que constituyen la esencia de la convivencia social".

El artículo 7 de la misma Ley, indica que son sujetos de protección de la Ley:

a. Las mujeres durante todo su ciclo de vida: niña, adolescente, joven, adulta y adulta mayor.

b. Los miembros del grupo familiar. Entiéndase como tales, a los cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes; padrastros, madrastras; ascendientes y descendientes; los parientes colaterales de los cónyuges y convivientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y a quienes, sin tener cualquiera de las condiciones antes señaladas, habitan en el mismo hogar, siempre

4. TIPOS DE VIOLENCIA SEGÚN LA LEY 30364

Debemos entender por "violencia familiar" a cualquier acción, omisión o conducta mediante la cual se infiere un daño físico, sexual o psicológico a un integrante del grupo familiar, conviviente o no, así como también el maltrato infantil y el abuso de los niños. Y dentro del rubro de maltratos tenemos: Maltrato físico, emocional, maltrato por negligencia (que se da por ejemplo, cuando se priva al niño de los cuidados básicos pese a tener los medios económicos). Agresiones, todas estas, que no son aisladas, sino que debido a la naturaleza cíclica de este fenómeno, son casi siempre reiteradas.

El artículo 8 de la Ley 30364, establece que los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar son:

***4.1* Violencia física**. Es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.

***4.2* Violencia psicológica**. Es la acción o conducta, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad,

a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos. Daño psíquico es la afectación o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo.

***4.3* Violencia sexual**. Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.

***4.4* Violencia económica o patrimonial**. Es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de:

Ø La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

Ø La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;

Ø La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias;

Ø La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

5.- PROCESOS DE TUTELA FRENTE A LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LOS INTEGRANTES DEL GRUPO FAMILIAR.

5.1 NORMA APLICABLE

El artículo 13 de la Ley 30364, establece que, las denuncias por actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se regulan por las normas previstas en la presente Ley y, de manera supletoria, por el Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957, y la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes

5.2 COMPETENCIAS DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA

Son competentes los juzgados de familia o los que cumplan sus funciones para conocer las denuncias por actos de violencia contra las mujeres o contra los integrantes del grupo familiar.(Ley 30364, articulo 14).

5.3 DENUNCIA

Sobre este punto, el artículo 15 de la presente Norma, establece que La denuncia puede presentarse por escrito

o verbalmente. Cuando se trata de una denuncia verbal, se levanta acta sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.

La denuncia puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener su representación. También puede interponerla la Defensoría del Pueblo. No se requiere firma del letrado, tasa o alguna otra formalidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, los profesionales de la salud y educación deben denunciar los casos de violencia contra la mujer o los integrantes del grupo familiar que conozcan en el desempeño de su actividad.

Cuando la Policía Nacional del Perú conozca de casos de violencia contra la mujer o los integrantes del grupo familiar, en cualquiera de sus comisarías del ámbito nacional, debe poner los hechos en conocimiento de los juzgados de familia o los que cumplan sus funciones dentro de las veinticuatro horas de conocido el hecho, remitiendo el atestado que resuma lo actuado.

5.4 PROCESO

El artículo 16 de la Ley 30364, también establece que, En el plazo máximo de setenta y dos horas, siguientes a la interposición de la denuncia, el juzgado de familia o su equivalente procede a evaluar el caso y resuelve en audiencia oral la emisión de las medidas de protección requeridas que sean necesarias. Asimismo, de oficio o a solicitud de la víctima, en la audiencia oral se pronuncia sobre medidas cautelares que resguardan pretensiones de alimentos, regímenes de visitas, tenencia, suspensión o extinción de la patria potestad, liquidación de régimen patrimonial y otros aspectos conexos que sean necesarios para garantizar el bienestar de las víctimas.

Analizados los actuados, el juzgado de familia o su equivalente procede a remitir el caso a la fiscalía penal para el inicio del proceso penal conforme a las reglas del Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 957.

6.- MEDIDAS DE PROTECCION

El artículo 22, establece que, **e**ntre las medidas de protección que pueden dictarse en los procesos por actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar se encuentran, entre otras, las siguientes:

a. Retiro del agresor del domicilio.

b. Impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, a la distancia que la autoridad judicial determine.

c. Prohibición de comunicación con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica; asimismo, vía chat, redes sociales, red institucional, intranet u otras redes o formas de comunicación.

d. Prohibición del derecho de tenencia y porte de armas para el agresor, debiéndose notificar a la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil para que proceda a dejar sin efecto la licencia de posesión y uso, y para que se incauten las armas que están en posesión de personas respecto de las cuales se haya dictado la medida de protección.

e. Inventario sobre sus bienes.

f. Cualquier otra requerida para la protección de la integridad personal y la vida de sus víctimas o familiares.

CONCLUSIONES

La Ley N° 30364, tiene por objeto prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia producida en el ámbito público o privado contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, especialmente cuando se encuentren en situación de vulnerabilidad, estableciendo mecanismos, medidas y políticas de prevención, atención y protección de las victimas así como la reparación del daño causado, y la persecución, sanción y reeducación de los agresores.

Esta norma para su interpretación determina principios rectores y enfoques, que el Estado deberá de adoptar a través de sus Poderes Públicos e Instituciones, siendo estas la de igualdad y no discriminación, el interés superior del niño, el de la debida diligencia imponiéndose las sanciones a las autoridades que incumplan con este principio, de la intervención inmediata y oportuna que la deberán de efectuar los operadores de justicia y la Policía Nacional, el de la sencillez y oralidad determinado que los procesos de violencia familiar se desarrollen sin el debido formalismo, ponderando entre la proporcionalidad entre la eventual afectación causada y las medidas de protección y rehabilitación; debiendo considerarse además los enfoques de género, integralidad, interculturalidad, derechos humanos, interseccionalidad y generacional.

Una de las críticas más fuertes a la ley anterior era que se limitaba a sancionar los actos constitutivos como violencia familiar; es decir, aquellos cometidos únicamente por personas vinculadas familiarmente a la víctima (cónyuges, convivientes, ex convivientes, ascendientes, descendientes, parientas colaterales hasta el cuarto grado de consanguineidad y segundo de afinidad, quienes habitan en el mismo hogar sin relación laboral o contractual, quienes hayan procreado hijos); es decir, no existía en nuestro país una norma que sancionara la violencia contra la mujer por razones de género, sino únicamente en contextos familiares; en cambio la nueva Ley, reconoce en su artículo 5, la definición de violencia contra las mujeres de la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia Contra la Mujer, Convención "Belém do Pará", esto significa que reconoce que la violencia hacia las mujeres no se limita al ámbito doméstico –pues puede ocurrir también en el ámbito público- y, además, implica la comprensión de que este problema responde a desigualdades estructurales sociales hacia las mujeres, es decir, se da por razones de género; este cambio es positivo porque con la anterior Ley había situaciones de violencia hacia las mujeres que no acarreaban ninguna respuesta por parte del Estado (si no se daban en el ámbito doméstico o no calzaban como delitos del Código Penal o faltas tipificadas en otra ley especial). Además, significa la adecuación del Estado Peruano a estándares internacionales en materia de derechos humanos que se había comprometido a cumplir nueve años atrás.

También es favorable que se cumplan las obligaciones internacionales con el reconocimiento que hace la norma en su artículo 9 «DEL DERECHO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA», que incluye los derechos a la no discriminación en todas sus formas, a la no estigmatización y a la no estereotipación en base a conceptos de inferioridad y subordinación.

Por lo que se puede hablar de ventajas de la Ley 30364, siendo las más resaltantes:

La incorporación de la violencia económica dentro de los tipos de violencia, el reconocimiento del concepto de violencia contra las mujeres por razones de género y la tipificación del daño psíquico dentro del código penal, en los procesos de violencia familiar son lo más resaltante de la Ley N° 30364, otorgándole a las víctimas de Violencia Familiar derechos IRRENUNCIABLES, así como sanciones a las autoridades que incumplan con el Principio de la debida diligencia.

Se ha establecido en este tipo de procesos que sea oral y sencillo, por lo que las denuncias se pueden presentar en forma oral ante la comisaría, se reconoce el derecho de las víctimas a la atención de la salud física y mental

de manera gratuita en los establecimientos del Estado, así como el derecho de las víctimas a la asistencia social, en los casos de violencia sexual solo basta la exposición a material pornográfico (de mucha utilidad para aplicarse con niños, niñas y adolescentes), es decir, no necesariamente involucra penetración o contacto físico alguno.

Se evidencia el maltrato por negligencia, descuido y privación de necesidades básicas; asimismo, establece que los/as Funcionarios/as responsables tienen la obligación de orientar a las víctimas sobre la denuncia y el proceso a seguir, facilitando de esa manera una toma de decisiones informadas, así como la no revictimización y declaración única de todas las víctimas de violencia, definiendo un proceso de tutela inmediato y previo a la investigación de los hechos, asegurando con la implementación de mecanismos de protección se eviten nuevos hechos de violencia y se dispone mayor celeridad en la PNP, que deberá comunicar al Juzgado de Familia o a quien haga sus veces dentro de las 24 horas de recibida la denuncia.

La Ley N° 30364, faculta al Juez de Familia o a quien haga las veces de dictar cualquier acción o medida para la protección de la integridad persona y de la víctima dentro del plazo de 72 horas desde recibido la denuncia, aun cuando la persona acusada no esté presente, agregando que el proceso iniciado no se archiva por cambio de parecer o arrepentimiento de las víctimas sino que continúa hasta la vía penal, incorporando esta nueva Ley: **i)** el impedimento de proximidad hacia la víctima y la prohibición de comunicación**, ii)** La prohibición de la confrontación entre la víctima y la persona agresora a menos sea autorizada por la propia víctima, **iii)** las facilidades laborales en caso de ser víctima de violencia, **iv)** Ninguna víctima podrá ser despedida por causas relacionadas con actos de violencia familiar, sino que se le brindará facilidades.

La norma establece que la Policía maneje un mapa geográfico de su zona de responsabilidad para poder ubicar a las víctimas de violencia con medida de protección y de esa manera monitorearlas, así como para que habilite con el apoyo de las nuevas tecnologías de la información un canal de comunicación directo para el resguardo y protección de las víctimas de violencia a fin de brindar valor probatorio a los certificados de salud física y mental que expidan los establecimientos de salud y establecimientos parroquiales; también, se da valor probatorio sobre el estado de salud mental a los informes psicológicos de los Centros Emergencia Mujer del Ministerio de la Mujer y poblaciones vulnerables; se toma en cuenta el uso de la ficha de valoración de riesgo en la violencia de pareja, instrumento de suma utilidad para la prevención del feminicidio y su tentativa; así como el uso de la ficha de valoración de riesgo en la violencia contra los integrantes del grupo familiar, instrumento de especial utilidad para prevenir nuevos hechos de violencia. La declaración de los menores de edad y de las mujeres se realiza mediante la técnica de entrevista única (cámara Gesell), la misma que debe ser grabada para evitar repeticiones innecesarias y se constituya como prueba preconstituida; existe la defensa jurídica gratuita y universal para las víctimas de violencia familiar a cargo del Ministerio de la Mujer y de las Unidades de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público y al ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Los profesionales de salud y de educación deben denunciar los casos que conozcan en su desempeño laboral. Determina un tratamiento psicosocial, psiquiátrico, o de grupos de autoayuda para las personas agresoras. y brinda un tratamiento terapéutico para las víctimas.

Esta norma no es únicamente asistencial, porque establece la creación de un órgano de articulación y coordinación denominado Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, la elaboración de un Protocolo Base de Actuación Conjunta para facilitar la articulación intersectorial, la creación de un Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar como mecanismo de captura de información para el monitoreo y toma de decisiones. crea el Centro de Altos Estudios Contra la Violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del grupo Familiar para la formación integral de los operadores y operadoras, otorga competencias sectoriales de todos los ministerios para la erradicación de la violencia Contra las Mujeres y los Integrantes del grupo Familiar.

Incorporándose en el artículo 121-A del CP un agravante del delito de lesiones graves, cuando la víctima es menor de edad, persona adulta mayor o persona con discapacidad, destacando la situación de vulnerabilidad. Incorpora como criterio para determinar la pena (art 45 Código Penal) los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidadyen el artículo 121-B del Código Penal la forma agravada de lesiones graves que se aplica cuando la víctima es lesionada por su condición de tal (por ser mujer) ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o conviviente del agente o dependa de este. Incrementa la pena (artículo 46-E del Código Penal) en base a la circunstancia agravantes cualificada por parentesco hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cuando el agente se haya aprovechado de su calidad de ascendiente o descendiente, natural o adoptivo, padrastro o madrastra, cónyuge o conviviente de la víctima.

Establece la exclusión de la sucesión por indignidad (Artículo 667 código civil) en caso de feminicidio, tentativa, y si el agente fue sancionado con sentencia firme en más de una oportunidad en un proceso de violencia familiar. Así también para el progenitor que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la minoría de edad o que no le haya prestado alimentos, otorgando también obligaciones generales a los medios de comunicación en la difusión de informaciones relativas a la violencia sobre la mujer debiendo garantizar en el tratamiento de la noticia el respeto a la dignidad de las víctimas y de sus hijos/as.

También se puede hablar de desventajas o aspectos críticos de la Ley 30364:

Luego del análisis de la ley 30364, se puede verificar que se ha incrementado un nuevo tipo de violencia familiar como es el económico y patrimonial, si bien han sido definidos como un nuevo tipo de violencia, pero no se aprecia procedimiento para la violencia patrimonial y económica ni en la Ley, ni en el Reglamento, La coordinación interinstitucional se ha explicitado para los CEM del MIMP y los servicios de defensa pública del MINJUS, es decir, solo para el caso de la asistencia jurídica y defensa pública de las víctimas, siendo necesario se afiance la coordinación para los aspectos de protección social.

Respecto a la figura del daño psíquico, lo que constituye un reconocimiento de los impactos de la violencia, pero no se cuenta aún con un mecanismo aprobado por el Instituto de Medicina Legal para medirlo y clasificarlo.

En el Reglamento de la Ley 30364 se ha establecido “El Instituto de Medicina Legal establece los parámetros médicos legales para la calificación del daño físico, psicológico y psíquico, dentro de los treinta días de publicado el presente reglamento, bajo responsabilidad funcional” (hasta el 25 de agosto 2016), a ello se advierte que se sanciona la lesión física o psíquica, pero no se sanciona el mismo hecho de la violencia en sí; es decir, para que exista una sanción, se hace necesaria la presencia de una lesión, en tal caso el maltrato sin lesión que es característico de una violencia habitual con golpes que no siempre dejan evidencia de daño, quedaría sin sanción, en este caso, siendo necesario tener en cuenta la finalidad del proceso, que es proteger los derechos de las víctimas de actos de violencia, a través de medidas de protección o medidas cautelares y la sanción de las personas que resulten responsables; a ello no se ha desarrollado lo suficiente la parte preventiva, que es factor importante para la erradicación de la violencia, si bien se determinan responsabilidades en políticas de prevención a algunos Ministerios y de manera acertada se han incorporado las fichas de valoración de riesgo; el objeto de la ley (Erradicar la violencia) amerita una labor preventiva intensiva que ha debido trasladarse a todas las entidades estatales, a la sociedad civil, a las empresas y a los medios de comunicación, alegando que ha sido insuficiente la capacitación e inducción para preparar el camino de la implementación de esta nueva norma, lo que ha generado roces institucionales y omisiones en la atención en una primera etapa.

La Gestión Pública moderna se orienta a la implementación prospectiva de los procesos, lo que en este caso ha faltado; asimismo, no se ha previsto con oportunidad una asignación presupuestal para la implementación de esta norma. Si bien, esto se irá resolviendo en el camino, en general no es lo apropiado para una norma que afecta a personas que pasan por situaciones de dolor.

La implementación de la norma debió ser consecuente con la creación suficientes de Juzgados Especializados de Familia, con exclusivo conocimiento para este tipo de procesos, siendo de esa manera que se hubiese manejado mejor la sobrecarga procesal, que afecta la calidad de atención y genera malestar en los operadores/as dado que a su vez por ser su competencia también tramitan procesos de Régimen de visitas, Tenencia, Divorcio, Impugnación de Paternidad, Exclusión de nombre, Consejo de Familia, Autorización para disponer bien de menor, Autorización de viaje de menor, Interdicción, Abandono, Infracción de menores, Violencia Familiar con la Ley 26260, Reconocimiento Judicial de Paternidad, Tutela, Curatela, Adopción, Reconocimiento de Unión de hecho.

Tampoco, se ha previsto la capacitación e implementación logística de los policías para la atención en el marco de esta nueva norma, especialmente para llevar a cabo los procedimientos de ejecución de las medidas de protección. (se requiere personal, movilidad, acceso a llamadas telefónicas), no se hizo una labor previa de sensibilización respecto al necesario papel de tutela de los Jueces de Familia para prevenir la exacerbación de la violencia y el feminicidio.

El Reglamento de la Ley establece para los fiscales, funciones que no estaban mencionadas en la Ley; el Juez de Familia dicta medidas de protección y medidas cautelares, las cuales no tienen asegurada una duración mayor, ya que pueden ser denegadas de inmediato por el juzgado penal o por el juzgado de paz letrado, o dejadas sin efecto en caso el fiscal decida no presentar denuncia como en sus muchos casos, por ejemplo a nivel de Fiscalía Penal, en procesos de violencia familiar en su modalidad de violencia psicológica dispone archivarlos dado que no se acredita un daño psíquico en la víctimas.

En esta nueva Ley de Violencia Familiar, no se menciona o explicita que los Jueces de Familia deban coordinar con las instituciones de protección social como el MIMP y otros, a fin de que las medidas de protección sean más efectivas; es decir, se establece medidas de protección social pero no se detalla con qué instituciones se va a coordinar, no se precisa dentro de los establecimientos de salud gratuitos a los de ESSALUD para los/as trabajadores/as y la sanidad de las fuerzas armadas para sus miembros, tal pareciera que se refiere exclusivamente a los establecimientos del Ministerio de Salud; asimismo, siguiendo desde esta perspectiva, el informe o atestado policial resulta largo para ser recabado en 24 horas, pudiendo llevar esto, a que los policías prefieren formular la denuncia luego que han concluido con recabar toda la información, a ello es necesario que la Policía esté lo suficientemente equipada a nivel tecnológico para pueda recabar dicha información, esto implica contar con internet, acceso a bases de datos, servicio de escaneo de documentos, impresión, entre otros; asimismo, los CEM emiten informes psicológicos solo para las medidas de protección y cautelares. Como institución especializada en el tema, cuenta con expertos/as que podrían haberse manifestado también sobre el daño psíquico previa capacitación y concertación con el Ministerio Público.

Conforme a lo antes mencionado, no se ha asegurado que todas las comisarías cuenten con acceso a la base de datos de RENIEC, de manera que necesariamente las personas denunciadas deben proporcionar su identificación y la de la persona denunciada, por lo que no se establece cómo se procede en el caso que el policía no logre completar la información establecida para el atestado dentro de las 24 horas, ni tampoco que el Juez de Familia reciba el expediente completo y tome decisiones en base a lo disponible dentro del plazo de setenta y dos horas, teniendo en cuenta que los/as fiscales ya no emiten medidas de protección, dado que los mismos a recibir las denuncias, deben derivar al Juzgado de Familia para que este las emita.

RECOMENDACIONES

1.- Proponer la creación de Juzgados Especializados de Familia con potestad exclusiva y/o única sobre procesos de Violencia Familiar para la correcta aplicación de la Ley N° 30364, atendiendo el aumento de ingresos de demandas en cada Jurisdicción; teniendo en cuenta que los Juzgados Especializados de Familia permanentes anteriormente creados, ya cuentan con carga procesal en materia civil, tutelar con la antigua Ley de Violencia Familiar, menores infractores, por lo que le es difícil al Magistrado dictar medidas de protección en el plazo de setenta y dos horas como lo señala la Ley N° 30364, vulnerando la Tutela Jurisdiccional de la Víctima.

2.-Brindar las suficientes facultades a los Psicólogos para que puedan determinar el daño psíquico bajo los parámetros que la ley determina sin afectar los plazos y estos puedan ser valorados como un medio de prueba en las fiscalías penales sin observación alguna.

3.- El Estado debe prever un presupuesto especial para esta Ley para que se pueda desarrollar la correcta difusión y se pueda brindar una capacitación a los operadores de justicia para que estos hagan una correcta aplicación de la norma, así como para la implementación de los medios materiales y logísticos para poder realizar la Audiencia Oral conforme lo señala el Código Procesal Penal, dado que aún no se ha implementado correctamente en los Órganos Jurisdiccionales competentes.

4.- Brindar mayor presupuesto para el Equipo Multidisciplinario de los Juzgados de Familia, a efecto que brinden un buen servicio a los justiciables e incorporar un Médico Legista a fin de formar un equipo multidisciplinario completo para que permita que esta institución realice un trabajo más integral, a fin de que puedan cumplir con las nuevas obligaciones que la ley les ha otorgado, dado que los mismos también realizan labores similares para procesos como Tenencia, Régimen de visitas y menores infractores.

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO GONZÁLEZ, Rafael. Un enfoque teórico-metodológico para el estudio de la violencia. Cuba: Red Revista Cubana de Salud Pública, 2006. p 3-7.

ARDITO VEGA, Wilfredo y LA ROSA CALLE, Javier. Violencia Familiar en la Región Andina. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2004, p.p. 15-18.

BOSSERT, Gustavo A. y ZANONI, Eduardo A. Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

CASTILLO SOLTERO, María del Pilar. La Penalización de la Violencia Familiar.En:http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=1538. Publicado el 11/07/2008.

DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de derecho de familia. Buenos Aires: Tipografía Editorial Argentina, 1953.

GARCÍA TOMA, Víctor. Los Derechos Humanos y la Constitución. Editorial Gráfica Horizonte. Edición febrero 2001, p. 211.

GONZALES LUNA, María Alejandra. Justicia Viva; Julio 2008. Perú.

PIERPAOLO, Donati. Manual de sociología de la familia. España: EUNSA, 2004. p 21.

PLÁCIDO V., Alex F. “La reforma de la Ley de protección frente a la violencia familiar”. En: Actualidad Jurídica. T. 124. Gaceta Jurídica. Lima, marzo, 2004. Pág. 36.

RAMELLA, Pablo A. Los Derechos Humanos. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1980.

RAMOS, Manuela y OTRO: Manual sobre Violencia Familiar y Sexual, Lima, 2004, p. 30.

RIVERA, F. y OTRA: El Derecho Frente a la Violencia Familiar, Lima, 2004, p.41.

SOKOLICH, M.: Violencia Familiar, Lima, 2001, p. 53; ARDITO, W. y OTRO: Violencia Familiar en la Región Andina, Lima, 2004, p. 24; Etc.

Ley de Protección frente a la Violencia Familiar - Ley Nº30364. Perú

¿Son un trofeo para sus padres?

¿Es una agresión el Síndrome de Alienación Parental?

"Las letras de las leyes no tienen el alcance de los ojos de un niño"
Máximo Leyton.

Alvin Paul Quiroz Frías[1*]

***SUMARIO**: 1.Introducción. 2. Antecedentes. 3. ¿Qué diferencia existe entre la patria potestad, tenencia y régimen de visitas? a) La patria potestad, b) La tenencia, c) El régimen de visitas 4. ¿Qué es el síndrome de alienación parental?; 4.1 Exteorización del SAP 4.2 ¿Cómo se puede identificar si un niño está alienado? 5. Síntomas del progenitor manipulador. 6. La opinión del niño y la alienación parental en la convención sobre los derechos del niño. 7. La protección del interés superior del niño, niña y adolescente como contenido constitucional. 8. Conclusiones, 9, Bibliografía*

Resumen

Cuando una pareja decide divorciarse, la pensión de los niños, los gastos de su alimentación, vestimenta, educación, recreación; pero sobre todo el derecho a convivir con el otro progenitor (padre o madre) pueden dar inicio a un pleito de nunca acabar en el que incluso, la salud emocional del menor puede verse comprometida. A la manipulación de los hijos, en contra negativa del otro padre-madre, se le ha llamado, Síndrome de Alienación Parental (SAP).

Palabras claves: *Divorcio, Síndrome de Alienación Parental, Interés Superior del Niño, Tenencia, Régimen de visitas, Patria potestad*.

1. INTRODUCCIÓN.

Siempre se nos dijo que los principales maestros de los infantes, son sus padres; sin embargo, se ha preguntado ¿Qué es lo que pasa cuando la pareja se separa? y ¿Cómo quedan los hijos? Muchas veces, después de esa -abrupta- separación, la figura *paterno-filial*, adopta otra perspectiva y porque no decirlo, hasta los roles empiezan a cambiar; sobre todo, si hay menores de por medio. Tanto padres como madres, después que un menor elige seguir tan solo a uno de ellos, [recién], les nace el irónico y hasta sarcástico heroísmo de adoptar y criar a su hijo, cuando (antes) ni se le acercaba para saber de él.

Los menores, ante éste tipo de situaciones, muchas veces quedan a la deriva y no saben qué hacer, *¿y… si voy con mi Papá o mejor con mi Mamá*? ante, el supuesto planteado, el menor, se podría sentirse que está en un callejón sin salida y sobre todo pensar, que su opinión no podría ser tomada en cuenta. Muchos padres, en su forma de solucionar, lo que consideran problema, imponen de forma errada y caprichosa, su conveniencia, sin pensar, en que los niños, ya tiene hecha y forjada su vida con uno de sus progenitores y hacen que su opinión, simplemente, no importe.

Sin embargo, nuestra Corte Suprema de Justicia, en la Cas. N° 2067-2010-Lima, aborda por primera vez una valoración judicial, respecto de la opinión del niño ante un caso de Síndrome de Alienación Parental. Estableciéndose así como precedente; que la opinión de los menores de edad, influida por dicha conducta contra uno de los progenitores, ello, en definitiva, justificó que la variación de la tenencia, no sea progresiva, sino inmediata, otorgándole a la madre, a pesar de la opinión contraria de los hijos; sobre todo si el padre, no manifiesta un interés justificado por mejorar la relación materno-filial. Para dichos casos, la conducta contra uno de los progenitores no es decisiva para la custodia, debido a que el síndrome incide negativamente en el desarrollo e integridad emocional de los infantes y establece que los criterios del Código de los Niños y Adolescentes son orientadores más no determinantes, pues el parámetro será lo más beneficioso para los menores.

1 *Abogado, por la Universidad Señor de Sipán, egresado de la Maestría en Derecho Constitucional y Gobernabilidad de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque y Relator de la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín.

2. ANTECEDENTES.

Cuando una pareja decide separarse, quizás lo hagan de manera inmediata; muchas veces, previo acuerdo y en otras, por una serie de dificultades que se les haya podido presentar y estás las encontramos reguladas como causales en el artículo 333° del Código Civil de 1984, de las cuales, las más recurrentes son, por infidelidad, violencia familiar (física o psicológica), incompatibilidad de caracteres u otra.

Resulta frecuente que dentro del apartado familiar, nos encontremos con fenómenos, en los que los padres, producto de una ruptura socio-económica y familiar, pretendan reacomodar su contexto familiar en aras de la anhela restructuración familiar. Sin embargo, en patrones, de familias disfuncionales, se suele encontrar denominadores comunes, como la presencia de violencia familiar, infidelidad, alcoholismo, drogadicción, etc.

Con todos esos ingredientes, antes descritos, es más que latente que ante un caso que esté en disputa la Tenencia o el Régimen de visitas de los hijos, se presente el Síndrome de Alienación Parental.

El médico Richar A. Garder, desde los años 1985, recalcó el término "*Síndrome de Alienación Parental*"; para referirse a un "*trastorno en el que los niños, están preocupados denigrando y criticando a un progenitor, denigración que es injustificada y/o exagerada*".[2]

Con la teoría de Gardner, que diversos autores han comenzado con el concepto de "Alienación Parental" y "el niño alienado", olvidándose del concepto de síndrome. Se habla de alienación parental como "un concepto válido que describe un fenómeno real que sufre una minoría de niños en el contexto de disputas de divorcio y cuidado personal", y define al niño alienado como: "…*el que expresa, libre y persistentemente, sentimientos y creencias no razonables (como enojo, odio, rechazo y/o miedo) contra un progenitor que son significativamente desproporcionadas a la experiencia real con ese progenitor. Estos niños son reconocidos por tener marcados sentimientos no ambivalentes de rechazo al progenitor sin culpa o conflictos aparentes*".

Se ha explicado que ante la ruptura sentimental, ya sea por divorcio o simplemente por una separación, uno de los progenitores, tendrá que ejercer la tenencia y el otro el régimen de visitas de los hijos menores de edad, en caso de que no exista un acuerdo, tendría que apuntarse a la tenencia compartida, cuyas ventajas se han destacado con la amplia doctrina y jurisprudencia[3].

Cualquiera que haya sido la fórmula de la separación y los matices legales optados, si la pareja en cuestión se encuentra envuelta en una relación nociva en la que cada uno pugna por el cariño de los hijos y proceden a disputárselos cual si fueran un *trofeo de guerra*, entonces podemos hablar del fenómeno de la Alienación Parental, manifestado, como se ha dicho, en la "intención expresa de un progenitor, a cargo de la tenencia del menor, por enfrentar a éste en contra del otro, de modo que el hijo llegue a elaborar una actitud de enfrentamiento injustificado con aquél"[4], con el sólo objetivo de "castigar" al otro progenitor sin mayor excusa que la innoble actitud de hacer sentir al otro "culpable" y aparecer frente a los hijos como "víctima" de la separación. Este fenómeno puede manifestarse en una interferencia en el régimen de visitas y acceso al o a los menores beneficiados con el citado régimen[5].

2 Richar A. Garde, M.D "The Parental Alienation Síndrome" p. 59, 1992 Creative Therapeutics. Cfr. en *http://shared-parenting.co.il/wp-content/uploads/2014/03/Parental-Alienation-Syndrome-1.pdf*

3 AGUILAR SALDIVAR, Ahida, Artículo Tenencia Compartida, Revista JUS Doctrina y Práctica, p. 169-174

4 AGUILAR CUENCA, José Manuel, "S.A.P Síndrome de alienación parental-Hijos manipulados por un *cónyuge para odiar al otro*", Editorial Almuzara, 2da.edición, España 2005, Ob. Cit. p.23

5 AGUILAR SALDÍVAR, Ahida. Fiscal Adjunta Provincial de Familia de Lima "El síndrome de Alienación

3. ¿QUÉ DIFERENCIA EXISTE ENTRE PATRIA POTESTAD, TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS?

Es habitual que ante la separación de los padres, los hijos menores permanezcan conviviendo con la madre, quien generalmente ejerce una guarda de hecho desde la ruptura de la pareja. Ello encuentra fundamento en que la mujer es quien, tradicionalmente, ha permanecido más tiempo en el hogar, se ha encargado de las tareas domésticas y de las correspondientes a la educación, alimentación, cuidado y salud de los hijos. Además se posibilita que en la traumática situación que los hijos viven se mantengan los afectos referidos a sus actividades habituales como su: barrio, los amigos, la escuela, etcétera. Tal solución facilita la adaptación del niño a la nueva situación[6].

Por ello con el ánimo de proporcionar un mejor entendimiento de cada figura planteada, es necesario señalar brevemente la importancia de cada concepto como: La Patria Potestad, Tenencia y Régimen de visitas, puesto que se suele considerar una estrecha similitud.

a. **La patria potestad**. Que, en principio es el ***deber*** y el ***derecho*** que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores de edad. Estos deberes y derechos están concretamente definido en nuestro ordenamiento legal, tales como: *velar por el desarrollo integral de los hijos*, *proveer a su sostenimiento y educación*, *darles buenos ejemplos de vida* y *corregirlos moderadamente*, tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad competente si fuere necesario para recuperarlos, representarlos en sus actos mientras no adquieran la mayoría de edad, entre otros.

   La patria potestad[7], representa actitudes y facultades -*dirigidas hacia un objeto, o a favor de algo o alguien*- ejercido y concedido a los padres, con el objeto de procurar el cuidado y protección de sus hijos desde su nacimiento hasta su mayoría de edad o emancipación y de sus bienes, pudiendo en algunos casos, hacer uso de ellos.

b. **La tenencia**. Que, por su parte es un atributo de la patria potestad que consiste en mantener a los hijos bajo la protección y cuidado de uno de los padres, cuando estos se encuentran separados de hecho o declarados judicialmente como tales, (lo cual no significa que el que padre o madre a quien no se le haya confiado la tenencia haya perdido la patria potestad). Es por ello que la tenencia se puede determinar de común acuerdo o en caso de discrepancia lo resuelve el juez de acuerdo a lo más conveniente al menor; es necesario recalcar que la opinión que tienen los menores en este proceso es tomada en cuenta por el Juez al momento de resolver. Asimismo debemos manifestar que la tenencia no es definitiva y puede ser variable de acuerdo a las circunstancias en la que se advierta un peligro en la integridad del menor.

c. **El régimen de visitas**. Que, forma parte del Derecho de relación. Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación de la relación *paterno-filial*. Jurídicamente, visitar implica estar, supervisar, compartir, responsabilizarse;

---

parental (SAP). Sus implicaciones en el binomio custodia-régimen de visitas" Cfr. en http://www.derechoycambiosocial.com/revista019/sindrome%20de%20alienacion%20parental.htm

6 La jurisprudencia ha expresado que: "No puede dejar de advertirse en el caso, que los menores tienen desarrollado su centro de actividades colegiales y de relación humana con sus amigos en su lugar, y que en consecuencia, la transferencia de ellos a otro importaría un serio desarraigo, agravando el cuadro de carencias afectivas que ciertamente padecen" (CCCom. 5ª Nom. de Córdoba, 3-3-95, A. I. 60; trib de origen: JCCom. 2ª Nom. de Córdoba, "B. T. del V. s/Solicita homologación. Incidente de tenencia", Semanario Jurídico, Nº 1056, t. 73, p. 362.

7 DÁVALOS RAMÍREZ, Charo. "Patria potestad y tenencia" abril, 2011. Cfr en: http://elblogdecharitodr.blogspot.pe/2011/04/patria-potestad-y-tenencia.html

por tanto, resulta más conveniente referirnos, de manera integral, al régimen de comunicación y de visita.

Para el Maestro Varsi Rospligiosi[8], es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos (y viceversa) cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente. Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor que no vive con su hijo a estar con él así como, recíprocamente, el derecho del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral.

Es por ello que las leyes especiales, que rigen el trámite familiar incluyen a la guarda o tenencia y al régimen de visitas en su competencia material. Se trata de instituciones del Derecho de Familia encaminadas a la protección del hijo menor y a su educación, y tienden al logro de un desarrollo físico y psicológico de forma tal que puedan desenvolverse en su vida adulta.

4. ¿QUÉ ES EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (SAP)[9]?

Entiéndase previamente que el ***Síndrome***, es el conjunto de síntomas y características de una enfermedad, y *a su vez* es el conjunto de fenómenos que caracterizan una situación determinada. *La* ***alienación***, es la acción y efecto de alienar, como el proceso mediante el cual, el individuo o una colectividad transforman su conciencia hasta hacerla contradictoria con lo que debía esperarse de su condición.

Por el Síndrome de Alienación Parental (SAP) debemos entenderlo como el hecho o suceso por el cuál, uno de los progenitores de forma sistemática, monitorea de forma negativa el actuar del otro progenitor o en su defecto, puede cambiar la versión o realidad y -éste- denigra al otro padre; en resumida cuenta, *[alienar]* es llenar, adoctrinar y porque no decirlo, cambiar la versión de los hechos del uno en contra del otro o viceversa.

La primera definición que se realiza sobre esta realidad, se le atribuyó a Richard Gardner[10], experto en psiquiatría infantil y forense, realizaba peritajes judiciales, cuando formuló el concepto de SAP desde 1985, que define el Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.) como un "***desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños***" (*La negrilla y cursiva, es nuestra*). Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de la propia contribución del hijo a la denigración del padre rechazado.

"*Los niños no nacen con genes que les programen para rechazar al padre, un odio así es inducido por el medio, y la persona que con mayor probabilidad lleva a la alienación es la madre*."[11] No olvidemos que ambos padres (deberían) estar en la mira.

El concepto descrito por este autor incluye el "lavado de cerebro" (niño persuadido a aceptar y elaborar el discurso del progenitor-custodio), lo que implica que uno de los progenitores, de

8 Varsi Rospigliosi, Enrique. "Régimen de visitas y derecho a la comunicación entre los parientes".Cfr. en http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias3/pdf/DERECHO_DE_RELACI%C3%93N.pdf.
9 AGUILAR CUENCA, José Manuel. "El síndrome de alienación parental", en Asociación Española de Abogados de Familia, Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales; el síndrome de alienación parental; previsiones capitulares, homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga.
10 Gardner Richard: "Recent trends en divorce and custody litigation". Academy Forum. 1985:29(2) P.3-7.
11 Gardner, Richard. A. "The Parental alienation síndrome", Cresskill , NJ : Creative Therapeutics. p. 75.

forma sistemática y consciente, “programa” a los hijos en la descalificación del otro. Además a establecido que, si el maltrato o la negligencia hacia el menor está demostrada, así como la animadversión del niño está justificada, el SAP no es una explicación apropiada para las variables que afectan al menor. En este sentido, incluye otros factores subconscientes e inconscientes como (defensa, proyecciones sistemáticas) mediante los cuales el progenitor alienante contribuye a la alienación.

Johston y Campbell, utilizan el concepto de alienación para referirse a las fuertes preferencias de los hijos hacia uno de los progenitores que, inevitablemente, los alejan del otro[12].

Como lo ha explicado Garder, es un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda o custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña.

Surge como una respuesta del contexto familiar de divorcio o separación de los padres, en la cual el niño resulta alienado respecto de uno de sus progenitores y acosado con la denigración exagerada y/o injustificada del otro progenitor.

Manuel Aguilar, establece que “*ningún niño debería estar obligado a tener que elegir entre sus padres*”[13] más aún si -*continuamos*- con el SAP, como mecanismo de autodestrucción familiar, debido a la campaña de difamación injustificada o adoctrinamiento del hijo, ejercida por uno de los padres, muchas veces por el que exhibe la tenencia, con ello, no se pretende establecer, como figura principal hacia dicho progenitor, sino muy por el contrario, también suele presentarse por el [padre visitante], que se le otorgó el régimen de visitas, que comúnmente, se le llama padre alienador, en contra del otro progenitor, con el que el niño, no convive, llamado por la doctrina padre alienado.

No se puede dejar pasar por alto que de manera directa se les atribuya a los padres la figura de padres alienadores, sino también a todo aquel que esté inmerso dentro del entorno familiar de manera directa al menor, como los abuelos, los tios, primos e inclusive el padre afín, sustituto o comúnmente llamando padrastro.

4.1 Exteriorización del SAP[14]

Manuel Bermúdez, establece que la conducta alienante, es realizada por el agente alienador, el cual puede ser uno de los dos progenitores de una familia en crisis, y se manifiesta, en primer orden, cuando el progenitor con el derecho a la tenencia del hijo, ejecuta acciones en contra de aquel sin tenencia.

En forma de reacción, este progenitor, “reacciona” ante tal conducta y cuando tiene acceso al hijo (a través de su derecho a la visita), suele realizar la misma conducta criticable y comienza a generar en el hijo una situación de inestabilidad emocional con respecto al dependiente, a quien se le exige una conducta de fidelidad/rechazo que le es imposible de cumplir (conflicto de lealtades)

En la mayoría de casos, la conducta de los agentes alienantes provoca una reacción de

12 Bolaños, Mediación familiar en proceso contencioso de separación y divorcio.
13 Aguilar Cuenca, José Manuel, SAP Síndrome de alienación parental, 2° ed., España: Almuzara, 2006. Cortes Ortega, Demetrio, “Alienación Parental nueva forma de Violencia Familiar. Pater Familias”, en Revista de Derecho Familiar, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.p.179
14 Bermúdez Tapia, Manuel. “Derecho Procesal de Familia” Lima: Editorial San Marcos 2012. Pp.410

temor en el otro, el cual consideramos “progenitor débil”, por cuanto es víctima de violencia familiar.

Las características frecuentes de ese progenitor débil son:

a) Dependencia económica frente al otro progenitor
b) Inseguridad personal para la ejecución de actividades sociales, profesionales o personales (incluyendo la toma de decisiones)
c) Dependencia emocional o afectiva frente al dependiente; como mecanismo de refugio, el agente alienador suele “esconderse” en el ser protegido, buscando una vinculación afectiva y sentimental que enfrente el otro vínculo.

4.2 ¿Cómo se puede identificar si un niño está alienado?

Ainhoa Duque, Psicóloga española, en entrevista a *tve* Española, estableció algunos aspectos que se podrían considerar como síntomas en los que se evidencia que un niño ha sido alienado como: (i) ***la agresividad*** y (ii) ***Polaridad afectiva***; es decir, éste es mi padre bueno y aquel, es el malo. Los argumentos, que puede esbozar un menor, se dan en calidad de un pensador independiente, es decir, son pensamientos prestados, porque, detrás de un rechazo a uno de los padres. Se podría pensar que un niño fue alienado. Lo podríamos llamar como los pensamientos prestados.

La figura planteada por la Psicóloga, está en función a un padre amoroso y que tuvo una vida previa, es decir, se dio el contacto desde sus inicios, con las atenciones y cuidados, diferentes son los casos en los que los padres infringieron en su estabilidad emocional y le generaron un maltrato.

Un niño puede llegar a odiar a su padre, es decir, se puede presentar ausencia de culpa por la crueldad, que éste menor puede extender y la gravedad que un menor, puede llegar a golpear, gritarle, no atender sus llamadas, rechazar su visita y no querer saber absolutamente nada de su padre. *El desprecio*, podría ser de alto voltaje de forma negativa en contra el padre o madre.

El cambio que se le presenta a un menor es de carácter psicológico, cambio drástico en su conducta, deja de hacer sus actividades cotidianas, se puede volver introvertido o extremadamente extrovertido, declina en sus actividades académicas, puede llegar a sentirse culpable. No se puede explicar, como de un momento a otro es que [después de una visita] cambie la actitud de un menor. En más de una oportunidad, algunas madres y padres, me decían. ***Una vez que se va su Papá, mi niño, ya no me hace caso***. ***Porque su papíto, le dijo que no solo le haga caso a la bruja de su Madre***. Los padres, quizás también se hayan visto afectos, cuando la madre, les haya indicado a sus hijos. ***Tu Papá, no vino a verte por estar con su amante o en borracheras***. Estás dos situaciones, planteadas (reales) se ven reflejados en el posterior comportamiento de los menores-adolescentes y que indirectamente son generados por mismos padres.

En alguna oportunidad, las reacciones se presentan así:

- El niño apoya reflexivamente al progenitor con cuya causa está alineado.
- El niño expresa desprecio sin culpa por el odio o rechazo hacia el padre o madre objeto.
- Lo peor, la animosidad se extiende a la familia de origen y a quienes se asocian con el padre odiado.

Como se puede observar, en un contexto de conflictivo derivado de la ruptura de la pareja que conformaban los padres, se encuentra un terreno potencialmente fértil para que se produzca el síndrome mencionado, dado que el caldo de cultivo, está en los celos y reclamos absurdos

donde "*el hijo es percibido por el padre custodio como un instrumento de poder destinado a satisfacer sus propias necesidades en daño del otro padre, que sufre, injustificadamente, el desprecio y el alejamiento del hijo*"[15].

5. SÍNTOMAS DEL PROGENITOR MANIPULADOR;

Podemos considerar al SAP, como una patología, en la que consiste en un conjunto de conductas por las cuales uno de los padres intenta deliberadamente alienar (apartar) a su hijo o hija del otro, mediante un "*lavado de cerebro*" o adoctrinamiento progresivo, a fuerza de descalificaciones, creando un miedo infundado o aversión, con lo cual el menor acaba odiando de forma patológica e injustificada al padre afectado, sin querer volver a verlo, llegando a destruir todo tipo de relación o vínculo con él, e incluso generando graves cuadros de ansiedad ante la presencia de éste[16].

Los padres o madres, manipuladores son aquellos que adoctrinan a un menor de manera irresponsable, respecto del actuar o comportamiento del otro y usualmente tienen a generar comportamientos que permitirán saber si estamos ante un padre alienador, como los siguientes:

(i) **Control total hacia los hijos**; No es que sean sobre protectores, sino muy por el contrario, es desprotegerlos.

(ii) **No respeta reglas**, a veces ni las sentencias, porque las reglas no son para ellos, son ellos mismos los que generan sus propias reglas, porque consideran que no están para cumplir las reglas establecidas, en favor de sus hijos. Aquí, podríamos, establecer, que les importa el horario, fijado por un juez, en un régimen de visitas por un juez y llega a visitar a un menor, fuera de horario, con signos de alcohol o quizás cigarro.

(iii) **No respeta deseos de sus hijos**, no los escuchan, no los atienen y los han llenado de tantos comentarios negativos (intoxicación mental), que permitir que un niño se muestre como tal y se hace muy difícil.

(iv) **Finge entendimientos**, creen que los hacen por los hijos, que incluso trata de ver a los otros padres, pero, no, es mentira.

Es indispensable que los menores, lleguen a saber la verdad de la separación de sus padres y no llenarlos de mentiras, ayudaría bastante a tener una estabilidad emocional; porque es un arma de doble filo, que a largo plazo sería un detonante en el ámbito familiar. "*Es preferible una verdad (progresiva) que cause llanto, a una mentira que finja sonrisas*". Por ello es que no se trata del [Derecho] de los padres, sino del Interés Superior de los Niños.

Es importante identificarlo ya que se pone en juego el interés superior del menor y sobre todo el respeto a sus Derechos Humanos y a una vida armónica.

6. LA OPINIÓN DEL NIÑO Y LA ALIENACIÓN PARENTAL EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO[17].

15 CICERO y RINALDO, «Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale», Rev. Il Diritto de Famiglia e delle Persone [en adelante: D.F.P.] 2013.3. sec. Giurisprudenza di legittimità, pág. 874

16 GÓMEZ MAGÁN, «Síndrome de alienación parental (SAP)», Revista de familia, n.º 38, Valladolid, Ed. Lex Nova S.A., 2008, pág. 65.

17 PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "La valoración judicial de la opinión del niño alienado conforme con la convención sobre los derechos del niño". Revista Jurídica del Perú. Tomo 129. Nov. 2011. Pp. 18-20

Conforme a la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, los derechos fundamentales deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales, sobre derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú. La convención sobre los derechos del Niño, fue aprobada, mediante resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990; siendo, en la actualidad, la norma de su desarrollo legislativo el Código de los Niños y Adolescentes aprobado por ley 27337.

Se debe considerar la expresión "por los medios que elijan", contenida en el artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes. El derecho del niño a expresar libremente su opinión tiene por objetivo garantizar que las opiniones del niño, sean un factor importante en todas las decisiones que lo afecten y poner de relieve que no es posible poner en práctica un sistema eficaz de aplicación sin la intervención de los niños en las decisiones que afecten su propia vida.

Es característico que los hijos estén involucrados en el proceso de deterioro de la relación de sus padres. Muchas veces generado por el progenitor alienador, que puede ser vía mensaje, gesto, acción u otro que termine desencadenando en lo que se denomina "lavado de cerebro". Los hijos que sufren esta alienación parental, desarrollan un odio patológico e injustificado hacia el progenitor alienado que tiene consecuencias devastadoras en el desarrollo físico y psicológico de los infantes. Además la alienación parental, no solo afecta de forma directa a los menores, también a los familiares del progenitor alienado como: Abuelos, tíos, primos y otros.

Precisamente, una de las circunstancias que afectan la libertad del niño para expresar espontánea y naturalmente su opinión, es la alienación parental.

Es por ello que la Convención sobre los Derechos del Niño, exige que la opinión del niño sea prestada "libremente"; esto es, sin que el niño sea objeto de ningún tipo de presión, coacción o influencia que pueda impedirle expresar su opinión con espontaneidad y naturalidad.

La alienación parental (SAP) está considerada, como una forma de maltrato infantil, el solo hecho de pensar que sus propios hijos serán utilizados como rehenes o trofeos, hace pensar que definitivamente, es una estrategia, totalmente desquiciante del progenitor orientador del rechazo, quien al cometer esta acción fortalece la negativa de los hijos de ver al otro padre, efectuando acusaciones sin ningún tipo de prueba legal; afectando, gravemente, el psiquismo de los hijos.

El progenitor alienante, provoca la destrucción del vínculo entre el otro progenitor y el niño, destrucción que desafortunadamente, durará con toda probalidad de por vida.

Siguiendo la teoría de Maestro Alex Plácido, "*el juez, debe tener presente que el disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo, constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aun cuando la relación entre los padres se haya roto; por lo que las medidas internas que obstaculicen ese disfrute, constituyen una violación del derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres*". Como lo señalamos anteriormente, siempre y cuando los padres coadyuven a buscar tranquilidad emocional, respetando todo aspecto planteado por el Magistrado; sobre todo por el beneficio que implica para el menor. No se concibe la idea de un "padre" fantasma que de la noche a la mañana se aparezca y pretenda la aceptación de un menor y luego termine aduciendo al juez que la madre o padre, tiene alienado a su hijo.

Alienar a un menor, es ingresar a un nivel (quizás) desconocido, por la reacción que éste fenómeno, pueda ocurrir en los familiares. Si el padre genera alienación en contra de la madre, el menor (receptivo) transmite dicha información a la madre y puede volver a generar

respuesta inmediata, esto a su vez, se regresa al padre generador que lanzó dicha misiva por intermedio del encomendado. Generándose así, un círculo con aras de destrucción, por lo que el principal afectado termina siendo como se ha expuesto. El menor.

Para el Maestro Manuel Bermúdez[18], la patología que se puede presentar por el accionar de uno de los progenitores, puede ser extendida a las relaciones entre ascendiente y descendiente mayores de edad, principalmente cuando de por medio existen una condición que atenúa o limita las capacidades de ejercicio del dependiente familiar, quien generalmente es una persona de tercera edad, sobre la cual pesan condiciones específicas (generalmente económicas) que lo convierten en víctima de sus descendientes próximos (con los que convive) en contra de los demás descendientes con quienes no convive o tiene una relación fluida.

Resulta que la familia, también puede contribuir con la alienación, debido a que los demás miembros de la familia en crisis, en proceso de separación o divorcio o la que se encuentra en situación paralela a la nueva relación familiar o matrimonial de alguno de los progenitores.

La familia que sufre de estos efectos y consecuencias, es la familia amplia (*abuelos, tios, primos, sobrinos*) en mayor medida frente a las otras clases de familia, la cual es considerada como familia invisible. "*Ojalá y no sea como su padre o madre*".

7. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE COMO CONTENIDO CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional [STC 02132-2008-PA/TC] ha precisado que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Norma Fundamental, en cuanto establece que "*La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)*". Tal contenido de *fundamentalidad* es reconocido a su vez por la "Convención sobre los Derechos del Niño" de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano iante Resolución Legislativa N.° 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada /11/el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990. El texto de la menciona convención se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990 y mediante N.° 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente inter nacional la difusión de la "Convención sobre los- Derechos del Niño"[19].

Ahondando en ello, mediante la sentencia recaída en el Expediente N.° 06165-2005- HC/TC, este Tribunal reconoció que: (...) La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en lo que se ha señalado como interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parle del bloque de constitucionalidad del mencionado artículo 4°, a través del articulo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y, en el espectro internacional, gracias al principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño y al artículo 3°, inciso 1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*[20] (...) (resaltado agregado). De lo antes descrito se tiene que el principio

18 BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. "Pericia detección, análisis, evaluación y tratamiento del síndrome de alienación parental" en Revista Jurídica del Perú. Tomo 129. Nov. 2011. P.p. 30-31

19 Exp. N° 04058-2012-PA/TC, fundamento 14

20 Articulo 3.

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y cl cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales.

8. CONCLUSIONES

Quizás sea difícil de comprender para algunos padres que se encuentran inmersos dentro de un procesos por tenencia y régimen de visitas; sin embargo dentro de ese triángulo (Padre-Menor-Madre), hay intereses muy por encima de los [mal llamados] derechos de los padres y que por encima de éstos, está el derecho e interés del niño, que algunos malos padres de manera indiscriminada, atentan contra su integridad psicológica de los menores, bombardeándolos con dichos muy alejados a su realidad en la que viven muy tranquilos.

Debe entenderse que no es fácil vivir sin la presencia de un menor; sin embargo, hay que comprender que tampoco es fácil, para un menor, tener que soportar que de la noche a la mañana, aparezca un padre y pretenda retomar lo que desde un momento abandonó y se encuentre con un eminente rechazo por parte de un menor y ante tal situación, no es viable que se le pretenda ganar a un menor con dádivas, ni mucho menos si ya no hay intereses emocional entre la pareja y por ello no va ser viable que se pretenda escudar en un menor, llenando el espacio que dejó un padre con el aspecto material. *Hay que tener presente que el dinero, no compra sentimientos, ni mucho menos los años de ausencia*.

No garantizar y obstaculizar el derecho fundamental del menor de mantener sus afectos y vínculos emocionales con sus progenitores y familiares, es una forma de maltrato que le provoca un daño a su bienestar y desarrollo emocional. No olvidemos que el Síndrome de Alienación Parental, está equiparado a una situación de riesgo, por ello, es preponderante la participación de un profesional en la materia, como un especialista (psicólogo) que atienda y entienda el tratamiento que se debe asignar a un menor-adolescente en procesos en los que se determinará la tenencia y régimen de visitas.

No es fácil que solo bajo la presión que supone una orden judicial pueda solucionarse la situación que ha desencadenado un Síndrome de Alienación Parental. Si de verdad queremos solucionar este maltrato a los niños y niñas debemos abordarlo desde una intervención terapéutica (evaluación a los padres), y no únicamente desde forzar un sistema judicial de visitas.

9. BIBLIOGRAFÍA

1. Richar A. Garde, M.D "*The Parental Alienation Síndrome*" p. 59, 1992 Creative Therapeutics.
   Cfr. en *http://shared-parenting.co.il/wp-content/uploads/2014/03/Parental-Alienation-Syndrome-1.pdf*
2. AGUILAR SALDIVAR, Ahida, Artículo Tenencia Compartida, Revista JUS Doctrina y

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que scan necesarias para el desarrollo del niño. (…)

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño (...).

Práctica, p. 169-174
3. AGUILAR CUENCA, José Manuel, "*S.A.P Síndrome de alienación parental-Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*", Editorial Almuzara, 2da.edición, España 2005, Ob. Cit. p.23
4. AGUILAR SALDÍVAR, Ahida. Fiscal Adjunta Provincial de Familia de Lima "*El síndrome de Alienación parental (SAP). Sus implicaciones en el binomio custodia-régimen de visitas*" Cfr. en *http://www.derechoycambiosocial.com/revista019/sindrome%20de%20alienacion%20parental.htm*
5. DÁVALOS RAMÍREZ, Charo. "*Patria potestad y tenencia*" abril, 2011. Cfr en: *http://elblogdecharitodr.blogspot.pe/2011/04/patria-potestad-y-tenencia.html*
6. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "*Régimen de visitas y derecho a la comunicación entre los parientes*".Cfr. en *http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias3/pdf/DERECHO_DE_RELACI%C3%93N.pdf.*
7. AGUILAR CUENCA, José Manuel. "*El síndrome de alienación parental*", en Asociación Española de Abogados de Familia, Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales; el síndrome de alienación parental; previsiones capitulares, homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga.
8. Gardner Richard: "*Recent trends en divorce and custody litigation*". Academy Forum. 1985:29(2) P.3-7.
9. Gardner, Richard. A. "The Parental alienation síndrome", Cresskill, NJ: Creative Therapeutics. p. 75.
10. Bolaños, Mediación familiar en proceso contencioso de separación y divorcio.
11. AGUILAR CUENCA, José Manuel, SAP Síndrome de alienación parental, 2° ed., España: Almuzara, 2006. Cortes Ortega, Demetrio, "Alienación Parental nueva forma de Violencia Familiar. Pater Familias", en Revista de Derecho Familiar, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.p.179
12. BERMÚDEZ TAPIA, MANUEL. "Derecho Procesal de Familia" Lima: Editorial San Marcos 2012. Pp.410
13. CICERO y RINALDO, «Principio di bigenitorialità, conflitto di coppia e sindrome da alienazione parentale», Rev. Il Diritto de Famiglia e delle Persone [en adelante: D.F.P.] 2013.3. sec. Giurisprudenza di legittimità, pág. 874
14. GÓMEZ MAGÁN, «Síndrome de alienación parental (SAP)», Revista de familia, n.º 38, Valladolid, Ed. Lex Nova S.A., 2008, pág. 65.
15. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "*La valoración judicial de la opinión del niño alienado conforme con la convención sobre los derechos del niño*". Revista Jurídica del Perú. Tomo 129. Nov. 2011. Pp. 18-20
16. BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. "*Pericia, detección, análisis, evaluación y tratamiento del síndrome de alienación parental*" en Revista Jurídica del Perú. Tomo 129. Nov. 2011. P.p. 30-31.

LA VACATIO SENTENTIAE EN LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Rosa Mercedes Revolledo Masías

Abogada

I. INTRODUCCIÓN

Desde la creación del Tribunal Constitucional Peruano, en el año 1996, dicho órgano autónomo, considerado por su Ley Orgánica como el Supremo Intérprete de la Constitución, ha venido desarrollando diversas técnicas jurisprudenciales a fin de dar solución a los conflictos normativos que son puestos en su conocimiento, teniendo como base el Principio de Interpretación de la Norma Jurídica conforme a la Carta Fundamental de nuestro Ordenamiento Jurídico-Constitucional.

Es en ese sentido que el Tribunal Constitucional ha desarrollado las denominadas Sentencias Exhortativas, las mismas que según SAENZ (2006, Pág. 14) "*son aquellas que declaran la inconstitucionalidad de una parte o de la totalidad de una norma, pero sin ordenar su inmediata expulsión del Ordenamiento Jurídico, otorgándose al Congreso un determinado plazo para que expida una ley sustitutoria*", esto es a lo que se ha denominado la técnica de la *Vacatio Sententiae*.

Así, a través de este ensayo se pretende determinar ¿de qué manera la técnica de la *vacatio sententiae* decretada por el tribunal constitucional en una sentencia exhortativa que declara la inconstitucionalidad de una norma legal vulnera el principio de corrección funcional?

II. CONTENIDO

En principio, es necesario precisar que tan igual como las leyes, las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de la ley surten sus efectos al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, conforme lo prescribe el artículo 204° de la Constitución Política del Perú de 1993, que a la letra dice:

> La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

Sin embargo, la realidad no se ciñe a la letra del precepto constitucional citado en el párrafo anterior, pues no siempre el Tribunal Constitucional al declarar la inconstitucionalidad de una norma legal la expulsa del Ordenamiento Jurídico de inmediato, lo que sería su consecuencia lógica, sino que, en determinados casos y teniendo en cuenta la necesidad del mismo, difiere los efectos de sus decisiones en el tiempo, con el objeto de evitar los efectos jurídicos destructivos que generaría la eficacia inmediata de determinada sentencia, surgiendo aquí la siguiente interrogante ¿cuál es la base legal que utiliza el Tribunal Constitucional para postergar los efectos jurídicos de sus sentencias?.

Así, el aplazamiento o suspensión de los efectos jurídicos de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, es lo que se ha denominado, la técnica de la *Vacatio Sententiae*, lo que vendría a ser una analogía de la *Vacatio Legis* y, que dicho órgano autónomo emplea para referirse a la postergación de los efectos de sus decisiones al declarar la inconstitucionalidad de una norma. Sin embargo, se debe precisar que dicha facultad, no implica en modo alguno, una total discrecionalidad o un accionar arbitrario por parte del Tribunal Constitucional, sino todo lo contrario, toda vez que sólo se aplica en aquellos casos de imperiosa necesidad, pero ¿quién y cómo se determina la necesidad de aplicación de la *Vacatio Sentientae* en nuestro Ordenamiento Jurídico?

En ese sentido, se debe indicar que el Tribunal Constitucional Peruano no sólo hace uso de la postergación de los efectos de la sentencia, esto es la *Vacatio Sententiae*, sino que a la misma debe sumarse la “exhortación” que realiza al legislador, a través de la cual se pretende impulsar la modificación de la materia normada por la ley inconstitucional, pero dicha situación ¿acaso sería una forma de someter al Poder Legislativo? Debiendo agregarse además que dicha figura no ha sido prevista de manera expresa en la Constitución, ni en la legislación procesal constitucional, las mismas que han apostado por un nexo aparentemente indisoluble entre la declaración de inconstitucionalidad y la expulsión inmediata de la ley enjuiciada, entonces ¿cuál es el sustento legal que utiliza el Tribunal Constitucional para emitir las sentencias exhortativas?. Sin embargo, la previsión de esta capacidad ordenadora de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal se considera conveniente por razones de seguridad jurídica, pero ello ¿es presupuesto suficiente para sostener su legitimidad?

Previendo esta situación, esto es que la Norma Fundamental no establece en modo alguno la legitimidad de la postergación en el tiempo de los efectos jurídicos

de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, dicho órgano autónomo ha establecido pautas para su utilización, indicando que debe contar con el acuerdo de cinco de los siete magistrados que lo integran, votación cualificada equivalente a la que exige su Ley Orgánica para la declaración de inconstitucionalidad. Adicionalmente, ha señalado que, se acudirá a esta técnica únicamente cuando la simple declaración de inconstitucionalidad provoque "*una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias*", en alusión al juicio de ponderación que debe realizar para decidir si pospone los efectos de su pronunciamiento o no lo hace; y, finalmente la necesidad de que la sentencia argumente las razones que justifican dicho proceder.

Pese a que la legitimidad de esta herramienta no ha sido reconocida en la legislación peruana, su empleo ha tenido éxito relativo, pues su uso no ha estado exento de dificultades y la reacción del legislador no siempre ha sido consecuente con la responsabilidad que emana de una sentencia de tal naturaleza, toda vez que a lo largo de la historia se aprecia un escaso respeto por parte del legislador peruano hacia las decisiones del Tribunal Constitucional, la misma que se ha manifestado no sólo en su falta de diligencia para dictar la normatividad requerida dentro de los plazos previstos por dicho órgano, sino que incluso ha llegado a prorrogar indefinidamente la normativa declarada inconstitucional, como aconteció con el dictado de la Ley N° 28934, que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la justicia militar y policial, la misma que fue objeto de un proceso de inconstitucionalidad en el Exp. 005-2007-AI/TC, debiéndonos preguntar ante ello ¿en cuántos casos el Poder Legislativo ha acatado la exhortación que efectúa el Tribunal Constitucional cuando emite una sentencia que posterga sus efectos en el tiempo?, ¿por qué el Poder Legislativo no acata las decisiones emitidas por Tribunal Constitucional? y ¿acaso considera como una subordinación la exhortación hecha por el Tribunal Constitucional?

En este punto, es necesario precisar que el Principio de Corrección Funcional ha sido definido por el Tribunal Constitucional (EXP. N.° 5854-2005-PA/TC) COMO AQUÉL:

> Que exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

Al respecto HAKANSSON (2009, Pág. 11) señala que el Principio de Corrección Funcional:

Se sustenta en la teoría de la separación de poderes, ya que su aplicación se encuentra más cercana a las instituciones que conforman la llamada parte orgánica de una Constitución; en otras palabras, el principio promueve el respeto a las funciones reservadas por la Carta Magna a cada institución política evitando la invasión de otra y, por otro lado, también impide la interpretación cerrada, literal, y pensar que una institución constitucional (Congreso, Presidencia de la República, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, entre otras) pueda ejercer una atribución con carácter absoluto si trae como resultado la afectación de los derechos humanos.

Es necesario indicar que un sector mayoritario de la doctrina sostiene que los jueces constitucionales únicamente son los magistrados del Tribunal Constitucional y no serían los jueces del Poder Judicial, quienes ejercen justicia ordinaria, siendo denominados "jueces postizos", al conocer en instancia previa los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Hábeas Data, Amparo y Acción de Cumplimiento. Teniendo en cuenta ello, el juez constitucional no sería "el señor del derecho", sino el garante del Estado Constitucional de Derecho y de la supremacía de la Constitución, es decir, es el guardián para la coexistencia de la ley, derechos y justicia. Dicha atribución de los magistrados del Tribunal Constitucional se ve reflejada en la labor interpretativa que realizan respecto de las situaciones que son puestas en su conocimiento, a las cuales les dan una solución con efectos jurídicos generales, esto es que, el pronunciamiento que se emita sirve como precedente para la solución de casos similares en tiempo posterior a la emisión de la sentencia.

En esa línea de pensamiento, de acuerdo al Principio de Corrección Funcional, debemos remarcar que los magistrados del Tribunal Constitucional al realizar su labor interpretativa no pueden en modo alguno desvirtuar las funciones y competencias que a los órganos estatales les han sido confiadas de acuerdo a la legislación vigente. Es así que en el tema que nos ocupa, es decir, determinar si el Tribunal Constitucional atenta o no contra el Principio de Corrección Funcional al decretar la *Vacatio Sententiae* en sus pronunciamientos, debemos señalar que consideramos que los magistrados del Tribunal Constitucional no vulneran el referido principio, pues la decisión de postergar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal no es en modo alguno una carta libre, sino que la misma responde a situaciones de emergencia, cuya solución requiere de la actuación rápida del Poder Legislativo, ya de que tener aplicación inmediata la sentencia podría generar situaciones de inseguridad jurídica e incluso efectos destructivos para el Ordenamiento Jurídico

Peruano.

Al respecto, en concordancia con lo esgrimido en el párrafo precedente, debemos indicar que al declararse la *Vacatio Sententiae* no se vulnera el Principio de Corrección Funcional, pues el mismo exige que el juez constitucional al realizar su labor interpretativa no desvirtúe las funciones que los órganos del Estado ejercen de acuerdo a la legislación que los regula. En ese sentido, es preciso aclarar que la exhortación que realiza el Tribunal Constitucional al Poder Legislativo a efectos de que legisle en un plazo razonable, tampoco afectaría el referido principio, toda vez que el Supremo Intérprete de la Constitución, lo único que hace es indicar que a efectos de no existir vacíos en la legislación peruana, con la declaratoria de inconstitucionalidad de una determinada norma legal, lo que generaría sin duda alguna situaciones de inseguridad jurídica, el Poder Legislativo deberá regular dicha situación mediante una norma legal acorde a los parámetros establecidos por la Norma Fundamental del Estado Peruano, con lo que no obliga al Congreso de la República a realizar funciones distintas a aquellas que el Constituyente le ha conferido, pues la función de legislar es inherente a este organismo constitucionalmente autónomo del Estado.

Aunado a ello, es *menester* indicar que la exhortación que hace el Tribunal Constitucional al Poder Legislativo no significa subordinación, sino todo lo contrario, con ello el Tribunal Constitucional reconoce que es el Poder Legislativo el órgano al que se ha confiado la labor de legislar siendo por tanto el organismo idóneo para reparar la situación de vulneración de bienes jurídicos tan relevantes como son los derechos fundamentales u otros bienes en envergadura constitucional.

De lo expuesto, se puede decir entonces que lejos de existir situaciones de subordinación o intromisión por parte del Tribunal Constitucional al exhortar al Poder Legislativo a emitir una norma acorde a los preceptos constitucionales y legales vigentes, lo que hace es evidenciar una situación de colaboración entre ambas instituciones, pues en modo alguno el Tribunal Constitucional se está irrogando facultades o atribuciones que no le han sido conferidas, sino todo lo contrario, insta a legislador positivo a emitir una norma a fin de que no existan vacíos en la legislación cuando se expulse definitivamente la norma inconstitucional del Ordenamiento Jurídico Peruano, situación que reviste gran importancia en un Estado .

Finalmente, tal como hemos señalado en los párrafos precedentes consideramos que con la aplicación de la técnica de la *Vacatio Sententiae* por parte del Tribunal Constitucional y la exhortación que en virtud de ello realiza al Poder Legislativo no significa transgredir el Principio de Corrección Funcional ni mucho menos

subordinación de un órgano a otro, sino que ello significaría la armonía entre los órganos estatales a mantener la seguridad jurídica en el Estado Peruano.

III. CONCLUSIONES

- La Constitución Política del Estado señala que las sentencias tienen aplicación inmediata, esto es surten sus efectos al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano; sin embargo, el Tribunal Constitucional al ser el Supremo Intérprete de la Constitución, cuando la necesidad lo requiere difiere los efectos de sus sentencias en el tiempo, a lo que se ha denominado la técnica de la *Vacatio Sententiae*.

- El Tribunal Constitucional Peruano hace uso de la *Vacatio Sententiae*, a la que debe sumarse la "exhortación" que realiza al legislador, a través de la cual se pretende impulsar la creación de una norma legal sujeta a los parámetros constitucionales y legales vigentes por parte del Poder Legislativo.

- Al declararse la *Vacatio Sententiae* por parte de los magistrados del Tribunal Constitucional, no se vulnera en modo alguno el Principio de Corrección Funcional, pues el mismo exige que el juez constitucional al realizar su labor interpretativa no desvirtúe las funciones que los órganos del Estado ejercen de acuerdo a la legislación que los regula.

- La exhortación que realiza el Tribunal Constitucional al Poder Legislativo a efectos de que legisle en un plazo razonable, no afecta el Principio de Corrección Funcional, pues con ello no obliga al Congreso de la República a realizar funciones distintas a aquellas que el Constituyente le ha conferido, ya que la función de legislar es inherente a este organismo constitucionalmente autónomo del Estado.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS CUEVAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual*, 24ª, Buenos Aires, Argentina: Heliasta, 1996, Tomo VIII.

- Constitución Política del Perú de 1993.
- STC/ EXP. N° 010-2002-AI/TC.
- STC/ EXP. N° 0030-2005-PI/TC
- STC/ EXP. N.° 5854-2005-PA/TC.
- STC/EXP. N° 00005-2007-PI/TC.
- SAÉNZ DÁVALOS, LUIS. CARPIO MARCOS, EDGAR, Y RODRÍGUEZ SANTANDER, ROGER. *INFORME AL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA ALGUNAS DE SUS FUNCIONES.* EN GACETA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N°. 1, ENERO- MARZO DE 2006.

V. WEB-GRAFÍA

- https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1625/Principios_de_interpretacion_y_precedentes_vinculantes.pdf?

LA ADMISIÓN DE NUEVA PRUEBA EN LA ETAPA DE JUZGAMIENTO COMO CONSECUENCIA DE UNA DEFENSA INEFICAZ.

STALIN PISFIL CASAS

RESUMEN

Una defensa ineficaz por parte de los abogados de oficio vulnera derechos fundamentales; la solicitud de nueva prueba del artículo 373 del CPP se debe flexibilizar y ser admitida en etapa de juzgamiento para evitar la nulidad del proceso penal.

INTRODUCCIÓN

¿La solicitud de nueva prueba se podría admitir en la etapa de juzgamiento cuando se está frente a una defensa ineficaz? Sin lugar a duda la mala defensa trae como consecuencia la indefensión del acusado en el proceso penal peruano; si bien la defensa ha permitido a lo largo de la historia de los procesos judiciales, "tutelar" de algún modo los derechos por parte de los que se sometían a los órganos jurisdiccionales; esta génesis de defensa generó evitar ciertos atropellos, arbitrariedades y vejaciones hacia los ciudadanos; la constitución de Cádiz de 1812, entre otros antecedentes, han permitido desarrollar lo que hoy conocemos como el Derecho de Defensa establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos, y explicada en reiteradas jurisprudencias por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y regulada en la Constitución Política del Perú de 1993; no obstante, una mala defensa por parte de un abogado de oficio, ¿vulneraría derechos supranacionales?, cabe señalar que la libertad que es un derecho fundamental y no menos importante que el derecho a la vida; la mala praxis en la defensa, tiene como resultado un estado de indefensión; en ese sentido, esta investigación, estudiará la posibilidad de flexibilizar el artículo 373 del código procesal penal, para curar el proceso, con nueva prueba en etapa de juzgamiento y evitar nulidades procesales, cuando se compruebe que el abogado de oficio actuó para cumplir sólo las formalidades de ley y no presentó las pruebas necesarias para demostrar la inocencia y/o contradecir la tesis fiscal; en consecuencia, esta investigación pretende a la luz del derecho comparado, doctrina y jurisprudencia internacional y nacional, buscar los mecanismo de solución necesarios, cuando se está frente a una defensa ineficaz en el proceso penal peruano y de esta manera no se menoscabe el derecho constitucional a una debida y eficaz defensa.

JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

El derecho a la defensa comprende un carácter de defensa eficaz, que debe estar realizada por profesionales debidamente capacitados, que fortalezca la defensa del interés concreto del acusado y no como una simple forma para cumplir con la norma procesal penal; en ese sentido, cualquier modalidad de defensa aparente generaría como consecuencia un incumplimiento a nuestra Constitución Política del Perú y a La Convención Americana de Derechos Humanos que regulan el derecho a la defensa; no obstante, la realidad nos demuestra como este derecho nacional e internacional viene incumpliéndose por parte de los profesionales en derecho al momento de ejercer la defensa del ciudadano que ha sido acusado de algún delito, esta defensa ineficaz es cometida en etapas previas a la etapa de juzgamiento, generando que el abogado no presente medios de pruebas de descargo o requerimientos necesarios para ejercer una efectiva defensa y logre de esta manera proteger al imputado, máxime si se está defendiendo sus derechos fundamentales; asimismo conforme al artículo 373 del Nuevo Código Procesal Penal estas pruebas no podrían ser admitidas en la etapa final del proceso, a pesar que el abogado incapaz o negligentemente no las ofreció; razón por la cual, esta investigación se realiza con la finalidad de determinar los mecanismos acordes que permitan la admisibilidad de medios de prueba, cuando se detecten casos de defensa ineficaz, garantizando de este modo la plena vigencia de los derechos fundamentales; en virtud a ello corresponde que nuestra legislación flexibilice sus barreras legales de incorporación de prueba en juicio, en aras al respecto al derecho de defensa, ubicándonos de esta forma, bajo los estándares de justicia internacional legitimando las decisiones de las autoridades jurisdiccionales, y además evitando posibles multas al estado peruano por afectación de derechos fundamentales y el derecho a la defensa,

como reiteradas veces viene señalando la Corte Interamericana DDHH, verbigracia en el caso Ruano Torres & El Salvador ha dejado sentadas las bases de lo que se podría llamar una defensa ineficaz, indicando que se tendría que evaluar si la acción u omisión del defensor público constituyó una negligencia inexcusable o una falla manifiesta en el ejercicio de la defensa que tuvo o puede tener un efecto decisivo en contra de los intereses del imputado; por lo tanto desde dicha perspectiva, resulta factible y necesaria desarrollar la presente investigación para contribuir en los criterios de interpretación de la norma procesal penal peruana y generar una correcta garantización de los derechos nacionales e internacionales que regulan el derecho a la defensa.

CONCEPTUALIZACIÒN Y ANÀLISIS DEL DERECHO DE DEFENSA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Ruano Torres y Otros vs El Salvador, en el fundamento 158 ha señalado que "*el derecho de defensa comprende un carácter de defensa eficaz, oportuna, realizada por agente capacitada, que permita fortalecer la defensa del interés concreto del imputado y no como un simple medio para cumplir formalmente con la legitimidad del proceso. Por ende cualquier forma de defensa aparente resultaría violatoria de la Convención Americana*"; por otra parte el Tribunal Constitucional ha señalado expediente N ° 0773 I -2013-PHC/TC que el derecho de defensa *«constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés».* En ese mismo sentido, es menester mencionar a JAUCHEN que establece claramente que *"no basta que se de al imputado la oportunidad de designar abogado, se exige que en el proceso penal aquél realice una defensa eficaz; "es imprescindible que el defensor agote pormenorizadamente una razonada refutación de las pruebas y fundamentos de cargo, tanto desde el punto de vista de hecho como de Derecho[1]"*; asimismo BERNAL y MONTEALEGRE señalan que "*hay nulidad del proceso penal por quebrantamiento del derecho a la defensa cuando se comprueba que el abogado, sea de confianza u oficio, actúo negligentemente por presentar una defensa inadecuada a la que exigía el enfrentamiento de la imputación. De acuerdo a este criterio es evidente la nulidad de la instrucción, ya no por defensa deficiente, sino por ausencia de la misma[2]*", por su parte del maestro Cesar Nakazaki en su artículo denominado La Garantía de la defensa procesal: Defensa Eficaz y Nulidad del proceso penal por Indefensión sostiene que "Al ser la defensa procesal un requisito de validez, es decir, de existencia jurídica del proceso, su afectación acarrea la invalidez o inexistencia jurídica del proceso[3]"

Como se puede determinar, la mala praxis de una defensa jurídica, genera una vulneración a la Convención Americana de Derechos Humanos, (específicamente en su artículo 8 numeral 2 inciso e) es por ello que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reiteradas jurisprudencia, coloca en la palestra del debate, como el trabajo de un abogado de oficio, al momento de preservar derechos fundamentales (como es la libertad) puede causar indefensión en el proceso penal y conllevar a la vulneración del derecho a la debida defensa, cuando solamente cumple actos de formalidades de ley.

Como lo escribía Reyna Alfaro "sin dejar de reconocer que los códigos procesales penales en la región asumen consistentemente el modelo acusatorio, no puede desconocerse la filtración de varios rasgos adversariales, orientados a reconocer al proceso penal como un espacio de enfrentamiento igualitario, justo, entre las partes procesales"[4] (espacio subrayado por el autor); un proceso es justo cuando la defensa es ejercida de forma eficaz, cuando se presenta los medios probatorios exactos, que contradicen el planteamiento teórico del fiscal, y cuando

1 Eduardo M. Jauchen, (2005) Derechos del Imputado. Editores, Buenos Aires, Argentina. Pàg. 56

2 Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett, El Proceso Penal, 3º edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Pàg 134

3CèsarNakazaki" La Garantía de la defensa procesal: Defensa Eficaz y Nulidad del proceso penal por Indefensión". Revista Jurìdica Alerta Informativa. Perù

4 REYNA ALFARO, Luis M. (2010) Litigación oral y técnicas de persuasión aplicadas al Còdigo procesal penal 2 edc. Juristas. Lima. Pàg. 43

estas pruebas cumplen con los plazos establecidos por ley, es decir en decir en base al principio de preclusión.

Reyna Alfaro sostenía que "el derecho de defensa en sus diversas manifestaciones son las herramientas con las que cuenta el imputado y su defensa no solo para hacer frente a las pretensiones del órgano acusador sino para construir las alegaciones que formulará para refutar los cargos que plantee el Ministerio Público. En esta línea resulta fundamental el derecho de aprobar en la medida que no sólo permite la construcción de la propia teoría del caso sino que habilita le control de la actividad probatoria desarrollada en el afán de acreditar la responsabilidad del acusado"[5].

Por último en el derecho comparado, verbigracia Colombia, La Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Sentencia SP-154201 de fecha 18 de Enero de 2017, advirtió que *"la falta de aptitud del abogado en la solicitud de pruebas en el curso de la audiencia preparatoria genera por sí misma una vulneración inadmisible al derecho de defensa por cuanto impide que la verdad declarada en la sentencia sea el resultado de la confrontación de las tesis de dos adversarios".*

LA DEBIDA DEFENSA POR PARTE DE LOS ABOGADOS DE OFICIO

El derecho de defensa en lo penal, como lo comentaba el constitucionalista Chaname Orbe "Al referirnos al derecho de defensa en el proceso penal, nos referimos al derecho del imputado, consistente en el rechazo por el encausado a la pretensión punitiva estatal, dirigida en su contra, para desvirtuar los fundamentos de hecho y de derecho en la forma y con las garantías previstas en la ley"[6] y un abogado de oficio es "el que, ejerciendo libremente la profesión, es designado por la autoridad judicial. o por las corporaciones de abogados, de acuerdo con la ley, para defensa de los pobres[7]" Es preciso señalar que en nuestra legislación peruana el abogado de oficio es tanto para personas pudiente o personas de bajos recursos económicos y su ámbito de aplicación como lo señala la ley 27019 que "La Defensa de Oficio constituye el ejercicio de la defensa en forma gratuita, ante los organismos policiales, fiscales y jurisdiccionales del país[8]"

Ahora bien, es preciso señalar que los defensores públicos tienen la obligación de otorgar una adecuada asesoría jurídica, y ¿qué pasa si es dada de forma proclive para cumplir con las formalidades de ley? ¿que pasa con el proceso penal, donde se evidencia una inadecuada defensa, que pone en peligro el derecho de defensa? es menester señalar, que la jurisprudencia peruana, específicamente el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la constitución, se ha pronunciado respecto al rol que debe cumplir un abogado de oficio, además ha señalado cual serían las posibles causas si exista una defensa ineficaz; en ese sentido, en el expediente Nº 03989-2014-PHC/TC que declaró nulo la resolución de la segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, y emplazó a la Dirección Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia de La Libertad, señalando, en el fundamento 9 "*Por consiguiente, esta Sala considera que es necesario declarar la nulidad de todo el proceso y ordenarse la reposición del trámite al estado inmediato anterior a la concurrencia del vicio, con el fin de que también se emplace con la demanda a don Danny Jhon Anhuamán* Vílchez y a la Dirección Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia de La Libertad, para que se realice una correcta investigación sumaria, y que, como consecuencia de aquello, se emita nueva resolución debidamente motivada. Ello, con el fin de otorgar una protección eficaz en caso de que existiesen derechos constitucionales lesionados, toda vez que la designación de un defensor de oficio no puede constituir un acto meramente formal que no brinde una adecuada tutela al contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa"[9]. Ergo,

5 Reyna Alfaro (2015) El Proceso Penal Acusatorio. Edit. Instituto Pacífico S.A.C. Perù. Pàg. 26

6 Chanamè Orbe. (2011) La Constitución Comentada. Tomo II. Edic. Adrus. Lima. Perù. Pàg. 242

7 Manuel Ossorio, y Guillermo Cabanellas. (2011) Diccionario de Derecho Tomo II. Edit. Heliasta. Buenos Aires. Argentina. Pàg.23

8 Ley que crea el servicio nacional de la Defensa de Oficio Ley 27019. Artìculo 3.

9 Tribunal Constitucional, expediente Nº 3989-2014-PHC/TC de fecha 10 de Agosto de 2015 https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/03989-2014-HC%20Resolucion.pdf

la mala defensa, genera una vulneración constitucional y para remediar esto en el proceso penal, es posible flexibilizar el artículo 373 del código procesal penal, con la finalidad que en una etapa de juicio, el abogado pueda salvar el proceso, a pesar que, la etapa de presentar nueva prueba ya ha precluido, además de no cumplir con los presupuestos del mencionado artículo ut supra; el juez permita, salvar el proceso y evitar la nulidad de todo el proceso; en sentido, pasaré a explicar brevemente, cuando estamos ante una nueva prueba en etapa de juzgamiento.

LA ADMISIÓN DE NUEVA PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

La Prueba es conceptualizada como "el conjunto de actuaciones que, dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encamina a demostrar la verdad o falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas[10]"

El Decreto Legislativo 957 publicado el 29 de julio de dos mil cuatro, que establece el nuevo código procesal penal, en el artículo 373 estipula que 1 Culminando el trámite anterior, si se dispone la continuación de juicio, las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba. Sólo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de acusación. 2 Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes.

El derecho a la prueba constituye la base del derecho a la defensa, y es fundamental para el debido proceso, "El legislador ha posibilitado, por medio del Art. 373 CPP, que las partes puedan ofrecer nuevos medios de prueba o reintentar el ofrecimiento de las declaradas inadmisibles en la audiencia de control de la acusación. La parte que pretenda introducir una nueva prueba deberá, de manera necesaria, argumentar de manera oral la utilidad de la prueba y justificar su obtención de manera tardía. En el caso que no se demuestre la utilidad ni el requisito temporal –haberlo obtenido luego de la audiencia del control de la acusación el Juez penal deberá opinar por el rechazo del medio probatorio ofrecido; asimismo en el supuesto excepcional de reintentar el ofrecimiento de una prueba que fuera rechazada en el estadio de control de la acusación, se exige una especial argumentación que exprese la necesidad de admisión y actuación de la prueba en debate[11]".

LA ADMISIÓN DE NUEVA PRUEBA EN LA ETAPA DE JUZGAMIENTO COMO CONSECUENCIA DE UNA DEFENSA INEFICAZ

El derecho a la defensa es un derecho consagrado en las normas Internacionales y en la Constitución Política del Perú, esta a su vez implica que todo proceso penal, y en cualquier u otra rama del derecho se deba garantizar una defensa eficaz; no obstante, la realidad jurídica penal procesal nos demuestra que muchas veces el Estado a través de sus defensores públicos, ejercen una mala defensa que conlleva a los imputados a sufrir vejaciones jurídicas a través de todo el proceso o en muchas oportunidades a perder su libertad.

En el Ámbito Internacional la Corte Interamericana DDHH, verbigracia en el caso Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. La Corte especificó en su fundamento 141 que, *"la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso… las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño…. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada"*. En ese mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia del Perú R.N. N° 2925-2012-Lima, también se ha pronunciado sobre la defensa ineficaz y sostuvo que *"la mala*

10 Manuel Ossorio, y Guillermo Cabanellas. (2011) Diccionario de Derecho Tomo II. Edit. Heliasta. Buenos Aires. Argentina. Pàg. 390

11 ITA IUS Esquema de la Etapa de Juzgamiento en el código procesal penal. Dos Febrero de 2009.https://itaius.wordpress.com/2009/02/02/esquema-de-la-etapa-del-juzgamiento-en-el-codigo-procesal-penal/

defensa técnica puede hacer incurrir en error al imputado, incluso generar vicios en su voluntad… expone que una mala defensa vicia la voluntad del imputado al momento de aceptar los cargos". Como se puede demostrar en la praxis, la mala defensa en la actualidad continua generando un estado de indefensión hacia el acusado o imputado, es menester mencionar tal como lo señalaba el maestro Cesar Nakasaki que la única condición o presupuesto para llevar a una persona a la etapa de juzgamiento es una acusación debidamente fundamentada, que le permita al juez razonablemente considerar que si la acusación de poderse desarrollar va a llevar una condena y para que exista una debida acusación, una de las condiciones es que se le oponga una defensa eficaz, no hay una debida acusación que permita ir a juicio sino ha sido refutada con una defensa eficaz, no es la teoría del caso la que determina la defensa eficaz, sino las necesidades del caso; el objeto del proceso o los términos de la acusación son lo que marcan si la defensa fue eficaz o no eficaz.

Ahora bien, muchas veces el abogado del imputado que toma el caso, realiza solamente funciones presenciales y actos formalistas, para cumplir con lo establecido en la ley, máxime si se trata de un defensor público, después de transcurridas las dos primeras etapas reguladas en el proceso penal peruano, muchas veces el cliente cambia de abogado por razones personales estando cerca a la etapa de juzgamiento, es en ese momento, donde el nuevo abogado al apersonarse y al estudiar el caso, se percata que el abogado anterior no ha presentado las pruebas necesarias para contradecir la tesis del fiscal, habiéndosele vulnerado su derecho a la defensa eficaz de su cliente, razón por la cual, en efecto se deslumbra dos caminos, o la etapa intermedia es nula o se flexibiliza la regla de la prueba nueva para permitir como remedio, como curación a la nulidad absoluta como lo especificaba Cesar Nakasaki, porque se ha generado una violación de una garantía procesal constitucional; en consecuencia, se debe flexibilizar el artículo 373 del Nuevo Código Procesal Penal Peruano teniendo en cuenta que se trata de un artículo que tiene como base el principio de preclusión que es la pérdida o extinción de una facultad o potestad procesal y colisiona ante derechos constitucionales como derecho de defensa y derecho de prueba.

En el derecho comparado verbigracia la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró nulo todo lo actuado de un condenado a prisión perpetua, y esto debido a que la Defensora Oficial que participó en el trámite no ejerció debidamente su tarea; especificó que "Si bien no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender, mínimamente viables, ello no la releva de realizar un estudio serio de las cuestiones eventualmente aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo[12]", advirtieron los supremos, en relación a la tarea encomendada a la defensora. Como lo señalaba la revista jurídica Pensamiento Penal "Para los magistrados, entonces, esa función no fue acabadamente cumplida por la Defensora Oficial, pues consideraron que ésta "simplemente remitió a las argumentaciones desarrolladas por su pupilo, sin aportar otros fundamentos fácticos ni normativos". Ello importaba, para la Corte, "un inadmisible menoscabo de la garantía de la defensa en juicio del imputado, que dio paso a la nulidad decretada. Asimismo la Corte Suprema de Justicia de Colombia señaló que "La violación al derecho a la defensa real o material se configura por el absoluto estado de abandono del defensor, esto es, una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado, por lo que no basta, de cara a la prosperidad del cargo, con la simple convicción de que la asistencia del profesional del Derecho pudo haber sido mejor, toda vez que se tiene decantado que la estrategia defensiva varía según el estilo de cada profesional, en el entendido de que no existen fórmulas uniformes o estereotipos de acción[13]". Por último, en el distrito judicial de Lambayeque, el presidente del segundo Colegiado Penal Permanente, el juez Rene Zelada Flores, es de la opinión "que ante una defensa ineficaz, el juez debe en el juicio oral, permitir el ingreso de nueva prueba, flexibilizando el artículo 373 y de esta manera evitar una indefensión por parte del acusado"

12 Revista Virtual Pensamiento Penal, 07 de junio de 2016 http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/43572-defensa-ineficaz-nulidad

13 Sentencia de la Corte Superiro de Justicia de Colombia, 18 de enero de 2017, http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_27a8b3d02e0647c9a7407cf133737acc

opinión de la cual comparto, y añado que los abogados de oficio, tiene una gran responsabilidad hacia lo sociedad, y que el Estado debe procurar, junto con el Ministerio Público, una verdadera justicia e igualdad de condiciones, para evitar vulnerar el derecho primordial como es la defensa.

CONCLUSIONES

- El derecho a la defensa es reconocido y regulado por las normas supranacionales y constitucionales, y debe ser ejercida adecuadamente por los abogados de oficio. Los abogados de oficio cumplen muchas veces solo con actos de formalidad regulados por la ley, donde su falta de aptitud y preparación genera una vulneración al derecho de defensa.
- El acusado, están propenso a sufrir de indefensión en el proceso penal, cuando el abogado de oficio lo hace incurrir en error al imputado.
- La admisión de nueva prueba, en etapa de juzgamiento, sería una de las soluciones, para evitar nulidad total en el proceso penal.
- El principio de preclusión, sin lugar a duda es importante en el proceso penal, esta no debe ser aplicado de forma rígida, cuando se está ante una violación de derechos fundamentales, razón por la cual, el artículo 373 debe flexibilizarse y permitir el ingreso de prueba nueva, cuando estemos frente a una defensa ineficaz.
- No hay una debida acusación que permita ir a juicio sino ha sido refutada con una defensa eficaz, no es la teoría del caso la que determina la defensa eficaz, sino las necesidades del caso; el objeto del proceso o los términos de la acusación son lo que marcan si la defensa fue eficaz o no eficaz.
- La jurisprudencia internacional y el derecho comparado nos demuestra las consecuencias negativas de una mala defensa; esta debe y tiene que ser superada, no solo con un inhabilitar al abogado o tenerlo en un registro, como sucede en el Perù, sino que se debe buscar mecanismos para solucionar una eminente vulneración a un procesado, donde su libertad está en peligro.

BIBLIOGRAFÌA

- Cesar Nakazaki“ La Garantía de la defensa procesal: Defensa Eficaz y Nulidad del proceso penal por Indefensión”. Revista Jurìdica Alerta Informativa. Perù. 2014
- Corte Interamericana de Derecho Humanos, caso Ruano Torres y Otros Vs El Salvador, de fecha 5 de octubre de 2015
- Corte Suprema de Justicia del Perú R.N. N° 2925-2012-Lima, de fecha 14 de mayo de 2014
- Corte Suprema de Justicia Sala Penal Colombia, Sentencia SP-154201 de fecha 18 de Enero de 2017

- Chanamè Orbe. “La Constitución Comentada”. Tomo II. Edic. Adrus. Lima. Perù. 2011

- Eduardo M. Jauchen, Derechos del Imputado. Editores, Buenos Aires, Argentina. 2005

- ITA IUS Esquema de la Etapa de Juzgamiento en el código procesal penal. Dos Febrero de 2009.https://itaius.wordpress.com/2009/02/02/esquema-de-la-etapa-del-juzgamiento-en-el-codigo-procesal-penal/

- Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett, El Proceso Penal, 3º edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

- Ley que crea el servicio nacional de la Defensa de Oficio Ley 27019. Artìculo 3.

- Manuel Ossorio, y Guillermo Cabanellas. Diccionario de Derecho Tomo II. Edit. Heliasta. Buenos Aires. Argentina. 2011

- Reyna Alfaro. “El Proceso Penal Acusatorio”. Edit. Instituto Pacífico S.A.C. Perù. 2015

- Reyna Alfaro, Luis M. “Litigación oral y técnicas de persuasión aplicadas al Còdigo procesal penal” 2 edc. Juristas. Lima. 2010

- Revista Virtual Pensamiento Penal, 07 de junio de 2016http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/43572-defensa-ineficaz-nulidad

- Sentencia de la Corte Superiro de Justicia de Colombia, 18 de enero de 2017,http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_27a8b3d02e0647c9a7407cf133737acc

- Tribunal Constitucional Expediente EXP N ° 0773 I -2013-PHC/TC de 2013, de fecha 9 de diciembre de 2015

- Tribunal Constitucional, expediente Nº 3989-2014-PHC/TC de fecha 10 de Agosto de 2015https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/03989-2014-HC%20Resolucion.pdf

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA SUBJETIVA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA RECIENTE INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO PARTE DE LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA A PROPÓSITO DE LA VIGENCIA DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1272

ABOG. WILLIAM MIJAHUANCA CAJUSOL[1]

Resumen:

Como parte del artículo se propone un desarrollo teórico-doctrinario sobre la Responsabilidad administrativa subjetiva. En los principios de la potestad sancionadora administrativa, en el reciente Decreto Legislativo Nº 1272, que busca agilizar y optimizar los procedimientos administrativos que se realizan en las entidades públicas se agrega el principio de culpabilidad, el cual señala que la responsabilidad administrativa es subjetiva, a menos que por ley o decreto legislativo se establezca como objetiva.

Palabras clave:

Responsabilidad subjetiva – Responsabilidad objetiva – Tribunal Constitucional- Decreto Legislativo Nº 1272.

Sumilla:

1. Justificación. 2. La potestad sancionadora de la administración pública. 2.1 Los principios del procedimiento administrativo sancionador 3. La Responsabilidad Subjetiva y Objetiva. 4. El Derecho sancionador peruano: 4.1. El principio «causalidad» y la exigencia de dolo o culpa. 4.2. Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador. 5. ¿La culpabilidad sólo es exigible de acuerdo al tipo de sanción? 6. Conclusión.

1. Justificación

A partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo Nº 1272, publicado el 21 de diciembre del 2016 en el diario oficial El Peruano, los procedimientos administrativos en las entidades públicas sufrirán significativos y progresivos cambios. Por un lado, la Ley del Procedimiento Administrativo (Ley N° 27444) tendrá nuevas disposiciones, mientras que, por el otro, la Ley del Silencio Administrativo quedó derogada.
La norma deberá aplicarse tanto por parte de los tres poderes del Estado –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– como por los gobiernos regionales y locales, los organismos autónomos del Estado y las personas jurídicas que, estando bajo el régimen privado, prestan servicios al Estado o ejercen funciones administrativas. Uno de estos cambios tenemos en el tema sobre la Responsabilidad administrativa subjetiva. En los principios de la potestad sancionadora administrativa, se agrega el principio de culpabilidad, el cual señala que la responsabilidad administrativa es subjetiva, a menos que por ley o decreto legislativo se establezca como objetiva. Precisamente, el principio de culpabilidad es uno de los que pretende «matizarse» en el Derecho administrativo sancionador, al punto que se ha defendido su carácter objetivo. Sin embargo, quizá como reacción ante esta posición tan radical, en el otro extremo parte de la doctrina y la jurisprudencia defienden la aplicación plena del principio de culpabilidad, al menos como «negligencia levísima», que termina siendo difícil de distinguir de la infracción objetiva.

2. Potestad Sancionadora de la Administración Pública

Anteriormente era discutible el hecho que la Administración pública tuviera facultad para imponer sanciones, pero esta discusión ya ha sido superada al entender que el poder concedido a la Administración viene de un único ius puniendi, pues tanto la pena como la sanción administrativa sólo los puede imponer el Estado, siendo inevitable en la actualidad reconocer la legitimidad del poder punitivo que detenta el Derecho Administrativo, sin embargo, pese a que el poder del Estado se ha dividido en dos poderes, entre ambos se puede apreciar una

1 Abogado Titulado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo-Tercio Superior de Estudios. Maestrante de la Programa de la Maestría en Derecho, con Mención en Derecho Constitucional y Gobernabilidad en la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, y Egresado de la Maestría en Administración con Mención en Gestión Pública por la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle "La Cantuta".

serie de aspectos diferenciadores.

El Derecho administrativo sancionador, como su nombre lo indica, es un Derecho administrativo, por lo tanto, el término sancionador viene a ser un adjetivo que le da esa característica de poder imponer sanciones ante el incumplimiento de sus normativas. Esta afirmación, en cuanto a que el Derecho administrativo sancionador parte del Derecho administrativo surge puesto que la potestad constrictiva[2] de este último da lugar a que se reconozca la legitimidad de una potestad sancionadora. Se le define a su vez como aquel conjunto normativo que lo que hace es someter el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las administraciones públicas, es decir, que por medio de este Derecho lo que se busca también es imponer un límite a las administraciones públicas que detentan el poder del Estado al momento de imponer una sanción administrativa.

El Tribunal Constitucional ha establecido: "La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho (artículo 3. º, Constitución), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, de la observancia de los derechos fundamentales. Al respecto, debe resaltarse la vinculatoriedad de la Administración en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios, al irrestricto respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales (Vg. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman" (Exp. 1003-1998-AA/TC.).

2.2 Los Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador

Tal como se ha desarrollado el Derecho administrativo sancionador es un Derecho administrativo y por lo tanto tiene como finalidad la gestión y defensa de los intereses públicos y generales, y si bien, como lo sostiene García Cavero, al cometer un ilícito administrativo se pone en peligro o se lesiona un derecho individual, no debe olvidarse que la finalidad principal de la sanción es "el mantenimiento del funcionamiento global del sector regulado", es decir que lo que se busca es mantener el orden en los sectores que han sido regulados administrativamente.

Así, la potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (i) legalidad; (ii) debido procedimiento; (ii) razonabilidad; (iv) tipicidad; (v) irretroactividad; (vi) concurso de infracciones; (vii) continuación de infracciones; (viii) causalidad; (ix) presunción de licitud; y (x) Non Bis In Idem; conforme a lo indicado en el artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG)3.

Hoy en día con la reciente aprobación del Decreto Legislativo N° 1272, en los principios de la potestad sancionadora administrativa, se agrega el principio de culpabilidad, el cual señala que la responsabilidad administrativa es subjetiva, a menos que por ley o decreto legislativo se establezca como objetiva.

3. La Responsabilidad Subjetiva y Objetiva

En atención a su fundamento, la responsabilidad, puede ser subjetiva u objetiva. Es subjetiva, la que se funda en el dolo o en la culpa de una persona. Es objetiva la que se funda en el riesgo. La responsabilidad subjetiva supone necesariamente la culpabilidad o intencionalidad de su autor; no existe sino en la medida que el hecho perjudicial provenga de su culpa o dolo. Por ende, necesario será analizar la conducta del sujeto. Por eso se le llama subjetiva.

Así, que la circunstancia de que la responsabilidad basada en la culpa sea subjetiva no significa que la conducta del sujeto

2 Así se entiende por "actividad constrictiva" aquella que "consiste en la determinación directa, general o particular, de límites negativos y positivos a los derechos y libertades de los ciudadanos y demás sujetos sometidos a las potestades administrativas, con los consiguientes deberes, obligaciones o cargas en beneficio de otros sujetos o del interés general, así como en la actuación conducente a garantizar su respeto y cumplimiento con la prevención y corrección de sus infracciones".

3 El Tribunal Constitucional en el Fundamento N° 12 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC, del 3 de setiembre de 2010.

deba apreciarse in concreto, esto es, tomando en cuenta su propio estado de ánimo, sus condiciones personales, averiguando si habría o no podido obrar mejor. El dolo, en cambio, por consistir en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en la intención de dañar, sí se aprecia in concreto. La culpa, por su parte, se aprecia siempre in abstracto, esto es, comparando la conducta del autor del daño con la de un tipo abstracto, con la de un hombre prudente o un buen padre de familia.

Se desprende de lo expuesto que la responsabilidad subjetiva sólo puede afectar a las personas que tengan voluntad suficiente para darse cuenta del acto que realizan. La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad o intencionalidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido: basta éste para que su autor sea responsable, cualquiera que haya sido su conducta, haya o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad. El que crea un riesgo, el que con su actividad o su hecho causa un daño a la persona o propiedad de otro, debe responder de él. Tal es el fundamento de la responsabilidad objetiva. Dentro de este concepto de la responsabilidad, los dementes y los infantes, serían responsables de los daños que causen.

3.1.- Responsabilidad Subjetiva

Al respecto, el Tribunal Constitucional4 ha señalado: «Afirmar lo contrario sería negar que un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable».

Por tanto, es muy difícil sacar una conclusión indubitable de lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), especialmente cuando el Tribunal constitucional ha establecido en numerosas ocasiones que "que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador" (por todas, véanse las sentencias recaídas en los Exps. 2050-2002-AA/TC, y 2192-2004-AA/TC, de 16 de abril de 2003 y 11 de octubre de 2004, respectivamente).

Sin embargo, no está claro el alcance de esta exigencia de culpabilidad, por lo que en realidad le corresponderá a la jurisprudencia y a la doctrina llenar este vacío, no cubierto por las normas vigentes. Especialmente importante es lo que establece en la STC de 24 de noviembre de 2004, recaída en el Exp. 2868-2004 AA/TC. En ella se dice expresamente que no es posible sancionar por un acto ilícito cuya realización se imputa a un tercero. Sin embargo, lo llamativo de esta sentencia es que hace una referencia expresa a la sentencia STC de 3 de enero de 2003, recaída en el Exp. 0010-2002-AI/TC, para afirmar que "límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad".

Este Principio, se deriva como un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado, El principio de culpabilidad es una garantía y al mismo tiempo un límite a la potestad punitiva del Estado, En consecuencia, al remitirse la STC recaída en el Exp. 2868-2004 AA/TC al principio de culpabilidad como es definido por la STC recaída en el Exp. 0010-2002- AI/TC, y referirse ésta a la culpabilidad como exigencia de dolo o culpa, cabría interpretar que el TC se ha pronunciado en contra de la admisibilidad de las infracciones objetivas, también en el Derecho administrativo (al menos cuando se afecte o se ponga en peligro determinado bien jurídico, según el texto de la sentencia). En consecuencia, así es como deberían interpretarse sus numerosas referencias a la «culpabilidad» como uno de los principios del Derecho administrativo sancionador.

4. El Derecho Sancionador Peruano:

Como bien se ha notado, el moderno régimen de la responsabilidad administrativa es la fuente general más importante de posibles responsabilidades extracontractuales. Ello es así porque es en el ejercicio de la función administrativa, el llevar a la práctica el derecho y los cometidos del Estado, donde el Estado tiene más contacto con las personas. Esa relación permanente, continua e ininterrumpida comprende todas las situaciones dañosas derivadas de la actividad administrativa, esto es actos, hechos y omisiones.

En conclusión, se puede decir que en el Perú sí existe una responsabilidad subjetiva en el Derecho Administrativo Sancionador y que ésta constituye la regla. Así lo corrobora la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional,

4 El Tribunal Constitucional en el Fundamento N° 9 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 01287-2010-PA/TC, del 3 de octubre de 2012.

del Tribunal del OSCE y un sector de la doctrina nacional que va en aumento y que hoy con la dación del Decreto Legislativo N° 1272, se agrega el principio de culpabilidad, el cual señala que la responsabilidad administrativa es subjetiva, a menos que por ley o decreto legislativo se establezca como objetiva.

4.1. El principio «causalidad» y la exigencia de dolo o culpa.

En la Ley N° 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), no es posible encontrar una referencia expresa a la culpabilidad como uno de los principios del procedimiento administrativo sancionador, exigible como elemento esencial de la infracción. Por el contrario, el art. 230.3, modificado por el D. Leg. 1029 "considera a la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor", como el último de los criterios de graduación de la sanción, en aplicación del principio de proporcionalidad. Por su parte, el art. 230.8 consagra el principio de «causalidad», que se limita a exigir que la responsabilidad recaiga sobre el autor de la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción sancionable.

Tenemos que el Principio de Causalidad, está referido a que *"la responsabilidad debe recaer en quién realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable*". Respecto de ello, ha señalado Morón Urbina[5]: *"(…) la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios. Conforme a este principio resultará condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto, esto es, la configuración del hecho previsto en el tipo como sancionable. (…) No puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable (…) A falta de norma, en nuestro derecho ha sido introducido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional como una exigencia para ejercer legítimamente la potestad sancionadora".*

El principio invocado se refiere a la imputación del hecho, sea acción u omisión (Plano Objetivo), no se refiere a la voluntad de presunto infractor (Plano Subjetivo), el cual, conforme al principio de razonabilidad en los procedimientos sancionadores, sirve para graduar la sanción. En ese entender, Peña Cabrera y Jiménez Vivas nos dice que "(…) se tienen dos posiciones: una que apunta únicamente a un plano objetivo y la otra, que considera que sí resulta necesario la imputación subjetiva a título de dolo o culpa. Elementos en cuestión que no se encuentran recogidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), lo que no necesariamente debe llevarnos a la conclusión de que en un procedimiento administrativo sancionador no deban acreditarse dichos aspectos subjetivos; más bien estos deben tomarse en cuenta para graduar la magnitud de la sanción a imponer".

4.2. Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador.

Cuando se exige «culpabilidad», la doctrina y la jurisprudencia se refieren a la exigencia de dolo o cuando menos culpa para poder sancionar una conducta ilícita, excluyendo cualquier sanción de carácter objetivo. La culpabilidad sería el reproche que se dirige a una persona porque debió actuar de modo distinto a como lo hizo, para lo cual debió tener la posibilidad de actuar de otro modo (es decir, no puede castigarse por no haber realizado un comportamiento imposible). Mientras que en el ámbito civil es perfectamente posible establecer una responsabilidad objetiva por daños, la exigencia de culpabilidad para sancionar una infracción deriva de que en este caso está implícito un «juicio de reproche», que sólo sería posible si el autor podía haber actuado de otra manera. No obstante, la exigencia de «culpabilidad» en el Derecho administrativo es de reciente cuño, pues durante muchos años se admitió (y hay lugares donde se sigue admitiendo) una responsabilidad de carácter objetivo, como sucedió en España hasta bien avanzada la década de los ochenta.

El principio de culpabilidad consiste en la exigencia de que el autor haya actuado con dolo o culpa, para poder sancionar su conducta como ilícita. La primera consecuencia normativa de este principio, es que se excluye cualquier sanción de carácter netamente objetiva. Así, en aplicación de este principio esencial, no basta que el hecho haya sido materialmente causado por un sujeto para hacerlo responsable por él, sino que es necesario que éste haya sido querido por él (dolo) o, que el mismo se haya producido pese a haberse podido prever o evitar

5 Juan Carlos Morón Urbina. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Novena Edición. 2011. Editorial Gaceta Jurídica. Pág. 723 – 724.

(culpa o negligencia). De esta manera, el sujeto sólo responde si se demuestra su imputabilidad, sea por dolo o culpa.Si bien el artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), Ley No. 27444, no regula expresamente qué tipo de responsabilidad resulta aplicable; consideramos que, en ningún caso, podría interpretarse ésta como objetiva.

En efecto, el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos (STC 0010-2010-AI/TC, STC 2868-2004-AA/TC) ha establecido que una interpretación en dicho sentido sería inconstitucional, toda vez que el Principio de Culpabilidad constituye un principio esencial que delimita la potestad punitiva del Estado, por lo que el mismo no puede ser excluido, vía interpretación, como condición para la determinación de responsabilidad administrativa o penal. Así se mencionó:
"(…) un límite a la potestad sancionadora del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable". (Ver STC 2868-2004-AA/TC).

Tal como se puede apreciar, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional Peruano, el principio de culpabilidad es considerado un principio del Derecho administrativo sancionador, pronunciamiento que llama la atención especialmente porque la Ley del procedimiento administrativo general no lo menciona como principio que forme parte de este sector del Derecho hoy incorporado por el Decreto Legislativo N° 1272, y por el contrario en su lugar hace mención al principio de causalidad, asimismo, dichas sentencias no han desarrollado de manera detallada cuál es el fundamento de dicha afirmación.

Por otro lado, en España autores de importante trayectoria como Nieto García, han localizado una evolución jurisprudencial que consta básicamente de tres fases. Así en un primer momento se identifica el rechazo absoluto de la culpabilidad por la incompatibilidad existente con la responsabilidad señalada para el Derecho administrativo sancionador, es decir, con la responsabilidad objetiva. En la segunda fase se menciona ya la introducción de la voluntariedad, es decir, la exigencia de haber querido el resultado, y con ello se considera que se deja de lado la responsabilidad en supuestos de fuerza mayor, caso fortuito y "vis compulsiva". Finalmente, en una tercera fase identifican la exigencia de culpabilidad, es decir, el de no sólo querer un resultado (la llamada voluntariedad psicológica) sino que además debe quererse el resultado ilícito (intencionalidad, culpabilidad).

Sobre ello Baca Oneto, quien ha reconocido la evolución de la aceptación del principio en cuestión señalando que el mismo irá de la mano con la identificación entre el Derecho penal y el administrativo sancionador, además concluye que no podrá excluirse la aplicación del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, sin embargo, sostiene a su vez que no siempre la responsabilidad será subjetiva, es decir, que su exigencia dependerá del tipo de infracción, señalando que cuando la administración sancione por la comisión de infracciones de peligro abstracto puro se podrá sancionar el mero incumplimiento de un deber que haya sido definido por la norma ello debido a que la norma considera como "riesgo" la simple desobediencia, y diferente será el caso cuando las infracciones se configuren con la producción de un daño o un riesgo concreto de producirlo, por lo que aquí sí será exigible la concurrencia de dolo o culpa.

Asimismo, menciona que en el caso de las personas jurídicas el punto a tomar en cuenta sería exactamente el mismo que sucede con las personas naturales, es decir, que se exigirá una responsabilidad objetiva cuando la norma así lo determine, es decir, cuando se trate de infracciones de mera inobservancia y se exigirá la concurrencia de dolo o culpa cuando se trate de infracciones de peligro concreto o de resultado, y en el caso de las sanciones solidarias o subsidiarias resulta determinante el principio de personalidad de las penas más que la concurrencia de dolo o culpa, es por ello que en muchas ocasiones se ha puesto en duda su constitucionalidad, lo cierto es que sigue aplicándose dentro del Derecho administrativo sancionador.

Partiendo de la conclusión a la que se llegó con respecto a las finalidades perseguidas por el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, se establece que se trata de finalidades distintas y por lo tanto ambas ramas del Derecho siguen criterios diferentes dentro de su desarrollo, con ello también se confirma la diferencia cualitativa que por obvias razones existe y que deberían tomarse en cuenta en la doctrina, por lo que si bien los autores, que se encargan de defender la inclusión del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo

sancionador, ven como puntos críticos la responsabilidad de las personas jurídicas, las omisiones formales y la responsabilidad solidaria y subsidiaria que se encuentran patentes en esta rama de derecho, lo cierto es que la finalidad perseguida y la diferencia cualitativa que puede observar entre ambas ramas del Derecho también constituyen un punto crítico palpable.

Además, estos tres supuestos que han sido considerados como puntos críticos y de los cuales un sector de la doctrina trata de encontrar una solución que se ajuste al criterio que defienden, lo cierto es que, tal como se ha sostenido, no han podido ser superados, y mucho menos adecuarse a las exigencias de un Derecho administrativo sancionador que dada su propia naturaleza administrativa necesita una solución dinámica que se ajuste a su realidad jurídica y social.

5. ¿La culpabilidad sólo es exigible de acuerdo al tipo de sanción?

Sobre esta cuestión, compartimos la afirmación de Alejando Nieto cuando sostiene que "aquí, más que en ninguna parte, no son admisibles los planteamientos polares y, conforme hemos de ver, siempre hay que tener en cuenta «matices» que en algunos casos pueden ser de trascendencia. Más aún, el verdadero problema no es tanto determinar si opera, o no, la exigencia de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador como precisar el grado de su operatividad, es decir, las peculiaridades que en este campo ofrece la regulación propia del Derecho penal"[6].

Por tanto, la respuesta que demos a esta interrogante no ha de ser tajante, pues el grado de culpabilidad exigible puede depender del tipo de infracción ante el que nos encontremos. Así, en ocasiones la Administración sanciona por la comisión de infracciones de peligro abstracto puro. En estos casos, es posible que se pretenda sancionar el mero incumplimiento de un deber, definido previamente por la norma. No se vulnera ningún bien jurídico y la conducta ni siquiera ha producido un riesgo concreto sobre un bien jurídico, que tenga que ser valorado por el órgano decisor, sino que la norma considera como «riesgo» la simple desobediencia.
Es el caso, por ejemplo, de quien no presenta a tiempo su declaración jurada de impuesto a la renta, pero lo hace a primera hora del día siguiente. Entender que aquí es exigible una «negligencia» leve, configurada por el mero incumplimiento de la norma (que los administrados tenían el deber de conocer y respetar), es una solución creativa, pero que finalmente hacer desaparecer la distinción entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa. Se trata de supuestos no sancionables penalmente, y por tanto tiene sentido predicar en este caso alguna peculiaridad al principio de culpabilidad aplicado al Derecho administrativo sancionador.

Sin embargo, complemente distinto es el caso de las infracciones en donde se exige la producción de un daño o el riesgo concreto de producirlo. En estos casos es perfectamente razonable exigir, al igual que en el Derecho penal, la concurrencia de dolo o culpa, porque en estos supuestos no hay ninguna diferencia entre lo sancionable en uno y otro ámbito. En realidad, debería entenderse que la regla es la exigencia de dolo o culpa, porque este tipo de infracciones deberían ser también la regla, pues las infracciones de mero incumplimiento encuentran sentido ante la omisión de deberes formales, pero no son una respuesta adecuada en todos los casos.

Conjuntamente con lo indicado líneas arriba, Mir Puig extrae los siguientes principios derivados del término culpabilidad: 1º Principio de personalidad de las penas (que no se haga responsable a un sujeto por delitos ajenos); 2º Principio de responsabilidad por el hecho (y no por otros aspectos ajenos, como por ejemplo la personalidad del agente) y 3º Principio de imputación personal (al cual concibe el autor como el de culpabilidad en sentido estricto). Con lo expuesto anteriormente, podemos llegar a situar al Principio de Culpabilidad como un conjunto de garantías que proscriben la determinación de una responsabilidad objetiva, y que, como lo indica Muñoz Conde, reduce las formas de imputación de un resultado al dolo y a la imprudencia.

6. Conclusión.

El hecho que nuestro máximo intérprete de la Constitución haya reconocido al principio de culpabilidad como un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado, no cabe otra interpretación más que la de reconocer que la responsabilidad ya sea en sede administrativa o penal, es de naturaleza subjetiva, y requiere demostrar

6 NIETO, A., Derecho administrativo sancionador, cit., p. 374

el dolo o la culpa del sujeto.

Pues bien, los tres (3) tipos de responsabilidad (i) responsabilidad subjetiva, ii) responsabilidad objetiva y iii) responsabilidad vicaria) tienen un sentido y una justificación y funcionan perfectamente en un esquema de responsabilidad civil, en la cual se pretende el resarcimiento de un daño. Lógica que resulta absolutamente inaplicable en un procedimiento administrativo sancionador, donde se pretende la imposición de una sanción a un administrado por determinada infracción tipificada en la ley.

En conclusión, se puede decir que en el Perú sí existe una responsabilidad subjetiva en el Derecho Administrativo Sancionador y que ésta constituye la regla. Así lo corrobora la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal del OSCE y un sector de la doctrina nacional que va en aumento y hoy reconocido a través de la dación del Decreto Legislativo N° 1272.

Excepcionalmente sólo será posible sancionar objetivamente cuando estemos ante infracciones sancionadas por «peligro hipotético», que penalmente no podrían ser castigadas y respecto de las cuales podrían no aplicarse las garantías que en aquella rama del Derecho se exigen para los supuestos en que existe un daño real o potencial a un bien jurídico. Por tanto, si pretende hacerse una excepción a la aplicación de las reglas del ius puniendi del Estado, tal como se entienden en Derecho penal, al Derecho administrativo sancionador, esto deberá siempre justificarse en una especialidad de éste último

A partir de estas reglas deben enjuiciarse los supuestos de responsabilidad subsidiaria y solidaria y de las personas jurídicas, a las que también sería exigible la culpabilidad, aunque adaptada a su especial naturaleza.

ALGUNOS ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

William Dante Riojas Santisteban
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

I. INTRODUCCIÓN. II. EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN EL PERÚ. 2.1. Antecedentes: El lavado de activos en el Código Penal peruano de 1991. 2.2. El Decreto Legislativo Nº 1106. III. HACIA UNA DEFINICIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS. IV. FASES DEL LAVADO DE ACTIVOS. 4.1. Fase de colocación. 4.2. Fase de intercalación. 4.3. Fase de integración. V. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE LAVADO DE ACTIVOS. 5.1. Convención de Viena. 5.2. Convención de Palermo. 5.3. Convención de Mérida. VI. EL LAVADO DE ACTIVOS Y OTROS DELITOS. 6.1. La receptación y el lavado de activos. 6.2. El encubrimiento real y el lavado de activos. 6.3. El enriquecimiento ilícito y el lavado de activos. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En momentos que la ciudadanía reclama un serio combate a la criminalidad organizada y la corrupción, existe una figura penal de reciente data, que sirve como instrumento para cortar los tentáculos de estas poderosas organizaciones que actúanal margen de la ley, evitando que su dinero, bienes y otros caudales, ingresen al circuito económico para no ser detectadas y finalmente, poder retroalimentarse y continuar con sus actividades ilícitas.De esta manera como la coyuntura lo amerita, para entender el delito de lavado es necesario conocer de manera muy breve sus orígenes y concepción, así como también su relación con otros tipos de nuestro *corpus* sustantivo, el cual será abordado en el presente trabajo.A continuación analizaremos brevemente algunos aspectos generales sobre este injusto.

II. EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN EL PERÚ

A continuación analizaremos como es se produjo la introducción de ésta figura en nuestro ordenamiento, su evolución y como se encuentra actualmente regulado en nuestro sistema penal. La legislación penal peruana contra el lavado de activos ha transitado por diferentes estaciones normativas buscando una adecuada tipificación y sanción para esta compleja modalidad delictiva[1].

II.1. Antecedentes: El lavado de activos en el Código Penal peruano de 1991.

Como se sabe el delito de lavado de activos se incluyó en el Código Penal peruano de 1991, por primera vez mediante el Decreto Legislativo N° 736, derogado posteriormente por Ley Nº 25399, e incorporado nuevamente con la Ley N° 25428, incluyéndose en la Sección II, Capítulo III del Título XII en el año de 1992, como parte de la normativa contra el tráfico ilícito de drogas, en la que se sancionaba al agente que interviniere en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes proveniente de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado, así como al que compre, guarde, custodie, oculte o reciba dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su ilícito origen o simplemente por haberlo sospechado.

Asimismo se disponía sancionar al que interviniere en el proceso de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros

1 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, «El delito de lavado de activos en la legislación penal peruana», En: Combate al lavado de activos desde el sistema judicial, 3ra ed. CICAD, Washington, D.C., 2014, p. 229.

factores potencialmente ilícitos. Además, en la investigación realizada en estos delitos no habría reserva o secreto bancario o tributario alguno, por su parte, el Ministerio Público una vez conocido indicios razonables sobre la comisión de este delito, solicitaba el levantamiento de estas reservas.

Con el nuevo siglo, el lavado de activos se dejó de tipificar en el Código penal y pasó a normarse mediante una ley especial, la Ley N° 27765 (Ley de lavado de activos) del año 2002, conformada por siete artículos, incluyéndose los actos de actos de ocultamiento y tenencia de dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito, así como también se sancionaba al agente que fuera integrante de una organización criminal. En esta ley especial, por primera vez se incluyó la omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas por parte de funcionarios y profesionales, quienes estaban en la obligación de comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado.

Con respecto a esta etapa de la historia legislativa del delito de lavado de activos en nuestro ordenamiento, señala ROSAS CASTAÑEDA que:

> «*En ese marco, evaluando la regulación, normativa que reprime el delito de lavado de activos en el Perú desde el 2002, advertimos la dación de la Ley N° 27765 y su posterior modificatoria con el Decreto Legislativo N° 986, el 2007, por esta norma tratando de armonizar la legislación nacional a los instrumentos internacional sobre la materia y a las recomendaciones del GAFI, superando las deficiencias de la regulación anterior contenida en los artículos 296-A y 297-B del Código Penal se pasa a regular el lavado de activos a través de cuatro conductas generales: conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia, abandonando la vieja concepción del delito de lavado de activos como un tipo de agotamiento post delictivo o de encubrimiento respecto al o los delitos fuentes de los activos a legitimar; partiendo de la constatación de que el lavado de activos resulta ser un crimen predominantemente económico de repercusiones internacionales, que se presenta como un proceso donde las organizaciones criminales buscan legitimar las ganancias de sus actividades ilícitas utilizando el sistema económico nacional e internacional, mermando la confianza en el mercado y desestabilizando la economía. Se observa en ese marco, una fuente relación entre criminalidad organizada violenta o tradicional, con la criminalidad derivada de los "tráficos ilícitos" y las nuevas formas de criminalidad organizada económica*»[2] (El subrayado es nuestro).

II.2. El Decreto Legislativo Nº 1106

El ordenamiento jurídico peruano tipifica el lavado de activos como un delito diferenciado de otros. En ese sentido, puede estar relacionado con el tráfico ilícito de drogas, pero también con distintos delitos especialmente graves como el terrorismo, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes[3], el financiamiento del terrorismo, delitos contra la administración pública, secuestro, proxenetismo, tráfico ilícito de armas, delitos tributarios, extorsión, robo, delitos aduaneros, minería ilegal o cualquier otro capaz de generar ganancias ilegales con excepción de la receptación. Así, el Decreto Legislativo N° 1106, denominado de "lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado" fue publicado el 19 de abril de 2012 y derogó expresamente la antigua Ley Nº 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos) y modificada por el Decreto Legislativo Nº 986, es la actual Ley penal que sanciona las conductas tipificadas como lavado de activos. Ésta ley hace retornar al delito de lavado de activos a la morfología de los delitos de peligro, tal como lo fue en su forma original, y se aparta completamente del modelo de los delitos de resultado, contemplado en el artículo 1 de la Ley Nº 27765 (modificado mediante Decreto Legislativo Nº 986)[4].

2 ROSAS CASTAÑEDA, Juan A. La prueba en el delito de lavado de activos, Gaceta Jurídica, Lima, 2015. pp. 109-110.

3 RUDA SANTOLARIA, Juan J. «El lavado de dinero», En: Amenazas a la seguridad: El narcotráfico. IDEI-PUCP, Lima, 2008., p. 11.

4 PÁUCAR CHAPPA, Marcial E. «La nueva ley penal de lavado de activos: El decreto legislativo Nº 1106», En: Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 35, Lima, mayo del 2012., p. 69.

Dos de los cambios más importante que trae la nueva normatividad sobre el delito de Lavado de Activos son, primero, la variación de la naturaleza del delito de activos que de ser de resultado, actualmente es de peligro abstracto; y segundo, el reforzamiento de los delitos de peligro como delitos precedentes (…) entendiéndose que la normatividad actual permite la configuración de algunos tipos de resultados para determinados casos o para la aplicación de la pena, pero no para la especificación del tipo penal en general[5].

Con respecto a D.L N° 1106, CARO JOHN señala: "La norma no solo exige como elemento subjetivo configurador del delito el dolo directo, o conocimiento seguro del origen ilícito de los activos, sino también admite la posibilidad de generar responsabilidad penal a partir del denominado dolo eventual que está presente en el poder presumir el origen ilícito del activo"[6]. Asimismo la nueva ley contiene las cuestiones de naturaleza sustantiva, los aspectos probatorios, preventivos y de control administrativo con potencial trascendencia punitiva, en razón de que con esta Ley se producen modificaciones en la legislación sustantiva y procesal que regula la investigación, procesamiento y sanción de personas, naturales y jurídicas, vinculadas con el lavado de activos y otros delitos relacionados al crimen organizado, con particular énfasis en la minería ilegal[7].

Es importante resaltar el comentario que realiza nuestro autor nacional ROSAS CASTAÑEDA a nuestro texto punitivo, quien advierte que:

> «*Aquí se pone de manifiesto que el legislador nacional con la incorporación de los verbos rectores contenidos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1106, ha pretendido reprimir todo el ciclo o proceso del lavado de activos, así se describen los comportamientos de conversión y transferencia, así como los ocho verbos rectores que abarcan los actos de ocultamiento y tenencia, precisando que basta con incurrir en uno de estos comportamientos para responder como autor del delito de lavado de activos, asimismo se deja constancia que en la práctica el lavado de activos no se presenta secuencialmente, por lo que para la incriminación de los tipos penales no necesariamente para imputar actos de tenencia se debe acreditar actos previos de conversión o transferencia. De otro lado se advierte que los actos de tenencia, que incluyen los verbos rectores de adquisición, utilización, administración, recibir, custodia, vigilancia y mantenimiento en su poder, son tipos penales de aislamiento, con lo cual se persigue el "aislamiento social", o mejor, el aislamiento económico de quienes cometen delitos que generan beneficios económicos. Y dicho aislamiento se consigue amenazando con la imposición de una pena a todos aquellos que realicen negocios con los autores del delito, con independencia de su finalidad y de su cuantía. Con estas disposiciones se pretende aislar los bienes delictivos de la economía legal, objetivo este que ha de ser tomado en consideración a la hora de interpretar el tipo penal. Por lo tanto no es tanto el aislamiento del delincuente, cuanto de sus bienes de origen ilícito*»[8].

---

5 « La inclusión de estos dos delitos, cuya naturaleza es de peligro abstracto, nos hace pensar en la futura necesidad de un sistema abierto para la determinación de los delitos fuente en razón a la eliminación expresa del requisito de similitud para la determinación de los delitos previos, y a la reforzada o específica heterogeneidad basada en el incremento de los delitos de peligro abstracto. El incremento de los delitos abstractos como delitos determinantes del Lavado de Activos, contribuye a la dificultad de alcanzar un mínimo nivel de homogeneidad que permita válidamente sobre la base de la naturaleza del delito, bien jurídico tutelado, gravedad del delito, concurrencia del dolo o culpa, entre otros indicadores, se pueda estructurar un contenido técnico-dogmático adecuado a la cláusula referida. Es cierto que no se requiere delitos similares, como en la normatividad anterior, sino un mínimo estándar para proporcionar un sentido y alcance a la fórmula actual» (PLACENCIA RUBIÑOS, Liliana, «Apuntes para la determinación de la Cláusula Abierta del delito fuente en la estructura del delito de Lavado de Activos: A Propósito de la modificatoria del Decreto Legislativo N° 1106», En: Foro Jurídico, PUCP, N° 13, Lima, 2014, pp. 206-207).

6 CARO JOHN J.A. «Consideraciones sobre el 'delito fuente' del lavado de activos y su incidencia para determinación del 'riesgo imputacional' de una institución financiera», cit. p. PÁUCAR CHAPPA, M. E. Ob. Cit., p. 69.

7 QUESQUÉN RÍOS, Segundo F. «Modificación de la legislación sustantiva vinculada al lavado de activos», En: Lex, N° 12, Lima, año XI, 2013-II, p. 283.

8 ROSAS CASTAÑEDA, J. A. Ob. Cit. pp. 163-164.

III. HACIA UNA DEFINICIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS

El blanqueo de capitales está disolublemente unido al crimen organizado, convirtiéndose en un fenómeno internacional[9], siendo una actividad imprescindible para disfrutar de las cuantiosas ganancias generadas[10], éste delito se caracteriza por su capacidad de permitir al delincuente disfrutar de su botín y obtener de él ulteriores rendimientos sirviéndose con tranquilidad de las entidades e instituciones del sistema económico lícito. Y es que, a diferencia de lo que puede predicarse de otras conductas, sólo el blanqueo en sentido estricto confiere al origen de los fondos y bienes procedentes del delito la apariencia de licitud[11].

Con respecto al crimen organizado y el lavado de activos ANDRADE SÁNCHEZ señala:

> «*Evidentemente cualquier organización delictiva en la medida en que crece y necesita reciclar sus ganancias, tiene que recurrir a métodos que permitan hacer aparecer el dinero mal habido como dinero lícito. Entonces la organización, llámese como se llame puede, en una primera instancia, asumir esa nueva actividad de modo no especializado mediante, por ejemplo, la compra de inmuebles, ranchos, vehículos, que de algún modo ya como mercancía en sí, entran dentro del mercado lícito. Pero puede ocurrir que se especialicen algunas personas en ciertas tareas de lavado de dinero, o bien, que recurran a los servicios de otras que, sin ser miembros de las organizaciones delictivas, empiezan a realizar tales tareas en su quehacer financiero: manejan dinero ilícito y lo lavan, lo limpian al hacerlo participar de operaciones lícitas. Se genera así, a veces, una nueva organización de los que operan las finanzas para efectuar la labor de lavar el dinero. Quienes están en estas nuevas actividades, sobre todo a través de las modernas redes financieras controladas por computadora, pueden no ser directamente miembros de la organización original y aparece una organización que se dedica justamente a blanquear el dinero. De esta manera, vemos cómo las actividades se entrelazan y pueden ser desarrolladas por la misma o por diferentes organizaciones que tienen relaciones entre sí*»[12].

Para empezar, debemos diferenciar entre los términos «bienes», «dinero» y «capitales». Obviamente, el primero de éstos es el más general, pues el segundo se limita al efectivo, cuando los productos de cualquier actividad ilícita pueden ser también propiedades inmuebles, piedras preciosas o algún título valor. El tercer término nos sitúa en un plano macroeconómico y expresa la importancia cuantitativa que debe tener el objeto material de este delito[13]. Como señalan CALLEGARI y WEBER «la palabra lavar viene del latín lavare, y significa expurgar, purificar, rehabilitar, de ahí la idea de hacer lícito el dinero proveniente de actividades ilegales y reinsertándolo en el mercado como si fuera lícito. Teniendo en cuenta que el delito representa la «transformación», otros países utilizan palabras que etimológicamente significan limpieza»[14] o también puede ser utilizado el termino blanqueo.

Para ANTOLINEZ es el proceso de ocultamiento de dinero y activos financieros, para ser usados sin que se detecte la actividad ilegal que los produce u origina. El delito de lavado de activos es el procedimiento de ingresos delictivos, a fin de encubrir su origen ilegal[15]. Por su parte LUJÁN TORRES señala que el delito de lavado de activos es el proceso de legalización o manejo legal formal de dinero y otro tipo de bienes y recursos –tales

9 MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, Manual de derecho penal económico y de la empresa, Parte especial, 4ta ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013., p. 592.
10 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos, y policiales, Dykinson, Madrid, 2005, p. 54.
11 PRIETO DEL PINO, Ana M., GARCÍA MAGNA, Deborah I. y MARTÍN PRADO, Antonio, «La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales», En: Indret, 3/2010, p. 5.
12 ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, Instrumento jurídicos contra el crimen organizado, UNAM, México D.F., 1997, p. 24.
13 ÁNGELES, Karen. et al. «La protección penal del lavado de dinero en el Perú», En: Derecho y Sociedad, Lima, 2001, N° 16, p. 97.
14 «A palavra lavar vem do latim lavare, e significa expurgar, purificar, reabilitar, daí a ideia de tornar lícito o dinheiro advindo de atividades ilegais e reinserilo no mercado como se lícito fosse. Levando em conta que o delito representa a "transformação", outros países utilizam palavras que etimologicamente significam limpeza» (CALLEGARI, André L. e WEBER, Ariel B., Lavagem de dinheiro, Atlas, São Paulo, 2014, p. 7).
15 ANTOLINEZ, B. Lavado de activos, cit. p. ROSAS CASTAÑEDA, Ob. Cit. J. A. p. 44.

como propiedades, acciones, vehículos, y demás especies susceptibles de valoración económica– provenientes de actividades ilícitas. El lavado de dinero es el método por el cual una persona u organización criminal procesa las ganancias financieras, resultado de actividades ilegales[16].

Con respecto a una de las fases de éste delito CONDE-PUMPIDO TOURÓN, señala que el blanqueo de capitales es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido adquiridos de forma lícita, por lo que el delito tiende a conseguir que el sujeto obtenga un título jurídico, aparentemente legal, sobre bienes procedentes de una actividad delictiva previa[17].

En opinión de FABIAN CAPARROS, el lavado de activos es un proceso tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad[18] y con respecto a las ganancias obtenidas por el lavado de activos, éste mismo autor nos señala que:

> «(…) *no podemos olvidar que quien desplaza dinero sucio hacia el ámbito de la legalidad no aspira —cuando menos, como objetivo prioritario— a obtener con ello el máximo beneficio, sino, fundamentalmente, a lograr el pacífico disfrute de lo que ya percibió antes de forma ilegal. Por eso, valoradas desde la perspectiva global, las pérdidas que puedan derivarse de este género de operaciones de integración no constituyen el resultado adverso de una actividad lícita, sino, más bien, un coste —el precio del blanqueo— que anotar en el saneado balance de la empresa ilícita. Así pues, los recicladores pueden desencadenar operaciones instrumentales de carácter meramente especulativo, aparentemente anárquicas, absurdas e inútiles, pero que quizá lleguen a atentar contra la buena y ordenada marcha de la economía en su conjunto*»[19].

Por su parte MARTÍNEZ-BUJÁN señala que «en lo que concierne al concepto penal de "blanqueo de bienes", conviene aclarar que hay que manejar una noción estricta frente a otra más amplia. En este último sentido se alude genéricamente al proceso de legitimación de los bienes de procedencia ilegal, obtenidos al margen del control de la Administración tributaria; en cambio, en su sentido estricto blanqueo de bienes es el referido exclusivamente al proceso de reconversión de bienes de origen delictivo y es, consecuentemente, el que hace necesaria la intervención del Derecho penal (…) Así las cosas, con carácter general puede ofrecerse una **definición analítica** de la figura del blanqueo de bienes sobre la que existe un cierto consenso doctrinal: proceso de ocultación de bienes de origen delictivo con el fin de dotarlos de una apariencia final de legitimidad»[20].

Tenemos también que el lavado de activos es un proceso, y como menciona BLANCO CORDERO, esta figura consiste en una serie de actuaciones, doctrinalmente sistematizadas en fases o etapas, realizadas progresivamente hasta conseguir el resultado perseguido por los blanqueadores: poder disfrutar de los bienes sin despertar sospechosas sobre su origen. El blanqueo comprende, por tanto, una serie ordenada de fases sucesivas destinadas a la consecución precisa de determinados objetivos[21], las fases que hace mención se refiere a la fase de colocación, intercalación e integración, las cuales serán explicadas en el siguiente acápite.

En la doctrina nacional PRADO SALDARRIAGA construye un concepto operativo definiendo al lavado de activos como un conjunto de negocios jurídicos u operaciones comerciales o financieras que procuran la

16 LUJÁN TORRES, Manuel, Diccionario penal y procesal penal, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 317.
17 CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (2015, Abril), Corrupción urbanística y blanqueo de capitales. Ponencia presentada en el Curso La corrupción urbanística en España. Aspectos penales y administrativos. Problemática actual y perspectivas de futuro, Madrid, España.
18 FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. «La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bien jurídico protegido», En: Combate al lavado de activos desde el sistema judicial, 3ra ed. CICAD, Washington, D.C., 2014, p. 67.
19 Ídem. p. 44.
20 MARTÍNEZ-BUJÁN, C., Ob. Cit., p. 592.
21 BLANCO CORDERO, Isidoro, El delito de blanqueo de capitales, 3ra ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 89.

incorporación al circuito económico formal de cada país, sea de modo transitorio o permanente, de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con las actividades criminales[22].

Asimismo el autor nacional, GÁLVEZ VILLEGAS, menciona que: Se asume que el lavado de activos constituye un conjunto de acciones o un procedimiento conformado por sucesivos pasos realizados con el fin de introducir o insertar fondos ilícitos en el circuito económico, revistiéndolos de una apariencia de legitimidad que permita a los agentes del delito disfrutar tranquilamente del producto o fruto de sus actividades delictivas[23].

IV. FASES DEL LAVADO DE ACTIVOS

A lo largo de sus primeras fases —colocación u ocultación, conversión o control, como explica FABIÁN CAPARROS—, el proceso de blanqueo se verifica a través de la instrumentalización de instituciones jurídicas y procedimientos concebidos inicialmente con el fin de solucionar necesidades de mercado muy distintas a las que mantienen ocupados a los recicladores. De este modo, la reconversión de capitales corrompe el normal uso de tales institutos y, ulteriormente, amenaza con contaminar el sistema en su conjunto[24]. CALLEGARI y WEBER señalan que las fases son distintas e independientes, y no necesariamente deben ocurrir simultánea o sucesivamente en cada caso, sin embargo, el estudio por separado garantiza que las autoridades puedan investigar la fase más vulnerable, generalmente la de colocación[25].

IV.1. Fase de colocación

De hecho, los expertos de la Policía y de las finanzas coinciden al afirmar que la etapa de colocación es, precisamente, la fase en la que hay más probabilidades de detectar y descubrir eficazmente el blanqueo de capitales; una vez que el flujo de riqueza se ha inyectado en los cauces económicos, las operaciones comerciales y financieras se ejecutan con extrema variedad y rapidez, resultando con ello mucho más difícil la identificación del origen de los bienes[26]. Durante la colocación los delincuentes son más vulnerables, he aquí que las autoridades se enfocan en ese movimiento financiero inicial, cuando se convierte mucho dinero, facilitando el descubrimiento[27]. La fase de colocación consiste en desprenderse materialmente de fuertes sumas de dinero de procedencia delictiva sin ocultar aún la identidad del titular o titulares[28]. Ésta es la etapa más importante para

22 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. Criminalidad organizada y lavado de activos, Idemsa, Lima, 2013, p. 101.
23 «Este proceso tiene por objetivo principal disimular el verdadero origen de los bienes para impedir que se los vincule con los delitos precedentes; lo esencial es hacer desaparecer ese nexo» (GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas A. El delito de lavado de activo, Instituto Pacifico, Lima, 2014., p. 41)
24 FABIÁN CAPARROS, E. A., Ob. Cit. p. 41.
25 «As fases são distintas e independentes, e não necessariamente devem ocorrer simultânea ou sucessivamente em cada caso, contudo, o estudo em separado garante que as autoridades possam investigar a fase mais vulnerável, geralmente a de colocação» (CALLEGARI, A. L. e WEBER, A. B., Ob. Cit., p. 12).
26 «Por ejemplo, la red de blanqueo desmantelada tras las investigaciones seguidas hace ya bastantes años con motivo de la operación italo-norteamericana Pizza Connection contra el tráfico de heroína. Recurriendo a una diversidad de técnicas gracias a las cuales llegaron a difuminar la procedencia criminal de unos 1.650 millones de dólares, los miembros de la organización acostumbraban a comenzar el proceso de reciclaje utilizando a jóvenes estudiantes que, ignorando para qué intereses trabajaban, eran enviados a diversas oficinas bancarias a fin de trocar los billetes de 5, 10 y 20 dólares que se les entregaban —procedentes de la venta en la calle de la droga— por otros de 100 dólares, todo ello a cambio de una pequeña comisión». (FABIÁN CAPARROS, E. A., Ob. Cit. pp. 71-72.)
27 «Durante a colocação os delinquentes estão mais vulneráveis, eis que as autoridades estão focadas nesse movimento financeiro inicial, quando muito dinheiro é convertido, facilitando a descoberta» (CALLEGARI, A. L. e WEBER, A. B., Ob. Cit., p. 12).
28 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, Criminalidad empresarial, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2012, p. 153.

descubrir el lavado de activos de dinero, ya que una vez que el dinero y los bienes provenientes del delito previo han sido introducidos en el mercado, a los cauces económicos y a las operaciones comerciales y financieras, resulta poco probable la identificación de su origen[29].

Esta es la etapa inicial del proceso de lavado, en la cual el dinero proveniente del ilícito cambia de ubicación colocándose más allá del alcance de las autoridades. Esta etapa incluye el envío de grandes cantidades de dinero en efectivo sacándolo fuera del país o trasladándolo a áreas comerciales; realizar depósitos de dinero por debajo de los límites que obliguen al reporte de las instituciones financieras; transformar el dinero en efectivo en cheques que permitan blanquear el capital; utilizar entidades empresariales receptoras de grandes cantidades de dinero en efectivo: casinos, restaurantes, casas de cambio, etc.[30]

Al respecto, BAUCHÉ[31] nos señala que los medios a través de los cuales se realizan la fase de colocación son: los depósitos bancarios, instrumentalización de títulos valores, operaciones de ingeniería financiera, las casas de juego y apuestas, las transacciones-masa y los préstamos de dinero al contado.

IV.2. **Fase de intercalación**

Es la fase de conversión, control o intercalación, es decir, el blanqueo en sentido estricto[32], lo que se busca en este caso es lavar o blanquear el dinero *strictu sensu*. Lo que se pretende es desaparecer el origen o las huellas de los bienes ilegales[33]. Aquí tenemos el papel que juega el sistema financiero y otras instituciones financieras formales y no formales, en primer lugar los bancos, en los cuales es inevitable hablar de las ingentes cantidades de dinero por el cual circula, mezclándose de ésta manera el dinero obtenido de forma legal con el dinero sucio, tornándose dificultoso la detección de éste último, teniendo su centro de operaciones en ciertos países desde donde salen estos capitales al exterior, todo esto debido a la evolución que ha experimentado el crimen organizado en los últimos años ha favorecido la aparición de redes financieras clandestinas dirigidas única y exclusivamente a facilitar la circulación internacional de dinero sucio[34].

Esta fase también llamada de ensombrecimiento[35] o estratificación[36] consiste en intercalar en varios negocios o instituciones financieras el dinero adquirido ilícitamente, es decir, en ocultar el origen de los bienes ilícitos colocados mediante la realización de numerosas transacciones financieras o similares[37]. Lo importante de esta etapa es la adquisición de bienes para ser transferidos por vía lícita. El accionar más frecuente de esta etapa está asociado al envío de dinero a paraísos fiscales o a centros off-shore[38].

CALLEGARI y WEBER explican «otro método interesante y característico de esta fase que es la transferencia electrónica de fondos. Muchas veces pueden incluso parecer irracional, pero siempre es para despistar a las autoridades. Uno de los métodos es transferir el dinero para diversos bancos, de preferencia a los bancos en regiones que no tienen un sistema de *compliance* efectivo. Este hecho se realiza en mérito de la técnica de fraccionamiento, ya que el dinero estará en varias cuentas, realizando la transferencia de todas estas

29 GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. Ob. Cit., p. 44.
30 RODOREDA, Tomás, «Lavado de activos. Regulación internacional, regional y normativa nacional», En: Lavado de activos, narcotráfico y crimen organizado: reflexiones y aportes para el caso argentino, 1ra ed. REUP, Buenos Aires, 2015, p. 19.
31 Vid. BAUCHÉ, Eduardo G. Lavado de dinero, encubrimiento y lavado de activos, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2006., pp. 68 y ss.
32 FABIÁN CAPARROS, E. A., Ob. Cit. p. 79.
33 GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. Ob. Cit., pp. 44-45.
34 FABIÁN CAPARROS, E. A., Ob. Cit. pp. 80-81.
35 REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., Ob. Cit., p. 154.
36 CALLEGARI, A. L. e WEBER, A. B., Ob. Cit., p. 23.
37 REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., Ob. Cit., p. 15
38 RODOREDA, T., Ob. Cit., pp. 19-20.

a un centro *offshore*, garantizando anonimato y protegiendo la identidad del lavador»[39].

IV.3. **Fase de integración**

La integración consiste en desviar los fondos blanqueados a organizaciones legítimas que no tienen una vinculación aparente con las organizaciones criminales[40], siendo ésta etapa, la última del lavado de dinero. Durante esta etapa se realizan inversiones de negocios, se otorgan préstamos, compra de bienes y todo tipo de transacciones a través de registros contables y tributarios, ocultando definitivamente el origen ilícito del dinero[41].

Ahora bien, como señala FABIÁN CAPARROS, si tuviéramos que determinar cuál es el efecto más nocivo que causan los procesos de reciclaje sobre el orden socio-económico, habría que referirse a los enormes perjuicios que, ya en la fase de integración, pueden ocasionar sobre el régimen de libre competencia; lesividad que, bajo la forma de riesgo —al menos, potencial—, ya se venía verificando a lo largo de las fases anteriores[42].

Siguiendo a GÁLVEZ VILLEGAS, en esta etapa, los activos ya se han incorporado ***a la economía formal y al mercado oficial***, guardando una apariencia de legitimidad y legalidad; de tal manera que sugiere que se trata de capitales y de dinero ilícito[43].

Finalizadas las fases arriba descritas, las autoridades, a menos que hayan rastreado las operaciones desde el principio, difícilmente lograrán definir la extensión del lavado. También cabe destacar que las fases se dividen teóricamente para fines de estudio, pero en la práctica no ocurren necesariamente de forma separada, o pueden ocurrir concomitantemente[44].

V. **INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE LAVADO DE ACTIVOS**

Como habíamos adelantado, existe una normativa que sirve como modelo para los países que deseen regular las acciones producidas por el lavado de activos, ésta normativa sirve de guía y se puede aplicar de acuerdo a las realidades de los ordenamientos en el mundo. Mencionamos que se puede moldear ésta normativa para países que vienen de la tradición del *common low* y para los países dentro del sistema romano germánico, ubicándose dentro de éste último nuestro ordenamiento.

Son múltiples estos instrumentos internacionales, los cuales fueron adoptados por países promulgando

39 «Outro método interessante e característico desta fase é a transferência eletrônica de fundos. Muitas vezes podem até mesmo parecer irracionais, mas sempre para despistar as autoridades. Um dos métodos é transferir o dinheiro para diversos bancos, com primazia aos bancos em regiões que não têm um sistema de compliance efetivo. Esta ocorrência é em detrimento da técnica de fracionamento, uma vez que o dinheiro estará em várias contas, ocorrendo transferência de todas estas para um centro offshore, garantindo anonimato e protegendo a identidade do lavador» (CALLEGARI, A. L. e WEBER, A. B., Ob. Cit., p. 23).
40 REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., Ob. Cit., p. 154.
41 RODOREDA, T., Ob. Cit., p. 20.
42 FABIÁN CAPARROS, E. A., Ob. Cit. p. 42.
43 «Esta última fase no se caracteriza por el despilfarro de las ganancias producto del delito, sino por la incorporación de los beneficios obtenidos como si se tratara de bienes de origen legal. La integración a la actividad económica formal requiere que las ganancias que se hayan logrado revistan la apariencia de legitimidad y que puedan adaptarse al proceso de circulación económico. No interesa aquí la modalidad que asuma dicha integración, ni el título, ni las condiciones jurídicas, como tampoco el sector de la economía en el que se blanquean los capitales. Es irrelevante también el número de personas que intervienen, las operaciones financieras o comerciales que se ejecutan, las dimensiones geográficas que se han cruzado o el tiempo que demora el blanqueo de capitales» (GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. Ob. Cit., p. 45.).
44 «Finalizadas as fases acima descritas, as autoridades, a não ser que tenham rastreado as operações desde o começo, dificilmente conseguirão definir a extensão da lavagem. Também cumpre destacar que as fases são teoricamente divididas para fins de estudo, mas na prática não ocorrem necessariamente de forma separada, ou podem ocorrer concomitantemente» (CALLEGARI, A. L. e WEBER, A. B., Ob. Cit., p. 24).

leyes antilavado, pero llegaron a la conclusión que sin una colaboración internacional efectiva, las medidas adoptadas no tendrían eficacia; por ello, la comunidad internacional ha unido esfuerzos y suscrito instrumentos para enfrentar este problema[45].

Los instrumentos internacionales en la lucha antilavado que se recomiendan a los Estados miembros de la ONU, son: Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (Convención de Viena), la Convención del Consejo de Europa sobre Lavado, Seguimiento, Embargo y Decomiso de las ganancias provenientes de la Comisión de Delitos, 1990, o Convenio de Estrasburgo, Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) según su acrónimo inglés) también conocida por Convención Mérida, Declaración de Principios del Comité de Basilia, 1988, las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), las Nueve Recomendaciones Especiales contra el Financiamiento del Terrorismo, del Grupo de Acción Financiera Internacional, las Recomendaciones del GAFI al Estado mexicano, el Grupo Egmont y las Unidades de Inteligencia, la Declaración sobre Seguridad de las Américas, Reglamento Modelo de la CICAD/OEA, Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos; a continuación desarrollaremos someramente tres de estas normativas las cuales son vinculantes para nuestro país, en este caso, la Convención de Viena, la Convención de Mérida y la Convención de Palermo:

V.1. **Convención de Viena**

También llamada Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de fecha 19 de diciembre de 1988, la cual fue suscrita en Viena, Austria, surgiendo en el marco de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas. En éste instrumento aparece por primera vez el concepto del lavado de activos el cual está plasmado en su introducción, aun cuando no utiliza este término, sólo se conceptualiza y lo limita al delito de narcotráfico[46], estableciendo que las partes estaban «decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad»[47]. Además de la criminalización internacional del lavado de dinero, que siguió siendo copiada por la mayoría de los gobiernos, la convención también definió medidas de decomiso de los bienes del lavador; la apertura del secreto bancario en cuestión de pruebas del delito; la cooperación e integración entre países, así como otras transferencias de inteligencia entre los signatarios.[48]

Para nuestro país, éste instrumento es vinculante y de mayor relevancia en la materia, debido a que todos los posteriores tienen como base tal Convención[49]. Ésta Convención procura promover un marco homogéneo de tipo represivo, tipificado las conductas vinculadas con el ciclo del narcotráfico, así como el lavado de activos provenientes de tal actividad. A su vez dicha Convención regula la asistencia judicial internacional, el levantamiento del secreto bancario, mecanismos de control respecto de sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación de estupefacientes, el tráfico por mar, entre otros[50].

Dentro de la Convención de Viena a través, por mandato de la ONU, es mandatar a sus países miembros para que tipifiquen como delitos penales en sus respectivos derechos internos algunos actos, cuando se cometan

45 CHAVARRÍA CEDILLO, Silvia, «La normatividad internacional en materia de lavado de dinero y su influencia en el sistema jurídico mexicano», En: Pluralidad y consenso, N° 13, Vol. 3, Mexico D.F., 2010, pp. 58 y ss.
46 Ídem, p. 58.
47 BAUCHÉ. E. G. Ob. Cit., p. 38.
48 «Além da criminalização internacional da lavagem de dinheiro, que seguiu sendo copiada pela maioria dos governos, a convenção também definiu medidas de confisco dos bens do lavador; a abertura do sigilo bancário em questão de provas do delito; a cooperação e integração entre países, bem como outras transferências de inteligência entre os signatários» (CALLEGARI, A. L. e WEBER, A. B., Ob. Cit., p. 54).
49 BLANCO CORDERO, I, Ob Cit., p. 99.
50 RODOREDA, T., Ob. Cit., p. 21.

de forma intencional. Dentro de este grupo de actos encontramos por ejemplo: **i)** la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, distribución, venta, entrega en cualesquiera condiciones, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica; y **ii)** la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos delitos tipificados, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones[51].

V.2. Convención de Palermo

Más tarde, en la Convención de Palermo (año 2000) la ONU amplía el catálogo de delitos precedentes de lavado de activos, y propone en su artículo 6º la penalización de otras conductas, por ejemplo: **i)** la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con e propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; y **ii)** la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito[52].

Esta Convención establece la obligación de tipificar el lavado de dinero en términos similares a la Convención de Viena, pero con la diferencia de que el tipo penal debe contemplar la penalización del lavado de activos procedentes de cualquier delito de la delincuencia organizada. Además, requiere la creación de una Dependencia de Inteligencia Financiera, e insta a utilizar como guías las iniciativas regionales e internacionales y promueve la cooperación internacional y capacitación y asistencia técnica para combatir el lavado de activos[53]. La Convención de Palermo, al delinear el concepto de lavado de dinero y de conductas punibles, se utilizó de la misma formulación contenida en la Convención de Viena y en la Directiva 308/91. Un punto importante, sin embargo, es la aplicabilidad de la Convención, mucho más amplia que la de Viena, ya que pasa a considerar como delito antecedente, además del narcotráfico, la participación en grupo criminal, la corrupción y la obstrucción de la justicia[54].

V.3. Convención de Mérida

También conocida como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción – Convención Mérida del 2003, siendo uno de los aspectos sobresalientes de esta Convención es el relativo a la regulación de la recuperación de los activos y bienes obtenidos como consecuencia de un acto de corrupción, favoreciendo su sistematización, lo que significa un gran avance a favor de los países afectados por la corrupción, sobre todo aquéllos en condiciones de desarrollo con instituciones públicas frágiles a los cuales se destinan fuertes sumas por concepto de "cooperación o asistencia para el desarrollo"[55].

Finalmente, cabe resaltar que los instrumentos internacionales de carácter vinculante en materia de lavado de activos, inciden en la autonomía de este delito, y dejan la opción a los Estados que conforme a sus principios constitucionales consideran al autor o participe del delito subyacente, como autor o participe del delito

51 CORREA CRUZAT, Andrés y ELUCHANS ANINAT, Edmundo, «Lavado de dinero y blanqueo de activos», En: Ars Boni Et Aequi, Año 7, N° 1, Enero del 2011, pp. 194-195.
52 CORREA CRUZAT, A. y ELUCHANS ANINAT, E., Ob. Cit., p. 195.
53 CHAVARRÍA CEDILLO, S., Ob. Cit., p. 58.
54 «A Convenção de Palermo, ao delinear o conceito de lavagem de dinheiro e das condutas puníveis, utilizouse da mesma formulação contida na Convenção de Viena e na Diretiva 308/91. Um ponto importante, no entanto, é a aplicabilidade da Convenção, muito mais ampla do que a de Viena, uma vez que passa a considerar como delito antecedente, além do narcotráfico, a participação em grupo criminoso, a corrupção e a obstrução de justiça» (CALLEGARI, A. L. e WEBER, A. B., Ob. Cit., p. 63)
55 Ídem, p. 59.

de lavado de activos[56].

VI. EL LAVADO DE ACTIVOS Y OTROS DELITOS

Son numerosos los problemas prácticos que suscita la delimitación del delito de lavado con otras figuras delictivas, no obstante existe una similitud entre los tipos penales de receptación, encubrimiento personal, lavado de activos y enriquecimiento ilícito, por lo que nos puede llevar a una confusión, tan es así que autores como DEL CARPIO DELGADO, señalan que existe una especial afinidad estructural entre el delito de blanqueo de bienes y los delitos de receptación y de encubrimiento[57].

Como señala ROSAS CASTAÑEDA, la certeza de la identificación del bien jurídico o bienes jurídicos protegidos nos permitirá diferenciar el delito que nos ocupa con otras figuras delictivas, como la receptación o el encubrimiento y reafirmar su autonomía sustantiva y procesal[58], éste autor señala que el lavado de activos es autónomo de otros delitos, tales como la receptación o el encubrimiento real, e incluso no es necesario que las actividades criminales que originaron las ganancias ilícitas que se buscan legitimar de acuerdo a la nueva ley sean previamente objeto de prueba (delito previo)[59].

Para evitar la confusión entre estos tipos penales, opina BLANCO CORDERO con respecto a los modelos surgidos en las convenciones, el análisis de la normativa internacional permite hacer una primera clasificación de las conductas constitutivas de lavado de activos: en primer lugar, las realizadas con la intención de ocultar o encubrir el origen de los bienes de procedencia delictiva, sin necesidad de que se produzca tal ocultación o encubrimiento; en segundo lugar, las conductas constitutivas de ocultación o encubrimiento de bienes de origen delictivo; finalmente, comportamientos realizados sobre los bienes de origen delictivo sin ninguna intención específica[60]. Por ello en este apartado desarrollaremos las diferencias y similitudes entre estos tipos penales.

VI.1. La receptación y el lavado de activos

Los problemas concursales con la receptación surgen en aquellos países en los que el delito previo del lavado de activos también comprende delitos de índole patrimonial o económica[61], en nuestro catálogo de penas, el delito de receptación se encuentra tipificado en el art. 194 y sus formas agravadas se encuentran en el art. 195 del mismo *corpus*, ubicado dentro de los delitos contra el patrimonio. Como señala SALINAS SICCHA el artículo 243 del Código penal de 1924 regulaba el delito de receptación como encubrimiento, sin embargo, con la evolución del derecho punitivo y su mejor sistematización se ha llegado a la conclusión de que el termino encubrimiento abarca ocultamiento de bienes o personas (encubrimiento real y personal), es decir, abarca a la receptación como figura que lesiona el bien jurídico «patrimonio» y a las modalidades de favorecimiento real o personal que atentan contra el bien jurídico «administración de justicia»[62].

PEÑA CABRERA señala que para la receptación importa la continuación de un delito precedente, esto es, quien toma la cosa de quien la ha sustraído de su legítimo titular, obviamente conociendo dicha procedencia,

56 ROSAS CASTAÑEDA, J. A. Ob. Cit. p. 92.
57 CARPIO DELGADO J. DEL, El delito de blanqueo de bienes, cit. p. ABEL SOUTO, Miguel A. El blanqueo de dinero en la normativa internacional, USC, Santiago de Compostela, 2002, p. 27.
58 ROSAS CASTAÑEDA, J. A. Ob. Cit. p. 123.
59 Lo que reafirma la autonomía del delito de lavado de activos, respecto incluso de las actividades criminales originarias de las ganancias ilícitas que se pretendan legitimar (Ídem. p. 159).
60 BLANCO CORDERO, I, Ob Cit., p. 102.
61 Por ejemplo eso ocurre en el Derecho español, que alude como delito previo a los delitos graves, siendo así que muchos delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico lo son (Ídem, p. 159).
62 SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho penal. Parte especial, Iustitia, Lima, 2013, p. 1109.

por lo que el ligamen con los otros injustos, que atacan el patrimonio sería evidente[63]. Así SALINAS SICCHA diferencia dos clases de receptación: la **receptación en cadena** cuando el bien receptado es el mismo que fue objeto del delito primigenio o antecedente; en tanto que la **receptación sustitutiva** se configura cuando el bien receptado es aquel adquirido o sustituido por el bien objeto del delito primigenio o antecedente[64] (El resaltado es nuestro).

De acuerdo a la Corte Suprema de Justicia del Perú[65], sólo está permitida la receptación en cadena, más no es aplicable la receptación sustitutiva, pues si se produjera la segunda, no se estaría hablando de receptación, como explica SALINAS SICCHA si el agente recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien diferente o distinto al objeto material del delito precedente, será autor del delito de lavado de activos previsto en el artículo 2 [del Decreto Legislativo N° 1106 de abril del 2012], y, en consecuencia, merecerá una pena más drástica que la simple receptación, toda vez que su actuar estará guiado no solo por el dolo, sino por la finalidad última de evitar la identificación del origen ilícito del bien[66].

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, señala una semejanza del delito de receptación con el lavado de activos, mencionando que en ambos delitos se exige el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes, pero en la receptación se exige además que el receptador no haya participado en la actividad delictiva previa ni como autor ni como cómplice, mientras que en el blanqueo las ganancias blanqueadas pueden proceder de la propia actividad delictiva del blanqueador[67]. En contra de ésta posición se muestra ORÉ SOSA quien hace una diferencia con el siguiente ejemplo: «si el agente falsifica documentos para inscribir en Registros Públicos una compraventa de inmueble a su favor y, posteriormente, transfiere la propiedad a quien –a pesar del contenido de la ficha registral– conoce la falsedad u origen ilícito de su título, ¿no responde este último por delito de receptación a pesar de que el delito antecedente no es contra el patrimonio, sino contra la fe pública?»[68]. Por su parte, HUERTA TOCILDO niega la afinidad de estas conductas [lavado de activos] con la receptación pues para ella falta la semejanza inherente a la afinidad que se convierte en identidad dado que afirma que las conductas de «blanqueo de capitales» no son «afines» a la receptación sino modalidades de dicho delito y comparten con él su naturaleza de infracción patrimonial ya que al producirse alteraciones en el sistema financiero acaban afectando al orden socioeconómico[69].

Según ROSAS CASTAÑEDA, en el lavado de activos:

> «*No se requiere una determinación acabada de las circunstancias concretas del delito subyacente, en tiempo y lugar, así como tampoco determinar quiénes fueron los sujetos activos o pasivos, basta un conocimiento general sobre la ilicitud del origen de los activos. Este rasgo sobre el conocimiento del origen ilícito de los activos objeto del delito también se encuentra presente en la construcción típica del delito de receptación en la legislación peruana, nuestro artículo 194 del Código Penal también refiere que el sujeto activo del delito de receptación conozca o deba presumir que los activos provenían de un delito, donde tampoco se exige según la doctrina que el sujeto activo de la receptación al momento de realizar alguna de las conductas descritas en la norma tenga un conocimiento acabado de todas las circunstancias del delito subyacente bastando un conocimiento genérico de éste, pero donde se conserva la lesión al mismo bien jurídico que el protegido por el subyacente*»[70].

63 PEÑA CABRERA, Alonso R. Derecho penal, Parte especial, T. II, Idemsa, Lima, 2009, p. 314.
64 SALINAS SICCHA, R., Ob Cit., p. 1110. Acerca de la receptación en cadena y la receptación sustitutiva, Vid. MEINI MÉNDEZ, Iván, El delito de receptación, Justicia Viva-PUCP, Lima, 2005, pp. 15 y ss.
65 Ejecutoria Suprema N° 2607-2004-Lima (23-11-2004), considerando 4.
66 SALINAS SICCHA, R., Ob. Cit., p. 1113.
67 CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. Ob. Cit. p. 7.
68 ORÉ SOSA, Eduardo, «El delito de lavado de activos y sus semejanzas con los delitos de receptación y encubrimiento real», En: INCIPP, p. 10.
69 CARMONA SALGADO C. «La receptación», cit. p. ABEL SOUTO, M. A. Ibídem.
70 ROSAS CASTAÑEDA, J. A. Ob. Cit. pp. 117-118.

En un primer momento podríamos decir que el delito de lavado de activos se manifestaría como una modalidad de receptación sustitutiva, sin embargo, concluimos que la naturaleza jurídica del lavado de activos es distinta a la de la receptación, diferenciándose en el bien jurídico protegido, pues en la receptación se protege el bien jurídico patrimonio, mientras que la naturaleza del lavado de activos es la de ser un delito pluriofensivo, sin embargo, para nosotros mantiene la misma estructura típica que la receptación, diferenciándose en el bien jurídico, no obstante el problema podría surgir cuando nuestros operadores del derecho realicen el ejercicio de calificar el hecho, pues la conducta del agente puede ser subsumible tanto en el tipo del delito de lavado como en el de receptación[71], sin embargo éste tópico y el concurso de ambas figuras podría ser abordado en otro trabajo de investigación.

VI.2. El encubrimiento real y el lavado de activos

Se debe tener en cuenta la diferencia entre ambas figuras, y es que el encubrimiento de los bienes, conducta constitutiva de lavado, puede servir para el aprovechamiento de los efectos del delito, conducta constitutiva de receptación[72], por ejemplo para SALINAS SICCHA el término encubrimiento es el género y el término receptación es la especie[73], por su parte ORÉ SOSA menciona que el delito de encubrimiento real, tiene como nota característica la existencia de un delito previo y se configura con cualquier conducta encaminada a procurar la desaparición de las huellas o prueba del delito, así como con el hecho de ocultar los efectos del mismo[74].

Para dilucidar este problema, resulta muy importante determinar el bien jurídico protegido de los delitos de lavado de activos y encubrimiento. En efecto el bien jurídico protegido en el lavado de activos comprende el orden socioeconómico, la protección del sistema financiero, la protección entre los Estados, y hasta se puede decir que también protege la administración de justicia[75], por su parte el encubrimiento tiene por bien jurídico la administración de justicia, en especial, el interés en que se haga efectivo el ejercicio de la potestad punitiva del Estado; el mismo que se ve afectado no tanto por una falta de colaboración con los órganos persecutores del delito (…), sino por obstaculizar u obstruir la acción de la justicia mediante los actos concretos previstos por el legislador[76], en conclusión el lavado de activos tiene como naturaleza la de ser un delito pluriofensivo.

Como sostiene DURRIEU, en una discusión propia de la legislación argentina, si bien entre el lavado de activos y el encubrimiento hay similitudes, por ejemplo el verbo rector ocultar, en el fondo son diferentes y tienden a ser considerados por la doctrina extranjera como delitos autónomos entre sí, por tal motivo será lógico que tengan bienes jurídicos diferentes que proteger[77].

Para FABIÁN CAPARROS el lavado de activos podría ser reprochado por la vía de la participación delictiva en el hecho previo o, de no haber un *pactum scæleris* previo, como un mero supuesto de encubrimiento o favorecimiento real. En definitiva, la penalización específica de este delito carecería de sentido y no respondería más que a las pautas de Derecho penal meramente simbólico, generado por un legislador más interesado por los gestos que por los contenidos[78].

Para ROSAS CASTAÑEDA el lavado de activos es algo más que una simple forma de disimular la ilicitud de las ganancias obtenidas y por ello evadir el castigo de los responsables, el encubrimiento no es un fin que persigue el delincuente con la actividad de reciclado, sino una consecuencia colateral de la que también

71 BLANCO CORDERO, I, Ob Cit., p. 159.
72 Ibídem.
73 SALINAS SICCHA, R., Ob. Cit., p. 1109.
74 ORÉ SOSA, E., Ob. Cit., p. 3.
75 Sobre la tesis de la administración de justicia como bien jurídico protegido del delito de lavado de activos, véase REÁTEGUI SÁNCHEZ, J., Ob. Cit., pp. 155 y ss.
76 ORÉ SOSA, E., Ob. Cit., p. 4.
77 DURRIEU, R. El lavado de dinero en la Argentina, cit. p. ROSAS CASTAÑEDA, J. A. Ob. Cit. p. 132.
78 FABIÁN CAPARROS, E. A., Ob. Cit. p. 45.

se beneficia[79], para éste autor la utilización de verbos como ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes en la construcción teórica del nuevo delito se lo identifica como una forma de encubrimiento real, debido a que el agente contribuye a ocultar los bienes objeto del delito, configurándose un atentado contra la administración de justicia[80].

Para concluir, adoptamos la posición de BAUCHÉ, quien sugiere si se propicia la autonomía del delito de lavado correspondería iniciar la tipificación estableciendo que será castigado «el que, con o sin promesa anterior al hecho» lo cual permite diferenciar el tipo objetivo claramente del encubrimiento[81], y con ésta modificación se otorga autonomía al delito de lavado de activos con relación a la figura de encubrimiento.

VII. El enriquecimiento ilícito y el lavado de activos

El enriquecimiento se encuentra tipificado en nuestro catálogo de penas en el art. 401°, el cual se sanciona al funcionario o servidor público que abusando de su cargo incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos.

Entre ambas figuras, enriquecimiento ilícito y lavado de activos, existen obvias diferencias, como habíamos mencionado antes el delito de lavado es un delito pluriofensivo, mientras que el bien jurídico protegido del enriquecimiento ilícito es la administración pública. Cabe apreciar, como señala SALINAS SICCHA que lo residual del hecho punible de enriquecimiento ilícito significa que no hay forma de acreditar que el agente público ha cometido tal o cual delito anterior, sin embargo, aparece acreditado el incremento de su patrimonio o de su gasto personal en el periodo del ejercicio de su cargo público[82], sin embargo se reconoce el carácter autónomo de ambas figuras, del delito de lavado de activos y del bien jurídico protegido del enriquecimiento ilícito, por lo que no resulta una invasión de una figura sobre otra[83].

BLANCO CORDERO desliza la posibilidad que sea muy poco probable que los medios probatorios presentados por los imputados por el delito enriquecimiento ilícito, resulten favorables a éstos, siendo que:

> «*El problema fundamental que plantea el delito de enriquecimiento ilícito es el de su compatibilidad con las normas de Derechos humanos, dado que invierte la carga de la prueba en el ámbito penal. Efectivamente, corresponde al acusado (normalmente empleado público) probar que los bienes que posee tienen un origen lícito, y si no lo hace resulta sancionado penalmente (…) El modelo que se sigue en la mayoría de los países de América Latina mencionados, en los que se castiga al empleado público que no justifique el origen de los bienes que posee. Es muy probable que un delito similar no superaría un examen acorde con los estándares europeos de Derechos humanos, puesto que parece vulnerar la presunción de inocencia, y constituye una inversión de la carga de la prueba al corresponderle al acusado acreditar el carácter lícito de sus bienes*»[84].

El enriquecimiento ilícito es un delito que tiene su campo de aplicación especialmente en el marco de la corrupción. De hecho, esta figura delictiva se prevé normalmente para sancionar a los empleados públicos que no puedan justificar sus incrementos patrimoniales[85]. Así, en el artículo 20 de la Convención de las Naciones

79 ROSAS CASTAÑEDA, J. A. Ob. Cit. p. 135.
80 También en éste caso se trasladó la discusión del papel de delito previo en la configuración de encubrimiento al ámbito del nuevo delito de blanqueo de capitales. (Ídem, p. 158).
81BAUCHÉ. E. G. Ob. Cit., p. 60.
82 SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra la administración pública, Iustitia, Lima, 2010, p. 619.
83 Fiscalía de la Nación: Disposición Fiscal N° 136-2013 (17-01-2014), considerando 22.
84 BLANCO CORDERO, I, Ob Cit., p. 158.
85 Ídem, p. 155.

Unidas se menciona "con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él". Como se puede observar, no es un precepto obligatorio para los Estados parte, que deben examinar si la previsión de este delito respeta su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico[86].

De lo expuesto líneas arriba, podríamos decir que el delito de lavado de activos sobrepasa a la figuras de receptación y encubrimiento, siendo su característica la de flexibilidad al momento de su interpretación.

VIII. CONCLUSIONES

Como hemos visto el delito de lavado de activos tiene su origen en el tráfico ilícito de drogas, y poco a poco, la persecución de los bienes de las organizaciones criminales ha ido más allá, pasando llegando a abarcar no solamente el narcotráfico, sino también incluyéndose la trata de personas, tráfico de armas, terrorismo, delitos contra la administración pública, secuestro, proxenetismo, delitos tributarios, extorsión, delitos aduaneros, y como señala el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, cualquier otra actividad que pueda generar alguna ganancia ilegal.De esta manera, nos atrevemos a esbozar una definición de lavado de activos,siendo el proceso mediante el cual un sujeto o una organización, se dedica a realizar actividades económicas u operaciones financieras o comerciales, así como realizar actos de ocultamiento o tenencia, con la finalidad de integrar al circuito económico o solamente realizar su uso de manera temporal o permanente,de los activos o capitales provenientes de origen ilícito o del crimen organizado,sin poder ser detectados ya sea para ocultar bienes o generar ganancia alguna.

Con respecto a las fases del lavado de tenemos que son tres, la de colocación, intercalación o integración, sin embargo estas fases son distintas e independientes, y no necesariamente deben ocurrir simultánea o sucesivamente en cada caso, no obstante su utilidad didáctica nos ayuda a comprender el delito de lavado de activos como proceso, la primera fase es la de más fácil detección por parte de las autoridades con ayuda de los expertos en finanzas, y a la vez, es donde se puede atacar rápidamente a los blanqueadores, una vez que el flujo de riqueza se ha inyectado en los cauces económicos, las operaciones comerciales y financieras se ejecutan con extrema variedad y rapidez, resultando con ello mucho más difícil la identificación del origen de los bienes, siendo esta la segunda fase en donde se procede a blanquear o lavar propiamente dicho los activos, los cuales se mezclan con los activos de origen licito, para llegar finalmente a la tercera fase, siendo ésta etapa, la última del lavado de dinero y durante esta etapa se realizan inversiones de negocios, se otorgan préstamos, compra de bienes y todo tipo de transacciones a través de registros contables y tributarios, ocultando definitivamente el origen ilícito del dinero. Finalizadas las fases arriba descritas, las autoridades, a menos que hayan rastreado las operaciones desde el principio, difícilmente lograrán definir la extensión del lavado.

No hay que olvidar que el delito de lavado de activos tiene su origen en el sistema del *common low*, no obstante se puede aplicar en sistemas de derecho romano germánico como es el nuestro. Es así que el origen de la regulación del delito de lavado de activos en nuestro país y en otras legislaciones, se sustenta en múltiples instrumentos internaciones, siendo los instrumentos vinculantes para nuestro país, la Convención de Viena, Convención de Palermo y la Convención de Viena, que tienen como finalidad ser de normativa estándar para las legislaciones que quieran regular el delito de lavado de activos y sirven como modelo de aplicación para la lucha contra el crimen organizado.

Existe una especial relación del lavado de activos con otras figuras penales, tales como la receptación, el encubrimiento real y el enriquecimiento ilícito, por ejemplo con el primero tenemos que la diferencial primordial

86 Ídem, p. 156.

es el bien jurídico tutelado, si bien la receptación protege el bien jurídico patrimonio, en el lavado de activos el bien jurídico tutelado es pluriofensivo, señalando que los bienes jurídicos que se subsumen en la pluriofensividad serían el orden socioeconómico, la administración de justicia y la salud pública. Cabe señalar que una similitud de la receptación con el lavado de activos es la preexistencia del delito previo, así tenemos que en la receptación los bienes receptados deben tener procedencia delictuosa, por ejemplo el delitoprevio en la receptación pueden ser los delitos contra el patrimonio, sin embargo, y a pesar tener una similitud estructural, en el delito de lavado de activos también debe tener un origen ilícito, pero solamente en actividades muy peligrosas tales como el tráfico de drogas, el tráfico de armas, el crimen organizado o la corrupción de funcionarios. De igual manera el encubrimiento, tiene una similitud en la conducta típica de ocultamiento, además que el bien jurídico tutelado del encubrimiento también se encuentra subsumido a la pluriofensividad del lavado de activos, pues éste delito también entorpece la acción de la administración de justicia. Como hemos visto en la actualidad judicial, el enriquecimiento ilícito puede ser imputado al agente en concurso con el delito de lavado de activos, siendo así no existe una calidad especial para ser sujeto activo de lavado de activos, tal como lo es el de enriquecimiento, asimismo el delito previo en el enriquecimiento ilícito se encuentra de igual manera subsumido en lo señalado por el Art. 10 del Decreto Legislativo N° 1106.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABEL SOUTO, Miguel A. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, USC, Santiago de Compostela, 2002.

2. ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, *Instrumento jurídicos contra el crimen organizado*, UNAM, México D.F., 1997.

3. ÁNGELES, Karen. et al. «La protección penal del lavado de dinero en el Perú», En: *Derecho y Sociedad*, Lima, 2001, N° 16, p. 97.

4. BAUCHÉ, Eduardo G. *Lavado de dinero, encubrimiento y lavado de activos*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2006.

5. BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3ra ed. Aranzadi, Pamplona, 2012.

6. BLANCO CORDERO, Isidoro, «Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero», En: *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, 3ra ed. CICAD, Washington, D.C., 2014.

7. CALLEGARI, André L. e WEBER, Ariel B., *Lavagem de dinheiro*, Atlas, São Paulo, 2014.

8. CHAVARRÍA CEDILLO, Silvia, «La normatividad internacional en materia de lavado de dinero y su influencia en el sistema jurídico mexicano», En: *Pluralidad y consenso*, N° 13, Vol. 3, Mexico D.F., 2010, pp. 58 y ss.

9. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (2015, Abril), *Corrupción urbanística y blanqueo de capitales. Ponencia presentada en el Curso La corrupción urbanística en España. Aspectos penales y administrativos*. Problemática actual y perspectivas de futuro, Madrid, España.

10. CORREA CRUZAT, Andrés y ELUCHANS ANINAT, Edmundo, «Lavado de dinero y blanqueo de activos», En: *Ars Boni Et Aequi*, Año 7, N° 1, Enero del 2011, pp. 194-195.

11. FABIÁN CAPARROS, Eduardo A. «La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bien jurídico protegido», En: *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, 3ra ed. CICAD, Washington, D.C., 2014.

12. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas A. *El delito de lavado de activo*, Instituto Pacifico, Lima, 2014.

13. LUJÁN TORRES, Manuel, *Diccionario penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

14. MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, *Manual de derecho penal económico y de la empresa*, Parte especial, 4ta ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

15. MEINI MÉNDEZ, Iván, *El delito de receptación*, Justicia Viva-PUCP, Lima, 2005.

16. PÁUCAR CHAPPA, Marcial E. «La nueva ley penal de lavado de activos: El decreto legislativo Nº 1106», En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 35, Lima, mayo del 2012.

17. PEÑA CABRERA, Alonso R. *Derecho penal*, Parte especial, T. II, Idemsa, Lima, 2009.

18. PLACENCIA RUBIÑOS, Liliana, «Apuntes para la determinación de la Cláusula Abierta del delito fuente en la estructura del delito de Lavado de Activos: A Propósito de la modificatoria del Decreto Legislativo N° 1106», En: *Foro Jurídico, PUCP*, N° 13, Lima, 2014.

19. PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Idemsa, Lima, 2013.

20. PRADO SALDARRIAGA, Víctor, «El delito de lavado de activos en la legislación penal peruana», En: *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, 3ra ed. CICAD, Washington, D.C.

21. PRIETO DEL PINO, Ana M., et. al., Antonio, «La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales», En: *Indret, 3/2010*.

22. ORÉ SOSA, Eduardo, «El delito de lavado de activos y sus semejanzas con los delitos de receptación y encubrimiento real», En: *INCIPP*, p. 10.

23. QUESQUÉN RÍOS, Segundo F. «Modificación de la legislación sustantiva vinculada al lavado de activos», En: *Lex*, N° 12, Lima, año XI, 2013-II, p. 283.

24. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Criminalidad empresarial*, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2012.

25. RODOREDA, Tomás, «Lavado de activos. Regulación internacional, regional y normativa nacional», En: *Lavado de activos, narcotráfico y crimen organizado: reflexiones y aportes para el caso argentino*, REUP, Buenos Aires, 2015, p. 19.

26. ROSAS CASTAÑEDA, Juan A. *La prueba en el delito de lavado de activos*, Gaceta Jurídica, Lima, 2015.

27. RUDA SANTOLARIA, Juan J. «El lavado de dinero», En: *Amenazas a la seguridad: El narcotráfico*. IDEI-PUCP, Lima, 2008.

28. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, Iustitia, Lima, 2010.

29. SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal*. Parte especial, Iustitia, Lima, 2013.

30. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos, y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005.

BREVE APUNTE DE LOS PROBLEMAS DEL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA CIVIL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.

Luis Tezén de la Cruz

1.Introducción. 2. Definición. 3. ¿Fin dikelógico? 4. Causales. 5. Efecto suspensivo de la resolución impugnada. 6. ¿Requisito de admisibilidad discriminatorio? 7. Procedencia excepcional. 8. Exceso de las funciones del Tribunal de Casación 9. Jurisprudencia relevante. 10. Conclusiones. 11. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN:

El presente artículo jurídico tendrá como propósito explicar los principales problemas que tiene el recurso de casación en su aplicación judicial, los cuales, impiden alcanzar su finalidad de manera óptima. Siendo ello así, se pretenderá no hacer un uso excesivo de debates meramente técnicos, ya que, como lo decía el maestro José Puig Brutau, resulta ocioso dedicar tiempo a tecnicismos sin relevancia en la praxis judicial.

Como principales problemas hemos podido identificar a la inadecuada regulación jurídica que tiene el recurso de casación en nuestra legislación y la tendencia jurisprudencial del fin dikelógico de dicho medio impugnatorio. Lo que hace necesario una verdadera reforma del recurso de casación y hacer que vuelva a su sendero correcto y recordar su naturaleza jurídica como garante de la adecuada aplicación del Derecho Objetivo y no una tercera instancia.

Somos conscientes que, debido a la brevedad natural de un artículo jurídico y las últimas actividades académicas del suscrito, imposibilitan llevar un análisis ciertamente más amplio de estos y más problemas referidos del recurso de casación, sin embargo, nos comprometemos a realizarlo próximamente, ya que, consideramos importante analizar instituciones procesales de colosal relevancia como la de comento.

2. DEFINICIÓN

El recurso de casación es un medio impugnatorio mediante el cual se pretende garantizar la adecuada aplicación de las normas sustantivas y procesales al caso concreto, así como, la uniformidad en la jurisprudencia nacional.

Tiene como características principales el ser un recurso:

-Formal: a diferencia de los otros medios impugnatorios, para su admisibilidad y procedencia, se exige fundamentar e indicar de manera adecuada la infracción normativa o apartamiento indebido del precedente vinculante.

-Limitado: este recurso únicamente se interpone cuando exista un apartamiento indebido del precedente vinculante o infracción normativa que haya producido de manera sustancial el agravio al recurrente.

-Extraordinario: ya que se trata de un medio impugnatorio que no constituye una instancia judicial adicional.

-De alzada: el presente medio impugnatorio va dirigido a que la instancia Suprema se pronuncie de los posibles errores y arbitrariedades de la sentencia de vista expedida por su inferior inmediato, Sala Superior.

Ahora, resulta necesario responder a dos interrogantes que se suele presentar en la praxis y deja incertidumbre muchas veces: ¿Las partes procesales pueden renunciar a su derecho de recurrir en casación? ¿Un tercero legitimado puede tener ´´legitimidad´´ para interponer recurso de casación?

En relación a la primera pregunta, afirma Véscovi: “los recursos, como el resto de las formas procesales, no son renunciables de antemano, salvo ley expresa que así lo autorice. Lo que sí se puede hacer es una renuncia, sea expresa o tácita, cuando el derecho al recurso ha nacido y la parte desea renunciarlo. Es decir, dentro del

proceso y cuando ya le corre el plazo, pero no anticipadamente"[1].

Es decir, a consideración del maestro uruguayo en prima facie no es posible renunciar a un recurso impugnatorio, como la casación, salvo que la ley lo autorice. Así, encontramos que dicha posibilidad se encuentra en nuestro Código Procesal Civil en su artículo 361, sin embargo, difiere en cierta forma con lo expresado por Véscovi debido a que se admite la renuncia en cualquier momento del proceso incluso antes de que el derecho al recurso haya nacido y siempre que el derecho en controversia sea uno renunciable y no afecte al orden público, las buenas costumbres o lógicamente una norma imperativa.

En cuanto a la legitimidad del tercero podemos encontrar una primera respuesta en el artículo 355 del Código Procesal Civil que afirma que los terceros legitimados pueden hacer uso de los medios impugnatorios, sin salvedad alguna. Siendo así, no podemos pensar que existe una restricción a que un tercero legitimado haga uso del recurso de casación, ya sea, inclusive tercero coadyuvante. Donde la norma no distingue el intérprete no debe distinguir.

3. ¿FIN DIKELÓGICO?

El recurso de casación presenta desde sus inicios y conforme a la doctrina clásica exclusivamente dos fines: nomofiláctica y uniformizador de la jurisprudencia. Es doctrina contemporánea, quienes incorporar una tercera finalidad a la casación destinada a la justicia del caso concreto, esto es, una finalidad dikelógica, lo cual, resulta cuestionable por las razones que expondrá el suscrito.

En principio, debemos recordar que el fin nomofiláctica consiste en asegurar la correcta aplicación del Derecho objetivo, lo cual, constituye un imperativo en todo Estado de Derecho en que se debe respetar y velar por el cumplimiento las normas del ordenamiento jurídico, ya sea, de derecho sustantivo o adjetivo.

En cuanto a la finalidad de uniformidad de la jurisprudencia, se pretende que los jueces supremos emitan sentencias vinculantes, de excelente calidad y conforme a la Constitución, para así salvaguardar uno de los máximos principios como es la seguridad jurídica. Gozando los ciudadanos de fallos previsibles frente a situaciones similares y descongestionar su sistema judicial, ya que, frente a un determinado conflicto de relevancia jurídica este dispondrá de una posible solución, conocida por las partes involucradas, antes de interponer una demanda innecesaria y perjudicial a sus intereses.

En opinión de Devis Echandía[2], la casación persigue principalmente un doble fin: "... la defensa del derecho objetivo contra el exceso de poder por parte de los jueces o contra las aplicaciones incorrectas que de la ley hagan y la unificación de su interpretación, es decir, de la jurisprudencia, necesaria para la certidumbre jurídica y para que exista una verdadera igualdad de los ciudadanos ante la ley. **Sólo secundariamente tiene como fin otorgarle a la parte agraviada con la sentencia o con el vicio de procedimiento, una oportunidad adicional para la defensa de sus derechos**" (lo resaltado en negrita es nuestro).

Por su parte, también Escobar Fornos afirma que "la casación se da con la finalidad de defender a la ley contra las sentencias que la infrinjan. También tiende a uniformar la jurisprudencia. Estos dos fines se complementan".

"En esta forma se pretende cumplir el principio de igualdad ante la ley, a aplicarse a todos con el mismo alcance. Pero no debe desconocerse el **interés secundario de reparar el agravio del recurrente**" (lo resaltado en negrita es nuestro)[3].

De manera distinta, Monroy Cabra asegura que la casación tiene dos fines: "... a) Un fin de interés público, que es la tutela del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional; y b) un interés privado, que es la

1 Véscovi, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Editorial De Palma. Buenos Aires, 1988, p. 227.
2 Devis Echandía, H. Teoría General del Proceso. Tomo II. Editorial Universidad, Buenos Aires (1985). Pg. 644.
3 Escobar Fornos, Iván. Introducción al proceso. Editorial Temis (1990). Bogotá-Colombia. Pg. 234

enmienda del agravio o perjuicio inferido a la parte por la sentencia"[4].

Consideramos que lo señalado por Monroy Cabra resulta ser en nuestras judicaturas nacionales lo más cercano a su realidad sin que ello implique reconocerlo como correcto. Afirmamos ello debido a que existe una tendencia jurisprudencial de reconocer la finalidad dikelógica de la casación; esto es, la justicia en el caso concreto sin importar si para ello sea necesario una nueva valoración probatoria, sin el mínimo análisis requerido como para hacer ingresar una figura jurídica no reconocida por nuestro ordenamiento al sistema jurídico. Se suele decir al respecto que en nuestros días muchas veces el juez peruano intenta crear normas que a su criterio considera como correcto sin salvedad alguna de que su función es exclusivamente jurisdiccional y no legislativa. Las razones de nuestra negativa de admisibilidad de la finalidad dikelógica es fundamentalmente la desnaturalización del recurso casación y la creación de una tercera instancia, lo cual, no hace más que reflejar el estado enfermizo en que se encuentra nuestra cultura jurídica.

Si bien pareciera que existe una confrontación de los valores jurídicos de seguridad jurídica y la justicia (ambos fines reconocidos por nuestra legislación) somos de la opinión que el problema radica en puridad en el desconocimiento de la naturaleza jurídica de la casación como garante de la correcta aplicación del Derecho y guía de los jueces de jerarquía inferior.

El recurso de casación no debe crear una tercera instancia, a contrario sensu, debe ser una oportunidad en la que la Corte Suprema deba emitir su pronunciamiento con respecto a una inadecuada aplicación del Derecho o apartamiento injustificado de un precedente vinculante. El recurso de casación no debe generar la valoración de hechos ya valorados por el juez de mérito, ya que, de esta forma se estaría vulnerando el principio redentor de la casación: seguridad jurídica[5]. Esto es así, porque, la parte vencedora no va tener la menor confianza en las sentencias emitidas por los jueces de primer y segundo grado puesto que tendrá que esperar recién en la sentencia que resuelve el recurso de casación de la parte contraria. Es decir, además del perjuicio que se les genera a las partes procesales en la demora, ya común, de todo proceso judicial en las que los plazos legales son solo letra muerta en papel, al vencedor de la primera y segunda instancia se le hará esperar dos años más aproximadamente (lo que demora en volver el expediente de la Sala Suprema al Juzgado de origen) para que tenga la SEGURIDAD (CERTEZA) de que podrá hacer valer su derecho. Resulta pertinente preguntarnos, entonces ¿La justicia sigue siendo tal incluso cuando tarde de manera totalmente bochornosa?

La pregunta lo hacemos debido a que muchos que defienden la función dikelógica del recurso de casación, considera que resulta descabellado que personas del Derecho consideren más importante la seguridad jurídica que el valor justicia[6]. Quizás en otras legislaciones sea factible ello, nuestra ignorancia no nos permite generalizar, sin embargo, sí podemos afirmar que en nuestro país dicha finalidad de la casación no resulta oportuna desde cualquier punto de análisis, sino todo lo contrario perjudica a nuestro sistema jurídico y empobrece aún más nuestra ya alicaída cultura jurídica.

Se pregona que el rol primordial del proceso debe ser alcanzar la justicia concepto sumamente abstracto[7] y

4 Monroy Cabra, Marco G. Principios de derecho procesal civil. Segunda edición. Editorial Temis Librería. Bogotá-Colombia (1979). Pg. 350

5 El recurso de casación debe ser desestimado, por cuanto el recurrente pretende que este Supremo Tribunal revalore las pruebas a que hace referencia, labor que resulta ajena a los fines asignados al recurso de casación por el artículo 384 del Código Procesal Civil; tanto más si algunas de las pruebas -las más determinantes- a que hace referencia fueron tomadas en cuenta por las instancias de mérito, quienes determinaron que aquellas no enervaron el derecho de propiedad de la demandante, por lo que carece de base cierta lo afirmado (Cas. N" 927-2008-Lima Norte, 1" Sala Civil Permanente Suprema, 11/04/2008).

6 Entre las posiciones discordantes tenemos, la de Ariano Deho quien señala que "la introducción del recurso de casación ha sido perniciosa para lo que debe ser el fin de todo sistema procesal: que el proceso se cierre con la solución más 'justa' posible, pues bajo la falsa premisa de que proscribiendo la posibilidad de llevar al conocimiento de la Corte Suprema los hechos de la causa esta iba a cumplir su función 'educativa' en la mejor de las formas, hemos llegado a cerrar la puerta al 'último remedio' para evitar que una resolución injusta se vuelva inmutable (fin de toda impugnación) (…). No me sorprende que se diga, sin el más mínimo rubor, que el recurso de casación no está 'para dar justicia al caso específico'". En: ARIANO DEHO, Eugenia. La "tergiversación" judicial del contrato y el recurso de casación. p. 10. Disponible en: <http://www.egacal.com/upload/2006_AnoEugenia.pdf>.

7 "... Tampoco resulta atendible el argumento de la vulneración de los principios de equidad y justicia, pues estos son principios generales que tienen naturaleza abstracta, de manera tal que no pueden ser examinadas [sic

que el recurso de casación debe implicar también ello. De esta manera, si el Colegiado Supremo encuentra una supuesta inadecuada valoración de los medios probatorios por los jueces de mérito, deben corregirlo y valorar conforme a lo que ellos consideren adecuado y justo. Siendo así, entonces se logra la "justicia" sin importar la libertad de los jueces de mérito, la seguridad jurídica, el debido proceso tan añorado por los diferentes instrumentos jurídicos internacionales a lo que se encuentra adscrito nuestro país y siendo la Corte Suprema la única instancia en la que la labor de los jueces es correcta.

Así, por ejemplo, Devis Echandía[8] dice que: «la facultad de la corte de examinar el proceso está limitada por esas causales, a diferencia de lo que sucede cuando se conoce en segunda instancia por apelación. Puede ocurrir que la corte considere injusta o antijurídica la sentencia y que encuentre motivos suficientes para revocarla si obrara como tribunal de instancias; pero si no encuentra alegada en la demanda la respectiva causal y el motivo pertinente, no puede hacerlo».

De similar parecer, Carrión Lugo señala «el tribunal de casación no debe examinar los hechos fijados por el organismo de mérito ni para modificarlos, completarlos o desconocerlos. En todo caso, está autorizado para examinarlos con el fin de verificar, si el organismo de fallo ha aplicado correctamente o no la Ley sobre tales hechos al resolver la causa. Los hechos que deben respetarse son los determinados en la sentencia recurrida, donde se consignan las conclusiones respecto a la valoración efectuada sobre los elementos probatorios utilizados y sobre los hechos aportados al proceso»[9].

Y reiteramos que no encontramos racionalidad alguna en que la justicia es tal, aunque tarde. Porque debemos tener en cuenta que hasta resolver el recurso de casación la sentencia de mérito no tendrá eficacia alguna. Si nuestro recurso de casación con su sola legislación es paupérrimo, ahora con una tendencia jurisprudencial que busca imponer la finalidad dikelógica a dicho medio impugnatorio, ya resulta inútil[10].

Para finalizar este acápite, con la creación jurisprudencial de la función dikelógica lo que más produce es aumentar el caudal de recursos de casación interpuestos y alejar cada vez más la finalidad de uniformidad de la jurisprudencia nacional. Y tengamos en cuenta que lo que se inicia como excepción nuestra praxis judicial lo convierte en regla general:

"... Si bien es cierto que excepcionalmente la Corte [Suprema] podría entrar a ejercer [...] una función dikelógica en casos en los que exista arbitrariedad manifiesta, esta función sólo será ejercida cuando le haya sido propuesta adecuadamente por el recurrente bajo una denuncia in procedendo en al que [sic -léase en la que-] se invoque expresamente lo que se conoce como la doctrina de la arbitrariedad o del absurdo; y, que el defecto revista tal gravedad que amerite que esta Sala se aparte de los cánones formales del recurso..." (Casación Nro. 1417-2000 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-06-2003, págs. 10666-10667)[11].

Recordemos que aún a más de un año de su vista de causa, seguimos esperando un pleno casatorio. Aún más resulta deplorable que a partir de esta tendencia jurisprudencial, se esté aplicando el principio de IURA NOVIT CURIA y de rogación de manera indiscriminada:

"... El recurso de casación se rige por el principio de rogación por el cual **sólo los recurrentes son quienes impetran el contenido sobre el cual la Corte [Suprema] ejercerá sus funciones casatorio conforme a la ley procesal**..." (Casación Nro. 1797-2000 / Puno, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-01-2001, pág. 6649).

-léase examinados-] a través de este recurso excepcional [recurso de casación]..." (Casación Nro. 1007-2008 / Apurímac, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-09-2008, pág. 23093).

8 Devís Echandía, H. Compendio de Derecho Procesal. Tomo III. Treceava edición. Editorial DIKE. Medllín (1994). Pp. 401.

9 Carrión Lugo, Jorge. El recurso de casación en el Perú. Grijley, Lima (1997). Pp.60 y ss.

10 "... La casación es un recurso que tiene las siguientes finalidades: a) Nomofiláctica, esto es, juzga el derecho material y procesal; b) Uniformadora, es decir, tiende a la unificación de la jurisprudencia nacional; y, c) Dikelógica, vale decir, la aplicación de la justicia al caso concreto..." (Casación Nro. 4361-2001 / San Martín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-03-2003, págs. 10406-10407).

11 De igual forma la Casación Nro. 2900-2004/ Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-12-2006, págs. 18227-18229.

"... En virtud del principio de rogación procesal que gobierna la intervención de la Corte, ésta se limita a ejercer la función casatoria sobre las resoluciones que la ley señala que contengan un error de derecho congruente con los cargos esgrimidos por los impugnantes y calificados por el Tribunal positivamente mediante la resolución de procedencia.

[...] Que no obstante, la regla antes descrita puede variar en cuanto a su observancia y aplicación, pues se pueden prever algunas hipótesis en las que es imposible que la sentencia casatoria alcance sus fines clásicos (nomofiáctico y uniformizador) e incluso su contemporáneo fin llamado dikelógico, cuando en el proceso que se conoce, verbigracia, existen **vicios procesales insalvables que están por encima de los intereses de las partes**, al advertirse que tales infracciones distorsionan el orden jurídico y sus valores (orden público, seguridad jurídica, certeza, justicia y equidad)..."[12] (Casación Nro. 2197-99 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17-09-2000, págs. 6270-6271)

"... En virtud del principio de rogación procesal que gobierna la intervención de esta Corte [Suprema], la función casatoria es ejercida sobre las resoluciones que la ley señala que contengan un error de derecho congruente con los cargos precisados por los impugnantes y calificados por el Tribunal positivamente, mediante la resolución de procedencia; sin embargo, excepcionalmente, resultaría imposible que la sentencia casatoria alcance su fin nomofiáctico, uniformizador y dikelógico si en el proceso que se conoce, existen vicios procesales insalvables que estén por encima de los intereses de las partes, al advertirse que tales infracciones originan nulidades procesales insubsanables que afectan el derecho al debido proceso. [...] Que frente a un vicio de tal consideración, el órgano jurisdiccional tiene la potestad nulificante del Juzgador, que ha sido acogida en el último párrafo del artículo 176 del Código Procesal Civil, entendida como aquella facultad de declarar una nulidad, aún [sic] cuando no haya sido solicitada, si se considera que el acto viciado puede alterar sustancialmente los fines [...] abstracto y concreto del proceso, y [...] la decisión que en él va a recaer, a fin de salvar la naturaleza pública del proceso..." (Casación Nro. 707-2007 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-10-2007, págs. 20644-20646).

"... Conforme al inciso octavo del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, concordado con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, **el juez aplica el derecho que corresponde a los hechos y las Salas casatorias al momento de calificar el recurso [de casación] y en su momento al revisar el fondo del mismo deben suplir las deficiencias o errores en los que haya incurrido el recurrente** siempre que se hayan expuesto argumentos suficientes para el fin del recurso, con el objeto de resolver el conflicto acertadamente..." (Casación Nro. 3682-02 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2003, págs. 11005-11006).

"... La interpretación de los contratos -en línea de principio rector- es tarea confiada a la cordura del juzgador de mérito, pues ello [sic] son cuestiones de hecho reservados [sic -léase reservadas-] a [los] jueces de instancia, y la decisión que al respecto ellos produzcan, sólo será atacable en Casación por denuncia de error de calificación del contrato, error éste de derecho..." (Casación Nro. 452-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, págs. 23269-23270).

4. CAUSALES

Las actuales causales del recurso de casación no son más que la subsunción de las causales que se presentaba antes de la modificación realizada por parte de la Ley 29364 en el año 2009 al artículo 386 de nuestro Código Procesal Civil.Así, antes de dicha modificación encontrábamos a las siguientes causales: inaplicación de la norma, la inadecuada interpretación de la norma y aplicación indebida de la norma. Estas tres causales, en el artículo 386 vigente, han sido unificados bajo una sola causal: la infracción normativa[13].

La inaplicación de la norma no es más que la omisión de aplicación de una norma vigente que corresponde a

12 Así también: Casación Nro. 1968-2003 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2005, págs. 14154-14155, Casación Nro. 5376-2006 / Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2008, págs. 22692-22693, Casación Nro. 3889-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-09-2002, págs. 9145-9146, Casación Nro. 2057-2007 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21552-21554, Casación Nro. 2057-2007 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29-02-2008, págs. 21552-21554.

13 Las causales in iudicando deben referirse a los hechos determinados en la sentencia y no a los que el recurrente estime acreditados (Cas. N° 1506-96 PUNO, El Peruano, 30/12/1997).

la controversia. La inadecuada interpretación de la norma es la carente o ausente razonabilidad jurídica en la interpretación de la ley, teniendo como consecuencia una sentencia contraria a los fines de la norma interpretada de manera errada[14]. La aplicación indebida de la norma, consiste en la aplicación de una norma ajena a la controversia con relevancia jurídica de conocimiento del juez.

Ha sido preciso señalar en términos claros en que consiste cada una de las anteriores causales previstas por la legislación nacional, ya que, hasta el día de hoy resulta aplicable que en un recurso de casación se establezca de manera clara y precisa la infracción normativa. La pregunta de muchos sería: ¿entoncesqué efecto produce la modificación del art. 386° del Código Procesal Civil?

La respuesta es simple, hasta antes de la modificación producto de la Ley 29364, los escritos de recurso de casación que tenían yerros al precisar la causal de infracción normativa, verbigracia, se confundía la inaplicación con la aplicación indebida de la norma, la Corte Suprema declaraba improcedente conforme al art. 388 numeral 2 dichos recursos de casación. Con la modificación se logra "superar" dicha "exigencia excesiva" de saber diferenciar las causales y establecer propiamente la del caso concreto, declarando procedente el medio impugnatorio a pesar de estas salvedades.

Escribimos con comillas en el párrafo anterior, ya que, es de nuestro parecer que la modificación lejos de ser beneficiosa para lograr la finalidad del recurso de casación lo convierte en una utopía. Antes de la modificación del art. 386° la carga procesal era menor, ya que, solo se declaraba procedente aquellos recursos que precisaban de manera correcta la causal, a contrario sensu, la carga procesal y el declive del conocimiento jurídico aumenta puesto que ahora justificando un criterio de justicia se declara procedente muchos medios impugnatorios que ni siquiera pueden describir con claridad de que causal de infracción normativa se trata y se apoya la gandulería del abogado por conocer los requisitos mínimos para que su recurso sea declarado procedente.

Si queremos un verdadero Tribunal de Casación debemos descongestionar toda la inmensa carga procesal que padece y así tengan la oportunidad de emitir sentencias vinculantes de garantía y en mayor número. Ocho precedentes en más de veinte años de la presencia del recurso de casación en nuestro país resultan algo escandaloso.

Respecto al tema de causales, existen preguntas que merecen ser respondidas: ¿Cuando el recurso de casación se sustenta simultáneamente en la errónea interpretación o inaplicación de normas materiales y en la contravención de normas procesales que garantizan el derecho a un debido proceso cuál es el orden de verificación de dichas causales? ¿Resulta posible considerar como causal la incorrecta interpretación del estatuto de una persona jurídica?

El orden de verificación cuando se sustenta simultáneamente una infracción normativa de carácter material y procesal se examina primero la posible infracción normativa procesal para verificar la validez de los actos procesales, ya que, resultaría sin sentido verificar primero una infracción normativa material inexistente y que sí lo haya con respecto a una norma procesal. En cambio, si se corrobora una infracción normativa procesal ella es suficiente para invalidar todos los actos procesales involucrados siendo innecesario comprobar una infracción material, la finalidad es la economía procesal del ya poco tiempo con que cuentan nuestros magistrados producto de la excesiva carga procesal.

En cuanto a la segunda interrogante, debemos partir por definir al Derecho Objetivo como las normas que imponen obligaciones y facultades de carácter general. Siendo así, las normas estatutarias de una persona jurídica no son de carácter general, ya que, se trata de normas de carácter privado y que imponen deberes mas no obligaciones[15]. En conclusión, no es una causal la incorrecta interpretación del estatuto de una persona

14 Toda regla de Derecho necesita de la interpretación para su aplicación, y aun el que sostenga lo contrario, por considerar que la letra es clara, está practicando una interpretación gramatical que, por prescindir de las reglas de la hermenéutica, lo conducirá inevitablemente a un error; precisamente la casación tiene como una de sus fines uniformar la interpretación de las normas materiales del derecho, de tal manera que negar la interpretación es negar los fines de la casación (Cas. N" 2380-98-Lima, El Peruano, 18/12/99, p.4321).

15 Somos de la opinión que las normas del Derecho Objetivos se caracterizan por imponer obligaciones (imperativos de carácter general), en cambio, los actos jurídicos celebrados por privados imponen deberes (imperativos con efectos limitados a las partes que celebraron dicho acto jurídico).

jurídica.

Cabe resaltar que en la sentencia solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten su decisión. En consecuencia, la falta de pronunciamiento sobre una ley que una de las partes considera que sustenta su pretensión no afecta el derecho al debido proceso (Cas. N° 2106-98 LIMA NORTE, El Peruano, 30/04/1999).

Es apropiado destacar que, dentro del ámbito civil, el recurso de casación también puede ser interpuesto contra:

A) Las resoluciones expedidas por las Cortes Superiores que se pronuncien sobre los recursos de anulación dirigidos contra laudos arbitrales, anulándolos en forma total o parcial (art. 64 -inc. 5)- del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje: Decreto Legislativo Nro. 1071).

B) Las resoluciones expedidas por las Cortes Superiores que se pronuncien sobre el reconocimiento de un laudo emitido en el extranjero, cuando no se hubiera reconocido en parte o en su totalidad el referido laudo (art. 76 -inc. 4)- del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje: Decreto Legislativo Nro. 1071).

5. EFECTO SUSPENSIVO DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

Conforme al artículo 393° del Código Procesal Civil Peruano la sola interposición del recurso suspende los efectos de la resolución impugnada, lo cual, resulta cuestionable a tal punto de que ya se ha considerado como un error susceptible a corregir de manera inmediata en nuestra legislación.

Efectivamente, el suspender los efectos de la resolución impugnada incentiva a que partes procesales actuando de mala fe interponga recurso de casación aún a sabiendas de su futura infundabilidad o improcedencia determinada por el Colegiado Supremo con el único fin de perjudicar a la parte contraria y evitar la inmediata ejecución de la sentencia de segundo grado. Recordemos una vez más, justicia no es tal si se retarda de manera excesiva o arbitraria.

Por lo que también somos de la opinión de que dicho efectivo suspensivo debería ser eliminado de nuestro sistema jurídico y así evitar actuaciones de mala fe por parte de las partes procesales, que la parte procesal analice adecuadamente la factibilidad de interponer recurso de casación y principalmente reducir la carga procesal, ya lo decía Michele Taruffo[16] para el caso italiano: “Se trata, ante todo, como varios sugieren desde hace tiempo, de eliminar el efecto suspensivo automático asociado a la proposición de la regulación, y que se ha convertido notoriamente en un cómodo expediente dilatorio, débilmente desalentado por el riesgo de una responsabilidad agravada, solo recientemente admitida por la jurisprudencia casatoria.

De por sí la eliminación de la suspensión automática del proceso de mérito debería eliminar un número considerable de recursos”.

Inclusive se podría tener en consideración el uso de una caución como requisito para impugnar mediante el recurso de casación y que la resolución impugnada tenga efectos suspensivos, de igual forma contribuiría a disminuir actuaciones de mala fe y carga procesal.

En efecto, la “propuesta N° 8” de la Ceriajus dentro de las cuestiones más importantes en lo que respecta al sistema casatorio se planteó lo siguiente:

“Artículo 393. Ejecución de la sentencia impugnada. - La interposición del recurso no suspende la ejecución de las sentencias de condena.

393.1 Suspensión de la ejecución. - La Sala Superior que expidió la sentencia impugnada dispondrá, a pedido de parte y mediante auto inimpugnable, que la ejecución sea suspendida, total o parcialmente, siempre que se preste caución dineraria por el monto de la ejecución. Cuando la ejecución no tenga contenido patrimonial, la

16 TARUFFO, Michele. El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil. Palestra, Lima, 2005, p. 242.

Sala determinará el monto de la caución dineraria atendiendo a criterios de equidad"[17].

A diferencia de otros países del continente europeo, Alemania no recibió una influencia directa del Derecho francés, por lo que en estricto no podría decirse que la "casación" se encuentra regulada en el Derecho germano, sin embargo, cuenta con un recurso para acceder al Supremo Tribunal y con fines similares a los de la casación llamado Revisionsgericht (recurso de "revisión") se distingue de la casación en que no está limitada por las causales del recurso, sino que puede revocar libremente los argumentos de fondo de la sentencia impugnada, y se pronuncia directamente la nueva decisión. Estas características calificarían a la "revisión" como una verdadera "tercera instancia"[18].

6. ¿REQUISITO DE ADMISIBILIDAD DISCRIMINATORIO?

Sobre el particular, cabe señalar que discrepamos de lo señalado en el inciso 1) del artículo 387 del Código Procesal Civil, por cuanto restringe injustificadamente el recurso de casación a aquellas resoluciones (sentencias o autos) expedidas en segundo grado por las Salas Superiores. A nuestro criterio, la admisibilidad de dicho medio impugnatorio no debe restringirse a las resoluciones que sean expedidas por las Salas Superior sino únicamente de que la parte procesal no disponga de algún otro medio impugnatorio distinto al de casación.

Siendo así, debería ser susceptibles en prima facie de recurso de casación las resoluciones de segundo grado expedidas por Juzgados Especializados al haberse iniciado el proceso en un Juzgado Paz Letrado, ya que, si las resoluciones expedidas por las Salas Superior son susceptibles de ser revisadas ante la posible presencia de una infracción informativa, a fortiriori, deberían ser susceptibles de revisión las resoluciones expedidas por juzgados de menor jerarquía.

Sin embargo, teniendo en cuenta nuestra realidad realizar dicha incorporación a las resoluciones susceptibles de recurso de casación estaríamos estancado aún más la realización plena de los fines del Tribunal de Casación: uniformidad de jurisprudencia nacional. Esto al tener una ya elevada carga procesal, la tendencia jurisprudencial de la finalidad dikelógica del recurso en comento y teniendo en cuenta la recurrente mala fe de algunas partes procesales de aletargar el proceso lo máximo posible en detrimento psicológico y económico de la parte vencedora en segundo grado.

7. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL

Hasta antes del 28 de mayo del 2009 esta institución procesal no encontraba asidero en nuestra legislación, es a partir de la incorporación realizada por el art. 2 de la Ley 29364 que se le reconoce en el art. 392-A que a la fecha dice lo siguiente:

> "Aun si la resolución impugnada no cumpliera con algún requisito previsto en el artículo 388°, la Corte puede concederlo excepcionalmente si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384°.
>
> Atendiendo al carácter extraordinario de la concesión del recurso, la Corte motivará las razones de la procedencia".

Sobre el particular, nos adherimos con Ariano Deho[19] cuando opina que la redacción de la norma no es la más adecuada, pues "el artículo 388 no establece ningún requisito de 'la resolución', sino los 'requisitos' del recurso. Ergo, de dos una: o se equivocaron en la remisión del artículo (el artículo 388 por el inciso 1 del artículo 387) o donde dice 'resolución impugnada' hay que entender 'recurso'. Si es esto último, lo único que se nos ocurre

17 Código de Procedimiento Civil italiano:
Artículo 373. Suspensión de la ejecución. - El recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia. Sin embargo, el juez que ha pronunciado la sentencia impugnada puede, a pedido de parte y cuando de la ejecución pueda derivar un daño grave e irreparable, disponer mediante auto inimpugnable que la ejecución sea suspendida o que sea prestada una caución conveniente.
18 Las sentencias impugnadas mediante recurso de revisión son susceptibles de ejecución si así lo determina el tribunal.
19 ARIANO DEHO, Eugenia. "Notas a primera lectura sobre la reforma del recurso de casación civil". En: Actualidad Jurídica. N° 187, junio, 2009, p. 21.

pensar es que la 'infracción normativa' denunciada no tenga incidencia directa sobre la decisión impugnada".

A nuestro modo de ver, la concesión excepcional del recurso de casación por la Corte Suprema sólo sería viable en lo que tenga que ver con una fundamentación insuficiente o defectuosa de la causal casatoria que se invoque o con errores u omisiones referidos al carácter anulatorio o revocatorio del pedido casatorio. Así es, creemos que, tratándose del requisito contemplado en el inciso 1) del artículo 388 del Código Procesal Civil, la concesión excepcional del recurso de casación por la Corte Suprema, pese a no cumplirse con dicho requisito, no es posible, pues al no haberse impugnado oportunamente el vicio o agravio contenido en la resolución adversa de primera instancia, se ha producido la respectiva convalidación tácita (en caso de vicios procesales) o ha operado la preclusión.

Pues bien, al parecer el legislador ha querido incorporar en esta norma el llamado certiorari (institución procesal del common law). Así, según algunos autores, "esta procedencia excepcional acoge aparentemente el llamado certiorari que es un recurso que busca que la sala suprema se avoque al conocimiento de una causa para lo cual utiliza este instrumento legal para solicitar al tribunal inferior correspondiente la elevación del caso que se le había sometido. Es un mecanismo excepcional de carácter extraordinario, que tiene un fin social de impacto social, que escoge un caso emblemático para ello"[20].

El procedimiento del certiorari norteamericano se puede resumir de la siguiente manera:

a) Cualquier parte de un litigio que se sienta agraviada por una decisión definitiva de una Corte de Apelaciones, en cualquier caso, civil o penal, puede presentar una "petición" al Tribunal Supremo.

b) El certiorari es una petición que se intenta ante la Corte Suprema cuando ya no se tiene derecho a ningún mecanismo de impugnación. Asimismo, la mayoría de los casos ya no se pueden impugnar directamente ante la Corte Suprema de los Estados Unidos; por lo tanto, si una de las partes quisiera que esta corte revise una decisión expedida por una corte federal debe presentar una petition of writ. Si la Corte concede la petición, se programa la presentación de los "alegatos" de las partes.

c) Para que dicha petición de certiorari sea admitida se requiere el voto favorable de, al menos, cuatro de los nueve miembros de la Corte Suprema.

Sin embargo, la gran mayoría de casos propuestos al Tribunal Supremo mediante el certiorari son denegados. Así, aproximadamente 8500 peticiones son presentadas cada año y solo entre 100 y 180 son concedidas (es decir, un poco más del 1%).

d) La concesión o la negación de las peticiones de certiorari se expiden sin explicación; es decir, sin fundamentación o motivación alguna.

Un aspecto que debe quedar claro es que el certiorari no es un "recurso impugnatorio"; es decir, no es derecho de las partes el obtener una revisión de una decisión jurisdiccional, sino más bien es una potestad o facultad (nunca una obligación) de la Corte Suprema el determinar en qué casos se va a pronunciar. Lo que explica por qué la Corte Suprema norteamericana no motiva las decisiones de admitir un pedido o no[21].

Ahora bien ¿el artículo 392-A del Código Procesal Civil puede ser calificado como certiorari? Está claro que no, puesto que el recurso de casación aún con procedencia excepcional resulta ser un medio impugnatorio (un derecho de las partes procesales) en cambio el procedimiento de certiorari[22] constituye una facultad de la Corte Suprema.

---

20 LEDESMA, Marianella. "La casación civil: a mal tiempo, buena cara". En: Actualidad Jurídica. N° 187, junio, 2009, pp. 27-28.

21 La influencia norteamericana ha ido expandiéndose y en Argentina, a la luz de lo antes mencionado, se ha recogido algunas características del certiorari.

22 Este procedimiento no se encuentra exento de críticas debido a la arbitrariedad que podría producirse al momento de decidirse que caso merece pronunciamiento de la Corte Suprema. Pero también debemos tener en consideración que los jueces norteamericanos suelen tener legitimidad suficiente frente a los ciudadanos para decidir libremente.

8. EXCESO DE FUNCIONES DEL "TRIBUNAL DE CASACIÓN"

Actualmente la Corte Suprema detenta una excesiva cantidad de funciones jurisdiccionales y administrativas, que impide la realización de los fines del recurso de casación en nuestro sistema judicial. Así, por ejemplo, veamos las siguientes funciones que debe desempeñar la Sala Suprema Civil.

> Artículo 33.- Competencia de las Salas Civiles.
>
> Las Salas Civiles conocen:
>
> 1.- De los recursos de apelación y de casación de su competencia;
>
> 2.- De las contiendas de competencia y de los conflictos de autoridad, conforme al Código Procesal Civil;
>
> 3.- De los procesos de responsabilidad civil contra los Vocales de la propia Corte Suprema y de las Cortes Superiores y contra miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y otros funcionarios, conforme a la Constitución y las leyes, en primera instancia;
>
> 4.- En primera instancia de las acciones contencioso-administrativas, en los casos que la ley así lo establece.
>
> 5.- De los demás procesos que señala la ley.

La Corte Suprema tiene iniciativa legislativa, en los asuntos que le son propios (Art 21)

En el artículo 79 del TUO de la LOPJ se describe a la Sala Plena de la Corte Suprema como Órgano Supremo de deliberación del Poder Judicial que, debidamente convocada, decide sobre la marcha institucional de dicho poder y sobre otros asuntos que no sean de competencia exclusiva de otros órganos, de acuerdo a lo establecido en la presente Ley. La preside el Presidente de la Corte Suprema y se integra por todos los Vocales Supremos Titulares.

En el artículo 80 se detallan sus atribuciones:

1. Aprobar la Política General del Poder Judicial a propuesta de su Consejo Ejecutivo.

2. Elegir en votación secreta entre sus magistrados jubilados o en actividad, al representante de la Corte Suprema ante el Jurado Nacional de Elecciones.

3. Elegir en votación secreta al representante ante el Consejo Nacional de la Magistratura.

4. Sistematizar y difundir la jurisprudencia de las Salas Especializadas de la Corte Suprema y disponer la publicación trimestral de las Ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

5. Designar a los Vocales Supremos integrantes del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

6. Designar al Vocal Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura.

7. Ejercer el derecho a iniciativa legislativa.

8. Las demás que señala la Constitución, la Ley y el Reglamento.

9. Designar cada dos años y con una votación no menor al ochenta por ciento del total de Vocales Supremos, a dos Vocales Superiores ad hoc titulares y con experiencia de cinco años en el cargo, a los que se le asigna competencia a nivel nacional, encargados de resolver las solicitudes de operaciones especiales, a que se refiere la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional - SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia - DINI.

Como podemos notar las diversas funciones que tiene la Sala Civil de la Corte Suprema no se agota en ser

un Tribunal de Casación, es ello uno de los principales óbices para alcanzar la finalidad de uniformidad de jurisprudencia nacional a través de precedentes judiciales.

9. JURISPRUDENCIA RELEVANTE

"... La adhesión [...] sólo se aplica en caso de recurso de apelación de conformidad con el artículo 373 del Código Procesal citado [C.P.C.], en virtud del cual, al absolver el traslado, la otra parte podrá adherirse al dicho medio impugnatorio. [...] Que, atendiendo a lo expuesto anteriormente la adhesión al recurso de casación formulada por la [...] recurrente deviene en manifiestamente improcedente..." (Casación Nro. 39-2006 /Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2006, págs.16977-16978).

"... El recurso así sustentado, no puede resultar viable en sede de casación, pues de sus fundamentos [...] resulta evidente que lo que se cuestiona no es la sentencia de vista, que en revisión ha sido expedida por la Sala Superior, sino la resolución de vista que revocando la apelada declara improcedente la tacha de nulidad de la Escritura Pública de compraventa [...]; resolución contra la que no es posible interponer recurso de casación..." (Casación Nro. 1700-2008 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01-12-2008, pág. 23313).

"... Si bien es cierto que esta Corte tiene establecido que no cabe el Recurso de Casación contra las resoluciones que expedidas en revisión resuelven las solicitudes relativas a medidas cautelares, se ha pronunciado por la procedencia del presente recurso en atención a que la materia controvertida importa una pretensión de tercería preferente de pago tramitada con infracción a las normas procesales..." (Casación Nro. 1035-96 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 25-04-1998, págs. 764-765).

"... Si bien esta Sala [Suprema] ha establecido que las resoluciones finales emitidas en procedimientos no contenciosos no son impugnables en casación por considerar que ellas en rigor no son el producto de un proceso contencioso, también es verdad que, en el presente caso, dada la naturaleza de la pretensión procesal planteada en la solicitud (extinción del patrimonio familiar) y habiéndose formulado contradicción [...], la materia propuesta [...] se ha convertido en una de naturaleza contenciosa, por lo que las resoluciones de mérito [...] son homologadas por esta Sala [Suprema] como aquellas que ponen término al proceso..." (Casación Nro. 2829-2002 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2003, págs. 10495-10496).

- "... No son recurribles en casación las resoluciones expedidas en procesos no contenciosos sobre prueba anticipada..." (Casación Nro. 433- 2003 / Cusco, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-02-2004, pág. 11407).

"... Regularmente en los procesos no contenciosos no es procedente el Recurso de Casación en tanto no subyace un típico conflicto de intereses (pretensión de un sujeto, resistida por otro), tal es así, que posteriormente en sede contenciosa y amplia puede discutirse o contradecir el conflicto que derive del proceso no contencioso; sin embargo, resulta que en el presente proceso [no contencioso de convocatoria a Junta General de Accionistas] la empresa emplazada ha manifestado su resistencia a la pretensión incoada desconociendo la calidad de accionista del solicitante, promoviéndose un conflicto de intereses de naturaleza contenciosa cuya resolución de vista que le pone fin puede ser recurrible en casación..." (Casación Nro. 1323-2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17-09-2000, pág. 6260).

"... El recurso de casación ha sido interpuesto en nombre de dos personas que conforman la parte demandante, alegando su condición de poseedores del inmueble materia de litis, por lo que debió cumplirse con el pago de dicha tasa [tasa judicial por concepto de recurso de casación] por cada una de ellas..." (Casación Nro. 2076-99 / Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-03-2001, pág. 7087).

"... Para que se cumpla con el requisito de fondo de no haber consentido la resolución adversa de primera instancia, no basta identificar si se ha interpuesto recurso de apelación, sino además, que de los fundamentos del citado recurso se denuncie también el vicio que ahora es materia de denuncia en vía de casación, ello atendiendo a que la recurrida ha confirmado la apelada, con lo demás que la contiene, de lo contrario esta [sic -léase está-] consintiendo el vicio que se denuncia..." (Casación Nro. 57-2001 / Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-07- 2001, pág. 7538).

"... El inciso primero del artículo trescientos ochenta y ocho del Código Procesal en referencia [C.P.C.] establece

como primer requisito de fondo que [...] el recurrente no debe haber consentido previamente la decisión adversa de primera instancia cuando ésta fuera confirmada por la resolución objeto del recurso de casación. [...] Que, conforme se advierte [...], el recurso de apelación contra la decisión adversa de primera instancia [...] fue rechazado y declarado inadmisible, según auto consentido, por tanto, el recurso de casación debe ser declarado improcedente, al no cumplir con la exigencia contenida en el inciso primero del artículo trescientos ochenta y ocho del Código Procesal Civil..." (Casación Nro. 326-2007 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-05-2008, pág. 22073).

"... Siendo el recurso de casación eminentemente formal, no es permisible estimar lo propuesto por la recurrente [...] al haberse limitado a expresar que hace suyos los fundamentos del recurso de su codemandado, lo que no se condice con los fines de la casación ni con lo establecido en la norma acotada [art. 388 del C.P.C.]..." (Casación Nro. 1340-2007 / Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-10-2007, pág. 20884).

La Corte Suprema de Justicia de la República, en relación a la costumbre o norma consuetudinaria a efecto de la casación, ha establecido que "... si bien es cierto la costumbre en el derecho comercial es obligatoria, ésta no constituye norma de derecho material, razón por la cual no puede recurrirse de ella vía casación..." (Casación Nro. 2753-98 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 08-01-1999, pág. 2433).

10. CONCLUSIONES

- El recurso de casación en materia civil no está cumpliendo de manera eficiente una de sus funciones principales que es la uniformidad en la jurisprudencia nacional. Los ochos plenos casatorio emitidos desde hace más de 20 años de vigencia del actual Código Procesal Civil y uno a la espera desde hace más de un año y medio es el mejor indicador de la deficiencia actual del recurso de casación.

- Para una verdadera reforma del recurso de casación debe tenerse en cuenta posibles alternativas racionales como:

  -La aplicación del principio del "doble y conforme" o "doble conformidad", por el cual dos sentencias (la de primer y segundo grado) en el mismo sentido concluirían el proceso, sin oportunidad de plantear una casación contra ellas.

  Suprimir la calidad de efecto suspensivo de la resolución impugnada en casación, caso contrario, se establezca como requisito de admisibilidad una caución con respecto a la pretensión.

  -Tener en cuenta un modelo de recurso de casación civil como el español no resulta nada mal, es decir, que el recurso extraordinario por infracción normativa exclusivamente sustantiva sea de conocimiento de la Corte Suprema. A su vez, las infracciones normativas de carácter procesal no sean de conocimiento del Tribunal de Casación sino de una especie de Sala Superior Nacional. Claro está ello significaría una reestructuración del Poder Judicial.

  -La finalidad dikelógica del recurso de casación debe dejar de ser practicado por la Corte Suprema si es que realmente desean alcanzar las funciones y beneficios del recurso de casación (seguridad jurídica), respetar la naturaleza jurídica de dicho medio impugnatorio y no brindar a las partes procesales una tercera instancia. Es momento de detener dicha tendencia jurisprudencial antes que sea demasiado tarde y la excepción se convierta en regla.

11. BIBLIOGRAFÍA

Ariano Deho, Eugenia. La "tergiversación" judicial del contrato y el recurso de casación. Disponible en: <http://www.egacal.com/upload/2006_ArianoEugenia.pdf>.

Ariano Deho, Eugenia. "Notas a primera lectura sobre la reforma del recurso de casación civil". En: Actualidad Jurídica. N° 187, junio, 2009.

Carrión Lugo, Jorge. El recurso de casación en el Perú. Grijley, Lima, 1997.

Devis Echandía, H. Teoría General del Proceso. Tomo II. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985.

Devís Echandía, H. Compendio de Derecho Procesal. Tomo III. Treceava edición. Editorial DIKE. Medllín, 1994.

División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. Manual de Proceso Civil. Todas las figuras procesales a través de sus fuentes doctrinarias y jurisprudenciales. Tomo I. Primera Edición. Lima, 2015.

Escobar Fornos, Iván. Introducción al proceso. Editorial Temis. Bogotá-Colombia,1990.

Hurtado Reyes, Martín. El recurso de casación civil español y su relación con el modelo peruano. En: Manual del Código Procesal Civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

Hurtado Reyes, Martín. Algunas propuestas para mejorar el recurso de casación civil peruano. En: Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil. Coordinador: Renzo Cavani Brain. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

Ledesma N, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo. Tomo II. Primera Edición, Lima, 2008.

Ledesma N, Marianella. “La casación civil: a mal tiempo, buena cara”. En: Actualidad Jurídica. N° 187, junio, 2009.

Monroy Cabra, Marco G. Principios de derecho procesal civil. Segunda edición. Editorial Temis Librería. Bogotá-Colombia, 1979.

Taruffo, Michele. El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil. Palestra, Lima, 2005.

Távara Córdova, Francisco. Los Recursos Procesales Civiles. Gaceta Jurídica. Lima, 2009.

Véscovi, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica. Editorial De Palma. Buenos Aires, 1988.

Zela Villegas, Aldo. El recurso de casación entre el ser y el deber ser. En: Manual de actualización civil y procesal civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2017