

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



IPSO JURE

AÑO 9 NRO. 34, AGOSTO 2016

"EDICION DIA DEL JUEZ"

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



PRESENTACIÓN



Es un placer el reencuentro con nuestros seguidores de *Ipsa Jure*, en esta ocasión con la edición N°34, en conmemoración al Día del Juez, llegando ahora con más contenidos del quehacer académico jurídico, contribuyendo de este modo con un modesto servicio para fortalecer los conocimientos académicos de todos ustedes.

Agradecemos como siempre el alto gesto de nuestros colaboradores, quienes son conscientes que la preparación académica es una de las herramientas más importantes que le da sustento a las resoluciones emitidas por el sistema de justicia y la forma cómo se pueden defender las causas de los justiciables. Y en este sentido el juez no solo tiene la obligación de saber como un erudito, sino que también debe estar dentro de sus deberes morales ser apóstoles de la justicia, compartiendo sus conocimientos ya sea a través de sus resoluciones, en las aulas universitarias o como en este caso con la producción escrita.

Es por esta razón que la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en los últimos 9 años tiene una ininterrumpida labor con la publicación de *Ipsa Jure*, tanto en forma física

como a nivel digital, convirtiendo así esta revista en un apostolado de capacitación no solo para nuestro magistrados o nuestros servidores, sino también para profesionales entendidos en la materia y estudiantes universitarios que se forman en estas lides, demostrando así como institución nuestro compromiso asumido con la capacitación.

También debo resaltar el rol que cumple el editor de esta revista, juez superior Dr. Edwin Figueroa Gutarra, quien en adición a sus responsabilidades como magistrado, es la primera persona convencida que el trabajo que se realiza tiene un resultado y éste se demuestra con la fidelidad de nuestros lectores, quienes reclaman, dan sustento y son la razón de ser de este grandioso trabajo. Gracias por acompañarnos en la experiencia de *Ipsa Jure*.

Mg. Ana Elizabeth Salés del Castillo
Presidente
Corte Superior de Justicia de Lambayeque



CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dra Ana Salés del Castillo, Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
 - Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Jueces Superiores.
 - Dra. Blanca Cervera Dávila, en representación de los señores Jueces Especializados
 - Dra. Carla Paredes Ciccía, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados
- Auxiliares jurisdiccionales de apoyo:
Kelly Mego Alarcón

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



INDICE

| | |
|---|-----|
| ENTREVISTA TEMA: EL CNM Y LOS RETOS QUE PLANTEA LA SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE JUECES | 8 |
| DISCURSO DEL JUEZ SUPERIOR DE LA CORTE DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE DOCTOR JUAN RODOLFO ZAMORA PEDEMONTE, PRONUNCIADO POR EL DÍA DEL JUEZ: 04 DE AGOSTO DEL AÑO 2016. JUAN ZAMORA PEDEMONTE | 10 |
| DISCURSO DE ORDEN CON MOTIVO DEL 96° ANIVERSARIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE PABLO DÍAZ PISCOYA | 15 |
| LA EXIGENCIA DE “ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL” EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO. INDETERMINACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE 0987-2014-PA/TC1 EDWIN FIGUEROA GUTARRA | 19 |
| QUÉ SIGNIFICA MOTIVAR MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ | 33 |
| ¿QUÉ ES PONDERAR? SOBRE IMPLICACIONES Y RIESGOS DE LA PONDERACIÓN. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO | 37 |
| ¿CONVIENE EL ANTIPROCESALISMO EN EL SIGLO XXI? HELVER BONILLA GARCÍA | 48 |
| EL ENTORNO DEL JUEZ ELEMENTOS PARA UNA REFLEXIÓN MARINA GASCÓN ABELLÁN | 59 |
| DERECHOS SOCIALES Y LIBRE COMERCIO-OIT VERSUS OMC THEREZA CHRISTINA NAHAS | 69 |
| EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SUS PROBLEMAS DOMINGO GARCÍA BELAUNDE | 80 |
| LAS COMISIONES INVESTIGADORAS Y LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS SENTENCIAS TINEO CABRERA Y TOLEDO CÉSAR LANDA ARROYO | 99 |
| LAS RESOLUCIONES INIMPUGNABLES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y EL DERECHO AL RECURSO COMO GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA OMAR SUMARIA BENAVENTE | 106 |
| ¿CUÁL ES EL TRABAJO DEL JUEZ? ADRIÁN SIMONS PINO | 116 |
| LA CULPABILIDAD EN MATERIA PENAL. SUS MODALIDADES PEDRO NAPOLEÓN LARA BENAVIDES | 122 |
| DE LAS RELACIONES COMPLEJAS ENTRE LA LEY PENAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: A PROPOSITO DE LA LEY DE FLAGRANCIA VICTORIA LEÓN VILLA | 127 |
| LA VIOLENCIA FAMILIAR A LA LUZ DE LAS 100 REGLAS DE BRASILIA, A PROPOSITO DE LA LEY N°30364 CARLA YOLANDA PAREDES CICCIA | 130 |



| | |
|--|-----|
| ALCANCES SOBRE LA EJECUCIÓN DE ACTAS DE CONCILIACIÓN REALIZADAS POR ANTE LA JUSTICIA DE PAZ JUAN HERRERA SÁNCHEZ | 153 |
| ¿QUE TAN EFICIENTE Y EFICAZ HA RESULTADO LA APLICACIÓN DEL PROCESO INMEDIATO EN EL PERÚ? SITUACION DE LOS JUZGADOS PENALES EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE MILAGROS JANNET BEGAZO NORABUENA | 160 |
| EL ELEMENTO TÍPICO DEL PERJUICIO EN EL DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL LILIANA DELGADO MARTÍNEZ | 163 |
| JUECES PERUANOS COMPETENTES PARA ASUMIR JURISDICCION Y COMPETENCIA A NIVEL MUNDIAL SIN EXHORTO RAMON BAYARDO MUJICA ZEVALLOS | 169 |
| PRINCIPIO O SISTEMA: BREVÍSIMO ESTUDIO DEL MÉRITO EN EL SERVICIO CIVIL PERUANO W. LUIS BRAVO MONTALVO LUZ CELESTE DEL C. SÁNCHEZ BRAVO | 176 |
| LOS SUPUESTOS DE FALSA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES LUIS MANUEL LIZA CASTILLO | 195 |
| EL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO ANA ELISABET SEGURA MUÑOZ | 199 |
| A PROPÓSITO DE LOS NUEVE AÑOS DEL CASO “METRO”: UN ANÁLISIS DEL CONSUMIDOR RAZONABLE Y EL PRINCIPIO DE VERACIDAD EN LA PUBLICIDAD COMERCIAL LUIS TEZÉN DE LA CRUZ | 219 |
| LA SUPERVISIÓN POR CONDICIONES DE SEGURIDAD DE CRITICIDAD ALTA EN GRIFOS Y EE.SS.: UN ANÁLISIS DEL NUEVO MODELO CREADO POR OSINERGMIN ALDO ORTIZ TORRES | 227 |



PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

IPSO JURE llega a su edición 34 en una fecha conmemorativa muy especial y ésta es el Día del Juez, fecha de homenaje a aquellos profesionales del Derecho que optaron por una tarea de sacrificio, compleja y muchas veces hasta de escenarios de incomprensión.

Decimos sacrificio pues ciertos ámbitos de la vida privada del juez se convierten en públicos. Ya no hay un solo tamiz de su condición de persona natural sino debe aceptar el ámbito de escrutinio de la sociedad civil en conjunto sobre sus tareas profesionales, su desenvolvimiento incluso ético y su ejercicio de correlación con la propia comunidad.

Existe también sacrificio porque el juez es un ciudadano de a pie, como todos nosotros, pero igualmente recae sobre sus hombros una grave responsabilidad pública, en tanto le corresponde impartir justicia en condiciones no siempre de las más óptimas. Pensemos en las lejanías territoriales, en los lugares de muy difícil acceso, en circunscripciones recónditas de nuestro país. Si no existe un juez profesional para asumir competencia sobre las controversias con raigambre jurídica, pues allí tenemos a otro ciudadano- el juez de paz- quien sin ser necesariamente profesional en el Derecho- pues no es seleccionado y nombrado sino elegido- debe resolver conflictos jurídicos según su leal saber y entender. Se suma entonces a esa responsabilidad de discernir el derecho aplicable al caso en concreto, las dificultades propias para un ejercicio adecuado de las responsabilidades profesionales que le impone la Nación.

La tarea del juez es compleja porque debemos apreciar que argumentar es un ejercicio siempre difícil de realizar. Las partes sostienen diversas posiciones guiadas por las premisas de valoración, elección y decisión, como plantea Guastini. En las partes tiene lugar ese apasionamiento propio de quien defiende con vigor, convicción y fuerza una causa. En el juez, debe haber una labor cognitivo- racional pues debe aquietar las aguas movidas del proceso y ponerse a escrutar sobre a quién le corresponde el derecho, quién acredita las pruebas que conciernen a su posición y por tanto, debe construir un tejido argumentativo que le confiera posición de reconocimiento legal y constitucional, a quien en justicia tiene el derecho.

Sin embargo, es complejo este proceder pues las partes involucradas en el conflicto han de cuestionar, unas veces con la fuerza de la razón y el derecho, y otras no, la posición que el juez asuma, sea ella cual fuere. Entonces el juzgador ha de preguntarse: ¿Acaso me pude equivocar? ¿Prosperará esta impugnación en la instancia superior? A este respecto, el juez debe asumir una conducta de ajenidad al proceso. La controversia le corresponde solo hasta el momento en que expide su decisión. Lo que suceda después ya es un ejercicio de las partes involucradas en la discusión. En idea extensiva, el juez se limitará a ejecutar su decisión si ésta es confirmada. Y si no lo fuera, igualmente hay un rol de ajenidad pues cuanto suceda en el proceso vincula solo a las partes y es el juez un actor racional que debe sujetarse al proceso mismo, evitando cualquier tipo de relación con las partes.

Y hay un ámbito de incomprensión, por último, pues la tarea del juez puede ser motivo de rechazo por



parte de la sociedad. Habrá sentencias que en definitiva no han de ser cómodas para algunos sectores de la sociedad, así como habrá decisiones que podrán agudizar ciertos niveles de contradicción en la comunidad misma. Y no obstante ello, el ejercicio de corrección de esas decisiones, debe corresponder al ámbito de la opción del recurso mismo, es decir, que vía recurso se disponga la modificación de una decisión que no es pertinente, y no a través de la presión mediática misma.

El juez goza de autonomía e independencia en sus decisiones, y puede equivocarse aunque ello no debe ocurrir. Y a pesar de ello, es propio que las decisiones sean modificadas en el decurso propia de la discusión judicial misma. No sucede con los jueces que sean aquellos seres inertes e inanimados que solo pronuncian las palabras de la ley, en mención clásica a la que se refería Montesquieu en El Espíritu de las Leyes de 1748. Por el contrario, los jueces construyen sus decisiones con esfuerzo, preparación y versación, en pos de definir una controversia de la mejor forma posible y dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Es entonces un ejercicio de correspondencia material que tenga lugar una modificación de la decisión del juez a través de los canales pertinentes que representan los ejercicios de impugnación de una decisión. Y esto es lo adecuado pues de lo contrario, la sociedad incurre en juicios paralelos y el inocente ya es culpable y sujeto a vindicta pública antes de una decisión judicial.

Es por todas estas razones que en este 04 de agosto es equilibrado, prudente y razonable volver a recordar esa delicada tarea del juez en el Perú y en todos los lugares del mundo. Con juicio de certeza histórica nos decía Sócrates que cuatro características le corresponden al juez: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente.

Al juez le corresponde escuchar siempre con cortesía pues ésta es una máxima imperativa en toda comunicación; al mismo tiempo, le corresponde al juez responder sabiamente, en tanto su formación técnica y humana le confiere facultades para poder decidir dentro de la ley y los principios constitucionales. Pondera prudentemente el juez pues el equilibrio es una regla de oro en todo debate jurídico. Finalmente, decide imparcialmente por cuanto juzga a las partes en cuanto tales, sin otra consigna que aplicar el derecho como corresponde.

Hasta la próxima edición

Edwin Figueroa Gutarra

Director



TEMA: EL CNM Y LOS RETOS QUE PLANTEA LA SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE JUECES

Guido Águila Grados
PRESIDENTE DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA



IPSO JURE tuvo la oportunidad de entrevistar al Dr. Guido Águila Grados, Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura CNM, quien nos da sus apreciaciones sobre los nuevos giros normativos en la materia de ratificación de jueces y fiscales.

IPSO JURE IJ: 1. Dr. Guido Águila, en países como Estados Unidos, el sistema de nombramiento de jueces recae en sistemas de elección popular, ¿cuál es su posición frente a esta modalidad? ¿Presenta el modelo peruano mejores procedimientos a este respecto?

DR. GUIDO ÁGUILA GRADOS GAG: Sí, definitivamente que el modelo peruano es el mejor para nuestra realidad. Ante realidades tan distintas, los procedimientos deben ser diferentes. El modelo de elección de jueces que pergeña la Constitución de 1993 se ha realizado para evitar la politización. Son responsabilidades técnicas que se ha encargado a un Órgano Constitucional Autónomo como el Consejo Nacional de la Magistratura. Si el modelo de elección popular da resultados en los Estados Unidos es por que su realidad se ajusta a esas circunstancias.

IJ: 2. El CNM acaba de publicar un nuevo Reglamento de Selección y Nombramiento. ¿Cuáles son las principales innovaciones al respecto? ¿Mejorará la calidad de la judicatura?

GAG: Las principales innovaciones son las siguientes:

1. Se ha creado el EXPEDIENTE DIGITAL que permitirá reducir los tiempos en la tramitación y evitar los largos viajes que debían realizar los postulantes y las prolongadas colas de espera para su presentación. Asimismo, se incrementan los niveles de seguridad en el flujo documentario y se generan mayores índices de confianza y transparencia.

2. Se ha determinado un nuevo perfil del magistrado, entre lo que destaca lo referido al dominio sobre el idioma quechua, aymara u otros dialectos, que debe quedar acreditado en nivel avanzado por aquellos postulantes que pretendan cubrir plazas en cuya ubicación geográfica predominan los mismos, previéndose una evaluación oral para ello.

3. Este nuevo reglamento de concursos se encuentra diseñado para que la selección y nombramiento de Jueces y Fiscales se desarrolle conforme al Modelo de Gestión por Competencias. Con ello, la tradicional evaluación circunscrita solo a conocimientos jurídicos o documentos curriculares, abre paso a un nuevo y moderno tipo de evaluación que permite identificar las características de personalidad, capacidad cognitiva y valores del postulante, alineado al perfil del magistrado.

4. El examen escrito de conocimientos debe respetar la especialidad o subespecialidad y se basa fundamentalmente en la resolución de casos prácticos, todo lo cual se encuentra debidamente establecido en el nuevo reglamento. De esta manera se garantiza que los postulantes no sean evaluados con preguntas impertinentes para el cargo al que buscan acceder y se descartan las evaluaciones "memorísticas", privilegiando el razonamiento jurídico.

5. Una notable diferencia de este nuevo reglamento de concursos con reglamentaciones anteriores se da en la etapa de calificación curricular. Basados en la experiencia y el conocimiento de la realidad, se ha decidido acabar con la calificación de cursos, diplomados o pasantías que habían generado una cultura de “cartonitis” que en modo alguno acreditaban una efectiva capacitación del postulante.

En esa medida, se privilegia la formación jurídica a través de maestrías y doctorados, con la particularidad de calificar los estudios efectivamente culminados y los grados académicos obtenidos, según el nivel de la magistratura al que se postula. El desempeño profesional viene a completar este nuevo desarrollo de calificación curricular, evaluando a los postulantes a partir de los documentos producidos en su trayectoria profesional. Se valora en mayor medida la experiencia en labores propias o cercanas a la labor jurisdiccional o fiscal y se ha establecido como un mérito especial el haber realizado control de constitucionalidad o convencionalidad que haya determinado la modificatoria de una ley.

IJ: 3. Algunos sectores de la sociedad civil critican la actual forma de designación de los consejeros del CNM. ¿Considera Ud. ajustes al respecto?

GAG: Efectivamente. Nuestra postura está porque la elección se universalice para todos los miembros. Esto es, que se vuelva a la elección universal de los colegios profesionales de no abogados; los mismo con los representantes de las universidades. Deben participar otros estamentos como la asamblea universitaria, los decanos entre otros. Y, claro, lo mismo con el Poder Judicial y el ministerio Público. Actualmente sólo eligen los supremos. nosotros propugnamos que elijan todos los jueces y fiscales. Además, de que los requisitos sean mayores para todos. Esto daría mayor legitimidad y control.

IJ: 4. Dr. Águila, mientras en otros países el nombramiento de jueces es ad vitam, el modelo peruano contempla un sistema constitucional de ratificación cada 7 años. ¿Es mejor nuestro sistema?

GAG: Sí, es mejor. Mientras el control esté a cargo de OCMA, debe mantenerse la ratificación. Eliminar la ratificación y el control a cargo del propio Poder Judicial nos pondría ante una situación de un poder del Estado exento de control. Eso no es propio de un Estado Constitucional de Derecho.

IJ: 5. Finalmente, en la visión institucional del CNM, ¿cuál es el modelo de Juez? ¿se plantea respecto al juez peruano ser una especie de juez Hércules de Dworkin al exigírsele tantas competencias ?

GAG: No, si Ud, aprecia el nuevo perfil del magistrado para el CNM en sus reglamentos es el de un juez que se dedique a lo suyo: resolver los conflictos. Dejamos atrás al juez hércules que todo lo puede. es una falacia decir que se le otorgan más poderes. En realidad se le aparta de sus función esencial y constitucional.



DISCURSO DEL JUEZ SUPERIOR DE LA CORTE DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE DOCTOR JUAN RODOLFO ZAMORA PEDEMONTTE, PRONUNCIADO POR EL DÍA DEL JUEZ: 04 DE AGOSTO DEL AÑO 2016.

Juan Zamora Pedemonte



- Señora Presidenta de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Dra. Ana Salés del Castillo.
 - Señores Jueces Superiores, Señores Jueces Especializados, Señores Jueces de Paz Letrados, Señores Jueces de Paz, Servidores del Poder Judicial.
 - Señores ex - Magistrados del Poder Judicial.
 - Señor Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque.
 - Dra. Giovanna del Río Carreño, Presidenta de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de Lambayeque.
 - Señores Abogados.
 - Señores Decanos de los Colegios Profesionales del Departamento de Lambayeque.
 - Autoridades Eclesiásticas, Políticas, Civiles, Militares y Policiales.
- Público que nos honra con su presencia.

SEÑORAS Y SEÑORES: Agradezco a la Sra. Presidenta de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, y a la Presidenta de la Comisión Organizadora de la Celebración del Día del Juez Dra. Margarita Zapata Cruz, por haberme conferido el honor de pronunciar el Discurso de Orden en esta Ceremonia Solemne.

HOY SE CELEBRA EN NUESTRO PAÍS, EL DÍA DEL JUEZ; fecha de gran trascendencia porque es el Juez quien imparte Justicia en nuestra Sociedad, en el Derecho Romano se definía a la Justicia así : “JUSTITIA EST DIVINORUM ET QUI HUMANORUM JUSTI ET QUI INJUSTI CIENTIA”; es decir, como la Ciencia de lo justo y de lo injusto, de lo divino y de lo humano y el gran Jurisconsulto ULPIANO, la definió como la “CONSTANS ET PERPETUA VOLUNTAS IUS SUUM CUIQUE TRIBUERE”; es decir, como la “constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que es suyo”.

Es pues la Justicia, un Valor Supremo, sin el cual no pueden existir los demás valores como, la dignidad, el honor, el respeto mutuo, la honestidad, la decencia y sobre todo la Paz, a la que se refiere la Biblia como el fruto más preciado y grandioso de la Justicia, leyéndose: “Y el efecto de la Justicia será la paz y la labor de la Justicia, reposo y seguridad para siempre”.

Esa Paz, es la que permite a los seres humanos vivir en armonía, en convivencia civilizada, la que es cada vez más necesaria, en estos tiempos en que se vive una sorprendente inversión de valores a la que asimismo aluden las Sagradas Escrituras en los términos siguientes: “ «Ay de los que al mal le llaman bien y al bien mal; que de la luz hacen tinieblas, y de las tinieblas luz; y dan lo amargo por dulce, y lo dulce por amargo ...”.

Un elemental razonamiento nos permite afirmar categóricamente, que si el fruto de la Justicia es la Paz, el de la injusticia no puede ser sino la confusión, el enfrentamiento, la destrucción y la muerte.

Con motivo del Día del Juez he creído pertinente RENDIR HOMENAJE:

Al Dr. MANUEL LORENZO DE VIDAURRE DE LA PARRA Y ENCALADA, Primer Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, quien nació en Lima el 19 de mayo de 1773, se recibió de Abogado a los 23 años de edad, graduándose de Doctor en la Universidad de San Marcos a los 29 años, fue Oidor de la Audiencia del Cuzco, Cargo del que fue suspendido dedicándose al ejercicio de la

Abogacía. En 1820 fue nombrado Oidor de la Audiencia de Puerto Príncipe en las Antillas.

El historiador Estuardo Núñez, anota, que Vidaurre, fue la figura más notable de la Magistratura y la Ciencia Jurídica, con gran versación en Derecho Civil y Derecho Penal.

Su gran obra, fue su Proyecto de CODICO CIVIL PERUANO.

En 1830 regresa al Perú volviendo a la Presidencia de la Corte Suprema. En 1832, integra como Ministro de Relaciones Exteriores el Gobierno del General Gamarra, quien lo destituye de su sitial de dicha Corte.

A los 66 años escribe su libro: «Vidaurre contra Vidaurre», para refutarse asimismo de ciertas opiniones consignadas en sus obras.

En 1840, fue Decano del Colegio de Abogados de Lima.

Según sus biógrafos, podrán discutirse muchos aspectos de la Obra de Vidaurre, pero lo que no podrá discutirse, es la firmeza de su vocación jurídica y la solidez de sus conocimientos de la Ciencia del Derecho.

En su Proyecto de Código Civil, se refiere al Jurista Friedrich Karl Von Savigny, el creador de la Escuela Alemana y sostiene que la propiedad debe ser regulada en armonía con el interés social cortando el mal uso que de ella se hace cuando se mantiene en la infecundidad, que es el principio del hambre y la muerte.

En su Proyecto de Código Penal, recogió la Institución del «JURADO» y pretende su implantación en nuestra Legislación.

Decía Vidaurre, no queremos saber lo que dijeron Paulo y Papiniano, Justiniano o Modestino: Veamos, si la Ley Civil, es conforme o contraria al derecho de la naturaleza.

Su preocupación por el Poder Judicial fue tal que lo llevaría a exclamar: «NINGUN PUEBLO PUEDE SER FELIZ SIN UNA BUENA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA»; y también a preguntarse: ¿ DE QUÉ SIRVEN LAS LEYES MAS EXCELENTES SI REPOSAN EN LOS LIBROS Y LOS JUECES LAS DESPRECIAN ?, insistiendo en que: “ LA GRANDEZA DE UN PUEBLO SOLO PUEDE MEDIRSE POR LA JUSTICIA DE SU GOBIERNO”.

El Dr. MANUEL LORENZO DE VIDAURRE DE LA PARRA Y ENCALADA, fallece el 9 de marzo de 1841.

En esta fecha, es oportuno resaltar la labor que cumple el Juez, aplicando la Ley, materializando el valor de la Justicia, tutelando los derechos de los ciudadanos y de la Colectividad, dirimiendo conflictos, eliminando incertidumbres jurídicas, pronunciándose sobre la detención o la libertad de los procesados, absolviendo o condenando a los acusados, decisiones que no siempre merecen la aceptación de quienes intervienen en los procesos ni de la Colectividad.

Al respecto debe considerarse, que La Justicia humana, es imperfecta y lamentablemente se puede errar por ser humano el que la imparte, recuérdese la expresión latina: “ERRARE HUMANUN EST, INDULGENDUN DIVINUN EST”.

El Juez tiene pues la responsabilidad de impartir Justicia con imparcialidad y con independencia.

El deber de IMPARCIALIDAD, característica esencial de la Justicia, significa, que el Juez no debe actuar a favor o en contra de las partes, lo que presupone actuar con serenidad y sobre todo con limpieza de conciencia.

El deber de INDEPENDENCIA, implica que el Juez debe excluir influencias políticas, sociales,



patrimoniales, amicales, mediáticas y de cualquier otra índole, que puedan influir en el sentido de sus decisiones jurisdiccionales.

Sobre la INDEPENDENCIA del Juez, es preciso recordar, que antes de proclamar la independencia, don José de San Martín, dictó el Estatuto Provisional de Huaura, en cuya introducción dijo: « MIENTRAS EXISTAN ENEMIGOS EN EL PAÍS, Y HASTA QUE EL PUEBLO FORME LAS PRIMERAS NOCIONES DEL GOBIERNO DE SI MISMO, YO ADMINISTRARÉ EL PODER DIRECTIVO DEL ESTADO, CUYAS ATRIBUCIONES SIN SER LAS MISMAS, SON ANÁLOGAS A LAS PODER LEGISLATIVO Y EJECUTIVO. PERO ME ABSTENDRÉ DE MEZCLARME JAMÁS EN EL SOLEMNE EJERCICIO DE LAS FUNCIONES JUDICIARIAS, PORQUE SU INDEPENDENCIA ES LA ÚNICA Y VERDADERA SALVAGUARDIA DE LA LIBERTAD DEL PUEBLO; Y NADA IMPORTA QUE SE OSTENTEN MÁXIMAS EXQUISITAMENTE FILANTRÓPICAS, CUANDO EL QUE HACE LA LEY Ó EL QUE LA EJECUTA, ES TAMBIÉN EL QUE LA APLICA»; destacó así San Martín la importancia de la Independencia Judicial.

Esta oportunidad, es sumamente propicia para referirnos además a aspectos de actualidad y trascendencia, vinculados a la función que cumple el Juez, cuales son:

- 1.- La dignidad del Juez.
- 2.- El contenido de las resoluciones judiciales y sus destinatarios.
- 3.- El retardo en la impartición de justicia.
- 4.- La desigualdad y falta de proporcionalidad en las decisiones jurisdiccionales que causan desconcierto en la Sociedad.

Respecto de la dignidad del Juez.

La dignidad del Juez viene siendo afectada considerablemente, el Juez, es maltratado por el Sistema como si fuera un servidor sin categoría ni importancia social alguna, maltrato que afecta su independencia al no permitirle trabajar con la tranquilidad que requiere su excelsa función; sin embargo, dicha afectación no solo obedece al Sistema que oprime, sino a los Magistrados que no hacen lo pertinente para evitarla.

Desde hace algunos años, lamentablemente no rige para el Juez, el derecho a la presunción de inocencia que él si cautela respecto de todo ciudadano é inclusive del procesado penalmente. Cuando se trata del Juez, inmediatamente se presume su culpabilidad y esto es demasiado grave, más aún si se considera, que las normas que regulan el proceso disciplinario, establecen el principio de presunción de licitud, conforme al cual, debe presumirse que los Jueces, en el desempeño de sus funciones, actúan conforme a Ley; sin embargo, son frecuentes los casos en los que se abre proceso disciplinario contra un Juez y a veces adoptando severas medidas, y después de uno, dos o tres años, se le absuelve, cuando ya, por el solo hecho de haber tenido que afrontar dicho proceso, se tiene a la vista, un Magistrado injustamente afectado; por ello, es que debe procederse con mayor seriedad y responsabilidad.

Respecto del contenido de las resoluciones judiciales y sus destinatarios.

A menudo es fácil comprobar, que los argumentos en los que el Juez apoya su decisión; resultan poco entendibles o sencillamente inentendibles y sus resoluciones, por la excesiva cantidad de citas doctrinarias y jurisprudenciales, no solo parecen trabajos teóricos de Derecho, sino que parecen tener como destinatarios, a grandes Juristas y a veces hasta da la impresión, que dichas resoluciones, tuvieran como destinatario al Organismo encargado de la ratificación de los Jueces en nuestro País.

Olvida el Magistrado, que es su deber expresar en forma clara y precisa, las razones con las que sustenta el sentido de su pronunciamiento jurisdiccional, razones que deben ser consistentes y por



lo tanto convincentes y además, entendibles no solo por el Letrado que patrocina la Causa o por los Letrados en general, sino por los justiciables que son los interesados en el proceso.

El retardo en la impartición de justicia.

Es preciso reflexionar sobre el excesivo retardo en la tramitación de los procesos que afectan considerablemente el derecho a una tutela efectiva, pues ya se ha dicho hasta el cansancio, que Justicia retardada es Justicia denegada.

Ya no resulta predecible un proceso no solo respecto al sentido de la sentencia final sino en cuanto a su duración que se torna interminable

Hay procesos de Amparo que duran dos, tres, cuatro años y más, y en no pocas veces para recién precisarse la vía procedimental que corresponde, sin tener en cuenta que tales procesos tienen su razón de ser en la rápida tutela contra la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales

De otro lado, resulta muy lamentable que se haya desnaturalizado el proceso de amparo, pues increíblemente ahora se instaura hasta por que el justiciable no está de acuerdo con el monto de una liquidación de intereses practicada en el proceso ordinario.

En cuanto a la Inexistencia de la igualdad y de la proporcionalidad en las decisiones jurisdiccionales penales que causan desconcierto en la Sociedad

EL Juez está obligado a cautelar los derechos fundamentales: es decir, los contemplados sin restricción por nuestra Carta Política y por tanto, el derecho a la igualdad y a la proporcionalidad en sus decisiones y en especial en las de naturaleza penal; sin embargo, la realidad nos muestra que en casos no tan graves, se ordena frecuentemente prisión preventiva; en tanto que, existen otros casos en los que no se procede en forma similar, por la connotación política, social o económica de los implicados, actitud que genera total desconcierto y desconfianza en la ciudadanía.

El Nuevo Código Procesal Penal ha introducido nuevas formas de juzgar que quizás, no son las más adecuadas, pues muchas veces por lograr una condena en el más breve plazo, se soslayan elementales garantías del debido proceso como el derecho de defensa, el derecho a probar, el derecho a ser informado de manera completa de las consecuencias de asumir responsabilidad penal y renunciar a un juicio oral con todas las garantías de ley; todo ello además, con el asentimiento de la defensa, como ocurrió en un sonado Caso sobre violencia y resistencia a la Autoridad ventilado en la capital de la República, en el que se impuso una condena de igual o mayor duración a la que se suele imponerse por delitos mucho más graves, caso en el cual, se ha conjurado una desproporción y desigualdad, al concederse el respectivo indulto.

El eminente Criminólogo Lambayecano EDUARDO MIMBELA DE LOS SANTOS, ha sostenido, que el Perú no está preparado para la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal, porque el Derecho Penal se ha olvidado de las raíces criminológicas, lo cual guarda estrecha coherencia con lo que sostuvo el famoso escritor Alemán BERTOLT BRECHT, refiriéndose a la crisis de la Justicia debido a la falta de capacidad para introducirse en la personalidad del delincuente: « CUANDO LOS ABOGADOS TOMAN SU EMPLAZAMIENTO, LOS MAGISTRADOS INGRESAN, EL PROCESO COMIENZA, QUÉ HORRIBLE ESPECTÁCULO Y EL ESPECTÁCULO ES INDUDABLE QUE DEBE SER HORRIBLE DESDE EL MOMENTO QUE COMO CONSECUENCIA DE EL VA A EMERGER UNA SANCIÓN QUE NO ES EQUILIBRADA NI RELACIONADA PROFUNDAMENTE CON LA CULPA DE ESA PERSONALIDAD”.

Entonces, el Juez, no sólo debe conocer la Ley, la Doctrina y la Jurisprudencia, sino que debe dar



solución al problema humano y social, conociéndolo plenamente, dejando atrás el recusado rol de ser un mero aplicador de leyes, como lo pretendía Montesquieu : “LA BOUCHE QUI PRONOUNCE LA PAROLE DE LA LOI”; ES DECIR: “LA BOCA QUE PRONUNCIA LA PALABRA DE LA LEY”.

Concluyo, pidiendo a Dios, que ilumine las mentes de quienes impartimos Justicia, para que procedamos conforme al libre dictado de nuestra conciencia y Finalmente, Rindo Homenaje además en este día a los Jueces de la República de todas las Instancias, tanto presentes como ausentes, que destacaron en el cumplimiento de su elevada función, y en especial a los Magistrados de esta Corte Superior de Justicia, que con su experiencia, independencia y probidad, enaltecen la majestad del Poder Judicial.

Hago votos, porque la dignidad del Magistrado no sea mancillada.

Hago votos, porque los Jueces resuelvan las Causas, dando las razones necesarias y suficientes para que los justiciables entiendan fácilmente porqué ganó o porqué perdió el proceso.

Hago votos, por que el Juez imparta una Justicia pronta eficaz , proporcional e igualitaria.

Hago votos, por la predictibilidad de los fallos judiciales.

Hago votos, porque el Juez, con su labor seria y responsable logre revertir el concepto de la opinión pública sobre el Poder Judicial en aras de lograr su legitimación plena.

Hago votos, porque en lo sucesivo, para actos Solemnes como este, se convoque y se promueva la concurrencia de los Abogados y demás integrantes de la Comunidad Jurídica, de los representantes de las Instituciones Públicas y Privadas y de las Organizaciones que emergen del Pueblo de quien emana la Potestad de Impartir Justicia de conformidad con lo que establece nuestra Constitución Política vigente.

Hago votos, por el engrandecimiento del Poder Judicial.



MUCHAS GRACIAS



DISCURSO DE ORDEN CON MOTIVO DEL 96° ANIVERSARIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

*Dr. Pablo Díaz Piscoya
Juez Superior*



Señor Dr. Guido Águila Grados, Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura.
Señora Dra. Ana Elizabeth Sales Del Castillo, Presidenta de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.
Señora Dra. Rosa Vera Meléndez, Integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial
Distinguidos Colegas Jueces Superiores y Honorables Jueces de las demás instancias jurisdiccionales de esta Corte Superior.
Señora Presidenta de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de Lambayeque.
Dignísimas Autoridades que nos honran con su presencia.
Damas y Caballeros presentes:

Acabamos de escuchar en una fina alocución de un joven Magistrado, la lectura del Acta de Instalación que en cumplimiento de la Ley N° 4049, otorga la partida de nacimiento de nuestra Corte Superior de Justicia de Lambayeque; acto protocolar llevado a cabo un día como hoy 23 de Mayo del año 1920, es decir, hace exactamente 96 años.

Pierre Vilar, un historiador hispanista francés, acuñó una célebre frase, decía que para entender el presente hay que conocer el pasado, entonces, para entender la vida institucional de nuestra Corte, se requerirá a veces de echar la vista atrás, pues el camino andado y el que nos toca andar, apuntan hacia un mismo objetivo, esto es el de otorgar una eficiente administración de justicia; de allí que justificadamente, pido a esta selecto auditorio, concederme licencia por breves minutos para rememorar algunos hechos que han marcado la historia de esta casi centenaria Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

Los documentos leídos en esta ceremonia protocolar, resultan de suma importancia en ese propósito, no solo porque marca el inicio histórico de esta casa de justicia allá en la vieja casona de la calle San José, ambiente en donde muchos de nosotros hemos laborado, y seguramente, cada uno tendrá muchas anécdotas quietas en el recuerdo; sino también, porque marca el histórico inicio del Gobierno Judicial Local a través de uno de sus predilectos Magistrados como lo fue el Dr. Manuel C. Rodríguez quien resultó electo su primer Presidente Titular. Desde entonces, le han sucedido en tan honroso cargo Presidencial, otros ilustres Magistrados, algunos de ellos desempeñando más de un periodo de gestión.

Los sucesivos Presidentes de nuestra Corte Superior fueron: don Augusto R. Llontop, Augusto Ríos, Felipe S. Portocarrero, Zenón Cancino Burgos, Víctor A. Martínez, Raúl Pinto, Darío Rodríguez Llerena, Bernardo Checa, Raúl Alva, Francisco Demóstenes Vargas, Manuel Augusto Carranza, César Lengua, Neptalí Ruiz Campos, Humberto Gálvez Durand, Hildebrando Martínez Mejía, Juan Pereyra Sánchez, Javier Sánchez Buitron, Juan De Dios Luna Llerena. Más reciente a partir de 1960, los doctores: Augusto Castro Masías, Carlos Muñoz Cáceres, Guillermo Doig Buendía, Constante Calonge Zavaleta, Juan Manuel Méndez Osborn, Federico Peralta Rosas, José Antonio Silva Vallejo, Carlos Doig Padovani, Adalberto Seminario Valle, Antonio Altamirano Muñoz, Manuel Becerra Barrantes, Adriana Gonzáles Vidal, Carlos Castañeda Zúñiga, Juan Antonio Huamán Cabrejos, Luis Miguel Rodríguez Esqueche, José Rogelio Gonzáles López, Gerardo Soto Quiroz, Tomás Padilla Martos, Manuel Huangal Naveda, Ricardo Ponte Durango, Jimmy García Ruiz, Carlos Silva Muñoz, Miguel Ángel Guerrero Hurtado y quien actualmente nos honra al tenerla en tan insigne cargo, la Dra. Ana Sales Del Castillo.

De pronto los nombres que acabo de mencionar nos hacen transitar hacia la fuente de los recuerdos, algunos más años atrás que otros, y aun cuando singularizar la labor de alguno de ellos pudiera dar pie a opacar la noble gesta de otros, lo cual no es mi propósito; sin embargo, permítanme culto público presente, poner en relieve en este recuento histórico aquel memorable discurso pronunciado por el Maestro Universitario y excelente jurista Dr. José Antonio Silva Vallejo, allá en el año 1979, cuando asumía la



Presidencia de esta Corte Superior, quien decía lo siguiente:

“Dentro de las vidas luminosas que hemos tratado y conocido de cerca, quiero dejar aquí pública constancia de mi reconocimiento a la ejemplar conducta, caballerosidad señera, honorabilidad sin tacha y gran capacidad de los Señores Presidentes que me han antecedido en esta Corte. Me refiero a los doctores Carlos Muñoz Cáceres, hombre de una serenidad imperturbable y de gran laboriosidad, con quien me tocó la suerte de trabajar en Sala hasta su muerte; al Dr. Guillermo Doig Buendía, por todos ustedes conocido, lambayecano eminente y hombre enérgico y de gran carácter, quien precisamente hoy día acaba de jurar como Presidente de la Corte Suprema; al Dr. Federico Peralta Rosas, tras cuya modestia y sencillez, se oculta, en el fondo, un extraordinario talento, una gran capacidad de estudio y una extraordinaria facilidad para resolver los más intrincados problemas del Derecho Civil y Procesal; por ello es que, precisamente, el que habla, lo ha propuesto como mi sucesor en la tercera cátedra de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Lambayeque, sin que ello obste a reconocer su gran experiencia y versatilidad en la práctica del Derecho Penal como me consta, al haber discutido con él intrincados casos y problemas sui generis de la dinámica delictiva”.

La parte de este memorable discurso que les acabo de leer, no puede dejarnos duda que habían transitados por la Presidencia de esta Corte Superior, honorables Magistrados; como tampoco nos puede quedar duda alguna que con posterioridad y hasta la fecha, le han sucedido en tan digno cargo, hombres y mujeres ilustres, que gracias a su honorabilidad y gran capacidad para dirigirla, han marcado pautas de una feliz historia judicial lambayecana que aún está por escribirse.

No quiero desaprovechar el momento que ustedes me otorgan, para relevar un hecho histórico que trasunta en la propia Acta de Instalación que se ha tenido oportunidad de escuchar, y es precisamente, que junto a los primeros Señores Vocales Superiores, se elige como su Primer Fiscal Superior al Dr. Juan De Dios Lora y Cordero, ello en razón a que el Ministerio Público estaba integrado al Poder Judicial, pues como es conocido por todos, es a partir de la Constitución de 1979 que se le atribuye personería propia y luego, mediante el Decreto Legislativo 052 del 19 de marzo de 1981, se consolida su autonomía e independencia. Digo esto Señores, porque muy pocas veces se ha tenido la oportunidad de rememorar la excelsa figura de los fiscales que integraron nuestra Corte Superior, por ello, permítanme una vez más remitirme al histórico discurso del Dr. Silva Vallejo cuando sobre lo dicho, afirmaba:

“Si algún día se hiciera el plutarquiano estudio de las vidas paralelas en nuestra Corte, sin duda estará presente la de un talentoso y austero Fiscal de nuestra Corte, el Dr. Valdemar Bobadilla, de cuya amistad me honro y hoy aquí públicamente lo declaro, en quien reconozco, ante todo, su fina inteligencia, su gran honorabilidad y para mí, personalmente, su indeclinable lealtad de amigo y colega”.

Muchos de los aquí presentes podemos dar fe de la veracidad de lo que en aquel discurso se afirma, por lo que, a través del Dr. Valdemar Bobadilla, vaya también nuestro reconocimiento a los Fiscales que formando parte de nuestra Corte Superior, contribuyeron a escribir la historia y consolidar el presente, que hoy día nos congratulamos en celebrar.

Nuestra Corte Superior de Justicia de Lambayeque ha sido y es cuna de ilustres Jueces y eminentes juristas, y es hasta ahora productora de una rica jurisprudencia que ha servido y sirve como instrumentos jurídicos para diversos laboratorios académicos; y en esa línea nos mantenemos, pues sin temor a equivocarme, puedo afirmar que nuestros órganos jurisdiccionales han producido trascendentes sentencias judiciales, que ponen de manifiesto un acertado activismo judicial, en donde sus jueces no se han limitado a la mera aplicación de la ley, sino a la interpretación óptima de la norma jurídica para esclarecer su verdadero sentido, llegando a decir Derecho con plena preponderancia de los derechos fundamentales.

Sobre la jurisprudencia, se deberá reconocer que la doctrina ha sido basta en escudriñar su esencia y su propósito, así Leonel Pereznieto Castro, en su obra Introducción al Estudio del Derecho, opinaba: “Entendemos por Jurisprudencia en sentido estricto la forma de manifestación del Derecho que se realiza a través del ejercicio de la jurisdicción, en virtud de una sucesión armónica de decisiones de los tribunales”. Por su parte, García Maynes en similar obra, sostiene “La palabra jurisprudencia posee dos acepciones. En una de ellas equivale a ciencia del derecho o teoría del orden jurídico positivo. En la otra sirve para designar el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales.” Y



como no, en el propósito de alentar esa seria discrepancia doctrinaria sobre la jurisprudencia, nos permitimos mencionar el criterio del jurista y filósofo brasileño Miguel Reale, autor de la Teoría Tridimensional del Derecho, cuando en su obra Introducción al Derecho, nos indica “para aplicar el derecho el juez debe realizar una labor previa de interpretación de las normas jurídicas que no son siempre susceptibles de una única aprehensión intelectual”.

Pero más allá de los conceptos doctrinarios que acabo de mencionar, no resiste apreciación en contra, que terminar por admitir que hoy en día, la jurisprudencia tiene una enorme importancia en el mundo del Derecho, no solo porque el criterio proviene del más experto en el conocimiento del Derecho como lo es legítimamente el Juez, sino porque la solución al caso propuesto responde más a la realidad social que al contenido estático de la norma positiva; más concretamente, se hace plausible la función integradora que caracteriza a la jurisprudencia, cuando la ley no responde a la satisfacción de las necesidades de seguridad y sensación de justicia.

El Derecho como ciencia social es dinámico, por ello, hoy en día asistimos a nuevas orientaciones iusfilosóficas que exigen de nosotros los jueces, cuando menos, tenerlas en cuenta como parte de una idónea preparación académica. Así por ejemplo, debemos saber que a la luz del pensamiento neoconstitucionalista el papel de la jurisdicción cambia ostensiblemente, pues la tarea de los jueces será aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y en tal propósito, habrá de hacerse una interpretación y aplicación bajo un juicio de valor de la norma jurídica. A este respecto, Prieto Sanchis resumiendo al neoconstitucionalismo afirma: “La constitución no es un catecismo político o una guía moral, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe”. Sobre lo dicho, podemos advertir que el rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo, se manifiesta en la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan los casos sometidos a su conocimiento, a la vista de todo el ordenamiento jurídico, incluida la Constitución, bajo cuyo criterio entonces el vetusto esquema de la subsunción queda sustituido ahora por el de la ponderación.

Del mismo modo, no olvidemos los jueces que vivimos hoy en día una nueva corriente jurídica que, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos se ha dado en llamar «El Control de Convencionalidad», se trata de una herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia. Así, en el caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, fundamento 124 se señala «La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».

Expuestos esos lineamientos de doctrina, me permito instar a mis colegas jueces, a continuar produciendo jurisprudencia, pues ella ha sido y será fuente de derecho, la que por su carácter innovativo seguramente merecerá la atención, y esperamos que sea para el beneplácito de la población jurídica nacional.

De otro lado, la tecnología cada vez más sofisticada es parte del devenir histórico de nuestra Corte Superior y así advertimos que de aquella vetusta máquina de escribir y el pulso escrito de los copiadores de sentencias, hoy en día se trabaja con modernas computadoras y sistemas informáticos que han roto esquemas de tiempo y espacio físico que se creía inalcanzables; me permito realzar el caso de las audiencias mediante el sistema de video conferencias que constituyen indudablemente una herramienta trascendente en la mejora del servicio de justicia. También es necesario resaltar que de aquella com-



petencia territorial que originariamente le fue asignada a esta Corte, esto es, de sus 3 Provincias del Departamento de Lambayeque más las Provincias de Cutervo y Jaén, comprensión del Departamento de Cajamarca, se mantiene hasta la fecha, pero con el agregado específico de la Provincia de San Ignacio; es en todo este ámbito territorial donde actualmente se encuentran administrando justicia sus 136 jueces distribuidos en 110 órganos jurisdiccionales.

Distinguida audiencia, somos conscientes que nuestra Corte Superior de Justicia en particular y el Poder Judicial en general, así como las instituciones afines al sistema de justicia, no pasa por el mejor momento de aceptación social, ello por múltiples razones que no es del caso examinar en el apretado tiempo que se me ha concedido; sin embargo, sí me corresponde enfatizar que nunca hemos permanecido inertes frente ello, por el contrario, aparte de objetivas manifestaciones para hacer cada vez más transparente nuestra tarea de administrar justicia, se han venido implementando desde la Presidencia, una serie de medidas tendientes a recuperar ese esquivo empoderamiento social, dentro de ellas, podemos destacar los programas de Justicia de Paz Escolar, Justicia en tu Comunidad, campañas de acceso a la justicia y en el presente año, implementándose el Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables y Justicia en tu Comunidad. Por ello nos mostramos confiados que dentro de poco, aunados a la concretización de un sistema administración de justicia célere que otorgan los juzgamientos por flagrancia, y el sistema de juzgamiento oralizado, conseguiremos recuperar la confiabilidad de la sociedad en nuestra institución judicial cuyo aniversario hoy celebramos.

A los jóvenes Magistrados incorporados recientemente como Jueces Titulares en esta Corte Superior, decirles que la rigurosa e integral evaluación por la que habéis transitado ante el Consejo Nacional de la Magistratura, cuyo Presidente hoy nos honra de sobremanera con su presencia, nos garantiza que la función jurisdiccional en esta parte del país será cada día mejor; que la loable pero sacrificada función que habéis escogido como jueces, se plasme en un liderazgo que nos permita hacer el camino que conduzca a nuestra Corte Superior de Justicia de Lambayeque a ser una de las mejores a nivel nacional; pues, como ya he dicho en el recuento histórico, apenas estamos a 4 años de cumplir nuestro primer centenario de vida institucional, por ello, con vuestro esfuerzo que la juventud otorga, junto a quienes estamos viviendo la juventud de la adultez, nos permitirá alcanzar en la celebración de los 100 años, un sistema de administración de justicia eficaz, célere y predecible. Hagamos que vuestros nombres trasciendan positivamente en la historia institucional de nuestra Corte, como los de aquellos ilustres jueces que he mencionado anteriormente y de otros, que con igual o mejor brillantez, fueron parte de ella, pero que aún permanecen en el anonimato, para ello les pido mantenernos inmune a la arrogancia, recuérdese para ello las palabras de Séneca “quien pretenda llegar a un sitio determinado emprenda un solo camino y déjese de tantear muchos a un tiempo, pues esto no es caminar, sino vagar”.

No puede terminar este discurso, si no pongo de relieve a un elemento importante para el eficaz desempeño del sistema de administración de justicia, me refiero al personal jurisdiccional y administrativo de esta Corte Superior; trabajadores que aun cuando se encuentran postergados en sus expectativas económicas, día a día han contribuido y contribuyen a la grandeza de nuestra institución, de quienes estoy seguro que también asumirán compromiso para llegar al centenario institucional como una Corte Superior de Justicia líder del país; pues hagamos conciencia que las instituciones y los hombres deben trascender en la vida, menciono por ello las palabras del Papa Benedicto XVI en su discurso al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede (07 de Enero de 2013) «Sin una apertura a la trascendencia, el hombre cae fácilmente presa del relativismo, resultándole difícil actuar de acuerdo con la justicia y trabajar por la paz».

Para finalizar, os pido a quienes formamos parte de esta familia judicial, que el aplauso estruendoso por el aniversario de hoy, sea una manifestación de renovación al compromiso de hacer camino a los logros que queremos alcanzar en el centenario de nuestra institución.

Fraternalmente: GRACIAS.



LA EXIGENCIA DE “ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL” EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO. INDETERMINACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE 0987-2014-PA/TC1

Edwin Figueroa Gutarra²



Contenido

Introducción. 1. El precedente vinculante contenido en la STC 0987-2014-PA/TC y su efecto en el ordenamiento constitucional peruano. 2. Certiorari y denegatoria de pronunciamiento de fondo. 3. La “especial trascendencia constitucional” en el ordenamiento español. 4. Criterios sobre la causal de “especial trascendencia constitucional”. 5. Necesaria reconstrucción del precedente vinculante 0987-2014-PA/TC. 6. Ausencia de mensaje a los jueces del Poder Judicial. A título de conclusión

Introducción

Es propósito de este estudio un análisis de las nuevas dimensiones del ordenamiento constitucional peruano a raíz de las exigencias planteadas a través del nuevo precedente vinculante STC 0987-2014-PA/TC, en relación a la exigencia específica del requisito de “especial trascendencia constitucional” como condición a ser cumplida por las pretensiones de orden iusfundamental.

Es importante anotar que nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a pretensiones constitucionales se refiere, ha planteado a través de un precedente vinculante, una decisión con efectos erga omnes y de vinculación fuerte para todos los actores del ordenamiento jurídico, la exigencia de cumplir las demandas sobre derechos fundamentales, una “especial trascendencia constitucional”, como cuestión de forma y fondo, para que la controversia pueda ser resuelta por el Tribunal Constitucional, y no se emita, en su caso, sentencia interlocutoria denegatoria, figura que a su vez traduce un pronunciamiento desestimatorio sin más trámite.

El alto margen de existencia de conceptos jurídicos indeterminados en el precedente vinculante en mención nos hace reflexionar, desde lo antes acotado, en la necesidad de llenar de contenidos a las premisas de las cuales parte un precedente de esta naturaleza, con mayor razón si este tipo de pronunciamientos tiene un fuerte efecto de vinculación normativa para todos los poderes públicos.

Nuestro análisis se basa en dos premisas: de un lado, pretendemos señalar que el origen normativo y jurisprudencial de esta figura parte del ordenamiento especial, en referencia a la LO 6/2007 y la STC 155/2009 del Tribunal Constitucional español, y de otro lado, la importancia de construir precedentes desde una perspectiva bifronte, en alusión a la necesidad de puntualizar un mensaje más elaborado de los precedentes vinculantes abordando el rol que les corresponde, también, a los jueces del Poder Judicial, como garantes de los derechos fundamentales y primeros bastiones de defensa de los derechos tutelados por nuestra Carta Fundamental.

En efecto, el precedente vinculante en mención no incluye un mensaje específico a los jueces en cuanto a su tarea de remitir procesos constitucionales vía recurso de agravio al Tribunal Constitucional, más

1 *In memoriam* Miguel Ángel Montañés Pardo (1957-2011)

2 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



aun cuando la “especial trascendencia constitucional” se convierte en mecanismo de rechazo de la demanda sobre afectación de derechos fundamentales. La premisa es muy puntual: así como existe un órgano que deniega demandas- el Tribunal Constitucional- existe a su vez un estamento jurisdiccional que remite tales demandas- el Poder Judicial- aspecto que denota la exigencia de construcción más calificada de los criterios argumentativos de los precedentes vinculantes.

1. El precedente vinculante contenido en la STC 0987-2014-PA/TC y su efecto en el ordenamiento constitucional peruano

Advirtamos de inicio que el precedente vinculante STC 0987-2014-PA/TC reconstruye una nueva dimensión procesal de las pretensiones constitucionales,³ a partir de la exigencia de que las demandas constitucionales no incurran en determinadas causales de rechazo que configuren la emisión de una sentencia interlocutoria denegatoria,⁴ lo cual involucra una desestimación de la demanda sin pronunciamiento sobre el fondo.

La causal que nos interesa, entre las varias que son desarrolladas por el Tribunal Constitucional, es la referida a la “especial trascendencia constitucional” que debe revestir la demanda vinculada a derechos fundamentales, a efectos de que pueda transitar por la vía constitucional con la aspiración de una decisión de fondo sobre la controversia iusfundamental que plantea

Es necesario e importante, desde nuestro punto de vista, darle contenido a esta denominación de “especial trascendencia constitucional”, pues de lo contrario, nos encontramos ante un escenario de indeterminación en el derecho,⁵ entendida como una figura que afecta la comprensión cabal del significado de los términos, dada la no precisión de sus contenidos. Esta noción inclusive es asimilable a la idea de inseguridad jurídica.⁶

En efecto, si una figura tan relevante como la fijación de causales de rechazo no es adecuadamente construida desde la función de órgano rector que le compete al Tribunal Constitucional, en el ejercicio de sus tareas de orden, valoración y pacificación, el riesgo inmediato es dejar al libre albedrío de los intérpretes del sistema la construcción de los alcances, términos y condiciones de aplicación de la causal en descripción como causa de rechazo de una demanda iusfundamental.

De esa forma, un análisis pormenorizado del nuevo precedente vinculante en comento, nos deja la preocupación de una falta de desarrollo dogmático orientativo de esta causal de “especial trascenden-

3 STC 0987-2014-PA/TC. Caso Francisca Vásquez.

49. *El Tribunal Constitucional emitirá sentencia interlocutoria denegatoria cuando:*

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

La citada sentencia se dictará sin más trámite.

50. *Existe una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental.*

4 BLUME, E (2015). *La sentencia interlocutoria denegatoria*. Materiales de trabajo de la Academia de la Magistratura de Perú. Módulo Teoría Constitucional y Democracia. XVII Programa de Ascenso. Recuperado de <http://aulavirtual.amag.edu.pe/course/view.php?id=634> Fuente visitada con fecha 25 de mayo de 2015.

5 RODENAS, Ángeles (2012). *Los Intersticios del Derecho*. Capítulo I. Barcelona-España: Marcial Pons. 1° Ed. p. 21-50

6 HERNANDEZ, M. La especial trascendencia constitucional como criterio de admisión del recurso de amparo ¿concepto jurídico indeterminado o inseguridad jurídica? Versión resumen. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derecho Público Comparado. Recuperado de http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/ins_derecho_publico_comparado/seminarios_cursos/seminarios_conferencias_cientificos/Resumen%20ponencia%20Hernandez%20Ramos.pdf Fuente visitada con fecha 20 de mayo de 2015.

cia constitucional”, como causal de rechazo para una decisión de fondo.

En propiedad, el Tribunal Constitucional ha de irrogarse la facultad de denegar un pronunciamiento de fondo respecto a la pretensión planteada, si no se cumple la condición determinante de justificar la demanda por qué existe en la cuestión de derecho contenida en el recurso de agravio constitucional, una “especial trascendencia constitucional.”

Resulta así necesario que el precedente vinculante en mención sea complementado en la fijación de los conceptos integrantes del contenido atribuido, a fin de evitar escenarios de vaguedad o ambigüedad,⁷ y ello tiene lugar desarrollando una fundamentación más amplia de las causales de rechazo de demandas que el precedente vinculante establece.

En el primer caso, aludiendo a vaguedad, nos encontramos frente a ausencia de significados, en tanto transmite la causal en mención una referencia solo genérica sobre la exigencia de cumplir determinada trascendencia constitucional. En el caso de ambigüedad, la no precisión de contenido precisamente da lugar a interpretaciones diversas y los actores del sistema, pueden advertir la existencia de varios significados entre los cuales ha de tomarse una posición cognitiva que justifique la decisión. Esto puede conducir a la adopción de premisas que no necesariamente coincidan con los supuestos de los cuales habría partido el precedente vinculante.

Ahora bien, consideramos una cuestión de orden a precisar en el precedente en mención: no existe una definición integral del concepto “sentencia interlocutoria denegatoria”, pues la posición de aproximación más cercana su contenido es la referencia en el propio precedente a que la citada sentencia se dictará sin más trámite. En rigor, el término “interlocutorio” aún cuando puede abordar la referencia a una sentencia, es regularmente una decisión intra proceso, más propia de un incidente. Importa entonces evitar esta vaguedad en ciernes.

De otro lado, no existe mayor fundamentación respecto a la extensión del concepto “especial trascendencia constitucional”, salvo algunas líneas muy introductorias, aspecto que nos ocuparemos de definir en el resto de este examen.



2. Certiorari y denegatoria de pronunciamiento de fondo

Una primera cuestión a la cual nos conduce este nuevo precedente vinculante se refiere a si el Tribunal Constitucional ha optado por una especie de certiorari, en referencia a la definición de Oteiza⁸ como potestad discrecional regulada⁹ de Tribunales de alto rango como sucede con la Corte Suprema de EE.UU., entre otros importantes Tribunales, de escoger aquellos procesos que únicamente resuelven en comparación con los casos que en total son admitidos por la misma Corte.¹⁰

7 Vid ORTEGAD, (2010) La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado de la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de Junio. En *Teoría y realidad constitucional*. Nro. 25. UNED. p. 498.

8 OTEIZA, Eduardo. (1998) *El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo p. 71. Recuperado de http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica06.pdf. Fuente visitada con fecha 01 de junio de 2015.

9 El certiorari o herramienta de “sana discreción” en la característica que le asigna Eduardo Oteiza, es un mecanismo del derecho anglosajón que se expresa en la abreviatura “certiorari volumus” (*deseamos informarnos*) y que en Estados Unidos permite que, a través de la aplicación del writ of certiorari, la Corte Suprema de ese país requiera a un Tribunal de grado inferior la remisión de una causa.

10 En promedio unos 130 procesos (80 con audiencias y 50 sin audiencias) son resueltos por año de un estimado de 7,000 a más ingresos. La media es similar en los últimos años en los cuales un promedio general sería 100 procesos resueltos sobre un aproximado de ingresos de 10,000 causas al año. Un tercio de casos proviene de apelaciones de Cortes Supremas estatales y 2/3 son de Cortes Federales de grado inferior. La Corte Suprema de EE.UU. es la principal Corte Federal de EE.UU. y representa la máxima instancia de conocimiento

La distinción es importante a efectos de nuestro estudio: el certiorari constituye una potestad de un alto Tribunal de ceñirse al establecimiento de determinadas reglas para abordar cuáles casos, en realidad muy pocos, han de constituir líneas jurisprudenciales determinantes para un ordenamiento jurídico, en tanto que el sistema de la sentencia interlocutoria denegatoria prefijado por el Tribunal Constitucional, implica que todos los casos remitidos a esta instancia, deban ser cuando menos examinados, y aquellos que incurran en las causales de rechazo que fija el Tribunal, son a su vez desestimados.

En propiedad, el certiorari implica el no conocimiento de la causa, pues la Corte Suprema considera un conjunto de decisiones que han de determinar un mensaje a los órganos subordinados, encontrándose éstos verdaderamente vinculados- en un ámbito de stare decisis- a los fallos que con carácter orientador ha de emitir la Corte Suprema.

El certiorari traduce, entonces, dos consecuencias relevantes: de un lado es un mensaje de confianza en los jueces A quo, quienes conocen de cerca el proceso y son quienes cumplen efectivamente el principio de inmediación al haber estado en contacto con las partes y las pruebas aportadas por éstas, y de otra manera, implica un mensaje de racionalidad, en cuanto observamos que el principio de pluralidad de instancias, ya ha sido cumplido previamente, al haber sido conocida la pretensión por un juez de fallo y un juez de revisión.

Por tanto, la pregunta a formular es imperiosa si nos referimos a las ventajas comparativas del certiorari y su efecto de reducción de las controversias a ser necesariamente conocidas por los órganos jurisdiccionales: ¿es absolutamente necesario un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema? La respuesta más congruente es no en cuanto, si nos referimos a los principios del Common Law y el due process of law, o de debido proceso, la satisfacción del principio de pluralidad de instancias, ya ha sido cumplida vía el conocimiento de la pretensión por las instancias inferiores. En consecuencia, no deviene absolutamente necesario el conocimiento del proceso, en términos estrictos de emisión de una nueva resolución de fondo, por parte de la Corte Suprema norteamericana.

La sentencia interlocutoria denegatoria no constituye por tanto, una forma de certiorari, aunque sí concede al alto Tribunal, esa potestad de connotación amplia, de decidir que si un caso incurre en determinada causal de exclusión, pues tiene lugar la emisión de un pronunciamiento interlocutorio denegatorio que bajo la forma de una resolución denominada impropriamente como sentencia, ha de devolver sin más trámite, la causa al órgano A quo. Bajo es premisa, optamos por asignar a esta categoría jurídica el término “decisión interlocutoria denegatoria” en el resto de nuestro estudio.

3. La “especial trascendencia constitucional” en el ordenamiento español.

Un estudio sesudo de nuestro amigo y profesor¹¹ Miguel Ángel Montañés Pardo,¹² corrobora que la causal de configuración entendida como la “especial trascendencia constitucional” ha sido tomada de la experiencia constitucional española, la cual sin embargo abordó inclusive distintos problemas durante el proceso de incorporación.¹³

judicial. Vid. <http://www.civilrights.org/judiciary/courts/supreme.html> Fuente visitada con fecha 01 de junio de 2015.

11 Miguel Ángel Montañés Pardo, Fiscal Letrado y Secretario General Adjunto del Tribunal Constitucional español, fue promotor, director y docente del curso “Procesos de tutela de derechos fundamentales” dictado en Montevideo, Uruguay, en el año 2011, por intermedio de la Cooperación Española, experiencia en la cual tuvimos oportunidad de participar. Su deceso se produjo muy poco después de concluido el dictado de este curso. Estas líneas van en homenaje a sus altas calidades personales y docentes.

12 MONTAÑÉS, M. *La “especial trascendencia constitucional” como presupuesto del recurso de amparo*. Materiales de trabajo de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID en Montevideo, Uruguay. Recuperado de http://www.google.com.pe/?gfe_rd=cr&ei=fXBsVbeVM6Ww8wfd_IDwBA#q=MONTAÑÉS%20Miguel%20La%20especial%20trascendencia%20constitucional%20como%20presupuesto%20del%20recurso%20de%20amparo. Fuente visitada con fecha 20 de mayo de 2015

13 ESPINOSA, A. (2010) El recurso de amparo. Problemas antes, y después, de la reforma. En *INDRET*.



Montañés alude a las modificaciones de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional LOTC español hechas por la LO 6/2007, en alusión al trámite de admisión del recurso de amparo, que introduce como requisito de admisibilidad la exigencia de que el recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su “especial trascendencia constitucional”.

Al respecto, nuestro autor aborda algunos fundamentos de la STC 155/2009, de 25 de junio de 2009, 14 y menciona el propósito de “contribuir a que los abogados, cuando formulen sus demandas, tengan en cuenta que deben razonar, como siempre, la existencia de las lesiones que invoquen, pero también, y sobre todo, justificar que su recurso, más allá del caso concreto, presenta una “especial trascendencia constitucional”.¹⁵

Las anotaciones de Montañés no son menores y constituyen consecuencias de relevancia para nuestro ordenamiento constitucional: el legado procedimental de fondo del precedente vinculante 0987-2014-PA/TC, en relación a los abogados en nuestro ordenamiento constitucional, es propiamente la justificación que ha de cumplir toda demanda constitucional vinculada a procesos constitucionales de la libertad- en nuestro caso habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento- de fundamentarse adecuadamente la “especial trascendencia constitucional” que el proceso a su cargo reviste. No cumplida esta formalidad, se configura la potestad habilitante del Tribunal Constitucional para emitir decisión interlocutoria denegatoria y devolver la demanda al órgano A quo para su archivamiento.

El autor también anota que “se ha invertido el juicio de admisibilidad (en tanto el nuevo sistema) conlleva la objetivación del recurso de amparo, pues, aunque el amparo siga siendo un recurso subjetivo de tutela de los derechos fundamentales, para su admisión se exige algo más: que tenga una especial trascendencia constitucional.”¹⁶ La pregunta que fluye naturalmente aquí para nuestro estudio es: ¿la exigencia del requisito de “especial trascendencia constitucional”, como cláusula objetiva, implicará que las demandas constitucionales puedan perder su carácter de medios de defensa subjetiva de los derechos fundamentales? Intentaremos responder ello en el curso de este estudio.

A propósito de este tema, el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional peruano, hasta la dación del precedente vinculante 0987-2014-PA/TC, señalaba:

11: “Una de las Salas se encargará de calificar la procedencia de las causas que lleguen al Tribunal. La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su : improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse”.¹⁷

La regla en sede nacional fue a su turno bastante objetiva. El precedente vinculante en comento redimensiona el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional para abordar, una propuesta de objetivación de las pretensiones constitucionales, aunque reiteramos sin cumplir dicho precedente aún el propósito central de fundamentar mejor cada una de las causales abordadas como elementos configuradores de una decisión interlocutoria denegatoria.

Revista de análisis del derecho. Barcelona. Marzo de 2010. p. 12-19. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/722_es.pdf Fuente visitada con fecha 23 de mayo de 2015.

14 Destacan como antecedentes de este fallo las sentencias 188/2008, de 21 de julio, 289 y 290/2008, de 22 de setiembre, y 70/2009 de 23 de marzo. Vid ORTEGA D, (2010) Op. cit. p. 499.

15 MONTAÑÉS, M. Op cit. p. 1

16 MONTAÑÉS, M. Op cit. p. 2

17 STC 0987-2014-PA/TC. Caso Francisca Vásquez. F.J. 45.



Siguiendo las líneas precedentes, Montañés describe la doctrina constitucional que desarrolla la sentencia 155-2009, en concordancia con la modificación de la LOTC, y considera que esta doctrina puede resumirse en los siguientes pasos:

1) Es cargo del recurrente justificar la trascendencia constitucional

Considera el autor la "ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1 in fine LOTC de justificar de manera expresa, en la demanda de amparo, la especial trascendencia constitucional del recurso, cuya naturaleza sustantiva se refleja en la expresión «en todo caso» empleada por el precepto."

Aportamos en este ítem que es obligación del demandante cumplir esta tarea de justificación, no siendo viable aplicar los principios *iura novit curia* y suplencia de queja deficiente, es decir, no es delegable en el Tribunal la tarea de reconstruir el alcance de la pretensión.

2) Se trata de un requisito insubsanable

No es procedente la apertura del trámite de subsanación. Esto implica que determinada la causal de inadmisión, la demanda es rechazada. Apreciamos aquí una regla de rigurosidad pues incumplida la exigencia, la demanda debe ser desestimada. La pauta para los abogados es más enfática aún: no hay posibilidad de enmienda en caso de omisión.

3) No es suficiente razonar la vulneración de un derecho fundamental

Acota el maestro ibérico que "el recurrente, por tanto, aparte de razonar la vulneración invocada, habrá de justificar expresamente, en su demanda de amparo, la especial trascendencia constitucional del recurso, sin que corresponda al Tribunal Constitucional reconstruir de oficio la demanda."¹⁸

Observamos aquí una exigencia de objetivación. No bastará, entonces, la alegada vulneración de derechos públicos subjetivos, sino será una exigencia determinar el alcance de trascendencia especial que la demanda involucra

4. Criterios sobre la causal de "especial trascendencia constitucional"

De otro lado, constituyen criterios sobre la "especial trascendencia constitucional" según Montañés y en desarrollo de la STC 155/2009:

1. La lesión del derecho fundamental como punto de partida

Señala Montañés que "esa exigencia se refiere el inciso inicial del art. 49.1 LOTC cuando establece, como contenido de la demanda, la exposición clara y concisa de los hechos que la fundamenten y la cita de los preceptos constitucionales que se estimen infringidos".¹⁹

En propiedad, acotamos, toda lesión efectivamente parte de la lesión ostensible, manifiesta y grave de un derecho fundamental. Constituye esta exigencia el presupuesto base para el tránsito de una controversia ante la justicia constitucional.

2. Supuestos de especial trascendencia constitucional

18 MONTAÑÉS, M. Op cit. p. 4

19 MONTAÑÉS. M. Op cit. p. 4

Acota Montañés: “El carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de especial trascendencia constitucional como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, hacía preciso que el Tribunal Constitucional concretara el concepto y alcance del nuevo requisito de la “especial trascendencia constitucional”, y así lo ha hecho en la STC 155/2009”.²⁰

El conjunto de supuestos a que hace referencia la STC 155/2009, de 25 de junio, fundamento 2, es la siguiente, en términos de Montañés:

a) Cuestión constitucional nueva

Entendemos configurada esta situación “cuando el recurso plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional.”²¹

En adición a ello “lo que se exige (...) es que se plantee una «cuestión constitucional nueva», y no una casuística nueva en cuestiones ya resueltas por la jurisprudencia constitucional.” La referencia del maestro español alude a que no se trate de nuevos supuestos fácticos sino al contenido o elemento del derecho fundamental invocado y sobre el cual no haya aún doctrina constitucional.

b) Aclaración o cambio de doctrina constitucional

El autor pone aquí énfasis en 2 cuestiones: una primera referida al surgimiento de nuevas realidades sociales o bien a cambios normativos relevantes. Acota: “Este es (...) el caso de la STC 155/2009, que comentamos, en la que el TC cambia su doctrina sobre el principio acusatorio”.²²

No podemos negar la función social que cumple el Tribunal Constitucional y por tanto, sus decisiones han de causar efectos trascendentes sobre las diversas instituciones jurídicas existentes, entre aquellas que afectan a las comunidades o cuando se trata de un giro importante en el aspecto normativo. Es pertinente recordar, a este respecto, la función pedagógica que cumple el Tribunal cuyas decisiones han de ser tenidas en cuenta como la interpretación última de la Norma Normarum.



c) Cuando la vulneración provenga de la ley o norma aplicada

Señala Montañés que la configuración de este supuesto ocurre “cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general.”²³

La experiencia del caso peruano plantea la procedencia del amparo contra normas autoaplicativas,²⁴ es decir, aquellas que no exigen reglamentación, a diferencia de las normas heteroaplicativas, cuya exigencia reglamentaria no permite, regularmente, la entrada en vigencia de la norma hasta que se cumpla el deber de reglamentar la misma.

d) Interpretación jurisprudencial de la ley lesiva del derecho fundamental

Se entiende configurada esta causal “cuando la vulneración del derecho traiga causa de una reiterada

20 MONTAÑÉS. M. Op cit. p. 4

21 MONTAÑÉS. M. Op cit. p. 4

22 MONTAÑÉS. M. Op cit. p. 5

23 MONTAÑÉS. M. Op cit. p. 5

24 Código Procesal Constitucional de Perú. Artículo 3.- 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.(...)

interpretación jurisprudencial de la ley, que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución.”²⁵

En relación a este extremo funciona una calidad correctora de las interpretaciones contrarias de los jueces respecto del contenido constitucional de una norma y además, si esa interpretación de la norma viola derechos fundamentales.

Indaguemos, sin embargo, sobre la razón por la cual prevalentemente pueda existir esta causal de interpretación lesiva: a juicio nuestro, ello tiene su explicación en la existencia de conceptos jurídicos indeterminados en el contenido de un precedente vinculante. La consecuencia inmediata, entonces, no tiene soslayo: es necesario y exige inmediata posición del órgano emisor, la asignación de contenidos al precedente.

Esto no obsta, sin embargo, y veámoslo en perspectiva integradora, que buenas decisiones judiciales puedan asignar contenidos constitucionales idóneos a la vaguedad de un precedente. No es menor la premisa en nuestro país, en ese orden de ideas, en relación a que el Poder Judicial representa el bastión de defensa inicial de los derechos fundamentales, asumiendo el Tribunal Constitucional de garante último en la tutela de estos derechos.

e) Incumplimiento general y reiterado de la doctrina constitucional

Según Montañés “este criterio, que también se refiere a la inaplicación o incorrecta aplicación de la Constitución, parece distinguir, de una parte, entre el incumplimiento general (por varios órganos judiciales) y el incumplimiento reiterado (por un mismo órgano judicial) de la jurisprudencia constitucional, aunque no queda del todo claro si ambos deben concurrir conjuntamente.”²⁶

Esta causal se condice con la anterior pues una interpretación en contrario de los principios, valores y directrices de la Constitución, sea de la Administración o del Poder Judicial, encuentra su explicación, muchas veces, en la ausencia de contenidos de un precedente o bien en la ausencia de pautas rectoras del último intérprete de la Constitución.

Sin perjuicio de ello, estamentos de la Administración y del Poder Judicial emiten sus propios precedentes en el ámbito de sus funciones.²⁷ Ello ayuda a crear predictibilidad en la justicia administrativa y ordinaria.

f) Negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina constitucional

Señala Montañés que “podría producirse en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional que impone el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”²⁸

Creemos que estos son casos de suma excepción. Aun existiendo el choque de trenes entre la justicia constitucional y la ordinaria, recurrente por conflictos de interpretación entre el Tribunal Constitucional y las Salas Supremas del Poder Judicial, no podemos dejar de observar que el Tribunal es el último intérprete de la Constitución, lo cual le confiere potestad correctora respecto de las decisiones del Poder

25 MONTAÑÉS. M. Op cit. p. 5

26 MONTAÑÉS. M. Op cit. p. 6

27 La Administración, entre otras instituciones como el Tribunal Fiscal por ejemplo, emite precedentes de aplicación obligatoria para las controversias sometidas a su conocimiento. El Poder Judicial en Perú emite precedentes judiciales en diversos Plenos Jurisdiccionales o Casatorios, e inclusive las Salas Supremas asumen la potestad de emitir precedentes en relación a los casos que conocen, entendidos todos estos criterios como vinculantes a nivel de la justicia ordinaria.

28 MONTAÑÉS. M. Op cit. p. 6

Judicial.

Al respecto, un caso muy particular de una aproximación a la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de precedentes vinculantes, fue el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Lima, el cual se realizó los días 15 y 16 de julio de 2010²⁹.

Dos posiciones fueron objeto de debate: Una primera propuesta se definía de la siguiente forma: según una primera ponencia, los jueces deben aplicar los precedentes constitucionales vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional. Una segunda ponencia señalaba que los jueces pueden desvincularse de los precedentes constitucionales vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, en virtud de la independencia de la que gozan- reconocida por mandato constitucional- siempre que con su decisión se proteja de mejor manera al accionante, en cuanto al derecho fundamental violado. Las ponencias 1 y 2 obtuvieron 3 y 10 votos, respectivamente, y una tercera posición, muy similar a la segunda, obtuvo 16. Esta última señalaba que los jueces como regla deben aplicar los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; pero, pueden desvincularse de dichos precedentes, siempre que con su decisión se proteja de mejor manera al accionante, en cuanto a su derecho fundamental violado.

g) Trascendencia general de los efectos del amparo

Precisa nuestro autor español que este supuesto se produce "cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en alguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto, porque plantee una cuestión jurídica relevante y de general repercusión social o económica, o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios."³⁰

La repercusión social ha sido anotada líneas arriba. Solo nos queda acotar que buenos Tribunales emiten buenas sentencias y por tanto, es fundamental un sistema óptimo de selección de los mejores profesionales en materia constitucional como magistrados del Tribunal Constitucional.



5. Necesaria reconstrucción del precedente vinculante 0987-2014-PA/TC.

Los avances de la doctrina española en referencia al requisito de la "especial trascendencia constitucional" nos conducen a un requerimiento de modificación de los itinerarios de un precedente vinculante tan importante como el que ahora es materia de comentario, en tanto la necesidad que diagnosticamos en este estudio se traduce en una impostergable reconstrucción de los significados de los supuestos de configuración³¹ del requisito de "especial trascendencia constitucional" y por tanto, de una más adecuada definición de la decisión interlocutoria denegatoria que aborda el precedente en estudio.

El caso español implicó un período aproximado de 2 años entre la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de ese país y la fijación de los supuestos de configuración del requisito de "especial trascendencia constitucional", en propiedad a través de la sentencia 155/2009.

El caso peruano no solo fija para la emisión de una decisión interlocutoria denegatoria el requisito que abordamos en este estudio, en relación a la "especial trascendencia constitucional", sino aborda otros supuestos y causales de no menor relevancia y ello nos permite llegar a la conclusión de que es pertinente, con mayor razón aún, desarrollar una tarea de mejores especificaciones de estos supuestos.

29 Pleno Jurisdiccional intitulado: El Precedente vinculante frente a la autonomía judicial

30 MONTAÑES. M. Op cit. p. 6

31 Entre otras críticas, vid CAVANI, R (2014). Función del TC peruano, modelos de cortes de vértice y la "especial trascendencia constitucional". En *GACETA CONSTITUCIONAL & PROCESAL CONSTITUCIONAL*. No. 81. Lima- Perú. p. 47-56.

Abordar esa tarea implica, a su vez, el cumplimiento del denominado “deber especial de protección” que demanda a los órganos que imparten justicia constitucional, una exigencia cualificada de sus actuaciones frente a los excesos de los poderes públicos, o a su vez, respecto de las trasgresiones interprivatos a que también aluden los derechos fundamentales.

En efecto, en desarrollo de la misma noción, la emisión de una decisión en sede constitucional conlleva implícito el deber de protección,³² figura que ha sido desarrollada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Federal Alemán,³³ bajo la doctrina del *Schutzpflicht*, en el sentido interpretativo de un mandato para los jueces constitucionales frente a eventuales vulneraciones a la dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales, en rigor, mandatos de actuación que configuran auténticos deberes de protección de los derechos constitucionales.

Esa labor de mejor fundamentación apunta, de igual modo, a configurar, de manera más óptima, los límites entre objetivación de los procesos constitucionales, y fijación de los contenidos de extensión de los derechos subjetivos que protegen los derechos fundamentales.

Este requerimiento es mayor inclusive si la experiencia comparada marca una evolución de este debate en las experiencias española y alemana. En efecto, dichos ordenamientos constitucionales en su momento debieron establecer la oscilación de evolución de su justicia constitucional en relación a si marcaba un énfasis respecto de la justicia constitucional desde una perspectiva objetiva de las pretensiones constitucionales, o si bien debía prevalecer el contenido siempre relevante del grado de afectación de los derechos subjetivos.

En el caso español la denominada excesiva objetivación del amparo³⁴ mereció una búsqueda del punto de equilibrio con el objeto de no acabar con el denominado amparo subjetivo, es decir, la efectiva defensa ante una vulneración constitucional sufrida por los ciudadanos.

En relación a la experiencia alemana, Ortega cita a Hernández Ramos señalando que en Alemania por “seguir reconociendo un derecho de los ciudadanos de acceder a la jurisdicción del BVerfG,³⁵ pero dando protagonismo a aquellos recursos que plantearan cuestiones especialmente trascendentales

32 Esta noción es abordada en la STC 0858-2003-AA/TC Caso Eyley Torres del Águila, la cual señala: *6. (...) debido al influjo de diversas teorías que han servido de base al constitucionalismo, y muy significativamente de las doctrinas pactistas, desde sus orígenes, el Estado moderno ha sido concebido como un ente artificial, una de cuyas tareas encomendadas ha sido, desde siempre, proteger los derechos fundamentales. Podría decirse, incluso, que se trata de su finalidad y deber principal, pues, en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un “deber especial de protección”.*

Por cierto, este “deber especial de protección” del Estado no es sólo una cuestión teórica derivada de la existencia de una o más teorías sobre la legitimidad del Estado. Constitucionalmente sustenta la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. En efecto, como antes lo ha señalado este Tribunal, los derechos fundamentales no sólo tienen una dimensión subjetiva [esto es, no valen sólo como derechos subjetivos], sino también una dimensión objetiva, puesto que los derechos fundamentales constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional (cf. STC 0976-2001-AA/TC, 0964-2002-AA/TC, entre otras).

33 BVerfGE 39, 1 (p.42), caso del aborto I, sentencia de 25 de febrero de 1975; BVerfGE 49,89 (p. 142), caso Kalkar I, sentencia de 08 de agosto de 1978.

34 ORTEGA. D. Op cit. p. 501

35 *Bundesverfassungsgericht* es la denominación del Tribunal Constitucional Federal alemán, compuesto por 16 magistrados, con sede en Karlsruhe, Alemania, órgano emblemático cuya jurisprudencia desde los años 50 del siglo pasado, fue marcando importantes contenidos para la justicia constitucional, entre ellos, el contenido esencial de los derechos fundamentales y Estado Democrático y Social de Derecho, abordados en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.



tanto en un sentido objetivo como en un sentido subjetivo”. 36

La experiencia en nuestro país ha de demandar salidas similares pues la tendencia de objetivación que siguen de ahora en adelante los procesos constitucionales con el precedente vinculante 0987-2014-PA/TC, igualmente ha de necesariamente encontrar puntos de equilibrio y coincidencia entre ambas tendencias: la defensa y vigencia efectiva de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, de un lado, y el requerimiento que plantea el precedente en comento para una objetivación de los procesos constitucionales. Ello no debe implicar, a juicio nuestro, un rango de menor defensa de los derechos tutelados por la Carta Fundamental. Respecto a ello, le compete a nuestro Tribunal Constitucional una delicada tarea de construcción de los puntos de coincidencia, equilibrio y armonía entre ambos escenarios.

6. Ausencia de mensaje a los jueces del Poder Judicial

El precedente materia de nuestro comentario indudablemente asume una posición restrictiva en cuanto su propuesta de objetivación de los pretensiones constitucionales, se reconduce a eliminar un importante número de causas ingresadas al Tribunal Constitucional por no cumplirse determinadas condiciones, una de ellas el requisito de “especial trascendencia constitucional”.

En ese rango de ideas, la configuración del precedente vinculante 0987-2014-PA/TC ha de lograr un número menor de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, reservándose para decisiones de fondo solo aquellos procesos que justifiquen una “especial trascendencia constitucional”, entre otras causales antes anotadas.

Asumimos con cierto nivel de persuasión que esta decisión del Tribunal Constitucional se explica por el incremento de causas ingresadas al Tribunal en los últimos años, cuya tendencia creciente habría justificado efectivamente fijar causales de restricción para el conocimiento de pretensiones a motivar en decisión de fondo.

Y sin embargo, así como existe un órgano de cierre- el Tribunal Constitucional- que asume una posición más clausus de las decisiones que se justifican ser emitidas, dada la naturaleza restrictiva del precedente, asume igual nivel de importancia que igualmente existen un conjunto de órganos constitucionales- las Salas Superiores del Poder Judicial- que a su vez remiten los procesos constitucionales, vía recurso de agravio, a la máxima instancia de los derechos fundamentales

Efectivamente, si el Tribunal fija reglas de desvinculación y no ha de pronunciarse en determinados casos por incumplimiento de los requisitos fijados, era igualmente necesario construir el precedente en análisis, también, desde la posición de mensaje a los jueces del Poder Judicial, para determinar, con mayor énfasis, la configuración de las causales propias de una decisión interlocutoria denegatoria.

Es pertinente recordar, en esa ruta de razonamiento, que el Poder Judicial constituye el primer bastión de defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos y como tal ,justifica esa competencia negativa³⁷ del Tribunal Constitucional respecto a los procesos que conoce, pues en propiedad toda sentencia estimatoria en un proceso iusfundamental, en la cual se determina la restitución del derecho conculcado, termina en esa segunda instancia que representan las Salas Superiores, luego de haber examinado la demanda un juez especializado que asume la condición de juez constitucional.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional conoce solo aquellos fallos en los cuales el Poder Judicial

36 ORTEGA. D. Op cit. p 504

37 Constitución Política de 1993. Artículo 202.- Atribuciones del Tribunal Constitucional

Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. (...)



ha expresado una posición denegatoria³⁸ y desestimatoria de los decisores del corpus iuris judicial, y o bien se ejecuta en sus propios términos la decisión y por lo tanto, se cumple el resarcimiento de la vulneración grave reconocida; o bien se opta por el recurso extraordinario de proceso constitucional contra sentencia constitucional,³⁹ aspecto que asume una naturaleza cerrada, pues las causales de interposición de una pretensión constitucional contra otra decisión constitucional son absolutamente excepcionales.⁴⁰

De allí la enorme importancia de que las reglas de conocimiento de las pretensiones constitucionales, más aún en un caso de suma relevancia como el precedente 0987-2014-PA/TC, incluyan a los jueces del Poder Judicial en lo relacionado a las reglas a considerar para la determinación de las causales de rechazo, pues una lectura acuciosa del precedente en comento, nos revela algunas cuestiones que es preciso comentar.

En efecto, no existe un conjunto de pautas que justifiquen la no remisión de procesos al Tribunal Constitucional, vía recurso de agravio constitucional, en aplicación directa del requisito de especial relevancia constitucional. A su vez y en relación a la condición de “especial trascendencia constitucional”, el precedente en análisis no desarrolla con mayor énfasis esta causal de rechazo de conocimiento de la pretensión iusfundamental, lo cual deja a los jueces del Poder Judicial en una labor incompleta de aplicación de reglas del precedente, con mayor énfasis si asumimos que el Tribunal Constitucional fija reglas respecto de su condición de órgano de conocimiento pero descuida que existen órganos previos que han conocido el proceso.

Tampoco existe una precisión de rigor respecto al nomen de dictado de sentencia sin más trámite. A este respecto, si los jueces del Poder Judicial remiten procesos al Tribunal Constitucional, apreciemos que esa tarea es ejercida luego de un pronunciamiento de rigor, vía sentencia definitiva usualmente, y autos que ponen fin al proceso en otros casos. Bajo esta pauta, no es congruente que los jueces remitan procesos con sentencia definitiva a los cuales correspondería, en aplicación de la causal referida, un rechazo cuasi liminar por parte del Tribunal, en tanto ha de emitirse decisión interlocutoria denegatoria sin más trámite.

38 La STC 01711-2014-PHC 7TC, caso Víctor Polay Campos y otros, prevé:

5. () *debe tenerse presente que si la adopción del Recurso de Agravio Constitucional para casos vinculados al Tráfico Ilícito de Drogas y lavado de activos se basó en instrumentos internacionales tales como la Convención Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo, resulta a todas luces atendible que habiéndose ampliado el RAC para el delito /fuente, deberá también ampliarse para el delito fin que constituye el terrorismo.*

()

7. *Por lo expuesto, este Colegiado, atendiendo a la importancia para el mantenimiento del régimen constitucional y democrático que implica el combate contra el terrorismo, considera necesario complementar la regla jurisprudencial establecida a través de las sentencias N° 2663-2009-HC/TC y 2748-2010- HC/TC, y en tal sentido entender que, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202° de la Constitución, este Tribunal es competente para revisar, vía Recurso de Agravio Constitucional, las sentencias estimatorias expedidas en procesos constitucionales relativos al delito de terrorismo que en segunda instancia hayan declarado fundada la demanda.*

El decisorio precisa:

3. *Establecer como doctrina jurisprudencia! conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en los procesos constitucionales relacionados con el delito de terrorismo en los que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra excepcionalmente habilitada para la interposición del recurso de agravio constitucional, el mismo que debe ser concedido por las instancias judiciales, conforme a lo señalado en el fundamento N° 7 de la presente sentencia.*

39 Vid STC 4853-2004-PA/TC. La Libertad. Caso Dirección Regional de Pesquería de la Libertad. F.J. 39

40 STC 4853-2004-PA/TC.

39. B) *Regla sustancial: Para la procedencia, por única vez, de una demanda de “amparo contra amparo”, el juez constitucional deberá observar los siguientes presupuestos: (...)*

c) *En ningún caso puede ser objeto de una demanda de “amparo contra amparo” las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales.*



A título de conclusión

Ortega Gutiérrez, ya citado líneas arriba, cuestiona si estamos ante una “saturación del poder corrector”⁴¹ como justificación en la experiencia española de la fijación del requisito de “especial trascendencia constitucional” en las pretensiones de amparo.

En rigor, es importante diferenciar la necesidad del poder corrector del Tribunal Constitucional de nuestro país, de un probable hiperactivismo del mismo por reducir su carga procesal, en alusión a un rol que no le corresponde. Si el poder corrector es ejercido irrazonablemente y se desampara y desprotege derechos fundamentales sin una mayor justificación de la necesidad de la misma, estamos ante una saturación de esa labor correctora bajo el único propósito de reducir la carga procesal.

El hiperactivismo aquí es perjudicial pues el recurso de reducir la carga procesal vía la devolución de expedientes al Poder Judicial, sin una debida justificación, resulta contradictorio respecto al objetivo primordial de defensa y vigencia efectiva de los derechos fundamentales que constituye un fin de los procesos constitucionales.

Hace referencia Ortega, por otro lado, a la “cuasiparalización del Tribunal Constitucional fruto del exceso de demandas de amparo”.⁴² En propiedad la expedición de precedentes vinculantes implica una tarea de delicada, minuciosa y prolija argumentación de las causales de fijación de criterios del precedente. Advertimos que esa tarea no ha sido suficiente en el precedente en mención, pues apenas desarrolla el Tribunal Constitucional una descripción enunciativa de las causales de configuración de la decisión interlocutoria denegatoria.

Tal escenario demanda, en consecuencia, la necesidad de una posición de desarrollo del precedente vinculante en mención, a fin de adoptar un claro mensaje hacia el resto de actores del ordenamiento constitucional- jueces, fiscales y abogados- a fin de aplicar reglas claras en relación a los ámbitos del precedente establecido.

Nos preguntamos, también, si estamos frente a una excesiva objetivación de los procesos constitucionales, y si ello va en desmedro de la naturaleza subjetiva de los procesos constitucionales. Creemos que aquí corresponde igualmente un desarrollo argumentativo que reivindique la condición, estatus y contenido de los derechos subjetivos protegidos por la Norma Fundamental. Las experiencias española y alemana nos demuestran, con suficiencia, los intentos de la justicia constitucional de esos países, por encontrar el necesario punto de equilibrio entre ambos modelos de protección de derechos fundamentales.

Creemos importante, de otro lado, que faltó un período de *vacatio legis* del precedente en comentario. Es importante que los actores del sistema, en comunión de la idea haberleana de impulsores de una fraternidad de intérpretes constitucionales y de sociedad abierta de intérpretes de la Constitución, dispongamos de pautas rectoras que vayan configurando progresivamente los nuevos contenidos de la Carta Fundamental. Entonces es necesario que ante precedentes vinculantes cuya naturaleza aplicativa va a significar una incidencia extraordinaria en la realidad constitucional de nuestro país, impliquen también, cual *overruling* prospectivo, un período racional además de razonable, de *vacatio legis*, para ordenar una mejor aplicación de los precedentes.

41 ORTEGA. D. Op cit. p 499

42 ORTEGA. D. Op cit. p 499



BIBLIOGRAFIA

BLUME FORTINI, Ernesto (2015). La sentencia interlocutoria denegatoria. Materiales de trabajo de la Academia de la Magistratura de Perú. Módulo Teoría Constitucional y Democracia. XVII Programa de Ascenso.

CAVANI, R (2014). Función del TC peruano, modelos de cortes de vértice y la “especial trascendencia constitucional”. En GACETA CONSTITUCIONAL & PROCESAL CONSTITUCIONAL. No. 81. Lima-Perú.

ESPINOSA DIAZ, Ana. (2010) El recurso de amparo. Problemas antes, y después, de la reforma. En INDRET. Revista de análisis del derecho. Barcelona. Marzo de 2010. p. 12-19. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/722_es.pdf Fuente visitada con fecha 23 de mayo de 2015.

HERNANDEZ RAMOS, Mario. La especial trascendencia constitucional como criterio de admisión del recurso de amparo ¿concepto jurídico indeterminado o inseguridad jurídica? Versión resumen. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derecho Público Comparado. Recuperado de http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/ins_derecho_publico_comparado/seminarios_cursos/seminarios_conferencias_cientificos/Resumen%20ponencia%20Hernandez%20Ramos.pdf Fuente visitada con fecha 20 de mayo de 2015.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. La “especial trascendencia constitucional” como presupuesto del recurso de amparo. Materiales de trabajo de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID en Montevideo, Uruguay. Recuperado de http://www.google.com.pe/?gfe_rd=cr&ei=fXBsVbeVM6Ww8wfd_IDwBA#q=MONTA%C3%91%C3%89S%2C+Miguel+.+La+%E2%80%9Cespecial+trascendencia+constitucional%E2%80%9D+como+presupuesto+del+recurso+de+amparo. Fuente visitada con fecha 20 de mayo de 2015

ORTEGA GUTIERREZ, David. (2010) La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado de la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de Junio. En Teoría y realidad constitucional. Nro. 25. UNED. p. 498.

OTEIZA, Eduardo. (1998) El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo p. 71. Recuperado de http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica06.pdf. Fuente visitada con fecha 01 de junio de 2015.

RODENAS, Ángeles (2012). Los Intersticios del Derecho. Capítulo I. Barcelona-España: Marcial Pons. 1° Ed.



QUÉ SIGNIFICA MOTIVAR

Manuel Atienza Rodríguez



Un gran escritor español contemporáneo, Rafael Sánchez Ferlosio, escribió en una ocasión el siguiente aforismo:

“El que quiera mandar guarde al menos un último respeto hacia el que ha de obedecerle: absténgase de darle explicaciones”. [1]

El significado de ese aforismo parecería en principio, al menos en parte, coincidir con el del mandato contenido en una Real Cédula del rey Carlos III de 23 de julio de 1778, que pasó luego a formar parte de la Novísima Recopilación (ley VIII, tit. 16, libro XI):

«Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar á cabilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen á ser un resumen del proceso, y las costas que á las partes se siguen; mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose á las palabras decisorias, como se observa en mi Consejo, y en la mayor parte de los tribunales del Reyno...»

La interpretación de esos dos textos nos enfrenta, por cierto, con los problemas del formalismo. Pues lo que antes he dicho (el que ambos expresen la misma idea: la indeseabilidad de que los jueces motiven sus decisiones) supone que uno trata de desentrañar el significado de esos dos textos a partir de su sentido literal o, al menos, considerando sobre todo esa dimensión. Si nos aproximamos a los mismos desde esa perspectiva es cuando nos encontramos con que, efectivamente, el significado normativo de esos dos textos parece ser el mismo; la única diferencia perceptible se encontraría en su distinta fuerza normativa: el de Sánchez Ferlosio no podría pasar de ser una sugerencia, mientras que el de Carlos III sería una orden, un mandato respaldado - es de imaginar- por algún tipo de sanción.

Sin embargo, si tratáramos de entender esos dos textos tomando en consideración no simplemente lo que dicen, sino también, sobre todo, por qué lo dicen (la razón subyacente a cada uno de ellos), nos daríamos cuenta de que el significado de ambos es muy diferente entre sí. Tanto, que bien podría decirse que enuncian tesis opuestas. Mientras que Sánchez Ferlosio representa, en cierto modo, un punto de vista libertario, la Real Cédula es, obviamente, una manifestación de una concepción autoritaria del poder. Lo que está haciendo el autor del primer texto es negar legitimidad a cualquier tipo de autoridad que cuente con el respaldo de la fuerza, esto es, a las autoridades políticas y jurídicas. Hay otro aforismo o pensamiento breve que, en la obra antes citada de Sánchez Ferlosio, sigue al anterior y que, en realidad (sería un ejercicio de interpretación sistemática), lo aclara:

“Aquel que en última instancia se halla siempre dispuesto, si es preciso, a no vacilar en imponer su autoridad más valdría que desistiese ya desde el principio de querer empezar por intentar ser escuchado. Si en el límite está la violencia, todo el resto es ya también violencia.”(p. 21)



No hay, por cierto, ninguna duda de que lo que está sosteniendo aquí Sánchez Ferlosio se aplica de lleno a las motivaciones de las decisiones judiciales. En las mismas, los jueces ofrecen las razones por las que alguien debe realizar un determinado curso de acción (hacer cumplir una pena de cárcel, que se deje de aplicar una ley o un reglamento declarado inconstitucional o ilegal, etc.). Puede ser muy bien el caso de que el juez pretenda, con sus razones, persuadir a otras autoridades, a los afectados, etc. para que hagan o dejen de hacer ciertas cosas. Pero el carácter obligatorio de sus decisiones no depende de que tengan o no éxito en esa labor de persuasión. De manera que lo que en realidad está diciéndonos Sánchez Ferlosio es que, cuando el presunto argumentador es una autoridad – alguien que cuenta con el respaldo del uso de la fuerza para hacer cumplir lo que ordena-, no cabe en sentido estricto hablar de justificación, de argumentación racional. Se trataría entonces, a lo más, de una apariencia de justificación o, quizás mejor, de una farsa que oculta la verdadera realidad de los hechos. El parentesco de lo que ahí se dice con lo sostenido, en la teoría del Derecho, por algunos realistas jurídicos o por los partidarios de las llamadas teorías “críticas” del Derecho resulta evidente. En resumen: las autoridades no deben pretender justificar sus decisiones, porque no pueden hacerlo; esta es la razón fundamental que subyace al texto de Sánchez Ferlosio citado al comienzo y la que nos permite entender su rechazo a que los jueces –en general, las autoridades- pretendan justificar sus actos de poder.

¿Y cuáles serán entonces las razones que están por detrás de la Real Cédula de Carlos III? Las aparentes o manifiestas son, como se trasluce fácilmente del texto, que los jueces no deben motivar por razones de eficiencia, para evitar perder tiempo a los litigantes o para impedir que sus propias decisiones –mandatos- pierdan nitidez. Sin embargo, ese análisis no parece satisfactorio. Además de las anteriores, cabe sospechar que hay también alguna razón latente, más o menos oculta, pero que a un lector de nuestros días no le resulta difícil descubrir: la autoridad que tiene que dar explicaciones de lo que hace se debilita, pierde con ello, en realidad, algo de su autoridad. En la medida en que sus decisiones puedan ser vistas (al menos en parte) como dictados de la razón y no simplemente como imposiciones de una voluntad, pueden también ser discutidas y, en cierto modo, pasan a ser menos obligatorias. De manera que a lo que nos lleva este análisis es a una conclusión opuesta a la anterior: no a que no puedan justificarse las decisiones, sino a que no debe hacerse, o a que no resulta conveniente justificar las decisiones. En el Leviatán, Hobbes expresó ese punto de vista con toda claridad: el poder (absoluto) del Estado se debilita si “los hombres se consideran capacitados para debatir y disputar entre sí acerca de los mandatos”[2].

Parece, por lo tanto, claro que el punto de vista de Sánchez Ferlosio y el de la Real Cédula de Carlos III son, en efecto, incompatibles entre sí: la prohibición de la realización de una determinada acción (motivar las decisiones), presupone necesariamente (la creencia de que) esa acción puede ser realizada, esto es, presupone lo que Sánchez Ferlosio niega. Pues si realmente no fuera posible motivar las decisiones, entonces no tendría sentido prohibirlo... a no ser que hubiera razones para pensar que la autoridad que dicta esa prohibición fuera también (como Sánchez Ferlosio) escéptica con respecto a la posibilidad de que puedan justificarse en sentido estricto las decisiones y, por lo tanto, que lo que pretende prohibir sea, simplemente, lo que antes hemos llamado una “apariencia” de justificación. Pero, bueno, dejemos de lado este tipo de cavilaciones, quizás en exceso sutiles, y volvamos a lo que más importa ahora, a si se pueden contestar –y cómo habría que hacerlo- las dos cuestiones planteadas por esos dos textos: 1) ¿se pueden justificar las decisiones judiciales?; 2) ¿se debe hacer, esto es, deben los jueces motivar sus decisiones?



No es obviamente este el momento de una reflexión en profundidad sobre lo que realmente son grandes cuestiones de orden filosófico y jurídico y que, en consecuencia, han dado lugar a muchas e intrincadas discusiones. En su lugar, me voy a limitar a presentar, en una forma también aforística, una serie de afirmaciones que, como digo, necesitarían de muchas aclaraciones y precisiones que, sin embargo, habrá que dejar para otro momento. Y como soy aficionado a los decálogos (aunque la mía no sea precisamente una personalidad religiosa), resumiré todo ello en forma de diez puntos, de los que quizás pudieran derivarse diez mandamientos, o incluso alguno más:

1. Por motivar podría entenderse la actividad –o el resultado de la actividad- consistente en dar buenas razones en la forma adecuada con el propósito de lograr la persuasión. Hay, pues, tres elementos a distinguir (y reunir): las buenas razones, la forma de presentarlas, y el propósito de persuasión.

2. "Buenas razones" significa "buenas razones justificativas", de las que no forman parte (o no necesariamente) los motivos, los antecedentes causales que pueden haber llevado a un juez o a un tribunal a decidir de una determinada forma. Por ejemplo, un deseo de venganza, de favorecer los intereses de tal persona, corporación, proyecto político, etc. o de no ver revocada una resolución no constituyen buenas razones, puesto que no tienen carácter justificativo, sino explicativo.

3. Las buenas razones tienen que ser razones válidas en Derecho y estas, a su vez, pueden ser de distintos tipos: a) razones autoritativas o formales, como aplicar una norma (porque ha sido establecida por la autoridad), seguir un precedente o recurrir a la analogía; b) razones finalistas, como tomar una decisión porque de esa manera se satisface un fin legítimo de acuerdo con el Derecho (favorecer el desarrollo económico, fomentar la educación); c) razones de corrección: la decisión supone un trato equilibrado a las partes de un contrato, protege la buena fe, etc; d) razones institucionales: al decidir así, el juez respeta el principio de la división de poderes y no invade una competencia legislativa.

4. La "forma adecuada" se refiere a la forma lógica del razonamiento. El tramo final de una motivación judicial es el famoso silogismo subsuntivo o judicial al que los teóricos de la argumentación suelen llamar ahora -desde hace algunas décadas- "justificación interna". Naturalmente, en una motivación, incluso en los casos más simples, se despliegan muchas otras formas argumentativas, además de esa deducción. Y esto cobra particular importancia en los casos difíciles, en los que la "justificación interna" tiene que ir acompañada de la "justificación externa", esto es, de las argumentaciones (no solamente de tipo deductivo) dirigidas a justificar las premisas del silogismo. En todo caso, una decisión no puede considerarse justificada si no obedece a una forma lógica reconocible.

5. El propósito de persuadir es un ingrediente necesario de una motivación judicial, pero es importante reparar en que se trata de un propósito, no de que, para poder justificar adecuadamente una decisión, haya, de hecho, que persuadir a los destinatarios de la misma (que suelen ser muy variados: van desde las partes de un proceso hasta la comunidad jurídica –o política- en su conjunto). El juez que motiva bien una decisión es el que lo hace de manera que lograría la persuasión de un auditorio que cumpliera ciertas condiciones ideales: conocimiento cabal de los datos de hecho que rodean el caso, del Derecho aplicable, carencia de sesgos, etc.

6. El que sea posible justificar una decisión depende entonces de que el juez sea capaz de encontrar esas buenas razones, y sea capaz de plasmarlas en una forma lógicamente adecuada y de presentarlas de manera persuasiva (idealmente persuasiva). El escepticismo de Sánchez Ferlosio podríamos decir que viene del primero de los requisitos y, más específicamente, del cuestionamiento de las ra-



zonas a las que hemos llamado formales o autoritativas. En el fondo, el problema sería este: ¿cómo puede valer como razón (razón justificativa) el simple hecho de que una directiva haya sido emitida por una autoridad? Y una posible respuesta: podría valer si lo ordenado por la autoridad fuera, al menos en la mayoría de las ocasiones, justo, de tal manera que seguir la autoridad podría ahorrarnos problemas (simplificarnos las cosas), sin dejar por ello de tomar decisiones justas.

7. Lo anterior lleva a darse cuenta de una cuestión obvia, pero que los juristas (muchos juristas) tienden a veces a dejar de lado: el presupuesto para que una decisión judicial pueda justificarse (motivarse adecuadamente) es la justicia del ordenamiento que ha de aplicar. Por lo demás, las cuestiones de justicia, de moral, no son sólo cuestiones de presupuestos, sino que integran las argumentaciones en que consisten las motivaciones de las decisiones judiciales. Pero -también esto es algo en lo que debe insistirse- el razonamiento judicial no se puede reducir a razonamiento moral; hay en él un componente moral, pero el juez no razona –no debe razonar- sobre un determinado caso como lo haría (sobre el mismo) un razonador moral no vinculado por el sistema jurídico como lo está el juez.

8. Normalmente se habla de dos tipos de razones que justifican que el juez deba motivar sus decisiones: hacer posible el buen funcionamiento de un sistema de recursos (razones endoprocesales); y controlar el inmenso poder depositado en los jueces (razones extraprocesales o políticas). Quizás no esté de más añadir que esas dos razones contribuyen también a facilitar que las decisiones de los jueces sean decisiones justas.

9. El constitucionalismo contemporáneo viene a ofrecer una respuesta positiva a las dos grandes cuestiones antes planteadas: Se pueden justificar las decisiones judiciales, porque los jueces tienen a su disposición no sólo las razones suministradas por las leyes, sino también las provenientes de la constitución; las razones constitucionales están ancladas en el respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales y tienen una fuerza superior a la de las razones legales. Y el juez debe justificar sus decisiones, porque el ideal del Estado constitucional es el sometimiento del poder a la razón, la idea de que no cabe algo así como un poder desnudo. La situación –aunque se trate en buena medida de una situación ideal- vendría a ser la antítesis de la sugerida por Sánchez Ferlosio. O sea:

“El que quiera mandar ha de saber que su poder sólo podrá ser considerado legítimo por el que ha de obedecerle si puede ofrecer buenas razones en pro de lo que manda”.

10. Los ideales no deben confundirse con la realidad. La realización de la idea del Estado constitucional exige muchas condiciones, algunas de ellas muy complejas y que pueden darse en diversos grados. Una de esas condiciones es la existencia de una Constitución cuyos contenidos –los derechos fundamentales- tengan un grado razonable de cumplimiento. Y otra condición es la existencia de jueces provistos de una actitud ética y una aptitud técnica adecuadas.

[1] Rafael Sánchez Ferlosio, *Vendrán más años malos y nos harán más ciegos*, EdicionesDestino, Barcelona, 1993, p. 20.

[2] Thomas Hobbes, *Leviatán* (trad. de C. Mellizo), Alianza, Madrid, 1989, p. 258



¿QUÉ ES PONDERAR? SOBRE IMPLICACIONES Y RIESGOS DE LA PONDERACIÓN.

Juan Antonio García Amado^{1*}



I. Creo que los desacuerdos cuando en teoría del derecho (en el sentido más amplio de la expresión) debatimos sobre ponderación se deben, a fin de cuentas, a diferencias fuertes en la concepción del derecho que manejamos. Pero si los debates han de tener sentido y ser útiles, aunque sea para captar bien esa fuente de las discrepancias, debemos tratar de ponernos de acuerdo en el concepto de ponderación, en lo que ponderar significa, en el tipo de operación a la que con tal término aludimos. Lo que en este momento me propongo es antes que nada conseguir claridad conceptual. La segunda finalidad, subordinada a esa anterior, es la de poner de relieve el fondo del desacuerdo, en lo que tiene que ver con la idea del derecho que unos y otros asumimos.

II. La expresión “ponderación” tiene una fuerte carga metafórica. Ponderar o bien es sopesar o bien es pesar. Tomo por ejemplo un lápiz y me pregunto cuál es su peso. Si tengo algún aparato para pesar y lo utilizo, puedo saber cuál es el peso del lápiz, con tanta más exactitud cuando más preciso sea ese aparato para medir pesos. Puede ser que me interese saber el peso del lápiz y que no tenga con qué pesarlo. En tal caso, lo sopeso en mi mano y, con base en mi personal experiencia y en mi sensibilidad a esos efectos, le asigno un peso aproximado. Diré, por ejemplo, que el lápiz pesa 50 gramos. Es posible que haya acertado, pero es más probable que me haya equivocado, sea en poco o en bastante. En cualquier caso, mi juicio “esta lápiz pesa 50 gramos” puede acreditarse como verdadero o como falso. El lápiz pesa objetivamente lo que pesa, no lo que yo diga que pesa, y si quiero salir de dudas y comprobar si estoy o no en lo cierto con aquel juicio mío, solo tengo que echar mano de una balanza suficientemente precisa.

También es posible que de lo que se trate sea de un juicio comparativo sobre el peso de dos objetos. Por ejemplo, este lápiz y este bolígrafo. Si tengo balanza, elimino la duda de manera fácil y rápida. Si no la tengo, sopesaré uno y otro (por ejemplo, poniendo uno en cada mano) y formularé mi juicio: “este lápiz pesa más que este bolígrafo”. Será objetivamente verdadero o falso dicho juicio y de la duda podré salir del mismo modo, yendo a donde haya con qué pesar con precisión suficiente. Si no hay balanza que podamos emplear antes de que tengamos que decidir, caben algunos procedimientos auxiliares, como el de pedir que sopesen los dos objetos las personas que tengamos cerca. Si sopesan diez personas y las diez coinciden en que es mayor el peso del lápiz, es harto probable que sea verdad; pero no es seguro ni he empleado un procedimiento plenamente objetivo, aun cuando sea más objetivo que el que sopeso yo solamente.

III. Cuando pesamos normas del tipo que sea o valores o principios o cualesquiera entidades normativas, no operamos en el campo de los objetos físicos que tengan un peso objetivo y medible, al modo como lo tienen el lápiz o el bolígrafo. Por eso en este ámbito normativo las expresiones peso, pesar, ponderación, ponderar y similares tienen un alto contenido metafórico. Eso, por sí, no es una gran objeción, ya que nuestro lenguaje normativo está plagado de imágenes o metáforas de fuerte contenido naturalístico. Con suma frecuencia decimos cosas tales como que una norma está por encima de otra, que una norma vence a otra, que una norma derrota a otra, que una norma se impone a otra, etc., etc.; o que una norma pesa más que otra en general o en un caso concreto. El problema no está en que usemos un lenguaje metafórico y de imágenes, sino en que nos creamos que las metáforas son literales, por así decir, o que las imágenes que por aproximación o por comodidad expresiva utilizamos son descripciones fidedignas de la realidad. Cuando en un alarde poético decimos que nuestra amada tiene perlas en la boca, normalmente no será porque se haya metido en la boca un puñado de perlas, sino que queremos representar con cierto fin lírico o estético el color, el tamaño o el brillo de sus dientes. Es un lenguaje poético que tiene su uso y su razón de ser, pero raramente lo encontraremos en el odontólogo al hacer su trabajo y bien nos extrañaría que el dentista nos dijera que nos va a hacer un empaste en la tercera perla.

1 * Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León (España)



Lo que en el ámbito de los objetos materiales es, por ejemplo, pesar o medir o establecer la dureza, en el campo normativo es valorar. Valoramos cosas tales como si es más importante (la norma que manda) ayudar al prójimo o (la norma que manda) llegar puntual a las citas. O si, en un caso concreto, debo cumplir con la norma que me dicta ser puntual o con la que me manda detenerme para ayudar a un ciego a cruzar la calle. Valoramos continuamente y con las más diversas referencias o baremos. Yo valoro si prefiero que el partido de fútbol de mañana lo gane el Sporting de Gijón o el Real Madrid, o si prefiero que mi empresa me permita tomar vacaciones en junio o en agosto. Valoro si es justa o no la norma que manda una cosa o la que permite otra.

Si consideramos que valorar y ponderar son términos sinónimos y que, en lo referido a juicios sobre acciones y normas, lo uno y lo otro viene a ser lo mismo, no se entenderá apenas por qué discutimos sobre la ponderación en estos campos. Si la expresión “valorar que es mejor ayudar a un ciego a cruzar la calle que llegar puntual a una cita” es perfectamente intercambiable por la expresión “pondero que es mejor ayudar a un ciego a cruzar la calle que llegar puntual a una cita”, los problemas de la ponderación y de la valoración, de los juicios de ponderación y los juicios de valor son los mismos y habrá que tratarlos en común y no como distintos y hasta contrapuestos. En caso de que consideremos que la ponderación es un tipo de valoración que, por tanto, comparte la naturaleza esencial y los caracteres estructurales de la valoración, deberemos analizar cómo y en qué se justifica esa especialidad dentro de lo genérico de la valoración.

Cuando yo peso un lápiz o cuando peso para ver si son más los gramos del lápiz o del bolígrafo, no estoy valorando, en el sentido de que no estoy haciendo un juicio normativo o juicio de valor; estoy pesando. Cuando afirmo que es mejor ayudar a un ciego a cruzar la calle que llegar con puntualidad a una cita, no estoy pesando, no estoy formulando un enunciado con base empírica cierta, estoy valorando normativamente.

IV. De continuo hacemos un tipo de juicios que podemos llamar de encaje, y que dan lugar a enunciados del tipo “x es un Y”. Si sabemos o asumimos que todos los objetos o seres que reúnen las propiedades a, b y c pertenecen al conjunto de los J, cada vez que encontramos uno que tiene esas tres propiedades decimos que es un J. Y también incorporamos excepciones, como cuando asumimos que no pertenece a la categoría de los J el ser que tiene la propiedad d, aunque tenga cualesquiera otras. Entonces, de un x que tenga las propiedades a, b, c y d diremos que no es un J. Todo esto, en verdad, son obviedades, casi perogrulladas, pero veremos que conviene aquí explicitarlas e ir paso a paso.

También en el campo general de lo normativo realizamos todo el rato juicios de encaje, sea respecto de acciones, de estados de cosas o de sujetos. Si en el sistema normativo de referencia asumimos que el homicidio es una acción consistente en matar a otro de modo intencional o imprudente, calificaremos como homicidio la acción por la que A mato a B intencional o imprudentemente. Olvidémonos en este momento de las disquisiciones de los penalistas sobre la ubicación de las eximentes y del problema de si estarán en la antijuridicidad, en la culpabilidad o dónde, y admitamos sin más que se acepta que no es homicidio la muerte intencional de otro hecha en legítima defensa. Si en la acción que analizamos, la acción por la que A mató a B, concurre legítima defensa, habremos hecho un juicio de encaje negativo porque además de las propiedades del homicidio, concurre una propiedad adicional que lo excluye.

En la teoría jurídica más tradicional a esos que he llamado juicios de encaje se les llama subsunciones o juicios de subsunción. Subsunciones o juicios de encaje de ese tipo, positivos o negativos, los hacemos sin parar en todo el ámbito de lo normativo, no solo en el del derecho. Cuando, con pretensión de validez para nuestro juicio, decimos que una acción es indecente o que un sujeto es indecente, es porque en esa acción o ese sujeto concurren las propiedades que asumimos y nos sirven para calificar una acción o un sujeto como indecentes. El asunto no tiene más misterio. Por supuesto, puede haber problemas en cuanto al grado de precisión de esas propiedades definitorias o pueden resultar discutibles las propiedades a tal efecto supuestas o asignadas. O puede suceder que sistemas normativos diferentes empleen propiedades diferentes a esos fines. Así, dos sistemas morales pueden



caracterizar la indecencia con propiedades divergentes, igual que dos sistemas jurídicos pueden tipificar diferentemente un mismo delito. Pero ese es otro tema que por el momento no nos importa.

V. Frecuentemente tenemos que hacer valoraciones complejas, con un tipo especial de complejidad. Aquí las voy a llamar, sin más, valoraciones normativamente complejas. Valoraciones complejas son necesarias cuando en una situación concurren dos normas entre si no contradictorias, pero que en la concreta situación no pueden ser simultáneamente cumplidas. Supongamos que en el conjunto de mis personales normas de conducta hay una que me manda ayudar a los ciegos a cruzar la calle y hay otra que me manda ser lo más puntual posible en mis citas. Un día voy muy apresurado hacia una cita a la que ya casi llego tarde y veo un ciego que va a cruzar la calle. Para decidir lo que hago en ese caso concreto, seguramente valoraré cosas tales como si el cruzar esa calle es más o menos peligroso porque hay mucho o poco tráfico, si hay otras personas cerca que puedan igualmente ayudar al ciego, cuánto de importante es mi cita o con qué retraso voy ya, etc., etc. Y en función de esas circunstancias valoraré lo que debo hacer y decidiré. Si queremos decir que ponderaré todas esas circunstancias del caso para ver cuál norma en el caso debía prevalecer, no hay inconveniente. Ponderar será lo mismo que valorar, o lo mismo que valorar en una de tales situaciones normativamente complejas.

VI. El derecho, mediante sus normas, sienta para mí pautas de conducta. Pero el derecho es eminentemente heterónomo y sus pautas me obligan aunque no sean “personales”, en el sentido de por mí elegidas o asumidas como propias. Eso significa que, para el sistema jurídico como tal, yo estoy (no moralmente, sino jurídicamente) obligado por sus normas con independencia de la compatibilidad de las mismas con otras normas de mi sistema personal de normas de conducta.

Pongamos la siguiente situación. Yo estoy absolutamente convencido, y creo que con verdad, de que X es un malvado asesino que ya ha matado a un buen puñado de personas inocentes y de que seguirá matando a bastantes más. También sé o estoy convencido de que, por las razones que sea, no servirá de nada que yo denuncie a X. Así que, con arreglo a mi sistema moral, considero que me está permitido matar a X o que, incluso, debo matar a X en cuanto se me presente una buena oportunidad. Como algo he estudiado de derecho penal, sé que no concurre eximente o atenuante penal para mi acción, ya que no voy a conseguir matarlo justo en el momento en que él fuera a ejecutar a una de sus víctimas, de modo que pudiera mi acción acogerse a la eximente de legítima defensa de tercero. El posible conflicto moral que en mi conciencia pudiera darse con base en la norma moral que me prohíbe matar y en la norma moral que me impele a matar para salvar la vida de inocentes ya lo he resuelto al decidir matar, eso ya lo he ponderado o valorado.

Soy consciente, sí, de que ese imperativo moral resultante entra en conflicto con una norma jurídica, la que me calificará como homicida y justificará que se me imponga la pena correspondiente si soy juzgado y se prueba mi delito. Y podré también valorar si esa amenaza de sanción penal me frena o no, mas esa ya es una valoración de otro tipo, es una valoración prudencial o instrumental, pragmática. Si por temor a la sanción jurídica decido no matar a X, no diré que ha pesado en mi decisión una razón moral para no matar a X. La razón moral ya había pesado para matarlo. Yo, en esa tesitura mía, habré decidido no actuar moralmente (moralmente según mi parecer, mi valoración) a fin de no ser jurídicamente castigado. Aunque las normas jurídicas vayan avaladas por razones morales, al sujeto las razones morales no se las dan las normas jurídicas, sino las normas morales.

VII. Supongamos que una norma del sistema jurídicodice que todos los que tengan rentas anuales superiores a veinte mil euros deben tributar el diez ciento como impuesto sobre la renta. Yo he tenido, imaginemos, treinta mil euros y, según esa norma, debo pagar tres mil como impuesto. Otra norma de ese mismo sistema establece que estarán exentos del impuesto los que tengan rentas inferiores a cuarenta mil euros y sean mancos de los dos brazos. Yo no soy manco, así que la excepción no se me aplica. Derecho (positivo) en mano, yo debo tributar tres mil euros. Pero yo considero que hay toda una serie de circunstancias, ya sean referidas a mí y a mi situación particular o al Estado, que hacen inmoral que yo deba pagar y pague esa cantidad como impuesto.

Una primera pregunta quiero plantear en este momento: ¿merece la pena que explicité cuáles



pueden ser esas circunstancias mías o del Estado? Si se trata de ver cuánto de razonable hay en mi juicio moral sobre la aplicación a mí de esa norma tributaria, puede ser interesante. Si se trata de ver qué relevancia jurídica pueden o deben tener esas razones mías, que son razones de carácter moral, el asunto se vuelve más dudoso. ¿Puede o debe un juez tomar en consideración esas razones que en ninguna norma jurídica encajan como excepciones para mi obligación tributaria? ¿Puede un juez acoger esas razones morales como razones jurídicas válidas, de manera que quepa que alguna de ellas obre como excepción justificada para mi obligación de pagar el impuesto?

Por de pronto, decir que sí tiene sus riesgos. Para verlo, nada más que hay que darle la vuelta al ejemplo. Hagámoslo. Imagínese que mis rentas anuales son de doscientos mil euros y que hay una norma en ese sistema jurídico que exime del impuesto las rentas obtenidas criando y vendiendo cerdos, tal vez porque se quiere fomentar en el país la ganadería porcina. Los que han ingresado veinte mil euros criando conejos o trabajando como ingenieros o como electricistas, deben pagar el diez por ciento. Yo, que he tenido rentas de doscientos mil con la explotación de mi granja de cerdos, ni un euro habré de tributar por ese lado. Hacienda me reclama mi diez por ciento, del que la ley me exonera, pero alega Hacienda no sólo el agravio comparativo para tantos contribuyentes, sino circunstancias tales como que no hago ninguna inversión socialmente productiva con mis rentas ni las dedico siquiera a consumo, sino que guardo todo mi dinero en una caja de seguridad de un banco y soy un miserable que tengo hambrientos a mis hijos. Acordado que haya algo o mucho de inmoral en la norma jurídica que me exonera y en mi propia conducta personal, ¿debería el juez en cuyas manos acabara el caso ponderar y decidir contra legem? Se dirá que no se lo permite el principio de legalidad tributaria, pero, a fin de cuentas, ¿qué es ese principio, sino un principio más, o una regla, si se quiere, pero tan ponderable como cualquier otra regla o cualquier otro principio, como cualquier otra norma del sistema jurídico, y una vez que hemos decidido que lo que importa no es la subsunción de los hechos bajo el supuesto de la norma, sino la ponderación que atienda a razones morales como razones jurídicamente válidas?



Si todas las normas jurídicas son derrotables y todas las excepciones a las normas jurídicas no necesitan estar tasadas en normas jurídico-positivas, y si las normas de las que salen esas derrotas de las normas jurídica son normas morales, la aplicación de toda norma jurídica está sometida a una reserva de compatibilidad con la moral o con las normas de algún sistema moral. No sabremos de qué moral, pues en un Estado constitucional y democrático de Derecho conviven con igual legitimidad sistemas morales bien diversos y heterogéneos. Y, segundo problema, si pueden ser excepcionadas por esa vía las normas que perjudican al ciudadano, por ejemplo fijándole obligaciones onerosas, también podrá serlo la que al ciudadano favorece, por ejemplo, brindándole derechos y garantías, como sucede con el principio de legalidad, las garantías contra la validez de la prueba ilícitamente obtenida, la presunción de inocencia, etc., etc.

VIII. Pero todavía no hemos llegado al meollo del debate sobre la ponderación en derecho.

En mi sistema moral, yo puedo considerar que hay buenas razones morales para que los ciudadanos paguemos impuestos y para que yo los pague. Pero puedo encontrarme ante una de aquellas que denominé valoraciones normativamente complejas, pues también hay en mi sistema una norma que me dice que debo atender adecuadamente el cuidado de mis hijos en cosas tales como la educación y la salud, y entiendo que no cumplo esta última obligación moral mía si destino al impuesto sobre la renta la cantidad que se me reclama. Valoro o pondero en función de las circunstancias del caso y concluyo que no debo pagar el impuesto. No soy un simple evasor, pues me considero moralmente justificado; o soy, en cierta manera, un evasor por razones morales, por razones de mi sistema moral.

Mi caso acaba ante un juez. ¿Debe el juez atender a la calidad de mis razones morales en mi concreta situación para calibrar si jurídicamente debo o no debo pagar? Si contestamos que sí, convertimos el razonamiento judicial en un razonamiento cuya esencia es la de ser un razonamiento normativamente complejo, tal como antes caractericé esta noción de razonamientos normativamente complejos. Es decir, la decisión del juez es de la misma naturaleza, moral, que mi decisión, que fue una decisión moral. Igual que yo valoré en conjunto o ponderé normas y consiguientes razones morales y concluí con una decisión que fue una decisión moral, el juez también valora o pondera así, entre nor-

mas y razones morales, pero con dos matices diferenciales.

Primer matiz diferenciador, el juez no valora como directamente implicado, sino con la distancia o la imparcialidad de un tercero. Segundo, el juez parte, como pauta o referencia, de la norma jurídica que me obliga a pagar el impuesto, pero viendo en ella una norma que además o por encima de jurídica, es una norma con una dimensión moral que puede concurrir o competir con otras normas morales, aunque no sean normas positivamente juridificadas. Cuando la norma jurídica se pondera frente a la norma moral y las razones estrictamente o formalmente jurídicas se ponderan con razones puramente morales, es porque esos dos sistemas normativos, moral y jurídico, se han unificado bajo una naturaleza común, que es una naturaleza primariamente moral. Las razones jurídicas son razones morales por la misma razón que las razones morales son razones jurídicas. El derecho y la moral, como pautas del juicio normativo, no rigen independientemente, sino concurrentemente, y los conflictos entre normas morales y normas jurídicas se resuelven mediante una valoración que es moral, o que es la razón expresiva de la naturaleza en última instancia común, como razón práctica.

Y, conforme a las teorías iusmoralistas y ponderadoras de que estamos hablando, el juez, que debe estar sometido al derecho, tal como dicen nuestras propias constituciones, lo está en cuanto la norma de derecho no lleve en el caso a una decisión inmoral. Por eso, para los defensores del principialismoantipositivista y de la ponderación, el razonamiento del juez es un razonamiento de naturaleza moral, aunque como razonamiento moral de un tercero, no del sujeto directamente implicado, y como razonamiento en el que el derecho aporta razones morales para la decisión, razones morales comparables con y ponderables con las razones que aporta la moral.

De esa manera, se produce una curiosa asimetría. Veíamos antes que, para mí, para el individuo como tal, las razones provenientes de las normas jurídicas que jurídicamente lo obligan no tienen por qué contar como razones morales, como razones a considerar en el balance o ponderación que lleva a su decisión moral. Pero para el juez, según ese principialismoantipositivista, sí brinda el derecho razones morales que se balancean contra las demás razones morales. El ciudadano que toma su decisión moral la puede tomar con independencia de que el resultado de esa decisión sea antijurídico. Aunque lo que decidió moralmente sea contrario a derecho y aunque sea por ello jurídicamente sancionado, ese ciudadano puede seguir considerando que su decisión es plenamente moral.

Pero la tremenda paradoja surge por este otro lado: aunque para el ciudadano su acción, resultante de su decisión, sea perfectamente moral y aunque, además, con arreglo a la ley sea perfectamente jurídica, el juez podrá calificarla como antijurídica e imponerle a ese ciudadano la correspondiente consecuencia en derecho. Es lo que veíamos que le podía suceder al criador de cerdos de nuestro ejemplo de antes. Cuando la clave de la decisión judicial la da la ponderación y esa ponderación se hace en clave moral, nadie está a salvo.

IX. La teoría de la ponderación, tal como se expresa en autores como Alexy y tantos otros, está indisolublemente unida a la concepción del derecho que niega la separación entre derecho y moral, porque entiende que la naturaleza esencial o última del derecho es moral, que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general y que siempre pueden y deben las razones para la decisión resultantes de la norma jurídico-positiva cotejarse o ponderarse con las razones morales en general. Caiga quien caiga. Unas veces servirá ese expediente para ampliar algún derecho del ciudadano o para exonerarlo de alguna obligación frente al Estado, pero en otras oportunidades el resultado podrá ser el inverso, el de que al ciudadano se le inaplique alguna garantía legal o constitucionalmente establecida o el de que al ciudadano se le imponga, frente al Estado, alguna obligación no jurídico-positivamente sentada. Un día, del ponderar con razones morales saldrá que bien está que yo no pague el impuesto al que legalmente se me obligaba, ya que en mi caso es una injusticia ese pago y así resulta al pesar mi obligación tributaria contra mi derecho a educar a mis hijos o a darles la mejor atención sanitaria; pero otro día me encontraré con que la suma de los pesos del principio de solidaridad, del principio de Estado social y del principio de justa distribución de la riqueza vence al principio de legalidad en materia impositiva y resulta que debo yo tributar en mayor medida de la que la ley me reclama o por conceptos que la ley no me reclama. Ejemplos de este estilo hay ya a cientos en



la actual jurisprudencia de los países y tribunales más dados a la ponderación y el ordeño de principios en detrimento de eso que se dice fría legalidad o estéril formalismo.

X. En la teoría jurídica y constitucional actualmente dominante, el principialismo y la ponderación van de la mano con la insistencia en que son las propias constituciones las que imponen esa deriva del razonamiento jurídico como razonamiento moral. Ya no es que haya fuertes razones morales para justificar los contenidos de las normas constitucionales. Eso es difícilmente discutible, igual que difícil será poner en duda que hay fuertes razones morales detrás o por debajo de las normas del Código Civil o del Código Penal. Esas razones morales de fondo, que siempre en mayor o menor medida están presentes debido a que las normas jurídicas ni caen del cielo ni las hace un legislador sin convicciones morales o ajeno a las de su medio, han sido normalmente vistas como base importante para la atribución de sentido a los enunciados jurídicos y como guía relevante para su interpretación, en primer lugar como interpretación teleológica.

No es eso. Lo que sostiene el actual constitucionalismo antipositivista, a menudo denominado neoconstitucionalismo, son tres cosas. Una, que, en su esencia o núcleo sustantivo, la Constitución es un orden objetivo de valores o un catálogo de objetivos morales, de modo que hasta las reglas constitucionales más elementales o precisas (pensemos en la norma constitucional que fija la mayoría de edad o la capitalidad del Estado) han de verse como enteramente subordinadas a y condicionadas por esos objetivos morales supremos, y hasta derrotados por ellos.

La segunda, que ese catálogo de supremos objetivos morales en que la Constitución en su esencia consiste proviene o es reflejo de la moral objetivamente verdadera, no de la histórica o coyuntural moral de esa sociedad o del poder constituyente o de la clase económica o políticamente dominante, etc. Es más, este nuevo constitucionalismo ha conseguido liberar a los sistemas jurídicos de toda sospecha de clasismo o de ser herramientas de las clases dominantes para asegurar su poder económico y político. Al contrario, si las constituciones son esencialmente morales y expresión de la moral objetivamente correcta, el derecho consume el viejo sueño racionalista y se libra de las garras de Marx y los suyos. Los anhelos que el movimiento codificador puso en los códigos civiles, que se querían suma expresión de la razón jurídica y que fueron ridiculizados y desenmascarados por Marx, entre otros, son las ensoñaciones del constitucionalismo actual, que ve en las constituciones de hoy la expresión de una razón indeleble, pero que ya no se quiere mera razón jurídica, sino sublime razón moral. A quién se le va a ocurrir hacer la revolución contra unos sistemas jurídico-políticos y económicos que tienen en su cúspide nada menos que la moral objetivamente verdadera y que, como guardianes de esas esencias moral-constitucionales, disfrutaban de unos tribunales que manejan el certero instrumento de la ponderación, sin el riesgo insito en la malhadada y felizmente superada discrecionalidad a la que los positivistas del siglo XX, tan descreídos, se resignaban.

La tercera tesis o asunción del nuevo constitucionalismo es la del armonicismo. Esos valores constitucionales, que son valores morales y que por igual inspiran los principios y las reglas presentes en la Constitución, están en el fondo en armonía, no en dialéctica tensión o en una contradicción que nos aboque a la decisión política por obra de las mayorías democráticas. Toda antítesis entre tan variados valores y principios constitucionales es solamente superficial, pues, en su fondo, el sistema se articula con plena coherencia y del cimiento moral congruente nace para cada caso y cada conflicto de derechos, obligaciones o principios una decisión correcta que es decisión correcta única y que nos libra de la dichosa discrecionalidad de los jueces. Esa decisión correcta única, de raigambre moral, a simple vista no se capta y el legislador suele desconocerla, pero ni se le escaparía el dworkiniano juez Hércules ni deja de aparecerse al alexyano tribunal que pondera como Dios manda. La decisión correcta, porque la suponemos, la hay; porque la hay, la hallaría siempre un juez plenamente sabio; y porque los jueces de carne y hueso tan perfectamente sabios no son, tienen que ayudarse de un buen método que haga su decisión tan objetiva como una medición o un pesaje: la ponderación. Mano de santo.

XI. Para los principialistas al estilo de Alexy, un sistema jurídico se compone de reglas, que son mandatos taxativos que o se cumplen o no se cumplen, y principios, que son mandatos de optimización



que ordenan que algo se haga (o no se haga) en la mayor medida posible, teniendo en cuenta que la medida de lo posible viene marcada en cada tiempo y ocasión por las posibilidades fácticas y por la colisión con otras normas del sistema. Las colisiones con principios se resuelven ponderando a la luz tanto del peso abstracto de las normas como de su peso en razón de las circunstancias peculiares de cada caso. Importa mucho también destacar que lo mismo se ponderan principios contra principios que principios contra reglas. Lo que quiere decir que cualquier principio o cualquier regla puede en algún caso perder en la ponderación ante un principio opuesto, que en esa oportunidad haya tenido más peso. No hay, pues, norma que no pueda ser derrotada por otra norma alguna vez. Si a esto añadimos que los principios constitucionales tanto pueden ser expresos como implícitos y que la cualidad última de los principios es moral, la conclusión es aplastante: siempre habrá una norma moral que, traducida a principio constitucional a efectos de que sea con todas las de la ley derecho, puede derrotar a cualquier otra norma, constitucional o infraconstitucional, en algún caso.

¿Ciertamente el derecho funciona así? Funciona así si se quiere que así funcione. Cuando así se plantea, el razonamiento jurídico pierde casi toda su especificidad y tiene la estructura y caracteres del razonamiento moral ordinario. Si acaso, queda solamente el detalle diferenciador de que las normas legisladas, que generalmente van a ser vistas como reglas y no como principios, tienen una preferencia prima facie frente a los puros principios, sean expresos o implícitos. Esa preferencia prima facie significa que se les supone inicialmente más peso, y así se explica que las más de las veces deban ser aplicadas y no derrotadas en el caso; pero eso no impide que en ciertas ocasiones pueda asignarse mayor peso al principio en su contra concurrente y, de esa manera, la decisión contra legem es presentada como decisión perfectamente acorde con el ius y con la Constitución misma.

Así vista con su esencia moral, la norma suprema de la Constitución vendría a prescribir que no haya decisiones de casos que sean injustas, o marcadamente injustas. Lo que, a su vez, es tanto como mantener que las decisiones jurídicas y constitucionales de casos serían las mismas aunque la Constitución no tuviera más que una sola norma que dijera “Ninguna decisión judicial de un caso debe ser inmoral, injusta”. Pues si lo que caracteriza a las normas constitucionales es el ser transcripción de los preceptos de la moral objetivamente correcta, va de suyo que ni siquiera hace falta el articulado de la constitución para que podamos suponer existentes las normas fundamentales que deben regir la solución de los casos. Serían sencillamente las normas de la moral objetivamente correcta. La constitución no lo es por ser decisión del poder constituyente, sino por ser decisión del poder constituyente que recoge los mandamientos de la moral objetivamente verdadera. Pero, ya que se niega la separación conceptual entre derecho y moral y puesto que, en consecuencia, la moral verdadera es parte constitutiva de cualquier autentico derecho, las supremas normas del sistema jurídico son tales por ser supremas normas morales, no por ser normas de la constitución; y la constitución merece su respeto no por razones de jerarquía formal ni de legitimidad de la decisión constituyente, sino porque su contenido es el que debe ser para que la constitución sea jurídica. En otras palabras, un sistema jurídico que formal o positivamente no tuviera constitución tendría materialmente la misma constitución, compuesta por las supremas normas morales objetivas y verdaderas. Lo mismo que el iusnaturalismo de toda la vida pretendía, con la única diferencia importante de que lo que el iusnaturalismo llamaba derecho natural ahora se llama constitución, y que las que eran denominadas normas de derecho natural ahora se denominan principios constitucionales. Habrán cambiado más de cuatro contenidos y se ha modificado la terminología, pero estructuralmente hay identidad entre aquel iusnaturalismo de antes y este constitucionalismo antipositivista de ahora.

XII. Esa transformación altera muchola operatividad y la función del derecho. Y si los sistemas jurídicos no se han disuelto aun en casuismo e incerteza es porque el principialismo y la ponderación siguen siendo marginales en la práctica judicial, aunque hayan adquirido tanto dominio en la teoría jurídica y constitucional. Veamos por qué las cosas ni de hecho son ni pueden en verdad ser como los principialistas ponderadores nos cuentan.

Yo me doy la norma de que no fumar, asumo que no debo fumar, ese pasa a ser un precepto personal que guía mi conducta. Pero un día debo hacer un trabajo muy difícil e importante para los demás y estoy nervioso, por lo que, con base en mi experiencia, considero que un par de cigarrillos



durante esa jornada me tranquilizarían mucho. No debo fumar, debo cumplir bien mi importante misión y creo que para eso me ayudaría fumar un poco. Así que valoro o pondero si hay riesgo de que recaiga en el vicio del tabaco, si puede afectar escasamente o en mucho a mi salud que fume hoy, si a alguien decepciono o no por echarme un cigarrillo, si habrá o no niños presentes, si en verdad me ayudará mucho o poco fumar hoy, etc., etc. Y decido fumar. Como han pesado más las razones para fumar que para abstenerme, no considero que esté actuando indebidamente, sino que me parece que hay una excepción justificada para mi norma de no fumar. Así razono con mis normas morales. En la práctica jurídica ni funcionan así las cosas ni puede funcionar así, sino es al precio de que lo común de las normas jurídicas quede al albur de lo incierto de las valoraciones morales de cada cual y del juez.

Pongamos que existe una norma jurídica que prohíbe fumar en los bares y locales públicos de esparcimiento. Yo fumé aquellos dos cigarrillos en un bar cercano al hospital, pues la tarea que me esperaba y me ponía tan tenso era una difícilísima operación quirúrgica, ya que soy cirujano. Se me sanciona por infringir la norma jurídica en cuestión (acéptese que en ese sistema jurídico las sanciones se aplicaran al fumador, no al responsable del local) y recurro mi sanción y termina el caso en los tribunales.

¿Debe el juez pararse a sopesar los derechos y principios constitucionales que se pueden invocar a mi favor, como el derecho genérico de libertad o el de libre desarrollo de la personalidad, y, por otro lado, el principio que justifica la norma prohibitiva, que sería seguramente el de protección de la salud, y debe también ponderar las circunstancias concurrentes, como que estaba nervioso por la operación tan complicada que debía realizar, que solo fueron dos cigarrillos, que uno lo apagué a la mitad, que la operación de después salió bien y eso benefició la salud de mi paciente, que apenas había otras personas en el bar cuando en él fumé, etc., etc.? Si decimos que sí, el juez está llevando a cabo un razonamiento estructuralmente igual al que yo hice cuando valoré la concurrencia de normas más de conducta que me impelían a comportamientos distintos (una a no fumar y otra a fumar). Pero ni es así como el juez debe decidir ni es así como los jueces suelen decidir, por fortuna. El juez tiene que aplicar la norma y si no hay en el sistema otra norma que prevea expresamente una excepción para mi caso, debe sancionarme. Si no lo hace así, no aplica el derecho y no cumple con la tarea que constitucionalmente tiene encomendada, por mucho que desde el punto de vista moral o de razonamiento práctico general podamos ver su razonar y su decisión como intachables.

XIII. Se dirá que la ponderación jurídica tiene de especial aquellos tres pasos que Alexy le prescribe, los llamados tests de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El problema está en lo sumamente incierta o aleatoria que resulta la aplicación de esos controles. Veámoslo mientras seguimos jugando con el mismo ejemplo.

Si ponderamos, ya no se trata de ver si cumplí o incumplí la norma que prohíbe fumar en los bares, sino si está o no está jurídica y constitucionalmente justificada mi acción de fumar en ese caso. Porque, ya lo sabemos, la ponderación sirve para que pueda revertirse la consecuencia de la norma que viene al caso, como es en esta ocasión la norma que prohíbe fumar y prevé sanción para la infracción de esa prohibición. La norma que dice "Prohibido fumar bajo sanción S" pasa a ser considerada así: "Prohibido fumar, bajo sanción S, a no ser que en el caso concurren razones de más peso que las que dan sentido a esa prohibición, avaladas por principios constitucionales (expresos o implícitos)". Toda prohibición de hacer o de no hacer y todo permiso quedan sometidos a una cláusula de reserva: está prohibido hacer X a no ser para el caso en que, por tales o cuales razones reconducibles a principios constitucionales que tienen raigambre moral, resulte injusta esa prohibición o resulte injusto ese permiso.

Apliquemos el test de idoneidad, que nos dice que para que sea constitucionalmente legítima mi acción de fumar (y, por tanto, no sancionable pese a que vulnera la prohibición bien clara contenida en la regla) debe desprenderse algún beneficio para algún principio constitucional (expreso o implícito). ¿Hubo tal beneficio? Ciertamente mi libertad se expandió, como sucede cada vez que alguien sí hace lo jurídicamente prohibido. Solo por eso, ya podría considerarse que toda vulneración de una norma prohibitiva supera el test de idoneidad. Pero, además, resulta que aquella cirugía que realicé y para la



que quería tranquilizarme o concentrarme fumando un rato, salió muy bien y conseguí salvar la vida al paciente. ¿Contamos eso como ganancia de un derecho, el del paciente, ligada a mi infracción? No se sabe, ya que es imposible conocer si en verdad me tranquilizó o no el cigarrillo y si habría resultado bien o no la operación si no hubiera fumado. Por ese lado, será la pura opinión o preferencia personal del juez la que determine si mi acción formalmente infractora supera o no el test de idoneidad.

Vamos con el test de necesidad. La pauta consiste en que no será constitucionalmente legítima mi acción si el mismo efecto positivo para mi derecho o para los principios que me amparan hubiera podido lograrlo con una acción alternativa que dañara menos el principio opuesto. Es fácil pensar que, puesto a fumar para aplacar mi inquietud, podría haber fumado en la calle, donde ninguna norma vulneraba ni el derecho de nadie. Pero ¿y si llovía o eran heladas las temperaturas y podía resfriarme, con lo que se alteraría también el equilibrio y la concentración que para operar necesitaba? ¿Y si era insegura la calle y corría riesgo de que me asaltaran? ¿Y si en la calle me exponía a que alguien me importunara con su conversación o, peor, me recordara el gran desafío que en el quirófano me aguardaba? ¿Debería el juez considerar cada uno de esos factores y otros más de los que puede depender que la satisfacción de mi derecho fuera la que es, pero a un precio menor para otros principios? ¿Cuánta debe ser la seguridad del juez sobre la alternativa posible para mi acción y cuánta la imaginación que le ponga para configurar tal alternativa? Incertidumbres grandes para una operación que se pretende objetiva y bastante segura, demasiadas variantes para lo que habría de ser una mera comprobación.

Y el test de proporcionalidad en sentido estricto. El daño para el principio dañado, que quedamos en que es el que protege la salud de los que están cerca del que fuma, sumado al principio de deferencia con el legislador legítimo que prohibió fumar en los bares, tiene que ser compensado con un beneficio igual o mayor para el principio que con mi acción resultó expandido, que puede ser tal vez el que basa mi derecho a la libertad o al libre desarrollo de mi personalidad, o quién sabe si también el derecho a la salud del paciente que se beneficiará si lo opero menos nervioso y habiéndome relajado un poquillo con mis cigarrillos. ¿Cómo se pesan los principios que están en un platillo de la balanza o del otro y con qué certeza se establece que es mucha, regular o poca la afectación negativa de los unos o positiva de los otros? Con ninguna certeza. Y así ocurrirá siempre que el caso sea un poco difícil e intrincado, discutible desde el punto de vista de las preferencias morales que pueden concurrir.

XIV. No hay caso judicial que no pueda recomponerse como de conflicto entre principios o, las más de las veces, como de conflicto entre derechos. Si eso es así, y lo es, resultará que las normas que son principios y las que, como normas de principio protegen derechos, más que para resolver conflictos sirven para provocarlos a un nuevo nivel o en una nueva escala. La norma penal que castiga el homicidio sienta que el que mate debe ser penado, si no concurre una de las excepciones tasadas, una eximente. Pero resulta que quien mato realizó su libertad al matar y, sobre todo, la pena con que se le amenaza limita un bien tan básico y un derecho tan fundamentalísimo como la libertad misma. Hay por ahí unas buenas razones para no castigarlo, contra lo que la norma estipula. Pero por el otro lado están el derecho a la vida que a la víctima se le vulneró, más los derechos a la vida y a la seguridad de los ciudadanos en general, víctimas potenciales del mismo homicida que ya mató una vez. Se nos insiste desde la teoría jurídica principialista en que debemos huir de los fríos formalismos y las ciegas subsunciones. Entonces, ¿ponderamos en cada caso de homicidio para ver si, en razón de las circunstancias y de su calificación moral y por encima de lo que diga la ley, debemos condenar al homicida o no debemos condenar al homicida, según que en el caso pesen más sus derechos o los principios que respaldan a la víctima, al ciudadano en general o al Estado!?

No se me ocurre cómo puede el principialista sugerir que ahí no ponderemos, sin contradecir sus tesis más básicas. Pero si a ponderar nos disponemos, el Derecho penal se nos disuelve como vía para solucionar conflictos y fijar con carácter general consecuencias jurídicas, penas, para ciertas (clases de) acciones. No, cada homicidio ya no sería un caso típico al que hay que dar la solución típica legalmente tasada, sino un conflicto moral en el que a cada homicida se le debe brindar el trato que moralmente merezca, siendo el juez el que averigua cuál es ese trato merecido, con ayuda de la ponderación.



Pero las cosas ni deben funcionar así, ni funcionan así de hecho, ni quiere hasta el mismísimo principialista que así funcionen. Y recuérdese que no vale decir que la clave está en que la norma que castiga el homicidio o cualquier otro delito es una regla y no un principio, ya que insisten Alexy y sus compañeros de doctrina en que también contra las reglas es posible ponderar principios y que los principios pueden derrotar a cualquier regla. Así que la regla que tipifica cualquier delito y su pena puede alguna vez ser derrotada por algún principio. Igual que, según esa misma teoría, por algún principio opuesto puede en alguna ocasión ser derrotada la norma que estipula el principio de legalidad penal y prohíbe castigar como delito lo que no esté tipificado en ley anterior. Sea ese que llamamos “principio” de legalidad una regla o sea un principio genuino, es por definición derrotable por principios que con intención opuesta puedan venir al caso.

Las cosas no funcionan así, por suerte. El juez no está autorizado por el sistema jurídico a absolver, sin concurrencia de eximente, al delincuente que se ha probado tal, por mucho que condenarlo parezca inmoral o pueda presentarse como fuertemente afrentoso para un principio constitucional expreso o tácito. Y el juez no está autorizado a condenar al que no haya cometido delito típico y establecido en norma anterior a la acción reprochable, por mucho que mil y un principios se confabulen a favor de esa condena y pesen más que el de legalidad penal. El juez que haga lo uno o lo otro prevarica. Y esto que raramente se discutirá cuando de Derecho penal hablamos, es así para cualquier otro ámbito jurídico. La diferencia es que en el Derecho penal se ve más claro el juego del sistema jurídico de un Estado de Derecho que en verdad lo sea, y que respecto del Derecho penal se captan mejor los riesgos generales del principialismo y la ponderación, tanto como riesgos para la función misma que justifica el Derecho como para las garantías y los más básicos derechos de los ciudadanos.

XV. Tomemos una vez más uno de esos ejemplos trillados, un caso en que supuestamente compiten la libertad de expresión y el derecho al honor. Alguien ha dicho públicamente que yo soy un X, siendo ese un calificativo fuertemente peyorativo. Ante mi demanda de compensación porque se ha dañado mi derecho al honor, la otra parte alegará su derecho a la libertad de expresión. Pero ese no es propiamente un conflicto entre derecho al honor y libertad de expresión, salvo en el sentido de que cada una de las partes invoca a su favor uno de esos derechos. Es un conflicto entre partes que invocan derechos distintos, no es estructuralmente y según el diseño del sistema jurídico, un conflicto entre esos dos derechos. Explicaré a continuación por qué.

La Constitución dice que todos tenemos derecho al honor, no que todos tenemos derecho a la mayor protección posible de nuestro honor. Es un precepto normal y corriente, con la peculiaridad de que su consecuencia jurídica tendrá que ser concretada o bien en otra norma, o bien jurisprudencialmente. Por ejemplo, en España la LO 1/1982 concreta la consecuencia jurídica de la vulneración del derecho al honor al decir que toda intromisión ilegítima en el mismo da lugar a indemnización. Y en la vía penal otro tanto hacen aquellas normas que tipifican los delitos contra el honor y sus penas, como sucede con los delitos de calumnia e injuria. De que una norma que establece la licitud o ilicitud de una conducta no fije una consecuencia jurídica precisa para su vulneración para nada se sigue que dicha norma haya de aplicarse ponderando y no subsumiendo, generalmente previa interpretación. Si está prohibido dañarme el honor a mí, la norma que tal prohíbe se viola cuando a mí se me daña el honor. Cuestión diferente, que en alguna otra parte o de alguna otra manera habrá que solucionar, es la de qué consecuencia jurídica se impone al vulnerador una vez que se ha probado y establecido que existió esa conducta suya ilícita.

Cuando un ciudadano ha dicho públicamente que yo soy un X y yo demando a ese ciudadano porque me ha dañado el honor, o me querello porque me ha injuriado o calumniado, lo único que corresponde es ver si en la acción que se juzga se dan los elementos de la calumnia o la injuria o si se da la intromisión ilegítima en mi honor que fundamenta la indemnización civil por daño. Ni más ni menos.

Por supuesto que el otro se ha expresado al decir que soy un X y que al expresarse libremente ejerció su libertad de expresión. Eso es poco menos que una trivialidad. Si no hubiera actuado libremente al expresarse, no habría caso contra él, ni penal ni, tal vez, civil. Pero que él haya ejercido su



libertad de expresión ni cuenta ni se pondera ni nada de nada. Es obvio que solo expresándose de alguna forma (oralmente, por escrito, mediante dibujos o algún tipo de imágenes...) se puede dañar mi honor. Si resulta absuelto del delito no es porque, concurriendo los elementos de la calumnia o la injuria, su libertad de expresión haya pesado más a la luz de las circunstancias del caso. En modo alguno es así. Si se le absuelve será porque estima el juez que no concurren los elementos del delito, que falta la acción típica, que falta el dolo o animus requerido, que concurre una causa de justificación, etc. Nunca he visto (y espero que no veamos) una sentencia en la que el juez diga que habiendo sido dañado el honor de la víctima del modo que corresponde al delito de injuria o calumnia y dándose todos los requisitos para la condena, se absuelve al acusado porque en sus circunstancias pesa más un principio contrario a la condena.

Y otro tanto en el plano del juicio no penal. Si el juez condena a indemnizar es porque considera acreditado que ha habido atentado contra el derecho al honor, daño al honor, una vez definido e interpretado lo que por honor se pueda o se deba entender, etc., no porque le parezca que el honor pesó ahí más que la libertad de expresión. Y si el juez absuelve no es porque estime que la libertad de expresión fue el derecho que venció en la contienda de los pesajes, sino porque no hubo daño al honor. Siempre que el juez siente que hubo daño al honor (y no concurriendo una causa tasada de justificación o de exoneración de la responsabilidad) va a condenar, trátase de un juicio penal o de responsabilidad civil por daño. Y siempre que no condena (y si no se trata de que concurra una causa de justificación o de exoneración de responsabilidad) va a ser porque no hubo daño al honor, no porque sea mayor en esa oportunidad el peso de la libertad de expresión. La libertad de expresión, que es un derecho de esos que podríamos llamar por defecto, justifica y hace jurídicamente permisible toda expresión que no dañe ciertos derechos, como el derecho al honor en primer lugar. Cuando los daña, cede. Cuando no los daña, no tiene por qué ceder. Y si se trata de lo uno o de lo otro no se decide ponderando cuál derecho (o su principio) pesa más en el caso, sino qué significa honor y si bajo la norma que lo ampara y veda su merma se subsume o no la expresión que se enjuicia.

Pues bien, igual que este caso, todos. A no ser que queramos que ningún derecho tengamos firmemente protegido, ninguno de esos que operan como garantías del ciudadano (por ejemplo, que no se dañe su honor, su intimidad, su derecho a la propia imagen...) o como expectativas del ciudadano jurídicamente respaldadas, como la de que el Estado le deba hacer o no hacer algo. Pues, por seguir con el ejemplo del honor, si el que lo tengamos protegido no depende de que se sobrepase o no cierto límite, sino de que pese más o pese menos el principio que justifica que ese límite se traspase, aviados estamos y nuestros derechos quedan a merced de la báscula y de la pericia y sana intención del que la maneje. Ya no se trata sin más de que se haga dúctil el derecho o que se licue un poquito; es que se vuelve gaseoso, se nos evapora.



¿CONVIENE EL ANTIPROCESALISMO EN EL SIGLO XXI?

Algunas reflexiones desde el ámbito judicial^{1*}

Helver Bonilla García^{2*3*}



Resumen

Este ensayo aborda las teorías de las nulidades procesales identificando los principales orígenes de estas. Así mismo ubica cuál ha sido el camino seguido por el derecho procesal colombiano en torno a este tema, cuál ha sido el tratamiento que se le ha dado al antiprocesalismo y cómo se presenta el proverbial divorcio entre lo que dice la legislación y lo que acontece en la práctica.

Adicionalmente ofrece una reflexión sobre esta figura poniendo de relieve sus bondades y defectos; para terminar con una propuesta original que de llevarse a cabo podría contribuir a que la figura del antiprocesalismo contara con reglas claras que impidan el paso a la inseguridad jurídica por su desmedido e incontrolable uso.

Palabras claves: Antiprocesalismo, nulidades procesales, derecho procesal.

Abstract

This paper addresses the theories of procedural nullity identifying main origins. Also located what was the path followed by colombian law on this subject, what was the treatment that has been given to antiprocesalismo and how it presents the proverbial divorce between what the regulations say and what happens in the practice.

Additionally offers a reflection on the figure by highlighting its benefits and shortcomings, to finish with a original proposal carried out could help tell antiprocesalismo figure of clear rules to prevent the passage to his excessive legal uncertainty and uncontrolled use.

Key words: Antiprocesalismo, nullity proceedings, procedural law.

Resumo

Este artigo discute as teorias de nulidades processuais identificando origens principais. Também localizado qual foi o caminho seguido pelo direito processual colombiano sobre este assunto, o que era o tratamento que tem sido dado a antiprocesalismo e como o divórcio proverbial entre o que a lei diz é apresentado e que acontece em prática.

Além disso oferece uma reflexão sobre esta figura destacando seus benefícios e deficiências; terminando com uma proposta original que levou a cabo poderia ajudar a figura de antiprocesalismo contar com regras claras para impedir a passagem para a insegurança jurídica para a sua utilização excessiva e descontrolada.

1 * Este artículo de creación individual fue escrito para la revista *Ipsa Jure* 34 edición día del juez.

2 ** Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la misma casa de estudios; su vida profesional ha estado repartida entre el litigio y la judicatura. En esta última ha ocupado casi todos los cargos posibles, desde escribiente hasta Magistrado Auxiliar en la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Actualmente funge como oficial mayor en el Juzgado Cincuenta y uno Civil Municipal de Bogotá D.C. Es miembro fundador del grupo de estudios académicos Escuela de Ciencias Jurídicas

Palavras-chave: Antiprocesalismo, de nulidade processual, direito processual.

Sumario

Introducción. 1. El error jurisdiccional de los jueces. 2. El antiprocesalismo en Colombia. 3. ¿Es deseable mantener y fortalecer el antiprocesalismo? 4. ¿Tiene cabida el antiprocesalismo en los sistemas procesales orales o por audiencias? 5. ¿Cuál es la mejor opción? 6. Conclusiones

Introducción

El tema que nos convoca es fruto de reflexiones jurídicas realizadas alrededor de cómo debería corregir errores un juez, cuando con algunas de sus decisiones comete desafueros; dentro del marco de lo que significa la reestructuración procesal que actualmente se vive en forma general en todas las ramas del derecho nacional.

Con estas notas se pretendió precisar el valor que tiene la institución del antiprocesalismo en una arquitectura procedimental que propende por finiquitar los procesos judiciales en la forma más expedita y pronta, muchas veces imprimiéndole a los trámites judiciales velocidades vertiginosas.

El interés mayor de estas disquisiciones, básicamente consiste en determinar si el antiprocesalismo es un estorbo para la consecución de la tan anhelada duración razonable de los procesos judiciales, y si su permanencia en el panorama jurídico constituye un menoscabo a los nobles esfuerzos por lograr decisiones judiciales prontas.

El asunto en cuestión no es exclusivo de Colombia, ni mucho menos, se trata de la institucionalización fáctica de una de las dos vertientes en las que se ha enmarcado el tema relacionado con las nulidades procesales, pues en su más profunda esencia, el antiprocesalismo no es más que una declaratoria judicial de nulidad que carece de respaldo legal.

Didácticamente conviene señalar que en esencia las nulidades procesales se rigen por dos sistemas: el de la taxatividad (según el cual los motivos de invalidez de los actos procesales están previamente consagrados en la ley, de forma que su declaratoria está supeditada a una preexistencia teórica legal y, desde luego, a la realización de la causal prevista en la norma procesal) y el de la discrecionalidad (según el cual es deber del juez sopesar si los defectos procesales presentados en el trámite del proceso tienen suficiencia para invalidar lo actuado, en cuyo evento así lo declarará).

Estos grandes sistemas de nulidades tienen sus respectivos orígenes en la tradición legislativa francesa (para el caso de la taxatividad) y en el Derecho alemán (para el de la discrecionalidad)⁴.

4 En la legislación germana ni siquiera existe un término equivalente a nulidad. Se contemplan circunstancias que de presentarse en el proceso afectarían este, momento en el que el instructor del proceso, entendiéndose juez, debe discrecionalmente definir si declara o no la nulidad.



Colombia acogió la línea francesa como uno más de los países de la región que sucumbieron ante la preponderancia del pensamiento jurídico francés en tiempos de las declaratorias de las independencias nacionales latinoamericanas. Este principio de la taxatividad o especificidad impide que situaciones no previstas en la Ley como nulidad puedan ser alegadas ante el juez, y en caso de serlo, pueda el operador judicial rechazar el pedimento in limine. No obstante como acontece en otros asuntos, una cosa es lo que dice la Ley y otra lo que sucede en la realidad.

En la actualidad no existen estudios profundos sobre el antiprocesalismo en la literatura jurídica nacional ni en la internacional, tangencialmente se han hecho referencias en algunos textos de Derecho Procesal, pero nada que pueda asemejarse con un tratado minucioso sobre el particular. No se han elaborado estudios profundos del tema y su desarrollo ha estado casi que enteramente reservado al fuero de los jueces, quienes entusiastamente han echado mano del antiprocesalismo como tabla salvadora o fórmula mágica para subsanar defectos en el curso de los procesos que de otra forma ya no podrían enmendarse.

En suma, con este trabajo se pretende responder la pregunta de si ¿es útil conservar la figura del antiprocesalismo en el rediseño de los trámites judiciales?, dada la sentida necesidad de actualizar los procesos y ponerlos a tono con los avances tecnológicos del mundo moderno, calculando visionariamente los desarrollos que están por venir.

Para dar respuesta al interrogante planteado efectuamos un recorrido histórico del tratamiento legal de las nulidades en Colombia hasta llegar a la actualidad. Así mismo, indagamos en la jurisprudencia y la escasa doctrina cuáles han sido las posturas que desde estos ámbitos se han asumido sobre la conveniencia de esta figura.

Además, han servido para responder el cuestionamiento que intitula este artículo.

Las reflexiones jurídicas que a continuación presentamos fueron realizadas desde una doble óptica: práctica y académica, porque cuando he tenido la honra de administrar justicia he recurrido a la aplicación del antiprocesalismo aún contra mi propia voluntad y con la dificultad de que no existen disposiciones claras que la materialicen y regulen y; porque como estudioso de las teorías de los grandes maestros del derecho he visto el desdén con el que el tema ha sido tratado, lo cual es injusto porque su ocurrencia es diaria en el quehacer judicial nacional y latinoamericano.

1. El error jurisdiccional o de los jueces

Los actuales sistemas jurídicos herederos del civil law, esto es, del derecho continental europeo, contemplan la falibilidad del juez tanto en temas procesales como en asuntos sustanciales que, a guisa de ejemplo, pueden consistir en que el administrador de justicia resuelva un caso aplicando una norma derogada que no puede regular el caso para el que se usa o que pretermita etapas procesales insalvables, o que asuma el conocimiento de un asunto para el que no tiene



competencia.

El derecho colombiano, consciente de estos posibles desatinos ha previsto soluciones, entre las que se encuentran los remedios o recursos procesales y las nulidades. No obstante, como muchas veces el capricho de las circunstancias fácticas acaecidas al interior del proceso judicial supera la previsión legal, se ha tenido que contemplar una vía que permita rescatar el proceso y lo vuelva a poner al servicio de la realización de los derechos sustanciales, so pena que se conculquen derechos fundamentales de los intervinientes en el juicio.

Estamos aludiendo al denominado antiprocesalismo, que ha tenido especial acogida en la judicatura nacional.

La figura en cuestión es una solución original a la rigidez del sistema de nulidades que impera en el derecho colombiano, se trata de la posibilidad de decretar una nulidad que no está taxativamente prevista en los cánones procesales, por defectos en el trámite de los procesos que para el juez rompen gravemente el equilibrio y amenazan o quebrantan derechos fundamentales de los intervinientes procesales.

Conviene recordar que el error judicial es fuente de indemnización patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que pueda irrogar a los usuarios de la justicia y que un país que pretenda conseguir la paz, debe empezar por asegurarse que sus funcionarios, sobre todo judiciales, actúan de conformidad con la ley y la Constitución Política.

2. El antiprocesalismo en colombia

A partir de la vigencia del Decreto 1400 de 1970 por el cual se expidió el Código de Procedimiento Civil, de manera explícita se intentó cerrar el paso a lo que la literatura especializada ha dado en llamar teoría del antiprocesalismo, que no es otra cosa distinta a que los operadores judiciales puedan infirmar sus providencias aún ex-officio, cuando según sus propias consideraciones estas se encuentran viciadas por defectos que las hacen contrarias a la Ley en tal proporción que amenazan o quebrantan derechos de los intervinientes procesales o simplemente corrompen gravemente el trámite procesal en desarrollo.

Este hecho de la praxis judicial no se encuentra regulado en ninguna norma y puede catalogarse como el fenómeno por el cual en nuestro país el tema de las nulidades ha sido flexibilizado por la fuerza de la necesidad, dándose paso a un híbrido entre las formas de tratamiento de las nulidades, pues mientras en la Ley persiste la taxatividad, en la práctica se ha entronizado la declaratoria de nulidades sin afincamiento en la ley, aun de oficio.

Ya se ha hecho famosa en el mundo judicial nacional la expresión dejar sin valor y efecto que se utiliza como invocación ceremonial a la hora de dar aplicación al antiprocesalismo, cuya consecuencia jurídica no es otra diferente a la misma que operaría de declararse una nulidad, pues dejar sin valor y efecto equivale a declarar una nulidad.

Ciertamente, el antiprocesalismo que también es conocido como nulidad



constitucional, teoría de la ineficacia o teoría de la simple invalidez es una especie de nulidad que aunque carece de respaldo legal, en Colombia cuenta con gran acogida jurisprudencial, pues no en pocas ocasiones los altos tribunales judiciales del país⁵ (y ni que hablar de los demás) han hecho uso de esta figura procesal, algunas veces cayendo en el abuso y materializando inseguridades jurídicas, pues los justiciables no pueden estar confiados a lo que el operador judicial vaya resolviendo en el trámite del asunto que él dirige; ya que la falta de regulación de este tema, permite que ni siquiera exista un término para que se invaliden las actuaciones tenidas por ilegales⁶.

El hecho de que la Ley no haya dejado espacio al antiprocesalismo⁷, pero que en la práctica se haga uso del mismo, ha generado tesis contradictorias de los operadores judiciales de cierre de las jurisdicciones sobre la validez de su aplicación; así mismo ha producido incertidumbre entre los jueces de menor rango que están obligados a observar la doctrina probable o el precedente judicial; y ha producido desconcierto en la comunidad jurídica en general; que han situado el tema en un verdadero limbo jurídico. Véanse solo algunos ejemplos: La Corte Constitucional en dos decisiones suyas, señala tesis contradictorias:

“A partir de la interpretación del artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que la revocatoria de los autos interlocutorios ejecutoriados, de oficio o a petición de parte, no está prevista en el ordenamiento jurídico como fórmula procesal válida para que los jueces procedan a reformar lo decidido en estas providencias, ni siquiera en el término de ejecutoria de las mismas, lo cual no obra en perjuicio de las modificaciones que sean el resultado del trámite del ejercicio de los diferentes medios de impugnación.”⁸

No obstante, la misma Corporación en decisión anterior había indicado que:

“En aras de la seguridad procesal, la ley, en principio, no permite que los autos puedan modificarse de oficio. [...]. Esto se repite, en principio, pues, como lo ha sostenido la jurisprudencia, los autos manifiestamente ilegales no se ejecutarían realmente, porque se rompe la unidad del proceso.”⁹ (lo destacado no es del texto original).

Tampoco la Corte Suprema de Justicia se ha escapado de las incoherencias:

“[...] 2. En el derecho positivo colombiano, las nulidades procesales están

5 V. G.: Sentencia del 23 de marzo de 1981 (LXX, 2; LXXVII, 51 y XC 330) M. P. Dr. HUMBERTO MURCIA BALLÉN; Auto del 04 de febrero de 1981 dictado en el proceso abreviado suscitado por JUAN DE LA CRUZ ACEVEDO contra MAGNOLIA ROSA GÓMEZ –M. P. Dr. JOSÉ MARÍA ESGUERRA SAMPER; auto de la H. Corte Suprema de Justicia del 26 de febrero de 2008 dentro del proceso de JOSELINO PINZÓN MILLÁN Vs La Nación, Ministerio de Defensa Nacional y otros –M. P. Dra. ISaura VARGAS DÍAZ-; etc, etc, etc.

6 Ya se convirtió en un axioma judicial el que los *autos ilegales no atan al juez ni a las partes*.

7 Recuérdese que mediante sentencia C-491 de 1995 del M. P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL se declaró exequible la expresión *solamente* que el Art. 140 del Código de Procedimiento Civil señala antes de enlistar las causales de nulidad en los procesos civiles. Este *solamente* también fue reiterado en el Código General del Proceso (artículo 133).

8 Sentencia T-1274 de 2005 M. P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. En este mismo sentido, véase la sentencia T-591 de 2005.

9 Sentencia T-177 de 1995, M. P. Dr. JORGE ARANGO MEJÍA.

governadas por distintos principios, entre los cuales destácase el de la especificidad, según el cual no existen causales de nulidad por fuera de las consagradas en el artículo 140 ibidem, el cual sirve de soporte para rechazar las invocadas con apoyo en las teorías de la nulidad constitucional y del antiprocesalismo” (expediente 4376 – 31 de agosto de 1995- M. P. Dr. Nicolás Bechara Simancas).

En otro pronunciamiento, manifestó la Corte:

“ha dicho reiteradamente la Corte que los autos aun firmes no ligan al juzgador para proveer conforme a derecho, pudiendo apartarse de ellos cuando quiera que lo resuelto no se acomode a la estrictez del procedimiento. [...]” (auto del 04 de febrero de 1981 –énfasis agregado-).

Pero si las cabezas de las jurisdicciones no dan ejemplo, poco puede exigirse de los demás integrantes de la estructura judicial nacional, léase lo que indicó el Tribunal de Bogotá D. C. en auto del 21 de octubre de 1991, con ponencia de la M. P. Dra. Luz Magdalena Mojica Rodríguez, en Sala integrada con el Dr. Rodolfo Mora Mora y el Dr. Humberto A. Niño Ortega –Sala Civil-:

“Finalmente, debe anotarse que desde la reforma del Código de Procedimiento Civil en 1971, las nulidades sólo ocurren en los específicos casos señalados en el texto legal correspondiente, por lo cual no se debe recurrir a la posible violación de normas constitucionales para impetrar la declaratoria de nulidad.”.

No obstante, en la misma Sala de la citada Corporación mediante auto del 01 de marzo de 2006, con ponencia de la M. P. Dra. Consuelo Benítez Tobón, en Sala integrada con la Dra. Clara Beatriz Cortés de Aramburo y el Dr. Rodolfo Arciniegas Cuadro, se señaló:

“2. Siguiendo ese mismo orden de ideas, la conclusión siguiente sería la de que en este evento específico no tendría cabida, entonces, el recurso de apelación, sino fuera porque por vía jurisprudencial se ha entendido que el efecto último que conlleva la referida declaratoria de ilegalidad, es dejar sin valor una parte de la actuación y en tal sentido, entonces, se asimila a una nulidad que, por otra parte, sin ningún control, puede convertirse en llave indebida para echar por tierra actuaciones que tienen pleno soporte legal.

“Con todo, esa interpretación no puede reñir con la facultad que por vía jurisprudencial se ha conferido al juez para que subsane directamente un error protuberante bajo el supuesto de que los autos interlocutorios no atan, premisas que ha acogido sin dubitación la Corte Suprema de Justicia cuando ha reiterado que “los autos pronunciados con quebranto de normas legales no tiene fuerza de sentencia, ni virtud para constreñirla a ‘asumir una competencia (SIC) de que carece”, cometiendo así un nuevo error” (G. J. tomo CLV, pág. 232), y que “lo ilegal no ata a un funcionario judicial” (Sent. 24 mayo de 2001, entre otras).” Lo destacado es nuestro.

3. ¿Es deseable mantener y fortalecer el antiprocesalismo?

Este cuestionamiento no resulta fácil de responder, pues con algo de razón muchos críticos de esta institución jurídica de facto, pregonan que su implantación destruye el principio de preclusión judicial y consecuentemente lleva a la confusión,



incertidumbre e inseguridad jurídica de los procesos, socavando entre otros el derecho de defensa, pues la posibilidad incontrolada de que el juez pueda infirmar algunas de sus decisiones ejecutoriadas, impide que las partes y terceros tengan certeza de lo que ya se tramitó y quedó en firme.

Mientras que los amigos del antiprocesalismo, también con algo de razón, objetan diciendo que un error judicial no puede conllevar indefectiblemente a otros errores judiciales, de donde se impone la necesidad de esta clase de nulidad, porque no puede hacerse al juez ni a las partes rehenes de yerros procedimentales.

De manera descuidada podría pensarse que estamos frente al dilema de qué importa más: si la meta o el camino que a ella conduce, considerando la meta como la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustantiva y el camino, como la vía que lleva a la realización de la meta –el procedimiento procesal–.

No obstante, si se observa con visión panorámica, podemos darnos cuenta que no existe oposición entre ambas ideas; ya que no son antagónicas sino complementarias. Debe tenerse presente que aunque es cierto que el derecho procesal es un instrumento para la materialización del derecho sustancial y es precepto constitucional que en las actuaciones judiciales prevalezca este sobre cualquier otra consideración (artículo 228 de la C. Pol.), no es menos cierto, que podría resultar ilegítimo llegar al fin sin que importe cómo, entiéndase, el medio.

El medio, es decir, el derecho procesal; y el fin, esto es el derecho sustancial, deben coexistir armónicamente porque solo así puede el Estado proferir decisiones judiciales respetables y acatables por los intervinientes del proceso judicial, las cuales podrán tener la potencia para resolver definitivamente conflictos interpersonales impidiendo que el mismo se extienda más allá de los estrados judiciales o que deje resentida a una de las partes que peligrosamente puede identificar al Estado no como un árbitro que medió en su litigio sino como su verdugo.

4. ¿Tiene cabida el antiprocesalismo en los sistemas procesales orales o por audiencias?

Estimo que sí, porque en esencia el juez del proceso oral no es distinto del juez del procedimiento escritural, y por ello, se ve enfrentado a errores que solo podrían combatirse mediante la aplicación del antiprocesalismo.

La pregunta de si ¿sobrevivirá el antiprocesalismo a la oralidad pese a contraponerse a su fin principal que es la dispensación de una pronta justicia?, se responde por sí misma, ya que como se ha repetido, con el antiprocesalismo no se hace más que reconocer la falibilidad del juez, como ser humano que no puede dejar de ser y, de esta forma, se garantizan derechos fundamentales de los sujetos procesales que pueden verse afectados si se destierra del procedimiento esta posibilidad de enmienda procesal.

En este entendido, la respuesta a la pregunta de si el antiprocesalismo es una herramienta útil o más bien es un rezago del que deberíamos desprendernos sin miramiento alguno, surge incontestablemente que sí conviene conservarla. No solamente es bienvenido el antiprocesalismo, sino que, además, es urgente su



reglamentación.

5. ¿Cuál es la mejor opción?

Para terminar con la discusión de si debería aplicarse o no el antiprocesalismo, propugnamos por que esa figura se positivase, de forma que tenga una reglamentación, para de esa forma impedir que se caiga en discrecionalidades judiciales que muchas veces son peores que el defecto que pretenden corregir.

La fundamentación para querer que se eleve a categoría de norma el antiprocesalismo, son básicamente dos:

1) Aceptar que es imposible que la Ley pueda prever todas las situaciones defectuosas que pueden tener lugar en un proceso.

Porque si no se admite esta premisa indiscutible, estaríamos desconociendo una realidad que se vive a diario en los despachos y tribunales judiciales y, descartando una posibilidad de solución práctica que permite al juez, como supremo director de los procesos, maniobrar para corregir las equivocaciones sin que esté obligado a darle paso a más errores procesales por cuenta de haberse cometido el primero.

Piénsese por ejemplo en un proceso en el que el juez negó la intervención de un tercero que tiene derecho a participar en este, y que aquel tercero no hubiera recurrido la decisión; pues con la aplicación de la figura del antiprocesalismo, luego de estar en firme la negativa, bien podría el juez reconsiderar y dejar sin valor y efecto su anterior decisión, para abrirle paso a ese interviniente ya que de no hacerlo, habiendo advertido la anomalía, estaría quebrantando caros derechos fundamentales de quien solicitó reconocimiento para entrar al debate judicial.

2) No perder de vista que el Derecho es una ciencia viva que está en permanente mutación y, por ello, no puede ser ajeno a la ductilidad que pueden presentar los procesos. Máxime cuando en la práctica judicial está vista la necesidad de que exista la posibilidad de que ante defectos descomunales en el trámite de un proceso, estos puedan ser oficiosamente invalidados, desde la providencia que da génesis a la anormalidad advertida.

Lo dicho revela la importancia de que la institución del antiprocesalismo tenga una reglamentación, ya que en ausencia de esta los jueces han aplicado el antiprocesalismo, pero a su libre discreción, rayando algunas veces con arbitrariedades judiciales.

La norma que llegara a reconocer esta forma de nulidad en Colombia debería forzar a que la declaratoria de dejar sin valor y efecto se produzca teniendo en cuenta las siguientes situaciones, que a renglón seguido se proponen:

2.1. Que a petición de parte o de oficio, en todo tiempo antes de que se dicte sentencia, cualquier juez (colegiado o singular) que haya proferido una providencia contraria a Derecho y que la misma haya alterado o tenga la entidad como para alterar antijurídicamente el trámite de un proceso en curso pueda declarar la invalidez de aquella decisión.



2.2. Que no exista otro mecanismo jurídico con el que se pueda enmendar los efectos de la providencia susceptible de invalidación.

2.3. Que no se trate de una providencia con la que se concluya el proceso.

2.4. Que la providencia mediante la cual se deje sin valor y efecto sea susceptible del recurso de apelación; y en caso de que se esté en un proceso de única instancia, que la misma sea consultable ante el superior funcional del juez que la adoptó, en los casos en que así lo solicite una de las partes del proceso, dentro de los tres días siguientes a la notificación del proveído.

El artículo 132 del Código General del Proceso le impone a los jueces colombianos el deber legal de realizar un control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades procesales, pero no indica cómo debe actuar el juez ante situaciones de equivocaciones graves en el trámite del proceso que no estén contempladas como nulidad procesal, y ni siquiera cómo sanear las nulidades sí previstas en la Ley pero que no alegadas por los legitimados para ello. Es decir, el nuevo código adjetivo tomó el impulso pero llegado el momento de saltar resolvió quedarse estático en el piso.

Es importante que otros países en Latinoamérica ya han avanzado en el tema y con buenos resultados: Por ejemplo el antiprocesalismo se ha implantado en la legislación procesal penal de la República Bolivariana de Venezuela y en su Constitución Política, como acto sanatorio y de inmaculación procesal de las resoluciones o fallos que dicten los operadores de derecho en el ejercicio de la facultad jurisdiccional que conocen.

6. Conclusiones

El antiprocesalismo no debe ser mirado como una figura que licencia a los jueces para que sean arbitrarios ni que sirve para dar vía a un despotismo judicial. Es sabido que el capricho en las decisiones de los jueces carece de amparo legal y constitucional y que ante su presencia se ha dotado a los usuarios del servicio de la justicia de recursos, solo en el terreno jurisdiccional, de nulidades procesales y de la acción de tutela.

La insuficiencia de los remedios previstos para conjurar todos los eventuales vicios del proceso, hace surgir el antiprocesalismo como una herramienta poderosa la posibilidad de que los jueces puedan con sano criterio anular las actuaciones que groseramente contraríen la legalidad y que por su enorme entidad afecten derechos fundamentales de los intervinientes procesales.

La verdadera teleología de la declaratoria de sin valor y efecto, es preservar los derechos fundamentales y los intereses legítimos de las partes y terceros del proceso que se hayan visto quebrantados o amenazados por la comisión de un error corruscante que trastoque todo lo obrado en el proceso.

Pero como en derecho no existe nada ilimitado, también esta institución



merecer ser delineada a través de una regulación legal, ya que su aplicación en Colombia conforme el criterio de cada juez, también ha sido fuente de afectaciones de derechos de estirpe fundamental para los usuarios de la Justicia.

El antiprocesalismo puede ser una figura conveniente si su uso es racional y se somete a una regulación detallada en la ley.

Tal vez las anteriores ideas, puedan ser de recibo para la comunidad jurídica colombiana y latinoamericana, de quien depende zanjar la discusión de si debe o no permitirse el antiprocesalismo generalizado en estas latitudes.

La aplicación, hoy por hoy, del antiprocesalismo no debería ser motivo para exasperación de los puristas del derecho procedimental, ni de aquellos que propugnan por la realización de un derecho sustancial sin que importe mucho el derecho adjetivo, puesto que con la constitucionalización de esa ciencia jurídica, lo que hacen los jueces es simplemente velar porque dentro del trámite procesal que ellos dirigen no se dicten autos que incurran en desconocimientos directos de la normatividad, la convencionalidad, la constitucionalidad o de la jurisprudencia; lo que a nadie debería incomodar puesto que ello no es más que el ejercicio práctico de la salvaguarda de los derechos y garantías de los sujetos procesales.

La incorporación del antiprocesalismo en los cánones procesales conllevaría a que las partes fueran aún más vigilantes del decurso del proceso judicial. Y de paso se acabaría con el silencio cómplice de la parte que advierte el error judicial, pero que como es de su conveniencia nada dice, atentando así contra el principio de lealtad procesal.

Claro, al saberse que en cualquier momento procesal, que por ley se permitiera, pudiera el juez o la contraparte descubrir el yerro judicial y ponerlo sobre la mesa de discusión con miras a su declaratoria, los extremos procesales se constituirían en vigías proactivos del procedimiento, pues a nadie más que a estos les conviene evitar el desgaste jurídico, técnico y económico que conlleva una declaratoria de sin valor y efecto.

Con lo visto, se tiene que el antiprocesalismo puede llegar a ser una valiosa herramienta procesal, más allá de la rigidez y el conservadurismo tradicionales en el derecho ritual patrio, más allá de los vientos que soplan por reducirlo a su mínima expresión, en tiempos como los que cursan donde existe una marcada preocupación por la constitucionalización de todas las ramas del Derecho.

Lo anteriormente dicho sirve para hacer notar que la ciencia jurídica está viva y que respecto de sus más profundas honduras nadie tiene la última palabra, y mucho menos en aspectos como estos en los que se trata de reconocer la falibilidad de los jueces, pero también de ofrecer una solución a esta condición inherente de los seres humanos.



H.B.G.

Bibliografía utilizada

CANOSA TORRADO, Fernando. Las Nulidades en el derecho procesal civil. 3ª edición, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1998.

Jurisprudencia Corte Constitucional: Sentencia C-491 de 1995 del M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencias T-1274 de 2005 y T-591 de 2005 M. P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia T-177 de 1995, M. P. Dr. Jorge Arango Mejía.

Jurisprudencia y pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 23 de marzo de 1981 (LXX, 2; LXXVII, 51 y XC 330) M. P. Dr. Humberto Murcia Ballén; Auto del 04 de febrero de 1981 dictado en el proceso abreviado suscitado por Juan de la Cruz Acevedo contra Magnolia Rosa Gómez –M. P. Dr. José María Esguerra Samper; Auto de la Corte Suprema de Justicia del 26 de febrero de 2008 dentro del proceso de Joselino Pinzón Millán Vs La Nación, Min. de Defensa Nacional y otros –M. P. Dra. Isaura Vargas Díaz-; etc, etc.

Pronunciamientos del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá: Auto del 21 de octubre de 1991, con ponencia de la M. P. Dra. Luz Magdalena Mojica Rodríguez, en Sala integrada con el Dr. Rodolfo Mora Mora y el Dr. Humberto A. Niño Ortega –Sala Civil-:

Auto del 01 de marzo de 2006, con ponencia de la M. P. Dra. Consuelo Benítez Tobón, en Sala integrada con la Dra. Clara Beatriz Cortés de Aramburo y el Dr. Rodolfo Arciniegas Cuadro, se señaló:

ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. El proceso civil colombiano. 3ª edición. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Teoría constitucional del proceso. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1999.



EL ENTORNO DEL JUEZ

ELEMENTOS PARA UNA REFLEXIÓN

Marina Gascón Abellán
UCLM



Sumario.-

1. EL JUEZ Y EL ENTORNO. 2. ¿QUÉ JUEZ? LAS CONCEPCIONES. 2.1. Aún hay jueces en Berlín. Justicia independiente e imparcial. 2.2. El noble sueño, la pesadilla, la vigilia. 3. JUSTICIA INDEPENDIENTE (¿PERO DE QUÉ?). 4. LA APERTURA AL ENTORNO Y EL REDIMENSIONAMIENTO DEL JUEZ. 4.1. ¿Deben los jueces “hacer justicia”? El activismo judicial y el riesgo para el imperio de la ley. 4.2. Principio de constitucionalidad y centralidad del papel del juez.

1. PLANTEAMIENTO. EL JUEZ Y EL ENTORNO

Entorno es todo aquello que rodea al juez y que puede influir en sus decisiones. Es el contexto social, económico o político que rodea el caso, o su contexto laboral, o la opinión pública que se expresa a través de los medios de comunicación; pero lo es también el bagaje ideológico, valorativo o moral del propio juez que inevitablemente planea sobre sus decisiones.

Que el entorno del juez puede influir en las decisiones que adopta seguramente no requiera de mucha demostración. Pero ¿debe influir? ¿Hay razones para prestarle atención? ¿Puede o debe jugar algún papel en las decisiones judiciales? La respuesta a estas preguntas probablemente deba ser: “depende”. Depende de cómo concebamos la función judicial; de cómo pensemos el papel del juez en el sistema. Por eso responder cabalmente a estas preguntas requiere, primero, precisar cuál es la concepción de juez que manejamos y, después, examinar si ese modelo excluye por completo la atención al “entorno” en el desempeño de la función de juzgar o si, por el contrario, permite (o incluso exige) tomarlo en consideración. Finalmente merece también la pena hacer alguna una reflexión sobre las condiciones en las que el juez viene llamado a actuar en el escenario constitucional.

2. ¿QUÉ JUEZ? LAS CONCEPCIONES

2.1 Aún hay jueces en Berlín. Justicia independiente e imparcial

Cuenta la leyenda que una mañana Federico II de Prusia, molesto porque un molino cercano a su palacio afeaba el paisaje, envió a un edecán a que lo comprara para luego demolerlo. Al regresar el emisario real con la oferta rechazada, fue el propio rey quien se dirigió al molinero duplicando la oferta anterior. Y como este volvió a declinarla, Federico II se retiró airado advirtiéndole que si al finalizar el día no la aceptaba firmaría un decreto expropiando el molino sin compensación alguna. Al anochecer, el molinero se presentó en el palacio y el rey lo recibió, preguntándole si comprendía ya lo generoso de su oferta. Pero el molinero entregó a Federico II una orden judicial que prohibía a la Corona expropiar y demoler un molino solo por capricho personal. Funcionarios y cortesanos temblaban imaginando la furia que el rey desataría contra el molinero y el temerario magistrado. Sin embargo, ante el asombro de todos el rey dijo: “Compruebo con alborozo que aún hay jueces en Berlín”. Y se retiró satisfecho por el funcionamiento institucional de su reino.

En el mundo del derecho el “juez de Berlín” representa la independencia judicial, ese principio esencial de la jurisdicción que es condición del estado de derecho como modelo de estado enemigo de la arbitrariedad del poder. Independencia significa



decidir los casos atendiendo (sólo) a la ley, sin injerencias externas y sin tomar en cuenta otros elementos que los previstos en ella. Por eso independencia judicial y ajuste a la ley son dos caras de una misma moneda, y por eso el cumplimiento de la legalidad es la sustancia de la jurisdicción. Tal vez nadie lo describió mejor que Montesquieu: «Los jueces de la nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar su fuerza ni su rigor»¹. El principio de legalidad representa así no sólo la clave para la legitimación del sistema (el gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres) sino también para la propia legitimación de la jurisdicción: el único criterio que los jueces deben manejar al resolver los casos es la ley, dejando al margen otros criterios posibles y desde luego sus particulares convicciones políticas o morales y sus sentimientos e intereses personales.

2.2 El noble sueño, la pesadilla, la vigilia.

Seguramente la mejor representación de este ajuste del juez a la ley es la expresada por el positivismo jurídico formalista, que encuentra en la ley la expresión de autoridad y de racionalidad jurídica y que concibe la tarea judicial como puramente mecánica o aplicativa. Es la concepción del juez que responde a las representaciones canónicas de los juristas y la que se sigue enseñando en las facultades de derecho. Su origen se encuentra en la inédita pretensión, avanzada por los ilustrados y sus sucesores, de sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, una pretensión que suponía que la decisión de los conflictos ha de proceder de la ley, de manera que al juez sólo le corresponde leer en voz alta la decisión legal para el caso concreto. Por eso esta concepción se asienta en una tesis interpretativa objetivista o cognoscitivista: los textos legales tienen un significado objetivo, o expresan una voluntad unívoca y reconocible, e interpretar consiste justamente en conocerlo y declararlo. Y por eso encontró exitosa expresión en la figura retórica del juez autómatas que debe desempeñar una mera tarea silogística. En *De los delitos y de las penas* Beccaria lo recomendaba expresamente: “en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena¹. Por lo demás, al concebir la tarea judicial como silogística y la interpretación como una actividad declarativa, el formalismo degrada al juez al nivel de un autómatas al que, en consecuencia, no cabe exigir responsabilidad alguna. Es por consiguiente una concepción ideológica que legitima como neutral cualquier decisión judicial: si interpretar es una actividad cognoscitiva que responde a una técnica jurídica bien asentada, si no es una actividad valorativa o creativa sino simplemente aplicativa, es evidente que el juez es, como el científico, un sujeto que desempeña su labor sin proyectar en ella ideología, intereses o pasiones. El formalismo jurídico, si puede decirse así, presenta a un juez que adopta su decisión con total abstracción e independencia del entorno.

Pero ¿es posible abstraerse totalmente del entorno? ¿Es posible una decisión judicial ajena a toda influencia extra-legal? El antiformalismo, sobre todo el realismo jurídico norteamericano representado por la sociological jurisprudence, denuncia justamente esa pretensión formalista.

La reacción antiformalista llevada a cabo por el realismo jurídico supuso, en general, un reconocimiento del carácter valorativo y no mecánico de la actividad judicial, una “epidemia de sinceridad” donde los juristas confiesan lo que pasa realmente en las trastiendas de las salas de justicia². El realismo hace hincapié en la

1 C. Beccaria, *De los delitos y de las penas* (1764), edición bilingüe de P. Andrés Ibáñez, con Prefacio de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, capítulo IV.

2 Con estas significativas palabras se expresa L. Prieto, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987.

decisión judicial como elemento característico del Derecho³ y en el papel central que los motivos sociales, económicos, políticos, etc. juegan en ella. Frente al formalismo, su tesis sobre la interpretación responde a la idea de que los textos legales no tienen un significado propio u objetivo sino que padecen una radical indeterminación, e interpretarlos consiste justamente en atribuirles uno; pero esa atribución de significado está fuertemente influida por factores psicológicos, sociales, económicos, políticos y/o se resiente de las convicciones de los intérpretes. No es pues, primariamente, una actividad cognoscitiva u objetiva sino valorativa o decisional. En suma, la interpretación de la ley, y la subsiguiente decisión judicial que se apoya en ella, está siempre teñida de valoraciones o de subjetividad, o fuertemente influida por posiciones ideológicas o políticas; hasta las concepciones más radicales, como la de Jerome Frank, según el cual no es la razón jurídica lo que está detrás de la decisión sino las pasiones del juez. Para el realismo jurídico, si puede decirse así, la decisión judicial está fuertemente influida por el entorno.

En realidad ambas concepciones resultan insatisfactorias para dar cuenta de la actividad judicial, pues proporcionan imágenes alejadas de la realidad jurídica. La primera (la formalista) porque oculta o no hace explícita la influencia del entorno, y con ello el componente ideológico o subjetivo que a veces tiene la decisión judicial. De hecho -se sostiene- el juez no decide sino que declara el derecho, y de este modo queda liberado de cualquier responsabilidad y exonerado de la carga de justificar sus decisiones. La segunda (la realista) resulta insatisfactoria porque exagera la influencia del entorno y de este modo prescinde u oculta la normatividad del derecho. De hecho el juez aparece como alguien que ejerce un poder puramente potestativo y sin vínculos, por más que después enmascare ese poder bajo la pantalla de la motivación; e incluso llega a sostenerse que no hay más derecho que el pronunciado por el juez. Por eso, con significativa y eficaz metáfora, Hart contrapone al noble sueño de la ideología judicial del formalismo la pesadilla del antiformalismo más extremo⁴. Por lo demás, como afirma este autor, sostener que los jueces siempre “declaran” el derecho que aplican o, el punto de vista opuesto, que siempre “crean” derecho, es ofrecer sólo una visión extrema y exagerada de la decisión judicial: “la verdad, tal vez trivial, es que a veces hacen una cosa y a veces otra”⁵.

Asumiendo las enseñanzas del antiformalismo, el positivismo ha evolucionado hacia una concepción crítica con el modelo formalista original. Se trata de una concepción moderadamente realista y moderadamente formalista a la que, por contraposición al “noble sueño” del formalismo y a la “pesadilla” del antiformalismo radical, Hart califica como de vigilia. Las posiciones que se vinculan a esta concepción son variadas pero lo que tienen en común es que subrayan la indeterminación parcial del derecho y en consecuencia el componente discrecional de la decisión⁶: la decisión judicial viene parcialmente determinada por la ley y parcialmente creada por el juez. En definitiva, los jueces, para estas concepciones, no desarrollan siempre una labor

3 De ahí que el Derecho se defina –en la conocida expresión del juez Oliver Wendell Holmes- como “el conjunto de profecías acerca de lo que los jueces harán”, *The path of the law* (1987), reproducido en *The Bobbs-Merril law reprint series*, p. 461.

4 H.L.A. Hart, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream” (1977), en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 123 ss.

5 *Ibidem*.

6 Estas posiciones están bien representadas por la tesis de Hart de la “textura abierta” (*open texture*) del derecho, que pretende subrayar que los textos legales padecen una vaguedad congénita al lenguaje natural en que se expresan. Por eso, junto a la zona de certeza donde no existen dudas y la decisión puede concebirse como “declarativa”, presentan también una zona de penumbra en la que resulta dudoso si el caso es subsumible en la norma y la decisión resulta inevitablemente discrecional, H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, 2ªed., Méjico, Ed.Nacional,1980, cap.VII.



descubridora o declarativa de normas previas sino que, con mucha frecuencia, ejercen discreción judicial; pero tampoco se comportan como legisladores –ni siquiera ante los casos más difíciles e indeterminados- sino que obtienen del derecho las pautas fundamentales para adoptar sus decisiones.

Lo anterior significa que la vinculación a la ley, que es el alma de la ideología formalista-legalista, sigue siendo el incuestionable principio rector de la función judicial en los planteamientos críticos con esa ideología, como el representado por la tesis hartiana de la vigilia. Dicha tesis, en efecto, no impugna ni es incompatible con el principio de legalidad. Tan sólo pone de relieve que si el juez no es el desbocado creador de derecho que el realismo dibuja, tampoco es el autómatas que la ideología formalista quiere presentar. La ley deja espacios de indeterminación que el juez debe colmar con decisiones discrecionales, y en los espacios de indeterminación que la ley deja resulta relativamente sencillo para el juez dar entrada al “entorno”. De hecho, el tremendo desarrollo experimentado en las últimas décadas por las teorías de la argumentación se explica por el decidido empeño en evitar que la discrecionalidad judicial sea una ocasión para la actuación irracional o arbitraria. Y es que si el juez ya no es “la boca que pronuncia las palabras de la ley” sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es sin embargo un ejercicio arbitrario⁷. El desarrollo de las teorías de la argumentación, en definitiva, pone de relieve que el compromiso con el principio de legalidad (y la independencia judicial que es su otra cara) sigue estando plenamente vigente.

3. JUSTICIA INDEPENDIENTE (¿PERO DE QUÉ?)

Ahora bien, si incluso en las concepciones de la función judicial críticas con el formalismo sigue plenamente vigente el principio de legalidad, tiene sentido preguntarse si éste excluye por completo atender al entorno o si, por el contrario, es conveniente (o incluso exigido) prestarle alguna atención. Pero antes de seguir adelante se impone una observación.

(...) de presiones

Cuando nos preguntamos por el papel que corresponde al entorno en la decisión del juez podemos estar haciendo referencia a cosas muy diferentes y que no merecen la misma consideración. El entorno puede estar conformado por elementos externos al juzgador que presionan sobre sus decisiones y que suponen claramente un riesgo para la independencia e imparcialidad del juicio. Y no se trata sólo de las presiones “directas” sobre el juez sino también de aquellas otras que se ejercen “indirectamente”, de manera más sutil y difusa pero igualmente eficaz. Por ejemplo, las opiniones que otros jueces y tribunales puedan tener sobre sus decisiones y el impacto que de ello se derive para su carrera profesional. O la “opinión pública” que se expresa a través de los “medios de comunicación”, que es en esto paradigmática.

La influencia de los medios de comunicación, en efecto, puede expresarse mediante la presión directa sobre el juez; pero también mediante la creación de un estado de opinión pública que podría influir sobre su decisión. Especial importancia tienen en este sentido los llamados “juicios paralelos”, que pueden tener un efecto nocivo en la imparcialidad del órgano judicial creando un prejuicio sobre la inocencia o culpabilidad del acusado. Por lo demás, tampoco puede desconocerse que los

7 Las teorías de la argumentación jurídica actual han conocido su desarrollo más depurado a partir de las obras de R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, y de N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, aparecidas ambas en 1978.

juicios paralelos, y en general esa influencia nociva del “entorno”, viene a veces alimentada por el dudoso comportamiento legal y ético de las personas implicadas en los hechos sometidos a las investigaciones judiciales. La revelación de secretos del sumario y filtración de noticias judiciales alimentan esa presión de los medios de comunicación, que, convertidos en fiscal o en abogado defensor, pretenden dictarle al juez la sentencia⁸. Seguramente los jueces no deben cerrarse al sentir de la opinión pública, pues ésta expresa los valores sociales dominantes, pero lo que sin duda no pueden hacer es inclinar la decisión del lado de los reclamos de grupos o personas que, aprovechando su acceso a los medios de comunicación, pretenden influir en la balanza de la justicia.

(...) de personales convicciones y de pasiones

El entorno, por otra parte, está también formado por factores internos vinculados a las convicciones ideológicas o morales del juez o a elementos puramente emotivos que, dependiendo de los casos, podrían influir poderosamente en su decisión. En este punto nada diferencia a los jueces del resto de los mortales. Este segundo grupo de factores son también claramente incompatibles con el principio de legalidad, que es la medida de la independencia y legitimidad del juez. Una sentencia basada en los prejuicios morales o religiosos del juez, en su ideario político o en sus pasiones, o sea una sentencia que impone la decisión que resultaría de aplicar la ley que él habría dictado de haber tenido la posibilidad de hacerlo, es el paradigma de una sentencia arbitraria⁹. Por eso sigue resultando valiosa la afirmación del juez Frankfurter: “Nunca se insistirá bastante en esta idea: cuando se ejercen funciones jurisdiccionales se deben dejar aparte las propias opiniones sobre las virtudes o los vicios de una determinada ley. La única cosa que debe tomarse en consideración es si el legislador pudo razonablemente dictar tal ley”¹⁰. Los jueces –en pocas palabras– deben ser independientes de sí mismos¹¹.

Pero el entorno –ya se dijo– también está conformado por otra serie de elementos también externos al juzgador (las circunstancias sociales, económicas o políticas que rodean los casos) que eventualmente pueden “impulsar” o “sugerir” una decisión en un sentido o en otro sin que ello venga claramente predeterminado por la ley. Si los jueces deben ser independientes de sí mismos y frente a las presiones ajenas, no cabe decir claramente lo mismo de estos otros factores externos que



8 Sobre el problema de los juicios paralelos en el proceso penal vid. por ejemplo, J. Hernández, “Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos”, en *Problemas actuales de la justicia penal*, (J. Picó i Junoy coord.), Barcelona, Bosch, 2001.

9 De hecho nadie legitima la atención a estos factores. Excepto algún antiformalismo extremo, como el representado por la *Escuela de Derecho Libre*. La tesis central de este movimiento abanderado por Hermann Kantorowicz es que junto al derecho estatal existe un derecho libre procedente de las opiniones de los juristas y de la sociedad que debe prevalecer sobre el primero en caso de conflicto. El juez –afirma este jurista– “dictará la sentencia que, según su convicción, el actual poder del Estado habría decretado si hubiese pensado en el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formarse tamaña convicción, se inspirará en el derecho libre. Finalmente, en casos desesperadamente complicados o dudosos, el juez debe resolver arbitrariamente”. G. Kantorowicz, *La lucha por la ciencia del derecho* (1906), trad. de W. Goldschmidt, en AA.VV. *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949.

10 El pasaje corresponde al voto disidente del juez Félix Frankfurter en la sentencia del caso *Barnette*. Puede consultarse éste y otros fragmentos de la sentencia en M. Beltrán de Felipe y J. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC-BOE, 2005, pp. 255-262.

11 Esta es la significativa expresión que usa G. Zagrebelsky, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2008.

conforman el entorno. La consideración de las consecuencias que se derivarán de una decisión, o la atención a las circunstancias concretas que rodean el caso, o la satisfacción de los intereses y las necesidades de la vida social, o la atención a las exigencias de justicia son factores cuya incidencia en la decisión judicial ha sido defendida por planteamientos de corte antiformalista y sobre los que merece la pena discutir. Retomamos entonces la pregunta formulada más arriba. La independencia judicial, el ajuste estricto a la ley, ¿significa que el juez debe actuar con total abstracción (o con independencia) del entorno que subyace al conflicto? ¿Quiebra la independencia la atención del juez a ese entorno?

4. LA APERTURA AL ENTORNO Y EL REDIMENSIONAMIENTO DEL JUEZ

La apertura al entorno y el subsiguiente redimensionamiento de la función del juez se encuentra en planteamientos de signo muy diferente, desde las posiciones que promueven abiertamente el activismo judicial hasta las que, sin promover el activismo, destacan la inevitable centralidad del papel del juez exigida por la defensa de la constitución.

4.1. ¿Deben los jueces “hacer justicia”? El activismo judicial y el riesgo para el imperio de la ley

Una de las expresiones más características y radicales de la “atención al entorno” es la que tiene lugar cuando los jueces, a golpe de sentencia, pretenden hacer justicia al margen de la ley. Esta es una deriva que casi todos los ordenamientos, con mayor o menor acento, han conocido y que a veces se ve alimentada por el reclamo de ciertos grupos sociales para que los jueces actúen así y por su aplauso cuando ya lo han hecho. Por supuesto la “demanda social de justicia” puede obedecer a motivos de tipo muy diverso (al especial dramatismo que las particularidades de un caso comporta; al sentimiento de injusticia generalizada de una ley, especialmente sentida en épocas de penurias económicas) y puede manifestarse de formas muy diferentes (medios de comunicación, manifestaciones ciudadanas o simplemente el reclamo de los propios interesados). Pero la cuestión es si esa demanda de justicia a los jueces, en lo que significa de expresión de un sentimiento social de injusticia de la ley, es en sí misma suficiente para legitimar una sentencia contra-*legem*. Por lo demás, el problema que plantea el juez que pretende hacer justicia “en respuesta a una demanda social” tal vez no sea muy distinto del que plantea el juez que resuelve contra-*legem* simplemente porque le parece que esa es la respuesta correcta según su sentido de la justicia, pues los límites entre ambos tipos de actuación judicial son un tanto borrosos. En ambos casos el juez habrá hecho lo mismo. Simplemente habrá impuesto la opción que estima correcta por encima de la del legislador. Y esto es lo relevante.

La legitimación de las sentencias contra-*legem* ha contado con defensas teóricas de muy diverso tipo. Ha sido por ejemplo tradicionalmente defendida desde planteamientos de corte antiformalista, como el mantenido por el segundo Ihering y su concepción del Derecho (y de la decisión judicial) como garantía de los intereses de la sociedad; o los más radicales de la Escuela de Derecho libre y la Jurisprudencia de Intereses, que sostiene, igual que Ihering, que la decisión judicial debe encaminarse a satisfacer los intereses y las necesidades de la vida social; o los más cercanos de los Critical Legal Studies en el ámbito estadounidense y el Uso Alternativo del Derecho en el ámbito europeo, que a partir de una visión marxista del derecho para la que éste representa una cobertura ideológica al servicio de las clases dominantes, justifica un activismo judicial dirigido a corregir las injusticias estructurales que el derecho establece¹². Y de parecido tenor son las posiciones de quienes, asumiendo

12 Sobre los CLS remito a J. A. Pérez Lledó, *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996,

como regla general que los jueces no deben tener un compromiso político, admiten a reglón seguido que tal compromiso puede y debe darse si el contexto social o político lo demanda, por ejemplo “en una dictadura, como modo de refrenar o de atemperar los instintos absolutistas del gobernante, o en una democracia recién salida de una dictadura que ha logrado crear hábitos antidemocráticos en la ciudadanía y en el modo de comportarse los poderes públicos, o también —incluso— en una democracia saneada pero con inercias antidemocráticas todavía en circulación. En fin, en no pocos casos”¹³.

Las decisiones judiciales “proactivas” que eluden o “circunvalan” la ley con el objetivo de hacer justicia chocan con el principio democrático que traba la legitimidad política del sistema y merecen en este sentido una censura. Porque en efecto, ante decisiones de este tipo, es totalmente legítimo preguntarse quién es ese juez o tribunal para hacer prevalecer su entendimiento de lo que es justo o socialmente mejor o más adecuado por encima de la opción política expresada en la ley. Naturalmente hay casos excepcionales o circunstancias históricas en las que la solución provista por las leyes es de radical injusticia. Y de hecho, no sólo desde posiciones marxistas sino también desde postulados teóricos de corte iusnaturalista se ha podido defender que la injusticia extrema invalida la ley y faculta al juez para resolver en justicia. Recordemos que en esta línea se inscribe la famosa tesis defendida por Radbruch en referencia al derecho de la Alemania nacional socialista que ha sido seguida en algunas ocasiones por los tribunales alemanes¹⁴. Pero si dejamos a un lado estos casos de “injusticia extrema” tiene sentido preguntarse quiénes son los jueces para “superar” por vía judicial los desajustes de la legislación ¿No es el legislador quien debería tomar cartas en el asunto? Y si no lo hace, ¿no hemos de suponer que es porque no quiere hacerlo? Y si el legislador no actúa, ¿no habrá que resolver el conflicto en la arena política?

Sin embargo la cuestión planteada está lejos de tener una respuesta sencilla y pone sobre la agenda de reflexiones la necesidad de responder a una pregunta: ¿cuál es el sentido de la jurisdicción? ¿Cuál es el papel y la función de la jurisdicción frente a la ley en un sistema constitucional? ¿Son (o deben ser) los jueces meros ejecutores de la ley, actores secundarios en una trama en la que el papel protagonista, y casi único, corresponde al legislador? ¿O son por el contrario actores principales en la actuación de la constitución, con facultades más o menos flexibles para dar respuesta a los problemas sociales? Si estas preguntas tienen sentido es porque —más allá de lances activistas- la apertura al entorno (y el consiguiente debilitamiento del principio de legalidad que supone) es en muchos casos consecuencia de (o viene facilitada por) el principio de constitucionalidad, que obliga a los jueces a tener presentes las exigencias de la constitución en presencia de los casos concretos.

4.2. Principio de constitucionalidad y centralidad del papel del juez.

Las tensiones entre la legislación y la jurisdicción seguramente han sido una constante en todos los sistemas pero el estado constitucional las ha colocado en el eje del debate. El Estado Constitucional, en efecto, dibuja un nuevo escenario caracterizado por una doble vinculación del juez: a la ley, pero también (y antes que nada) a la constitución. De una parte tiene que aplicar la ley, y para ello debe interpretarla; pero de otra viene también llamado a hacer valer la constitución, lo

p. 168. Y sobre el UAD vid. P. Barcellona (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1973, dos volúmenes.

13 J. L. Brey Blanco, “Los jueces y la política”, *Foro, Nueva Época*, núm. 00/2004, p. 63.

14 Cfr. sobre el particular, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro en Berlín”, *DOXA*, 23 (2000).



que significa que la interpretación de la ley debe hacerse de conformidad con ella. El principio de interpretación conforme resume esta doble vinculación del juez que pertenece a la “lógica” de la jurisdicción en un sistema donde la constitución tiene fuerza normativa. Ahora bien, cuando los preceptos de la constitución están altamente formalizados ese ajuste de la ley a la constitución es relativamente “fácil” y el margen de decisión del juzgador se estrecha; pero cuando no lo están, cuando el contenido de las normas constitucionales relevantes en el caso es más o menos indeterminado, el poder de decisión del juez se ensancha. A veces tanto, que pareciera que el juez está abocado irremediabilmente a convertirse en un sujeto político□.

La tensión aludida se expresa sobre todo cuando se plantea un conflicto entre derechos o principios constitucionales que propician soluciones distintas para el caso que se juzga: por ejemplo entre la libertad personal y la seguridad pública; o entre el derecho de manifestación y el orden público; o entre la estabilidad económica y la libertad de empresa; o entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación; o entre la vida y la libertad del titular de la misma, etc. El conflicto, en estos casos, no puede resolverse considerando que una de las normas prevalece siempre y en todo caso sobre la otra, pues la constitución no establece un sistema de prioridades o excepciones absolutas entre ellas. Es más, podría decirse que todas gozan, por así decirlo, de una misma “dignidad constitucional” y que, por consiguiente, ninguna puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de las demás. Por eso la solución a estos conflictos pasa por construir, por vía interpretativa, una regla que otorgue preferencia a uno de los principios enfrentados en el supuesto concreto.

El juicio que articula esa preferencia es lo que se ha denominado, en terminología ampliamente asentada en el constitucionalismo actual, ponderación o juicio de proporcionalidad, una estructura argumentativa que expresa las exigencias de proporcionalidad que han de cumplir las medidas o decisiones que, protegiendo un principio o derecho, suponen el sacrificio de otro. No voy a detenerme aquí en el análisis de este juicio pero sí interesa recordar que, en lo esencial, supone <<decidir si la importancia de las razones para proteger un principio o derecho justifica o compensa la intensidad de la afectación de otro principio o derecho>>. Y repárese: el juicio de proporcionalidad implica evaluar la importancia de proteger un principio, la intensidad con que ha sido afectado otro principio y decidir si una cosa compensa la otra. En todas esas consideraciones hay juicios de valor. Por eso la ponderación estimula la argumentación moral, o en todo caso un tipo de argumentación abierta a las valoraciones. Y por eso no es la expresión de un juicio objetivo e inobjetable. La ponderación es una poderosa herramienta argumentativa, y es mejor (o más racional) ajustarse a ella que no ajustarse a ella; aunque sólo sea porque en un ámbito de respuesta tan indeterminada un juicio de proporcionalidad riguroso y transparente es un elemento de control de la arbitrariedad. Pero no cancela la valoratividad o subjetividad del juicio de fondo: personas perfectamente razonables pueden discrepar sobre su resultado¹⁵. Más aún si lo que está en juego son asuntos de fuerte carga ideológica donde se confrontan concepciones valorativas o morales muy alejadas u opuestas.

En todo caso el problema no reside tanto en la componente inevitablemente subjetiva o valorativa que tiene la ponderación de principios constitucionales, cuanto en el riesgo de que los jueces hagan un uso indebido de este recurso argumental. Un riesgo que viene propiciado por la alta densidad material de la constitución y por su normatividad, y que reside en la (relativamente) fácil “principalización” o “constitucionalización” de los casos: las reglas legales aplicables pueden ser convertidas en principios y entonces, a través de la ponderación, excepcionadas para el caso concreto por otro principio.

15 He argumentado en detalle sobre el particular en M. Gascón (coord.), *Argumentación Jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.



Porque, en efecto, para los jueces ordinarios la ponderación debería ser algo excepcional. En primer lugar porque en la mayoría de casos que pueden considerarse como un genuino conflicto de principios (cuando no existe una regla legislativa relevante o la que existe es notablemente abierta o indeterminada: por ejemplo los casos de injurias) el juez constitucional ya ha ponderado y ha construido casos paradigmáticos; es decir, ha construido una regla que indica en qué condiciones un principio precede a otro en ese supuesto de conflicto, y lo que el juez ordinario debe hacer es ajustarse a ella. En segundo lugar porque cuando existe una regla legislativa que indica con cierta precisión qué debe, o no debe, o puede hacerse en determinadas condiciones, no hay mucho que ponderar. Mejor dicho, el legislador ya lo hizo y proporcionó una regla que el juez debe ahora seguir. Sin embargo no es imposible que estos casos, que en principio sólo deberían tener relevancia legal porque existe una ley que los regula, puedan ser “constitucionalizados” o “principializados” por los jueces y decididos mediante la ponderación, ofreciendo al final una solución normativa distinta a la que ofrece la regla legal.

La constitucionalización o principialización de un caso para el que existe una regla legal tiene lugar cuando se confronta el principio constitucional que avala la conducta que se juzga con el principio o derecho constitucional amparado por esa regla. En las constituciones de nuestro tiempo es relativamente fácil vincular una regla legal a un principio o derecho constitucional: casi siempre habrá alguno. Por tanto (casi) cualquier caso puede potencialmente presentarse como un conflicto de principios: basta con poner de relieve el principio o bien constitucional que hay detrás de la regla aplicable y confrontarlo con otro principio constitucional que juega en sentido contrario. Pero obsérvese que, en cuanto conflicto de principios, el caso ha de ser resuelto mediante la ponderación de los principios en juego, y si el resultado de esa ponderación es una resolución que da prevalencia al principio constitucional esgrimido frente al principio que justifica la regla legal, se habrá excepcionado esa regla en el caso concreto; por así decirlo, habremos ascendido desde la regla hasta el principio que la fundamenta para después, mediante un juicio de ponderación, inaplicarla. Por eso la principialización de los casos puede ser un medio para excluir la aplicación de la ley en el caso concreto. Y por eso esta principialización tiene lugar sobre todo cuando la estricta aplicación de la regla, sin atender a las particulares circunstancias del caso, conduce a resultados que son sentidos por el juez como gravemente insatisfactorios, injustos o lesivos de algún otro bien o valor constitucional¹⁶.

Lo que acaba de decirse pone de relieve que la influencia del entorno en las decisiones judiciales se ve facilitada en presencia de constituciones fuertemente materiales, donde resulta relativamente sencillo para el juez “atender a las exigencias de los casos” por el fácil expediente de “principializarlos”, primero, y de derogar la ley mediante la ponderación de los principios en juego, después.

“Las exigencias de los casos –dice G. Zagrebelsky- cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida”¹⁷

Ahora bien, la constitucionalización o principialización de los casos es expresiva de un cierto activismo judicial. No se trata (o no necesariamente) del activismo judicial preconizado por las posiciones que dan carta de naturaleza a la transformación de la magistratura en sujeto político (como las mencionadas de

16 *Ibidem*.

17 G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia* (1992), trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 134.



los Critical Legal Studies o el Uso Alternativo del Derecho). Pero en todo caso es evidente que se trata de soluciones “judicialistas” que rozan, si no sobrepasan, los límites del principio de legalidad. Podrá decirse desde luego que tales actuaciones son muchas veces consecuencia de una mala legislación, que empuja al juez a llenar, con y desde la constitución, los márgenes de indeterminación que la ley deja¹⁸; o que son sencillamente consecuencia lógica del principio de constitucionalidad, que obliga a los jueces a tener presentes, junto a las razones de la ley, las exigencias de la constitución en los casos concretos. Pero por una razón o por otra lo cierto es que en la práctica suponen un debilitamiento del principio de legalidad. Eso no significa que este tipo de actuaciones resulten siempre reprobables, pues no cabe duda que un cierto incremento del activismo judicial puede estar justificado; es más, resulta indispensable si se quiere realizar de modo efectivo el principio de constitucionalidad y la defensa de los derechos al margen y por encima de la decisión parlamentaria¹⁹. Pero tampoco cabe duda que ese activismo puede desembocar en un modelo decisionista cuyos riesgos son evidentes.



18 Precisamente por eso, L. Ferrajoli, que lleva a cabo en *Principio Iuris* una articulada defensa del Juez como un operador que *debe constatar* y raramente valorar o decidir, formula una *denuncia* y plantea una *exigencia al legislador*: los márgenes de irracionalidad y con ello de ilegitimidad de la acción judicial son, en muchos casos, consecuencia de una mala legislación; una legislación clara, coherente y precisa estrecha los márgenes de discrecionalidad judicial y permite mantener la interpretación en sus estrictos términos de actividad de constatación. La teoría jurídica de *Principia Iuris* exige, si puede decirse así, a cada uno lo suyo: al Juez, ejercer un poder cognitivo y de mera constatación (un no poder); al Legislador, hacer que eso sea viable mediante una legislación que reduzca al mínimo la discrecionalidad y valoración judicial.

19 Lisa Hilbink –a través de un estudio sociológico-institucional del caso de Chile en dictadura y democracia (*Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons From Chile*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007; ahora en *Jueces y política en democracia y dictadura: lecciones desde Chile*, Flacso)- concluye que cuando el Poder Judicial se ancla en el ideal de apoliticismo produce jueces poco dispuestos a defender los derechos fundamentales y el Estado de Derecho.

DERECHOS SOCIALES Y LIBRE COMERCIO- OIT VERSUS OMC

Thereza Christina Nahas¹



Resumen: el estudio tiene por objetivo reflexionar sobre las actividades de la OMC y de la OIT y intentar demostrar la necesidad de romper el campo de tensión entre la busca por la prevalencia del capital sobre las cuestiones sociales y laborales. Para la integración económica entre los países y la formación de los bloques hay que tener en cuenta la necesidad de incrementar el nivel de vida, la mejoría de las condiciones de trabajo y la generación de nuevas oportunidades con la inclusión social y de toda la gente que tiene el derecho fundamental a una vida digna.

Palabras-clave: OMC-OIT-integración económica y globalización- acuerdos comerciales internacionales y pactos económicos – desigualdad.

Summary: The study aims to reflect on the activities of the WTO and the ILO and try to demonstrate the need for the field of tension between the search for the prevalence of capital over social and labor issues break. Economic integration between the countries and the formation of the blocks must take into account the need for the standard of living is increasing, improvement of working conditions and generating new opportunities with social inclusion and all the people who you have the fundamental right to a decent life.

Key-words: WTO-ILO - economic integration and globalization, international trade agreements and economic pacts - inequality.

1. Consideraciones generales sobre la OMC

Analizando el contexto de las discusiones sobre el impacto de la globalización en las relaciones laborales hay que fijarse sobre un tema que suele ser una posibilidad de un control eficiente sobre la tutela de los derechos de los trabajadores. Este estudio estará centrado en la posibilidad de inserción de la cláusula social en los contratos de comercio internacionales en el ámbito de la OMC.

Ya se sabe que la liberalización comercial es uno de los principales trazos de la globalización económica y constituye su engranaje más importante que cogió un movimiento más allá de los simples acuerdos comerciales regionales o locales para alcanzar un espacio territorial cada día mayor.

Así en 1947 se adoptó el acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT – General Agreement on Tariffs and Trade). Este acuerdo representa un ajuste entre los países que participaran de las negociaciones en las cuales estuvieran 23 países que tenían por objetivo estrechar relaciones comerciales y liberar el comercio a través de la creación de acuerdos multilaterales, bilaterales y/o regionales, donde se podría establecer zonas del comercio libre y uniones aduaneras por la eliminación o reducción de los aranceles y tarifas aduanera. Hay que observar que este acuerdo se firmó tras el final de la Segunda Guerra Mundial y que coincide con la fecha que nació la Comunidad Europea. Representaba un acuerdo sin mayores organizaciones administrativas que tenía por finalidad contribuir al crecimiento mundial por medio del reglamento de la economía global. El GATT es un sistema de reglas establecidos entre los países y no se confunde con la OMC que es un organismo internacional, con personalidad jurídica propia, creado en 1994 tras

¹ Jueza del Trabajo en Sao Paulo- TRT/2 (Brasil); Doctora en Derecho del Trabajo por la PUC/SP y Doctora pela Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad Castilla-La Mancha; Profesora; currículo completo en <http://lattes.cnpq.br/2361402097260893>.



la ronda de Uruguay y las discusiones que se seguirán al GATT para la organización del comercio mundial. El trabajo de la OMC proviene de las negociaciones entre sus miembros y los acuerdos constituyen su núcleo.

La OMC tiene un propósito primordial que es de contribuir para la libertad comercial y para asegurar que no produzca efectos indeseables, de modo que establece principios que constituye la base del sistema multilateral de comercio, que son²:

No discriminación - no puede haber discriminación entre los productos y servicios, o nacionales de los países y sus interlocutores;

Apertura - disminución de obstáculos para fomentar el comercio que puede consistir, entre otras medidas, en derechos de la aduana y quitación o disminución de aranceles:

Previsibilidad y transparencia – las empresas, los inversores y los gobiernos deben asegurar que toda la gente, los países, los inversores y las empresas, conozcan cuáles son las normas que rigen el comercio y los gobiernos, garantizando que se pueda desfrutar de las ventajas de competencia saludable y justa.

Mayor competitividad – desalentar las prácticas desleales, el dumping de productos, permitiendo a mayor participación en el comercio mundial

Mayores ventajas para los países en desarrollo – más de 3/4 de los miembros de la OMC son países en desarrollo y, considerando el objetivo de libertad de mercado, hay que se admitir que tenga privilegios y flexibilidad de normas para que puedan competir en igualdad de condiciones con los países desarrollados

Protección del medio ambiente – se permite que los miembros utilicen medidas de protección al medio ambiente y a la salud pública y de los animales. Todavía no se puede utilizar esta regla para encubrir políticas proteccionistas.

Como se ve, no están entre los objetivos de la OMC cuestiones relacionadas al mantenimiento del trabajo decente o de la organización y tutela de la relación de trabajo o de los trabajadores, justo porque la OMC está pensada en garantizar y organizar la mayor libertad posible del comercio y, aunque esto se refleja en las relaciones de trabajo, este tema no se inserta dentro de su visión y de los objetivos que busca realizar que es la regulación del comercio internacional. La materia de la cláusula laboral o social en el sistema del comercio internacional se quedó excluida de los objetivos de la OMC³.

El tema de las relaciones de trabajo se sujeta a los contenidos de la OIT fundada entre 1919 con la finalidad de salvaguardar estándares mínimos de la vida de los trabajadores. Como recuerda John D. French, “con el debilitamiento del «impulso hacia el internacionalismo obrero más allá de las fronteras» de la época de preguerra, los movimientos obreros socialdemócratas adoptaron un nuevo enfoque basado en el establecimiento de «una nueva organización laboral internacional y tripartita [que] en nombre de la justicia social y de la paz ... [iniciaría] un proceso de armonización en los países capitalistas avanzados, que haría posible que el Estado-nación individual se embarcara en una legislación laboral y políticas sociales sin socavar la fuerza competitiva de diversos capitales nacionales en su producción para el mercado mundial»⁴. La OIT se queda con la función de monitorear el cumplimiento de las normativas negociadas en su ámbito sobre los derechos de los trabajadores.

Hasta los 70 no se tenía la dimensión internacional del comercio y, según

2 OMC - Informe Anual 2015, disponible en www.wto.org, en mayo de 2016.

3 Conforme la Declaración Ministerial de Singapur de 1996, disponible en https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/wtodec_s.htm, acceso en junio de 2016

4 D. FRENCH, John, *Comercio y Trabajo en el Mundo. Hacia la cláusula social. Nueva Sociedad*, Nro. 148 – Marzo-Abril 1997, pp. 142-157



el informe del Banco Mundial, esto solo empezó a ser un motivo de preocupación y regulación más fuerte, incluso por las normas de la OIT, porque 80% de las exportaciones de los productos primarios se originaban de los países en desarrollo y la mano de obra de los países en desarrollo y recientemente industrializados empezaban a competir con la mano de obra de los países más desarrollados e industrializados⁵. Este informe del Banco Mundial es publicado en lo mismo año que nace la OMC, llamando la atención de los Estados que deban adoptar políticas internas favorables al comercio internacional consistente en:

- Adoptar pautas de crecimiento con orientación de mercado que generen un rápido aumento de la demanda de mano de obra y permitan reforzar la capacitación de los trabajadores y aumentar la productividad
- Aprovechar las nuevas oportunidades que surjan a nivel internacional permitiendo el acceso a sus mercados y atrayendo capitales y, al mismo tiempo, hacer frente a las perturbaciones resultantes de los cambios que se producen en el plano internacional
- Establecer, para la política laboral, un marco que complemente los mercados de trabajo en el sector informal y en las zonas rurales, facilite las negociaciones colectivas en el sector formal, proteja a los grupos vulnerables y evite favorecer a los trabajadores cuya situación económica es relativamente buena, y
- En los que se encuentren en una etapa de transición hacia modelos de desarrollo más abiertos al exterior y más basados en los principios del mercado, procurar que esa transición sea lo más rápida posible y no entrañe costos excesivos o permanentes para los trabajadores.

Es con la multiplicación de los acuerdos negociales a nivel mundial y con la expansión del comercio de Norte al Sur impulsados pela tecnología y las nuevas dimensiones de la globalización, es que el tema de la dimensión social de los contratos económicos se torna un tema contemporáneo y se presenta como una de las posibles soluciones para evitarse la explotación de la mano de obra, impedir el dumping social y intentar establecer una simetría mundial para los estándares mínimos de los derechos de los trabajadores.

No se puede dejar de reconocer que el comercio internacional tuvo una fuerte contribución para el desarrollo de las relaciones de trabajo en todos los países y que la protección a los derechos de los trabajadores se dio de fuera para dentro, o sea, de la tutela internacional hasta la nacional, lo que parecería coherente y justificado que las reglas de comercio internacional, debían venir acompañadas de la protección laboral internacional. Todavía, no es así que se presenta la cuestión. En la conferencia ministerial de Singapur de 1996, la primera ordinaria bienal realizada después de la creación de la OMC, fue deliberado que, sin embargo se apoyaba las acciones de la OIT, pero se rechazaba la utilización de esas normas en los convenios en el ámbito de la OMC, cuyo interés es las característica de los productos y no los procesos de producción.

2. OIT y los derechos

La OIT es una institución mundial responsable por elaborar y supervisar las normas internacionales que tutelan las relaciones de trabajo. Lo que provocó su creación fueran la guerra y la revolución, pues una de las características del siglo

5 Informe del Banco Mundial – *El mundo del Trabajo en Una Economía Integrada*, disponible en http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSPContentServer/WDSP/IB/2012/05/08/000406484_20120508105833/Rendered/PDF/148660WDR0SPANISH0Box107562B00PUBLIC0.pdf, en mayo de 2016

6 Disponible en https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/wtodec_s.htm, acceso en mayo de 2016



XX es que la vida se organizaba en torno de la guerra y del trabajo 7 .

Lo que se pretendía con el nacimiento de la OIT era promover, a través del diálogo social tripartito (Estado, empleadores y trabajadores) la paz y la justicia social que estaban muy fragilizadas desde el siglo XIX con el inicio de la industrialización, factor que cambiaba la sociedad y las economías y reclamaba una solución para un punto muy importante llamado de “cuestión social”. Así que surge, por el movimiento obrero, la primera asociación internacional, en 1864 que fue la Asociación Internacional de Trabajadores, conocida históricamente por Primera Internacional, que congregaba varios sindicatos y un grupo de activista políticos. Tenían como meta principal la emancipación de las trabajadoras y la defensa de sus derechos. En 1889 se formó la Segunda Internacional que defendía el labor de ocho horas que resulto en el primero convenio de la OIT sobre jornada. En 1900 nació la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores (IALL), compuesta por la gente que provenía del mundo de la organización de trabajo, como profesores y políticos. Ya se podría obtener aquí convenios que regulaban cuestiones de laboro y que tuvieran la adhesión de algunos países⁸. La asociación tuvo interrumpida su actividad por el inicio de la guerra, pero fue lo que permitió la apertura del terreno para la creación de la OIT.

La Conferencia de Paz pretendía establecer un marco internacional, político y económico, donde se podría hablar de normas internacionales del trabajo, creando un sistema equitativo para todos los países, de ahí se fijar los cinco principios básicos fundamentales que se distinguen en su texto⁹:

La paz duradera sólo puede lograrse sobre la base de la justicia social, la libertad, la dignidad, la seguridad económica y la igualdad de oportunidades.

El trabajo no debe considerarse simplemente como una mercancía o un artículo de comercio.

Tanto los trabajadores como los empleadores han de disfrutar de libertad de asociación, así como de libertad de expresión y del derecho a la negociación colectiva.

Estos principios son plenamente aplicados a todos los seres humanos, independiente de su raza, credo o sexo.

La pobreza en cualquier lugar constituye un peligro para la prosperidad de todos, y debe combatirse tanto a nivel nacional como internacional.

Fijado el objetivo esencialmente comercial de la OMC, alejándose de los contratos de comercio cualquier posibilidad de inserción de cláusulas sociales, la OIT hubo publicado en 1998 la declaración sobre derechos fundamentales. Pero eso no sirvió para cambiar la posición de la OMC que insiste en el punto que sus acciones no pueden sujetarse a la protección de un de los agentes de la etapa de la producción, pues debe preservar la libre competencia en el comercio internacional.

3. Los pactos internacionales y los derechos de los trabajadores

7 RODGERS, Gerry, LEE, Eddy, SWEPSTON, Lee & VAN DAELE, Jasmien, *Informe de la OIT sobre La Organización Internacional del Trabajo y la Lucha por la Justicia Social, 1919-2009*, disponible en www.ilo.org, acceso en mayo de 2016

8 El convenio que prohibía el trabajo nocturno de las mujeres fue firmado por 25 países; y lo que prohibía la fabricación de cerillas con fósforo blanco tuvo la adhesión de 41 países.

9 RODGERS, Gerry, LEE, Eddy, SWEPSTON, Lee & VAN DAELE, Jasmien, *Informe de la OIT sobre La Organización Internacional del Trabajo y la Lucha por la Justicia Social, 1919-2009*, disponible en www.ilo.org, acceso en mayo de 2016

Los pactos internacionales entre los países y el capital globalizado producen efectos en las relaciones del trabajo como la flexibilización, reducción de costes y descentralización de las relaciones. Todo eso tendrá una repercusión muy fuerte no solo en las relaciones individuales, pero también en las colectivas y en la pérdida de espacio y fuerza de los sindicatos locales. Este escenario y la necesidad de los países firmaren los pactos comerciales y económicos transnacionales hace con que promueven recortes en derechos sociales y de los trabajadores. Por otra parte, los sindicatos constreñidos y envuelto en la crisis del sistema sindical tradicional, empieza una nueva fase, rescatando la configuración del sindicalismo global, una de las alternativas que se ve para hacer el mismo paso que el capital global.

La integración de las economías tiene una cara positiva, pues esta incentivando la solidaridad entre los trabajadores para buscar mejores condiciones de vida, justo para hacer cumplir lo que ya se había constituido el fundamento de la OIT en el Preámbulo de la Constitución, o sea, no es posible un desarrollo equilibrado y sustentable si cualquier nación no adoptara un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países.

El proceso de globalización ha puesto en marcha varias posiciones contradictorias cuanto a sus beneficios o maleficios. Es cierto que el mundo está interrelacionado por las nuevas tecnologías y políticas asumidas por los países. Para la OIT la economía global ha puesto en manifiesto la capacidad productiva, pero los resultados obtenidos son muy desiguales en todo el mundo y, de hecho, es necesario que se adopte medidas que sean capaces de traer un proceso de globalización más justo. Hay que tener en cuenta que no es el fenómeno nominado de globalización el responsable por las desigualdades sociales o las vulnerabilidades de la relación del trabajo, pero sí la manera como se gestiona su gobernanza y la ganancia de muchas empresas sumada a la deficiencia (o ineficiencia) de los estados en lograr administrar los retos del movimiento del capital y la eficiencia de la tecnología.

Llegamos a un punto en que en concreto, sin embargo tenga el mundo una abundancia de comida, las hambrunas siguen afectando millones de personas. Incluso la comida se ha transformado en el comercio y los precios de los alimentos son fijados en las bolsas de valores a través de los mercados de valores. La compra y venta de alimentos es realizada para especular, pues que el mercado de la materia prima esta, como casi todo lo resto, desregulado. Como recuerda Esther Vivas Esteve, “la especulación con los alimentos y los agrocombustibles fueron sin embargo la chispa que prendió en un modelo agrícola extremadamente vulnerable. La crisis alimentarias de los años 2008 y 2011 fueron tan solo la muestra de un sistema enfermo”¹⁰.

De momento lo que se asiste es una incapacidad internacional de dar respuestas eficientes y efectivas a los problemas planteados por la globalización económica y para las concesiones hechas por la propia OMC para los acuerdos bilaterales y las llamadas clausulas preferenciales que constituyen una exceptuación al principio de la no discriminación lo cual, de hecho, no considera los productos en sí mismo y tampoco el modo como fueran producido, no importando, por ejemplo, que se tenga utilizado trabajo infantil o si tuvieran su naturaleza corrompida. Hay que tener en cuenta que en el sistema multilateral do comercio internacional encabezado pela OMC nao deixa margen para a consideração dos direitos dos trabalhadores no regime das relações comerciais internacionais¹¹. Todavía fue por esta puerta, esto es, con fundamento en las preferencias comerciales que la UE condicionó y construyó su próprio sistema de cláusula social, através de preferencias unilaterais (o sistema de preferencias comerciais generalizadas) ou bilaterais (acordos

10 VIVAS ESTEVE, Esther, *El negocio de la comida*, Editorial Icaria, Barcelona, 2ª ed, p. 14.

11 MOREIRA, Vital, *Trabalho Digno para Todos – A “Cláusula Laboral” no Comércio Externo da Uniao Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 95.



internacionais de liberalização comercial)□□.

Es sencillo que se diga que, en los países en que hay una tradición de protección a derechos sociales y de los trabajadores, lo que está pasando es que intentan, en los pactos comerciales, acercarse de la protección a tales derechos o, al menos, a buscar mantener el nivel mínimo de protección lo que es posible por medio de los pactos comerciales negociados. Así, pues, repito, que no está entre los objetivos de la OMC, como institución de carácter internacional cuidar de este tema. Pero, por su reglamento, no prohíbe que los países lo hagan, lo que imprime a cada pacto una condición local, no global, persistiendo el problema de tenerse un postura transnacional por todas las dificultades que el tema disfruta.

La integración económica tiene aún, como una de las consecuencias los cambios en los movimientos sindicales, afectando los derechos de los trabajadores en ámbito privado y colectivo, tanto en las relaciones laborales individuales, como en los movimientos sindicales. Antes los sindicatos se basaban en el ámbito interno de los talleres, fabricas y región. Ahora, hay que se volver los ojos a los movimientos transnacionales que, muchas veces está fundado en la solidaridad y los pactos con empresas del mismo carácter transnacional.

Como recuerda Barry Carr, “un ejemplo notable ha surgido en la región fronteriza de Estados Unidos y México, donde los obstáculos a la sindicalización son numerosos. Aquí, varias organizaciones han desarrollado iniciativas para fortalecer el bienestar y la capacidad de negociación de los trabajadores, y pasar por encima de las barreras políticas para organizar una sindicalización eficaz. Los Comités de apoyo fronterizo obrero regional (CAFOR), en conjunto con el Comité de Apoyo de San Diego a los trabajadores de las maquiladoras, ha desarrollado una formación en salud y seguridad para los trabajadores en las empresas maquiladoras. En lugar de lanzar campañas abiertas para la formación de sindicatos, estos ejercicios de formación constituyen una forma de lucha semiclandestina, y se basan en las reuniones celebradas en las comunidades obreras de las zonas industriales (Hughes , 1991)”¹².

Otro más reciente fue el acuerdo marco global que se logro firmar por las repercusiones tras el accidente de Bangladesh en 2013 y al cuál adhirieron 160 multinacionales del sector textil mediante un Comité integrado por entidades sindicales, empresariales y un cuerpo de inspectores.

Los instrumentos catalizadores de esos movimientos “se han visto estimulados por diversos acontecimientos. La creación de mercados comunes, áreas de libre comercio y uniones aduaneras en las Américas, Europa y Asia ha sido uno de los principales catalizadores. Las diversas formas de integración económica y cooperación han proporcionado un amplio espectro de oportunidades para la intervención del Estado, los sindicatos y las ONG, así como diversos marcos para abordar problemas no directamente relacionados con el comercio y las inversiones”¹³. O, como recuerda Antonio Baylos, “muy afincado en el espacio nacional – estatal desde las constituciones democráticas de los diferentes regímenes, la forma – sindicato ha tenido que transformarse y hacerse más compleja, mediante su adaptación a otros campos de regulación más allá de los Estados. Ha podido construirse trabajosamente en la dimensión supranacional – fundamentalmente en Europa - e internacional. Las prácticas sindicales en este nivel han ganado en visibilidad, relevancia y capacidad de acción, aunque no con la amplitud e intensidad que sería conveniente”¹⁴.

Hay que reflexionar se, de hecho, porque la OMC resiste a tener obligaciones

12 CARR, Barry, *La globalización desde abajo: el internacionalismo sindical en el marco del NAFTA*, disponible en <http://www.ub.edu/prometheus21/articulos/nautas/17.pdf>, acceso en marzo de 2016

13 CARR, Barry, *La globalización desde abajo*.....

14 BAYLOS, Antonio, *Un instrumento de regulación: empresas transnacionales y acuerdos marco globales*, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2009, 27, núm 1 107-125

con los derechos humanos, pues, un 84% de sus miembros firmaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (PIDESC) lo que apunta a la dirección que, sus miembros estarían preocupados con la protección de los derechos sociales y de los trabajadores. Todavía, ya es cierto que nos puede vincular la OMC, que es persona jurídica autónoma, aquello que adhieren sus miembros, pues para que hubiese una vinculación suya, tendría que ella misma firmar los pactos. De hecho que no se puede responsabilizarla o exigir una acción concreta suya para el cumplimiento de una situación que no está obligada. El hecho de que los estados que crearon los organismos internacionales ratificasen pactos, no vincula que ellos tengan las mismas obligaciones convencionales de los Estados. En el mismo sentido lo tiene decidido la CEDH “que ha sostenido que una organización internacional a la cual se le concedieron poderes soberanos por los Estados Parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos no es responsable por la violación de ésta mientras no sea ella misma parte del Convenio. La OMC, por tanto, no está sujeta al PIDESC, pues no es parte del mismo»¹⁵.

Lo que se plantea es además de la necesidad de una acción transnacional que se vuelva a las tutelas de los estándares mínimos de derechos fijadas por la OIT y la creación de oportunidades para que se reduzca la desigualdad social, una reflexión profunda sobre compromisos sociales que deben asumir las organizaciones económicas como la OMC, FMI y Banco Mundial. Los organismos internacionales son creados por los Estados y legitimados por ellos para actuar. La desigualdad en el mundo se ha incrementada a cada año. Segundo los datos de la OIT la desaceleración económica mundial del 2015 tendrá un aumento de los niveles de desempleo en 2016, especialmente en las economías emergentes, estimándose que el desempleo mundial crecerá en 2,3 millones en el 2016 y 1,1 millones más en 2017. Se prevé, aún, que en los próximos años en empleo vulnerable se mantenga alrededor del 46% a nivel mundial y que en las economías emergentes crezca 25 millones en los próximos tres años.¹⁶

Delante de este escenario es necesario que los pactos económicos deben preocuparse con la protección de los derechos humanos, sociales y laborales. Eliminar barreras y fronteras proporciona una acción globalizada o, simplemente, transnacional, que debe reflejarse en la protección de los derechos e intereses y que debe servir para reducir las desigualdades, no para acentuarlas.

El discurso de igualdad y la eliminación de barreras de los programas que diseñan los pactos económicos y financieros entre Estados y con los objetivos de la OMC tiene un coste financiero y personal insoportable para los países pobres, que acaban facilitando una acción que favorece el proceso de degradación económica y explotación de la gente más frágil, colaborando para corromper los derechos sociales y quitar la protección de los derechos de los trabajadores, ignorados en dichos pactos económicos. Aunque se reconozca que son posibles los acuerdos sobre la integración de los mercados de trabajo (art. V bis del AGCS) y sobre medidas de movimiento de personas físicas prestadoras de servicios en el marco del acuerdo (anexo del AGCS), es cierto que las cuestiones e impactos sociales de los ajustes económicos son ignorados en concreto.

Es importante que los acuerdos sobre aranceles, comercio y servicios, oriente a los países que tengan una economía cada día más abierta que firmen los compromisos que puedan asumir sin que haya un sacrificio aun mayor para los factores sociales y los derechos de los trabajadores. Hay tres cuestiones fundamentales que deben ser planteadas: a) los efectos y soluciones que se dará

15 P. HESTERMEYER, Holger, *Los derechos económicos, sociales y culturales en la organización mundial del comercio*, Revista Tribuna Internacional, vol. 1, n.º 2, 2012/pp.71-105, disponible en: <http://www.tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/view/25649>, consultado en octubre de 2015

16 *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo – Tendencias 2016*, disponible en www.ilo.org, acceso en marzo de 2016



al desinterés natural que estos pactos producen sobre el mercado interno o la explotación de las pequeñas economías locales; b) la limitación del poder estatal para gobernar las variables económicas y los riesgos que debe asumir los estados que trago la desregulación y la flexibilidad del mercado económico; c) el predominio de ideologías que no privilegian las relaciones del trabajo y tampoco la persona del trabajador, que se encuentra cada día más vulnerable y sujeto a la precariedad de las nuevas regulaciones fijadas por el mercado de capitales y la impotencia del Estado en mantener los beneficios sociales principalmente a los más débiles y que no pueden tener ninguna oportunidad.

4. Notas Conclusivas

Fue con la crisis financiera de 2008 que el mundo se dio cuenta de que las integraciones económicas y la desregulación tenía un lado perverso muy fuerte. El mercado sin límites, sin una delimitación geográfica, choca y destruye el objetivo de la OIT de que las relaciones de trabajo deben ser estables y los trabajadores deben tener seguridad económica, social y jurídica. A partir de ahí, las desigualdades sociales se hundieron, siendo necesario reflexionar sobre las crisis económicas y las relaciones de trabajo en este siglo. La tecnología y la globalización tienen un efecto positivo muy fuerte: tornan el mundo más transparente.

El modelo de trabajador y condiciones del trabajo ya no son los mismos. La competitividad entre las empresas y el nuevo perfil del trabajador, sumado a la movilidad del capital y la velocidad de las informaciones aumentan la tensión entre la libertad de capitales y los derechos sociales y laborales. Apunta Alan Supiot, que si la competencia económica se ha convertido en el fin último del orden jurídico, ello se debe a la adhesión al dogma según el cual expandir la producción y el comercio es un fin en sí mismo que sólo se puede alcanzar poniendo a competir a todos los seres humanos de todos los países. Con la exposición de ese dogma se inicia el Acuerdo de Marrakech por el que se funda la Organización Mundial del Comercio(OMC). Según el primer párrafo de su preámbulo, las relaciones entre los Estados «en la esfera de la actividad comercial deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios» (OMC, 1994). El contraste con la Declaración de Filadelfia es llamativo. En el Acuerdo de Marrakech, el avance de indicadores económicos cuantificables (tasa de empleo, volumen considerable y siempre creciente [sic] de ingresos y de demanda) y el acrecentamiento «de la producción y el comercio de bienes y servicios» gozan de la consideración de fines en sí mismos. Los seres humanos han desaparecido de la lista de los objetivos asignados a la economía y al comercio; y, con ellos, toda mención a su libertad, a su dignidad, a su seguridad económica y a su vida espiritual¹⁷.

Los cambios en la producción y la importancia que tiene el servicio para los países que a cada día más siguen privatizando sus funciones sociales como salud y educación, tiene una consecuencia sobre la cualidad de la mano de obra: cuanto menos especializada es la mano de obra, mayor es el regionalismo y la fijación del trabajador a un determinado territorio. Para los trabajadores con mejores cualificaciones, la oportunidad será mayor. Todavía en empobrecimiento de la gente y la creciente privatización de las escuelas y las universidades ha alijado el trabajador de la especialización que el mercado global exige. Esto aumenta los riesgos de explotación y reduce las oportunidades.

El proceso ideológico formador de la libertad de mercado, favoreció el capital. Surge la necesidad de hacer el redescubrimiento democrático del trabajo, pues el capitalismo es antidemocrático. Así enseña Boaventura Santos que el

17 SUPIOT, Alain, *Perspectiva Jurídica de la crisis económica de 2008*, Revista de Derecho del Trabajo – Nueva Época – año 7, nº9, 2011.

redescubrimiento democrático del trabajo se erige en condición sine qua non de la construcción de la economía como forma de sociabilidad democrática. La desocialización de la economía fue, (), el resultado de la reducción del trabajo a mero factor de producción, condición desde que el trabajo difícilmente consigue sustentar la ciudadanía. De ahí la exigencia inaplazable de que la ciudadanía redescubra las potencialidades democráticas del trabajo¹⁸.

La crisis en las tutelas y las relaciones del trabajo es fruto, aún, de las situaciones políticas, sociales y jurídicas de los estados y del modo como se comportan los gobiernos. De ahí que los pactos como el TTP, TTIP y TISA que se negocian a puertas cerradas, alijando las instituciones sociales, las sociedades y los sindicatos demuestran que el estado cada día más se sujeta a la fuerza del capital y de las reglas del liberalismo y de los números apuntados por Wall Street, sirviendo para aumentar la competición entre los países como se puede extraer de los informes producidos por Doing Business que meticulosamente se encarga de comparar, entre otras condiciones, las laborales de cada país para que puedan decidir las empresas donde les traería mas ganancia aplicar sus inversiones.

Hay que retomar el concepto de soberanía y una acción más social de cada país, lo que se olvidó en algún momento de la historia de la globalización y, con mucho más fuerza, a partir del momento en que llegó el neoliberalismo. Los Estados tiene el poder de decisión que le es otorgado por la sociedad civil y debe preocuparse por el bienestar de su pueblo. El límite de las decisiones del Estado está en su Constitución, en los derechos sociales y fundamentales. Los Estados no pueden temer al mercado y tampoco sujetarse a todas las reglas que les impone las reglas neoliberales, las cuales, además depende de las administraciones y políticas de los Estados.

No se trata de ignorar que el mundo está interconectado, pero no someterlo a normas económicas de organismos como la OMC. Los estados son indispensables para los mercados nacionales y los mercados globales deben encontrar en él, el establecimiento de reglas para que puedan trabajar. Las compañías no podrán funcionar sin los mercados internos y eso esta muy claro en el informe de la OIT sobre las cadenas de valores y la busca que se lanzan para producir con menos costes. Ellas necesitan de apuntalamientos institucionales fijados por los países que se fijan y, así podrán funcionar en sus límites y no de acuerdo con sus propias reglas económicas y de mercado.

Este tema que se plantea ya empieza a constar de los acuerdos comerciales entre países que pertenecen (o no) a la OMC. Segundo datos de la OIT, en junio de 2013 58 acuerdos comerciales incluían disposiciones laborales contra los 21 de 2005 y nos 4 de 1995. Alrededor de 40% traen clausulas de contenido condicional, o sea, se establece ventajas o sanciones para el caso de cumplimiento o incumplimiento de las normas de trabajo fijadas. Los otros 60% incluyen disposiciones de naturaleza promocional, esto es, tiene un efecto más blando pues que abre el espacio para el diálogo, el monitoreo y la cooperación, y acaban por servir a importantes reformas en la legislación laboral. Los ejemplos que nos dan es de Omán que resulto en el derecho de los trabajadores constituyeron sindicatos y de Bahrein y Marruecos donde se ha intensificado la protección contra la discriminación antisindical¹⁹.

Aunque exista una fuerte oposición a la inserción de las clausulas sociales en el núcleo de la OMC y de los acuerdos y cláusulas que se negocian en su ámbito, es cierto que a defender esta institución seguramente traerá un compromiso más

18 SOUZA SANTOS, Boaventura de, *Reinventar la Democracia, Reinventar el Estado*, Sequitur Editora, Madrid, 2008, p. 38.

19 Dimensiones Sociales de los Acuerdos de Libre Comercio, disponible en www.ilo.org, acceso en junio de 2016



sólido por parte de los Estados y en el ámbito interno para la garantía de estándares mínimos de protección laboral. Hay que considerar que los acuerdos tienen por contenido mercancías, servicios y la propiedad intelectual e que el libre comercio impacta las economías. Se puede apuntar como factores de impacto la exposición de la economía a la competencia internacional y resulta en un fuerte cambio en la cadena de producción cada vez más expuesta a las externalizaciones de la cadena de producción justo con la finalidad de obtener la mayor disminución del riesgo y de los costos de la producción. Esto tiene una influencia muy grande en la carga regulatoria de las empresas y, por supuesto, de los países, cuyas reglas sociales seguramente sufrirán los impactos ajustes impuestos por el comercio internacional y sin barreras. Esto resultará en la generación de una asimetría regulatoria en cuestiones sociales y laborales entre los diversos países, lo que podrá causar (y seguramente se pasa) la deslocalización entre las empresas que necesitan mantener la competencia de sus productos en el mercado internacional y eso, en remate, reflejará en el aumento de las exportaciones e importaciones en cada país.

De hecho, parece patente que la inserción de las cláusulas sociales en el ámbito de la OMC podrá servir a frenar y poner trabas en las continuas violaciones de derechos, a través de un sistema que pueda embargar el comercio de productos que no respeten los convenios de la OIT que suelen ser considerados normas fundamentales del trabajo. Hay que establecer un vínculo entre las normas laborales y el comercio para que no haya el riesgo de bajar las condiciones laborales, aún más en muchos países donde se ha crecido muchísimo la busca por la producción con precio más rebajado.

Acojo el concepto de Vital Moreira, de que las cláusulas sociales no son un impedimento al comercio a las relaciones comerciales entre los países. Tampoco podrá atrapar la movilidad de capitales o financiera. Tiene por fin “melhorar as condições de trabalho nos países exportadores por meio da introdução de sanções contra os que não respeitam padrões mínimos nessa matéria. Tipicamente, uma cláusula social em acordo internacional de comércio torna possível restringir ou suspender a importação de produtos originários de países, indústrias ou empresas onde as condições de trabalho sejam inferiores a esses padrões” 20

No se trata de un país más adelantado dictar normas sociales al resto del mundo, pero de seguir los estándares mínimos de la OIT confirmados en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo que tubo por una de las finalidades mantener el vínculo entre el progreso social y el crecimiento económico y que garantiza lo que es mínimo y que no debería ninguna sociedad o país democrático y que intente mantener sus relaciones internacionales, cuestionar la necesidad de se respetar lo que constituye como derechos fundamentales, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación..

Abogo en favor de las cláusulas sociales, que traerá los beneficios, en el ámbito social y del trabajo, reducir el dumping social; tornar el comercio más equitativo; universalizar los derechos de los trabajadores; establecer un método para garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores reconocidos por el PIDESC y por la OIT; permitir un desarrollo sustentable y garantizar los valores universales del trabajo digno. Con eso, se podrá alcanzar lo que está proponiendo la OIT de tornar

viable una globalización más justa lo que viabilizará una igualdad entre los pueblos, impidiendo el comercio de la mano de obra y la precarización de la fuerza de trabajo, creando iguales condiciones a todos los pueblos. Hay que aproximar los objetivos de la OIT y de la OMC que, de hecho, no son antagónicos.

Hay que tener en cuenta que los pactos entre países y las formaciones de bloques económicos deben servir justo para crear posibilidades de que los países pueden tener condiciones de hacer frente al capital global y controlar mejor las empresas transnacionales. El intrincado mundo de los negocios que se pueden realizar más allá de un espacio territorial deben tener en cuenta una acción de las mismas dimensiones sin lo que, las relaciones comerciales se quedan libres para hacer lo que el capital se les permite que se lo haga y con fines estrictamente económicos. Todavía, no se podrá tener un futuro mejor para toda la gente sin una gobernanza responsable y sin que se pueda promover un proceso de integración justo y equilibrado. Lo que se desea es que los negocios firmados en el terreno internacional, fruto del proceso global del capital tenga una dimensión social, basada en valores universales compartidos y en el respeto de los derechos humanos y la dignidad de la persona; una globalización justa, integradora, gobernada democráticamente que ofrezca oportunidades y beneficios tangibles a todos los países y a todas las personas²¹.

La importancia de establecerse obligaciones sociales a las partes de los ajustes comerciales representa una de las medidas para contener la compleja estructura de las empresas transnacionales y poner frenos al movimiento del neoliberalismo contra el estado de bienestar social obtenidos por los trabajadores.



21 Informe de la OIT *Por una Globalización Justa: crear oportunidades para todos*, disponible en www.ilo.org, acceso en junio de 2016 .

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SUS PROBLEMAS

Domingo García Belaunde



Sumario: 1. Orígenes y desarrollo. 2. Itinerario del control. 3. Dos tópicos trascendentes. 4. Casos en que existe jurisprudencia interamericana y en los que no existe. 5. Bloque de convencionalidad. 6. El control por otros poderes del Estado. 7. ¿Ius constitutionale commune? 8. ¿Apóstoles o mercaderes del templo? 9. El lugar en donde ubicarlo. 10. Cómo enseñarlo. 11. Conclusión preliminar. Apéndices.

1.- Orígenes y desarrollo.

El nombre “control de convencionalidad” es relativamente nuevo. Tiene antecedentes europeos que se remontan a la época de los setenta del siglo pasado, pero en nuestro ámbito americano se configura recién en el año 2006, en el famoso caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, en donde el pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, la Corte o la CI) lo hizo suyo. El primero que planteó esta tesis en el espacio jurisdiccional interamericano fue el juez Sergio García Ramírez, acreditado jurista mexicano cuyos inicios se dan en la disciplina penal, pero que luego se ha dedicado con persistencia y rigor al tema de los derechos humanos, tanto a nivel local como interamericano.

Es obvio que el “control de convencionalidad” tiene cierto parentesco de familia con el clásico “control de constitucionalidad”, por lo menos en sus grandes lineamientos. Pero sus puntos de partida difieren. El primero tiene su más lejano sustento en la Convención Americana de Derechos Humanos aprobada en 1969 en San José de Costa Rica –y de ahí que varios la llamen o conozcan como Pacto de San José – que entró en vigencia en 1978. En la actualidad son parte de ella casi todos los países americanos, con la excepción de los Estados Unidos - que curiosamente no ha firmado ningún tratado internacional de derechos humanos – Canadá, territorios pequeños como Belice e islas caribeñas (Bahamas, Guyana) entre otros. Dicho Pacto tiene un enunciado muy largo de derechos clásicos, o sea, los llamados civiles y políticos en la tradición sajona (y que vienen avalados en cierto sentido por los dos célebres Pactos Internacionales de Derechos Humanos aprobados por las Naciones Unidas en diciembre de 1966). Y han sido complementados por otros en calidad de Protocolos que cubren adicionalmente los demás derechos humanos (económicos, sociales y culturales, como es el caso del Protocolo de San Salvador). Y con dos atribuciones muy claras: una consultiva y otra contenciosa, ambas a cargo de la misma Corte que decide conflictos, a diferencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante la Comisión) que es mediadora y filtro de las peticiones que se hacen ante el sistema. La Corte es el órgano jurisdiccional y la Comisión es el órgano de estudio y consenso, si bien en alguna oportunidad se ha arrogado, en mi opinión, competencias que no le corresponden, en especial en materia de medidas cautelares.

Lo cierto es que el Sistema Interamericano tiene un órgano de resolución de conflictos que es la Corte, cuya competencia existe desde el momento en que los Estados parte la acatan y la reconocen. Si esto no sucede, nada puede hacer la Corte. Se trata, como se ve, de una situación en la cual los Estados libremente reconocen la jurisdicción de la Corte Interamericana y por tanto se obligan a aceptar sus fallos y acatarlos. Igual sucede, pero en otro nivel, con la Comisión, que si bien no es

jurisdiccional, da recomendaciones e incluso busca acercamientos y acuerdos entre las partes, lo cual se ha logrado muchas veces. Su presencia es útil y es conveniente mantener su existencia, más aun cuando su radio de acción es más amplio que el de la Corte Interamericana – es, además anterior a ella - pues cubre a todos los países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) que exceden largamente a los que son parte del “sistema interamericano de derechos humanos”.

Ahora bien, el planteo que hizo en su día Sergio García Ramírez es técnicamente impecable, pero tiene algunos bemoles, pues si bien sobre aquel existe abundante jurisprudencia de la Corte, eso no significa que los problemas hayan desaparecido, sino más bien podrían haberse ahondado. Y consiste en lo siguiente: de acuerdo a un planteo de las fuentes del Derecho, éstas existen necesariamente en forma preordenada de menos a más. Esto se aprecia claramente al interior de un Estado, pues un reglamento aprobado por una resolución ministerial es inferior a un decreto supremo y ambos lo son en relación con la ley. Ésta, así como los otros dispositivos, deben guardar fidelidad a la Constitución. Y de ahí surge el control de constitucionalidad que justamente actúa como mecanismo de defensa de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico que le está subordinado. Es un control interno, de arriba hacia abajo.

Pero si seguimos en esa ruta ascendente, vemos que por encima de los ordenamientos nacionales, existen los supranacionales como es el caso, en lo que nos atañe, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Más aun, cuando su competencia contenciosa ha sido libremente aceptada por el Estado el cual, llegado el caso, podría incluso desentenderse de ella, denunciándola de acuerdo a los términos internacionalmente aceptados (de vieja data, como se sabe, pero recogidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969).

Un tema recurrente en el ámbito internacional, valioso sobre todo por su larga supervivencia histórica, es lo que se conoce como monismo y dualismo. Para el primero – según sostiene Kelsen - el orden jurídico es uno solo y se ordena en forma descendente y por tanto el orden internacional se encuentra por encima del orden nacional. Para otros – por ejemplo Triepel - se trata de dos órdenes distintos y paralelos, cada uno de los cuales tiene su propia esfera de competencia.

Este planteo clásico que en el fondo encierra un paralelismo que podría ser paralizante, ha sido enormemente matizado en los últimos años, con tendencia a desaparecer, pero es obvio que los dos órdenes jurídicos, el nacional y el internacional, siguen existiendo. Aun más, si bien es cierto que la soberanía de los Estados está hoy en día muy disminuida en relación con lo que pasaba en el período de entreguerras, lo cierto es que ese orden internacional y más aun cuando implica cesiones parciales de soberanía estatal, tiene que ser aceptado expresamente por el propio Estado. En el caso de la aceptación de la competencia de un tribunal supranacional es menester depositar un instrumento de ratificación en la sede internacional señalada para estos fines. Esto es muy claro en la Corte Interamericana y recientemente es lo que sucede en la Corte Penal Internacional con sede en La Haya. Esto no impide que en casos especiales (como los tribunales de Ruanda y la antigua Yugoslavia) hayan sido creados por órganos internacionales como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, si bien se trata de situaciones especiales y de duración determinada, a diferencia de la Corte Interamericana y similares, que son permanentes y de duración indeterminada.

Así las cosas, si un Estado es demandado ante el sistema interamericano y el tema llega a la Corte Interamericana, deberá acatar lo que la sentencia de la Corte resuelva, aun cuando esto suponga dejar leyes internas de lado (caso “Barrios Altos vs. Perú”) o incluso si se cuestiona la Constitución (caso “La última tentación de Cristo”). En estas dos peticiones, la Corte Interamericana interpretando la Convención



Americana, dejó establecido que en tales situaciones, se habían producido roces o violaciones al orden jurídico interamericano creado por la Convención – extensivo a sus demás instrumentos relacionados – y por tanto hacía un control de ella, teniendo en cuenta la supremacía de la Convención. Era, pues, un control de convencionalidad, o sea, desde la Convención hacia abajo. Hasta aquí las cosas fueron claras, si bien como doctrina vinculante de la Corte demoró tiempo en asentarse.

Pero luego surgieron otros temas, que no son pocos. Enumeremos algunos de ellos. Lo primero es que esa sentencia debería aplicarse, es decir, hacerla suya el Estado demandado. Esto significa que a veces es necesario desarchivar casos judiciales y abrir nuevos procesos, con las complicaciones que eso conlleva. Es decir, un nuevo juicio en donde no se aplicará la ley que fue cuestionada, sino los principios que se desprenden de la sentencia interamericana. Y con la posibilidad de que el juicio, al final, exceda el plazo razonable que la misma Corte se ha esmerado en rescatar y reafirmar.

Otro punto que ha surgido, es que la sentencia no queda limitada al caso concreto. La Corte considera que lo decidido por ella puede o debe tener aplicación en todos los casos o situaciones similares. Y si por ejemplo lo que llegó a la Corte fue un proceso que involucraba a veinte personas, aun cuando no hubiesen ido sino 10, también a los no concurrentes debería aplicárseles los principios de una sentencia emitida en un proceso en el cual no participaron y al cual deberán someterse. Adquiere así la sentencia un carácter expansivo, es decir, aplicable a todos los involucrados, aun cuando no hubiesen comparecido ante la Corte. Con lo cual, sin lugar a dudas, resultó afectado el derecho de defensa.

Otro tópico que se presenta es que se ha encargado al juez nacional que observe esos criterios interpretativos para aplicarlos en un caso futuro que sea igual. Y aquí vienen algunos interrogantes.

a) ¿Cómo sabe el juez cuál es el criterio de la Corte Interamericana en un caso concreto...? La Corte publica sus resoluciones solo en la página web: no existen boletines ni tampoco los jueces nacionales están al tanto de todos los casos que la Corte resuelve, agravado por el hecho de que sus sentencias son kilométricas, con varios votos singulares generalmente extensos.

b) Es muy probable que la Corte Suprema de un país sepa perfectamente cuáles son las sentencias de la Corte Interamericana, pues a ese máximo nivel el conocimiento y la información es otra. Pero ¿podemos decir lo mismo de jueces de la periferia, en poblaciones alejadas, generalmente en medio de grandes carencias y ayunos de este tipo de información que además nadie se las proporciona? La situación se agrava en países de grandes extensiones, más aun cuando tienen una estructura federal en donde se dan dos constituciones, la del estado local (entidad federativa o provincia) que conocen muy bien, y la del Estado nacional. Y ello sin olvidar que hay países con un desarrollo institucional disparejo, que tienen a su interior bolsones de pobreza con escasa formación cultural y en veces incomunicados entre sí (Perú, Ecuador, Bolivia, Paraguay, etc) y algunos países de Centroamérica.

c) En la gran mayoría de los casos, los problemas que afrontan los jueces nacionales no tienen nada que ver con lo que la Corte Interamericana ha dicho. En otros, sí. Pero la jurisprudencia de la Corte Interamericana señala que en estos casos, en donde no hay ninguna relación directa con el mundo supranacional, el juez debe hacer un control de convencionalidad de oficio, o sea, de propia iniciativa y con su solo criterio jurídico. Y esto no es sencillo. Más aún: es peligroso y puede desembocar en actitudes o decisiones antojadizas o arbitrarias.



2.- Itinerario del control

El control de convencionalidad tiene, pues, varios niveles. Uno es el que surge de un caso concreto, que lo hace la propia Corte Interamericana. Y otro es el que hacen los jueces locales, por propia iniciativa, en casos que llegan a su conocimiento. Y en donde deben hacer un control difuso de convencionalidad, aun cuando nadie se los pida.

Es obvio que el control de convencionalidad no obliga a inaplicar la Constitución de un país, sino las leyes y demás normas que integran el orden jurídico. Si se tratase de una ley, es una labor que queda confinada a la Corte Interamericana y sobre la cual ésta tiene competencia. Pero el asunto es más delicado si se piensa que es una Constitución, en cuyo caso lo recomendable es pedir que el Estado propicie su modificación, que es lo máximo que se puede pedir toda vez que no es fácil hacerlo en los estados democráticos, por los problemas internos que toda modificación implica. Pero esto es cada vez más improbable. Por lo general, incluso los países más autoritarios, se rodean de textos constitucionales que son un canto a los más excelsos principios y al respeto a los derechos humanos, que lo único que hacen es encubrir una realidad. Es un homenaje que rinde el vicio a la virtud. Por tanto, encontrar normas constitucionales que rocen con el Pacto, lo encontramos cada vez más difícil. Por lo menos para constituciones aprobadas en los últimos años (véase por ejemplo la Constitución bolivariana de Venezuela de 1999, que es un dechado de buenas intenciones, cada vez más incumplidas).

El control de convencionalidad, en síntesis, tiene este itinerario:

- a) Nace por decisión de la Corte Interamericana.
- b) Se aplica en esa sede solo al caso concreto.
- c) Se extiende luego a casos similares, aun cuando no hayan sido vistos por la Corte.
- d) De oficio los jueces nacionales deben aplicar las normas del Pacto de San José, así como la jurisprudencia de la Corte en los casos que conocen, y
- e) Los jueces deben tener presente al momento de fallar en los casos sometidos a su conocimiento, las normas americanas de derechos humanos, aun cuando al Corte Interamericana jamás haya emitido pronunciamiento alguno sobre lo que deben resolver.

3. Dos tópicos trascendentes

Por ese fenómeno curioso de la “recepción” estudiado por los comparatistas, los sistemas jurídicos y políticos en nuestra América proceden muchas veces por imitación consciente y asimilan y hacen suyos, no siempre con éxito, modalidades o instituciones propios de otros sistemas u organizaciones de carácter jurídico. Así la Corte Interamericana ha desarrollado dos temas vinculados con el control de convencionalidad, pero no necesariamente son parte de él. Ellos son las Opiniones Consultivas y las Reparaciones. Las veremos a continuación.

La “opinión consultiva” la emite la Corte Interamericana en determinados casos y fue así como inició su actividad en los primeros años, en los cuales prácticamente no había procesos que conocer. Y si bien frecuentes al inicio, no lo son tanto en los últimos años.

En torno a ellas existen dos posturas. Una que considera que la opinión



consultiva es de carácter jurisdiccional y otra que estima que no lo es. En lo personal, no creo que sea jurisdiccional, pues se trata de un pronunciamiento en abstracto en el cual no hay un contradictorio y como su nombre lo indica, es de consulta, no de decisión. La misma Corte Interamericana no ha sido muy precisa en esto, pero se inclina cada vez más a darle un mayor valor y obligatoriedad.

El otro punto es saber si esa opinión consultiva obliga o no al Estado que la formula. Y de ser así, si adicionalmente obliga a los demás Estados. Dudo mucho que una mera opinión consultiva – que es de carácter ilustrativo – pueda obligar al que la formula y menos a los demás Estados del sistema interamericano. La opinión consultiva es de indudable interés y tenderá con el tiempo a ser jurisprudencia de la Corte, pero ella en sí misma no tiene porqué ser vinculante y menos aun jurisdiccional. El hecho de que quien emita una opinión consultiva sea un órgano jurisdiccional, no significa que todo lo que hace sea jurisdiccional, sino lo es cuando reúne determinados requisitos que la hacen tal y además se le haya concedido expresamente esta facultad. No está de más recordar que al lado de las labores jurisdiccionales, la propia Corte Interamericana tiene labores administrativas y normativas de carácter reglamentario. E igual sucede en los órganos judiciales modernos. Tampoco tiene sentido decir que es semi-jurisdiccional, pues en esta materia se tiene jurisdicción o no se tiene. Aquí opera el principio *tertium non datur*.

El otro aspecto que aquí nos limitamos a señalar es el de las llamadas “reparaciones”, o sea, las indemnizaciones que la Corte Interamericana señala al Estado condenado en una determinada sentencia. Esto ha llamado la atención sobre todo en los casos de terrorismo, que ha sido y en parte es una plaga de nuestro tiempo. Y tiene los siguientes ingredientes: un grupo terrorista que actúa con violencia llegando al extremo de asesinatos en masa. Cuando esto ocurre, un Estado poco prudente – lo cual es frecuente – contesta en los mismos términos y termina cometiendo iguales desmanes que los grupos terroristas y actuando igual o peor que ellos. En estos casos, generalmente son los parientes de los terroristas fallecidos, desaparecidos o prisioneros, los que recurren a la Corte Interamericana y como el denunciado es el Estado que incurrió en estos excesos, se le condena al pago de “reparaciones”. Es decir, el Estado queda obligado a dicha indemnización que consiste en pago en dinero y adicionalmente en gestos como publicidad y lectura pública de la sentencia, honrar y desagrar a los terroristas, develar placas, ofrecer públicas disculpas, levantar memoriales, plazas o monumentos en su homenaje, etc. todo lo cual da a entender que el Estado actuó mal – lo cual nadie discute – pero lleva a la conclusión – aun cuando errónea – de que los terroristas eran prácticamente ciudadanos ejemplares y modelos de virtudes cívicas. Y aquí lo que en realidad sucede es lo siguiente: el Estado paga indemnizaciones a favor de los terroristas, que de esta suerte aparecen como “limpiados” por la Corte Interamericana frente a los excesos del Estado, lo cual lamentablemente se ve mal, más aun si se considera que los terroristas que fueron en petición ante la Corte Interamericana, eran a su vez asesinos de población civil, generalmente gente humilde y de miembros de la policía o del ejército, que quedan impunes. Es decir, los terroristas aparecen como “rehabilitados”, pero aquellas personas que ellos mataron en un exceso demencial, quedan en el olvido. Y esto es lo que no ha reparado la Corte, pues i) condena al Estado ii) indemniza a los terroristas iii) las víctimas de éstos, quedan en el más completo olvido y absoluta desprotección. Los terroristas resultan recompensados en la medida que se comprueba que contra ellos se actuó en forma desmedida, pero sus víctimas, a quienes generalmente asesinaron sin contemplaciones, quedan marginados de toda reparación que, por cierto, nadie lo exige ni el Estado se ve obligado a compensar. Al final nadie honra ni compensa a las víctimas inocentes del terror. Es lo que vemos cuando un Estado condena a muerte a un determinado delincuente que cometió delitos graves. El público y los medios se apiadan de estos asesinos – sobre los que hay libros e incluso películas – pero los que fueron sus víctimas no son recordados por nadie, salvo por sus familiares.



4.- Casos en que existe jurisprudencia interamericana y en los que no existe.

Lo último que hemos mencionado, o sea, la labor del juez nacional como defensor del Pacto de San José y por tanto obligado a hacer el control de convencionalidad en los casos sometidos a su conocimiento, es un problema que tiene sus aristas. Es lo que se conoce como control difuso de convencionalidad.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene la ventaja de que estudia los casos en última instancia, luego que han pasado en forma infructuosa el filtro de la Comisión Interamericana y agotado la jurisdicción doméstica. De esta manera, si bien las causas en el Sistema Interamericano demoran en resolverse, tienen un largo recorrido que les permite ver mejor las cosas. Esto no sucede en el caso del juez nacional, que debemos distinguir en dos niveles: el juez del estado, provincia o entidad federativa, en los países con estructura federal. Y los jueces de las ciudades y capitales, en los países con estructura unitaria.

En el primer caso, existe la Convención como parámetro, pero también dos constituciones: la nacional y la local. En los países unitarios, solo tenemos la constitución nacional. Pero en ambos se presenta el problema: si el juez se enfrenta con jurisprudencia interamericana existente o si por el contrario, ésta no existe.

Si no hay jurisprudencia interamericana en la materia, pedir a un juez de provincias, sin mayor información y probablemente sin mayor cultura, que interprete la Convención Interamericana es algo difícil, más aun si no tiene criterios a la vista. Y si por ejemplo, arriba a la conclusión de que un determinado texto legal es “inconvenional”.... ¿quién revisa la sentencia así dada? ¿Es el superior jerárquico...? incluso la Corte Suprema de cada país? La interpretación constitucional siempre ha sido problemática, incluso para los tribunales o cortes constitucionales. Con mayor razón, lo será el Pacto de San José para quien está alejado de él.

El otro problema que se podría presentar es si el juez cuenta ya con una sentencia de la Corte Interamericana que es aplicable al caso o piensa que lo es, sea directa o indirectamente. Con lo cual el juez bien podría pensar si es que una sentencia de la Corte Interamericana es un cerrojo o no lo es. Aun más... ¿Qué sucede si las sentencias de referencia no son claras o permiten interpretaciones diversas o no son coincidentes entre sí?

Los estudiosos de la jurisprudencia interamericana han estimado que ella es un continuum sin sobresaltos, lo cual no es exacto. La reciente sentencia en el caso “Brewer-Carías vs. Venezuela” demuestra precisamente esos vaivenes o retrocesos existentes, como quiera que lo llamemos. Más aun cuando trasuntan una carga ideológica nada desdeñable, que se ha visto en más de una oportunidad (véase la impresentable intervención de la Comisión Interamericana mediante comunicado de 6 de junio de 2012, en la cual, sin ningún elemento de juicio, pidió paralizar el proyecto minero Conga en el Perú, cuando aún no había sido iniciado y faltaban estudios técnicos).

Aun más. Como estamos ante un caso de control difuso, podría uno preguntarse si cabe desconocer esa sentencia interamericana. Sabemos que el control difuso se practica en el common law en donde opera el sistema del precedente. Y dentro de esta práctica, existe el llamado “overruling” o revocación del precedente, que puede ser total o parcial e incluso mantenerlo pero disminuyendo o matizando sus alcances (“distinguishing” y “limiting”). Este método es conocido perfectamente en el mundo del control difuso, y no vemos por qué no puede hacerlo un juez nacional. De lo contrario, tendríamos que consultar en cada caso a la Corte Interamericana su sentido, lo que a la larga sería convertir este método en una caricatura y a la Corte en una virtual dictadura.



5.- Bloque de convencionalidad

Otro punto importante es lo que se ha dado en llamar el “bloque de convencionalidad” que ha sido tomado, como se sabe, del “bloque de constitucionalidad” creado en los años setenta del siglo pasado por el Consejo Constitucional francés. Ahora bien, según aquellos que patrocinan este concepto, el “bloque” sería prácticamente infinito. Empezaría por el Pacto de San José, continuaría con las demás convenciones sobre diferentes aspectos de derechos humanos, seguiría con las sentencias de la Corte Interamericana, continuaría con las opiniones o decisiones de la Comisión Interamericana y se prolongaría en el grueso cuerpo de los convenios internacionales aprobados en los últimos cuarenta o cincuenta años y que son más de cincuenta y tratan sobre los más diversos temas, desde el derecho a la vida al derecho al agua potable(derecho éste nobilísimo, pero que en la práctica no se cumple).Es decir, sería un enmarañado de textos casi inmanejable que conocen muy pocos y a los cuales se llega a través de eventuales volúmenes que los contienen o las páginas web de los organismos internacionales que son legión.

Así considerado, el “bloque de convencionalidad” se vuelve en realidad algo casi inservible, pues al final el “bloque” no se alcanza a conocer y además se puede interpretar de mil maneras. La idea original del “bloque” tal como se establece en la doctrina y en la jurisprudencia francesa, es algo relativamente pequeño y sobre todo granítico. Es decir, sólido y permanente. Y eso no es lo que sucede con este concepto, que al ser trasladado al ámbito interamericano se desnaturaliza y se vuelve inútil.

Si analizamos con humildad la situación actual, debemos constatar que en el mundo existen regiones que tienen sus propios instrumentos de defensa de los derechos humanos. Y además que a nivel mundial no existe un concepto único de lo que son los derechos humanos, ya que aun en Occidente, tan afín a nosotros, existen diferencias y matices que ha hecho necesario crear lo que se conoce como “margen de deferencia con las legislaciones nacionales” o “margen de apreciación nacional”.

Lo más práctico sería centrarnos en lo nuestro: o sea, el sistema interamericano con sus instrumentos – no más de seis o siete realmente importantes - y por cierto los Pactos Internacionales de 1966 aprobados por las Naciones Unidas. Con esto tendremos más que suficiente. Es hora de dejar del lado maximalismos que generalmente no conducen a nada. Y pensar, o mejor dicho ser conscientes de que estamos yendo a un ritmo que supera los márgenes europeos, con el riesgo de tropezarnos por el exceso de velocidad.

Al margen del “control difuso” de convencionalidad, éste se lleva de manera concentrada en dos niveles: en la misma Corte Interamericana, al resolver un caso en definitiva, y al interior de los Estados, cuando ello ocurre en los tribunales o cortes constitucionales (en los países en que existen) o en las Cortes Supremas que hacen las veces de tales (como México, Argentina y Brasil).

Con todo, lo “concentrado” es por fuerza limitado. Para centrarnos en la Corte Interamericana, cuenta en toda su historia con 291 sentencias, de gran valor por cierto y con fuerza expansiva, pero sin que su cobertura sea muy amplia. Problema aparte, que aquí no tratamos, es el de la financiación del Sistema Interamericano, que se mueve con grandes carencias.

6. El control por otros poderes del Estado

Una de las consideraciones que ha tenido en cuenta la Corte Interamericana para



los efectos de hacer más efectivo lo que ella decida y lo que estipula la Convención, es señalar (caso “Gelman vs. Uruguay”, entre otros) que ella vincula a todos los poderes del Estado. Esto como principio suena bien y así se estipula en diversas normas constitucionales y locales. Pero en relación a ese tipo de vinculación cabe dos tipos de consideraciones: la primera es que ella obliga a la conducta del Estado en sí misma y por tanto si no observa la normativa interamericana, se expone a que el interesado o afectado, interponga una demanda judicial para hacer enervar ese efecto. Pero supongamos que en un trámite administrativo – en rigor un procedimiento – entre el Estado y un particular, éste solicite algo que la Convención o la jurisprudencia de la Corte no permite y que el particular insiste en ella, pues lo ampara la legislación interna. En este supuesto ¿debe la Administración, o sea la burocracia de un Estado, denegar un pedido del administrado porque se opone a la Convención? Esto sería conceder expresamente a la Administración poderes jurisdiccionales que es peligroso y nada recomendable y que generalmente las constituciones locales no otorgan. En efecto, la Administración puede negarlo por diversos motivos, pero a quien corresponde confirmarlo es al órgano jurisdiccional. Es cierto que se dice que este control es dentro de sus respectivas competencias, pero no debemos olvidar que las competencias de la Administración no siempre son claras. Y por eso, salvo el caso de Colombia y su Consejo de Estado, todo lo que hace ella lo resuelve en definitiva el Poder Judicial. Por lo tanto, lo resuelto por la Corte Interamericana hay que tomarlo con pinzas, pues no podemos llegar al prurito de pedir que todos controlen todo, pues con ese criterio y llevando el argumento al absurdo, un jefe de la mesa de partes de un Ministerio podría tomarse esas licencias.

7. *Ius constitutionale commune*?

Europa, que nos lleva muchos años en experiencia cultural y política, no ha logrado construir todavía una “constitución europea” que sabemos que fracasó. Avanzó mucho en materias monetarias, aduaneras, bancarias, educativas, financieras, protección de derechos humanos, pero sigue siendo un conglomerado de países que ni siquiera son una federación. El llamado “derecho constitucional europeo” es todavía una ficción útil para alimentar cátedras y publicaciones, pero por más elementos que los unan, todavía no son una unidad. Hay muchas cosas que los separan: las tradiciones, los usos y costumbres, las regulaciones locales, la religión e incluso los idiomas (son 21 los reconocidos oficialmente, si bien priman el inglés y el francés). Se soñó en una expansión indetenible y eso dio origen al “euro optimismo” en donde todos bogaban por la inclusión de Turquía dentro del espacio europeo, lo que hoy está más lejos que nunca. La crisis iniciada en 2008 sigue vigente y no parece amainar, lo cual demuestra que el proceso se ha ralentizado enormemente y tardará un buen tiempo en reanimarse. Y esto sin contar con la presencia del terrorismo islámico en puntos neurálgicos del viejo mundo.

En la América Latina, por el contrario, no estamos mejor. Los afanes de integración empezaron por lo económico en la década de 1960 y prácticamente estamos en lo mismo. Agravado por las diferencias que por un lado tienen los gobiernos entre sí y las políticas que ellos llevan a cabo. Solo en esta materia tenemos varias entidades aparentemente para el mismo fin, cuyas siglas podrían parecer una sopa de letras. Existen al interior gruesas diferencias que no han desaparecido, si bien la retórica lo aguanta todo y distamos mucho todavía de unir políticas públicas y orden legal (cf. Julio María Sanguinetti, América Latina invertebrada en “El País”, 31 de octubre de 2013).

Ante este complicado cuadro, pensar en un *ius constitutionale commune* no pasa de ser una ilusión y en todo caso un desiderátum. Más aun cuando ello implica que debería existir una matriz constitucional común a toda la América Latina- quizá



exceptuando a los pequeños países de origen sajón, francés u holandés – que está muy lejano, no solo en cuanto a textos mismos, sino a realidades y aspiraciones. Más sensato es pensar en un modesto corpus iuris interamericano pues eso se da, pero en muy pequeñas dimensiones y además toma tiempo en asentarse. La Corte Interamericana, por razones obvias, ha privilegiado más la protección de unos derechos sobre otros, pues si bien en principio todos son iguales, unos son más urgentes o más violados que los otros. Un poco lo que señalaba Orwell en su famoso libro “Animal Farm”: todos son iguales, pero algunos son más iguales que otros.

8. ¿Apóstoles o mercaderes del templo?

El problema de los derechos humanos, sobre todo desde inicios del siglo XX y así hasta nuestros días, es que presenta dos facetas. Es un poco lo que es el cine. Por un lado, es un arte que nos ha ofrecido películas creativas, con mensajes positivos, recreando grandes obras y ofreciendo un entretenimiento sano y creador. Pero por otro lado, es un negocio que puede explotar los más bajos instintos y la violencia más desenfrenada. Igual podríamos decir, pero con otro acento, de lo que es el Derecho. Por un lado es una disciplina que tiene un desarrollo teórico de muy altos quilates y eso motiva que mucha gente dedique su tiempo y muchas veces sus vidas a la reflexión y a la producción libre y desinteresada. Pero por otro, es un oficio para la lucha por la vida, en donde las armas pueden usarse de diferente manera, muchas veces llanamente, pero otras en forma desleal.

En los derechos humanos pasa lo mismo. Por un lado es una causa muy noble cuya defensa y protección ha sido muy larga, y desde los tiempos más antiguos. Pero solo se ha formalizado o concientizado de su necesidad y uso a fines del siglo XIX y más en concreto desde el inicio del siglo XX. Algo de esto aparece en la primera posguerra – o sea, desde 1919 - y más en concreto después de la segunda posguerra – 1945 – lo cual fue formalizado con la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, a la que siguieron los Pactos Internacionales de 1966 y muchos más.

En estos temas, hay personalidades que han destacado de manera singular (como es el caso muy conocido de Rigoberta Manchú y Pérez Esquivel en nuestra América y antes el muy reputado Albert Schweitzer con su obra humanitaria en el África). Y así hay muchos más, a los que podemos calificar realmente como defensores de una causa noble y que además creen en lo que hacen y ejercen un verdadero apostolado en su causa. Más aun en Estados que no dan demasiada importancia al tema de los derechos humanos.

En otros lugares la cosa es distinta. Ya no son personas individuales sino organizaciones que generalmente adoptan una personería jurídica para tener acceso a los medios, a los fondos internacionales y apoyos similares. Y aquí, lamentablemente hay de todo: lo bueno, lo malo y lo feo. Estas entidades se conocen ahora con la sigla de “Organizaciones no gubernamentales” (ONGs) que en veces son controladas por los Estados o por sus donantes o por nadie. Aquí lo que más se ve es que muchas de ellas se justifican -en cuanto a su existencia y al financiamiento - con la ayuda de los medios para armar escándalos, muchas veces sin siquiera investigar los hechos. Más que un papel docente, humanitario y de ayuda, se han convertido en mercaderes que justifican así sus ingresos y que otros han encontrado como medio para hacer política, de una manera rápida y exitosa. Explotan el morbo de la gente, deforman la realidad, azuzan a las autoridades judiciales para que inventen investigaciones y muchas veces se les ve viajando en clase ejecutiva y alojándose en hoteles de cinco estrellas, con lo cual se comprende de inmediato lo que buscan. Aun más, no les interesa la verdad, o sea, el hecho objetivo, sino aquello que calza con sus intereses.



Y se ve, por cierto, también en el mundo académico, pues entran ahí con facilidad y se mueven de contrabando. Aun más lejos, logran que muchas veces miembros de la Comisión Interamericana hagan visitas inopinadas – no a Venezuela, a Cuba o a Bolivia – sino a países con regímenes democráticos pero con dificultades – para que empujen a los gobiernos a hacer investigaciones sobre todo hecho que pudiera parecer sospechoso y no les guste. Incluso mantienen lobbies en ciertos organismos internacionales, que son caja de resonancia de lo que piden.

Ahora bien... ¿cómo explicarse este hecho que abarca a gran número de ONGs de derechos humanos, si bien es cierto que no a todas? La explicación es sencilla: por un lado gobiernos que aun cuando formalmente democráticos, son descuidados y no le dan la importancia debida a los derechos humanos, sobre todo a los básicos. Y por otro, la sociedad civil que no hace nada o muy poco para estar alerta y denunciar estos hechos.

Es evidente que no todo son cuadros grises. Por poner solo un ejemplo, el Sistema Interamericano, en especial la Comisión, fue muy útil en el caso del Perú de Fujimori, gracias a que los particulares y varias ONGs actuaron y evitaron así mayores destrozos de los que hubo. Pero esto no es frecuente, aun cuando hay que dejar constancia de ello. Es de esperar que estas actitudes tan positivas se reanuden en el futuro.

La única manera de que estos excesos no se repitan o por lo menos no se den de manera tan gráfica, es la existencia de una opinión pública crítica, atenta, que pueda encauzar a los gobiernos de los países para mejores logros. De esta manera, los defensores de los derechos humanos se decantarán y quedarán solo aquellos que actúen sin dobleces y animados por una causa justa.

9. El lugar en donde ubicarlo

Un interesante problema lo presenta la ubicación teórica del “control de convencionalidad”, o sea, en qué lugar del mundo jurídico lo ubicamos. Las clasificaciones como se sabe, vienen desde el Derecho Romano y hace tiempo que dejaron de ser absolutas. Tienen hoy un doble papel: por un lado, un carácter consensuado, es decir, fruto de un acuerdo. Y por otro, un alcance explicativo. Dan cuenta de una realidad, es decir, la justifica en cuanto tal y permite un más fácil manejo de las categorías. En tal sentido, la vieja clasificación del Derecho en público y privado tiene predicamento y se utiliza mucho en el derecho positivo. Más nítida es la que distingue entre lo sustantivo y lo adjetivo, o como mejor se le califica hoy, instrumental. Por un lado, un Derecho que reconoce una pretensión y por otro una vía para ser implementada y hacerla realidad. Y al interior de cada una de ellas se reiteran las ramificaciones, con todas las dudas y asertos que sabemos que existen.

Así, por un lado, se ha comparado el “control de convencionalidad” con el “control de constitucionalidad”, y cómo en cierto momento pueden cruzarse, si es que se les asimila al Derecho Procesal Constitucional. Así, en el IX Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Hermosillo, Estado de Sonora, México, 3-5 de diciembre de 2014) se coloca como tema central el “Derecho Procesal Constitucional Transnacional”, que es otra forma como puede calificarse el aserto de Cappelletti en los años setenta del siglo pasado. Este jurista, como se sabe, habló de tres áreas: la jurisdicción constitucional de la libertad, la jurisdicción constitucional orgánica y la jurisdicción constitucional transnacional. Como todo bosquejo pionero, éste del gran procesalista italiano es muy sugestivo, pero debe, en mi entender, dejarse de lado, descartarse y usarlo solo como recurso retórico o suasorio. En efecto, los dos primeros ítems se dan al interior del Estado y el último en la esfera externa, que hoy



debe replantearse.

Aceptado – incluso por la aséptica doctrina italiana – que existen procesos constitucionales, tenemos que admitir en consecuencia que tenemos procesos constitucionales de la libertad y procesos constitucionales orgánicos y ello al interior del Estado. Pero la tercera fórmula nos parece insatisfactoria.

¿Cómo calificar los procesos que se llevan fuera del Estado y fuera por tanto de la soberanía del Estado? Es obvio que hoy en día, más allá de la globalización y de la internacionalización que se vive, no se ha abandonado el concepto de “territorio” y tampoco el de “soberanía”. Es decir, a despecho del mundo globalizado y de la creciente interdependencia, siguen contando los Estados con territorio y con soberanía. Quien no tiene territorio, por más pequeño que sea, no puede considerarse como un Estado. Y siempre con soberanía, aun cuando acotada.

Ahora bien, es obvio que cada Estado tiene una Constitución, o sea, un conjunto de normas que tienen el carácter de supremas en un mundo pequeño, mediano o grande que tiene fronteras y que está asentado en un pedazo del globo terrestre. Y esas normas tienen como nombre común el de “constitución”. Por tanto, cuando hablamos de procesos constitucionales, nos referimos a ciertos instrumentos al interior de un Estado y no fuera de él. ¿Cómo, pues, llamar a lo que sucede en el ámbito externo?

Los autores usan muchos nombres, tales como Control Constitucional Transnacional, Derecho Procesal Internacional, Derecho Procesal Transnacional, entre otros. Pero si volvemos a la clasificación antes mencionada, podemos añadir otra: Derecho interno o doméstico y Derecho externo o internacional. En torno a este punto como ya he señalado, existe una vieja concepción que distingue entre el dualismo y el monismo, esto es, la que considera que el ordenamiento interno y externo son independientes y por el contrario la que estima que es uno solo. Esta dualidad ha ido perdiendo fuerza frente al avance del Derecho Internacional Público que vía órganos internacionales - algunos jurisdiccionales y otros no – imponen la norma internacional vía costumbre o jurisprudencia internacional. Pero sin olvidar que pese a esto, el orden supranacional solo es válido para el Estado en cuanto él mismo lo acepta, como se ha visto, por ejemplo, en el caso de la Unión Europea y algunos tratados recientes (como el Estatuto de Roma). Tratándose del Pacto de San José existen dos modalidades que éste encierra y que están reservadas a la Corte Interamericana: la competencia consultiva y la competencia contenciosa. Esta última necesita una adhesión expresa y de la que previo trámite, cada Estado se puede desprender de ella (lo intentó infructuosamente Fujimori en el Perú y hoy día lo hace la Venezuela de Maduro, con más cuidado de las formas).

Así las cosas, tenemos un Derecho Internacional que puede ser Público o Privado (éste último discutido en cuanto tal e incluso en cuanto al nombre, pues en el mundo sajón lo denominan como “conflicto de leyes”). El Público es, sin lugar a dudas, el más importante y si bien con raíces muy antiguas, nace en realidad a raíz del descubrimiento de América en 1492, de la mano de Vitoria y Suárez y más ordenadamente con Grocio.

Este Derecho Internacional Público, al igual que el interno, tiene una parte sustantiva y otra instrumental. La parte sustantiva es antigua y bastante conocida y no necesita ser desarrollada aquí, sino solo la que nos interesa: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tiene un cuerpo de doctrina, legislación y jurisprudencia bastante sólida que forma una especie de “carta internacional de los derechos humanos” que en cierto sentido tiene su partida de nacimiento o quizá de bautismo, con la Declaración Universal de Derechos Humanos firmada en París en diciembre de 1948. Meses después de la americana que se aprobó en Bogotá en mayo del mismo año. Como se ve, ambas como fruto de la segunda posguerra.



Ahora bien, existe desde hace tiempo y ahora en forma más perfeccionada, organismos que son administrativos, que reciben denuncias y formulan recomendaciones luego de seguir un determinado procedimiento (caso del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, dependiente del Pacto de 1966 concerniente a los derechos civiles y políticos) y otros que son jurisdiccionales, o sea, que tramitan procesos, citan a las partes, actúan pruebas y emiten sentencias de carácter vinculante. Es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en nuestro ámbito, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante la cual se llevan procesos que terminan en sentencias que vinculan a los Estados.

¿Qué sucede aquí? Pues estamos ante procesos internacionales que resuelven asuntos relacionados con derechos humanos. Por tanto, así como existe un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existe o debe existir un “Derecho Procesal Internacional de los Derechos Humanos”.

Por cierto, entre uno y otro existen relaciones; así cuando la Corte Interamericana inaplica una ley local y esto debe ser acatado por el Estado. Y también puede darse la vía inversa: que a nivel local los jueces inapliquen una norma local por ser inconveniente y se respete esta decisión cuando llegue un caso a la Corte Interamericana que tenga relación con esa ley o sentencia.

Es evidente, pues, que la relación del derecho doméstico con el externo es fluida: no son compartimentos estancos sino canales de comunicación. Pero eso no impide hacer las precisiones metodológicas cuando ello sea necesario. Y advertir las dificultades de su relación.

10. Cómo enseñarlo

Aceptado lo anterior, nada impide que hagamos un ejercicio teórico, con un alcance meramente pedagógico. Y es lo siguiente: en el pensum que existe generalmente en los centros de estudios, hay cursos que se brinda a los alumnos que no tienen entidad propia, sino que responden a criterios de utilidad o pragmatismo de diversa laya o incluso de carácter formativo. El clásico curso de “Introducción al Derecho” sobre el cual existe infinidad de manuales en el mundo iberoamericano, tiene un propósito meramente pedagógico, pues en realidad no es una disciplina independiente ni con perfiles autonómicos como es el Derecho Civil o el Derecho Penal. Otro curso creado con fines igualmente pragmáticos es el llamado “Derecho Corporativo”, término tomado del inglés y que está referido al conjunto de normas que regulan el mundo empresarial (mercantil, tributario, industrial, etc.) y que incluso ha dado a pie a la creación de maestrías en Derecho Corporativo. Existen otros incluso más circunscritos, que tienen solamente un fin curricular, como es el llamado “Derecho Marcario”, o sea, el derecho de marcas que, como sabemos, bien puede estar dentro del Derecho Industrial o del Derecho Comercial. Y así sucesivamente.

Con ese mismo criterio pragmático, bien podría pensarse en un curso que se denomine “Derecho Convencional” dedicado expresamente a juntar y desarrollar el control convencional, tanto a nivel interno como externo. Y cuyo desarrollo merece un tratamiento aparte.

11. Conclusión preliminar

Es indudable que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, representado básicamente por la Comisión y la Corte Interamericana ha demostrado su utilidad. Quizá más la Comisión, por ser más accesible, por su afán conciliatorio



y por la búsqueda de arreglos entre las partes. Y esto en un continente en donde las violaciones de los derechos humanos son endémicas y los Estados parecen poco preocupados por ellos, o en todo caso, más urgidos por otros problemas que son más rentables a nivel electoral. Al fin y al cabo, para el político común y corriente el problema de los “derechos humanos” no está entre los temas urgentes de su agenda.

Pero eso no impide señalar las limitaciones existentes, sus excesos y sobre todo la presencia de actores que hacen de los derechos humanos – ante la ausencia de la sociedad civil – un negocio o una manera rápida de hacer política. Y muchas veces de política pedestre y ramplona. Y esto, lamentablemente no podrá revertirse de la noche a la mañana. Tomará tiempo. En última instancia, la gran responsabilidad recae sobre los Estados, que son precisamente el primer peldaño del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al cual deberían honrar y prestar las seguridades del caso. Al fin y al cabo, la Comisión y sobre todo la Corte deberían ser, en cierto sentido, residuales en relación con las acciones de los Estados. Y sobre todo más prudentes en su actuar, evitando los desaguisados que hemos visto en los últimos años.

Lima, febrero de 2015
Revisado en mayo de 2015

APENDICES

I. Bibliografía: Es inmensa sobre el tema y dispersa en revistas especializadas. Los que más se han dedicado al tema son, entre otros, Héctor Fix-Zamudio, Sergio García Ramírez, Néstor P. Sagüés, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Juan Carlos Hitters, Víctor Bazán, que lamentablemente no siempre han reunido sus trabajos en libros o folletos. Nos limitamos a unas cuantas referencias:

-Rubén Hernández Valle, Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2011; Héctor Faúndez Ledesma, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 1999; Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional, American University, Distribuciones Fontamara, México 2006; Susana Albanese, Coordinadora, El control de convencionalidad, Ediar, Buenos Aires 2008; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez, Giovanni A. Figueroa Mejía, Coordinadores, Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal y UNAM, 2 tomos, México 2014; Juan Carlos Hitters y Oscar Foppiano, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ediar, 2da edic., 5 tomos, Buenos Aires 2007-2011; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Panorama del Derecho procesal constitucional y convencional, Edit. Marcial Pons-UNAM, Madrid 2013; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Coordinador, El control difuso de convencionalidad, FUNDAP, Querétaro (México) 2012; Luiz Guilherme Marinoni y Valerio de Oliveira Mazzuoli, Controle de Convencionalidad. Un panorama latino-americano, Gazeta Jurídica-ABDPC, Brasília 2013; Carlos Ayala Corao, Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2012; Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés, Coordinadores, El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo, UNAM, México 2013; José Carlos Remotti Carbonell, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto de Derecho Europeo, Barcelona 2004; Sergio García Ramírez, Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana, UNAM, México 2002; Sergio García Ramírez, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Editorial Porrúa, México 2007; Sergio García Ramírez, Relación entre la



jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales) Algunas cuestiones relevantes, en “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, Madrid, núm. 18, 2014 (con apuntes críticos); José María Serna de la Garza, Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano, UNAM, México 2012; Susana Y. Castañeda Otsu, El control de convencionalidad y su aplicación en un sistema dual de constitucionalidad. La experiencia peruana en AA.VV. “Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y riesgos”, Susana Castañeda Otsu, Coordinadora, Adrus Editores, Lima 2014; Osvaldo A. Gozaini, El impacto que produce en el derecho interno el control de convencionalidad en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, enero-junio de 2014, núm. 21; Javier García Roca, La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración en “Teoría y Realidad Constitucional”, 2do semestre de 2007, núm. 20; Juan Carlos Hitters, Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana en “Pensamiento Constitucional”, núm. 18, 2013; Juan Carlos Hitters, ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? en “Revista Peruana de Derecho Público”, núm. 17, 2008; Humberto Nogueira Alcalá, Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, núm. 135, sept.-dic. 2012; José Ovalle Favela, La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados Latinoamericanos en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, núm. 134, mayo-agosto de 2012; Ernesto Rey Cantor, Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, Editorial Porrúa, México, 2008; Héctor Fix-Zamudio, Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de Derechos Humanos en “Anuario” de la Academia Peruana de Derecho, núm. 11, 2010-2012; Néstor P. Sagüés, Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, en “La Ley”, 2010-D.; Néstor P. Sagüés, El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano en AA.VV. “La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale comune?”, UNAM et alter; A. von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales, Coordinadores, tomo II, México 2010 (la obra tiene varios y valiosos artículos sobre el tema); Vítolo, Alfredo M., Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad” en “Pensamiento Constitucional” núm. 18, 2013; Marcelo R. Peregrino Ferreira, O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa. Direitos Políticos e Inelegibilidades, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2015; Domingo García Belaunde y José F. Palomino Manchego, El control de convencionalidad en el Perú en “Pensamiento constitucional”, núm. 18, 2013.

II. Caso 11.836. Informe núm. 137/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (27 de diciembre de 1999) en la denuncia interpuesta contra Chile por la existencia en su Constitución de la figura de los “senadores designados”.

En este caso, que sacamos a colación por su carácter lejano para una mejor comprensión y perspectiva, se vio de parte de la Comisión- si bien con un voto salvado - un criterio marcadamente político y con inequívoca intención partidaria. Se publica aquí un resumen, aparentemente oficial, pero que sintetiza el caso. El texto completo puede verse en el sitio web de la Comisión.

I.- A MANERA DE INTRODUCCION

Con fecha 9 de enero de 1998, un grupo de ciudadanos chilenos, interponen ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una denuncia contra la



República de Chile, por la supuesta violación de los derechos políticos y del derecho a la igualdad, consagrados en los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en perjuicio de la sociedad chilena y de los propios denunciantes, en particular.

Los denunciantes, también llamados peticionarios, alegan que la figura del senador vitalicio (General Augusto Pinochet) y de los senadores designados, establecidos en el artículo 45 de la Constitución chilena, distorsiona la soberanía popular, las elecciones dejan de ser auténticas y se quebranta la esencia de la institucionalidad democrática representativa. Asimismo, los peticionarios alegan que “los senadores designados” constituyen una institución que viola el derecho a la igualdad del sufragio y la soberanía popular, y representa un obstáculo para la modificación de las instituciones no democráticas incorporadas en esa Constitución.

Sostienen que la figura de los senadores designados vulnera los artículos 23(1) (c) y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto consagran el derecho y oportunidad de tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas del Estado. Añaden que esa igualdad de derechos y oportunidades no se da en un sistema donde algunos de los elegidos para ocupar cargos en el Poder Legislativo, son designados exclusiva y excluyentemente, entre un grupo muy reducido de personas.

Por su parte, el Estado chileno cuestiona la naturaleza contenciosa de la denuncia, señalando además que ella se refiere a la situación política interna de su país. Agrega que la existencia de aspectos políticos y jurídicos que son considerados obstáculos para el pleno desarrollo de la democracia, o de un concepto ideal de ella, no puede ser asimilada a hechos violatorios de derechos humanos.

Chile reitera que la denuncia da cuenta de una situación de naturaleza estrictamente política, que no le compete a la Comisión evaluar.

II.- POSICION DE LAS PARTES

1.- Los denunciantes o peticionarios

Los denunciantes alegan:

a.- Que la designación de senadores al margen del sufragio universal, viola en concepto de sufragio igual contenido en el artículo 23(1) (b) de la Convención, puesto que los senadores designados, requieren para llegar al Senado la voluntad de un número muy reducido de personas.

b.- Que la figura de los senadores designados quebranta el artículo 23(1) (c) de la Convención Americana, referido al derecho y oportunidad de tener acceso en condiciones de igualdad, a las funciones públicas del Estado.

c.- Que la desigualdad en el valor del voto y en el acceso a los cargos públicos constituyen una abierta transgresión del artículo 24 de la Convención Americana, en cuanto señala que todas las personas son iguales ante la ley.

d.- Que al designarse un 20% del Senado chileno por procedimientos corporativos y al margen del sufragio universal, se usurpa a la soberanía popular una proporción equivalente de poder natural, motivo por el cual las elecciones dejan de ser auténticas, transgrediéndose el artículo 23(1) (b) de la Convención Americana.

e.- Que la incorporación en el Senado de Chile de una persona a título de ex-Presidente de la República, sin que para tal cargo hubiese sido elegido por el pueblo, constituye una violación de la prohibición de discriminación consagrada en la Convención.



2.- El Estado

El Estado sostiene que:

a.- No puede exigirse al actual Gobierno constitucional, que transgreda la institucionalidad heredada o que pretenda modificarla, por medios ajenos a esa misma legalidad.

b.- En tres oportunidades, el Senado rechazó los proyectos del Ejecutivo destinados a suprimir la cuestionada institución de los senadores designados y vitalicios, y es imposible modificar la Constitución vigente por vías distintas, a las que la propia ley fundamental establece.

c.- Esta denuncia no es de naturaleza contenciosa, y ella plantea aspectos relacionados con la situación política de Chile.

d.- Las formas de consagración de los derechos políticos por los diferentes Estados partes de la Convención pueden diferir, pero no por ello se deben considerar como aspectos que merezcan un cuestionamiento de aquellas tradiciones democráticas.

e.- Las presuntas violaciones alegadas por los denunciantes no le son imputables al Gobierno actual, y sobre ello no tienen responsabilidad alguna.

III.- ANALISIS DE FONDO

A.- La democracia representativa y los derechos humanos.

La Comisión ha expresado que la democracia representativa, es la forma de organización del Estado explícitamente adoptada por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. En el punto 35 del Informe se resalta que la relación entre la democracia representativa y la vigencia de los derechos humanos, ha sido reafirmada en varias reuniones de consulta, conferencias interamericanas, protocolos adicionales y resoluciones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

A juicio de la Comisión, el concepto de democracia representativa se asienta sobre el principio de que el pueblo, es el titular de la soberanía política y en ejercicio de esta soberanía elige a sus representantes para que ejerzan el poder político.

En definitiva, la Comisión reitera que el ejercicio de los derechos políticos es un elemento esencial del régimen de la democracia representativa, lo cual supone, además, la vigencia de otros derechos humanos. Igualmente, implica la tutela de esos derechos civiles y políticos, en el marco de la democracia representativa, así como la existencia de un control institucional de los actos que ejercen los poderes del Estado y la supremacía de la ley.

B.- La figura del senador vitalicio General Augusto Pinochet, los senadores designados y los principios de la democracia representativa.

La Comisión considera que un verdadero sistema de democracia representativa es aquel que se esfuerza en partir de la confianza del pueblo en la designación de sus gobernantes y que se le reconozca siempre como titular del poder y beneficiario único de sus actuaciones.

En este caso, se denuncia que el establecimiento de un grupo de senadores, designados de entre listas de origen corporativo por determinados órganos del poder público, resulta violatorio del derecho a la participación política universal e igual.



Respecto al caso de los senadores vitalicios, si bien se puede afirmar que esta figura ha sido incorporada en algunos Estados miembros (v.g. en el artículo 148 de la Constitución venezolana de 1961 o el artículo 189 de la Constitución paraguaya), en Chile la figura de la senaduría vitalicia fue impuesta por un régimen de facto, lo que implicó la autodesignación del entonces Jefe de Estado de Chile, General Augusto Pinochet. Mientras en otros países americanos, la figura de la senaduría vitalicia se consagra solo para los Presidentes democráticamente elegidos, en Chile se ha aplicado para introducir en el Senado a un ex-Jefe de Estado que no fue electo mediante sufragio auténtico, libre, secreto y universal.

En el punto 67 del Informe, la Comisión señala que la figura de los senadores designados compromete la legitimidad misma del Estado de Derecho, al quitar al pueblo soberano la posibilidad de elegir un número significativo (20.83% hasta ahora) de sus representantes.

Agrega que la situación disminuye notablemente la posibilidad de que exista la representatividad necesaria entre el pueblo y sus representantes. Considera la Comisión que los efectos de la figura de los senadores designados, configuran en la práctica un enclave autoritario que ha evitado que culmine la transición a la plena democracia representativa. En el punto 70, la Comisión advierte sobre el efecto negativo que tiene la aplicación del sistema de enclaves autoritarios estipulado por la Constitución en el desenvolvimiento cotidiano de la democracia chilena, la cual ve disminuido su poder de reacción frente a los vestigios autocráticos, en contra de la verdadera voluntad del pueblo.

Considera la Comisión que el sistema de designación de senadores establecido en el artículo 45 de la Constitución chilena, afecta el núcleo esencial de la democracia representativa, al privar al pueblo soberano y a las víctimas en el presente caso (peticionarios) de la posibilidad de elegir un número importante de sus representantes al Senado chileno.

La Comisión señala que sí tiene la facultad para examinar si el efecto de una medida adoptada por un Estado viola los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana. Agrega en el punto 75 del Informe, que es competente para investigar y determinar si los actos o preceptos jurídicos de un Estado son violatorios o no de los derechos de los sujetos protegidos por la Convención. Pese a ello, reconoce que no le compete diseñar modelos de cláusulas constitucionales que garanticen los derechos establecidos en la referida Convención. Precisa, ante todo, que lo que pretende es evitar que las normas del Estado, incluidas las constitucionales, se conviertan en un obstáculo insalvable para el sistema de protección de los derechos humanos.

Ello se traduce en la violación del derecho de votar por sufragio universal e igual consagrado en el artículo 23(1) (6), al señalarse que un reducido número de electores pueden elegir a los senadores designados. Asimismo, se produce la violación del derecho al sufragio activo e igual y el derecho al trato igual ante la ley, consagrados en los artículos 23(1)(b) y 24 de la Convención respectivamente, debido a que en la conformación del Senado chileno existen ciudadanos con el privilegio del doble voto preferencial: ciertos ciudadanos además de participar en las elecciones regionales para elegir mediante el sufragio universal a los senadores así electos, están facultados para elegir en forma unipersonal (caso del Presidente de la República) o como integrantes de un grupo muy reducido de personas a senadores que componen aproximadamente el 20% de dicho cuerpo.

También concluye la Comisión que, el derecho al sufragio pasivo (derecho a ser elegido por sufragio universal e igual) consagrado en el artículo 23(1) (a)(b)(c) ha sido violado en virtud del efecto de las disposiciones contenidas en el



artículo 45 de la Constitución de Chile y su continuada aplicación.

La Comisión concluye en el punto 126 del Informe que la figura de los senadores designados y la figura del senador vitalicio, constituyen una vulneración de los derechos políticos de participación representativa sin discriminación, consagrados en los artículos 23 y 24 de la Convención, en perjuicio de los ciudadanos chilenos identificados como víctimas en el caso, y del resto de la sociedad chilena.

En el punto 159 del Informe la Comisión reitera las conclusiones contenidas en el Informe 78/99 en el sentido que el Estado chileno, mediante el efecto del establecimiento de los llamados senadores designados y el senador vitalicio General Augusto Pinochet, establecidos en el artículo 45 de la Constitución chilena y su aplicación por las autoridades señaladas, ha vulnerado los derechos humanos de Andrés Aylwin Azócar, Jaime Castillo Velasco, Roberto Garretón Merino, Alejandro González Poblete, Alejandro Hales Jamarne, Jorge Mera Figueroa, Hernán Montealegre Klenner, Manuel Sanhueza Cruz, Eugenio Velasco Letelier, Adolfo Veloso Figueroa y Martita Woerner Tapia, víctimas en el presente caso, a la participación política y a la igualdad sin discriminación, consagrados en los artículos 23 y 24 de la Convención Americana; así como su obligación de adecuar su ordenamiento jurídico para cumplir con sus compromisos internacionales, a fin de garantizar los derechos establecidos por la Convención en su artículo 2.

IV.- RECOMENDACIONES

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomienda al Estado chileno, adoptar las medidas necesarias para adecuar su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de la Convención Americana, a fin de que se garantice plenamente a todos los ciudadanos chilenos, incluidas las víctimas en el presente caso, el ejercicio de su derecho a votar y a ser elegidos en condiciones generales de igualdad, consagrados en los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la composición del Senado de la República, como órgano legislativo bicameral de representación popular del Congreso de ese país.



II

VOTO DISIDENTE DEL COMISIONADO ROBERTO KOGOD GOLDMAN

A continuación se detalla los puntos más saltantes de su voto disidente:

1.- Señala que comparte los aspectos de la decisión de la mayoría, que se refieren a la noción de la democracia representativa como núcleo esencial y base fundamental sobre la cual descansa la protección y promoción de los derechos humanos en el Sistema Interamericano.

2.- Recuerda que la protección prevista por las normas del Sistema Interamericano ha sido concebida como un mecanismo subsidiario, conforme al cual la responsabilidad primaria en la protección de los derechos humanos recae sobre los Estados miembros.

3.- Señala que si bien el artículo 23 de la Convención, consagra el derecho a elegir y ser elegido y establece estándares de autenticidad, periodicidad, universalidad y secreto, a ser satisfechos por las normas electorales con el fin de asegurar la libre representación de la voluntad de los electores, esa norma no establece un tipo o modalidad electoral específica para la elección de los integrantes de la legislatura,

tal como la representación proporcional o la mayoría mediante una o dos vueltas electorales. Agrega que a pesar que el artículo 23 descansa sobre el presupuesto de la existencia de una estructura de gobierno de carácter democrático y representativo, no define un modelo definitivo conforme al cual el Estado deba organizarse con el fin de institucionalizar la democracia representativa de manera ideal, y menos aún el modo en el cual deben distribuirse los escaños en el órgano legislativo.

4.- Considera que a menos que la estructura institucional establecida por el Estado impida de manera manifiestamente arbitraria, la expresión de la voluntad de los ciudadanos, la Comisión debe en principio evitar emitir juicios sobre su proximidad a un modelo ideal. Las cuestiones relativas a la conveniencia de ciertos modelos de participación política, encajan más propiamente dentro del mandato de la Comisión de promover los derechos humanos. Indica que en virtud de dicho mandato, la Comisión está facultada para recomendar la adopción de medidas específicas en sus informes especiales o sobre países, con el fin de mejorar y fortalecer dichos modelos. Sin embargo, agrega que la Comisión ha mostrado en el pasado cierto grado de deferencia en favor de los Estados partes, al interpretar el artículo 23, tal como sucedió, cuando se habilitó a Guatemala a establecer ciertas limitaciones al derecho a ser elegido, a la luz de contexto histórico en el cual fueron adoptadas.

5.- Agrega que no surge de los alegatos de los peticionarios en el presente caso, que se encuentren impedidos de votar o ser elegidos u obligados a participar en las elecciones en condiciones de desigualdad con el resto de los votantes o los candidatos al 80% de las vacantes de la cámara alta, dentro del sistema bicameral que rige al Congreso chileno. Agrega que las alegaciones de los peticionarios se relacionan con la conveniencia de la asignación automática del 20% de los escaños en la cámara alta del órgano legislativo, conforme a ciertos criterios basados principalmente en la participación previa en la función pública.

6.- Añade que el arreglo previsto en la Constitución chilena, es comparable a aquél que rige en varios sistemas democráticos de este Hemisferio y otras regiones del mundo, y es el resultado de factores históricos, sociales o políticos, en su naturaleza.

7.- Considera que la Comisión debe evitar, en lo posible, asumir el papel de órgano supraconstituyente de los Estados, con el fin de “perfeccionar” su estructura política.

8.- Señala que es consciente de que el prominente rol de un ex-dictador contiene un alto valor simbólico que de por sí ha generado y continúa generando reacciones negativas, tanto en Chile como en el exterior. Sin embargo, señala, el reproche moral no puede por sí mismo justificar el que un órgano como la Comisión, interfiera con la prerrogativa en principio reservada a cada Estado, para diseñar su propio sistema de representación política, a menos que el sistema adoptado sea manifiestamente arbitrario.



Las Comisiones Investigadoras y las diferencias entre las Sentencias Tineo Cabrera y Toledo

The Inquiry Commissions and the Differences between the Tineo Cabrera & Toledo's Judgments¹

César Landa Arroyo²



Resumen: En la presente entrevista el autor trata las diferencias entre la sentencia Tineo Cabrera y la sentencia Toledo, que gira en torno a las precisiones que hiciera el Tribunal Constitucional respecto a los derechos fundamentales como la comunicación previa y detallada y el levantamiento del secreto bancario realizadas en sede parlamentaria. Asimismo, da su opinión sobre el desempeño de las comisiones investigadoras y las mejoras que se deben implementar para su actuación objetiva y no arbitraria.

Palabras clave: Comisiones Investigadoras - Sentencias - Precisión de Contenido - Comunicación Previa y Detallada - Secreto Bancario - Democracia

Abstract: The present article addresses the issue about the differences between the Tineo Cabrera and Toledo's precedents, which is about the clarifications made by the Constitutional Court concerning the fundamental rights like prior and detailed notification and lifting banking secrecy made in assembly parliamentary. Likewise, give its opinion about the inquiry commissions performance and the improvements that must be implement to its objective actuation and non-arbitrary.

Keywords: Inquiry Commissions - Judgments - Accuracy Content - Prior and Detailed Notification - Banking Secrecy - Democracy



1. ¿Cuáles cree usted que son las principales diferencias entre las dos sentencias y cuál sería el impacto que tendrían los precedentes vinculantes de la Sentencia Toledo en las actuales y futuras comisiones investigadoras?

Es importante recordar que la sentencia Tineo Cabrera que dictó el anterior Tribunal Constitucional estableció una serie de presupuestos del control judicial de los actos parlamentarios, concretamente, en relación a este vocal supremo, en el cual se otorgaba una serie de medidas de protección, uno diría que es legítima la protección frente a los decretos arbitrarios que pueda tener un órgano político como es el Parlamento, sin embargo, los instrumentos que se fueron consagrando en el caso Tineo Cabrera y que fueron aplicados al caso de las investigaciones, por ejemplo, del expresidente García resultaron manifiestamente, por decir así, ilegítimas.

Entonces, es importante diferenciar cuando decimos que toda decisión de una autoridad no está exenta del control constitucional, pero una cosa es el ejercicio que haga una autoridad judicial que investiga hechos y delitos, incluso de una autoridad pública, con todas las garantías del derecho penal y; otra cosa es la investigación sobre asuntos de interés público que hace el Parlamento, a través de sus diferentes

¹ Publicado en la revista IUS ET VERITAS No. 51. Diciembre 2015. Pontificia Universidad Católica del Perú.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares de España. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP. Ex magistrado y ex Presidente del Tribunal Constitucional.

comisiones o procedimientos; con lo cual el control que se haga de esas actuaciones es legítimo, pero tiene matices que son diferentes a las que se lleva a cabo en la vía judicial.

Por eso yo diría que la sentencia Toledo ha reestablecido, fundamentalmente, el orden de lo que significa la tarea de una comisión de fiscalización y/o de control, pero estableciendo con claridad que el deber de las comisiones de dar a conocer, por ejemplo, los cargos dependerá del ámbito de su actuación, dependerá del estado en el que se encuentre la respectiva investigación y de la naturaleza de la investigación; porque si una comisión investigadora solamente investiga, distinto de la tarea de una comisión acusadora que acusa a una persona por hechos ilícitos o infracción constitucional, es distinto a que se investigue hechos, que es el objeto de una comisión investigadora del cual subsidiariamente pueda resultar eventualmente implicada una autoridad. Porque en ese caso esa comisión investigadora no puede imputarle a esa persona responsabilidades sino que tendrá que pasar a lo que se llama una acusación constitucional en la medida que un congresista o quien tenga legitimidad solicite que se acuse constitucionalmente en base a esta investigación, que se deliberará y se votará en el Pleno del Congreso, que tiene dos etapas donde se gozará de todas las garantías de la defensa y del conocimiento de los cargos.

Entonces, por eso me parece importante que de acuerdo al precedente Toledo el Congreso debe dar a conocer los “cargos” respectivos que va a depender del ámbito y del estado en el que se encuentre la respectiva investigación, no siendo una obligación que pueda imponerse; sino en función del análisis de cada caso en particular. O sea, no se puede aplicar a rajatabla, que haya una acusación o investigación y una persona involucrada considere que se le debe precisar los cargos específicos por los cuales se le imputa o se le llama en calidad de declarante o testigo como si estuviese en un proceso penal; entonces, la labor del juez constitucional, de acuerdo a este precepto del Tribunal, es una labor de análisis procesal-constitucional no es una labor mecánica, donde simplemente hay una acusación, entonces se le aplica todas las reglas del proceso penal.

2. Un precedente vinculante de la Sentencia Toledo dispone que las notificaciones que envían las comisiones investigadoras al investigado deben dar a conocer los “cargos” respectivos dependiendo del ámbito y del estado en el que se encuentre la investigación, y ya no todos los “cargos” desde un primer momento, como se interpretó a partir de la Sentencia Tineo Cabrera. ¿Considera que fue óptimo realizar esta precisión en relación al contenido del derecho a la comunicación previa y detallada?

Si bien en parte ya he dado respuesta a esta primera pregunta, quisiera hacer, ante todo caso, precisar lo siguiente. Las garantías del derecho de defensa que se fundan en el principio acusatorio, en virtud del cual me imputan de cargos, yo tengo derecho a conocer cuáles son esos cargos, es una garantía de la investigación fiscal, eso es ineludible, lo cual no obvia que algún grado, obviamente, de conocimiento, el necesario, el justo a una investigación parlamentaria, deba ser conocida por la persona que está siendo investigada, si hablamos de un tema de acusación constitucional. Esto quiere decir, entonces, que es importante también que la labor que realiza el Parlamento en sus funciones de investigación, o de acusación, o de juicio, o de fis-



calización, etcétera, deba tener una garantía de imparcialidad, pero claro uno dice que es una sede parlamentaria donde hay gobierno y oposición, claro, retrotraemos y entonces diríamos que cómo es posible que habiendo gobierno y oposición, mayoría y minoría se le encargue al Parlamento a juzgar ciertos actos parlamentarios de políticos, donde el razonamiento no va a ser estrictamente jurídico sino político.

Al respecto, es importante distinguir que el Parlamento tiene una naturaleza política por excelencia, y por eso tiene las competencias no solo de dar leyes, o representar, sino también fiscalizar, investigar y, en fin, sancionar a altas autoridades; pero, esa tarea adicional de sanción es excepcional como es el caso del juicio político en concreto por que el Parlamento es el que sanciona, a diferencia de una acusación donde solo se determina que ha lugar una investigación por una investigación penal, esto da lugar a que el Ministerio Público acuse y la Corte Suprema investigue y sancione respectivamente, pero en el único caso en el cual el Parlamento tiene todas las atribuciones, incluso para sancionar es en el caso del juicio político y bueno, como decíamos, también la Comisión de Ética puede establecer es una sanción administrativa, que finalmente es una sanción menor, pero de igual trascendencia política.

Entonces, el control político que hace el Parlamento a diferencia del control judicial es objeto de revisión, no es definitivo, para un órgano judicial, pero en esa labor de control judicial, porque nadie está exento del control que se haga en base a la Constitución, pero tienen que tener un canon de control, o sea, yo no puedo como juez aplicar lo mismo para un proceso penal que a un proceso de carácter parlamentario o civil. En ese sentido, es importante recordar también lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado la necesidad de asegurar el debido proceso.

Así, en el caso de los magistrados del TC, la Corte estableció algunos criterios de por qué ese juicio, en primer lugar, siendo un proceso parlamentario, también está sujeto a ciertas garantías materiales que la jurisdicción lleva a cabo; es ese sentido, se estableció que no se había respetado algunos elementos propios del debido proceso, ciertamente la acusación no estaba delimitada, no hubo suficiente tiempo para defenderse, o también la suficiente imparcialidad para que la defensa, ya no solamente personal, sino también que los abogados pudieran ejercer.

En ese sentido, es distinta también la sentencia que la Corte ha dictado en materia de control de decisiones judiciales, nacionales, como en el caso Castillo Petrucci contra Perú donde dijo que el procedimiento era nulo porque no había garantizado elementos mínimos del debido proceso, del derecho de defensa, del principio de legalidad. En otros casos, Genie Lacayo contra Nicaragua, o también Barreto Leiva contra Venezuela que se han usado mucho en el debate nacional, ahí la Corte condenó que a la persona procesada penalmente en Venezuela no se le había garantiza el conocimiento de los cargos específicos o la calidad en la cual era citado a una comparecencia, porque no había precisión sobre la naturaleza de su participación, lo cual condenó.

En ese sentido, estamos hablando sobre todo de procesos penales y, en relación al proceso constitucional, del juicio político de los magistrados del Tribunal Constitucional, dijo que había garantías mínimas que debían respetarse, distinto a la exigencia del escrutinio o del estándar alto para procesos penales donde condena



el caso de Genie Lacayo vs. Nicaragua, Castillo Petruzzi vs. Perú, Barreto Leiva vs. Venezuela, entre otros. Entonces, el canon de control de un juez debe tener un estándar que debe ser estricto cuando lo que se está juzgando son hechos que vinculan a autoridades donde se pone en peligro su libertad y su patrimonio, o sea, procesos penales o sancionadores, o administrativos; eventualmente, políticos que tuvieran esa consecuencia como puede ser un juicio político, donde me destituyen un cargo porque me acusan de ser un corrupto.

Pero es distinto una comisión que investiga donde no hay sanciones, de este modo el canon del control es mucho más abierto, más flexible, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional dependerá en cada caso, lo que la comisión investigadora deberá dar a conocer los cargos respectivos dependerá del ámbito y del estado en que se encuentre la respectiva investigación porque la investigación también parte de investigar hechos, no personas, según la Constitución no como dice el erróneo criterio de la sentencia Tineo Cabrera que señala que se estaría protegiendo a personas cuando son los hechos objeto de una investigación lo que habilita una comisión investigadora.

De esta forma, la comisión investigadora también va avanzando, de formular investigación por hechos hasta encontrar que, a partir de esa investigación de hechos, hay personas involucradas, si bien no es su objetivo una acusación, que es tarea de otra comisión, una vez que la primera ha elaborado un informe y es aprobado por el Pleno del Congreso y alguien asume la denuncia constitucional para abrir acusación.

Esa circunstancia de que ya exista cierta relevancia de una autoridad pública o política de haber participado en esos hechos, en consecuencia, claro, va generando un grado de garantía a la persona que va a ser citada o convocada para que esclarezca cierta información. Entonces, los cargos están en función, como dice la sentencia Toledo, del grado del avance, la naturaleza del proceso parlamentario y el estándar o canon que el juez debe adoptar de manera flexible en función de la naturaleza del proceso parlamentario.

3. ¿Qué opinión le merece la rectificación del TC en la Sentencia Toledo sobre los requisitos para el levantamiento del secreto bancario, su inclusión como precedente vinculante y, en especial, el extremo que señala que no solo es aplicable para los casos posteriores sino también para los casos en curso?

La diferencia entre la sentencia Toledo y la sentencia Tineo Cabrera es que la primera es un precedente vinculante de conformidad con el artículo VII³ del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la sentencia Tineo Cabrera no es un precedente vinculante aunque en el fallo dijeron que esto tendría que ser aplicado, pero jurídicamente ni siquiera es una doctrina jurisprudencial, el Código Procesal Constitucional diferencia entre la doctrina jurisprudencial como aquella sentencia que se repite por lo menos tres veces sucesivamente y crea una línea jurisprudencial, pero Tineo Cabrera fue solamente un caso y no se reiteró nunca. Pero, en el precedente vincu-

3 “Artículo VII.- Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”.

lante el Tribunal puede darle efectos normativos al contenido con el cual ha resuelto, en el caso de Tineo Cabrera no, porque simplemente desconocen el artículo VII; con el cual tiene fallas estructurales, desde el punto de vista procesal, incluso, de su construcción jurídica. En cambio, la sentencia Toledo, sí, el nuevo Tribunal, advierte, los errores jurídicos señalados y establece un precedente vinculante, con lo cual le otorga un efecto vinculante, pero el Código Procesal Constitucional señala que es un efecto normativo y las normas son erga omnes, para todos, y tienen fuerza de ley.

En todo caso, las comisiones investigadoras pueden solicitar el levantamiento del secreto bancario. Entonces, si una comisión investigadora lleva a cabo su labor investigadora y encuentra que es necesario levantar el secreto bancario del titular, pero también de las personas que puedan estar vinculadas al hecho de una investigación. La Constitución en el artículo 2 numeral 5 señala que:

“El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”⁴.

Entonces, al caso investigado, esa es la relevancia, no es la persona porque una investigación no está acusando, entonces se podría pedir el levantamiento del secreto bancario de las personas en relación al caso.

Entonces, el primer suceso que debe necesariamente verificarse antes de solicitar el levantamiento del secreto bancario es la conformación de la comisión investigadora más no la comunicación al investigado de los hechos por los cuales se va a investigar, es decir, eso es lo que señala la sentencia Toledo, pero claro a veces de manera preliminar quiere levantarse el secreto bancario y no es así, tiene que formalizarse una comisión, una Comisión, además, que no es cualquier cosa, ahí hay una serie de garantías de legalidad, tiene que estar prevista en el reglamento, y el acuerdo del Congreso en torno al objeto que tiene que ser delimitado.

En segundo lugar, tiene que haber un principio de imparcialidad, y la imparcialidad cómo juega si aquí hay mayorías y minorías, bueno por eso ahí juega también el rol de la pluralidad, esas comisiones no pueden ser únicamente mayoría. El Pleno del Congreso finalmente aprueba la Comisión y sus integrantes y ahí hay mayorías y minorías, pero depende del talante democrático y de la fuerza de la opinión pública para que la mayoría, en todo caso, respete las cuotas de la minorías que son proporcionales, porque de lo contrario uno podría denunciar que esa comisión viola la garantía de la imparcialidad.

La publicidad también es una garantía como en todo proceso o procedimiento de que el tema que va a ser investigado o las personas que estarán involucradas, dependiendo de la naturaleza del proceso salvo; que haya temas reservados. La reserva de la información tendrá que estar justificada por razones de orden publicado, se-

4 “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”.



guridad nacional o intimidad, no patrimonial claro está, yo creo que los funcionarios públicos están sometido a mayores controles porque, primero, ellos han pedido el voto de los ciudadanos a diferencia de cualquier otra persona que pueda ser investigada pero no ha pedido el voto ciudadano; segundo, esos funcionarios públicos que son electos manejan presupuesto público, o sea, impuestos nuestros, ellos están administrando los ingresos tributarios, los recursos naturales de todos los peruanos a diferencia que una persona que está siendo investigada por peculado pero propio, no por un hecho de manejo de fondos públicos.

Lo que se quiere decir es que al funcionario público no se le puede igualar a una persona natural cualquiera, sino, esta con menores derechos porque él ha optado por esa función al ser electo, o al pedir el voto ciudadano y tener muchos poderes, de manejar la hacienda pública y dar las leyes o los reglamentos. Entonces, hay una relación directamente proporcional: más poder más control, más control no supone que no tengas derechos, tendrás los básicos, pero no como un ciudadano cualquiera, por eso es un funcionario público. En ese sentido yo diría que los funcionarios públicos que son investigados en materia de secreto bancario, su secreto bancario tiene menor grado de protección que un particular por las razones señaladas.

4. ¿Cómo califica el desempeño que han tenido las últimas comisiones investigadoras? ¿Qué mejoras jurídicas, en cuanto a su conformación y sus límites al momento de ejercer funciones, considera que deben implementarse para hacer que su desempeño político sea funcional a la democracia y no pernicioso a la institucionalidad?

En primer lugar, considero que las comisiones investigadoras deben tener un reglamento para tener un grado de objetividad mínima, si bien es un tema político que tiene una carga de discrecionalidad por las ideologías, o mayorías o intereses, de pronto hay partidos que les interesa investigar más la corrupción y otros no, por razones obvias, u a otros les interesa investigar más el comportamiento que otros han tenido en la lucha contra el terrorismo y a otros no.

Asimismo, diría yo que el reglamento del Congreso debería definir de alguna forma qué significa cuando por ejemplo el artículo 97⁵ de la Constitución señala que puede crearse comisiones investigadoras sobre cualquier asunto de interés público, porque ese concepto jurídico indeterminado puede ser llenado de manera arbitraria; claro, como no se sabe qué es interés público, ¿puede ser un asunto de interés económico de una empresa articular o una persona particular? O sea, la experiencia de las comisiones que se han creado en los últimos años nos dice que algunas han sido un fiasco, han sido simplemente la expresión del termómetro o la calentura del momento, que de pronto han terminado en nada, alguien ha hecho una relación de estas comisiones y ha recordado que algunas, han hecho gasto público y una series de procedimientos y finalmente han terminado en cero, creo que esta comisión López Meneses es una de ellas. En efecto, hay muchas comisiones que han quedado así, digamos, en el olvido, otras comisiones sí han tenido resultados debatibles como el caso de los narcoindultos, que ha generado todo un proceso judicial, precisamente,

5 “Artículo 97.- El Congreso puede iniciar investigaciones sobre cualquier asunto de interés público. Es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial (...)”

importante para tallar cual es el ámbito, entonces, de actuación o no que debe tener una Comisión y cómo hacerlo como todo lo que ya hemos comentado.

Yo creo que esa experiencia parlamentaria más la sentencia Toledo debería ayudar a ordenar la labor de las Comisiones Investigadoras e ir al Reglamento del Congreso para definir cuál es el estatus de esta comisión, cuál es la naturaleza, cuáles son los alcances, cuáles son los límites, cuál es el canon, como decía, de actuación, de interpretación que hacen estos políticos porque no son jueces, obviamente, para poder darle mayor institucionalidad a la tarea de la comisión que no va a quitar que sea una entidad política, pero no por ser político tiene que ser arbitrario. Por eso, una forma de revalorar el quehacer político es que frente a la ausencia de sanción judicial, o eventualmente la no investigación que haga un fiscal o el poder judicial por distintas razones, sea el órgano político el que con coherencia o con consensos básicos ponga en evidencia que ha habido infracciones constitucionales de naturaleza política, que den pautas para que luego se investigue, se sancione a la instancia que corresponda, yo creo que es una tarea que se ha empezado, porque el Tribunal Constitucional está contribuyendo a delimitar, por lo menos, los alcances de esta actuación, y para todos, y esa regla se aplicará para quien sea, sea el actual presidente o cuando deje de serlo, o los funcionarios nuevos que entren de un nuevo gobierno o los anteriores, como ya están los expresidentes, precisamente, investigados.

Pero tampoco con excesos porque considero que el Jefe de Estado, es la primera magistratura de la Nación; pero, por eso tiene más responsabilidad, más transparencia y más control. Pero no por ello los jueces o el Congreso van a exacerbar sus competencias y traer abajo la figura ya no de la persona sino la institución presidencial. Por ello es mejor tener una suerte de juicio de residencia, es decir, terminas tu mandato y ya sabes que vas a ser investigado, precisamente, por eso existía esta figura del juicio de residencia antes de nuestra era republicana, donde el virrey o las altas autoridades o el oidor se quedaban por un tiempo a esperar todas las acusaciones que durante su mandato no podían hacérselos. Hoy está ocurriendo eso en la práctica, todos los ex presidentes desde los 90 están siendo investigados, Fujimori ya está en la cárcel, dos investigados políticamente, otro incluso penalmente, García por el tema del Frontón y otros más.



LAS RESOLUCIONES INIMPUGNABLES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y EL DERECHO AL RECURSO COMO GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA

Omar Sumaria Benavente¹



1. Origen y significado de la apelación como vehículo de articulación y equilibrio entre la sociedad y la autoridad

Pierre Grimal², describe el origen de la apelación a través de la leyenda de Horacio y los Curiacios, y esta se explica como el resultado del equilibrio entre la maiestas del imperium del rey y la ley frente a la maiestas de la libertas del pueblo con el fin de evitar arbitrariedades, en tanto, que es el pueblo quien finalmente es el verdadero detentador del poder y lo delega temporalmente al rey, y la apelación se convierte en un vehículo de devolución de este poder al pueblo.

Por ello, la leyenda de Horacio y de los Curiacios³, en su desarrollo encubre una realidad histórica, que da testimonio de un momento en que la ciudad se soldó a darse una dimensión jurídica nueva tanto en relación con las gentes como en relación con sus reyes.

Narra el relato, que el joven Horacio y sus dos hermanos fueron los campeones de Roma contra la Curiacios quienes eran los campeones de Alba. La victoria de unos u otros debía asegurar a su patria la supremacía sobre la patria del adversario. Los dos hermanos de Horacio habían muerto en el combate contra los tres Curiacios, quienes a su vez habían quedado heridos en el primer combate. Horacio dividió la fuerza de sus adversarios e incito a perseguirlo y luego volviéndose fue matando uno a uno. Vencedor Horacio regresa a Roma y se encuentra en el camino con su hermana Camila quien llora a su prometido muerto, uno de los Curiacios. Horacio indignado le da muerte, lo que es particularmente un crimen grave, porque el asesinato de un miembro de su propio grupo se considera como una traición contra el Estado, perduellio o alta traición.

La situación jurídica para Horacio en ese momento es clara, y depende de su padre. El anciano Horacio, en el tribunal familiar llora a su hija y sus dos hijos muertos, pero se niega a condenar a Horacio, ya que es el único hijo que le queda, ya sea por ternura natural, ya sea porque cree justo el castigo a su hija que ha sido infiel a la patria al haber estado con el enemigo, pero más allá de eso debe hacer cumplir la ley, y con la jurisdicción del rey que castiga los actos de alta traición, no hacerlo sería un acto arbitrario. Y el castigo solo puede ser la muerte a través de una tunda de palos y luego la decapitación con hacha⁴. Ya los lictores, quienes son los agentes de ejecución del rey, habían tomado el cuerpo del joven Horacio y le habían atado las manos cuando en una inspiración que ilumina su espíritu exclama "Apelo a mis conciudadanos"⁵.

Esto creaba una situación jurídica nueva, sin ejemplo, hasta entonces. Acceder a la apelación significaba admitir que la maiestas, es decir, la superioridad

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Procesal, Universidad de Rosario, Argentina. Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín, Colombia. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Instituto Vasco de Derecho Procesal e Instituto Colombo Venezolano de Derecho Procesal.

2 GRIMAL, Pierre. Los extravíos de la libertad. Trad. Alberto Bixio. Gedisa Editorial, Barcelona, 1998. Pág. 26-29

3 TITO LIVIO. Historia de Roma desde su fundación (Ab Urbe Condita). Con las periócas de los libros perdidos. Trad. Antonio Diego Duarte Sánchez. Tomo I, Libros I, 1.24

4 Bajo Tulio Hostilio se habría establecido mediante una ley que el culpable de *perduellio* o alta traición fuese flagelado dentro y fuera de la ciudad y ahorcándolo en un árbol maldecido. Liv, I, 26, 6.

5 Liv. I. 1.26

jurídica que dejaba de pertenecer al rey y pasaría a las manos del pueblo. Así se mostraría una resquebrajadura en el poder monárquico. Pero había algo más, y era el reconocimiento de las maiestas del pueblo frente al rey y frente a las leyes que los mismos reyes debían obedecer, por lo que el pueblo era el soberano y a él le correspondía fijar la pena o absolver al culpable, con lo que finalmente absolvieron a Horacio.

Sin embargo, poco importa que sea legendario o no este episodio que la tradición sitúa en el siglo VII a.C. El episodio es ante todo simbólico y nos informa acerca de la manera en que los historiadores romanos, seis siglos después, se representaban la estructura de la sociedad arcaica en la cual veían la prefiguración de su propio siglo.

De esta forma si bien cuesta trabajo pensar que el invento de este derecho de apelación al pueblo (*jusprovocatio*) naciera de esa manera y por obra de una súbita inspiración de los dioses. En si encierra la idea de una dignidad y de un poder superior reconocida al conjunto de los ciudadanos, la cual no era realmente nueva, sino que era el resultado de las cosas mismas, porque el rey, como ser humano no podía perdurar, y su *imperium*, que le daba un poder absoluto sobre los ciudadanos, el derecho de la vida o la muerte, que colocaba a los ciudadanos en una situación de dependencia total y cuyo *imperium* si se ejercía plenamente suprimía toda *libertas*. El derecho de apelación restituía la *libertas* al poner un límite a eventuales excesos.

Sobre el alcance de la *provocatio* se han esbozado diversas tesis desde la que considera a la simple limitación a la represión criminal por el magistrado (*coercio*) en cuanto impedía que pudiera ordenar la muerte o fustigar un ciudadano sin un proceso regular, hasta la que ve en ella todo un trámite con tres reuniones del pueblo donde se aportaban las pruebas por parte del magistrado acusador y se desarrollaba la defensa para llegar finalmente a una votación. Pero el proceso a través de la *provocatio ad populum* no se aplicaba a todas las situaciones consideradas como objeto de represión, sólo a aquellas conductas que tuviesen como consecuencia la pena capital o patrimonial, y estaba restringida solo para los ciudadanos romanos en un radio de mil pasos de la ciudad⁶ por lo que fuera de estos límites la represión del magistrado a través de *lacoercitio* en cuanto acto de *iusimperium* le permitía obrar discrecionalmente⁷

La intervención del pueblo por medio de la *provocatio ad populum* parece haberse dado en la época monárquica pues las determinaciones en materia de *perduellio* por parte de los *douvirperduellionis* podían ser objeto del recurso ante el pueblo por medio del *provoco*⁸

Sin embargo, formalmente la *appellatio* surgiría más tarde, en el proceso oficial y durante el Imperio. En la República se permitió recurrir a la Asamblea del Pueblo a través de la *provocatio ad populum*, que antes se llamaba *appellare*, lo que en realidad era la *intercessio*, instituto que permitía que un magistrado de igual categoría (control horizontal) o superior (control vertical) o un tribuno intercediera suspendiendo los efectos de la decisión en casos excepcionales. Se decía entonces que la parte lesionada *appelae*.

Pero la verdadera apelación nace realmente en el Imperio. Era una *provocatio* no *ad populum*, sino ante el Emperador, en nombre de quien se dictaba la justicia por los funcionarios, quienes en ese caso “devolvían” la jurisdicción, lo que constituye el efecto esencial de la apelación. Esa *provocatio*, al desaparecer la *intercessio*, se designa con el nombre de apelación.

6 Liv, III, 20,7

7 ESPITIA GARZÓN, Fabio. Historia del Derecho Romano. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. Pág. 116-117

8 Liv, I, 26,8



Según la Ley Julia Iudicium de Augusto, se apela primero ante el prefecto praefectosurbis, y de este ante el Emperador. Inclusive Marco Aurelio autorizó una institución que fue toda una novedad: la apelación de las sentencias del iudex ante el magistrado que lo había designado. Y así aparece una tendencia a multiplicar las apelaciones, contra la que reacciona Justiniano prohibiendo que se apele más de dos veces⁹

Esta limitación a las apelaciones que se deriva posteriormente en la tradición de la “doble instancia”, como indica Mirjan Damaska¹⁰ tiene relación a que el aparato judicial continental fue desarrollado en la Iglesia de Roma, de cuyas ideas sobre la apropiada organización de la autoridad terrenal tenía que reflejar el orden celestial, basándose en la jerarquización de los ángeles.

De hecho, en la tesis medieval sirvió como primer paso en el cometido de la racionalización del derecho a través de la idea de orden jerárquico¹¹, explica Ullmann “el orden era la diferenciación en grados y rangos entre los diversos cargos, organizando, sin embargo, de tal manera que cada uno de estos estuviese bajo la directa dependencia del cargo inmediatamente superior. Las diferencias de rango, función y orden se expresaban por medio del término “jerarquía”. Dios había erigido en los cielos diversos ordenes que tenían una correspondencia en los de la tierra”¹² Subordinación, jerarquía y unidad serían luego los pilares del derecho europeo continental.

Para Katherin Newman la presencia de distintos grados de jurisdicción implican la complejidad del sistema legal con relación a la complejidad del sistema económico, así señala “A fifth dimension of the typology concerns the issue of level of appeal or level of jurisdiction. In some systems of dispute settlement, one institution acts as the first and only hearing body. At the other extreme, one finds lawyers of appeal organized hierarchically above the local level, possibly providing different jurisdictions for different offenses or categories of persons. The existence of multiple levels or areas of jurisdiction above the local level provides an additional basis for differentiating dispute-settlement institutions... Of course, each of the five defining dimensions of a legal system tells something about the complexity of a legal system... a multiple level (or multiple-jurisdiction) structure is more complex than a single level structure”¹³

En dicho sentido, la aparición de la apelación implica la complejidad económica que va tomando la sociedad romana y que se va reflejando en sus formas procesales.

De otro lado, en el derecho romano ya se conoció la distinción entre sentencia nula por vicios de forma, virtualmente inexistente, y la sentencia injusta por vicios in iudicando. Se trata de los errores que pueden existir, por un lado, en los procedimientos; por otro lado, al juzgar en el juicio que constituye la decisión.

La nulidad y la apelación aparecen entonces como institutos distintos. La nulidad, que es común también a los negocios jurídicos, opera ipso iure, en los casos de defectos de la construcción procesal de la sentencia y en los casos de error gravísimo de juzgamiento, en contravención al ius constitutionis.

9 VESCOVI, Enrique. Los recursos judiciales y demás medios impugnativos. De Palma, Buenos Aires, 1945. Pág. 16 - 26

10 DAMASKA, Mirjan. Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal. Trad. Andrea Morales Vidal. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 2000. Pág. 40, Nota 3

11 MARTINEZ MARULANDA, Diego. Fundamentos para una Introducción al derecho. Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 2000. Pág. 118

12 ULLMANN, Walter. Historia del pensamiento medieval. Barcelona, Ariel, 1983. Pág. 32

13 NEWMAN, Katherine S. Law & Economic Organization. A comparative study of preindustrial societies. Cambridge University Press, 1983. Pág. 52-53



La apelación, en cambio, es un instituto absolutamente extraño al derecho privado, por ello recuerda Calamandrei, la acción rescisoria, que conserva trazos de la *restitui in integrum*, se acerca más a la querella *nullatatis*.

En sus orígenes y dentro del concepto romano, propio de los regímenes autoritarios y dentro del modelo de proceso inquisitivo, la apelación aparece con dos manifestaciones típicas: el *comuni remedi* y la *reformatio in pejus*.

Así, recordado el origen romano de la *apellatio*, creada ya avanzando el período imperial, como un remedio contra la injusticia de la sentencia¹⁴, de ahí el nombre de *iniquitatissententiae* querella, suponía entonces, una sentencia existente y procesalmente válida¹⁵. Distinto de las sentencias nulas, que se consideraban inexistentes y no era necesario apelar; eran decisiones *sine apellatione rescindatum*, esto es, aquellas contra las cuales *provocare not est necesse*¹⁶

La sentencia dictada tenía valor de cosa juzgada. Este efecto característico del fallo dado por el juez hasta fines de la era republicana deberá ser acatado, teniendo, por lo tanto, fuerza de ley para el caso concreto. Pero, se podía recurrir a otra jurisdicción solo excepcionalmente en los dos sistemas procesales anteriores contra la *actio iudicati*, invocando su nulidad mediante revocación o revisión, *revocatio in duplum*, del magistrado, y, además, la hipótesis del empleo de la *in integrum restitutio* como recurso extraordinario.

Pero, más tarde, durante el comienzo de la era imperial, fue introducida una verdadera innovación, probablemente con la *Lex Julia Iudiciaria* en materia de procedimiento, consistente en un recurso llamado *apellatio*, *provocatio*¹⁷ contra la sentencia firme ante un Juez superior, siempre que no se trate de un *contumaz*.

Mediante la apelación se podría reformar o modificar y hasta anular también las resoluciones dictadas por el Juez. Este medio de recurrir a otra autoridad judicial origina una costumbre entre los romanos de apelar al magistrado superior para que interviniera cuando se tenía una queja contra un funcionario anterior. Pero, el verdadero origen de la *apellatio* se conecta con el derecho que se tenía de oponer el veto a todo magistrado a su igual o inferior, como pasaba entre los cónsules y los tribunos.¹⁸

Posteriormente, se transformó el derecho de *vetar* en el otro de modificar, revocar o anular lo actuado por otro funcionario de distinta jerarquía. No podía interponerse la apelación más de tres veces en un mismo asunto, según dispuso Justiniano. En efecto, se apelaba al pretor, su inmediato superior, por la sentencia dictada por el Juez y, durante el Imperio, en la decisión dada por el pretor, al prefecto del pretorio y en última instancia juzgaba el Emperador¹⁹

Pues como se puede apreciar, con independencia de que se trate de una leyenda o de una realidad, en la formación de la facultad de apelar o provocar, se

14 D, 49, 1, 1. “Nadie ignora que frecuente y que necesaria es la práctica de las apelaciones, ya que sirven para enmendar la injusticia o la impericia de los jueces...”

15 D, 42, 1, 32. “Cuando un juez da una sentencia en contra de las constituciones imperiales que han sido promulgadas porque no cree que la causa sobre la que deba juzgar tenga que ver con ellos, no parece haber dado una sentencia contra las constituciones, y por ello tal sentencia debe ser apelada, pues, si no se apela, se estará a la cosa juzgada”

16 D, 49, 1, 1. “Si se ha dado una sentencia manifiestamente en contra de lo que exige el derecho, no debe tener efecto, y por lo tanto puede establecerse de nuevo el litigio sin necesidad de apelar. Se da una sentencia contra derecho cuando infringe especialmente las leyes o algún senado consulto o constitución”

17 C, 7, 62, 20

18 RIZZI, Miguel Angel. Tratado de Derecho Privado Romano. Editorial Argentina Aristides Quillet S.A., 1936. Pág. 716

19 D, 14, 4, 38. Prov. Ulpiano



trasmite la idea de algún tipo de evolución en las soluciones jurídicas de los conflictos con relación al pueblo romano, porque desde el punto de vista jurídico la figura del representante del populos, esto es, declinar en los actos de otras personas y que sus efectos repercutieran, no en ellos o para ellos, sino directamente en el populos, más allá de la eficacia personal que tenía el rex en sus estipulaciones, en el sentido que vinculaba al resto de la población mientras gobernase el monarca con él, y no con nadie más, se adquirirán los compromisos, configurándose la formación de la civitas.²⁰

Es así, que la primera parte de este ensayo tiende al significado y sentido de la apelación en su origen, más allá de la articulación procesal que promueve y de sus efectos dentro del proceso, no visto con ojos modernos, porque dentro del ordenamiento jurídico de la sociedad romana que constituyó el primer estatuto civil en la construcción de la civitas, sin experiencia parecida en la antigüedad, llegó a imprimir la fuerza magnética de una ley isonómica sobre un disciplinamiento por tradición diferente de la realeza y luego de la política, y desde donde conlleva el núcleo generativo del derecho de Occidente, que si bien pasado a través de las sombra del legislador, ha continuando llevando escrita una doble determinación de una irreducible presencia sapiencial y la referencia a una materia social y a un tejido con reglas paritarias con un inconfundible aspecto privado.²¹

2. Significado de la apelación como parte del derecho fundamental al recurso y la doble instancia.

El art. 8°, 2.h)²², de la Convención Americana de Derechos Humanos establecen el derecho al recurso como garantía de la doble instancia, aunque como eje del debido proceso no es el único en la materia en tanto también se halla desarrollado en los artículos 4, 7 y 15 así como el art. 14.5 del Pacto de San José de Costa Rica. La problemática de interpretación con relación a esta garantía es el entendimiento como un control jerárquico o una garantía del justiciable contra la arbitrariedad y errores que pueden cometer las autoridades en su actividad hetero compositiva de sentenciar²³

En este estadio, el problema se amplía a tres puntos principales: a) El significado de la palabra recurso y b) su alcance a los distintos fueros o procedimientos no importando la materia a actuar en los mismos, para derivar en c) la validez o invalidez de aquellos procedimientos carentes de recursos ordinarios, suplidos por recursos extraordinarios o restrictivos.²⁴

En este aspecto la tutela del individuo implica la existencia de diversos medios de tutela bajo el concepto de recursos o medios impugnativos como medio de control de lo fáctico y jurídico en una decisión judicial, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que “Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”²⁵.

20 FERNÁNDEZ BAQUERO, María- Eva. Regulaciones Pacíficas en la Roma Monárquica. Instituto de la Paz y los Conflictos. Pág. 168-169

21 SCHIAVONE, Aldo. IUS. La invención del derecho en Occidente. Trad. Germán Prósperi. Adriana Hidalgo Editora. Buenos Aires, 2009. Pág. 128

22 CADH. Art. 8° prevé “toda persona inculpada de delito (...) tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior”

23 GONZALEZ CASTRO, Manuel Antonio. El derecho al recurso en el Pacto de San José de Costa Rica. Editora Lerner. Pág. 21

24 GONZALES CASTRO. Pág. 23

25 Caso Ulloa, ONU, Comité de Derechos Humanos, dictamen del 7 de agosto de 2003, párrafos 7 y 8



Este derecho al recurso no se le aplica solamente al proceso penal sino a todo tipo de procesos. Así la CIDH ha establecido que “el derecho a recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o un tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”²⁶

El recurso al que se refiere el artículo 8° del CADH se plantea ante una instancia específica, un juez o tribunal superior al que ha emitido el fallo combatido, que debe satisfacer a su turno, las condiciones de independencia e imparcialidad.

En el caso peruano, el Tribunal constitucional, STC. Exp. N° 4235-2010-PH/TC. Caso Fujimori, ha establecido que el derecho de acceso a los recursos es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de instancias:

“8. El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3, de la Norma Fundamental (Cfr. SSTC 1243-2008-PHC, F. J. 2; 5019-2009-PHC, F. J. 2; 2596-2010-PA; F. J. 4).”

Luego indica en la misma sentencia con relación a la garantía de la doble instancia:

“9. Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Colegiado tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” (Cfr. RRTC 3261-2005-PA, F. J. 3; 5108-2008-PA, F. J. 5; 5415-2008-PA, F. J. 6; y STC 0607-2009-PA, F. J. 51). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139°, inciso 14, de la Constitución.”

Asimismo advierte que si bien existe el derecho al recurso este tiene configuración legal por lo que su acceso y requisitos deben ser previstos por la legislación interna:

“11. Ahora bien, inmediatamente este Tribunal ha advertido que el derecho sub examine, también denominado derecho a los medios impugnatorios, es uno de configuración legal: “...el derecho a los medios impugnatorios es un derecho de configuración legal, mediante el cual se posibilita que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior” (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F. J. 4; 10490-2006-PA, F. J. 11; 6476-2008-PA, F. J. 7).

12. Que el derecho a los medios impugnatorios sea un derecho fundamental de configuración legal, implica que “corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir” (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F. J. 5; 0962-2007-PA, F. J. 4; 1243-2008-PHC, F. J. 3; 5019-2009-PHC, F. J. 3; 6036-2009-PA, F. J. 2; 2596-2010-PA, F. J. 5).

13. El hecho de que el derecho a la pluralidad de la instancia ostente un contenido esencial, y, a su vez –en tanto derecho fundamental de configuración legal–, un contenido delimitable por el legislador democrático, genera, entre otras, una consecuencia inevitable, a saber, que el referido derecho “no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al

26 CIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia del 2 de julio de 2004, serie C N° 108, pág. 148



interior de un proceso” (Cfr. SSTC 1243-2008-PHC, F. J. 3; 5019-2009-PHC, F. J. 3; 2596-2010-PA; F. J. 5). Y es que, si así fuese, no solo resultaría que el legislador carecería de margen de acción en la delimitación del derecho (lo que, en este caso, sería contrario al principio democrático –artículos 43° y 93° de la Constitución–), sino que, además, incluso en aquellos ámbitos ajenos al contenido esencial del derecho, éste resultaría oponible, exista o no previsión legal del recurso impugnatorio, lo cual resultaría violatorio del derecho fundamental en virtud del cual “[n]inguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos” (artículo 139°, inciso 3, de la Constitución).”

De otro lado, el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, tiene una interpretación amplia del derecho al recurso el cual no solamente en el proceso penal sino a todo tipo de procesos:

“De otra parte, si bien una interpretación aislada del artículo 14°, inciso 5, del PIDCP, puede llevar a la conclusión de que el contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia se agota en la posibilidad de recurrir los fallos condenatorios emitidos en los procesos penales, el Tribunal Constitucional aprecia que no es ése un criterio acertado. No solo porque, según se ha sostenido supra, él cobija también el derecho de impugnación de otras resoluciones judiciales, como aquéllas que limitan seriamente la libertad personal, sino también porque, a diferencia del PIDCP, la CADH no es tan exigua al delimitar los alcances del derecho. En efecto, según quedó expuesto, su artículo 8°, inciso 2, literal h), expresa que “[d]urante el proceso” (sin precisar cuál), “toda persona tiene derecho, en plena igualdad”, como garantía mínima, “a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (sin aludir a un fallo condenatorio). Es en dicha línea que la Corte Interamericana, se ha preocupado en precisar “que a pesar de que el [artículo 8° de la CADH] no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal” (Cfr. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 70).

21. A la luz de estos criterios, el Tribunal Constitucional considera que el contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, comprende el derecho a recurrir la sentencia emitida en procesos distintos del penal, entendida como la resolución judicial que, por vía heterocompositiva, resuelve el fondo del litigio planteado, así como toda resolución judicial que, sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto, tiene vocación de poner fin al proceso”

Finalmente, parte del derecho al recurso es la eficacia, por lo que aquellos recursos configurados legalmente, previstos y provistos por el orden interno deben satisfacer la condición de eficacia que se reclama de las medidas e instrumentos estatales vinculados a la protección de los derechos fundamentales, siguiendo el criterio de la CIDH que establece “no basta con la existencia formal de los recursos sino que estos deben ser eficaces, es decir, deben dar respuesta a las violaciones de derechos contemplados en la Convención”²⁷ y que en otro fallo señala “no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”²⁸:

“25. En resumen, a criterio del Tribunal Constitucional, prima facie y sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales que pueda ser de recibo realizar, pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la

27 CIDH. Caso 19 Comerciantes. Sentencia del 5 de julio de 2005, Serie C N°109

28 CIDH. Caso Maritza Urrutia. Sentencia del 27 de noviembre del 2003. Serie C N° 103

instancia, el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra:

- a) La sentencia que le imponga una condena penal.
- b) La resolución judicial que le imponga directamente una medida seria de coerción personal.
- c) La sentencia emitida en un proceso distinto del penal, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental.
- d) La resolución judicial emitida en un proceso distinto del penal, con vocación de poner fin al proceso, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental.”

Lejanos ya los días de Horacio la apelación significó un cambio de concepción en la humanidad como el resultado de la descalzación del sentimiento de infabilidad del repartidor de justicia y la posibilidad de levantarse en contra de ella²⁹.

Y en definitiva de eso se trata el derecho al recurso, de una garantía de la doble instancia mediante formulas recursivas ordinarias y esta garantía debe ser interpretada ampliamente y no de modo irrestricto, y el único recurso amplio que ingresa a un nuevo análisis de lo jurídico y lo fáctico es el recurso ordinario al que se denomina apelación.

3. Las resoluciones “inimpugnables” establecidas en el Código Procesal Civil

Si bien como se ha presentado en este trabajo la apelación tiene un significado histórico y cultural como un primer estatuto civil que va construyendo la civitas y encierra la idea de dignidad, en ella misma, de un poder superior reconocido a esta por sobre el poder del soberano, y de otro aspecto tiene un significado actual como parte del derecho fundamental al recurso y a la doble instancia para un nuevo análisis jurídico y fáctico de una resolución judicial, principio que debe ser entendido a la luz de las sentencias y mandatos de sistemas supranacionales de protección de derechos fundamentales y de órganos internos constitucionales, así como del mismo texto constitucional en su artículo 139°, inciso 6), sobre la base de una amplitud y antiformalismo, luego, aparentemente resultaría inconsistente que el propio Código Procesal Civil indique expresamente que puedan existir “resoluciones inimpugnables”.

En efecto, el Código Procesal Civil establece como resoluciones inimpugnables las siguientes: la que resuelve una recusación (art. 310), la que declara aplicable una vía procedimental distinta a la “propuesta” por el demandante (arts. 477, 487 y 549) o la que disponía una prueba de oficio (art. 194)³⁰, el reconocimiento de incompetencia (art. 39), la que resuelve la procedencia de la intervención de terceros legitimados (art. 101), la que resuelve un reclamo sobre la idoneidad de las copias presentadas por una parte (art. 133), la que se pronuncia sobre la abstención del apoderado de un auxiliado (art. 184), la que dispone que la inspección judicial se realice en una audiencia especial (art. 208), la que rechaza las preguntas oscuras, ambiguas o impertinentes del interrogatorio a la parte (art. 217), la que declara inadmisibles las cuestiones probatorias (art. 301), la resolución que resuelve la abstención (art. 306), la que declara improcedente la interrupción de un plazo (art. 317), la que se pronuncia sobre la reposición (art. 363), la que concede la apelación con la calidad de diferida (art. 369), la que no admite medios probatorios ofrecidos al apelar (art. 374), la que rechaza la aclaración (art. 406), la que desestima la corrección (art. 407), la que resuelve las observaciones a la liquidación de costas (art. 417), las

29 GONZÁLEZ CASTRO, Pág. 229

30 Recientemente modificado por Ley N° 30293, del 28/12/2014, pero que mantiene la calidad de inimpugnables



resoluciones para pago de costas y costos (art. 419), todas las resoluciones para asegurar el pago de la multa (art. 422), la que prescinde de los medios probatorios ofrecidos para las excepciones (art. 449), la que se pronuncia sobre acumulación de procesos con el divorcio (art. 484), la que declara inadmisibles una demanda en vía sumarísima (art. 551), la que dispone la inspección judicial en los interdictos (art. 606), la que dispone la sustitución del bien objeto de embargo por dinero (art. 628), la que permite al acreedor embargar otros bienes cuando ya exista prenda o hipoteca (art. 692), la que ordena una nueva tasación (art. 729), la que desaprueba la tasación (art. 730), la que cierra un no contencioso (art. 754), si el solicitante no concurre a la audiencia, o si no concurrendo no realiza el pago en la forma ofrecida el juez declarará inválido el ofrecimiento y se le impondrá una multa no menor de una ni mayor de tres URP (art. 805), la que autoriza la venta del objeto de la prestación debida por deterioro o perecimiento (art. 808)

Para Alvarado Velloso³¹ en principio se debe distinguir entre resolución “inimpugnable”, “irrecurrible” e “inapelable”. Así, las primeras, son actos jurídicos contra los cuales no procede impugnación alguna contra ellos, como por ejemplo, las resoluciones finales del Consejo Nacional de la Magistratura que aplica la sanción de destitución a jueces y fiscales (Art. 154, inciso 3, Constitución), las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral (Art. 181, Constitución), o las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada (Art. 139°, inciso 2, Constitución). En estos actos con efectos jurídicos no hay posibilidad de revisión ante el órgano jurisdiccional, sin embargo, no se encuentran exonerados del control constitucional a través del Tribunal Constitucional como ya lo ha señalado este órgano en reiteradas jurisprudencias.

Por otro lado, se encuentran las resoluciones “irrecurribles”, es decir, contra las que no procede recurso alguno. Para el autor citado, esta categoría resultaría una exageración legal, ya que en concreto toda resolución es impugnabile, al menos por la vía de aclaratoria.³² Finalmente, lo que establecen los códigos es la “inapelabilidad”, que pueden ser recurrible pero por mecanismos distintos a la apelación, se entiende en consecuencia una limitación para este tipo de resoluciones.

Esta limitación al recurso de apelación para cierto tipo de resoluciones responde a un criterio de política recursiva procesal, en tanto, que si bien el control recursivo se da por excelencia a través de la apelación al posibilitar la revisión del contenido fáctico y jurídico por un órgano jurisdiccional superior, importa necesariamente la dilación en el trámite del proceso y con ello un inevitable uso adicional de tiempo. Esto sumado a la ineficiencia general de los operadores del sistema para dar una solución pronta, rápida y eficiente hace entrar en tensión al valor seguridad con el valor celeridad dentro del proceso.

De tal suerte que el legislador busca armonizar un equilibrio entre estos valores y “ha aceptado normar la posibilidad de tal control de doble grado de conocimiento, pero restringiéndolo con mayor o menor severidad en muchas oportunidades a base de aplicarles a muchos casos claras hipótesis de inadmisibilidad que ha imaginado con el andar de los años y que, por cierto, vedan el acceso al control recursivo”³³

Así, el legislador tratando de equilibrar el valor celeridad con el de seguridad, que ciertamente no son valores que van de la mano, en tanto que todo trámite que es rápido no puede ser seguro y todo trámite seguro no es rápido, declara que ciertas resoluciones judiciales son irrecurribles o inapelables, intentado buscar una armonía

31 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro. Sistema Procesal: Garantía de la Libertad. Adaptado a la Legislación procesal del Perú. Editorial San Marcos, Lima, 2011. Pág. 729

32 ALVARADO. Op. Cit. Pág. 729

33 Ibid. Pág. 730

que permita lograr celeridad y justicia final de la mejor forma posible.

Esta limitación recursiva es generalmente con relación a cuestiones puramente procedimentales y algunas relativas a la producción de los medios de confirmación procesal³⁴ Las primeras se refieren a un estricto contenido procedimental, y las segundas con relación al efecto de producir medios de confirmación procesal, en las cuales se pueden presentar muchas cuestiones con el efecto de dilatar el proceso, con lo que se admiten dos soluciones admitir la apelación de las cuestiones relativas a la prueba con efecto diferido o declarar inapelable toda cuestión relativa a la confirmación procesal.

Para Eugenia Ariano³⁵, todo esto es un problema de concepción del proceso. Explica que quien considere que las partes al enfrentarse en un conflicto de intereses brindan al Estado la oportunidad de reafirmar la eficacia del derecho objetivo para lograr la paz social en justicia, es decir, un sistema “publicista” no tendrá ningún rubor en limitar las resoluciones impugnables o establecer apelaciones diferidas. Entendiendo que la “duración interminable del proceso” por exceso de las impugnaciones es un espejismo y lo ideal sería que lleguen las apelaciones lo más rápidamente al posible ad quem.

En la otra posición, el crítica que propone una limitación de las apelaciones tiene en Mauro Cappelletti, como uno de sus principales exponentes quien indicaba que i) la apelación implica una perniciosa desvalorización del juicio del primer grado, y ii) en ausencia de su reconocimiento constitucional, pues ningún ordenamiento considera el doble grado de jurisdicción como una garantía constitucional, o sea protegida por una garantía fundamental e inderogable.³⁶ Y a ciencia cierta, en varias de las constituciones de los Estados que conforman los Estados Unidos no se haya regulada o prevista una garantía a la doble instancia y las apelaciones solo se remiten a las sentencias definitivas, y que contradictoriamente, es en donde precisamente prima el “adversarysystem”.

Pues bien, la instancia recursiva o impugnativa responde a la estructura lógica del proceso, la que no puede ser alterada ni suprimida legalmente, pues de ser así se produciría un procedimiento de invalidez constitucional. Si bien es opción de política recursiva procesal la limitación de las apelaciones a resoluciones de contenido estrictamente procedimental o relativas a cuestiones sobre la producción de los medios de confirmación procesal, lo cierto es que muchas veces, estas limitaciones o imposibilidad de apelar de “algunas son en extremo trascendentes para las partes”³⁷ por lo que a criterio particular, el acceso al recurso de apelación en las resoluciones que no constituyen sentencias definitivas, al tener un fundamento constitucional y supranacional como parte del derecho al recurso y la doble instancia, debe ser interpretada en cada caso particular por el juez, de acuerdo a un principio “pro homine” y la limitación en forma restrictiva, y en caso se haya sustentado por la parte perjudicada una situación de indefensión trascendente con el acto jurisdiccional susceptible de revisión, el juez debería concederla ante el superior.



34 Ibid. Pág. 732

35 ARIANO DEHO, Eugenia. En defensa del derecho a impugnar en el proceso civil (vicisitudes de una garantía “incomprendida”. En: Problemas del proceso civil. Jurista Editores. Lima, 2003. Pág. 229 - 242

36 CAPPELLETTI, Mauro. Proceso, Ideología y Sociedad. Trad. Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1974. Pág. 279

37 ARIANO DEHO. Ibid.

¿CUÁL ES EL TRABAJO DEL JUEZ?

Adrián Simons Pino¹



El profesor Ronald Dworkin comienza la introducción de su interesante libro "La Justicia con Toga" con una muy significativa anécdota, con la cual quiero empezar para estas breves reflexiones:

"Siendo Oliver Wendell HOLMES magistrado del Tribunal Supremo, en una ocasión de camino al Tribunal llevó a un joven Learned Hand en su carruaje. Al llegar a su destino, Hand se bajó, saludó en dirección al carruaje que se alejaba y dijo alegremente: <iHaga justicia, magistrado!>. HOLMES paró el carruaje, hizo que el conductor girara, se dirigió hacia el asombrado Hand y, sacando la cabeza por la ventana le dijo: <i Ése no es mi trabajo!>. A continuación el carruaje dio la vuelta y se marchó, llevándose a HOLMES a su trabajo, supuestamente consistente en no hacer justicia"²(el resaltado es mío).

Eso de "hacer justicia" pertenece a Dios, pero no a los hombres, el Juez sólo debe limitarse a aplicar la ley al caso concreto, respetando las reglas establecidas para cada procedimiento; y punto!Hacer justicia no es trabajo de los jueces.

En pleno siglo XXI, muchos siguen pensando como Holmes, teniendo una **"visión deportiva del proceso"**, o como el profesor Peyrano ha llamado **"Teoría Deportiva de la Justicia"**, en la que el Juez *"desempeña el papel de un mero árbitro que asegura que se observen las reglas de juego"*³.

El juez de nuestros días, posee poderes que antes eran inimaginables. El Juez puede inaplicar una ley por inconstitucional (control difuso); el Juez puede derogar (abrogar) –vía acción popular- un Decreto Supremo emitido por el Poder Ejecutivo; el Juez puede crear derecho o nuevas instituciones frente a los vacíos normativos (juez legislador); además de decidir, día a día, sobre la libertad y los bienes de las personas.

Los Jueces (al menos en teoría) son los únicos que pueden emitir decisiones que afecten a los otros poderes del Estado; y sus decisiones no pueden ser revisadas o cuestionadas. Son los únicos que controlan el ejercicio del poder. El problema radica en lo siguiente: si los Jueces están dispuestos a ejercer tales poderes musculados o, por el contrario, reducir su actividad o función a su mínima expresión.

El tema es cómo los propios jueces se ven a sí mismos, y cómo el sistema los ve a ellos. Teniendo en cuenta ello, el profesor Alejandro Nieto⁴ ha desarrollado los siguientes tipos y estereotipos. Veamos:

1 Abogado, profesor de derecho procesal y arbitraje. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje. Miembro del Tribunal de Ética de la Sociedad Nacional de Radio y Televisión-SNRTV.

2 DWORKIN, Ronald. La Justicia con Toga. Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 11.

3 PEYRANO, Jorge W. Sobre el Activismo Judicial. En: Nuevas Tácticas Procesales. Nova Tesis Editorial Jurídica, Argentina, 2010, p.38.

4 NIETO, Alejandro. El Desgobierno Judicial. Editorial Trotta, Madrid, 2005, páginas 85-94.

1. **El Juez Funcionario.** Quienes se habitúan aquí consideran que el ejercicio de la judicatura es un oficio y modo digno de ganarse la vida. Llegar a tiempo e irse a tiempo, es señal de cumplimiento del deber. Llenar las cuotas de rendimiento o "producción jurisdiccional" (léase cuántas sentencias dicta al año sin ningún control de calidad, solo importa el número), es un buen síntoma, también, de que está haciendo bien su trabajo. Lo que le enseñaron en la universidad (no importa en qué época) es suficiente para ejercer su cargo hasta que se jubile o, quizá repasar algunas cosas para cuando sea evaluado por el CNM.

Al igual que Oliver Wendell Holmes, su trabajo no consiste en "hacer justicia", eso es tarea de la metafísica con la que no quiere comprometerse. Para él solo existe la justicia procedimental o también llamada "*procedural justice*".

El juez funcionario solo opera con *doxa* (conocimiento ordinario sin rigurosa reflexión), no desea ser un juez que aplique epistemología (el conocimiento reflexivo, con rigor) cuando ejerce su función.

"Por convencimiento propio y por deformación educacional (...) tiende a practicar un positivismo legalista exacerbado. Ahora bien, el positivismo legalista que convierte al juez en un mero instrumento de aplicación de la ley termina castrándole intelectual y socialmente. El juzgar se achica en una operación automática y, sobre todo, acrítica. El juzgador no atiende a las peculiaridades del caso ni a valores sociales como la justicia o la equidad, igualdad o solidaridad y únicamente tiene ojos para la ley, que considera un mandato intocable, así consagre injusticias y aun horrores. Pero de eso se trata cabalmente: de desestimular la crítica y el pensamiento individual, porque es sabido que quien empieza sospechando de la ley termina perdiendo el respeto a sus autores y, lo que es peor, al mismo gobierno. De aquí la imposición oficial de esta ideología"⁵.

La ventaja de asumir esta forma de "juzgar" es que no se asume riesgo alguno y vive tranquilo: solo se limita a aplicar la ley, al caso concreto, respetando su letra.

El Juez "funcionario" es bien visto por el Poder, ya que no crea problemas y es un aliado del estatus político y normativo. Tiene una visión conservadora ya que no contribuye al desarrollo del derecho, sino a la consolidación del que ya existe.

El profesor Peyrano (quien también es juez), cataloga esta forma de ver la función jurisdiccional como la del Juez "*cómodo*" <*circumscripto a dictar sentencia a modo de oráculo que 'decía el Derecho'* sin experimentar preocupación alguna por determinar 'dónde está el Derecho'⁶.

2. **El Juez Estrella.** Hay jueces que se empeñan en ser noticia frecuente ante los medios de comunicación, gracias a sus decisiones. Es importante advertir que hay decisiones que por su contenido pueden tener una inevitable repercusión ante los medios; por ejemplo, una

5 NIETO, Alejandro. Página 86.

6 PEYRANO, Jorge W. Eficiencia del Sistema de Justicia. En: Nuevas Tácticas Procesales. Nova Tesis, Editorial Jurídica, Argentina, 2010, página 14.



declaración de inocencia o culpabilidad ante un caso de connotación pública, o cuando algún juez valiente decide enfrentarse al Poder Legislativo y declara que éste al hacer uso de su potestad de investigar violó el derecho al debido proceso del investigado. O, cuando, frente a un caso de gran notoriedad pública (corrupción, narcotráfico, terrorismo, derechos humanos, etc), debe informar o mantener una comunicación estrecha con los medios.

En cambio, hay jueces que con decisiones singulares solo pretenden llamar la atención de la noticia; como el caso de un juez norteamericano que admitió a trámite una demanda que un congresista demócrata interpuso contra Dios, por supuestamente ser el causante de las desgracias de la humanidad; pero, después, archivó el caso porque no había manera de emplazar válidamente al demandado.

Nuestro país, tampoco es ajeno a ello, y como ejemplo reciente se puede citar la sentencia del caso "La Parada", en la que el juez a cargo del proceso redactó una decisión que fue objeto de muchas sonrisas, debido a que en ella realizó un juzgamiento político de la gestión de la Alcaldesa de Lima, citando para ello párrafos de El Quijote o, encumbrando, a un respetable filósofo peruano, como el hombre más inteligente del mundo, incluso que Isaac Newton y Leonardo Da Vinci.

Otro caso, de juez estrella que terminó estrellado, es el de Baltazar Garzón. Tuve oportunidad de verlo en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal en Málaga en 2006. Garzón apareció como un "rock star", rodeado de periodistas, se sentó, dijo cuatro cosas intrascendentes y se fue como vino, rodeado de periodistas. Me di cuenta que había sucumbido a su ego. Finalmente fue destituido del cargo, porque creía que su función no tenía límites y que su voluntad, inclusive podía estar por encima de los derechos humanos más esenciales. La causa de su desafuero del sistema judicial español se debió a que en una investigación que él conducía dispuso la intervención de las conversaciones entre unos reos y sus abogados defensores; es decir, grabar al preso cuando este conferenciaba con su abogado defensor. Si ya no hay espacio para que un sujeto privado de su libertad prepare su defensa con el abogado de su elección, entonces el derecho a la defensa carecerá de contenido. Garzón no lo entendió así y le costó el puesto.

3. **Justos y Justicieros.** Como indica el profesor Nieto, el juez justo es aquel que comprende que su tarea no solo consiste en aplicar la ley, sino que además hay que hacer justicia de acuerdo con la ley e incluso a pesar de la ley y hasta a falta de la ley.

"La judicatura no se entiende, por tanto, como un oficio sino como una vocación a la que no se regatean esfuerzos y sacrificios laborales y, sobre todo éticos, puesto que su actitud supone que no trasladan al Legislador la responsabilidad de la Justicia sino que la asumen ellos en cada uno de sus actos".

El Juez justo, termina siendo un personaje incómodo, tanto desde las entrañas del propio Poder Judicial, como para los demás

Poderes políticos y económicos. A veces es considerado por sus propios compañeros (los jueces funcionarios), como un creador de inseguridades o un provocador social, porque con sus decisiones pone en tela de juicio el *status quo* normativo.

El juez justo, es un personaje que comprende las urgencias de esta sociedad post moderna, no espera al legislador, pretende cubrir ese vacío; está atento a las necesidades del caso concreto y lleva en su sangre la moderna concepción del derecho a la tutela judicial efectiva, entendida esta como una prestación fundamental para *"...la propia efectividad de los derechos, toda vez que éstos últimos, frente a situaciones de amenaza o agresión, siempre dependen de su plena realización. No es por otro motivo que el derecho a la prestación jurisdiccional efectiva ya fue proclamado como el más importante de los derechos, precisamente por constituir el derecho a hacer valer los propios derechos"*⁸.

Ahora, no hay que confundir al juez justo con el juez justiciero. Este último es una caricatura del primero. Como refiere el profesor Nieto⁹, el juez justiciero es un personaje inmaduro, alguien que no guarda sintonía con la realidad, que no tiene conciencia de las consecuencias de sus errores, que se mueve en un escenario en el que necesita el aplauso del público. *"El juez justo se distingue del justiciero, como el original de la caricatura, el modesto del arrogante, el responsable del temerario, el agresor a su pesar del que busca la agresión y, en fin, el sano del psicópata"*¹⁰.

Soy de la opinión que el juez justo es una versión responsable de lo que hoy se conoce como el **activismo judicial**. Incluso, en 1992, la Corte Suprema de los Estados Unidos se declaró a sí misma como *"activista"*.

El juez justo o activista, es un innovador nato, gracias a él se vio nacer a grandes creaciones pretorianas como: el amparo, la medida cautelar innovativa, la carga dinámica de la prueba, la medida conminatoria, la tutela anticipada, la medida autosatisfactiva, las atreintes, la tutela inhibitoria, etc. Este juez ha generado lo que se llama un **DERECHO PROCESAL DE EXCEPCIÓN**¹¹, pensado para dar soluciones diferentes frente a situaciones en las que las formas regulares de tutela no ofrecen la esperada y necesaria satisfacción que busca el justiciable.

Puedo afirmar que el propio Couture fue un partícipe del activismo judicial al decir que: *"...el juez no puede ser boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación"*

8 MARINONI, Luiz Guilherme. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Palestra, Lima, 2007, páginas 226 y 227.

9 Ob, Cit. Página 89.

10 NIETO, Alejandro. Página 89.

11 PEYRANO, Jorge W. Sobre el Activismo Judicial. En: Nuevas Tácticas Procesales. Nova Tesis Editorial Jurídica, Argentina, 2010, p.30.



del legislador"¹².

Para ir terminando, ¿cómo nos acercarnos al ideal de justicia? A través de la **Justicia de la Decisión**. Sobre ello, el profesor Michele Taruffo ha desarrollado la "**Teoría de la Decisión Justa**"; la cual consiste en lo siguiente:

La apreciación de tres criterios, que solo a partir de su aplicación conjunta podrá resultar en un esquema de valoración, que nos puede permitir determinar cuándo una decisión judicial es justa o no. Se trata de la creación de estándares generales mínimos, cuya debida aplicación llevará a una mejor confiabilidad del sistema de justicia.

Los tres criterios para la justicia de la decisión son los siguientes:

- a) *"La corrección de la elección y la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso;*
- b) *Comprobación fiable de los hechos relevantes del caso; y*
- c) *Empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión"*¹³.

Brevemente, ¿en qué consisten cada uno de esos criterios?

- a) *"La elección y la interpretación correcta de la regla jurídica aplicable al caso, resulta obviamente necesaria: ninguna decisión puede definirse como justa, en ningún sentido de la palabra, si se fundamenta sobre la elección errónea de la norma aplicable, o sobre una interpretación errada, inválida o incorrecta de la norma.*
- b) *Una comprobación verídica de los hechos de la causa es a su vez necesaria en cuanto que, ninguna decisión puede considerarse justa, si se funda sobre hechos equivocados, o sea sobre una reconstrucción errónea o falsa de las circunstancias en las que se basa la controversia. Si los hechos no son comprobados de modo racional y verídico, cualquier aplicación de cualquier norma en aquel caso particular devendría carente de fundamento, y por tanto arbitraria. Consecuentemente, la decisión así obtenida, no podrá más que ser injusta.*
- c) *Finalmente, también resulta necesario el empleo válido de un procedimiento justo, ya que es a través del procedimiento que se forma la decisión final, y un <<buen>> procedimiento es cuanto se necesita para preparar del mejor modo la decisión. Un procedimiento que no sea válido y correcto no corresponde a esta función: por ejemplo, si la contraparte no tiene garantías, resulta imposible la completa formulación de las hipótesis de decisión, porque las partes no pueden hacer valer las razones propias con apoyo en las respectivas hipótesis y requerimientos de decisión; si las pruebas necesarias no son obtenidas, resulta erróneo y*

12 Ob. Cit. Página 32.

13 TARUFFO, Michele. Ideas para una teoría de la decisión justa. En: Proceso y Decisión. Lecciones Mexicanas de Derecho Procesal. Marcial Pons. Barcelona, 2012, página 237.

poco confiable el juicio sobre los hechos...¹⁴.

En síntesis, el trabajo de un juez sí consiste en hacer justicia. Ese es el rol del "juez justo activista". Asumir tal condición y actitud requiere una dosis de valentía y una real comprensión de los poderes jurisdiccionales de los cuales está investido. No es sencillo, implica una actividad de riesgo, porque podrá ser aislado por sus propios pares, porque podrá ser presionado por los poderes políticos y/o económicos, o porque podrá ser denunciado. La otra opción, es estar tranquilo como el "juez cómodo", al decir del profesor Peyrano, y sentirse como un funcionario público, con facultades regladas y sometido al texto expreso de la ley.

El Juez es más que un simple funcionario, es JUEZ, ejerce función jurisdiccional.



14 TARUFFO, Michele. Ob cit. página 237.

LA CULPABILIDAD EN MATERIA PENAL. SUS MODALIDADES

Pedro Napoleón Lara Benavides
Ex Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque



El concepto de culpabilidad, es un concepto relativamente moderno, no ha reinado primitivamente. En la milenaria Grecia y en la patria de la juricidad, Roma se prescindía casi siempre de la conciencia y de la voluntad del autor, se respondía objetivamente por el resultado. Esta presente en esta época, el viejo aforismo “quien es causa de la causa, lo es del mal causado”.

Solo paulatinamente el Derecho Penal distinguió al Derecho Voluntario del involuntario y poco a poco fue desarrollando primero la doctrina del dolo y el caso fortuito, y ya en días más recientes la de la culpa.

La realización de un hecho que reúne las apariencias externas de una figura delictiva no alcanza a integrar un verdadero delito, sino cuando ese hecho sea típicamente culpable. Al análisis objetivo del hecho examinado debe seguir el de la realización que aquél tenga con su autor. No se le puede declarar culpable a un sujeto si antes no se le declara imputable, pero hay que tener en cuenta que no todos los sujetos imputables pueden ser culpables, porque pueden presentarse causales de inculpabilidad.

Una vez efectuado el juicio de valoración objetivo para determinar la antijuricidad de un hecho y esclarecida la culpabilidad del actor para poderle imputar ese hecho es necesario hacer lo que Soler denomina “ el estudio del contenido interno de un hecho que ya se ha declarado ilícito y del cual el sujeto se ha declarado autor. Vale decir escudriñar la voluntad que ha empujado al agente a realizar el acto, porque es indudable que la vida anímica del sujeto ha intervenido en la comisión.

Dice el tratadista Luis Jiménez de Asúa, que “en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”. Como se ve el mencionado tratadista es partidario de la teoría Normativa, que es la más aceptable, ya que dicha teoría define la culpabilidad como reprochabilidad, es juicio de reproche; es el conjunto de presupuestos de la pena que fundan la reprochabilidad personal de la acción ilícita con relación al autor. El reproche o reprobación es la reacción social o jurídica determinada por el delito cometido, con todos sus elementos.

El aspecto restrictivo de la culpabilidad supone el esclarecimiento de la intención o de la negligencia que el sujeto puso en su conducta. Es por eso que la culpabilidad o mejor dicho la actitud subjetiva del agente con respecto al contenido ilícito de su acción , puede ser diversa y de acuerdo con ella se resuelve si el agente ha observado una conducta reprochable y en caso de serlo en que medida.

De ahí las dos formas de culpabilidad: Dolo y Culpa, de cuyas formas nos ocuparemos a continuación, debiendo además hacer referencia a la Preterintención.

EL DOLO.- El concepto dolo, es uno de los más difíciles y controvertidos del derecho Penal. Para llegar a él podemos apoyarnos en la Teoría de la voluntad o de la representación o de ambas fórmulas.

Para la teoría de la Voluntad, el dolo es la voluntad de ejecutar el acto. A esta teoría se le conoce también con el nombre de “Doctrina Clásica” representada en Italia por Carrara y en Alemania por Von Hippel ; para estos profesores el dolo es intención, voluntad consciente de realizar un acto que se sabe es contrario a la ley. Los clásicos decían que el dolo era la suma de dos factores: Voluntad (de ejecutar la acción) y conciencia (de su oposición al derecho) De ahí que Carrara dijera que el dolo era la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se conoce contrario a la ley.

La teoría de la Representación, es sostenida por Von Liszt, quien no cree que la voluntad pueda explicar todos los acontecimientos que la variedad de la vida ofrece.

Para este penalista, el dolo viene a ser el conocimiento o representación de todas las circunstancias de hecho correspondientes a la definición legal que acompaña a la actuación voluntaria. Así si A arroja sobre la cabeza de B una bola de acero de regular peso, y afirma que no ha tenido voluntad de matar a B, ¿como sabríamos si esta mintiendo o diciendo la verdad si carecemos de elementos adecuados para precisar con toda exactitud su voluntad?. Si queremos resolver de acuerdo a la teoría de la voluntad, tendremos que recurrir a una presunción, que nos permitiría afirmar que por el simple hecho de haber arrojado semejante bola, A, quiso la muerte de B. Y Esto dicen los partidarios de la teoría de la representación, no equivale a resolver el caso atendiendo a las circunstancias exteriores.

Frente a la argumentación de esta teoría, se debe agregar que el dolo no es solo representación, sino que también necesita el concurso de la voluntad; no basta ocasionar una tragedia sino aceptar la consecuencia como querido por nuestra voluntad, aquí tenemos el dolo consciente porque sabemos el daño que vamos a causar.

Existen además teorías que tratan de explicar la naturaleza del dolo, tales como por ejemplo, la teoría del Asentimiento y la teoría de los móviles.

La primera se puede resumir en lo siguiente: Considerando que en toda acción voluntaria hay algo de representación y que en toda ejecución prevista hay también un resultado querido, es decir que toda representación implica un querer dice Beling, se demuestra que la nota fundamental del dolo, no está en la representación pura y simple, sino en la actividad del sujeto frente a esta representación; habrá dolo únicamente cuando el sujeto acepta el resultado dañoso que se representa; el dolo para esta teoría, no está en la previsión de los hechos, sino en el consentimiento que se presta a esos hechos. En el ejemplo anterior, A acepta la muerte de B, luego de haber advertido las consecuencias dañosas de su acción.

La teoría de los Móviles, esta representada por la escuela positivista, la cual siguiendo a Ferri, sostiene que el dolo se basa en los móviles egoístas que han animado al actor al extremo de que si los móviles no son antisociales el hecho no constituye delito; el maestro italiano es de opinión que cuando los motivos determinantes son sociales el resultado no puede ser penado. Al respecto el tratadista Luis Jiménez de Asúa, aduce que el motivo no puede ser el único fundamento de la culpabilidad, y cita como el ejemplo, el propuesto por Alimena en el que un hombre da muerte a una hermosa huérfana para evitar que se perversa.

Si nos atenemos al móvil tenemos que convenir que este acto es social, desde que esta destinado a evitar la corrupción, sin embargo no podemos dejar de condenar semejante acto.

Es por esto que Jiménez de Asúa, cree que el móvil sólo sirve para decidir la atenuación o agravación del dolo, para investigar la calidad del motivo psicológico del delito y decidir acerca de la temibilidad o peligrosidad del delincuente.

Indudablemente, el móvil no es dolo, aunque si debe de tenerse en cuenta para identificarlo. El código penal peruano recomienda al juez que al aplicar la pena pondere la calidad de los móviles honorables o excusables o móviles fútiles que lo determinaron a delinquir, estimación que iguala a la estatuida en el código argentino (el juez tendrá en cuenta la calidad de los motivos que lo obligaron a delinquir) sirve para calificar la responsabilidad del agente.

Luis Jiménez de Asúa, estima preciso conservar los dos primeros conceptos: constituyendo el dolo sobre la voluntad y la representación. Dice "Si quisiéramos ensayar una definición del dolo, diríamos que existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebrante el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de la causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

El dolo supone, pues, la existencia de dos elementos: El elemento intelectual, y el elemento afectivo.



Los modernos penalistas italianos reciben en su dogmática, directamente influida por la ciencia alemana, esos dos grupos de factores que estructuran la más importante especie de la culpabilidad, y es de notar que incluso algún caracterizado positivista, como Eugenio Floriani, acepta los elementos de conciencia(intelectual) y voluntad(afectivo) y expresando así : “El dolo en realidad consiste en la voluntad del agente de cometer un hecho incriminado como delito, consciente de la relación de causalidad entre el propio obrar.

En la actualidad sólo pueden y deben distinguirse dos clases de dolo: a) *dolus directus*, y b) *dolus eventualis*.

El dolo *directus* existe cuando el efecto del delito es precisamente aquel que se tuvo la intención de producir. Por ejemplo se tiene la intención de matar y en realidad se mata.

El dolo *eventualis*, existe cuando el sujeto se representa la posibilidad del resultado dañoso, pero confía en que el daño no suceda. Es el caso del automovilista que viajando a gran velocidad, se representa la posibilidad de un atropello, que no confía pueda ser evitado por su pericia, en razón de que la marcha que lleva es demasiado grande para ello y aunque; él no quiere el resultado, sin embargo acepta sus consecuencias.

El autor Lozano y Lozano, dice que “en esta clase de dolo, el agente no está seguro de causar un daño determinado, pero resuelve correr el riesgo de causarlo. Así el que hace circular un billete, sobre cuya autenticidad se tiene duda.”

Por su parte el autor Cuello Calón, al tratar sobre esa clase de dolo, hace la siguiente afirmación “Hay dolo eventual, cuando el agente se representa como posible el resultado dañoso y no obstante tal representación no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando por tanto sus consecuencias”, a saber:

a) Previsión de un resultado dañoso que no se quería directamente (no se quiere el resultado, pero no se deja de querer); b) aceptación de este resultado.

El dolo eventual no deriva del hecho de que la probabilidad del delito exista solo objetivamente, sino que es necesario que esa probabilidad se haya representado al agente. Si éste solo debió representarse esa probabilidad, pero en realidad no se la representó, únicamente se le podrá imputar culpa, jamás dolo.

En el código penal peruano, el dolo está definido como “La infracción es intencional cuando se comete por acción o por omisión voluntaria y consciente.

Se puede ver que la ley penal peruana en la que la noción del dolo exige del agente la voluntad completa y la conciencia plena. La conciencia debe abrazar en el sujeto la representación de su actividad propia (acción u omisión) y la del resultado. Asimismo la voluntad debe solo referirse a la actividad, sino que también debe ser querido el resultado.

-LA CULPA.- Esta es otra de las formas de culpabilidad, que consiste en la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió evitarse si se hubiera prestado la diligencia debida.

Los elementos de la culpa son los siguientes:

Necesita de un resultado típicamente antijurídico acentuado en forma de “producción” con lo que salta a la vista la inexcusable exigencia de un engarse causal, por contraposición a la configuración de los delitos dolosos, montados con vista a una finalidad o tendencia.

Bases de poder y deber, que dan sentido a las dimensiones objetiva y subjetiva del actuar culposo, cifrados en la previsibilidad y evitabilidad del resultado.

Falta de diligencia, cuando existía el deber jurídico de comportarse de diferente manera, con lo que aparece el *substractum* del juicio de culpabilidad, simbolizado en la exigibilidad de una conducta distinta a la debida.

Evitación del resultado, lo que expresa su entrada al estamento de la culpabilidad; de suerte que objetivamente se hubiera impedido el resultado de haber puesto la diligencia exigida por el ordenamiento jurídico.



Para la teoría de la previsibilidad sostenida principalmente por Carrara, la culpa consiste en la “previsibilidad del resultado no querido”. Carrara afirma que “la culpa consiste en la voluntaria omisión de diligencia en el cálculo de las consecuencias posibles y previsibles del hecho. Explicando su criterio, Carrara sostiene que la culpa es un defecto de la voluntad, pues si bien el hecho culposo se origina en la falta de previsión de las consecuencias dañosas (vicio de la inteligencia), ésta se remonta a la voluntad del agente, al no emplear éste “la reflexión con la cual podía iluminarse y conocer esas consecuencias siniestras”.

Si la culpa, dice en conclusión, radicara en un vicio de la inteligencia, ésta no sería imputable ni moral, ni políticamente. “Lo es precisamente porque la negligencia tuvo su causa en la voluntad del hombre”.

Considerando insuficiente el puro criterio de la previsibilidad, Bindig y Brusa, aceptan la previsibilidad del resultado, pero añaden el carácter de evitable o prevenible para integrar la culpa, de tal manera que no hay lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable. En este sentido, la culpa consiste en la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un evento penalmente antijurídico posible, previsible y prevenible.

Para Von Liszt, el concepto de culpa requiere:

Falta de precaución en la manifestación de la voluntad consistiendo en el desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por el estado de las circunstancias, de la cual deduce que la falta de atención en el incumplimiento de lo debido constituye una falta de voluntad.

Falta de previsión del agente cuando le era posible prever el resultado. En la apreciación de este problema dice Von Liszt debe tomarse como base las facultades mentales del agente, en general y en el momento del acto, y su mayor o menor perspicacia.

Falta de sentido, pues el contenido material de la culpa consiste en la ausencia del reconociendo del agente siendo posible hacerlo” de la significación antisocial del acto, a causa de la indiferencia frente a las exigencias de la vida social”.

El código penal peruano define la culpa en tres tiempos, con fórmula tomada del proyecto suizo.

I. Habla de la negligencia; II. Interpreta la negligencia cum- textus, así: “el que por una previsión culpable obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto”; III. Habla de la imprevisión y la define: “es culpable, cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal.”

El código parece haber seguido la posición de Von Liszt, dice Jiménez de Asúa. El código con su fórmula de tres tiempos, se ha inclinado ante la dificultad de construir la voluntad en la culpa, y busca el elemento intelectual de que se han ocupado los alemanes, han vinculado la imprevisión a la punibilidad, aunque han dejado subsistente la palabra negligencia.

La Negligencia difiere de la intención en que, en el primer caso, el resultado no es querido, difiere del simple casus en que, en la negligencia, el resultado dañoso, que se produce en definitiva, hubiera podido y debido ser previsto y tomado en consideración por el sujeto.

Según el código penal peruano, la culpa se basa en la previsibilidad, pero cual es el criterio de la previsibilidad. ¿Cuándo puede sostenerse que las consecuencias de un hecho son previsibles y cuándo no lo son? Un criterio de diferenciación es que las consecuencias ordinarias de los hechos son siempre previsibles, mientras que las que se superan de la marcha lógica y común de las cosas, o surgen por concurrencia de otras causas, no lo son. Y para decir que las consecuencias no son previsibles, es preciso que en la ejecución de los propios hechos se ponga todo el cuidado que los hombres diligentes suelen observar para eludir la posible violación de un derecho ajeno.

La razón de la previsibilidad de los hechos culposos fúndase en el deber que tenemos



no solo de no atentar contra los preceptos del derecho, directa o indirectamente sino también en el deber de ejecutar los actos propios con todo género de precauciones, para que de nuestros hechos, aún de los inofensivos en sí, no se originen consecuencias perjudiciales para los demás. Este deber de previsión o precaución es cada día más exigible, merced a las condiciones de la vida moderna que pone en manos del hombre formidables fuerzas naturales que las arrancado de la naturaleza misma, o las ha inventado; así como pone también a disposición de él, la multitud de aparatos, instrumentos y tantísimos otros objetos y materiales, cuyos manejos imprudentes pueden producir grandes e irreparables daños o males.

Tratando de resumir diremos, pues, que la culpa comprende:

a) La Negligencia, que no es sino la falta de atención, descuido. Se caracteriza porque el autor en razón de su falta de precaución, no ha previsto como posible el resultado criminal que ha causado. La falta de precaución ha hecho que el autor ignore o yerre acerca de la naturaleza de lo que hacía o de su resultado posible.

b) La imprudencia, que se caracteriza por la temeridad del autor frente al resultado criminal previsto como posible, pero no querido.

c) La impericia, que es la falta de pericia en la práctica de un arte, profesión u oficio, esto es, la deficiencia técnica originante de resultados dañosos por parte de quien carece de la preparación debida.

La negligencia constituye, pues, la fórmula general y a esta se puede llegar obrando por imprudencia, temeridad, afrontando un riesgo o actuando con impericia, que es algo así, como la insuficiencia de habilidad o de capacidad cognoscitiva. Según esto se puede ser negligente por imprudencia o por impericia. En otros términos el comportamiento descuidado, desidioso que corrientemente llamamos negligencia, es probable que se presente si el sujeto se conduce con temeridad, descuido, ligereza, irreflexión, en una palabra con imprudencia; o cuando obra con torpeza, inhabilidad, incapacidad, insuficiencia e inexperiencia que constituye la impericia.

-LA PRETERINTENCIÓN. Los hechos preterintencionales se caracterizan porque el agente causa un resultado grave, habiéndose propuesto ocasionar no más un resultado leve. Se trata de un resultado que excede de nuestra voluntad, que traspasa la intención que tuvimos al emprender nuestro acto; pero que por ser previsible el efecto más grave, resulta así una figura en que se amalgaman dos elementos subjetivos: el dolo y la culpa.

Buscando la esencia de los hechos preterintencionales, unos creen que existe un dolo preterintencional; otros piensan que se trata un concurso de dolo y culpa y finalmente hay quienes afirman que se trata de infracciones calificadas por el resultado, porque se hace responder al sujeto por un resultado que se ha producido fuera de una intención y que, sin embargo, la ley se lo carga en cuenta.

En el código penal peruano existen dos tipos de disposiciones sobre la preterintencional.

Un primer tipo lo constituye los “delitos calificados por el resultado” que a los preterintencionales sensu stricto.

Cuando el delincuente hubiere causado un resultado grave que no quiso causar ni pudo prever, la pena podrá ser disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir.

Otras disposiciones, en cambio, destacan la teoría de la mixtura de dolo y culpa: dolo en el inicio, culpa en el remate.

Destaca el elemento culposo de la previsibilidad (“si el delincuente pudo prever este resultado”) en los casos de aborto seguido de muerte; el abandono seguido de muerte; la omisión o abuso de tutela seguida de lesiones graves y muerte; las lesiones seguidas de muerte; la violación o seducción de los que derivan grave daño o muerte.



De las relaciones complejas entre la ley penal y los derechos fundamentales: a propósito de la ley de flagrancia

Victoria León Villa
Juez Penal Unipersonal
Distrito Judicial del Cusco



El principio de legalidad en materia penal en el sentido de que no hay pena sin ley previa, constituye un basamento central del Estado de Derecho en la medida que, en rigor, no puede la justicia penal ser rigurosa en la sanción de conductas si no ha habido una previa tipificación de la conducta a sancionar. El principio de legalidad viene a constituirse en el motor dinámico del Derecho Penal, sin cuya fuerza la actividad punitiva del Estado no podría exhibir manifestación alguna.

De esa forma, la base de las exigencias para que exista delito se expresa a través de los exámenes de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La tipicidad demanda que el tipo penal se encuentre debidamente delimitado por la ley. Sin esta exigencia, el juez penal no puede realizar una subsunción de la conducta perseguida dentro del tipo penal respectivo. Este examen de tipicidad es en rigor manifestación directa del principio de legalidad.

A su turno, la antijuridicidad demanda que la conducta acusada sea objeto de desaprobación por parte de la sociedad y el sistema penal, en el sentido de que la comunidad repruebe esa conducta punible. Por último, la culpabilidad implica tomar conciencia y conocimiento de que la conducta desarrollada es delito. Bajo este razonamiento, una persona que sufra desequilibrios mentales severos, no podrá ser objeto de sanción penal pues no ha tomado conocimiento cabal de la conducta punible de la cual se le acusa.

Los jueces penales en nuestro país han venido resolviendo siempre conforme a estas exigencias para la sanción del delito, y sin embargo, desde la jurisprudencia constitucional, determinados casos han replanteado en mayor o menor grado esta figura como ha sucedido. por ejemplo, con los crímenes de lesa humanidad,¹ figura sui géneris que replantea la existencia material del principio de legalidad.

El contexto de los crímenes de lesa humanidad puede entenderse desde una perspectiva de suyo extraordinaria. En propiedad, es la jurisprudencia supranacional la que ha fijado diversas perspectivas interpretativas desde el enunciado material que parte del artículo 7 del Estatuto de Roma respecto de la Corte Penal Internacional, pues es verdad que este tipo de delitos merece una persecución muy especial, que pueda superar los cánones que maneja el Derecho Penal.

En adición a lo expresado y como línea angular de nuestro tema, la Ley de Flagrancia- Decreto Legislativo No. 1194- vuelve a replantear las complejas relaciones existentes entre el Derecho Penal y el Derecho Constitucional, es decir, entre las leyes penales propiamente dichas y los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que maneja la jurisprudencia constitucional respecto a los derechos fundamentales.

Distintos sucesos jurídicos de relevancia y recientes como el caso Buscaglia,² han implicado la aplicación horizontal de la Ley de Flagrancia, generando nuevos debates respecto al tema que nos ocupa. En efecto, la justicia penal ha cumplido desde su perspectiva punitiva el mandato de la Ley de Flagrancia, buscando un margen de mayor efectividad en las penas que implican la exigencia de sanción. No podemos

1 Vid. voto en minoría de César Landa Arroyo en el caso El Frontón STC 3173-2008-PHC/TC.

2 Condenada a 6 años 8 meses de pena privativa de libertad por agredir físicamente a un policía.



efectuar ningún reproche al juzgador del caso en mención desde la perspectiva aplicativa del Derecho Penal. Las leyes tienen un efecto prescriptivo y como tales, deben cumplirse. No estamos frente a una norma declarativa sino prescriptiva, pues sanciona la conducta penal típica, antijurídica y culpable desde el momento en que la conducta de la señora Buscaglia se subsumió dentro del tipo penal materia de comentario.

Sin embargo, si bien una primera pregunta ha sido contestada desde el principio de legalidad, hay una segunda interrogante que abre un nuevo debate: ¿cumple el caso Buscaglia con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que demanda la justicia constitucional? Creemos, muy a nuestro pesar, que la respuesta es negativa, dado que a pesar de constituir un fallo conformado, y por lo tanto firme, la sentencia Buscaglia denota solo un efecto aplicativo de la ley penal, no satisfaciendo estándares materiales de corrección que hoy demanda la justicia constitucional respecto de la justicia penal, en rigor, de jurisdicción ordinaria.

En efecto, reiteramos la idea de que estamos ante un fallo que aplica la ley pero nuestro cuestionamiento se expresa en un segundo ámbito de ideas: ¿cumple el caso Buscaglia con la noción constitucional de proporcionalidad de la pena? A juicio nuestro, no, pues sin perjuicio de que existe una asimetría en la aplicación de la pena- 6 años 8 meses- de otro lado, la consecuencia jurídica no es directamente proporcional con la causa supuesto de imputación o conducta punible perseguible penalmente.

Ciertamente la respuesta del juzgador del caso Buscaglia es correcta desde el derecho formal: la pena aplicada se estableció en base a los criterios de vigencia sobre la determinación de la pena. Y a pesar de ello, no termina de satisfacernos el caso en mención pues no resulta razonable que una agresión menor al policía en el caso Buscaglia- una bofetada tras una agria discusión- sea directamente proporcional con la pena impuesta.³

Ahora bien, nuestras afirmaciones no son antisistema: no ha de ser una conclusión válida que los jueces penales asuman una posición de pesadilla hartiana, en el sentido de no aplicar el derecho vigente, y sin embargo, esta situación sí nos lleva a la necesidad de replantear la discusión jurídica de la aplicación de las penas desde la visión de la justicia constitucional.

Las cuestiones de incongruencia que anotamos no son de factura baladí. Por el contrario, la demanda y exigencia a los juzgadores penales de aplicar el principio de proporcionalidad o test de ponderación desde la justicia constitucional, demanda situaciones de replanteamiento en la aplicación de las penas y éste es un tema a trabajar in extenso desde el efecto de valoración material de las penas, y no solamente desde su enunciado estrictamente formal de disposición o enunciado lingüístico. La cuestión en mención ha de demandar mayores efectos interpretativos por parte de los jueces, situación a la que se ha de sumar, entendemos necesariamente, la Oficina de Control de la Magistratura OCMA, pues éste es el primer filtro funcional en la verificación de la actividad no jurisdiccional de los jueces.

Es constatable verificar que esta tarea no ha de ser sencilla. Si el juez no aplica la ley al caso concreto, es pasible de sanción por inconducta funcional. Aquí creemos que la opción de corrección debe tener lugar vía recurso y no a través de la sanción administrativa, pues ésta debe tener lugar en estricto, solo en los casos de verdadera inconducta funcional, y no porque las partes en el proceso discrepen con un fallo y

³ En la sentencia del caso Lady Guillén- de lesiones de cierta consideración- y también de data reciente, se impone al agresor 4 años de pena suspendida.



acudan al órgano de control. Creemos que éste no es el camino adecuado.

Queda entonces por replantear un largo esquema de trabajo en tanto habrá de ser necesario replantear que la capacitación de los jueces pueda ir de la mano con una visión constitucional de razonabilidad y proporcionalidad de las normas a ser aplicadas en los procesos penales. Esta exigencia habrá de ser necesaria pues de lo contrario, los jueces penales seremos solo aplicadores del derecho y no es ésta la perspectiva que hoy demanda la justicia constitucional.

Debemos ver, también, que la norma se adapte a la realidad y no que la realidad se adapte a la norma. Debemos observar, de igual modo, que la aplicación de las penas demanda compatibilidad, también, con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad, términos que no son factores vacuos sino que implican una visión necesaria del Estado Democrático y Social de Derecho. Los jueces penales ya no somos la boca muda de seres inertes e inanimados que pronuncia las palabras de la ley, como enunciaba Montesquieu en El Espíritu de las Leyes, en 1748, sino actores dinámicos respecto a los derechos fundamentales.

Cuanto afirmamos implica, entonces, advertir una relación de complementariedad entre el Derecho Penal y el Derecho Constitucional, entre las leyes penales y los derechos fundamentales, entre el rigor de la ley penal, necesario muchas veces, y la razonabilidad y proporcionalidad que hoy demanda con razón la justicia constitucional. El camino para ello es complejo pero necesario. Queda mucho por trabajar en ese noble propósito.



LA VIOLENCIA FAMILIAR A LA LUZ DE LAS 100 REGLAS DE BRASILIA, A PROPÓSITO DE LA LEY N° 30364

Carla Yolanda Paredes Ciccía¹



INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I: MARCO CONCEPTUAL:

- 1.1. Concepto de violencia
- 1.2. Violencia familiar
- 1.3. Tipos de violencia familiar
 - 1.1.1. Violencia física
 - 1.1.2. Violencia psicológica
 - 1.1.3. Violencia sexual

CAPITULO II: MARCO NORMATIVO

2.1 A NIVEL INTERNACIONAL

- 2.1.1 Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño
- 2.1.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos
- 2.1.3. Declaración de los derechos del niño del 20 de noviembre de 1959
- 2.1.4. Convención sobre eliminación de todas las formas de la discriminación con la mujer
- 2.1.5. Segunda conferencia mundial sobre la mujer
- 2.1.6. Tercera conferencia mundial sobre la mujer
- 2.1.7. Convención sobre los derechos del niño de 1989
- 2.1.8. Conferencia mundial de derechos humanos de Viena
- 2.1.9. Declaración para la eliminación de la violencia contra la mujer
- 2.1.10 Declaración y Programa de Acción de Viena
- 2.1.11. Informe elaborado por la cuarta conferencia mundial sobre la mujer de 1995
- 2.1.12. Beijing + 5
- 2.1.13. La convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

2.2 A NIVEL NACIONAL

- 2.2.1 Constitución Política del Perú de 1993
- 2.2.2. Código Civil de 1984
- 2.2.3. Código Penal de 1991
- 2.2.4. Programa de nacional contra la violencia familiar y la mujer
- 2.2.5. Plan nacional de igualdad de oportunidades para mujeres y varones
- 2.2.6. Ley N° 29719 - ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas
- 2.2.7 Ley de protección frente a la violencia familiar y su reforma a través de la ley N° 30364

CAPITULO III: Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad, a propósito del fenómeno de violencia familiar.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

¹ Juez Titular del Juzgado de Paz Letrado de Monsefú. Egresada de la Maestría con mención en Derecho Constitucional y Gobernabilidad de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque. Egresada de la Maestría en Derecho de Familia y de la Persona de la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo.

INTRODUCCION

La Constitución Política del Perú ha establecido en su artículo 1° que *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el estado”*, consagrando un principio exigible a la sociedad y principalmente al estado, y en lo que se refiere a toda actuación jurisdiccional, se efectivicen obligaciones concretas que tengan como finalidad primordial el resguardo de derechos como el de la “efectiva” tutela jurisdiccional, asimismo el artículo 4 de la misma Constitución, estipula que *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”*.

Al respecto, en las **“100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad”**, dadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, se consideran en *condición de vulnerabilidad* aquellas personas que, por razón de su edad, genero, estado físico mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentren especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico; aseverándose que se propiciaran medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas; de conformidad con los principios recogidos en la “Carta de Derechos de la Personas ante la Justicia en el Estado Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002); específicamente los que se incluyen en la parte “Una justicia que protege a los más débiles” (apartados 23 y 34).

Por otro lado, según lo establece la Constitución Política del Estado, en el inciso 1° del artículo 2° *“Toda persona tiene derecho a la vida, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”*, precepto que indudablemente guarda correspondencia con el artículo 3 de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, en el que se establece: *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*. En ese sentido en nuestro ordenamiento jurídico interno se emitió la Ley de protección frente a la violencia familiar N°26260, modificado por la Ley N°29282, ambas derogadas por la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar N°30364, la misma que rige actualmente los actos del fenómeno de violencia familiar.

En atención a lo descrito es de nuestro interés realizar un estudio sucinto de la tratativa de los actos de violencia familiar a la luz de las 100 Reglas de Brasilia, es por ello que en el primer capítulo se abordarán los conceptos y tipos sobre violencia familiar, para en un segundo capítulo tratar sobre el ámbito normativo a nivel internacional y nacional, para luego centrarnos en un tercer capítulo en la tratativa en el Perú de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad, a propósito del fenómeno de violencia familiar, y finalmente proponer medidas de acción para la erradicación de la violencia familiar, siendo conscientes que esto es tarea de todos.

CAPITULO I: MARCO CONCEPTUAL

1.1. Concepto de violencia.

Es lamentable tener que reconocer que no hay ni país ni comunidad a salvo de la violencia, ya que uno de los problemas más registrados y crónicos que se han presentado y siguen presentándose en la actualidad es el tema de la violencia. Es complicado acoger un concepto unívoco de violencia, sin embargo La Organización Mundial de la Salud, considera que la violencia es *“el uso deliberado de fuerza física o poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo u otro grupo o comunidad, que cause o tenga muchas posibilidades de causar lesiones, daño, muerte, trastornos psicológicos, trastornos en el desarrollo o privaciones”*². Es decir, se puede señalar que la violencia

2 CABERO ÁLVAREZ, Andrés. *Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria. La Violencia contra las mujeres*. Volumen 4, número 1, 2004. Obtenido el [28 XI 2015]. Ubicado en file:///C:/Users/USER/Downloads/Cuadernos4.1%20VIOLENCIA%20



implica toda acción voluntaria, deliberada o intencional que realiza una persona en menoscabo de otra, con la finalidad de causar una lesión, sin embargo esta lesión no abarca únicamente la agresión física, sino además la violencia puede ser psicológica o sexual.

Asimismo cabe precisar que el término violencia implica la presencia del elemento “deliberado” o “voluntario”, de causar un perjuicio o lesión a la víctima. Esto presupone que la acción de lastimar a la víctima es voluntaria, pues si eliminaríamos este elemento, implicaría que cualquier acto que implique daño hacia una persona sin que se presente el elemento de intencionalidad, como por ejemplo el daño sufrido cuando nos cosen una herida, generaría una violencia. No obstante es menester aclarar que la intención de tal acción no es generar daño de manera deliberada o intencional, por lo cual para que pueda hablarse de violencia es necesario que la acción desarrollada por el ser humano esté relacionada o vinculada con el ánimo deliberado de causar una lesión o un perjuicio a la persona.

Es por ello que TOLDOS ROMERO considera que la violencia es *“cualquier estado, intención y/o acción o acciones de naturaleza destructiva, dirigidos directa o indirectamente contra una persona, varias personas (un grupo, o una comunidad), o contra otras especies animales que no desean dicho dolor o consecuencia negativa”*³. Asimismo podemos agregar que la violencia es de carácter intencional toda vez que consiste en *“la utilización de cualquier medio físico o lógico, por un individuo o grupo contra otro, destinada a inspirar temor o intimidación o causar daño, destinada a inspirar temor o intimidación, o causar daño intencionalmente o voluntariamente a otro”*⁴.

De la misma manera se puede especificar que la *“La violencia es una acción ejercida por una o varias personas en donde se somete que de manera intencional al maltrato, presión sufrimiento, manipulación u otra acción que atente contra la integridad tanto físico como psicológica y moral de cualquier persona o grupo de personas”*⁵.

Respecto del párrafo anterior, cabe mencionar que la violencia presenta las siguientes características: es humana, evitable, no biológica, resultado de la evolución cultural y utiliza instrumentos⁶. En otras palabras, el elemento caracterizador y diferenciador de la violencia, es el elemento de la voluntariedad o deliberación de querer causar un daño al prójimo.

Por último, es importante recalcar que *“la violencia es en primer término un ejercicio de poder que busca el sometimiento y el control de las personas sobre las que se ejerce. La más reconocible de sus formas es la violencia física, pero el espectro de conductas violentas es mucho más amplio e incluye comportamientos que aunque no supongan el menoscabo de la integridad física de la persona, constituyen un ataque a su bienestar emocional”*⁷.

1.2. Violencia familiar.

Se puede señalar que la violencia familiar es *“una forma de relación o interacción disfuncional en la familia que causa daño a la persona. Se caracteriza por la existencia de una desigualdad de poder entre sus miembros, donde el que tiene el poder lo usa en forma irracional mediante acciones u omisiones físicas, psíquicas y/o emocionales que se dan en forma crónica, permanente o periódica. Lo que altera el equilibrio y armonía de la familia y perjudica el bienestar, la integridad física y psicológica; la dignidad,*

FAMILIAR%20(1).pdf

3 TOLDOS ROMERO, María De la Paz. *Hombres víctimas y mujeres agresoras. La cara oculta de la violencia entre sexos*, Editorial Cántico, Madrid, 2013, p 21.

4 AYVAR ROLDAN, Carolina. Violencia familiar. Interés de todos: doctrina, jurisprudencia y legislación, Arequipa: ADRUS, 2007, p 41.

5 La Violencia. Obtenido el [28 XI 2015]. Ubicado en file:///C:/Users/USER/Downloads/La%20violencia%20(3).pdf

6 Cfr.ALONSO VAREA, José Manuely CASTELLANOS DELGADO· José Luis. *Por un enfoque integral de la violencia familiar*. Intervención Psicosocial v.15 n.3 Madrid 2006. Obtenido el [20 XI 2015]. Ubicado en http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1132-05592006000300002&script=sci_arttext&lng=pt

7 LILA, Marisol; GARCÍA, Antonio y LORENZO, María. *Manual de Intervención con maltratadores*, Universitat de Valencia, p 235.

la libertad y el derecho al pleno desarrollo de los miembros de la familia”⁸. La violencia familiar es toda acto u omisión, ocurrido en el seno de una familia y que es ejercida por uno o varios de sus miembros con la intención de perjudicar gravemente la vida, el cuerpo, la salud, la integridad física, y psicológica o la libertad de cualquier otro de sus integrantes.

La Organización Mundial de la Salud, también ha definido qué es la violencia familiar, indicando que es “toda acción u omisión cometida por algún miembro de la familia en relación de poder, sin importar el espacio físico donde ocurra, que perjudique el bienestar, la integridad física y psicológica o la libertad y el derecho pleno desarrollo de otro miembro de la familia”⁹. De lo antes señalado se puede colegir que esta manifestación de violencia consiste en aquella acción o conducta deliberada que realiza un miembro de la familia con la finalidad de causarle una lesión o daño (físico, psicológico o sexual) a otro miembro del entorno familiar.

Por otro lado, ALONSO VAREA y CASTELLANOS DELGADO, consideran que la violencia familiar es “todo acto u omisión sobrevenido en el marco familiar por obra de uno de sus componentes que atente contra la vida, la integridad corporal o psíquica, o la libertad de otro componente de la misma familia, o que amenace gravemente el desarrollo de su personalidad”¹⁰.

1.3. Tipos de violencia familiar

1.1.4. Violencia física:

Es uno de los tipos de violencia más sencillos de reconocer, pues implica la realización de una acción intencional, la cual proviene del uso de la fuerza física de uno de los miembros de la familia, que consiste en sujetar, inmovilizar o golpear con cualquier parte del cuerpo, objeto u arma a otro miembro de la familia causándole daño. Sin embargo es necesario precisar que el daño puede consistir desde un pellizco, bofetadas, puñetazos, patadas, lesiones internas y externas, hematomas, quemaduras, mordeduras hasta llegar al homicidio.

Es por ello que TOLDOS ROMERO, indica que esta clase de violencia “se refiere aquellos actos o acciones que provocan o puedan ocasionar un daño o sufrimiento físico, enfermedad, o riesgo de padecerla, hacia la víctima, y donde existe un contacto directo con el cuerpo o un contacto instrumental entre dos personas, varias personas (...) Se trata de un tipo de conducta directa y activa, porque se produce principalmente en una confrontación o en encuentro cara a cara durante una interacción social”¹¹.

Asimismo, PISCONTI DUREND, considera que la violencia física involucra aquellas acciones o comportamiento que amenazan o lesionan la integridad física de una persona, caracterizada por el empleo de la fuerza física contra la víctima. En esa misma idea, la lesión producida, deriva en una afectación directa con repercusiones objetivas en la víctima de tal hecho¹². Entonces podemos colegir, que esta clase de violencia se caracteriza por los acontecimientos sobre el cuerpo de la víctima la cual puede o no materializarse externamente, por ejemplo con hematomas, cortaduras, mordeduras, sin embargo existe la posibilidad que la violencia física ejercida no se puede manifestar, por ejemplo cuando el agresor golpea a su víctima empleando un pañuelo húmedo, el cual no deja ninguna marca, sin embargo causa un dolor interno desgarrador.

8 CERVANTES S., Verónica. Psicóloga de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. *ANÁLISIS JURÍDICO DESCRIPTIVO DE LA VIOLENCIA FAMILIAR Y EL DAÑO A LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO*. 2010. Ubicado el [28 XI 2015]. Obtenido en [file:///C:/Users/USER/Downloads/DA%C3%91O%20A%20LA%20PERSONA%20EN%20LA%20VIOLENCIA%20FAMILIAR%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/DA%C3%91O%20A%20LA%20PERSONA%20EN%20LA%20VIOLENCIA%20FAMILIAR%20(2).pdf)

9 BARDALES, Olga y HUALLPA, Elisa. *Violencia Familiar y sexual en mujeres y varones de 15 a 59 años*. Ministerio de la Mujer y desarrollo social. Programa Nacional contra la violencia Familiar y Sexual. Ubicado el [23 XI 2015]. Obtenido en http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgcvlg/libro_mujeres_varones_15_a_59.pdf

10 ALONSO VAREA y CASTELLANOS DELGADO. *Ibidem*.

11 TOLDOS ROMERO, María De la Paz. *Obcit*, p 24.

12 Cfr. PISCONTI DUREND, María. *La valoración de la prueba en los procesos sobre violencia familiar*. Obtenida el {27. XI 2015}. Ubicada en <http://www.geocities.ws/cindeunsch/doc/public/Pisc01.pdf>.



1.1.5. Violencia psicológica.

Esta clase de violencia se suele manifestar a través del maltrato verbal, de burlas en lugares públicos y privados, insultos, gritos. La violencia psicológica puede resultar tan igual e incluso más perjudicial que la violencia física, pues si esta es muy severa, puede conllevar a verdaderos trastornos del subconsciente. Es por ello que TULICH MORALES y SOLORZANO CASTRO, consideran que la violencia psicológica es aquella acción u omisión que se produce con la finalidad de controlar y degradar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, caracterizada por el empleo de insultos, humillaciones, descalificativos, indiferencia, desautorización, intimidación, manipulación, amenazas, aislamiento o cualquier otro tipo de conducta que produzca un perjuicio en la salud psicológica o en el desarrollo integral de la persona sobre la que se ejerce¹³.

Así mismo, la violencia psicológica se refiere a aquellas conductas realizadas por el agresor con la finalidad de ocasionar un daño emocional en la víctima, para lo cual se emplean ofensas, humillaciones, insultos, chantajes, amenazas, coacciones, intimidaciones.

Por último cabe mencionar que la violencia psicológica es toda *“acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal. Se presenta bajo las formas de hostilidad verbal como por ejemplo, insultos, burlas, desprecio, críticas o amenazas de abandono; también aparece en la forma de constante bloqueo de las iniciativas de la víctima por parte de algún miembro de la familia”*¹⁴.

1.1.6. Violencia sexual.

La violencia sexual es aquella violencia referida a todo acto de índole sexual propiciado por un miembro de la familia con la finalidad de buscar su satisfacción sexual. En ese sentido, se indica que es la acción mediante la cual se obliga a otra persona a sostener contacto sexual, físico, verbal, o participar en ellos mediante la fuerza, intimidación, coerción o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal¹⁵. De esta manera, la violencia sexual es aquella conducta intencional que el agresor comete en contra de su víctima, la cual se manifiesta a través del contacto físico o sin él, es decir, no solo involucra las relaciones sexuales (penetración, prostitución) o tocamientos indebidos, sino además los gestos obscenos, o el exhibicionismo. El agresor se abala de las amenazas, soborno, chantaje, coerción, uso de la fuerza o intimidación, lo cual vulnera el derecho de las personas a decidir sobre su vida sexual o reproductiva.

Por último y no menos importante, ALONSO VAREA y CASTELLANOS DELGADO opinan que la violencia sexual es aquel *“Contacto sexual sin consentimiento, cualquier contacto sexual coercitivo o con fines de explotación, por ejemplo: caricias, relaciones sexuales vaginales o anales, ataques a zonas sexuales del cuerpo. Obligar a ver imágenes o actividades sexuales y amenazar con contactos sexuales”*¹⁶. La violencia sexual es todo acto o actividad que atenta contra la libertad sexual que tiene el ser humano, pues el agresor amenaza o vulnera el derecho de la víctima de decidir libremente tanto sobre el acto sexual como la forma de ejercer el contacto sexual, siendo preciso resaltar que esta forma de violencia resulta ser muy frecuente ante las denuncias de violencia familiar.

13 Cfr. TULICH MORALES, Juan y SOLORZANO CASTRO, Palmira. *Inadecuada regulación del maltrato infantil en la ley de violencia familiar, iuris lexis: revista de estudios constitucionales*, Lima, 2005.

14 BARDALES, Olga y HUALLPA, Elisa. ObCit, p 10.

15 Cfr. AYALA MARTINEZ, Ramón Alexis y FLORES SANCHEZ, Miguel. *El proceso de violencia intrafamiliar desde una perspectiva Constitucional*, Trabajo de Graduación Monográfico para optar el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, U.F.G., 2003.

16 ALONSO VAREA y CASTELLANOS DELGADO. Ibidem.

CAPITULO II: MARCO NORMATIVO

2.1 A NIVEL INTERNACIONAL

2.1.1 Declaración de ginebra de 1924 sobre los derechos del niño

Podríamos aseverar que el primer atisbo sobre protección jurídica internacional frente a actos que vulneran la familia es la La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924¹⁷, en la que se resalta, que la humanidad debe proteger a los niños de todo aquel hecho que lacere su dignidad. Es decir, implícitamente, se verifica que existe una mirada al niño propenso a sufrir maltratos, lo que conlleva a una protección de toda la familia.

2.1.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Un trascendental instrumento jurídico internacional es Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la que transluce una serie de disposiciones que tienden a evitar la violencia familiar, aunque claro esta no de manera absoluta y expresa. Así tenemos que:

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

De este precepto se deduce que la libertad y la igualdad de los hombres son transversales a la dignidad y derechos, por tanto no debe mediar actuación alguna que afecte la fraternidad en la que deben vivir los seres humanos. Consideramos, que este precepto aplica para las relaciones familiares, puesto que es la fraternidad en la que debe desenvolverse la familia de modo tal que se expulse de su seno aquellos sucesos que lo pongan en riesgo como institución, pero sobre todo a sus miembros.

Artículo 5

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

De este precepto se desprende que ningún ser humano puede ser objeto de tratos que violenten su integridad, no solo física sino psicológica y moral. Consideramos, que es en la familia donde no podría existir bajo ningún supuesto, un escenario de tal magnitud. En ningún familia pues, debe tolerarse, torturas, crueldades o actos degradantes.

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

De tal precepto se deduce que ante la ley es igual para todos. De modo especial podemos señalar que tanto hombre y mujer tiene igual trato frente a la ley, en consecuencia, una ley que busque proteger la familia, debe ser igual para todos sus miembros.

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la

17 La declaración contiene 5 únicos artículos:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.



constitución o por la ley.

Cuando la norma establece que si existe vulneración de derechos fundamentales, la persona afectada puede solicitar que se le proteja a nivel de la administración de justicia. Entonces, es lógico sostener que la familia, o mejor, si uno de los miembros de la familia ha sido quebrantado en sus derechos fundamentales acuda en su necesidad, de que se repare sus derechos. Los estados, deben garantizar ante situaciones de violaciones a derechos de la familia, los agresores los autores no vuelvan a incurrir en la misma actitud violentista.

2.1.3. Declaración de los derechos del niño del 20 de noviembre de 1959

De una atenta observación a su contenido, se asevera que el *preámbulo*¹⁸, y los *principios 04*¹⁹, *06*²⁰, *08*, reafirman que la el niño, para desarrollarse plenamente debe estar exento de toda intromisión violenta. Que es el estado quien debe forjar dicha garantía, como una política de desarrollo general.

Respecto a la mujer – víctima de violencia familiar, en el periodo 1976 – 1985 – se instauró la década de la mujer, en la que trató de adaptarse una serie de mecanismos que coadyuvasen a la erradicación de la violencia familiar, puesto que se entendió que la violencia contra los niños y contra las mujeres había ganado un escenario de alcance universal. Había que actuar. En dicho contexto se celebró diversos eventos en los que se iba a desarrollar propuestas normativas internacionales. A continuación mencionaremos cuales fueron dichos eventos.

2.1.4. Convención sobre eliminación de todas las formas de la discriminación con la mujer²¹.

Esta convención²² fue suscrita en 1979, en el marco de la década de la mujer. La misma fue ratificada

18 Preámbulo

“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana y su determinación de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad,

Considerando que las Naciones Unidas han proclamado en la declaración Universal de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento,

Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,” obtenido el 23 de noviembre del 2015. ubicado en <file:///C:/Users/Cabina08/Downloads/Dialnet-DeclaracionDeLosDerechosDelNinoYConvencionSobreLos-3036618.pdf>

19 Principio IV :

“El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberá proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y posnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.” (ibidem)

20 Principio VI :

“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.”(ibidem)

Principio VIII :

“El niño debe, en todas circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.” (ibidem)

21 El artículo 01 de la convención señala expresamente: *“A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”*

22 La Convención está compuesta de una serie de normas y obligaciones aceptadas por todos y todas. Estas normas básicas— denominadas también derechos humanos—establecen derechos y libertades mínimas que los gobiernos deben cumplir. Acompañan a estos derechos la obligación de los gobiernos y los individuos de no infringir los derechos paralelos de



por el Perú en 1982. Esta convención persigue, a través de lo pactado que los Estados se comprometan a cumplir con una serie de obligaciones para con las mujeres.

2.1.5. Segunda conferencia mundial sobre la mujer

Esta conferencia²³ desarrollada en Copenhague es vital, porque por primera vez se habla en un documento oficial internacional de violencia doméstica.

2.1.6. Tercera conferencia mundial sobre la mujer

En esta conferencia se acentúa la preocupación porque la violencia contra la mujer cada vez se manifiesta a mayor escala, lo que hace que se convierta en hecho cotidiano. Para evitar su crecimiento inusitado, los países de proponen enfrentarla a través de una serie de estrategias como reconocer que dicha violencia se ejercía, en diversas formas, en la vida cotidiana de todas las sociedades, y se señalaron diversas manifestaciones de violencia, señalando a la atención a las mujeres que sufren tratos abusivos en el hogar, las mujeres víctimas de la trata y la prostitución involuntaria, las mujeres privadas de libertad y las mujeres en los conflictos armados. Acordaron los que participaron que Las medidas que deberían adoptarse para lograr la igualdad de género a nivel nacional y promover la participación de las mujeres en las iniciativas de paz y desarrollo.

2.1.7. Convención sobre los derechos del niño de 1989.

En este evento a lo largo de sus 54 artículos, reconoce que los niños (seres humanos menores de 18 años) son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones. Además la Convención es también un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad humana. La convención, reafirma la declaración de ginebra. Lo que se persigue es la protección de los niños. Ningún niño puede ser sujeto de violencia. Menos de violencia familiar. Los estados no pueden permitirlo.

2.1.8. Conferencia mundial de derechos humanos de Viena.

En Esta conferencia realizada en Viena en 1993, la comunidad internacional organizada declaro y reconoció que los derechos de las mujeres son también derechos humanos precisando que son inalienables, integrantes e indivisibles.

2.1.9. Declaración para la eliminación de la violencia contra la mujer.

En el preámbulo de dicha declaración se lee la asamblea general:

*"(...) Preocupada porque la violencia contra la mujer constituye un obstáculo no sólo para el logro de la igualdad, el desarrollo y la paz, tal como se reconoce en las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la mujer en las que se recomendó un conjunto de medidas encaminadas a combatir la violencia contra la mujer, sino también para la plena aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,
Afirmando que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales e impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y libertades, y preocupada por el descuido de larga data de la protección y fomento de esos derechos y libertades en casos de violencia contra la mujer,
Reconociendo que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de*

los demás. Estas normas son interdependientes e indivisibles; no es posible garantizar algunos derechos a costa de otros.

23 El informe final de la Conferencia Mundial de la Década de las Naciones Unidas para la Mujer (Segunda Conferencia Internacional sobre la Mujer) se hace referencia a la violencia en el hogar, y, en el contexto de la atención a la salud, se pidió la elaboración de programas encaminados a eliminar la violencia contra las mujeres y los niños y a proteger a las mujeres del abuso físico y mental.



relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre, Preocupada por el hecho de que algunos grupos de mujeres, como por ejemplo las mujeres pertenecientes a minorías, las mujeres indígenas, las refugiadas, las mujeres migrantes, las mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas, las mujeres indigentes, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas, las niñas, las mujeres con discapacidades, las ancianas y las mujeres en situaciones de conflicto armado son particularmente vulnerables a la violencia (...)"

Del texto glosado, se puede conjeturar que la violencia contra la mujer ya no solo es una categoría de discriminación contra esta, sino un problema para el progreso y la vigencia de los derechos humanos. El contenido de la declaración se propone en efecto dar las pautas para erradicar la violencia que se ejerce contra la mujer. Parte de una definición sobre violencia contra la mujer y que constituye.²⁴

2.1.10 Declaración y Programa de Acción de Viena

Esta Declaración tiene por objeto la plena realización de todos los derechos humanos; derechos económicos, sociales y culturales y derechos civiles y políticos, y las libertades sin ningún tipo de discriminación, como el racismo, la xenofobia (hacia inmigrante, indígenas, minorías étnicas u otros grupos); reafirmando también los derechos humanos de mujeres, niños y personas con discapacidad. Para cumplir con tales derechos humanos, la Declaración exige a todos los países ratificar plenamente todos los tratados en la medida de lo posible y garantizar un sistema jurídico eficaz para castigar las violaciones de dichos derechos.

2.1.11. Informe elaborado por la cuarta conferencia mundial sobre la mujer de 1995.

En este informe se estableció que se *"Garantizara a todas las mujeres y las niñas todos los derechos humanos y libertades fundamentales, y tomar medidas eficaces contra las violaciones de esos derechos y libertades; y Adoptar las medidas que sean necesarias para eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres y las niñas, y suprimir todos los obstáculos a la igualdad de género y al adelanto y potenciación del papel de la mujer;"* y () *"Prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas;"*

2.1.12. Beijing + 5

Luego de la cuarta conferencia mundial sobre la mujer, se reunió la asamblea general de las naciones unidad cinco años después, del 5 al 9 de junio de 2000, tuvo lugar el vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas con el tema «Beijing + 5 - La mujer en el año 2000: Igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI» en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. En el período extraordinario de sesiones titulado «nuevas medidas e iniciativas para aplicar la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing», se aprobaron

24 Artículo 1

"A los efectos de la presente Declaración, por «violencia contra la mujer» se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada." Artículo 2

"Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra".

una Declaración Política²⁵ y un documento final²⁶.

2.1.13. La convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

25 Dice en la **carta política** la asamblea expresamente “*Reafirmamos también nuestro compromiso de aplicar las doce esferas de especial preocupación de la Plataforma de Acción de Beijing, a saber, la mujer y la pobreza, educación y capacitación de la mujer, la mujer y la salud, la violencia contra la mujer, la mujer y los conflictos armados, la mujer y la economía, la mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones, mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer, los derechos humanos de la mujer, la mujer y los 1 Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.96.IV.13), cap. I, resolución 1, anexo I. 2 Ibid., anexo II. 3 Informe de la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, Nairobi, 15 a 26 de julio de 1985 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.85.IV.10), cap. I, secc. A. A/RES/S-23/2 2 medios de difusión, la mujer y el medio ambiente, y la niña, y pedimos que se apliquen las conclusiones convenidas y las resoluciones relativas al seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer aprobadas por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer a partir de su 40° período de sesiones”*

26 En el **documento final** en el literal D dice expresamente la asamblea. La violencia contra la mujer 13. Logros. Se acepta cada vez más que la violencia contra las mujeres y las niñas, ya sea en su vida pública o privada, es una cuestión de derechos humanos. Se acepta que la violencia contra la mujer, cuando es perpetrada o condonada por el Estado o sus agentes, constituye la violación de un derecho humano. Se acepta también que los Estados tienen la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y castigar actos de violencia, ya sean perpetrados por el Estado o por particulares, y de prestar protección a las víctimas. Cada vez hay una mayor conciencia y un mayor compromiso para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y las niñas, incluida la violencia en el hogar que viola y obstaculiza o impide el disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales, mediante, entre otras cosas, mejores leyes, políticas y programas. Los gobiernos han puesto en marcha reformas y mecanismos normativos tales como comités interministeriales, directrices y protocolos, y programas nacionales multidisciplinarios y coordinados para luchar contra la violencia. Además, algunos gobiernos han promulgado o reformado leyes para proteger a las mujeres y las niñas de todas las formas de violencia, así como leyes para procesar a los autores. Cada vez se reconoce más a todos los niveles que todas las formas de violencia contra la mujer afectan gravemente a su salud. Se considera que los trabajadores de la salud han de desempeñar un papel importante para abordar ese asunto. Se han realizado algunos progresos en la prestación de servicios a las mujeres y los niños maltratados, incluidos los servicios jurídicos, centros de acogida, servicios especiales de salud y asesoramiento, teléfonos especiales y unidades de policía especialmente formadas al respecto. Se está promoviendo al respecto la formación de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los miembros de la judicatura, los trabajadores de la salud y los asistentes sociales. Se ha preparado material educativo para la mujer y para campañas de sensibilización de la opinión pública y se están realizando investigaciones sobre las causas fundamentales de la violencia. Cada vez se realizan más investigaciones y estudios especializados sobre el papel de los géneros, particularmente el papel de los hombres y los niños, y sobre todas las formas de violencia contra la mujer, así como sobre la situación de los niños que crecen en familias con violencia y sobre las repercusiones que la violencia tiene para ellos. Se ha logrado establecer una cooperación fructífera entre las organizaciones gubernamentales y las no gubernamentales en la esfera de la prevención de la violencia contra la mujer. El apoyo enérgico de la sociedad civil, particularmente de las organizaciones de mujeres y las organizaciones no gubernamentales (ONG), ha desempeñado un papel importante, ya que, entre otras cosas, ha servido para promover campañas de sensibilización de la opinión pública y prestar servicios de apoyo a las mujeres víctimas de la violencia. Se ha prestado apoyo normativo a nivel nacional, regional e internacional a las actividades encaminadas a erradicar prácticas tradicionales peligrosas, como la mutilación genital de la mujer, que constituye una forma de violencia. Muchos gobiernos han puesto en marcha programas educativos y de divulgación, así como medidas legislativas para tipificar esas prácticas como delitos. Además, ese apoyo incluye el nombramiento por el Fondo de Población de A/RES/S-23/3 8 las Naciones Unidas del Embajador Especial para la eliminación de la mutilación genital de la mujer.

Y sobre los Obstáculos dice: Las mujeres siguen siendo víctimas de diversas formas de violencia. El hecho de que no se comprendan suficientemente las causas profundas de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas obstaculiza las actividades que se realizan para eliminar dicha violencia. Hay una falta de programas amplios destinados a ocuparse de los culpables, incluidos, cuando proceda, programas que les permitan resolver sus problemas sin recurrir a la violencia. La escasez de datos sobre la violencia obstaculiza también la formulación de políticas y la realización de análisis con conocimiento de causa. Las actitudes socioculturales discriminatorias y las desigualdades económicas refuerzan la subordinación de la mujer en la sociedad. Ello da lugar a que las mujeres y las niñas sean vulnerables a muchas formas de violencia, como la violencia doméstica de tipo físico, sexual y psicológico, incluidas las palizas, los abusos sexuales de las niñas en el hogar, la violencia por cuestiones de dote, la violación marital, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, la violencia extramatrimonial y la violencia relacionada con la explotación. Muchos países siguen sin responder a la violencia con un enfoque suficientemente coordinado y multidisciplinar que incluya el sistema de salud, los lugares de trabajo, los medios de difusión, el sistema educativo y el sistema judicial. En algunos países, la violencia doméstica, incluida la violencia sexual dentro del matrimonio, sigue considerándose como un asunto privado. Siguen sin conocerse bien las consecuencias de la violencia en el hogar, los modos de impedirlos y los derechos de las víctimas. Aunque están perfeccionándose, en muchos países son deficientes las medidas jurídicas y legislativas que se adoptan, particularmente en la esfera de la justicia penal, para eliminar las diferentes formas de violencia contra la mujer y los niños, incluidas la violencia doméstica y la pornografía infantil. Las estrategias de prevención siguen siendo fragmentarias y se adoptan como reacción a los acontecimientos, y son escasos los programas relativos a esas cuestiones. Además cabe señalar que, en algunos países, ha habido problemas por la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en relación con la trata de mujeres y niños y todas las formas de explotación económica y sexual.



A nivel de la región la Organización de los Estados Americanos, también se han producido instrumentos para enfrentar el flagelo de la violencia familiar. En dicho contexto, se desarrolló en 1994, la convención sub examine, de la que destacamos sus dos primeros artículos.

Artículo 1

Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a. *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, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;*

b. *que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que 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, y*

c. *que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.*

De las normas extraídas se devela que la una de las formas de ejercer violencia familiar, es aquella la que la mujer y otros miembro de la familia, la padecen dentro del hogar.

2.2 A NIVEL NACIONAL

2.2.1 Constitución Política del Perú de 1993

La norma suprema peruana reconoce en su parte dogmática como principios derivados de la dignidad humana el irrestricto a la vida, integridad, honor, intimidad y el libre desarrollo de la personalidad. En tal sentido merece atención, que implícitamente se está reconociendo, que el estado reprocha todas aquellas conductas que vulneren dichos principios. En dicho marco, podemos citar el artículo 02, inciso 01, 24 literal H. y el artículo 04.

2.2.2. Código Civil de 1984

En nuestro código civil de 1984, vigente encontramos que la violencia familiar se enmarca en varios de sus artículos los que serán tocados en las siguiente líneas.

Es en el libro de derecho de familia del vigente código Civil de psis, específicamente “*en el numeral 2) de “artículo 333 del Código Civil ²⁷, establece como causal de separación personal o de divorcio vincular, según sea el caso, la violencia física y/o psicológica ejercida por un cónyuge sobre el otro. Es decir, de acuerdo con la ley civil, el cónyuge víctima de violencia física y/o psicológica podrá solicitar la disolución o el decaimiento del vínculo matrimonial puesto que sus derechos fundamentales (salud,*

27 Código Civil, Artículo 333.- Son causas de separación de cuerpos: 1. El adulterio. 2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias. 3. El atentado contra la vida del cónyuge. 4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común. 5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo. 6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común. 7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347. 8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio. 9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio. 10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio. 11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial. 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335. 13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.”

integridad física y/o psicológica y libre desarrollo) están siendo vulnerados en el ámbito familiar”²⁸.

En un inicio cuando se definió esta causal se utilizó el termino servicia, la que consistía en que se tenía que verificar que en el plano familiar se diera de manera reiterada las agresiones de manera cruel de un cónyuge al otro. “Con el remplazo del concepto de servicia por el de violencia física y/o psicológica, la norma dejó de lado los criterios de crueldad, reiteración e intencionalidad hacer sufrir al cónyuge. No obstante, el operador jurídico, al interpretar, y aplicar la ley al caso de divorcio por causal de violencia física y/o psicológica incorpora su concepción de la relación hombre/mujer y, por lo tanto, sus actitudes, prejuicios y valores frente a la violencia en la relación de pareja”²⁹.

Es importante tener en cuenta que pese a dicha modificación, en la realidad para que se configure tal causal debe mostrarse un resultado de violencia y que este sea reiterado para acreditarse, lo que nos lleva a decir que se da carta abierta a que dentro de la relación familiar entre cónyuges tenga esta primero que ser tormentosa, no bastando solo un primer suceso para avalar tal causal.

2.2.3. Código Penal de 1991

En el sistema de justicia penal peruano, el tema de la violencia familiar, especialmente la manifestada entre cónyuges o convivientes no posee una protección penal autónoma. Nuestra legislación penal ha considerado conveniente que dicha protección sea otorgada por tipos de injusto cualificados asentados exclusivamente sobre la base de figuras tradicionales: faltas contra las personas y delito de lesiones. En efecto, los ataques a la salud de la víctima de violencia se protegen mediante los delitos de lesiones del artículo “121-A”³⁰ y el “artículo 122”³¹ que en su inciso 3, apartado c) y d), hacen mención a una figura agrava del delito si este tuvieran la calidad de mujer y se encuentra en alguna de las circunstancias previstas en el párrafo primero del artículo 108-B, también si es que este tiene algún grado de parentesco como ser ascendiente, descendiente, natural o adoptado, cónyuge o conviviente recién modificado por la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar LEY N° 30364 en los que se presta especial consideración al parentesco. Asimismo, el “artículo 441”³² castiga la falta de lesiones, en la que se considera circunstancia agravante.

28 DEFENSORIA DEL PUEBLO DEL PERU. La protección penal frente a la violencia familiar en el Perú, 2005. Ubicado [28-X-15]. Obtenido en: http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/marzo/09/informe_violencia_familiar.pdf, p. 33.

29 Ídem

30 Código Penal, Artículo 121-A.- En los casos previstos en la primera parte del artículo 121, cuando la víctima sea menor de catorce años y el agente sea el tutor, guardador o responsable de aquel, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, remoción del cargo según el numeral 2 del artículo 554 del Código Civil e inhabilitación a que se refiere el artículo 36 inciso 5.

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años.

31 Código penal, Artículo 122. Lesiones leves 1. El que causa a otro lesiones en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, o nivel moderado de daño psíquico, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años. 2. La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo 1 y el agente pudo prever ese resultado. 3. La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si la víctima: a. Es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial, del Ministerio Público o del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular o funcionario o servidor público y es lesionada en el ejercicio de sus funciones oficiales o como consecuencia de ellas. b. Es menor de edad, mayor de sesenta y cinco años o sufre de discapacidad física o mental y el agente se aprovecha de dicha condición. c. Es mujer y es lesionada por su condición de tal, en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B. d. Es ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o conviviente del agente. e. Depende o está subordinada de cualquier forma al agente. 4. La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de catorce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión a que se refiere el párrafo 3 y el agente pudo prever ese resultado. 5. El juez impone la inhabilitación correspondiente a los supuestos previstos en el párrafo

32 Código Penal, Artículo 441.- El que, de cualquier manera, causa a otro una lesión dolosa que requiera hasta diez días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cuarenta a sesenta jornadas, siempre que no concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito. Se considera circunstancia agravante y se incrementará la prestación de servicios comunitarios a ochenta jornadas cuando la víctima sea menor de catorce años o la lesión se produzca como consecuencia de un hecho de violencia familiar, o el agente sea el tutor, guardador o responsable de aquel.

Cuando la lesión se causa por culpa y ocasiona hasta quince días de incapacidad, la pena será de sesenta a ciento veinte



La nueva LEY N° 30364, que deroga la ley 26260, modifica los “artículos 377”³³, que establece que cuando la Omisión, rehilamiento o demora de actos funcionales, esta referidos a violencia familiar esta agravara la pena y también el “artículo 378”³⁴, que establece cuando ha existido denegación o deficiente apoyo policial, pues entendamos de este artículo que en su párrafo segundo hace mención a la petición de auxilio de un particular en situación de peligro, y esta se refiere a una circunstancia de violencia familiar a la que se hace mención en el tercer párrafo.

Esta nueva Ley N°30364 agrega los “artículos 46-E y 124-B”³⁵. En el primero hace mención a cuando se da un abuso de parentesco, como figura que agrava un delito, y el segundo que nos habla de la medición del daño psicológico y de los instrumentos técnicos oficiales.

Es importante que esto puede en un final desatarse en delitos más complicados que ya no tienen que ver con un tema de violencia sino de muerte de parte de la víctima, que puede este resultado muerte puede estar antecedido de otro resultado denominado lesiones dentro del entorno familiar; nos estamos refiriendo al delito de parricidio regulado en el “artículo 107”³⁶ y el feminicidio regulado en el “artículo 108-B”³⁷.

Finalmente, el sistema penal sanciona los actos de violencia familiar a partir de figuras penales generales (lesiones graves, lesiones leves o faltas contra la persona, dependiendo de la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima) que se agravan en razón de la relación de parentesco entre la víctima y el agresor, denotándose la ausencia de un tipo penal autónomo como se reconoce en determinada legislación comparada.

días-multa.

33 Código Penal, Artículo 377. Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años

34 Código penal, Artículo 378. Denegación o deficiente apoyo policial El policía que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si la prestación de auxilio es requerida por un particular en situación de peligro, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

La pena prevista en el párrafo segundo se impondrá, si la prestación de auxilio está referida a una solicitud de garantías personales o un caso de violencia familiar.

35 Código Penal, Artículo 46-E. Circunstancia agravante cualificada por abuso de parentesco La pena es aumentada 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. En este caso, la pena privativa de libertad no puede exceder los treinta y cinco años, salvo que el delito se encuentre reprimido con pena privativa de libertad indeterminada, en cuyo caso se aplica esta última. La agravante prevista en el primer párrafo es inaplicable cuando esté establecida como tal en la ley penal.

Código Penal, Artículo 124-B. Determinación de la lesión psicológica El nivel de la lesión psicológica es determinado mediante valoración realizada de conformidad con el instrumento técnico oficial especializado que orienta la labor pericial, con la siguiente equivalencia: a. Falta de lesiones leves: nivel leve de daño psíquico. b. Lesiones leves: nivel moderado de daño psíquico. c. Lesiones graves: nivel grave o muy grave de daño psíquico

36 Código Penal, Artículo 107, Parricidio.- El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

37 Código Penal, Artículo 108- B, Feminicidio.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos: 1. Violencia familiar; 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual; 3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente. La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes: 1. Si la víctima era menor de edad; 2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación; 3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente; 4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación; 5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad; 6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas; 7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108. La pena será de cadena perpetua cuando concurran dos o más circunstancias agravantes.



2.2.4. Programa nacional contra la violencia familiar y la mujer

Este programa tiene como principal finalidad “diseñar y ejecutar a nivel nacional acciones y políticas de atención, prevención y apoyo a las personas involucradas en de violencia familiar y sexual contribuyendo así a mejorar la calidad de la población. Tengamos en cuenta que lo principal en un programa que busca mejorar la calidad de vida, empieza con una idea de prevención como principal herramienta de solución”³⁸.

2.2.5. Plan nacional de igualdad de oportunidades para mujeres y varones:

En la actualidad el Plan Nacional de Igualdad de Género corresponde a la tercera etapa de políticas públicas que incorporan el enfoque de género, teniendo como vigencia el periodo 2012 – 2017. A diferencia de los anteriores planes de igualdad, el actual tiene la particularidad que ha sido concebido dentro del marco de la ley 28983 - “Ley de Igualdad de Oportunidades”, (LIO), del 16 de marzo de 2007.

La LIO tiene por objetivo “establecer el Marco Normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida pública y privada, propendiendo a la plena igualdad”.³⁹

2.2.6. Ley Nº 29719 - ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas:

Dicha Ley se marca como objetivo el establecer los mecanismos para diagnosticar, prevenir, evitar, sancionar y erradicar la violencia, el hostigamiento, la intimidación y cualquier acto considerado como acoso entre los alumnos de las instituciones educativas, debido a la creciente ola de “bullying” y violencia que actualmente se vive en las escuelas, que en la mayoría de los casos tiene como causa la violencia vivida en los hogares.

Por tal establece como necesidad la presencia de por lo menos, un profesional de Psicología en cada institución educativa, encargado de la prevención y el tratamiento de los casos de acoso y de violencia entre los alumnos.

Además establece que el Consejo Educativo Institucional (Conei) de cada institución educativa realizará, además de sus atribuciones habituales, las acciones necesarias para diagnosticar, prevenir, evitar, sancionar y erradicar la violencia, el hostigamiento y la intimidación entre escolares en cualquiera de sus manifestaciones. También este órgano interno aplicará las sanciones que correspondan y elaborará un plan de sana convivencia y disciplina escolar, siguiendo las indicaciones emanadas del Ministerio de Educación, que recogen y concretan los valores, objetivos y prioridades de actuación que orientan y guían el mutuo respeto y la solución pacífica de los conflictos. Si bien es cierto la ley 29719^o señala obligaciones específicas para aquellas autoridades y personas que conforman el personal de las instituciones educativas, no se olvida del importante papel que juegan los padres y apoderados de los estudiantes. Por otro lado es preciso señalar que en la erradicación de violencia escolar, también se ha involucrado al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), quién está obligado a realizar visitas inopinadas de inspección a las instituciones educativas para verificar la existencia de cualquier tipo de violencia física o psicológica y de toda forma de hostigamiento y acoso entre estudiantes, cometidos por cualquier medio, incluyendo virtuales, telefónicos, electrónicos u otros análogos, de conformidad con su rol fiscalizador de la idoneidad en servicios educativos, que establece el Código de Protección y Defensa del Consumidor; para lo cual, debe tomar declaraciones, recoger denuncias de los miembros de la comunidad educativa, realizar investigaciones, disponer las acciones de comprobación que estime pertinentes, así como imponer las

38 MIMDES. Manual de organización y funciones, programa nacional contra la violencia familiar y sexual. Ubicado el [28-X-15]. Obtenido en: http://www.mimp.gob.pe/files/mof/Prog_Nac_Contral_Violencia_Fam_y_Sexual.pdf, p. 2.

39 ley 28983 - “Ley de Igualdad de Oportunidades”, (LIO), del 16 de marzo de 2007.



sanciones correspondientes.⁴⁰

2.2.7 Ley de protección frente a la violencia familiar y su reforma a través de la ley N° 30364

La LEY N° 26260 fue promulgada el 24 de diciembre de 1993, constituyéndose como la norma que diseñaba la política del Estado y de la sociedad frente a la violencia Familiar, sin embargo debido a los múltiples cambios y circunstancias que han acaecido en el país, dicha ley fue derogada por la actual ley vigente N° 30364°, ello con el objetivo de cumplir efectivamente con la obligación del estado de fomentar a través de políticas, el irrestricto respeto a la dignidad de la persona humana y de los derechos de la mujer, del niño, adolescente y de la familia, de conformidad con la Constitución Política del Estado y los Instrumentos Internacionales ratificados por el Perú.

Siendo así la nueva ley ha establecido sus disposiciones bajo principios rectores y enfoques, que evidencian una mejor sincronía, por ejemplo con el Plan Nacional de Igualdad para Mujeres y Varones del que ya hemos hablado líneas antes. Por tanto podemos afirmar que la nueva ley 30364°, pese a su cuestionada aplicación, reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género, que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres, no sólo dentro del hogar sino en otros ámbitos y niveles (como el social y comunitario).

Además queda reconocida la interculturalidad existente en el país y la manera en como las costumbres y tradiciones propias de cada lugar, pueden determinar circunstancias diferentes en los que se pueda dar la violencia, por tal destaca el dialogo como herramienta para reconciliar todas aquellas expresiones de cultura con el cuidado y respeto que todas las personas merecen sin distinción.

La presente ley también analiza cómo repercute la situación económica y el grado de instrucción, así como la edad en determinados sujetos, y los convierte en más propensos a sufrir violencia, por su estado de vulnerabilidad (Niños, adolescentes, ancianos y mujeres).

Al respecto, ley N° 26260, en su artículo 2°, definía la Violencia Familiar como cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan entre:

- a) Cónyuges;
- b) Convivientes;
- c) Ascendientes;
- d) Descendientes;
- e) Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; o,
- f) Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.

Años más tarde (1997 y 2000 respectivamente) se produjeron las primeras modificaciones para sustituir algunos literales e introducir otros cuantos en la definición antes esbozada, definiendo la violencia familiar de la siguiente manera: Es cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan entre:

- a) Cónyuges.
- b) **Ex cónyuges.**
- c) Convivientes.
- d) **Ex convivientes.**
- e) Ascendientes.
- f) Descendientes.
- g) Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
- h) Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales.

40
2012.

LEY N° 29719 - Ley que Promueve la Convivencia sin Violencia en las Instituciones Educativas, del 23 de junio del

i) **Quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia.**

Ello a la luz del reconocimiento de los múltiples casos de uniones de hecho, que si bien es cierto no colindan con el concepto irrestricto que se tenía de familia (el cual partía de la idea y reconocimiento pleno del matrimonio) son una realidad muy palpable en el país. Dicho ello, tampoco era infrecuente encontrarse con la situación de que así como con plena liberalidad se conformaban uniones de hecho, de la misma manera se disolvían, no obstante pese a ello en algunos casos se seguían ejerciendo maltratos y daños entre estos ex – convivientes, por tanto era necesario regular este hecho.

Más tarde en el 2008, con la promulgación de la Ley 29282, se adiciona un literal, señalándose que también existe violencia familiar entre:

j) Uno de los convivientes y los parientes del otro, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad en las uniones de hecho.

Debido, a que definitivamente con las uniones de hecho, nacen todas las situaciones que se pueden dar en una familia en donde existe la unión de una pareja en matrimonio, con la única diferencia que en el caso de la primera no existe la conformación del vínculo de manera formal, como si ocurre en la segunda.

Visto esto, toca precisar lo que la actual ley establece. Siendo así, ésta esboza una definición de lo que es la Violencia Familiar en su artículo 6° en donde se aprecia una definición más profunda y con carácter axiológico.

Artículo 6°: Definición de violencia contra los integrantes del grupo familiar:

La violencia contra cualquier integrante del grupo familiar es 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.

Este artículo no se detiene para precisar entre que personas se puede dar la violencia familiar, sin embargo esto se establece en el artículo siguiente:

Artículo 7°: (...) Son sujetos de protección de la Ley:

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 que no medien relaciones contractuales o laborales;
- Quienes hayan procreado hijos en común, independientemente que convivan o no, al momento de producirse la violencia.

De las líneas antes subrayadas se puede aseverar que se reconoce por ejemplo, la violencia familiar que podría suscitarse entre hermanastros y hermanastras producto de la conformación de una familia ensamblada. No obstante, debe tenerse sumo cuidado con la interpretación de lo allí establecido cuando se trate de subsumir el hecho real y material dentro de dicho artículo, pues si sólo interpretáramos de manera literal, caeríamos en el error de incluir cualquier relación en donde se evidencia que 2 o más sujetos habitan bajo el mismo techo (amigos, compañeros, parejas monogámicas.) como parte de este supuesto de hecho y ello no puede ser así, puesto que la norma debe ser interpretada teniendo en cuenta las circunstancias que la generaron y los fines a los que está destinada a cumplir, no pudiendo desconocer tampoco los principios que señala la constitución para incluir cualquier hecho de manera antojadiza.



Pasando a otro punto, recalcamos que como otro objetivo importantísimo la ley 26260° buscaba establecer procesos legales eficaces para las víctimas de violencia familiar, que se caracterizan por el mínimo de formalismo y la tendencia a brindar medidas cautelares para proteger a las víctimas e impulsar su resarcimiento por los daños y perjuicios causados.

Por medio de la 29282 más tarde, se incorporan los siguientes párrafos a esta norma:

“Los miembros de la Policía Nacional del Perú están impedidos de propiciar o realizar cualquier tipo de acuerdo conciliatorio...”

Ello para precisamente como se mencionaba evitar que la víctima se vea expuesta a recibir nuevos maltratos o ataques de su agresor y a recibir el resarcimiento que requiera según el caso.

Además la Policía a solicitud de la víctima brindará las garantías necesarias en resguardo de su integridad. No obstante debido al grado de afectación psicológica en la que se encuentran las víctimas de violencia y debido a que en ellas muchas veces existe un renuencia a denunciar, cuando la policía detecte flagrante delito o de muy grave peligro de su perpetración, está facultada para allanar el domicilio del agresor y podrá detenerlo, iniciando inmediatamente una investigación. De igual manera, podrá conducir de grado o fuerza al denunciado renuente a concurrir a la delegación policial.

Lo antes mencionado se encuentra reformulado y normado en la ley 30362° en el artículo 17°, en donde se regula Flagrancia, disponiéndose que:

“En caso de flagrante delito, vinculado a actos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, la Policía Nacional del Perú procede a la inmediata detención del agresor, incluso allanando su domicilio o el lugar donde estén ocurriendo los hechos.

En estos casos, la Policía redacta un acta en la que se hace constar la entrega del detenido y las demás circunstancias de la intervención, debiendo comunicar inmediatamente los hechos a la fiscalía penal para las investigaciones correspondientes y al juzgado de familia o su equivalente para que se pronuncie sobre las medidas de protección y otras medidas para el bienestar de las víctimas. Realizadas las acciones previstas en el artículo 16, el juzgado de familia o su equivalente comunica los actuados a la fiscalía penal correspondiente.”

En el caso del artículo 5°, que se establecía de la siguiente manera:

- Artículo 5°: Para tal efecto, el Ministerio del Interior expedirá formularios tipo, para facilitar las denuncias y asimismo, cartillas informativas de difusión masiva. Asimismo dispondrá la capacitación de personal especializado en la Policía Nacional, para la atención en lo dispuesto en esta Ley.

Mediante la ley 29282° se adiciona un segundo párrafo:

“El Ministerio Público cuenta con un registro para los casos de violencia familiar donde se consignan todos los datos de la víctima y del agresor, la tipificación del delito o falta que corresponda, la existencia de denuncias anteriores y otros datos necesarios con el objeto de implementar un sistema de registro de casos de violencia familiar.”

Con el fin de determinar el peligro que significa no castigar al agresor y al grado de vulnerabilidad en que se deja a la víctima de no sancionarlo o prestar las medidas de protección necesarias.

Todo lo dicho ha quedado subsumido en la presente ley en el artículo 10° que nos dice que hay un bloque de entidades que conforman el Sistema Nacional para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, y que ellos están obligados a destinar recursos humanos especializados, logísticos y presupuestales con el objeto de detectar la violencia, atender a las víctimas, protegerlas y restablecer sus derechos, en atención a los derechos que le asisten a estos sujetos como:

a. Acceso a la información: Las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo



familiar tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado con relación a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas del Estado, configurándose como una obligación de todos los operadores de justicia informar, bajo responsabilidad, con profesionalismo, imparcialidad y en estricto respeto del derecho de privacidad y confidencialidad de la víctima, acerca de sus derechos y de los mecanismos de denuncia.

b. Asistencia jurídica y defensa pública

El Estado debe brindar asistencia jurídica, en forma inmediata, gratuita, especializada y en su propia lengua, a todas las víctimas de violencia, debiendo proporcionarles los servicios de defensa pública para garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos.

Con respecto a lo mismo, como una novedad tenemos que la ley señala los tipos de Violencia: Física, Psicológica, sexual y económica o patrimonial y los define, lo cual sin duda servirá para indicar cuando se ha producido daño y de qué tipo, ello en búsqueda del inmediato cese de la vulneración y para adoptar las medidas de resarcimiento. La ley 30364° conceptúa los tipos de violencia así:

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 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.

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.

c. Promoción, prevención y atención de salud

La promoción, prevención, atención y recuperación integral de la salud física y mental de las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar es gratuita en cualquier establecimiento de salud del Estado. Respecto de las atenciones médicas y psicológicas que brinde, el Ministerio de Salud debe resguardar la documentación de la prueba de los hechos de violencia, para que se los facilite a la víctima, quién podría demandar con posterioridad.

d. Atención social:

El Estado atiende a las víctimas de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar en los programas sociales, garantizando la confidencialidad de los casos y brindándoles un trato digno, siempre que se cumplan con los criterios y reglas establecidos en la normativa vigente.

Una vez producido el hecho violento, el agraviado o cualquier otra a su favor sin que tenga que mediar representación, o en su defecto La Defensoría del Pueblo. Puestas estas son competentes para conocerlas los Jueces de Familia o equivalente, quienes en un plazo de 60 días y 2 horas deben



evaluar la denuncia y resolver en audiencia oral las medidas de protección solicitadas que sean justas y necesarias. 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.

Debido a que en este tipo de procesos, lo que se busca es que el daño que se produce contra determinada persona cese o pueda ser resarcido, la ley establece que en este tipo de procesos la actuación de los operadores de justicia, debe seguir pautas, que eviten una doble victimización de las personas agraviadas que podría darse como producto de las declaraciones reiterativas y de contenido humillante que podrían requerirse para esclarecer determinados actos. Por tal, cuando la víctima sea niña, niño, adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única, la misma que tiene la calidad de prueba pre constituida, cuando se trate de víctima mayor de edad, la técnica puede ejecutarse, pero ello dependerá del criterio del fiscal.

Respecto de la sentencia que dará por concluido el proceso, ésta podrá ser absolutoria condenatoria.

Cuando se trate de la primera el Juez deberá ordenar el cese o término de las medidas de protección dispuestas, en caso se trate de una sentencia del segundo tipo el Juez ordenará:

1. La continuidad o modificación de las medidas de protección dispuestas.
2. El tratamiento terapéutico a favor de la víctima.
3. El tratamiento especializado al condenado.

Hasta aquí se dispone lo mismo que la derogada ley 26260° establecía, sin embargo el adicional lo constituye:

4. La continuidad o modificación de las medidas cautelares que resguardan las pretensiones civiles de tenencia, régimen de visitas, suspensión, extinción o pérdida de la patria potestad, asignación de alimentos, entre otras.
5. Las medidas que los gobiernos locales o comunidades del domicilio habitual de la víctima y del agresor deben adoptar, para garantizar el cumplimiento de las medidas de protección, salvo que hayan sido confirmadas en instancia especializada.
6. La inscripción de la sentencia en el Registro Único de Víctimas y Agresores por Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, a cargo del Ministerio Público.
7. Cualquier otra medida a favor de las víctimas o de los deudos de estas.

En el caso de que las partes del proceso usen un idioma o lengua diferente al castellano, la sentencia es traducida. En los casos que no sea posible la traducción, el juez garantiza la presencia de una persona que pueda ponerles en conocimiento su contenido. Ello como parte del reconocimiento de la interculturalidad del que hablamos antes.

En cuanto a las medidas de protección que se establecían en favor de las víctimas, teníamos por ejemplo:

- Retiro del agresor del domicilio.
- Impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, a la distancia que la autoridad judicial determine.
- Inventario sobre sus bienes.
- Cualquier otra requerida para la protección de la integridad personal y la vida de sus víctimas o familiares.

La revolución que incorpora la ley vigente es que para el caso de Prohibición del derecho de tenencia y porte de armas para el agresor, adiciona una herramienta mediante la cual se pueda controlar el efectivo cumplimiento de la medida, adicionándose la obligación de las autoridades de 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



Además encontramos que la protección de las víctimas también se regula en aspectos que ahora son ordinarios, pero que antes no estaban previstos. Así se prohíbe la comunicación del agresor con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica; asimismo, vía chat, redes sociales, red institucional, intranet u otras redes o formas de comunicación.

CAPITULO III: LAS 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE PERSONAS EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD, A PROPOSITO DEL FENOMENO DE VIOLENCIA FAMILIAR

La violencia no sólo representa un costo humano invaluable para las personas, familias y parejas afectadas, sino además, un costo económico y social para el país, y por cierto un obstáculo para la democracia, en tanto atenta contra su salud mental y calidad de vida, limita y bloquea el desarrollo de las mujeres y sus hijos/as, dificultando la participación social y contribución a los procesos democráticos. Durante muchos años hemos visto como diversos gobernantes y autoridades en general de nuestro país, han planteado la lucha contra la violencia familiar como parte de la política pública para generar un mejor futuro, no solo a nivel familiar, sino de sociedad, porque finalmente, serán los integrantes de la misma, los que desempeñen diversas actividades que generen un beneficio o un perjuicio para nosotros. Una de esas políticas se enfoca en la aplicación, en el ámbito jurisdiccional, de las 100 Reglas de Brasilia, que tiene como finalidad, entre otros, garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

Al respecto, en materia de violencia familiar se ha establecido como reglas las siguientes:

(11) Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, **las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar**, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.

(12) Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria) Asimismo procurarán que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria) Y procurarán garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquellas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial. **Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar**, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito.

(19) Se considera **violencia contra la mujer** cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica.

(20) Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. **Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer**, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.

(57) Cuando exista riesgo para los bienes jurídicos de la víctima, se procurará informarle de todas las decisiones judiciales que puedan afectar a su seguridad y, en todo caso, de aquellas que se refieran a la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada, especialmente en los supuestos de **violencia intrafamiliar**.

(76) Se prestará especial atención en aquellos supuestos en los que la persona está sometida a



un peligro de victimización reiterada o repetida, tales como víctimas amenazadas en los casos de delincuencia organizada, menores víctimas de abuso sexual o malos tratos, y **mujeres víctimas de violencia dentro de la familia o de la pareja**.

Tomando como bases las reglas anteriormente descritas las treinta y tres Cortes Superiores de Justicia que integran el Poder Judicial, dentro del marco del Programa de acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad y justicia en tu comunidad, se han venido realizando acciones preventivas como charlas informativas en distintas instituciones educativas [a nivel primaria, secundaria y charlas con padres de familia], así como pasacalles, entrevistas radiales, entre otras actuaciones, promovidas por los mismos magistrados de las diversas sedes judiciales, siendo conscientes que es necesario efectuar propuestas en diversos ámbitos para erradicar la violencia familiar.

En cuanto a las propuestas que se han presentado en nuestro país, tenemos entre uno de los principales programas públicos que fue implementado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el mismo que se denomina “Programa de Formación de Promotores Educadores contra la Violencia Familiar y Sexual”. Este programa tiene por finalidad contar con una red de profesionales del sector educación, comprometidos en la labor de prevención y atención de los casos de violencia familiar y sexual que afectan a los niños, niñas y adolescentes de las Instituciones Educativas a nivel nacional⁴¹. Sin embargo, consideramos que si bien este tipo de programas tiene por finalidad atender casos de violencia familiar, el Estado debería establecer programas preventivos, destinados a evitar que esta violencia se genere, a través de asesoramiento no solamente a familias violentadas o personas violentas, sino que la labor debería tener como principal directriz, buscar maneras de solución de conflictos al interior de la familia sin que se recurra a la violencia.

Si bien, este tipo de actividades encaminadas a prevenir la violencia familiar deberían ser implementadas de manera continua, deberían cambiarse algunas directrices y métodos de implementación. Al momento de realizar capacitaciones o cualquier tipo de actividad que lleve a evitar este problema, no debería aplicarse de manera aislada entre los integrantes de una familia, sino que debería hacerse con la concurrencia de todos, para que así se puedan identificar los principales problemas en los que una familia se encuentra involucrada e iniciar un trabajar para mediar o prevenir de manera concreta algún tipo de violencia.

Al contar con los programas que implementa el gobierno, deberían realizarse ciertos cambios que se encaminen a la solución real de la violencia familiar. Ahora bien, este problema no debería ser tratado por el gobierno central o las autoridades regionales y locales, sino que debería involucrar el trabajo de todas las personas que se encuentran en relación directa con las familias: Directores de instituciones educativas públicas o privadas, de nivel primario o secundario, porque finalmente, a partir de la educación es que se va a generar un inicio para la combatir la violencia familiar.

Por ello, consideramos que nuestro aporte va dirigido a una propuesta *ético educativa*, que debe estar orientada a fortalecer el sistema educativo desde un enfoque de la no violencia y el no maltrato a la niñez; con perspectiva de participación activa de parte de la niñez y de los que cuidan de ellos, sean madres o padres de familia.

Tomando en cuenta el sector educativo, se deben identificar los patrones de violencia cultural que existieran, el abuso de poder en las relaciones entre varón y mujer, el abuso y la estigmatización en los niños y mujeres que constituye claramente la ausencia de respeto a todos los derechos de la niñez y la mujer.

Al respecto, la Corte Superior de Justicia de Lambayeque ha implementado el “Programa de Justicia de Paz Escolar” con la finalidad, entre otros, de detectar problemas que se suscitan no solo en el interior de las aulas académicas sino también dentro del entorno familiar, a fin de ser canalizadores efectivos de la existencia del problema a fin de darle la tratativa correspondiente, no obstante, desde nuestra

41 Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Programa Promotores Educadores contra la violencia familiar y sexual. http://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/procesos/pecvfs_pncvfs_2012.pdf, p. 3

perspectiva, proponemos insertar en el temario anual de los educadores, un sistema de no violencia, que sea de obligatorio tratamiento por quienes cumplen la primordial labor de transmitir conocimientos y forjar valores. Es decir, incluir el tema de la Violencia Familiar, como una unidad a tratar en el curso de PERSONA FAMILIA Y RELACIONES HUMANAS, que tiene por finalidad educar al estudiante con respecto a su identidad personal, y al rol que cumple la familia en su desarrollo personal y social. Así mismo, proponemos que en el área de Tutoría y Orientación del Educando, se programen dos sesiones al mes con la participación del menor, padre, docente y si es factible la presencia de un psicólogo institucional. Insistiendo con la asistencia obligatoria de la figura paterna a las sesiones programadas, puesto que en la actualidad se reflejan altos datos de inasistencia del padre a las reuniones de padres de familia realizadas por las instituciones educativas.

CONCLUSIONES

En la última década, los países de la región han suscrito significativos compromisos internacionales, que incluyen propuestas y lineamientos para incorporar en el diseño de políticas públicas y legislativas, tendientes a mejorar la condición y posición de la mujer en la sociedad. Entre estos se encuentran la Declaración de Derechos Humanos (Viena, 1993); Plan de Acción de Población y Desarrollo (El Cairo, 1994); Programa de Acción para las Mujeres de América Latina y el Caribe (Mar del Plata, 1994), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (OEA, 1994), la Plataforma de Acción Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) y el Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 2002).

Junto a dichos avances, como en todo proceso socio-cultural, han surgido al respecto obstáculos y limitaciones que dicen relación con las características del problema –emergente, de origen cultural y multicausal– y las resistencias al cambio en nuestras sociedades de sectores tradicionalistas que no reconocen la violencia y discriminación que viven las mujeres como constitutiva de violación de derechos humanos.

Asimismo, es necesario responder a nuevos desafíos, como lo es el abordaje de la violencia desde una perspectiva más amplia e integradora en dirección a generar conciencia en la población y sus instituciones sobre los alcances de la violencia psicológica, sexual y económica, que se encuentran aún menos visibles que la violencia física, y que de alguna forma han sido implementadas en la Ley N°30364.

Es por ello, que ante esta situación nos parece claro que la estrategia más adecuada sería la educación. No obstante aparte de la educación, se encuentra la presencia de la Municipalidad como autoridad dentro de la localidad, dicha entidad debería destinar parte de sus recursos a los lugares focalizados en donde existe un alto índice de violencia familiar. A fin de que en coordinación con instituciones privadas, se invierta y se promuevan charlas dirigidas a los mencionados sectores, transmitiendo información para prevenir la violencia en los hogares. Así como también facilitar mecanismos de atención en las municipalidades para quienes ya han sido víctimas de violencia.

El fenómeno de violencia familiar ha alcanzado un elevado índice de incidencias en sus diversas manifestaciones, ya sean físicas, psicológica, sexual, económica, etc, es por ello que se han ido implementando diversos programas a la luz de las 100 Reglas de Brasilia, como resulta ser el Programa de acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad y acceso a la justicia, con miras, entre otros aspectos, abordar de forma preventiva temas sobre violencia familiar, siendo una de sus actuaciones la implementación del Programa Justicia de Paz Escolar.

Razón por la cual es necesario, a partir de nuestra óptica la presencia de una normativa interna dentro de las instituciones educativas exclusivamente ligada a la Violencia Familiar, en otras palabras, hablamos de resaltar la presencia de un marco normativo a nivel interno de instituciones educativas, que permita tener mayor alcance en la función de los educadores, proveyéndolos de mecanismos que los ayuden a realizar su trabajo de prevención ante la violencia familiar, con un carácter de compromiso pero también obligatorio.



BIBLIOGRAFIA

1. AYVAR ROLDAN, Carolina. *Violencia familiar. Interés de todos: doctrina, jurisprudencia y legislación*, Arequipa: ADRUS, 2007, p 41.
2. ALONSO VAREA, José Manuely CASTELLANOS DELGADO: José Luis. *Por un enfoque integral de la violencia familiar*. *Intervención Psicosocial* v.15 n.3 Madrid 2006. Obtenido el [27. 03. 2016]. Ubicado en http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1132-05592006000300002&script=sci_arttext&tling=pt
3. AYALA MARTINEZ, Ramón Alexis y FLORES SANCHEZ, Miguel. *El proceso de violencia intrafamiliar desde una perspectiva Constitucional*, Trabajo de Graduación Monográfico para optar el grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, U.F.G., 2003.
4. BARDALES, Olga y HUALLPA, Elisa. *Violencia Familiar y sexual en mujeres y varones de 15 a 59 años*. Ministerio de la Mujer y desarrollo social. Programa Nacional contra la violencia Familiar y Sexual. Ubicado el [27. 03. 2016]. Obtenido en http://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgcvg/libro_mujeres_varones_15_a_59.pdf
5. CABERO ÁLVAREZ, Andrés. *Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria. La Violencia contra las mujeres*. Volumen 4, número 1, 2004. Obtenido el [27. 03. 2016]. Ubicado en [file:///C:/Users/USER/Downloads/Cuadernos4.1%20VIOLENCIA%20FAMILIAR%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/Cuadernos4.1%20VIOLENCIA%20FAMILIAR%20(1).pdf)
6. CERVANTES S., Verónica. Psicóloga de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. *ANÁLISIS JURÍDICO DESCRIPTIVO DE LA VIOLENCIA FAMILIAR Y EL DAÑO A LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL PERUANO*. 2010. Ubicado el [27. 03. 2016]. Obtenido en [file:///C:/Users/USER/Downloads/DA%C3%91O%20A%20LA%20PERSONA%20EN%20LA%20VIOLENCIA%20FAMILIAR%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/DA%C3%91O%20A%20LA%20PERSONA%20EN%20LA%20VIOLENCIA%20FAMILIAR%20(2).pdf)
7. Código Civil de 1984
8. DEFENSORIA DEL PUEBLO DEL PERU. La protección penal frente a la violencia familiar en el Perú, 2005. Ubicado [27. 03. 2016]. Obtenido en: http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/marzo/09/informe_violencia_familiar.pdf, p. 33.
9. Informe: Efectos y consecuencias de la violencia y el maltrato doméstico a mujeres. *Mujeres para la salud*. 2010. Obtenido el [27. 03. 2016]. Ubicado en <http://www.mujeresparalasalud.org/spip.php?article163>
10. La Violencia. Obtenido el [27. 03. 2016]. Ubicado en [file:///C:/Users/USER/Downloads/La%20violencia%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/La%20violencia%20(3).pdf)
11. Ley 28983 - "Ley de Igualdad de Oportunidades", (LIO), del 16 de marzo de 2007.
12. LEY N° 29719 - Ley que Promueve la Convivencia sin Violencia en las Instituciones Educativas, del 23 de junio del 2012.
13. LEY N° 30364- Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar
14. LILA, Marisol; GARCÍA, Antonio y LORENZO, María. *Manual de Intervención con maltratadores*, Universitat de Valencia, p 235.
15. LÓPEZ DE MARTÍNEZ, Adelaida. *Discurso Femenino Actual*, San Juan, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1995.
16. MIMDES. *Manual de organización y funciones, programa nacional contra la violencia familiar y sexual*. Ubicado el [27. 03. 2016]. Obtenido en: http://www.mimp.gob.pe/files/mof/Prog_Nac_Contral_Violencia_Fam_y_Sexual.pdf,
17. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Programa Promotores Educadores contra la violencia familiar y sexual. http://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/procesos/pecvfs_pncvfs_2012.pdf,
18. RIOSECO ORTEGA, Luz. *Buenas prácticas para la erradicación de la violencia doméstica en la región Americana Latina y el Caribe*, Chile, 2005. Ubicado el [27. 03. 2016]. Obtenido en <http://www.bdigital.unal.edu.co/40927/1/9213227698.pdf>
19. TOLDOS ROMERO, María De la Paz. *Hombres víctimas y mujeres agresoras. La cara oculta de la violencia entre sexos*, Editorial Cántico, Madrid, 2013,
20. TULICH MORALES, Juan y SOLORZANO CASTRO, Palmira. *Inadecuada regulación del maltrato infantil en la ley de violencia familiar, iuris lexis: revista de estudios constitucionales*, Lima, 2005.
21. Plan De Prevención Integral Contra La Violencia Familiar Y Sexual. http://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/proyectos_actividades/306_plan_prevenccion_integral_2008.pdf
22. PISCONTI DUREND, María. *La valoración de la prueba en los procesos sobre violencia familiar*. Obtenida el [27. 03. 2016]. Ubicada en <http://www.geocities.ws/cindeunsch/doc/public/Pisc01.pdf>
23. *Violencia Domestica*. Ministerio de Sanidad y Consumo. Obtenido el [27. 03. 2016]. Ubicada el http://www.msssi.gob.es/ciudadanos/violencia/docs/VIOLENCIA_DOMESTICA.pdf



ALCANCES SOBRE LA EJECUCIÓN DE ACTAS DE CONCILIACIÓN REALIZADAS POR ANTE LA JUSTICIA DE PAZ

JUAN JOSE HERRERA SANCHEZ
JUEZ 1



I.- SUMARIO

RESUMEN. PALABRAS CLAVES. INTRODUCCIÓN. CONCEPTUALIZACIÓN DE ALIMENTOS. PORQUE ACUDIR A LA JUSTICIA DE PAZ. DEL INICIO DE LA OBLIGACION JUDICIAL ALIMENTARIA. NORMATIVIDAD DE LA LEY DE JUSTICIA DE PAZ QUE AMPARA NUESTRA POSTURA DE ANALISIS. EJECUCION DE ACTAS DE CONCILIACION ANTE LA JUSTICIA DE PAZ. CONCLUSIONES. RECONDACIONES. BIBLIOGRAFÍA.

II.- RESUMEN

Resulta de interés analizar el presente tema, por cuanto existen demandas admitidas en materia de alimentos que vienen siendo escoltadas de un acta de conciliación llevado por las mismas partes por ante el señor Juez de Paz² ofrecido como medio de prueba o el demandado lo ofrece en la contestación de la demanda, además encontramos como fundamentación fáctica en la demanda argumentos como que el demandado no cumple con lo acordado o que la suma conciliada les resulta una suma muy baja, problemática presentada en la judicatura que nos lleva a analizar estos extremos en aras de una correcta administración de justicia al amparo de la normatividad vigente, a fin de sanear el proceso o declararlo improcedente, ello a la luz de la ley 29824 Ley de Justicia de Paz, enfatizando la normatividad respecto del inicio de las obligaciones alimentarias en el ámbito judicial y finalmente informando como se debe realizar la ejecución de las actas de conciliación por ante la autoridad de la justicia de Paz.



III.- PALABRAS CLAVES

Alimentos. Demanda. Acta. Audiencia. Conciliación. Ejecución. Liquidación. Ley.

IV.- INTRODUCCION

1 Juez Titular del Tercer Juzgado de Paz Letrado de la Provincia de Jaén del Distrito Judicial de Lambayeque. Estudios concluidos de maestría en Derecho Penal en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo.

2 Según el artículo I del Título Preliminar de la Ley 29824 señala: La Justicia de Paz es un órgano integrante del Poder Judicial cuyos operadores solucionan conflictos y controversias preferentemente mediante la conciliación, y también a través de decisiones de carácter jurisdiccional, conforme a los criterios propios de justicia de la comunidad y en el marco de la Constitución Política del Perú.

El presente artículo nace a raíz del análisis de una cantidad de demandas ingresadas por ante la judicatura en materia de alimentos, presentándose los siguientes supuestos de análisis, tal es así: **a)** Admita la demandada en la cual se adjunta como medio de prueba un acta de conciliación llevado por las mismas partes por ante el señor Juez de Paz, **b)** No habiéndola adjuntado en la demanda, la demandante lo hace en la audiencia única, **c)** El demandado la adjunta en su escrito de contestación alegando que ya existe un acuerdo ante ambas partes respecto a los alimentos.

Además de ello, se alega en la fundamentación fáctica en la demanda situaciones como las siguientes: **a)** Habiendo arribado a un acuerdo ante el Juez de Paz, el demandado no cumple con lo acordado; **b)** La suma acordada en la conciliación como pensión de alimentos les resulta una suma muy baja; **c)** Simplemente dicha autoridad judicial desconoce el procedimiento de ejecución de dicha acta de conciliación, como es por ejemplo el de realizar una liquidación y ante el incumplimiento en el pago requerido remitir copias al Ministerio Público ante el incumplimiento de pensiones alimenticias devengadas.

Aspectos y problemática presentada en la judicatura que nos han llevado a analizar estos extremos en aras de una correcta administración de justicia al amparo de la normatividad vigente, pues al haberse admitido la demanda en dichas circunstancias, resulta que en audiencia única en etapa de saneamiento procesal se analice la pretensión así expuesta y el Juez de la causa emita una resolución declarando la improcedencia de la demanda por los argumentos que en las líneas posteriores nos permitimos desarrollar a la luz de la normativa vigente en el código Civil y haciendo una interpretación de la ley 29824 "Ley de Justicia de Paz, emitida en fecha 03 de enero 2012, publicada en el Diario Oficial el Peruano.



V.- CONCEPTUALIZACIÓN DE ALIMENTOS

Los alimentos comprenden lo necesario para atender a la subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentado, y su cuantía ha de ser proporcionada a la condición económica del alimentador; cuando hay desacuerdo, corresponde al Juez su fijación. Es requisito para la obtención de alimentos que quien ha de recibirlos acredite que le faltan medios para alimentarse y que no le es posible adquirirlos con su trabajo.³

Los alimentos se definen como aquellos elementos indispensables para la subsistencia y bienestar del individuo, tanto en lo físico, moral y en lo social como un lugar donde el acreedor pueda resguardarse, esto es vivienda o casa habitación, los nutrientes necesarios para ser ingeridos por el organismo humano y lograr su desarrollo humano y su desarrollo físico adecuado, el vestido y el calzado para protección directa contra los elementos naturales, la asistencia médica en el sentido más amplio, como los medios preventivos que protegen al organismo humano, los gastos inherentes a la educación principios básicos y elementales de los menores de edad, los gastos para los acreedores aun cuando hayan dejado de ser menores de edad o la proporción de un arte, profesión u oficio honesto, adecuados a su sexo, vocación o circunstancias personales, y los elementos y gastos indispensables para lograr el descanso, la recreación y el esparcimiento a que todo ser humano tiene derecho.⁴

3 Manuel Osorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Primera Edición Electrónica.

4 Ruiz Lugo, Rogelio Alfredo, Practica Forense en materia de Alimentos, 1a. Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México 1968. Pág. 2 y 3.

Normativamente podemos señalar lo establecido en el artículo 472° del Código Civil que nos brinda una noción de Alimentos, a saber: **“Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia”**.

Tenemos también que el Código de los Niños y adolescentes que en su artículo 92° define a los alimentos como: **“Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto”**.

VI.- ¿POR QUÉ ACUDIR A LA JUSTICIA DE PAZ?

Debemos tener muy presente que la ley de Justicia de Paz establece en el artículo V del Título Preliminar establece que los procesos ante esta judicatura se rige por los principios de: **1.- Inmediación**, en atención a ello, el Juez de Paz como las partes pueden tener contacto directo, y resolver de la misma forma sus conflictos de intereses. **2.- Celeridad**, por que causas de sometidas a su competencia se tramitan en el acto, o en todo caso, sus procesos tienen una duración bastante menor respecto a los procesos ordinarios, aquellos llevados en el fuero ordinario (Juzgados de Paz Letrados, Juzgados especializados, Salas, etc.). **3.- Utilización del lenguaje de la comunidad**, por que se adecua al lenguaje de la comunidad, o localidad en donde existen. **4.- Porque es económica**, los Juzgados de Paz no son onerosos, siendo utilizados por todos aquellos que lo necesiten, sin el pago de aranceles que existen en los fueros comunes.

Por ello, consideramos que los Jueces de Paz contribuyen a la construcción de la democracia y alcanzar la paz social en justicia en un comportamiento orientado a preservar y mantener y hacer respetar los derechos humanos de los individuos que se someten a su jurisdicción, es por que las partes ante la existencia de un conflicto o incertidumbre jurídica pueden acudir ante la Justicia de Paz amparándose en la conciliación que es una de las formas de conclusión del proceso y además es una de las herramientas mas importantes en la solución de conflictos y controversias en esta instancia judicial como lo establece el artículo I del Título preliminar de la ley, como en el caso de los Alimentos y llegar a un acuerdo que solucione su conflicto, en aras de buscar la Paz Social.



VII.- DEL INICIO DE LA OBLIGACION JUDICIAL ALIMENTARIA

Es de suma importancia para el desarrollo del presente artículo hacernos la siguiente pregunta: **¿Desde cuándo se inicia la obligación judicial de prestar los alimentos?**, y para ello es necesario analizar e interpretar lo prescrito en el artículo 566° del Código Procesal Civil que establece: que la pensión de alimentos que ordene al demandado cumpla con acudir en favor del menor lo acordado en el acta de conciliación (para el desarrollo de nuestro artículo), ésta debe pagarse por periodo adelantado y se ejecuta aunque exista un recurso impugnatorio, y por su parte el artículo 568° del mismo texto normativo acotado que establece: **“el Secretario de Juzgado practicará la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda”**, siendo así, es de considerar que el punto de partida en el tema analizado **es a partir de que el demandado es notificado válidamente con la demanda**, lo que conlleva a analizar que ello se plasma en el acuerdo conciliatorio ante la autoridad judicial sea Juez de Paz o Juez de Paz Letrado, incluso la generación de los intereses correspondientes originados por la obligación alimentaria y ante el incumplimiento se tendrá que practicar una liquidación de

pensiones alimenticias devengadas como veremos más adelante.

VIII.- NORMATIVIDAD CONTENIDA EN LA LEY DE JUSTICIA DE PAZ Y QUE AMPARA NUESTRA POSTURA DE ANALISIS

En principio podemos señalar que en virtud a lo establecido en el artículo I del Título Preliminar de la Ley 29824, establece que: *“La Justicia de Paz es un órgano integrante del Poder Judicial cuyos operadores solucionan conflictos y controversias preferentemente mediante la conciliación, y también a través de decisiones de carácter jurisdiccional, conforme a los criterios propios de justicia de la comunidad y en el marco de la Constitución Política del Perú”*.

Y del mismo orden de ideas se tiene el artículo 6°. Facultades, que establece: *“El juez de paz tiene la facultad de: 1. Solucionar conflictos mediante la conciliación y, en caso de que esta no pueda producirse, expedir sentencia. 2. Dictar medidas cautelares para garantizar el cumplimiento de sus fallos de acuerdo al Código Procesal Civil en forma supletoria”*.

También es de anotar lo dispuesto en el Artículo 16° respecto de la Competencia: *“El juez de paz puede conocer las siguientes materias: 1. Alimentos y procesos derivados y conexos a estos, cuando el vínculo familiar esté fehacientemente acreditado, o cuando no estando acreditado ambas partes se allanen a su competencia”*.

Al amparo de la normatividad glosada respecto de las Competencias de los Jueces de Paz, es de agregar que la misma ley en su artículo 26° prescribe: *“Los acuerdos conciliatorios tienen mérito de título de ejecución. Los Juzgados de Paz Letrados, Juzgados especializados o Mixtos, no pueden conocer casos en los que ya exista un acuerdo conciliatorio ante juzgado de paz”*.⁵

Y en el artículo 30° de la misma ley, prescribe: *“La ejecución forzada de actas de conciliación y sentencias se llevará a cabo en el mismo juzgado de Paz ante el cual se suscribió el acta de conciliación o el que dictó sentencia y según el procedimiento previsto en el presente capítulo”*.

Estando a los alcances de la ley antes glosada y estando a las argumentaciones y documentales adjuntadas en la demanda, **como es la existencia de un acuerdo conciliatorio** arribada y suscrita por ante el Juez de Paz de Única Nominación, debe en aplicación de los dispositivos legales contenidos en los artículos 26° y 30° de la ley 29824 “Ley que regula la Justicia de Paz”, dicho acuerdo **ser ejecutada por ante dicha instancia judicial**, por las siguientes razones:

En **primer lugar**, el Juez de Paz Letrado se encuentra impedido al amparo de lo establecido en el artículo 26° de la ley, de conocer un nueva demanda de alimentos o seguir conociendo estos procesos cuando ya existe un acuerdo conciliatorio ante un Juzgado de Paz de Única Nominación, autoridad que también es parte de la estructura del Poder Judicial, y por ello dicha autoridad judicial tiene y asume competencia y jurisdicción en dicha materia *-alimentos-* por ello resuelve estas materias mediante un acuerdo conciliatorio que constituye uno de los mecanismos de conclusión del proceso, como se ha dejado sentado líneas arriba;

En **segundo lugar**, consideramos que al admitir la demanda en la cual las partes podrían arribar a un acuerdo conciliatorio o emitirse una *nueva* sentencia, a nuestra consideración se estaría iniciando un nuevo punto de partida respecto de la exigibilidad de la obligación judicial de prestar los alimentos, pues no olvidemos lo establecido en el artículo 568° del Código Procesal Civil que establece: *“el Secretario de Juzgado practicará la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses computados a partir del día siguiente de la notificación de la demanda”*; siendo así, es que cuando se practique una liquidación de pensiones alimenticias ésta se iniciará desde que fue notificado con la demanda en el nuevo

5 Lo subrayado es nuestro.

proceso de alimentos;

En **tercer lugar**, aunado a lo anteriormente señalado, consideramos que al amparar la nueva demanda se estaría *desconociendo* las pensiones devengadas que se generaron con el acuerdo arribado por ante el Juez de Paz y que se incumplió en el pago, lo que generaría un claro perjuicio al menor o la demandante como representante del beneficiado con la pensión que ya se generaron;

En **cuarto lugar**, consideramos que bajo los argumentos de que lo acordado en el acuerdo conciliatorio resulta ínfimo expuesto en la demanda, lo lógico y legal sería demandar un aumento de pensión alimentaria, basándose en los presupuestos que la norma establece para dicho fin, pero no nuevamente alimentos;

Finalmente, consideramos que no puede admitirse una nueva demanda en dichas circunstancias por cuanto el derecho ya fue sometido a la autoridad judicial competente al amparo del artículo 16° de la ley acotada y que fruto de un debido proceso concluyó para el caso de análisis mediante un acuerdo conciliatorio entre las mismas partes, es decir que a partir de allí **ya no existe una incertidumbre jurídica que amerite iniciar un nuevo proceso judicial por el mismo derecho, pues el derecho reclamado ya fue materia de una demanda, una audiencia y de una resolución judicial que pone fin al conflicto y a la instancia declarando el derecho a los alimentos a favor de un menor, quedando desde allí apto para su ejecución** para lo cual es de aplicación lo establecido en el artículo 30° de la ley que contempla los mecanismos a los que las partes pueden recurrir para hacer prevalecer el derecho declarado, máxime si el argumento que ampara la demanda (*como se ve en la casuística*) es de que el obligado a cancelar las pensiones alimenticias no cumple o que lo acordado en el acta de conciliación les resulta muy baja o que el Juez de Paz desconoce el procedimiento de ejecución de dicha acta, extremos que de modo alguno ameritarían iniciar una nueva demanda por un derecho ya declarado, no existiendo ya una incertidumbre jurídica, pues ya existe un acta de conciliación que conforme a lo establecido en el artículo 328° del Código Procesal Civil, respecto de sus efectos se prescribe: *“La conciliación surte el mismo efecto que la sentencia que tiene la autoridad de la cosa juzgada”*.



Consideramos, en base a las argumentaciones antes expuestas, iniciada y admitida la demanda bajo estas circunstancias debe ser declarada improcedente, ello al amparo de lo establecido en el artículo 427° del Código Procesal Civil que establece: *“El Juez declarará improcedente la demanda cuándo: (...) inciso 4.- Carezca de competencia; y en el penúltimo párrafo del artículo antes citado señala: “Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexo. (...)”*.

IX.- EJECUCIÓN DE ACTAS DE CONCILIACION REALIZADAS ANTE LA JUSTICIA DE PAZ

En el mismo orden de análisis, podemos analizar lo establecido en el artículo 30° del mismo texto normativo la misma que señala: *“La ejecución forzada de actas de conciliación y sentencias se llevará a cabo en el mismo juzgado de Paz ante el cual se suscribió el acta de conciliación o el que dictó sentencia y según el procedimiento previsto en el presente capítulo”*.

Concordante con lo establecido en el artículo 566°-A.-del Código Procesal Civil, que establece el apercibimiento y remisión al Fiscal, bajo los siguientes términos: *“Si el obligado, luego de haber sido notificado para la ejecución de sentencia firme, no cumple con el pago de los alimentos, el Juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de*

que proceda con arreglo a sus atribuciones”.⁶

Bajo estos presupuestos normativos, podemos hacer la siguiente precisión, ante la existencia de un acuerdo conciliatorio, en la cual ya se ha declarado un derecho como el de alimentos para el presente artículo, y ante el incumplimiento del pago de las pensiones alimenticias, el Juez de Paz debe ante el pedido de la demandante (*pues no olvidemos que la ejecución de las sentencias y acuerdos con dicha calidad se impulsan solo de parte, lo que no ocurre en su etapa del proceso hasta la sentencia*), de un incumplimiento en el pago de las pensiones se debe realizar o practicar una liquidación es decir –detallar mes a mes los meses incumplidos- de lo que resulta un monto determinado, ello se notifica al demandado en su domicilio real o procesal que haya señalado dicho sujeto procesal en el proceso, quien tendrá al amparo de lo establecido en el artículo 568° del Código Procesal Civil que señala: “De la liquidación se concederá traslado al obligado por el plazo de tres días y con su contestación o sin ella, el Juez resolverá.”, es decir el demandado tendrá un plazo de **tres días** para poder ejercer su derecho a cuestionar el monto de la liquidación puesta a cobro, obviamente sólo argumentará que ha cumplido con el pago parcial o total de dicha liquidación, pues de ser así se descontará o dará por cumplida, caso contrario transcurrido dicho plazo, el Juez de Paz emitirá una resolución dando por aprobada el monto adeudado, otorgándole el plazo de **tres días** a fin de que pague dicho monto adeudado en la liquidación o saldo si hubiera observado, bajo apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público a fin de que proceda conforme a sus atribuciones, es decir ser denunciado por el delito de Omisión a la Asistencia Familiar⁷.

Resumiendo, la ejecución del acta o sentencia el Juez de Paz sólo a pedido de parte debe realizar la liquidación, notificarla al demandado quien tiene el plazo de tres días para observarla, si transcurrido ello con o sin observación, se resuelve aprobando o dando por cancelada la deuda y otorgando el plazo de tres días, bajo apercibimiento de remitir copias al Ministerio Público -Fiscalía de Turno-, y ante el incumplimiento en el pago de las pensiones se hace efectivo dicho apercibimiento remitiendo copias certificadas de los actuados al ente fiscal.

X.- CONCLUSIONES

1.- Al amparo del artículo 26° de la ley de Justicia de Paz es de considerar que *cuando ya exista un acuerdo conciliatorio ante juzgado de paz, no pueden conocer casos en los Juzgados de Paz Letrados, Juzgados especializados o Mixtos, porque* que dicha autoridad también es parte de la estructura del Poder Judicial el señor Juez de Paz y también ejerce jurisdicción y competencia en materia de alimentos.

2.- A la luz la ley 29824 y estando a *la existencia de un acuerdo conciliatorio* arribada y suscrita por ante el Juez de Paz de Única Nominación es de aplicación los dispositivos legales contenidos en los artículos 26° y 30° de la ley 29824 “Ley que regula la Justicia de Paz”, dicho acuerdo por ende debe **ser ejecutada por ante dicha instancia judicial**.

3.- Debemos tener muy presente que el artículo 568° del Código Procesal Civil establece que la liquidación de las pensiones devengadas y de los intereses son computados *a partir*

6 Artículo incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 28439, publicado el 28-12-2004.

7 Código Penal. Omisión de prestación de alimentos: Artículo 149°.- El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial. Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.

del día siguiente de la notificación de la demanda lo que conlleva a analizar que al existir ya un acuerdo conciliatorio ante un Juez de Paz, **ya se generó la obligación alimentaria en el ámbito judicial y ante el incumplimiento se tendrá que practicar una liquidación de pensiones alimenticias devengadas.**

4.- El amparar una nueva demanda se estaría *desconociendo* las pensiones devengadas que se generaron con el acuerdo conciliatorio arribado por ante el Juez de Paz, lo que consideramos que generaría un perjuicio al beneficiario de los alimentos al iniciar un nuevo proceso de alimentos.

5.- Ante el incumplimiento en el pago de las pensiones devengadas, debe el Juez de Paz, a pedido de parte practicar una liquidación, es decir detallar los meses incumplidos sumados a los intereses respectivos, la que deberá ser notificada al demandado, quien tendrá tres días para observarla argumentando el pago total o parcial de dicha obligación alimentaria, caso contrario el Juez emitirá la resolución de aprobación otorgándole el plazo de tres días para que cumpla con el pago total, bajo apercibimiento remitir copias al Ministerio Público en caso de incumplimiento.

6.- Consideramos que lo lógico y legal, sería demandar el aumento de la pensión alimentaria inicialmente fijada ante el Juez de Paz, basándose en los presupuestos que la norma establece, pero no nuevamente alimentos.

XI.- RECOMENDACIONES

1.- A la defensa técnica, al momento de interponer una demanda de alimentos, consultar si sobre dicho derecho no recae un acuerdo conciliatorio. A la parte demandante, tener en cuenta lo desarrollado en este artículo para evitar gastos, tiempo entre otros, ateniendo que en los procesos de alimentos no es necesario litigar con la asistencia de abogado como lo establece el artículo 164° del Código del los Niños y Adolescentes.

2.- A la oficina de ODAJUP a fin de que realice jornadas de capacitación a los Jueces de Paz del Distrito Judicial en temas de **ejecución de sentencias o acuerdos conciliatorios** y puedan realizar el procedimiento de ejecución de los acuerdos arribados en su judicatura.

XII.- BIBLIOGRAFIA

- OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Primera Edición Electrónica.
- RUIZ LUGO, Rogelio Alfredo. Práctica Forense en materia de Alimentos, 1a. Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México 1968. Pág. 2 y 3.
- Ley 29824, Ley que regula la Justicia de Paz.
- Código Civil, Juristas Editores. Febrero 2014.
- Código Penal. Juristas Editores. Febrero 2014.



¿QUE TAN EFICIENTE Y EFICAZ HA RESULTADO LA APLICACIÓN DEL PROCESO INMEDIATO EN EL PERÚ? SITUACION DE LOS JUZGADOS PENALES EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE .

Milagros Jannet Begazo Norabuena¹



1. ¿Qué es el proceso inmediato?

El proceso inmediato es uno de los procesos especiales previstos en el Código Procesal Penal de 2004 (artículos 446 a 448), que está diseñado para juzgar casos de manera muy rápida, porque al ya tenerse las pruebas del delito cometido, no son necesarios mayores actos de investigación y procede en cinco supuestos. De modo principal, en los siguientes tres: 1) cuando hay flagrancia, 2) ante delito de incumplimiento de obligación alimentaria, 3) ante delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, 4) cuando hay confesión de la comisión del delito y 5) cuando son evidentes los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares y previo interrogatorio del imputado.

2. ¿Qué es la Flagrancia?

El artículo 259 del CPP admite cuatro estados de flagrancia: a) cuando el sujeto está cometiendo el delito (flagrancia propiamente dicha), b) cuando es detenido inmediatamente después de haber cometido el delito (cuasi flagrancia), c) cuando se le encuentra dentro de las 24 horas de producido el delito con los objetos o instrumentos del mismo (presunción legal) y d) por sindicación del testigo o víctima o por videovigilancia (presunción por sindicación). Existen casos en los cuales a pesar de existir flagrancia, se tendrá que llevar el proceso de manera común, siendo estos casos cuando el fiscal advierta que: i) Requiere de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación, ii) Comprende la investigación de numerosos delitos, iii) Involucra una cantidad importante de imputados o agraviados, salvo que todos ellos (además de hallarse en uno de los supuestos de aplicación) estén implicados en el mismo delito, iv) Se tenga que realizar pericias que implican complicados análisis técnicos o la revisión de considerable documentación, v) Se necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país, vi) Realización de diligencias en varios distritos judiciales, vii) Revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado, viii) Comprende la investigación de delitos de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por su encargo.

3. Procedimiento del Proceso Inmediato:

El proceso inmediato se inicia con el requerimiento fiscal de incoación, una vez vencido el plazo de la detención policial, el representante del Ministerio Público presenta el requerimiento de proceso inmediato al juez de la investigación preparatoria y puede formular dos requerimientos adicionales: i) prisión preventiva u otra medida coercitiva, ii) principio de oportunidad, acuerdo reparatorio o terminación anticipada.

En los casos de confesión y elementos de convicción evidentes el procedimiento se prolonga porque el requerimiento se presenta después de concluir las diligencias preliminares o antes de los 30 días de formalizada la investigación preparatoria. Recibido el requerimiento fiscal, el juez tiene 48 horas para realizar una audiencia de incoación al proceso inmediato, en la cual deberá determinar si procede o no el proceso inmediato, así como decidir sobre los requerimientos adicionales. Si procede el proceso inmediato, el fiscal tiene 24 horas para formular acusación, la cual es remitida ese mismo día al juez penal competente. Recibida la acusación, el juez penal tiene 72 horas para realizar una audiencia, la cual tiene dos fases: una primera etapa de control de la acusación y una segunda etapa de juicio oral (audiencia de juicio inmediato).

4. ¿POR QUE NO HA RESULTADO TAN EFICIENTE Y EFICAZ LA APLICACIÓN DEL PROCESO

¹ Egresada de la Escuela de Post-Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo con estudios en Maestría en Derecho con Mención en Ciencias Penales. Ex Juez Supernumerario del Juzgado de Paz Letrado en Adhesión a Investigación Preparatoria de Oyotún de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Docente de la Universidad Alas Peruanas-Sede Chiclayo.

INMEDIATO EN NUESTRO PAIS?

1. El proceso inmediato si bien debe desarrollarse en pocos días, ello no implica que se vulneren las garantías judiciales del procesado, debiendo de analizar previamente las pruebas que lo incriminen o descarten su responsabilidad, ya que el proceso inmediato sólo es un medio de simplificación del proceso por lo que debe prevalecer la presunción de inocencia según sea el caso (flagrancia presunta).
2. En muchos casos no está teniendo en cuenta la cadena de custodia, y existe una mala interpretación de la libertad probatoria ya que esto ha originado una ligereza al momento de recabar los datos, medios y órganos de pruebas.
3. Los jueces en muchas oportunidades responden a presiones sociales o mediáticas, tratan de resolver lo más rápido posible los procesos sin analizarlos detenidamente, vulnerando de esta manera el estado de derecho.
4. En los casos de flagrancia presunta no existe inmediatez personal y temporal, razón por la cual resulta inconstitucional, ya que no responde a los criterios dados por el Tribunal Constitucional.
5. Los operadores de justicia no se encuentran capacitados para un adecuado manejo de las audiencias en el proceso inmediato, asimismo **existe poca inversión para la creación de juzgados de flagrancia**, para que de esa manera exista un funcionamiento óptimo del proceso inmediato.
6. Al momento de la audiencia de Incoación al proceso inmediato los magistrados no ejercen un control adecuado en los procesos que necesitan de una mayor investigación, razón por la cual no pueden ser considerados como simples.

Según el Dr. Alfredo Araya Vega – Juez Tribunal Penal de Flagrancia en San José de Costa Rica, existen Reformas Urgentes que deberían darse en nuestro país como por ejemplo:

1. Deberá reformarse el artículo 446.1 en el verbo, a nuestro criterio inconstitucional de “debe” y volver a “puede”.
2. Debe volverse a la definición anterior de flagrancia (2009) sin permitir la extensión de las 24 horas, ya que no responde a los criterios dados por el TC sobre inmediatez personal y temporal que motivó su declaratoria de inconstitucional.
3. Debe reformarse el artículo 448.4 que ordena la no interrupción del proceso y no asumir nuevas causas por parte de los juzgadores, ya que esto colapsará el funcionamiento judicial. Deberá reformarse el artículo 446.1 en el verbo, a nuestro criterio inconstitucional de “debe” y volver a “puede”.
4. Debe reformarse el artículo 448.4 que ordena la no interrupción del proceso y no asumir nuevas causas por parte de los juzgadores, ya que esto colapsará el funcionamiento judicial.
5. Debe interpretarse que el plazo es cancelatorio y no perentorio a efectos de potenciar los tiempos necesarios para el cumplimiento de pericias y actos básicos de investigación.
6. Debe reformarse las normas para dotar de mayor participación a la víctima en el proceso y no generar un problema de acceso a la justicia.
7. Debe ponderarse el establecimiento de una ley de brasalet electrónico o cualquier otra forma de monitoreo, el cual pueda ser utilizado para personas con condenas de siete años o menos
8. Establecimiento de evaluaciones de desempeño de los funcionarios judiciales.
9. Debe ponderarse la existencia de recursos económicos frescos para la modernización del Sistema



de Administración de Justicia, Órganos forenses, Sistema Penitenciario, Defensa Pública.

10. Deberá realizarse reformas a la ponderación penológica y modificarse los criterios de ponderación y modificarse los criterios de ponderación. Conjuntamente con ello realizar una revisión de los extremos de las sanciones penales a través de la dosimetría penal (equilibrio entre bienes jurídicos y reproche penal).
11. Valorar la instauración de la figura del apremio corporal en materia familiar a efecto de descongestionar el proceso penal de la figura de omisión a la asistencia familiar.
12. Establecimiento de la oficina de justicia Restaurativa como medio de respuesta evolutiva al delito para favorecer el entendimiento y promover la armonía

5. SITUACION DE LOS JUZGADOS PENALES EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE DONDE SE VIENE APLICANDO EL PROCESO INMEDIATO:

En la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, los juzgados penales en los cuales se viene aplicando el proceso inmediato reflejan en forma diaria una serie de problemáticas, entre ellas tenemos las siguientes:

- Las constancias de notificación no regresan a tiempo, teniendo en cuenta que en el proceso inmediato el juez debe señalar audiencia dentro de las cuarenta y ocho horas de haber sido presentado el requerimiento fiscal. En los casos de flagrancia y cuando los procesados residen dentro de la ciudad no existe problema, pero cuando el procesado vive en otro distrito judicial la situación se complica ya que no existen una central de notificaciones destinadas exclusivamente a los procesos inmediatos, razón por la cual se debería implementar una, en la cual el personal de turno permanente.
- En muchos casos la defensa técnica no tiene claro que en la audiencia de proceso inmediato lo que está en cuestionamiento es la flagrancia, que se cumpla con la inmediatez temporal y personal, la complejidad del caso, si la confesión es válida, o si la imputación constituye un delito.
- Las agendas de los juzgados se encuentran colapsando ya que cada en un día se llevan a cabo entre 10 y 12 audiencias diarias y en muchos casos tienen que suspenderse para continuarse otro día, ya que la audiencias son programas sin tener en cuenta la cantidad de medios probatorios ofrecidos para su actuación, generando un retraso mayor para poder emitir sentencia.
- Las reprogramaciones de audiencias se reprograman hasta el octavo día como si se tratase de un proceso común, desnaturalizándose totalmente el proceso inmediato, ya que si el plazo para la programación de audiencia de juicio inmediato es hasta un máximo de 72 horas, no tendría coherencia reprogramarlas hasta el día octavo.
- Muchas audiencias se frustran debido a la inasistencia de Fiscales o Defensores de Oficio porque tienen otras audiencias a la misma hora.
- Existe falta de capacitación de los operadores de justicia para un adecuado manejo de las audiencias, así como la creación de más juzgados de flagrancia, para que de esa manera exista un funcionamiento óptimo.

“ Si bien es cierto muchos garantistas indican que con el Proceso Inmediato se vulneran derechos, ya que es muy poco tiempo para que se prepare una buena defensa. Pero no olvidemos que el Padre del Garantismo es Luigi Ferrajoli, quien reconoce que uno de los mecanismos para lograr un debido Estado de Derecho es potenciar mecanismos resolutivos simplificados que permita combatir la delincuencia”



EL ELEMENTO TÍPICO DEL PERJUICIO EN EL DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL

Liliana Delgado Martínez
Fiscal Provincial Penal. Lambayeque



El delito de colusión ilegal regulado en el artículo 384 del Código Penal castiga al funcionario público que defrauda al Estado en una contratación estatal mediante un acuerdo colusorio con el particular interesado. Este delito ha sufrido diversas modificaciones desde su incorporación en el Código Penal de 1991, especialmente el elemento típico de la defraudación. En el presente artículo, nos vamos a ocupar de dar un breve repaso de cómo ha ido evolucionando este elemento de la estructura típica del delito de colusión ilegal y cómo debe ser interpretado en su tenor actual. Tener clara la evolución del elemento típico de la defraudación es también relevante para decidir la aplicación de la ley penal. Si una conducta concreta no satisface la exigencia típica de la defraudación en la versión del tipo penal vigente al momento de los hechos, entonces lo que corresponde directamente es la absolución por falta de tipicidad de la conducta, aun cuando, con las versiones posteriores, el hecho ya no sea atípico¹. Por el contrario, si la conducta es típica según la versión del tipo penal vigente al momento de los hechos, pero deja de serlo con alguna de las versiones posteriores, la solución será igualmente la absolución por mandato expreso del artículo 7 del Código Penal². En caso que la tipicidad del hecho se mantenga también en las versiones posteriores (continuidad del injusto³), entonces lo que corresponde será aplicar la ley penal que prevea una sanción más benigna, conforme a lo establecido en el primer párrafo del artículo 6 del Código Penal.

I. La tipificación del delito de colusión ilegal

El delito de colusión ilegal está regulado en el artículo 384 del Código Penal, teniendo su antecedente legislativo previo en el artículo 344 del Código Penal de 1924⁴. La doctrina penal nacional señala que su fuente legislativa fue el delito de fraude en licitaciones regulado en la legislación penal española⁵. Lo que cabe destacar, de manera general, es que en su redacción primigenia, este delito tenía como núcleo del injusto penal la defraudación al Estado realizada por un funcionario público a través de una colusión con un particular en un procedimiento de selección para las contrataciones o adquisiciones estatales⁶. A nivel de las consecuencias jurídicas, lo más saltante era la extrema gravedad de la pena prevista, la que podía llegar hasta los 15 años de pena privativa de libertad.

En la medida que el delito de colusión ilegal se convirtió en uno de los principales instrumentos de lucha contra la corrupción en las contrataciones y adquisiciones estatales, se le hicieron diversas modificaciones dirigidas a optimizar su aplicación a los casos concretos⁷. Así, el tipo penal ha abierto

1 Esto es la expresión más básica del principio de la irretroactividad de las leyes penales (artículo 103 de la Constitución y el artículo 6 del Código Penal). Sobre el fundamento de la irretroactividad de las leyes penales, con mayor detalle, vid., OLIVER CALDERÓN, *RETROACTIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES*, SANTIAGO DE CHILE, 2007, p. 74 Y SS.

2 Vid., en este sentido, sobre el supuesto en el que la nueva ley descriminaliza el acto, VILLA STEIN, *DERECHO PENAL*, PARTE GENERAL, LIMA, 2014, p. 228 Y S.

3 Sobre la continuidad del injusto, vid., GARCÍA CAVERO, *DERECHO PENAL*, PARTE GENERAL, 2ª ED., LIMA, 2012, p. 213 Y SS.

4 En este sentido, ROJAS VARGAS, *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, 4ª ED., LIMA, 2007, p. 405; SALINAS SICCHA, *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, LIMA, 2009, p. 241.

5 En este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, *LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO*, 2ª ED., 2003, p. 308, SOSTIENE QUE LA REFERENCIA DEL LEGISLADOR FUE EL ARTÍCULO 400 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL ANTERIOR. OTROS AUTORES SEÑALAN QUE EL LEGISLADOR PENAL PERUANO SE HA INSPIRADO TAMBIÉN EN LA REGULACIÓN PENAL ARGENTINA (ROJAS VARGAS, *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, p. 406), PERO ABANTO VÁSQUEZ PRECISA QUE EN LA REGULACIÓN ARGENTINA NO EXISTE UNA FIGURA SIMILAR, SINO LA FIGURA DE LA NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE QUE SE ENCUENTRA RECOGIDO TAMBIÉN EN NUESTRO CÓDIGO PENAL (399 DEL CÓDIGO PENAL), POR LO QUE CONSIDERA QUE AL TRATARSE DE FIGURAS MUY SIMILARES DEBERÍAN EXCLUIRSE LA UNA A LA OTRA (OP. CIT., p. 308).

6 En este sentido, sobre la base de lo que denomina ámbito de aplicación, GARCÍA CAVERO, *EL DELITO DE COLUSIÓN*, LIBRO CONJUNTO CON CASTILLO ALVA, LIMA 2008, p. 23 Y SS.

7 Vid., GARCÍA CAVERO, *DERECHO PENAL ECONÓMICO*, PARTE ESPECIAL, 2ª ED., VOL. II, LIMA, 2015, p. 1090.



su ámbito de aplicación a cualquier operación a cargo del Estado, el elemento colusorio está referido a cualquier aspecto de la operación, la intervención del funcionario público en la operación puede ser ahora directa o indirecta, se abarcan las distintas etapas de la operación desde su preparación hasta su ejecución final, se anticipa la tutela penal a momentos anteriores al efectivo perjuicio al Estado, entre los puntos más relevantes⁸. Puede decirse, en síntesis, que se trata de un tipo penal que ha sido flexibilizado legislativamente para poder abarcar las diversas actuaciones irregulares de funcionarios públicos en operaciones estatales en las que están comprometidos los intereses del Estado.

II. Las modificaciones del tipo penal

Como se acaba de decir, el presente artículo se va a centrar exclusivamente en el elemento típico de la defraudación al Estado. En consecuencia, lo que se hará seguidamente es precisar cómo está típicamente expresado este elemento constitutivo del delito de colusión ilegal. Sin embargo, en la medida que su configuración típica ha sufrido variaciones en las distintas modificaciones legales, se procederá a precisar la forma cómo ha estado estructurado en las distintas versiones del artículo 384 del Código Penal desde su incorporación en el Código Penal de 1991.

1. La redacción típica primigenia

El tenor originario del delito de colusión ilegal tipificado en el artículo 384 del Código Penal era el siguiente:

“El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o a empresa del Estado o sociedades de economía mixta u organismos sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”.

En la relación con la redacción típica acabada de citar, la doctrina y la jurisprudencia penales eran de pareceres diversos sobre la exigencia típica de un perjuicio para el Estado⁹. La discusión giró en torno al sentido atribuido al verbo rector del tipo penal: “defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado”. Un sector de la doctrina penal sostuvo que la defraudación se producía con la simple infracción de los deberes funcionariales producida por la colusión con el interesado, por lo que se trataba de un delito mera actividad que no requería un perjuicio estatal como consecuencia de la actuación irregular del funcionario público¹⁰. Otro sector de origen fundamentalmente jurisprudencial consideró insuficiente la mera actuación irregular del funcionario coludido, por lo que la colusión debía producir, por lo menos, un perjuicio potencial a los intereses económicos estatales¹¹, lo que le daría al delito de colusión ilegal el carácter de un delito de peligro concreto. Una tercera variante interpretativa, apoyada fundamentalmente en argumentos de mínima intervención, se decantó por asignar al delito de colusión ilegal el estatus de un delito de lesión, por lo que su consumación requería necesariamente la

8 Un recuento de las modificaciones, CÁCERES JULCA/CARRIÓN DÍAZ, *EL DELITO DE COLUSIÓN. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES*, LIMA, 2011, p. 18 y ss.

9 Vid., GARCÍA CAVERO, *EL DELITO DE COLUSIÓN*, p. 42 y ss.

10 Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, p. 317. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES EN ESTA LÍNEA, LA EJECUTORIA SUPREMA R.N. N° 1464-04- CUSCO DEL 17 DE FEBRERO DE 2005 Y LA EJECUTORIA SUPREMA R.N. N° 3250-2005 DE FECHA TRES DE FEBRERO DE 2006; LA EJECUTORIA SUPREMA R.N. N° 1199-2003-AREQUIPA DEL 6 DE AGOSTO DE 2014; LA EJECUTORIA SUPREMA R.N. N° 1969-2012-LA LIBERTAD DEL 16 DE ENERO DE 2014; LA EJECUTORIA SUPREMA R.N. N° 2587-2011-CUSCO DEL 23 DE ENERO DEL 2013.

11 Así, expresamente la Ejecutoria Suprema R.N. N° 1480-2003-Arequipa del 22 de julio de 2004, la Ejecutoria Suprema R.N. N° 79-2003-Madre de Dios de fecha 15 de febrero de 2005, la Ejecutoria Suprema R.N. N° 238-2005-Jaén del 14 de junio de 2005, la Ejecutoria Suprema R.N. N° 3250-2005-Ayacucho del 3 de febrero de 2006, la Ejecutoria Suprema R.N. N° 798-2005-Ica del 22 de junio de 2005; la Ejecutoria Suprema R.N. N° 2617-2012 de fecha 22 de enero de 2014, la Ejecutoria Suprema R.N. N° 1481-2011-Arequipa del 19 de abril de 2012.

producción de un perjuicio patrimonial efectivo al Estado¹².

De las distintas propuestas de interpretación sobre el elemento del perjuicio se desprende un alcance típico distinto para el perjuicio al Estado. En la variante que sostiene que el delito de colusión ilegal es un delito de lesión, es evidente que la imputación penal requerirá demostrar que el acuerdo colusorio ha devenido en un perjuicio patrimonial al Estado. Sin perjuicio, por lo tanto, no se habrá realizado plenamente el tipo penal. Si se sigue la perspectiva interpretativa que sostiene que se trata de un delito de peligro concreto, entonces el acuerdo colusorio debe haber producido un perjuicio potencial, es decir, que la conducta típica tiene que haber generado las condiciones para que en el caso concreto el perjuicio se produzca, pero ello no ha sucedido así por razones imprevisibles. Es necesario, por consiguiente, que el acuerdo colusorio haya llevado al establecimiento de todas las condiciones necesarias para perjudicar patrimonialmente al Estado. En la última posición interpretativa, el delito de colusión ilegal se configurará con el simple acto de concertación, sin que sea necesario la generación de un perjuicio efectivo o potencial, aunque sí la idoneidad del acto de colusión para perjudicar al Estado (peligro abstracto)¹³. Por lo tanto, aun en la interpretación más flexible —esto es, aquella que concibe al tipo de colusión ilegal como delito de mera conducta de peligro abstracto— si el acuerdo colusorio no es idóneo para producir un perjuicio económico al Estado, entonces no se podrá sostener la tipicidad del comportamiento en los términos del artículo 384 del CP.

El alcance interpretativo dado al elemento del perjuicio en las distintas posiciones sobre la estructura típica del delito de colusión ilegal, debe ser complementado necesariamente con la posibilidad de castigo de la tentativa. En términos formales, no habría ningún inconveniente para aplicar el artículo 16 del Código Penal al delito de colusión ilegal, por lo que la ejecución no consumada del delito debería poder castigarse como tentativa. Sin embargo, conforme a los criterios dogmáticos, la respuesta puede ser distinta en función de la estructura asignada del tipo penal, es decir, de si se trata de un delito de lesión, de peligro concreto o de mera conducta (en su modalidad de peligro abstracto).

Si se asumiese que el delito de colusión ilegal es un delito de lesión, el acuerdo colusorio que no llega a producir el resultado de perjuicio, podría ser sancionado como tentativa. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el castigo de la tentativa requiere una idoneidad objetiva *ex ante* de la conducta típica para llegar a consumar el delito¹⁴. Bajo estas consideraciones, el acuerdo colusorio que no produce perjuicio, únicamente podrá ser sancionado como tentativa si es objetivamente capaz de perjudicar al Estado. Si tal idoneidad objetiva está descartada, entonces el acuerdo colusorio quedará al margen de lo que se pueda sancionar como una tentativa del delito de colusión ilegal.

La situación no cambia sustancialmente si es que se opta por asignarle al delito de colusión la calidad de un delito de peligro concreto. El acuerdo colusorio que no produce el perjuicio potencial (o peligro concreto de perjuicio), podrá ser sancionado como una tentativa del delito. El delito de peligro concreto es también un delito de resultado, por lo que le es aplicable la regulación de la tentativa. Lo único particular es que sanciona como consumado lo que en un delito de lesión sería una tentativa que genera un peligro concreto, reduciendo, por tanto, el ámbito de aplicación de la tentativa a la conducta típica que sólo es abstractamente peligrosa. Es decir, que la tentativa en un delito de lesión abarca las conductas concreta y abstractamente peligrosas, mientras que en un delito de peligro concreto se limita a las conductas abstractamente peligrosas, pues las conductas concretamente peligrosas se castigan ya como delito consumado.

Si se sigue el parecer que define al delito de colusión ilegal como un delito de mera conducta, el castigo de la tentativa no es nada claro. Alguna jurisprudencia sostiene que, al ser el delito de colusión

12 En este sentido, ROJAS VARGAS, *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, p. 422; SALINAS SICCHA, *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, p. 266; GARCÍA CAVERO, *EL DELITO DE COLUSIÓN*, p. 48. UN SECTOR DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL HA SEGUIDO ESTA INTERPRETACIÓN COMO SE PUEDE VER DE LA EJECUTORIA SUPREMA R.N. N° 1402-2002-TUMBES DEL 4 DE JULIO DE 2002, LA EJECUTORIA SUPREMA R.N. N° 740-2003-AREQUIPA DEL 4 DE JUNIO DE 2004, LA EJECUTORIA SUPREMA R.N. N° 3342-2003-UCAYALI DEL 10 DE NOVIEMBRE DE 2004 Y LA EJECUTORIA SUPREMA R.N. N° 3136-2004-LIMA DEL 14 DE ENERO DE 2005; LA EJECUTORIA SUPREMA R.N. N° 2421-2011-CAJAMARCA DEL 24 DE ENERO DE 2013.

13 Así expresamente, ABANTO VÁSQUEZ, *LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, p. 317.

14 Vid., SILVA SÁNCHEZ, *EL NUEVO CÓDIGO PENAL: CINCO CUESTIONES FUNDAMENTALES*, BARCELONA, 1997, p. 133.



ilegal un delito de mera conducta, no es posible la tentativa, pues antes de la concertación no habría aparentemente nada¹⁵. Por el contrario, un sector doctrinal considera que no habría problema para que pueda presentarse una tentativa, por ejemplo, si el funcionario cita a una de las partes para llegar a un arreglo y todos se reúnen en un lugar determinado¹⁶. Al respecto debe decirse que, en términos generales, una tentativa en un delito de mera conducta es perfectamente posible¹⁷, si es que se realiza una parte de la conducta con suficiente sentido delictivo (por ejemplo, será tentativa del delito de violación de domicilio si una persona es descubierta manipulando la chapa de una casa para ingresar). Pero lo que suscita dudas respecto del castigo de la tentativa en el delito de colusión ilegal interpretado como un delito de mera conducta, no es que sea de mera conducta, sino que sea, además, de peligro abstracto. En efecto, dado que el delito se castiga con un acuerdo colusorio que no implica aún un peligro potencial o real de perjuicio patrimonial al Estado, se suscitan serias dudas sobre la legitimidad de anticipar mucho más la tutela penal castigando también la realización incompleta de una conducta solamente peligrosa como tentativa. La respuesta es a todas luces negativa, si se atiende al principio de lesividad previsto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.

De lo anterior se desprende que, en cualquiera de los esquemas interpretativos del elemento del perjuicio en el delito de colusión ilegal, su castigo requiere siempre que el acuerdo colusorio sea objetivamente idóneo desde una perspectiva *ex ante* para perjudicar económicamente al Estado. Los acuerdos colusorios que no están en capacidad absolutamente de perjudicar al Estado, no podrán sancionarse ni como tentativa. El artículo 17 del Código Penal confirma esta idea, al establecer que no es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito por la ineficacia absoluta del medio empleado o la absoluta impropiedad del objeto. El acuerdo colusorio debe mostrarse objetivamente como capaz de perjudicar los intereses patrimoniales del Estado. De lo contrario, se tratará de una tentativa burda que no constituye ninguna perturbación social y que, por lo tanto, no puede ser pasible de un reproche penal alguno.

2. La modificación hecha por la Ley N° 29703

Por Ley N° 29703 de fecha 10 de junio de 2011, el artículo 384 del Código Penal fue modificado en varios puntos, quedando tipificado el delito de colusión ilegal de la siguiente manera:

“El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.

Como se desprende de la nueva configuración típica, uno de los puntos más saltantes de la modificación penal fue la indicación de que la defraudación al Estado debía ser patrimonial. Esta precisión de la reforma penal fue entendida como la necesidad de que el acuerdo colusorio perjudique patrimonialmente al Estado, por lo que el delito asumiría claramente el carácter de un delito de lesión. No bastaría, por lo tanto, con que la conducta típica haya provocado una situación de peligro potencial, sino que era necesario un perjuicio patrimonial efectivo al Estado. Esta nueva configuración típica se consideró nefasta desde el punto de vista de la lucha contra la corrupción pública¹⁸, por lo que, movido por una fuerte crítica de la opinión pública, el Congreso de la República volvió a modificar al poco tiempo el artículo 384 del CP mediante la Ley N° 29578 de fecha 21 de julio de 2011.

Pese a que a que la redacción del artículo 384 del Código Penal establecida por la Ley N° 29703 fue nuevamente modificada poco más de un mes después, se convirtió en una ley penal intermedia, por lo que podía ser invocada como ley penal más favorable por los procesados que aún no habían sido

15 En este sentido, la Ejecutoria Suprema R.N. N° 3250-2005 del 3 de febrero de 2006 (cit. GARCÍA CAVERO, *EL DELITO DE COLUSIÓN*, p. 304 y ss.).

16 Así, ABANTO VÁSQUEZ, *LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*, p. 318.

17 En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, *EL TIPO DE INJUSTO EN LOS DELITOS DE MERA ACTIVIDAD*, GRANADA, 2000, p. 314.

18 Un enfoque crítico en el plano político-criminal y dogmático hizo a la Ley 29703 en GASPAS CHIRINOS, *GACETA PENAL & PROCESAL PENAL* 27 (SEPTIEMBRE DE 2011), p. 209 y ss.

condenados por delitos de colusión ilegal cometidos incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29703. Esta indeseada consecuencia fue posiblemente la razón que motivó a que el Ministerio Público plantease una demanda de inconstitucionalidad de la mencionada ley ante el Tribunal Constitucional. El máximo intérprete de la Constitución, por sentencia en el Expediente N° 00017-2011-PI-TC de fecha 07 junio 2012, declaró FUNDADA la demanda de inconstitucionalidad presentada en el extremo referido a la modificación del artículo 384 del Código Penal realizada por la Ley N° 29703 y, en consecuencia, nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente”. Sin entrar en las pococonvincientes razones esgrimidas por el Tribunal Constitucional para amparar su decisión, lo cierto es que tal pronunciamiento impide que se pueda invocar, como una ley penal más favorable, la redacción del artículo 384 del Código Penal que configuraba el delito de colusión ilegal como un delito de lesión. Por consiguiente, el tipo penal se mantuvo, incluso durante el tiempo de vigencia de la Ley N° 29703, como un delito de peligro abstracto o concreto, bastando, por lo tanto, la sola idoneidad del perjuicio económico del acuerdo o el peligro potencial para configurar plenamente el tipo penal del artículo 384 del CP.

3. La modificación realizada por la Ley N° 29578

Como se indicó, el artículo 384 del Código Penal fue modificado por la Ley N° 29578 debido a las inmediatas críticas que se le hicieron a la reforma operada por la Ley N° 29703. Esta modificación no solamente corrigió los aspectos criticados de la reforma penal previa, sino que procedió a configurar de manera más incisiva el tipo penal del delito colusión ilegal. El nuevo tenor legal del artículo 384 del CP quedó redactado de la siguiente manera:

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.

La reforma operada por la Ley N° 29578 tiene como principal modificación el desdoblamiento del delito de colusión ilegal en dos figuras típicamente diferenciadas. A la primera figura delictiva se le denominó colusión simple, contemplándosele una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. La pena privativa de libertad pasaba a ser no menor de seis años ni mayor de quince años en el caso de la segunda figura delictiva, la llamada colusión agravada. El punto central de la distinción de ambas figuras delictivas de colusión está en función del perjuicio económico al Estado. Mientras la colusión simple requiere solamente el acuerdo colusorio dirigido a defraudar los intereses patrimoniales del Estado, la colusión agravada exige que se haya defraudado patrimonialmente al Estado.

Si se hace un análisis de la estructura típica de ambas formas de colusión, se podrá concluir que la colusión simple es un delito de peligro abstracto que sanciona el simple acuerdo colusorio. Como todo delito de peligro abstracto, este acuerdo debe ser, en general, peligroso para perjudicar los intereses patrimoniales del Estado. La falta de esa idoneidad objetiva del acuerdo colusorio, no puede ser pasible de sanción penal, sino, a lo sumo, de una sanción disciplinaria. Se trata de un delito de preparación que castiga el acto preparatorio (el acuerdo colusorio entre funcionario y particular) para defraudar patrimonialmente al Estado. Por su parte, el delito de colusión agravada –que, pese a llamarse agravada, no es propiamente una agravante de la colusión simple–, requiere que el acuerdo colusorio se haya ejecutado de forma tal que se defraude patrimonialmente al Estado. Es un delito de lesión que requiere un perjuicio patrimonial del Estado como consecuencia de la materialización del acuerdo colusorio. Si la conducta solamente produce un perjuicio potencial (peligro concreto), entonces lo que



corresponde es su castigo con base en la tentativa¹⁹.

4. La redacción vigente: La Ley N° 30111

Con fecha 26 de noviembre de 2013, se volvió a modificar el artículo 384 del Código Penal por medio de la Ley N° 30111. Esta ley estuvo dirigida a incorporar la pena de multa en diversos delitos cometidos por funcionarios públicos, dentro de los cuales se encontraba el delito de colusión ilegal. Por lo tanto, la modificación hecha al artículo 384 del CP no afectó, en lo absoluto, la configuración típica de los delitos de colusión (simple o agravada) conforme a la Ley N° 29578, sino que se limitó a sumar una pena de multa a las penas privativas de libertad ya previstas. Los parámetros típicos para la realización de ambos delitos en relación con el perjuicio al Estado se mantuvieron inalterados.

III. Conclusiones

1. El elemento típico del perjuicio ha sido uno de los puntos más debatidos en el delito de colusión ilegal (artículo 384 del Código Penal). Durante la vigencia de su redacción original se dieron interpretaciones doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales muy diversos. En la jurisprudencia nacional, las posiciones extremas fueron las minoritarias: por un lado, la que afirmaba que era un delito de mera conducta de peligro abstracto que se consumaba con el solo acuerdo colusorio idóneo para defraudar patrimonialmente al Estado; y, por el otro, la que defendía que se trataba de un delito de lesión que requería necesariamente la efectiva producción de un perjuicio patrimonial para el Estado. Fue la posición intermedia la que gozó de mayor consenso bajo la fórmula del llamado perjuicio potencial, el cual hacía referencia indiscutiblemente a peligro concreto.
2. El legislador penal ha procurado resolver las diferencias interpretativas con modificaciones al tipo penal contenido en el artículo 384 del Código Penal. Por medio de un primer intento (la Ley N° 29703), apuntó a darle al delito de colusión ilegal el carácter de un delito de lesión, estableciendo expresamente que debía producirse una defraudación patrimonial. Las críticas realizadas a la nueva configuración típica por favorecer a la corrupción, motivó una nueva modificación inmediata que procuró, no sin algunos puntos discutibles, aclarar el panorama (la Ley N° 29578). Conforme a su nueva estructuración, el delito de colusión ilegal tiene ahora una doble regulación: por un lado, el delito de colusión ilegal simple que está configurado como un delito de mera conducta de peligro abstracto; por el otro, el delito de colusión ilegal agravada que está configurado como un delito de lesión. Mientras la primera figura es un delito que se consuma con el acuerdo colusorio que sea objetivamente idóneo para perjudicar patrimonialmente al Estado (un delito de idoneidad o aptitud), la segunda figura requiere una defraudación patrimonial efectiva al Estado (delito de lesión).
3. Más allá de las diferencias que hay en cualquiera de los esquemas interpretativos del elemento del perjuicio en el delito de colusión ilegal (peligro abstracto, peligro concreto o lesión), su castigo requiere siempre como condición mínima que el acuerdo colusorio sea objetivamente idóneo desde una perspectiva *ex ante* para perjudicar económicamente al Estado. Por lo tanto, no es posible sancionar como delito de colusión ilegal el acuerdo entre un funcionario público y un particular interesado si no es idóneo para defraudar patrimonialmente al Estado.

JUECES PERUANOS COMPETENTES PARA ASUMIR JURISDICCION Y COMPETENCIA A NIVEL MUNDIAL SIN EXHORTO¹.

RAMON BAYARDO MUJICA ZEVALLOS
Abogado



Internet es una red cerrada, donde si bien es cierto en la actualidad la gente cree que impera el anonimato, ello ha permitido la existencia de un sin número de delitos y muchos de los cuales aún no es sancionado, cuando técnicamente podemos determinar los responsables de cada caso, sólo que con el desarrollo de la tecnología se hace cada vez más difícil hacerlo si no hay un equipo idóneo de respaldo y sobre todo con Jueces que con autoridad puedan ser competentes para juzgar.

Cuando se pretende resolver los asuntos relacionados con las nuevas tecnologías de la información por lo general se vienen resolviendo por arbitrajes internacionales a través de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, otros a través del apoyo internacional de la INTERPOL, y eventualmente cada país, con sus restricciones y sus sustracciones a asumir competencias y jurisdicción sobre estos hechos que a los magistrados los mantiene en duda.

En el Perú la normativa ha tratado de estar atenta a los cambios, pero no cabe duda, no es suficiente frente a generación de casos nuevos que importan también evolución de las capacidades de los software en los quehaceres diarios, y por ello en la fecha su regulación mundial viene a ser una seria amenaza al control de la legalidad.

Los efectos que ellos generen tienen que ser conocidos finalmente por un Juez, quien eventualmente tendrá que entenderse competente para aplicar la normativa vigente en su jurisdicción, y por ello relevante reseñar muy ligeramente estos conceptos.

La Competencia en el Derecho Procesal, se encuentra íntimamente vinculada a la jurisdicción, institución ésta que, con la acción y el proceso constituyen la trilogía estructural básica de la ciencia procesal, conceptos todos que en la experiencia jurídica están estrechamente unidos en forma inescindible.

Lodovico Mortara define la Jurisdicción como; la resolución de un conflicto entre la voluntad subjetiva y las normas objetivas, aclarando el autor que la afirmación de colisión entre normas de derecho objetivo no es real sino aparente.

Para E. Redenti la jurisdicción es la función de aplicar las sanciones conminadas por las normas jurídicas.

Para V. Manzini la jurisdicción (judicare) es la función soberana que tiene por objeto establecer, a demanda de quien tenga deber o interés en ello (acción), si en el caso concreto es o no aplicable una determinada norma jurídica y puede darse o no ejecución a la voluntad manifestada por ella.

En Opinión de M. A. Oderigo la jurisdicción es la potestad estatal de aplicar el derecho objetivo con relación a casos concretos.

Para M. Castro es la facultad conferida al Poder Judicial para declarar el derecho, aplicarlo o hacerlo cumplir.

Para Lascano la jurisdicción consiste en la actividad con que el Estado provee la realización de la regla jurídica cuando existe un conflicto de intereses.

Para R.J. Podetti la jurisdicción consiste en el poder público que una rama del gobierno ejercita, de oficio o a petición de interesado, instruyendo un proceso para esclarecer la verdad de los hechos que

¹ Breve actualización de una propuesta base de Tesis de modificación de octetos del protocolo de Internet –ya plasmado técnicamente- para evitar la saturación de los nombres de dominio y establecimiento de una jurisdicción voluntaria a nivel mundial del autor del año 2003.



afectan el orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida.

Alfredo Rocco indica que jurisdicción consiste en la actividad mediante la que el Estado procura directamente la satisfacción de intereses tutelados por el Derecho, cuando por algún motivo (inseguridad o inobservancia) no se realice la norma jurídica que los tutela.

Chiovenda manifiesta que jurisdicción es la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, sea al confirmar la existencia de la voluntad de la ley sea al hacerla prácticamente efectiva, siendo la manifestación soberana del Poder Público.

La Competencia a decir de D. Lascano es la capacidad del órgano del Estado para ejercer la función jurisdiccional.

La Competencia para H. Alsina es la aptitud del Juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado.

La Competencia para R. Fernández es la capacidad o aptitud del órgano investido de jurisdicción para ejercerla en un proceso determinado, en razón de la materia, del valor, del territorio o de la organización judicial.

La Competencia para Podett es el poder jurisdiccional que la constitución, la ley o los reglamentos o acordadas atribuyen a cada fuero y a cada tribunal o Juez.

Para Maresa es la facultad que tienen los jueces para conocer de ciertos negocios jurídicos, ya por la naturaleza misma de las cosas o bien por razón de las personas.

Para Goldschmidt es el ámbito de actuación de los distintos tribunales en sus relaciones entre sí.

De lo mencionado tenemos que los conceptos de jurisdicción y competencia son perfectamente escindibles, porque la jurisdicción es siempre una actividad, una función que la ejerce preferentemente un Poder del Estado (Poder Judicial), en quien debiera concentrarse exclusivamente la misma, ya que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, circunstancialmente nuestro derecho positivo ha atribuido funciones jurisdiccionales y competencia a órganos que no pertenecen a aquel poder, como la Justicia Militar y la arbitral.

Con ello queda establecida la diferencia conceptual de las voces enunciadas, que no responden a un criterio cuantitativo, sino de sustancia o cualitativo; la jurisdicción supone una actividad, en tanto que la competencia una facultad o un poder para desarrollarla, o sea la capacidad que se le reconoce a un Juez o Tribunal para intervenir en determinado proceso.

Las nuevas tecnologías y en concreto internet ha quebrado las barreras existentes de espacio y por ende si antes las relaciones internacionales ya se veían afectadas por los problemas generados en el Comercio y demás ramas, Internet ha renovado los conflictos de competencia que se creían salvados con los acuerdos, tratados y normas internas de cada país.

Efectivamente el Derecho Internacional Privado ya se ocupaba de determinar entre dos o más normas jurídicas de diversos Estados, cuál de ellas es la que ha de regir la situación concreta, en el sentido que la situación concreta está conectada con las normas jurídicas de los Estados cuyas normas se han de seleccionar.

El conflicto de leyes, sin embargo, surge cuando existen puntos de conexión que ligan la una situación jurídica concreta con las normas jurídicas de dos o más Estados.

Cuando el Maestro Jorge Basadre Ayulo presenta su Tesis para optar el Grado de Magíster o Maestro, se cuestiona en principio, si el sistema de los conflictos de leyes y contiendas de jurisdicciones pertenece al Derecho Público o al Derecho Privado, manifiesta que se fundamenta en que las materias que constituyen su objeto pertenecen esencialmente al derecho privado pese a que existe la tendencia



a convertir este sistema jurídico eminentemente público por la incesante intervención y presencia del Estado. Casi todo el derecho civil del siglo XX es público. La delimitación de competencias entre los diversos Estados, por causa de conflictos, es materia de derecho público.

El derecho internacional privado o el sistema de los conflictos de leyes y de jurisdicciones contiene normas de derecho público, por cuanto las normas se refieren a la eficacia de la ley del derecho privado sustancial, lo cual implica que dichas normas rebasan las fronteras nacionales y se proyectan al exterior.

La falta de unificación legislativa entre los diversos Estados ha originado serios problemas jurídicos que se pueden resolver mediante la unificación legislativa al respecto o el establecimiento de normas especiales.

Las situaciones jurídicas que se han dado, se vienen dando y se darán, generará situaciones de hecho imprecisas y ambiguas en cuanto alcance de los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en dicha situación y que la relación jurídica ya se puntualizará adecuadamente en cuanto determine la norma jurídica aplicable entre dos o más con la que se haya vinculado.

Por lo general en el Derecho Internacional Privado se considera que los conflictos de leyes suponen la existencia de tres elementos:

- a. Una situación concreta que debe regularse jurídicamente;
- b. Circunstancias de hecho o de derecho de las que puede derivarse la realización de los supuestos previstos en dos o más normas de diversos Estados;
- c. Dos o más normas jurídicas de diversos Estados que podrían regular jurídicamente la situación concreta.

Los conflictos internacionales de competencia judicial buscan determinar qué órgano jurisdiccional, entre dos o más órganos jurisdiccionales de Estados diversos, tiene aptitud normativa para conocer de un conflicto de leyes Internacional que se ha suscitado.

Dejando de lado eventualmente el conflicto de competencias legislativa que sería la determinación de la ley aplicable al derecho, nos preocuparemos del problema de competencia judicial, los que a decir de algunos autores pueden ser negativo y positivos, o sea que son positivos cuando puede establecerse a favor de varios jueces, siendo los más frecuentes, y negativos cuando no es competente juez alguno.

Sin embargo como quiera que la codificación de las normas de derecho Internacional Privado, pese a su desarrollo son todavía deficientes, las codificaciones nacionales contienen las normas de derecho internacional privado localizadas dentro de su sistema.

En el caso de un conflicto positivo de competencia judicial, la *lexfori* de un Estado le da competencia a sus tribunales y la *lexfori* de otro Estado le da competencia a sus propios jueces.

LexFori, viene de la locución latina que indica Ley del Fuero. En los conflictos territoriales de leyes, indica esta expresión que los actos o relaciones deben regirse por la Ley del Tribunal que haya de conocer de los mismos.

El primer intento de integración jurídica en América lo constituyó el Congreso de Panamá convocado por Simón Bolívar en 1824 que a decir del historiador peruano Jorge Basadre, fue utópico y fracasó por el estado de desunión de las repúblicas americanas y los celos que se crearon.

En los años 1847, 1861 y 1867 se reunieron en Lima conferencias para la codificación del derecho internacional pero sin que se llegara a resultado alguno.

A iniciativa del gobierno de Perú se instaló en 1877 el Congreso de Jurisconsultos, con la asistencia



de representantes de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador y Perú. Los Estados Unidos fueron invitados pero no concurrieron en virtud de su organización Federal que reservaba a los estados de la unión, la competencia en determinadas materias, lo que impedía al poder ejecutivo la participación en congresos de esta clase.

El Congreso de Lima siguió el sistema de la nacionalidad para los conflictos de leyes y elaboró un tratado para establecer reglas uniformes de derecho internacional privado con 60 artículos que tratan sobre el Estado y la capacidad de las personas, el matrimonio, el régimen sucesorio, los actos jurídicos, la jurisdicción en materia penal, la ejecución de sentencias extranjeras y la legalización.

Este tratado fue ratificado únicamente por Perú (29 de enero de 1879), sin embargo la búsqueda de la dominación del precio internacional del salitre por parte de Chile que llevó a cruenta guerra con el Perú cortó los trabajos en esa tarea y lo dejó al olvido por los egoístas propósitos de Chile.

Aunque este tratado nunca entró en vigor, fueron copiadas casi textualmente en el Tratado de Derecho Internacional Privado suscrito entre Colombia y Ecuador el 18 de Junio de 1903.

Los tratados de Montevideo de 1888 y 1889 fueron:

- a. Tratado de Derecho Civil Internacional, suscrito y ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, más tarde se adhirió Colombia.
- b. Tratado de Derecho Comercial Internacional ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Brasil y Chile, Colombia se adhirió después.
- c. Tratado de Derecho Penal Internacional ratificado por Paraguay, Perú, Uruguay, Argentina y Bolivia.
- d. Tratado de Derecho Procesal Internacional, ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, además ha sido suscrito por Brasil y Chile.
- e. Tratado de Propiedad Literaria y Artística, ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Bolivia, Perú y Uruguay, y además ha sido suscrito por Brasil y Chile.
- f. Tratado de marcas de comercio y fábrica, ratificado por Argentina, Paraguay, Bolivia, Perú y Uruguay, suscrito también por Brasil y Chile.
- g. Tratado sobre el ejercicio de profesiones liberales, ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay. Colombia y Ecuador se adhirieron posteriormente. Y
- h. Protocolo Adicional ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay.

El desarrollo de la codificación del Derecho Internacional Privado a partir de ahí, ha motivado a Centroamérica y creo, sin dudas marcó un hito hasta el Código de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado que fuera aprobado en 1927 y a no dudar un estigma jurídico documental del siglo XX.

El Código Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado fue aprobado en La Habana el 20 de febrero de 1928 en la Sexto Conferencia Panamericana. Constituye un Tratado y no un cuerpo colegiado de leyes. Su origen es multinacional, consta de 427 Artículos con un Título Preliminar que se refieren a las reglas generales, al derecho civil internacional, al derecho mercantil internacional, al derecho penal internacional, y al derecho procesal internacional, incluyendo la extradición y la aviación que aparecía como novedad jurídica.

El eje central del Código cuyo gestor Antonio Sánchez de Bustamante, era la ley nacional, fue suscrito por 19 Estados, Argentina, Bolivia y Brasil con reservas; Chile con declaraciones; Colombia y Costa Rica con reservas; Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua y



Panamá con declaraciones; Paraguay, Perú, República Dominicana, El Salvador y Uruguay con reservas; y Venezuela.

En el año de 1940 en pleno conflicto bélico mundial, se suscribió la convención relativa a la uniformidad legal del régimen de poderes, ratificada por Colombia, EL Salvador, Estados Unidos de Norteamérica, México y Venezuela.

La Resolución XXVI de la tercera reunión de consulta transformó el Comité Interamericano de Neutralidad en el Comité Jurídico Interamericano con sede en Rio de Janeiro. En 1944 hizo público un informe cuyas conclusiones fueron aprobadas por la Conferencia de Chapultepec de 1945.

En la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) se creó el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, con la finalidad que sirva de cuerpo consultivo en asuntos jurídicos y tenía dentro de sus funciones promover la codificación del derecho Internacional público y del Derecho Internacional Privado. (Eliminado en 1967 al sancionarse una nueva Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA)).

En América existen tres sistemas diferentes, el del Common Law de los Estados Unidos de Norteamérica; el del Common Law de los países del Caribe de habla inglesa como Jamaica, y el del Derecho Civil codificado de los países Latinoamericanos con bases románicas como es el caso de Perú.

En el Perú el Código Civil peruano regula la solución de los conflictos de leyes internacionales y de jurisdicciones, en el mencionado cuerpo normativo se regulan los estatutos personal (*status personae*), real, la *lex fori* la *lex rei sitae* o territorial, la *lex loci actus* y la ley del destino conforme al artículo pertinente del cuerpo normativo.

Para determinar la ley personal, en el derecho internacional privado, existen argumentos convenientes para fijar la ley del domicilio y la ley nacional y escoger entre ellas el método a aplicarse para el caso de esta materia y la solución a los casos controvertidos.

Los dispositivos legales de la jurisdicción son distintos al régimen legal de los derechos subjetivos. Las primeras son directas, unilaterales y taxativas precisando las respuestas de ¿Cuándo es? Y ¿Cuándo no es?.

El criterio del Código Civil peruano para fijar la competencia es:

- a. La nacionalidad del demandado, y
- b. El domicilio del demandado.

La clasificación de la competencia es la siguiente:

- a. Positiva-facultativa: En los casos en que por contrato se adopta la jurisdicción competente.
- b. Negativa-exclusiva: En los casos de bienes inmuebles.

La competencia sobre las personas domiciliadas en el Perú está claramente regulada en el Código Civil el que es un cuerpo único entrelazado entre sí en el que deben concordarse los diferentes títulos y artículos que lo contienen.

Sin embargo lo que queremos resaltar es lo relativo a la competencia sobre las personas no domiciliadas, la que está regulada y cuyos textos son los siguientes:

Artículo 2058° del Código Civil peruano que establece: Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial aún



contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes:

1. Cuando se ventilen acciones relativas a derechos reales sobre bienes situados en la República. Tratándose de predios dicha competencia es exclusiva;
2. Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que deriven de contratos celebrados o de hechos realizados en dicho territorio. Tratándose de acciones civiles derivadas de delitos o faltas perpetrados o cuyos resultados se hayan producido en la República, dicha competencia es exclusiva.
3. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción. Salvo convención en contrario, contemporáneo o anterior a la sumisión, la elección del tribunal es exclusiva.

Artículo 2061° del Código Civil peruano que indica: Los Tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas a universalidades de bienes, aún contra personas domiciliadas en país extranjero, cuando el derecho peruano sea el aplicable para regir el asunto, de acuerdo a sus normas de derecho Internacional Privado.

La normativa procesal Civil del Perú, permite globalizar la función del Juez, en su búsqueda de la solución de los procesos judiciales en los que se avocan a su conocimiento.

Esta actividad posible gracias a las modificaciones de nuestra normativa, acortan la brecha digital entre el avance de la tecnología con el derecho, en su sentido de servir de herramienta que facilite y globalice la función jurisdiccional sin afectar la jurisdicción competente en razón de territorio tan cuestionada.

Hoy la iniciativa probatoria no descansa más en las aportadas simplemente por las partes; en la función del Juez que debe administrar justicia, ha llevado a este importante papel en su participación que ahora hace las veces de Director en el proceso, es más dinámica en el sentido de entender que cuando las pruebas aportadas por las partes resulten insuficientes, inútiles o inconducentes tome la iniciativa de disponer la actuación de medios probatorios conducentes a establecer la verdad de los hechos alegados relacionados a la actuación de las partes en él;

Para entender los deberes que tiene el Juez, debemos tener en cuenta que el Código Procesal Civil establece que " Los medios probatorios tiene por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones"; y como deberes, encontramos la de "Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal";

Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso empleando las facultades que este Código les otorga", concordante con las facultades que ostenta como son: "Adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación; Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, etc."

El Proceso Civil, con una cabal función del magistrado, ahora ya no es una "arena, un campo, un cuadrilátero" donde caracterizada antes por lo beligerante y litigioso, se producían encarnecidas luchas entre las partes, donde se medían las fuerzas y habilidades, donde muchas veces (felizmente con mucha menor frecuencia ahora), triunfaba la elocuencia de una probidad y habilidad "contratada" por el poder del dinero (decepcionando muchas veces privilegiar intereses a la verdad), siendo ahora con una cabal función del Juez, menos probable esta inequidad.

Por ello a modo de posibilitar una explicación clara de nuestra afirmación, debemos citar literalmente algunos artículos de nuestra normativa que sustenta este gran cambio y fundamentan la función jurisdiccional de Juez peruano a cualquier parte del mundo usando la tecnología actual, en una efectiva actuación directriz dentro del proceso;



- a. El artículo 188° del Código Procesal Civil peruano establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones;
- b. El artículo 191° del Código Procesal Civil peruano establece que todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el artículo 188° indicado
- c. El artículo 192° inciso 3 del Código Procesal Civil peruano establece que son medios de prueba típicos entre otros: 3. Los Documentos;
- d. El artículo 155° del Código Procesal Civil peruano establece que el acto de la notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. El Juez, en decisión motivada puede ordenar se notifique a persona ajena al proceso;
- e. El artículo 148° del Código Procesal Civil peruano establece que "A los fines del proceso los jueces se dirigen mediante Oficio a los funcionarios públicos que no sean parte en él. La comunicación entre Jueces se hace también mediante Oficios"; entonces, la forma de comunicarse hacia terceros que no son parte en el proceso es a través de una notificación;
- f. El artículo 233° del Código Procesal Civil peruano establece que: "Documento es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho.";
- g. El artículo 239° del Código Procesal Civil, establece que se puede pedir a los funcionarios públicos que informen sobre documentos o hechos. Los Informes se presumen auténticos. En los casos previstos por ley se puede pedir a particulares informes sobre documentos o hechos. Los informes tendrán la calidad de declaración jurada.", lo que nos indica que cuando se ha de notificar a terceros, se les puede pedir Informes, que a su vez son documentos;
- h. Mediante Ley 27419 se modificó los artículos 163° y 164° del Código Procesal Civil, estableciendo el artículo 163° respecto a la notificación que: ".. además, por telegrama, facsímil, correo electrónico u otro medio idóneo, siempre que los mismos permitan confirmar su recepción." Y el artículo 164° establece que el documento para la notificación por facsímil, correo electrónico u otro medio, contendrá los datos de la cédula de notificación;
- i. Ya manifestamos el contenido del artículo 2058° del Código Civil peruano, debiendo agregar que el artículo 2073° del Código Civil peruano establece en su segundo párrafo: "Las personas jurídicas de derecho privado constituidas en el extranjero son reconocidas de pleno derecho en el Perú, y se reputan hábiles para ejercer en el territorio del país, eventual o aisladamente, todas las acciones y derechos que les correspondan".

En este punto debemos agregar que un correo electrónico es considerado para efectos de la comunicación electrónica un domicilio de su titular, por tanto estando en INTERNET está en todo lado.

De lo dicho y citado tenemos que la normativa permite a los Jueces peruanos eventualmente conocer controversias surgidas por domiciliados en el Perú con cualquier otra persona del mundo que se haya hecho a través de internet sea otro nacional o cualquier otra del extranjero, y es más, tiene la posibilidad de conminar la participación o la cita de una persona natural o jurídica del extranjero dentro de un proceso sin el requisito del exhorto.

Del mismo modo el Juez puede disponer o las partes pueden ofrecer como prueba, que se notifique a esta persona jurídica o natural del extranjero mediante correo electrónico, constituyendo esta prueba en sí, una prueba típica, que es un documento, la misma que se actuará mediante notificación por correo electrónico con la disposición que esta persona natural o jurídica informe sobre los hechos que ayuden a los fines del proceso y al hacerlo servirá para formar convicción en el Juzgado como cualquier otra prueba actuada en el territorio nacional SIN NECESIDAD DE EXHORTO.



Principio o Sistema: Brevísimo Estudio del Mérito en el Servicio Civil Peruano¹

W. Luis Bravo Montalvo²
Luz Celeste del C. Sánchez Bravo



RESUMEN

La aplicación del mérito en la reciente legislación del servicio civil, constituye uno de sus aspectos sustanciales para regular las relaciones de la administración pública en la búsqueda de tener un Estado eficaz pero también eficiente. A través de él, que funciona como principio y sistema, se instaura un esquema estructural que busca la modernización del Estado como idóneo prestador de servicios, a partir del modelo de un servidor que a la par de eficaz sea también eficiente, y que en tal condición deberá acceder al empleo público, fundamentalmente, por su capacidad e idoneidad; valores a los deberá agregar luego su imparcialidad a lo largo de su vida laboral. Para tal efecto, se requiere sin embargo de reglas de juego claras porque de lo que se trata, en última instancia, es de generar una nueva mentalidad tanto en el servidor como en el Estado, propiamente dicho.

Ni la ley del servicio civil ni su reglamento refieren trato alguno respecto al concepto de mérito ni a lo que estima como Régimen o Sistema de Mérito, omisión en la que también incurre su reglamento, empero es el propio cuerpo regulatorio de dichas normas el que denota la utilización de ambos en un mismo sentido, es decir, mérito y sistema, regulando a partir de ellos todo un andamiaje legal que denomina Servicio Civil. Interesa saber en este contexto, en que consiste este cambio de mentalidad que se propone y, sobre todo, adónde apunta el destino final que daremos al mérito.

1.- Introducción

Tanto la Ley del Servicio Civil como su Reglamento General³, se articulan en torno al mérito y lo consideran junto a la igualdad de oportunidades y el aseguramiento de la calidad de los servicios del Estado en beneficio de la ciudadanía, como su base⁴ estructural; sin embargo, ninguna de las normas lo conceptúa. Pese a ello, a lo largo de la extensión de ambos textos legales es factible inferir que el mérito es concebido como un Principio⁵ fundamental y así lo refiere de manera expresa el Art. III, inciso d) del Título Preliminar de la ley; no obstante, también parece ser entendido y tratado

1 Dedicado a mis amigos de siempre de la XVII Promoción de la Facultad de Derecho y C.P. "CESAR AUGUSTO SANDINO" de la UNPRG

2 Reseña de los Autores:

Abogado por la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo" de Lambayeque. Estudios de Post Grado en Derecho Empresarial. Asesor Legal Laboral de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo". Socio Principal del Estudio W. Luis Bravo & ABOGADOS. Ex-Profesor de Derecho Laboral y Derecho Administrativo. Ex-Director Regional de Trabajo

Abogada por la Universidad "Santo Toribio de Mogrovejo" de Chiclayo. Estudios de Post Grado en Derecho Civil. Abogada asociada al Estudio W. Luis Bravo & ABOGADOS. Ex Asesora Legal de la COFOPRI Chiclayo

3 Ley 30057, Ley del Servicio Civil.

Decreto Supremo 040-2014-PCM, Reglamento General de la Ley del Servicio Civil.

4 Decreto Supremo 040-2014-PCM, Reglamento General de la Ley del Servicio Civil. Artículo 6, Literal A): El servicio civil se basa en el mérito, la igualdad de oportunidades y el aseguramiento de la calidad de los servicios del Estado en beneficio de la ciudadanía.

5 Ley 30057, Ley del Servicio Civil. Artículo III, Inc. D) del Título Preliminar. Son principios de la Ley del Servicio Civil : Mérito. El régimen del Servicio Civil, incluyendo el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles.

como un sistema a partir del cual se aglutinan un conjunto de reglas, específicamente de recursos humanos; buscando así encontrar la solución no sólo a la ineficacia o deficiencia de los servicios que presta el Estado sino también a los problemas de desigualdad y privilegios dentro de sus estructuras gubernamentales, a través de la selección de candidatos que tengan las aptitudes profesionales y habilidades necesarias para desempeñarse.

Esta aparente dualidad para tratar de dar sentido al mérito, como principio y sistema, sustento a la vez del servicio civil, aun cuando pudiera arrastrar rasgos de incongruencia, lo cierto es que no hace sino ratificar que nuestra legislación, incurre en las mismas vicisitudes de apreciación que a lo largo de la historia se han repetido en unos u otros pueblos civilizados que, a partir del mérito y de su particular interpretación de lo que para ellos significaba, han tratado de organizar la actividad administrativa de un Estado (desde su noción precaria hasta su maduración como concepto) a través de la labor de las personas relacionadas con el trabajo público; funcionando como una especie de empleador. Y es que en efecto, el mérito siempre ha sido objeto de interpretación diversa; así de ser tener un significado original humilde y sesgado por la religiosidad (mérito es lo que hace a una persona digna de recompensa o de castigo), fue evolucionando con el paso de los siglos, pasando de ser un tema relacionado con la salvación a ser el centro de la polémica protestante⁶ hasta que las revoluciones del Siglo XVIII, con los americanos y franceses a la cabeza, introdujeron el concepto en el campo político. Lo mismo sucedía con su comprensión como principio o como sistema, pues en ambos casos fue enarbolado como la base para la construcción de un orden social; el basado sobre el mérito personal.

Lo cierto es que, desde una óptica política y jurídica –que es la que nos interesa-, ha constituido un punto de encuentro común el que, los gobernantes, en una vera, y las administraciones, en la otra, advirtiendo que las personas, sus valores y sus conductas son primaria y finalmente, la clave de todo cambio y reforma que se pretendiera implementar, hayan hecho uso del mérito en sus distintos sentidos de entendimiento; si bien asociándolo a la persona sensibilizada a la religión y a la moral, empero siempre en función de diversos intereses, uno de ellos, por ejemplo, pero alejado de modo total del concepto actual que tenemos dispensado al mérito, establecía que éste derivaba del simple nacimiento de la persona⁷, aunque resultase desde luego, usual relacionarlo al simple linaje, dado que también se asociaba a la mera pertenencia a un grupo o casta y su ligazón con el poder político. En este extremo por ejemplo, durante los siglos XVI y XVII, en Europa, el rey o la corte jugaban un papel especial en los beneficios personales que se impartían a sus súbditos o servidores reales los que eran impartidos como regalos, pero supeditados a lo que ellos consideraban como mérito. Para los nobles, la idea de mérito estaba asociada a las relaciones personales y sobre todo a las cualidades de la persona respecto de la fidelidad, valor y afecto guardados, naturalmente, al rey y la corte. Empero, tales eran las peculiares interpretaciones respecto del mérito en esas épocas; hoy existen otras, igualmente válidas, que lo consideran como un concepto multidisciplinario⁸.

6 Lutero afirmaba que los humanos no podíamos hacer nada meritorio y que la salvación dependía sólo de los méritos de Cristo. Los católicos, en cambio, pensaban que los actos humanos cooperan a la salvación. MARINA, José A. “¿Es el Mérito un valor de derechas?” Consulta: 20/02/2016. www.lanuevafrontera.aprenderapensar.net.

7 Aunque el sistema de libertad natural eliminó la condición del nacimiento como un componente de la persona y considera a cada una libre para demostrar su valía, durante siglos, la posición social, el estatus de una persona habían estado determinados por el nacimiento de la persona.

8 Aunque en el lenguaje coloquial hoy entendamos por mérito aquello que torna valiosa una acción, originariamente –y aún el diccionario da cuenta de este significado que lo asocia a la escatología católica- un acto meritorio es un acto que hace digno de premio o de castigo. La idea de mérito tradicionalmente se ha



Pero este último es un tema si bien valioso, vasto y hasta “confuso”⁹, -si no repasemos la significación original que se tenía de su idea-, nos alejaría de lo que es materia de este breve estudio, esto es, revisar la apreciación del mérito como aspecto sustancial de una administración eficiente, del que emana sus ópticas de tratamiento como principio y como sistema y, finalmente, analizar, el rol que asume el mérito en la legislación peruana.

2. La palabra Mérito

Las palabras no guardan, celosas, su sentido a lo largo de la historia, y con la palabra mérito ocurre eso precisamente¹⁰, dado que su significado, y creemos también, quien lo interpreta y asimila, varía de una sociedad a otra. En efecto, la palabra “mérito” es utilizada, en diferentes contextos y, naturalmente, claro, puede ser analizada desde diferentes disciplinas, empezando por el Derecho, la Sociología, la Filosofía hasta pasar la Moral, que si bien la definían, o “usaban” de distinta manera el término, coincidían no obstante convergiendo en torno a un mismo sentido común : “Ese mínimo común o núcleo irreductible es el vínculo causal que viene a exigir o a justificar desde la acción o el estado del sujeto meritorio la subsiguiente recompensa -en sentido amplio, sea esta un premio o su opuesto, un castigo, sea un cargo, una plaza, sea una posición social, sea física o material la recompensa o consista ésta en un mero sentimiento de gratitud. Tal vínculo (el ser acreedora, exigente o digna tal acción de una recompensa) aparece como constante sea cual sea el tipo de acción, sea cual sea el tipo de recompensa en los usos del mérito. Es decir el mínimo común presente en la mayoría de sus usos coincide con su definición más corriente y con su etimología de raigambre primero católica y luego penalmente retribucionista: mérito como “acción digna de premio o de castigo”¹¹.

“Mérito”, en tanto palabra antiquísima, es también una de eminente sentido religioso; ligada siempre a un juicio de valor relacionado a la idea de la justicia, es decir, un acto meritorio que hace digno de premio o digno de castigo, pero que cuando se trata de un premio hay que recompensar en base al mérito. Esta orientación fue la que se dio inicialmente al mérito, una connotación según la cual se daba a cada quien lo que merecía en lo que vendría a ser, a primera vista, una manera justa de distribuir ventajas y desventajas; dicho de otra manera, un determinado modo de trato como respuesta a una acción. Estuvo por tanto el concepto de mérito asociado fundamentalmente a la esfera ética, atribuido en especial a quien realizaba una buena acción, pero al igual que todo aquello susceptible de cambio, lo que ha de considerarse meritorio ha cambiado a través del tiempo y del espacio.

En efecto, al carácter ético dado por los pueblos antiguos al mérito y que incluso diferenciado de la idea de buena acción porque el mérito presupone una recompensa, así como el demérito presupone un castigo. Desde la perspectiva del mérito, la buena acción no es un fin en sí misma. El bien recibido acreditará la recompensa de otro bien, así como se devolverá un mal por otro mal realizado. En el concepto de mérito resuenan ecos de la lógica del Talión, así como resuenan ecos del régimen de recompensas presente en la práctica griega de los certámenes. [...] Los griegos desconocían la palabra mérito, pero prefiguraron rasgos cardinales de esta doctrina. El ideal moderno de que los puestos de poder deben ser ocupados por las personas más meritorias –entendiendo por meritorio fundamentalmente al quehacer vinculado con la tarea intelectual– se remonta por lo menos al esquema del rey-filósofo presente en la República de Platón. KREIMER, Roxana. (2001). “Historia del Mérito”. Buenos Aires. Editorial Anarres.

9 Chaïm Perelman, advertía que el mérito es una noción «cuyo uso sólo se concibe en función de su misma confusión». GARCIA C, Jesús. (2006). “La difusa discriminación por el mérito: genealogía y desarrollo”. Revista Anuario de filosofía del derecho. España, N° 23. pp. 313-320.o.

10 GARCIA C, Jesús. (2014) “El principio de mérito a la luz de los hechos sociales”. Revista Anuario de filosofía del derecho. España, N° 30, pp. 191-216.

11 GARCIA C, Jesús. (2006). “La tensión entre mérito e igualdad: el mérito como factor de exclusión”. Revista Anuario de filosofía del derecho. España, N° 23, pp. 309-336.



mantenemos hoy en día, pues este significado no ha desaparecido del todo, suele ser común que reconozcamos el mérito de una persona por una buena acción que ha realizado; el mérito ha ido cambiando o, mas propiamente dicho, se le han ido añadiendo otras connotaciones, como por ejemplo, la de servir como medio de protección y cautela de intereses particulares, criterio esgrimido desde la perspectiva de quien representaba y administraba a un Estado, era el rey o los aristócratas. Para ellos, el mérito significaba un criterio de selección de personas para formar y adiestrar, no a cualquier clase de servidores, sino a personas especializadas, que luego se convertirían en autoridades y cuerpo de funcionarios diferenciado e independiente de la población. Después, si bien con alguna variante dado que el mérito amplió su comprensión hacia el talento, al conocimiento, a la capacidad para el trabajo o para la creación, a la inteligencia y al ingenio, mas propiamente dicho al universo del trabajo y de la profesionalidad, persiste en mantener su carácter ético. En este contexto, involucrando ambos caracteres, desde hace ya mucho tiempo el mérito como criterio de selección ha sido utilizado en distintas administraciones. Se trata por lo consiguiente, de un concepto antiguo en contraposición de la ley peruana que lo invoca, novísima por cierto.

3. Noción del Mérito en la Historia

En función a la palabra mérito que, hemos dicho es antiquísima, de hecho, la noción de mérito incluyendo con su asociamiento a la idea relacionada a un régimen estatal, por incipiente que este haya sido, no es concepto nuevo, es mas bien antiguo; abundan ejemplos del reconocimiento del mérito circunscrito al ámbito de las primigenia administración de los Estados; siendo factible encontrar huellas de él en la administración de la china imperial¹², cuyos gobernantes, influenciados de un lado, por la sentencia confuciana de que los puestos públicos deberían ser ocupados por hombres de mérito y habilidad demostrados y, de otro, resueltos a atacar la necesidad de mejores métodos de administración pública manejada por una burocracia central que gobernaba un área comparable en tamaño al imperio romano, vieron en la selección y control de los burócratas a través de la estricta aplicación de exámenes para garantizar al mejor candidato su acceso al funcionario superior, un medio de solución. Durante la Dinastía Han, por ejemplo, en torno al 196 A.C., el emperador solicitaba que se le enviaran a la capital hombres capaces y decentes para ponerlos a su servicio.

El primer "servicio civil" que incorporó el mérito fue el prusiano¹³ en el siglo XVIII. Surgido por la necesidad de las monarquías absolutas de los siglos XVI, XVII y XVIII, de controlar la burocracia de origen aristocrático, Federico Guillermo I¹⁴, empezó

12 Chin (221-206 a.C.), las ideas confucianistas empezaron a influir en la política pública. Los primeros pasos fueron para organizar el reclutamiento de servidores civiles sobre la base del mérito; los nombramientos a puestos oficiales se dieron a 'hombres de talento' que fueron recomendados a la capital del imperio por iniciativa de funcionarios locales. Más tarde, se utilizaron los exámenes para completar las recomendaciones como una medida del talento. Fue durante la dinastía Han cuando se estableció la primera relación entre la carrera oficial y una educación en los clásicos confucianistas, cuando el gobierno principió a emplear graduados de la universidad nacional con un entrenamiento confucianista. MARTINEZ L, Omar. (2005). "El servicio civil en la china imperial". Revista Economía, Sociedad y Territorio. México, Vol.V, N° 18, pp. 411-453.

13 La administración Prusiana del siglo XVIII, bajo una monarquía absoluta, sería un ejemplo para Occidente en esta materia. Con Federico Guillermo I gobernando, se estableció como exigencia una formación académica necesaria para el ingreso a un cargo público. Luego haría extensiva la realización de exámenes para la selección. MUÑOZA, Waleska. (2008). "Cuando el Mérito Acentúa la desigualdad". Revista Enfoques, Chile, N° 9, Segundo Semestre, pp. 247-261.

14 "En una época en la que los poderes de los terratenientes eran grandes y dudosa su fiabilidad como



por aplicar principios modernos de reclutamiento basado en el mérito : Sólo tenían acceso a los empleos con una carrera organizada aquellos que cumplían con una exigente formación académica necesaria, indispensable para el ingreso a un cargo público, lo cual involucraba una serie de exámenes escritos y orales tanto teóricos como prácticos; gracias a ello, creó crear un cuerpo profesional capacitado para ocupar puestos en un Estado centralizador.

En Francia, aun cuando el mérito se afirma en la Declaración de Derechos y Constituciones Liberales de los siglos XVIII y XIX, empezando por la Declaración¹⁵ de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, lo cierto es que ya se hacía valer antes de la Revolución, aunque con un efecto limitado por la desigualdad social imperante en la época. De todas formas, "...uno de los lemas de la revolución fue la carrera abierta de talentos, es decir, que la forma de progresar de los ciudadanos estuviera íntimamente relacionada en la demostración de sus talentos y propio esfuerzo, marginando con ello otros criterios como sexo, raza, edad, etc."¹⁶ De esta manera, a partir de la revolución, el mérito es que el da paso a la democratización de la administración pública, siendo cualquier ciudadano susceptible de ser elegido para esta tarea.

En Inglaterra, la práctica del mérito respondió a la necesidad de establecer un funcionamiento más eficiente y profesional de las instituciones del Estado y fue durante el primer gobierno liberal de William Gladstone, conocido como el "Gran Viejo", político de gran arrastre popular, que la legislación doméstica introdujo una disposición que sentaría las bases de la carrera administrativa al servicio del estado : La sustitución del clientelismo¹⁷ por un sistema de exámenes¹⁸ (sistema de concurso abierto) como criterio de selección de los empleados en la mayoría de los departamentos ministeriales, con lo cual el mérito adquirió especial importancia.

En los Estados Unidos, fue la Ley Pendleton, la que estableció el Mérito; supuso la abolición del sistema de despojos o botín político¹⁹, acuñado bajo el lema "To

servientes de la Corona, Tanto Federico Guillermo I como Federico II, tomaron medidas para garantizar la lealtad de los funcionarios estatales. Federico Guillermo I, dio gran importancia al reconocimiento de los méritos, lo que permitió a los plebeyos adquirir la condición de nobles a través de sus contribuciones al Estado, también propuso unos salarios básicos bajos, con gratificaciones por buen servicio, y fue inflexible en lo relativo al nombramiento de nobles importantes como oficiales en sus localidades...". FULBROOK, Mary. (2009). "Historia de Alemania". 2ª. Edición, Madrid, Ediciones AKAL S.A

15 Aquella Declaración establece que "todos los ciudadanos, siendo iguales a los ojos de la ley, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otras distinciones que las de sus virtudes y talentos.

16 MUÑOZ A, Waleska. (2008). Ibid.

17 En el campo político el clientelismo se concibe como un sistema extraoficial, de flexibilidad difusa y de intercambio de favores, en el cual los titulares de cargos políticos regulan la concesión de prestaciones, obtenidas a través de su función pública o de contactos relacionados con ella, a cambio de apoyo electoral. El clientelismo político: una revisión del concepto y sus usos. Trotta, 2003, citado por CERDAS A., J. Manuel. (2015). "El clientelismo político: una revisión del concepto y sus usos". Revista Anuario de Estudios Centroamericanos, Universidad de Costa Rica. Volumen 40, pp. 311-338..

18 Se trataban de la sustitución de un sistema arbitrario por otro más abierto y competitivo, aunque no más igualitario, pues las pruebas a que estaban sujetos los candidatos eran difíciles de superar para quienes no formasen parte de la élite educada en Oxford o Cambridge. CANALES, Esteban. (1998). "La Inglaterra Victoriana". Madrid. Ediciones AKL S.A.

19 Conocida con la expresión de "spoils system", el sistema del botín, o de los despojos, se designa al sistema tradicional de considerar a los cargos administrativos del gobierno como "botín de guerra", a disposición de las autoridades elegidas para apartar a sus ocupantes anteriores y nombrar en ellos a sus seguidores y ayudantes en la campaña, para premiarlos por su colaboración y también para asegurarse un cuerpo de administradores leal,



the victors belong the spoils” (*A los vencedores pertenece el botín*) e implicó el nacimiento del Servicio Civil. Su fundamento radicó en permitir la competencia real de individuos interesados en posiciones de servicio en el Gobierno, a través de evaluaciones basadas en calificaciones y desempeño, garantizando protección contra la intervención y el abuso político partidista. Se promovía pues, el nombramiento fundándose en la capacidad probada, lo que aseguraba que el servidor público se desempeñase cumpliendo con eficiencia sus deberes y obligaciones.

Como se habrá podido apreciar del ligerísimo recuento de los principales Estados que acogieron y aplicaron el mérito en la regulación de su administración pública, es evidente advertir que, cuando fue bien encaminado, a partir del desarrollo de personas capaces para los respectivos cargos, el mérito resultó indispensable en la gestión estatal; empero también nos permitió entender que también fue utilizado en patrimonio de las clases privilegiadas o como premio a intereses particulares de individuos y grupos.

4. Aspectos Relevantes del Mérito

4.1 El Mérito Filosofía dela Administración

La función pública, asociada tradicionalmente al empleo público, es decir, la actividad realizada por personas naturales en nombre del Estado con la finalidad de llevar a cabo los fines del mismo Estado, siempre ha existido, al margen de la forma o modalidad como éste haya estado representado en las diferentes sociedades a lo largo de la historia. En correlación a ello, ha existido también personal o recursos humanos ordenados por el poder político que eran, finalmente quienes cumplían con el fin del Estado, los que a su vez ingresaban a cumplir tal función de distintos modos. Se cuenta, por ejemplo, que en los tiempos antiguos, “... aquellos individuos que deseaban aspirar a ocupar cargos públicos se preocupaban desde temprana edad por emprender acciones nobles que les dieran reputación, prestigio u honor a fin de gozar de la credibilidad y confianza de la gente con la que vivían”²⁰. Ese era pues, no sólo un modo de lograr tener acceso al servicio público de entonces sino también una de las maneras de cómo era concebido el mérito, de lo que se entendía por él y como tal por la sociedad, como sucedía en Roma y se hizo extensivo luego en otras sociedades. Sin embargo, todo cambia y con la estimación de lo que se entendía por mérito tenía que ocurrir lo mismo, ya que bajo la misma bandera, éste se constituyó en un medio para alcanzar dos propósitos fundamentales: la equidad social y la pureza administrativa, criterios que alcanzaron su momento estelar en 1789, al promulgarse solemnemente en Francia la *Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos*.

Si bien a partir de ella empezó a cambiar el significado del mérito, lo interesante es que también empezó a cambiar el significado del Estado, dado que supuso el inicio de la variación de su poder hasta entonces inmensurable; empezando así a tomar conciencia que al reconocer la existencia de un grupo de derechos individuales, de derechos del hombre que acotan una esfera de libertad personal, lo que en realidad terminaba por reconocer era el propio recortamiento de su poder; a manos de la igualdad social que quedaba evidenciada por la elegibilidad de todo ciudadano francés a ocupar un puesto en el gobierno con base en sus capacidades.

En la actualidad, en el marco de un Estado que para mantener una administración eficiente que aspira tener como único resultado calidad en los servicios que presta,

que no boicotee sus políticas desde la burocracia.

20 BAUTISTA, Oscar D. (2009) “Ética Pública y Buen Gobierno”. Primera edición, Toluca, México, editorial del Instituto de Administración Pública del Estado de México.



requiere contar con individuos íntegros, “el mérito para conseguir un empleo no es ni una recompensa ni un premio, sino un derecho que asiste a quien posee las cualidades para llevar a cabo la tarea de acuerdo a las características de ésta²¹. Sin embargo, la idea de introducir el mérito en la actual administración pública peruana no es sólo cuestión de criterio individual, de coyuntura y de momento, y menos todavía del discurso donde todos nos situemos como partidarios del imperio del mérito, sino de ideología colectiva y de ello es lo que carecemos. En efecto, no nos olvidemos que bajo la figura de programas de asistencia²² social algunos de los cuales se mantienen con distinto nombre del original e introduciendo soterradamente otras variantes de acceso al empleo público, desde los años 90 los diversos gobiernos canalizan fondos públicos hacia los pobres como un medio preferido para ejercer el patronazgo y clientelismo político²³

Bajo esta perspectiva, frente al patronazgo y clientelismo político como filosofía y estrategia de poder que ilustra las decisiones sobre ingreso al servicio público, el mérito puede definirse como una filosofía de administración enmarcada en las capacidades de las personas que ingresan, o aspiran a ingresar al servicio público, cuya aplicación persigue desalentar el uso de criterios no relacionados con las ejecutorias profesionales de los empleados públicos o de los aspirantes a empleo²⁴.

A la luz de los países más desarrollados que comprendieron ya hace más de un siglo, que resulta imprescindible para la eficacia del Estado disponer de un cuerpo de funcionarios permanentes, cuidadosamente seleccionados, la significación del mérito se orienta en dos extremos claramente definidos; primero, operando como un coadyuvante en la modernización del Estado, sobretodo en su relación con la sociedad, de modo tal que posibilitalas oportunidades de empleo de las personas talentosas sin importar el nivel socioeconómico del cual provengan y sin más parámetros del derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad que su propio mérito personal y su capacidad; y, segundo; contribuyendo al fortalecimiento de los gobiernos democráticos, haciendo las veces de control a los excesos de las políticas partidistas y la corrupción.

21 PUYOL G, Angel. T. “Filosofía del Mérito”. (2007). Revista Contrastes, Revista Internacional de Filosofía. Málaga, Volumen XII. Pp. 169-186.

22 Un ejemplo es el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA), encargado de administrar el apoyo alimentario para satisfacer las necesidades nutricionales básicas de las personas en situación de pobreza extrema y a través el cual, el gobierno recompensaba el apoyo de los comedores y los clubes de madres políticamente leales, también favorecía a los agricultores y empresas leales comprándoles alimentos. MORON, Eduardo y SANBORN, Cynthia. (2007). “Los desafíos del policymaking en el Perú: actores, instituciones y regla de juego”. Perú. Universidad del Pacífico. Centro de Investigación.

23 Uno de los mayores desafíos es formular una definición de patronazgo que sea analíticamente distinguible de las que se utilizan para caracterizar a su primo cercano, el clientelismo. Utilizadas a menudo como sinónimos, estas nociones no deben ser amalgamadas conceptualmente, al menos desde el punto de vista del análisis teórico y empírico. Habiendo dicho esto, definiremos **clientelismo** como una relación de poder e intercambio asimétrica que envuelve una transacción particularista asociada con la distribución de bienes públicos, sea en forma de voto o alguna otra forma de apoyo político a cambio de recursos públicos (i.e. empleo y/o incremento salarial), conferida como favores. **Patronazgo**, en cambio, se refiere al objeto de intercambio (cargos públicos, favores recíprocos, proyectos estatales de desarrollo, etc.) de un modo más explícito que estudios sobre el clientelismo. En cuanto fenómeno político, el clientelismo demarca el contexto y crea las condiciones bajo las cuales patronazgo, o pork-barrelling como es conocido en la literatura americana sobre el tema, es empleado. La sustentabilidad política del clientelismo: teoría y observaciones empíricas en América latina. GORDIN, Jorge P. (2006). “La sustentabilidad política del clientelismo: teoría y observaciones empíricas en América Latina”. Serie América Latina. Barcelona, Editorial CIDOB ediciones.

24 CORDERO, N. Yolanda. (2011) “Un sistema de mérito para el siglo XXI”. Revista del Servicio Civil. San José, Costa Rica, N°28, pp. 82-99.



En el primer caso, se trata de desprenderse de servidores recompensados con cargos públicos, que al margen de su capacidad o no, se encuentran supeditados tanto a la voluntad discrecional como a la lealtad de las autoridades políticas, ello como consecuencia del botín político que se arrastra con ocasión de cada asunción funcional en la administración pública; para dar paso a la participación de miembros de sectores de la sociedad con talento pero que no siempre han tenido acceso a los puestos de la administración, a menudo, simplemente porque no son partidarios, carecen de los contactos sociales o porque, aun logrando el acceso, se ven descartados ante otros candidatos provenientes de las familias o de las universidades “adecuadas”; naturalmente, luego de superar las reglas de juego establecidas explícitamente para el ingreso, permanencia, promoción y retiro de la función pública. La imposición de estas reglas de juego cuyas características principales son la permanencia del servidor fundamentada en un sistema de mérito y la exigencia de neutralidad política, resulta ser a la vez, en el segundo caso, la otra contribución del mérito respecto del fortalecimiento de los gobiernos democráticos, en la medida que privilegia al servidor con unas salvaguardas contra el abuso político dotándole de un espíritu de cuerpo, proclive al mejoramiento del servicio; lo convierte en leal al Estado, asegurándole que no puede ser coaccionado a cometer actos ilícitos ni amenazado con el despido, a menos que se demuestre que ha cometido actos de indisciplina o de desorden. Así, se debe considerar al mérito como una condición esencial no sólo para ingresar, sino para permanecer e incluso ser promovido en el seno de la función pública.

4.2 Coincidencia con el Principio de igualdad de Oportunidades

No obstante tratarse el Perú de un país donde el acceso al servicio público responde a un sistema de privilegios en todos los sentidos, y en el que la práctica suele demostrar que las cualidades personales son menos importantes que otra clase de elementos como el apellido, los contactos, el fenotipo, la militancia, el credo, etc., la regla general que impera jurídicamente es que, aunque las personas seamos efectivamente desiguales, todos somos iguales ante ella. Pero incluso va más allá: Se infiere que como parte inherente de esa igualdad, tampoco se nos dé un trato distinto respecto de personas que se hallen en la misma situación, con lo que así, todos los ciudadanos somos también iguales ante la Administración pública, sin excepción alguna. Si bien tal regla es perfectamente legal y entenderse como objetiva, resulta ser también perfectamente irreal y subjetiva en las actuales condiciones en que tenemos un país cuya estructura política, social y cultural se basa en las relaciones en detrimento del mérito; donde, en palabras de Denisse Dresser²⁵, prevalecen los contactos por encima de la excelencia; donde los puestos se adjudican como recompensa a la lealtad y no al profesionalismo, donde las puertas se abren para los incondicionales y no necesariamente para los más talentosos

En este sentido y siguiendo el derrotero marcado por la estrategia que impone el nuevo servicio civil, el principio de igualdad aparece como contrario a cualquier regulación que contenga requisitos diferentes al mérito y capacidad de los participantes, sin tener un fundamento objetivo o donde las pruebas no hayan sido valoradas razonablemente ni de manera acorde a su importancia, de conformidad al cargo que se va a otorgar, ya que con tales actuaciones se obstruye el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones igualitarias: Opera por tanto, en el terreno de la función pública, creando un ambiente favorable a la disminución de las desigualdades, esto es, amparando el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los empleos públicos, sin más requisitos que aquellos que estableciera la ley, lo cual desde ya supone la exclusión absoluta de todo tipo de discriminación. Refiriéndose precisamente a su aplicación

25 BRESSER, Denisse. (2011). “El país de uno. Reflexiones para entender y cambiar a México”. México. Santillana Ediciones Generales.



en la función pública, el Tribunal Constitucional en un reciente fallo²⁶ que “revolucionó” la aplicación de la ley SERVIR y que demanda una reflexión mayor, estipula que el bien jurídico protegido es la facultad de acceder o intervenir en la función pública, teniendo en cuenta el principio consustancial de mérito que vincula plenamente a toda entidad pública y al Estado en general (fundamento 42 y 50 de la STC 0025-2005-PI/TC); añadiendo que dicha vinculación con relación al legislador tiene dos dimensiones: una negativa, que le prohíbe afectar el contenido del derecho en su labor de configuración y delimitación del acceso a la función pública, y una positiva, que le impone un mandato de desarrollo de normas y procedimientos orientados a su pleno ejercicio. Sobre esta base, el ámbito de protección de este derecho abarca: i) el acceso o ingreso a la función pública en condiciones de igualdad; E) el ejercicio pleno de la función; así como, iii) el ascenso en la función pública (fundamento 43 de la STC 0025-2005-PPTC).

En esta línea de tratamiento, aunque de modo frecuente lo asociemos al mérito, curiosamente el principio de igualdad no forma parte de éste, no obstante resulta intrínsecamente unido de modo tal que se rompe cuando en el acceso a la función pública se tienen en cuenta situaciones de desempleo, cargas familiares, etc., en detrimento del propio mérito y la capacidad. Y ello resulta coherente si se tiene en cuenta que garantizar el respeto a la igualdad entre los ciudadanos sin seleccionar los más capaces significaría en buenos términos, olvidar la necesidad de eficiencia administrativa, extremo que es lo que precisamente se busca superar a través de sistemas que se sustenten en el mérito. Sin embargo, la aplicación coincidente de ambos no se limita exclusivamente al proceso propiamente dicho de acceso a la función pública. En efecto, lo interesante es que éstos prolongan su vigencia durante la vida laboral y funcionarial y se hace sobre todo patente a lo largo del servicio o en la progresión en la carrera, con lo que así se propenderá que cada puesto de trabajo sea desempeñado por una persona suficientemente apta.

4.3 El mérito y derechos fundamentales

Un Estado de derecho no se crea, se consolida poco a poco y no sin tropiezos, a partir de la garantización de los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal. Nuestro país se encuentra en ese sendero y eso se evidencia al tener en primer término, a una Constitución Política que “...Además de reconocer al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales (artículo 1º) y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2º, prevé en su artículo 3º que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional (Los derechos fundamentales de carácter social y económico reconocidos en el Capítulo II y los políticos contenidos en el Capítulo III), “ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”²⁷; y, en segundo término, al tener un Tribunal Constitucional que como supremo intérprete de la Carta, se constituye en pieza clave para asegurar la vigencia de su defensa, pero también de la defensa de los derechos fundamentales de la persona, no sólo a través del reconocimiento de un amplio catálogo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sino a través de la adopción de mecanismos de protección como los procesos constitucionales de amparo, cumplimiento, habeas data y habeas corpus, como su segunda misión.

Sin embargo esta constitucionalización de derechos, en la práctica, podría constituir

26 Sentencia del tribunal Constitucional de fecha 26 de Abril de 2016. Caso Ley del Servicio Civil

27 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N.º 1417-2005-AA/TC. MANUEL ANICAMA HERNANDEZ. LIMA

un espacio para la generación de problemas jurídicos de diversa índole, uno de ellos, el principio del mérito, antes inmunes al ámbito constitucional, que podrían tener una relevancia a ese nivel y desembocar fácilmente en el escenario de los derechos fundamentales²⁸.

En la perspectiva de los derechos fundamentales, la pretensión principal del mérito será la de asegurar la vigencia del derecho de igualdad al acceso a los cargos públicos y a otros principios que regulan la actividad funcional del Estado. Así, por ejemplo, el cumplimiento de la efectividad del mérito, y no sólo en la teoría, debería impedir y por tanto asegurar de modo permanente, que en toda convocatoria a un concurso público de acceso a la función pública (podríamos llamarlo, propiamente, el derecho laboral del Estado), que es la etapa donde existen mayores posibilidades de afectación de los derechos fundamentales como los de igualdad, buena fe, moralidad, y transparencia, se establezcan requisitos que excluyan a algunos participantes y favorezcan a otros, frustrando de esa manera no sólo los intereses de éstos sino también los de la misma sociedad que tiene todo el derecho a exigir transparencia en la manera como se provee el recurso público sustentado en el empleo estatal. Empero, "... La selección no es sino un primer paso en el desarrollo del principio del mérito; a partir de su ingreso el funcionario correspondiente debe ser promocionado cada vez que exista una vacante y éste acredite más méritos que otros candidatos. El derecho a la carrera si se acreditan los conocimientos, el esfuerzo y la dedicación debe estar garantizado y favorecido por el sistema"²⁹.

4.4 Reglas de Juego Coherentes a partir del mérito

Hasta antes de la implementación de la nueva ley, las deficiencias del sector público peruano era bastante bien retratada por la situación caótica en que se desenvolvían las relaciones laborales, que bien se resumían en 07 tipos de problemas : Falta de planificación y dirección coherente; coexistencia de distintos regímenes laborales con diferentes reglas de juego, abuso de contrataciones temporales, distorsión irracional del sistema de remuneraciones, alta dispersión normativa, incumplimiento del principio de mérito regulado en diversas normas y ausencia de una política de Estado para la gestión del servicio civil. Si bien cuestionable, esta situación caótica respondía contradictoriamente a un orden : El desorden que corresponde a una situación coyuntural en el Perú que viene durante poco más de 15 años propiciada por diversas crisis económicas, políticas y sociales.

Esta sin embargo y salvando naturales distancias históricas y sociológicas, no ha sido particularmente distinta de la situación de otros países que nos han antecedido en la implementación del mérito en la administración pública, justamente apremiados por este caos y han llegado al punto final de este recorrido como producto de la evaluación constante a la que se han sometido con el objeto de organizarse y administrarse. En efecto, si bien estamos críticamente mal, no somos ni seremos los únicos en adolecer de esta falencias pues, "...en todo el mundo se ha generado una búsqueda intensa por volver más eficaz y, sobre todo, más legítimo el papel administrativo que los estados representan ante sus sociedades. En el camino, la misión, el tamaño y las funciones de los aparatos administrativos, lo mismo que la comunicación de las decisiones públicas, la implementación de las políticas y la organización de los empleados públicos, se han vuelto temas de reflexión y cambio"³⁰.

28 VERGARA M. Hernán D. (2011). "Principio del mérito y derechos fundamentales". Revista Estudios de Derecho, Universidad de Antioquía. <http://aprendeonline.udea.edu.co>

29 VILLORIA M, Manuel. (2007). "El servicio civil de carrera en latinoamérica: Diagnóstico, causas y propuestas". Madrid. Edita Instituto Nacional de Administración Pública.

30 DUSSAUGE L, Mauricio. (2002). "Anatomía del servicio civil". Revista Foro Internacional,



El mérito a no dudar, es un tema de profunda reflexión en los estamentos del Estado y conlleva vocación de cambio.

Si esto es así, la perspectiva del Perú en su búsqueda de acomodar su funcionamiento como Estado en base al mérito, no es la excepción sino la regla sobre todo en el conglomerado de países sudamericanos, bloque en el que somos casi los últimos en invocarlo institucionalmente; el mérito es pues, el punto de partida para que los países, refiriéndonos a nivel macro, estructuren su organización y administración, estimamos, eficientemente.

¿Qué hacer para la implementación del mérito? Ante este panorama sombrío y que se pretende revertir a través de una reforma integral orientada a la obtención de los resultados y metas programados que redunden en la mejora de la calidad de las actividades, acciones y servicios del Estado que corresponden a la ciudadanía, regular el mérito implica operar la funcionalidad de una serie de conceptos que deben ir vertebrándose con la finalidad de lograr como producto final, la formación de un servidor que esencialmente dedicado al servicio público, opine y actúe; que no esté sujeto a los vaivenes de la política imperante y que por esta misma circunstancia tenga estabilidad en el trabajo.

Se requiere entonces coherencia tanto en las actuaciones administrativas como en las estructuras gubernamentales, es decir, que éstas sean congruentes con la práctica y los antecedentes administrativos, y que esta coherencia se estructure y plasme en valores, principios y normas que se institucionalicen en torno al mérito. Producto así de esta coherencia, deben establecerse reglas de juego claras que son las que finalmente guiarán la gestión de un nuevo servidor, públicos, entre ellas por ejemplo, el modo de regular el acceso de los servidores, movilidad, capacitación, evaluación, gestión de las remuneraciones; en otras palabras, entre otros. Estas reglas, finalmente, se conocen en la doctrina como un sistema de administración del personal público, y el mérito como tal apunta en esa dirección; ser la parte nuclear del ingreso y gestión del empleo público pero también de las personas que lo integran.

Las reglas de juego que estimamos como coherentes a partir del mérito tendrán como misión en el seno de nuestra administración pública como gran prestadora de servicios, convertir ese desorden en orden. Una observación sin embargo: ¿Las motivaciones y precisiones dadas por la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de Abril de 2016 pronunciándose respecto del Caso de la Ley del Servicio Civil se ajustan o colisionan con estas reglas de juego?³¹

5. El Mérito en la Ley Peruana

Insistimos; ni la ley ni el reglamento lo conceptúan, empero ambos se articulan en torno a él. Es considerado por la Ley 30057, uno de los principios que sustentan al servicio Civil (Art. III, letra d) del Título Preliminar, lo que graficaría de primera mano su identificación como “principio”; empero en la citada norma lo refiere como parte de un sistema, régimen del servicio civil le denomina, situación dual que abordaremos a continuación.

En principio, bien vale distinguir entre uno y otro, es decir, entre el principio del mérito y el sistema de méritos, dado que no significan lo mismo. El principio del mérito significa -señala el profesor mexicano Omar Guerrero³²-, que todo ciudadano

México D.F, Vol. XLII, N° 4, pp. 745-808.

31 Resulta obvio que se requiere un estudio y análisis crítico al respecto para entender cuáles son las repercusiones que sin duda alguna va a tener los lineamientos dados por esta sentencia.

32 GUERRERO, Omar. (2007). “La Ley del servicio de Carrera”. Revista Buen Gobierno. México. Número 2, pp. 44-60.

tiene una oportunidad razonable de ocupar los puestos públicos y que todos los nombramientos están basados únicamente en el mérito, en sentido de idoneidad para el trabajo. El sistema de mérito, por su parte, entraña los lineamientos y procesos por los cuales es implementado el principio del mérito. Aunque el principio y el sistema de méritos deben estar estrechamente relacionados, puede ocurrir que el principio sea inaplicable porque los países no hayan establecido el sistema, y en ocasiones sea muerta. Para el mexicano, el sistema de méritos constituye la introducción de procedimientos de selección para el servicio público, con base en una evaluación competitiva, y pruebas de conocimiento y experiencia, con la mira de asegurar que los candidatos tengan las aptitudes profesionales y las habilidades necesarias para desempeñarse.

En el Perú, por ejemplo, el mérito hasta antes de la actual ley, no había sido tratado ni en uno ni en otro sentido, vale decir, regulado ni como principio, ni como parte de un sistema y menos como sistema en el conglomerado de normas relativas a la administración de personal del Estado, dado que estuvo ausente tanto en la Ley 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil; como en el Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y su reglamento, Decreto Supremo N° 005-90-PCM. Lo que sí existió, todavía precariamente, fue un sistema de servicio civil institucionalizado (aunque no propiamente basado en el mérito), incluso desde el año 1937, a partir del cual comenzaron a operar instituciones con responsabilidad sobre la gestión de recursos humanos en el Estado. Mercedes Lacoviello³³, en un interesante estudio sobre el impacto del servicio civil en el Perú consigna que “...un principio fue la Intendencia General de Hacienda, que años más tarde fue reemplazada por la Dirección General de Escalafón y Listas Pasivas, luego por la Dirección General del Servicio Civil, la Oficina Nacional de Personal (ONAP), el Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP) y, finalmente, por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), actual rectora del Sistema Administrativo de Recursos Humanos”. Tales instituciones nos permiten inferir que si bien no se trató el mérito en los términos y alcances que actualmente le conferimos, ello no fue óbice para que si se tuviera una noción de servicio civil, aunque, como es obvio, no con la connotación que actualmente concibe nuestra actual legislación³⁴, caracterizada, como sabemos, por la imposición del mérito. La Ley 11377, en efecto fue la primera ley del Servicio Civil y fue aprobada el 29 de mayo de 1950, siendo luego derogada por el Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, vigente a partir del 6 de marzo de 1984. Ambas regularon en forma integral la carrera pública, desde el esquema estatutario, siguiendo el antiguo modelo francés de carrera pública, sin embargo, el mérito no fue materia de tratamiento y dichas normas no sirvieron para mejorar la burocracia pero sí para dejar en claro la precariedad de los trabajadores frente a la presión política.

Y es que en efecto, hablar del mérito no implica necesariamente relacionarlo como parte de un sistema de servicio civil, pues puede ser parte de él, pero también no serlo; siendo lo más seguro que no se cuente con él cuando en un determinado país con las perspectivas y ópticas del nuestro, tanto el acceso al empleo público como las prácticas de ascenso, están prácticamente sometidas por la política y no se fundamentan ni en la productividad ni en la calificación del servidor. Esa tal vez haya sido la razón por la que antes de la nueva legislación pública, nunca se revisó

33 LACOVIELLO, Mercedes. (2015). Diagnóstico institucional del servicio civil en América Latina. 2015. BID. www.iadb.org

34 Servicio Civil: Es el conjunto de personas que están al servicio del Estado, llamados servidores civiles. Servicio civil también son las medidas institucionales por las cuales se articula y gestiona el personal al servicio del Estado, que debe armonizar los intereses de la sociedad y los derechos de las personas al servicio del Estado. Definición dada por el Artículo IV, letra “h” del Reglamento de la Ley del Servicio Civil aprobado por D.S.040-2014-PCM.



los alcances del mérito que permaneció así ahogado por los vaivenes de la política. Habrán, por el contrario otros servicios civiles y, como es obvio, concebidos por otros tipos de Estado y de gobierno, que si lo consideren a tal punto que giren en su entorno buscando así redireccionar su gestión de personal; y creemos, en esa dirección estamos yendo.

La ley(Ley 30357) lo trata, de primera mano, como un principio, apreciación inatacable que se desprende del Artículo III, letra d)³⁵ del Título Preliminar y que luego es confirmada por el Artículo 6, letra a)³⁶ del reglamento (D.S 040-2014-PCM). Ambas normas regulan el mérito asociándolo a la idoneidad, condición que resulta de la conjugación de los valores relacionados con la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente, que debe exhibir el servidor desde que ingresa al empleo público y continuar durante toda su vinculación con el Estado eficaz y eficiente³⁷ que se pretende alcanzar; un crecer laboral-administrativo permanente. La relación lógica parece ser así, que solo un servidor idóneo en el estricto sentido de la palabra, es decir, competitivo, con talento en el ciento por ciento, podrá hacer frente y gestionar un Estado eficiente y eficaz, empero a esta calificación habría que agregarla otras dos variantes para complementar la esencia de la idea : De un lado, el mantenimiento de una posición de imparcialidad que el servidor deberá observar durante el ejercicio de sus funciones que a su vez, tendrá como contraparte del Estado, el irrestricto respeto que tiene que dársele al ejercicio de estas mismas funciones y, de otro lado; la garantía de inamovilidad que deberá resguardarlo durante toda su vinculación laboral. Sólo así, estimamos, el Estado asume así rol preponderante en el respeto de la gestión pública.

Acorde a esta óptica de apreciación, si el servicio público es la piedra angular para asegurar el buen desempeño de los gobiernos, razón por la cual es importante dotarlo de los elementos que contribuyan a su mejor desarrollo, se podrá inferir entonces que aquel trabajador del que estamos hablando no se trata de uno común y corriente, sino mas bien de uno de primer orden; uno en el que tanto la eficiencia y capacidad le sean consustanciales junto a los valores de la equidad, la competencia y la lealtad institucional. En otras palabras, un servidor profesional.³⁸

La ley peruana no nos habla precisamente de un servidor civil profesional, pero es indudable que hacia eso apunta el espíritu de la misma cuando, entre las distintas clases de servidores civiles que estipula, señala quienes son los únicos que servirán de soporte a la continuidad de las políticas del Estado para una mejor prestación de los servicios públicos. La referencia es a los servidores civiles de carrera, que son aquellos que realizan funciones directamente vinculadas al cumplimiento de las

35 Artículo III. Principios de la Ley del Servicio Civil Son principios de la Ley del Servicio Civil: d) Mérito. El régimen del Servicio Civil,... se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles.

36 Artículo 6.- Características del servicio civil. El servicio civil se basa en el mérito... a) El mérito busca que los puestos del servicio civil sean ocupados por las personas idóneas, en virtud de sus habilidades, aptitudes y capacidades.

37 Ley 30057. Artículo II. Finalidad de la Ley. La finalidad de la presente Ley es que las entidades públicas del Estado alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad a través de un mejor Servicio Civil, así como promover el desarrollo de las personas que lo integran

38 El sistema del servicio profesional de carrera planteó como misión “buscar, atraer, motivar, desarrollar y retener a los mejores hombres y mujeres en el servicio público, garantizando que la administración pública transite sexenalmente con el mínimo trastorno y la máxima eficacia asegurando que su neutralidad política sea un factor estratégico de la competitividad del país”. Retos inmediatos del Servicio Profesional de Carrera. MENDEZ, José L. (2004). “Servicio profesional de carrera en la administración pública federal”. México. Revista Políticas Públicas, vol. 1, núm. 1, pp. 180-203



funciones sustantivas y de administración interna de una entidad y a quienes la norma reglamentaria los segmenta distinguiéndolos claramente de aquellos otros servidores que no forman parte del servicio civil de carrera (funcionarios públicos, los Directivos Públicos, servidores de confianza, servidores de actividades complementarias, así como los contratados temporalmente).

Referenciando al servidor profesional con que cuentan los servicios civiles de otros países y, naturalmente, con nuestras peculiares características, éste es el tipo o nuevo perfil de servidor civil que se idea tener e incluso retener, si fuera el caso, con la implementación del servicio civil en el Perú, y hacia él apuntan los reflectores de la ley que dan luz blanca a las reglas de capacitación, progresión, compensación; deberes y derechos, en gran parte compatibles a los que generan los regímenes laborales del sector privado, pero con una diferencia sustancial: La protección del Estado blindando los despidos arbitrarios de los que pudieran ser objeto los servidores civiles, restringiéndolos hasta llegar a una especie de autodespido³⁹ del servidor, situación que llega al servidor civil luego de ser capacitado, evaluado y pese a ello no prestar un servicio de óptima calidad.

Esta suerte de autodespido como le denominamos de manera particular, está relacionado con la falta de capacidad o idoneidad que presenta el servidor civil, no vulnera el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario que dispensa la Constitución, toda vez que constituye una causa justificada de despido, tal y como lo especifica la Sentencia del Tribunal Constitucional que sanciona el caso Ley SERVIR, reseñando que, tal supuesto no opera de manera automática, sino que, conforme lo establece el artículo 26 de la Ley 30057, el servidor público calificado de “rendimiento sujeto a observación” tiene la oportunidad de ser capacitado para rendir una próxima evaluación, luego de lo cual y sólo en caso de ser ubicado nuevamente en la misma categoría será calificado como personal “desaprobado”, configurándose así la causal de término servicio civil establecida en el artículo 491 de dicha ley, es decir, después de haber quedado demostrada la falta de capacidad e idoneidad del servidor para el ejercicio de la función pública.

En contraste, por ejemplo, con el sector privado, en que el despido es una posibilidad al alcance de la mano del empleador, la ley del servicio civil limita el mismo a punto tal que quien lo propicia no es el Estado sino el propio servidor víctima de sus yerros, voluntarios o no, dado que se produce después que a éste se le proporcionó una capacitación laboral, previamente evaluada en una retroevaluación⁴⁰ que origina un Plan de Mejoras⁴¹ en el que se identifican precisamente los tópicos que deberían

39 D.S 040-2014-PCM. Artículo 47.- Personal con calificación de desaprobado. La calificación de desaprobado se produce en forma automática en los siguientes casos: a) Obtener una calificación de rendimiento sujeto a observación por segunda vez consecutiva; b) Obtener una calificación de rendimiento sujeto a observación en dos (2) oportunidades dentro de un periodo de cinco (5) años calendario en el mismo puesto. c) Cuando el servidor civil no participe en un proceso de evaluación por motivos atribuibles a su exclusiva responsabilidad; dicha renuencia a la participación debe estar debidamente comprobada. Los servidores que obtengan una calificación de desaprobado serán desvinculados automáticamente de la entidad. Para tal efecto, la Oficina de Recursos Humanos proyecta la formalización del término mediante resolución, dentro de los 30 días calendarios siguientes.

40 La retroalimentación consiste en el intercambio de opiniones y expectativas entre evaluador y el servidor evaluado sobre los resultados del desempeño. Como resultado de la retroalimentación, se formula un plan de mejora para el servidor, que identifica recomendaciones de capacitación y otros aspectos que coadyuven a la mejora del desempeño del servidor. Art. 45, segundo párrafo.

41 D.S 040-2014-PCM. Artículo 45.- De la Etapa de Retroalimentación Al final de cada periodo de evaluación, se debe efectuar una retroalimentación formal, de acuerdo con la directiva establecida por SERVIR. Esta retroalimentación se realiza, a más tardar, diez (10) días posteriores a la comunicación de la calificación. La retroalimentación consiste en el intercambio de opiniones y expectativas entre evaluador y el servidor evaluado



mejorar su desempeño como servidor. Como se podrá apreciar, no sólo se trata de un nuevo esquema de gestión sino además uno atractivo que bien puede hacer frente a esquema de gestión privada. Y ello en parte deviene razonable pues si de lo que se trata es el del crecimiento de calidad de los servicios del Estado, se tiene que pensar y actuar como si gestionara un privado; con eficiencia, buscando permanente la mejora. Al respecto la e

En este contexto, es el principio del Mérito el que confiere al servidor civil, los atributos de un servidor que, como señaláramos líneas arriba, opina y actúa; piensa y que en tal condición, presta un servicio eficiente y eficaz. Sin embargo, el servidor civil no es una isla; se conduce y maneja dentro de un marco que involucra el servicio público y en este aspecto resulta ser parte de un sistema; el llamado por la ley, el Régimen del Servicio Civil cuyas bases se soportan sobre el mérito, introduciendo como regla general que los procesos de selección de personal en la gestión pública, tenga por finalidad seleccionar a las más idónea sobre la base del mérito y la capacidad.

¿Cómo funciona el Mérito como sistema? En realidad no es que el mérito como principio o ya como sistema o régimen, funcionen de manera independiente uno del otro; por lo menos no es la percepción que advertimos de la actual legislación, en la que estimamos, ambos actúan coyunturalmente juntos; es decir, no se podría hablar de un régimen del servicio civil meritocrático si no se tiene como inicio precisamente al mérito individual, entendido como la suma de valores derivados del esfuerzo, competencia y conocimiento integral del servidor, y al que habría que sumarle el valor de imparcialidad, que antes ya habíamos referido y que debe revestir a lo largo de su vida laboral-administrativa.



El modelo del servicio civil instaurado con la ley, no es el único que existe en materia de gestión de recursos humanos, empero a criterios de los que lo impulsan, es el más conveniente para nuestro país y el que mejores resultados ha dado, criterio que comparte quienes escriben, según las experiencias vividas en los países donde se han implementado, con la salvedad natural de las particularidades que cada uno de ellos tiene. El sistema del servicio civil peruano se organiza como se habrá visto, en base a servidores meritorios, técnicamente, profesionales, pero también en un conjunto⁴² de normas, principios, recursos, métodos, procedimientos y técnicas utilizados por las entidades públicas, que articulan y gestionan el personal al servicio del Estado, permitiendo el desenvolvimiento de este servidor meritorio, fiscalizando su ingreso, su desempeño y evolución final, todo en un ciclo permanente, pero no vicioso, dado que siempre se orienta a mejorar. Sin embargo, en lo que sí existe un círculo aunque no vicioso sino mas íntegramente beneficiosos pero indisoluble es en la relación servidor civil y servicio civil, en el que si no se respeta las reglas de uno u otro, simplemente nada funciona. Así, este armazón estructural es el que resulta a su vez ser el sustento del servidor meritorio. En efecto, de nada valdría tener un servidor civil con las características de eficiente, eficaz, con actitud y aptitud, es decir, competente e idóneo, si no existiera este marco legal y conceptual que lo cobija, regula, controla y protege de la intromisión de la política y agentes extraños a la eficiencia de los servicios públicos. Es por consiguiente el marco legal y estructural del servicio civil la clave de éste.

sobre los resultados del desempeño. Como resultado de la retroalimentación, se formula un *plan de mejora* para el servidor, que identifica recomendaciones de capacitación y otros aspectos que coadyuven a la mejora del desempeño del servidor.

42 Ley 3005, Título II: Organización del servicio civil artículo 4. Sistema administrativo de gestión de recursos humanos El sistema administrativo de gestión de recursos humanos establece, desarrolla y ejecuta la política de Estado respecto del Servicio Civil, a través del conjunto de normas, principios, recursos, métodos, procedimientos y técnicas utilizados por las entidades públicas en la gestión de los recursos humanos.

6. El Destino Final del Mérito

No es que el mérito investido como principio o sistema en la administración pública sea toda una panacea; la verdad es que no es así pues incluso en los países que más se han caracterizado por imponerle han existido problemas, sin embargo, desde la óptica de la eficiencia en el servicio público es el que mejor aportaciones ha hecho. Visto así, el reto futuro del servicio público, como señala el profesor Uvalle⁴³, para referirse a su país, México, se encuentra en el sistema de creencias políticas y públicas que de él se tiene. En esta línea de tratamiento, auguramos el éxito al que se quiere llegar con la implementación del mérito en la gestión de la administración de personal peruana, pero es un propósito cuyo resultado dependerá, al igual que todos los fenómenos sociales, económicos y políticos que suceden en el país, de cuanto estemos preparados y de cuanto habremos preparado, a futuro, la mentalidad del nuevo servidor público peruano que estará supeditada a su vez, de cuanta instrucción positiva haya recibido. Se trata, a nuestro criterio, de una cuestión de mentalidad, que no es otra cosa que la educación labrada, un proceso de formación de muy largo plazo, en países como el nuestro. Y esta vez, no podemos darnos el lujo de perder... salvo que querramos seguir conviviendo con la improvisación, altibajos, impericia y la falta de compromiso institucional que son las actuales características de nuestra administración.

¿Por qué cambio de mentalidad? Sobre la base de la satisfacción de los usuarios, el marco legal del Servicio no involucra iniciar las reglas de juego que éste contiene sobre la base de lo ya construido, vale decir, un simple remendar del sistema administrativo actualmente imperante, pues sería un craso error; involucra a criterio nuestro, un comenzar de cero, es un cambio de todo o nada; una especie así de reingeniería al más alto volumen, donde la preocupación por la eficiencia ocupe un lugar preeminente y sea parte de la transformación de la cultura de servicio al cliente.

Tiene que haber un cambio de mentalidad, en efecto, tanto para el Estado en su calidad de gestor de los recursos humanos como para el trabajador como operativizador de esa gestión, porque de manera irrecurrible ambos tendrán que someterse a las nuevas reglas de juego que supone la inclusión del sistema de recursos humanos a partir del mérito. Tendrá que cambiar el Estado en la medida que no sólo deberá ser un Estado Eficaz sino también eficiente⁴⁴, lo que significa que su gobierno deberá ser receptivo, responsable y respetado, y eso es ineludible, aunque propiamente la connotación de eficaz y eficiente debería corresponder al servidor y no el Estado como se señala.

En este orden de ideas, lo primero en que tiene que cambiar el Estado es su estructura; convertirse de partidista en estructura institucional⁴⁵, de tal modo que

43 Para este autor, si los valores de la democracia y la democratización no son asimilados con plenitud en la vida privada para fortalecerlos y defenderlos en la vida pública, el país no podrá transitar con estabilidad creciente del gobierno de las personas al gobierno de las instituciones. UVALLE B. Ricardo. (2000). "Institucionalidad y profesionalización del servicio público en México. Retos y perspectivas". Editorial, Plaza y Valdez, SA de C.V.

44 Ley 30057. Artículo III. Principios de la Ley del Servicio Civil. Son principios... b) Eficacia y Eficiencia. El Servicio Civil y su régimen buscan el logro de los objetivos del Estado y la realización de prestaciones de servicios públicos requeridos por el Estado y la optimización de los recursos destinados a este fin.

45 Esto implica la distinción formal, puntual e implícita entre los cargos y las personas; entre mérito y favoritismo; entre lealtad individual y lealtad institucional; entre designación por "favor político" e ingreso meritatorio a la función pública; entre responsabilidades públicas y tareas de partido; entre políticas de partido y políticas públicas, entre ciudadanos y responsables de la administración pública. UVALLE B. Ricardo. Ibid.



a partir de ese cambio se impida que su administración, es decir, la administración pública sea un botín para el pago de lealtades políticas y partidistas; cambiar el Estado, revalorizándose por el contrario, a través de políticas públicas que guarden coherencia con sus objetivos, de modo que la modernización de la gestión pública que es la que lo operativiza, esté orientadas básicamente al logro de resultados al servicio del ciudadano; tendrá fijarse como criterio que ella empieza por no servirse a sí misma sino que tendrá como razón de ser el conocimiento y atención de manera óptima las necesidades de los ciudadanos; en suma el Estado tendrá que ser uno que además de escuchar y acercarse al ciudadano, debe ser también transparente y rinde cuentas. Pero también habrá de hacerlo el servidor para poder convertirse en el servidor civil que se desea tener.

En este aspecto, la ley nos da el derrotero y deja claramente establecido con qué tipo de servidor civil aspiramos contar en adelante. Así, haciendo alusión al Principio del Mérito, contenido en la letra c) del Artículo III del Título Preliminar, señala que el régimen del Servicio Civil se basa en la APTITUD, ACTITUD, DESEMPEÑO y CAPACIDAD de los postulantes y de los servidores civiles. Estas últimas cuatro características a las que suman las dos primeras atribuidas al Estado, sugiere la imposición de un sistema de acceso al empleo público en el que, producto de un proceso de selección no sólo se seleccione al mejor para el desempeño de la función sino también al “mas preparado”, al que mejor dominio de un saber tiene, al más idóneo; descartando así la memorización sistemática y la exposición esquemática del mismo. Sin embargo, se trata de un mejor saber y de una mejor preparación permanente, literalmente inacabable, toda vez que el sistema no implica sólo el acceso; es un proceso integral de desarrollo que no debe cesar. Al Igual como sucedería en una organización en constante crecimiento, el cambio positivo debería ser lo único permanente en el nuevo servidor.

El servidor civil que se pretende será pues aquel que además de eficiente sea también eficaz, apreciaciones con las que se suele mediar la capacidad, pero que al mismo tiempo tenga aptitud y actitud, que podemos asimilarla a la idoneidad. Se requiere por tanto un servidor civil que reúna no una ni dos sino todas las características arriba anotadas; la conjunción de todas ellas en el servidor importará para la finalidad que la ley quiere para el Estado, de eficiencia y eficacia. Se trata de valores conceptuales que deben ser concurrentes en todo servidor, pues solo así se evitará que servidores con aparente capacidad, sean no obstante inidóneos para tal o cual función por carecer de actitud hacia el servicio público. No olvidemos en este extremo que aun cuando la actitud, es decir, el modo de actuar y comportarse que emplea una persona para efectuar sus labores, no tenga o tenga escasa relación con la capacidad, si tiene sin embargo una notable relación con el servicio público que es, finalmente, la vocación natural de toda administración pública. Así pues, la aptitud es a capacidad; pero aptitud y capacidad no son sin embargo correspondientes a la actitud; aptitud, capacidad y actitud si son equiparables a la idoneidad.

Usualmente y ni siquiera de manera casual, tenemos experiencias negativas cuando se suele, con el debido respeto y también derecho, exigir tal o cual prestación de un servicio público, y quien atiende o tiene obligación de resolver, a favor o en contra, pero resolver al final y al cabo; evade su responsabilidad, porque pone cualquier pretexto; tiene otra cosa que hacer o porque simple o llanamente, no quiere hacerlo. Bien, una consecuencia del principio del mérito en la administración pública, y de personal, por cierto, será la manera cómo se atienda cualquier tipo requerimiento; la mejora de la calidad del servicio y eso, luego lo mediremos con la satisfacción ciudadana, una de las mejores formas de medir la creación de valor público⁴⁶. El

46 Valor público, un innovador principio de organización del sector público que concentra su atención en hacer más eficiente la provisión de los servicios públicos mediante dos acciones: por una parte, poner en

mérito en el empleo público lo mediremos en consecuencia con el criterio de la eficacia y la eficiencia interna.

¿Cuál será entonces el destino final del principio del Mérito en el Perú? No perdamos de vista que la institucionalización de la función pública en su forma moderna de sistema de mérito es un dato observable en todas las economías de mercado exitosas y en ninguna de las economías planificadas o de sustitución de importaciones, con independencia de la naturaleza autoritaria o democrática de unas y otras⁴⁷. Tampoco mantengámonos oscuros para no darnos cuenta que la calidad institucional de los gobiernos es un asunto de resultados, no de intenciones a cumplir ni deseos a satisfacer⁴⁸. Es claro entonces hacia donde queremos llegar con una administración pública que se sustente y solvente en el principio del mérito; en apariencia difícil como es difícil toda acción que involucra un cambio total, pero del cual no estamos del todo lejos. Y ciertamente, no estamos del todo lejos, pues a pesar del desorden con que se ha manejado el Estado, la verdad es que no todo se ha manejado con desorden siendo prueba de ello nuestras actuales islas de eficiencias⁴⁹, administraciones desarrolladas al interior del Poder Ejecutivo peruano en los años noventa, en contraposición a la deficiencia que suele caracterizar al estado. Estas, aunque con una connotación técnica y profesional totalmente distintas a las que propugna el servicio civil, lo cierto es que nos aporta ciertas características de lo que queremos y sobre todo adónde queremos llegar con él.

Dependerá de cada uno de nosotros el destino del mérito; de cómo tratemos al usuario cuando estemos representando al Estado, en calidad de servidores del Estado, o pensando, cómo nos gustaría que nos trataran, poniéndonos en el caso de los usuarios. En todo caso, el Destino Final del Mérito es el Destino que daremos al Estado; todo dependerá de nosotros, o parafraseando a George Priest, “Una sociedad logra su máximo potencial económico allí donde cada miembro de la sociedad –hombre, mujer, minoritario y no minoritario, capaz y de alguna manera inhabilitado– produce el máximo de sus talentos”⁵⁰.



el centro de la acción de la organización las necesidades del ciudadano, pero no sólo visto como un “cliente” cuyas “necesidades” específicas relacionadas al servicio hay que satisfacer, sino entendiéndolo como un ente que goza de derechos, los cuales deben ser protegidos y garantizados con la mayor amplitud posible. Por otra parte, darle mayor libertad al funcionario público para que proponga e intente implementar nuevas y mejores maneras de crear valor público. CENTRO PARA EL DESARROLLO DEMOCRATIVO. “Valor público: una reflexión institucional”. Consulta : 02 Febrero 2016. <http://www.ine.mx/docs/IFE-v2/CDD/CDD-estructura/DOCS/estudiovalorpublicoenelIFE.pdf>.

47 PRATS C, Joan. (2002)“Del clientelismo al mérito en el empleo público. Análisis de un cambio institucional”. Revista Documentos y aportes en administración pública y gestión estatal, Argentina. Año2, N°2. Pp. 1-22.

48 UVALLE B. Ricardo. Ibid.

49 En los años ochenta y noventa, en el contexto de procesos de reforma de mercado, fue común ver surgir “islas de eficiencia” conformadas por técnicos de alto nivel, en áreas clave de la administración pública en América Latina. Estas islas de eficiencia tenían como objetivo lograr una mejor gestión y alcanzar metas que una administración pública ineficiente, corrupta y politizada no era capaz de lograr. El papel jugado por estas áreas técnicas llegó a ser tan importante que incluso se hablaba de “democracias tecnocráticas”, es decir, regímenes en los que la elección y el diseño de políticas públicas estaba en mano de los tecnócratas y no de los representantes democráticamente elegidos. DARGENT, Eduardo. (2009). Revista Economía y Sociedad, Lima, N° 73, pp. 44-52.

50 PRIEST, George.“Pobreza, desigualdad y los simples principios del desarrollo económico”, en: Reconstruyendo la libertad, UPC, Lima, 2011; citado por MORALES M, Carlos. (2013). “La Ley del servicio civil: ¿quién le pone el cascabel al gato?, Revista de Economía y Derecho. Lima, Vol. 10, núm. 39, pp. 65-84. <http://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/articulo/view/321>.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. BAUTISTA, Oscar D. (2009) "Ética Pública y Buen Gobierno". Primera edición, Toluca, México, editorial del Instituto de Administración Pública del Estado de México.
2. BRESSER, Denisse. (2011). "El país de uno. Reflexiones para entender y cambiar a México". México. Santillana Ediciones Generales.
3. CANALES, Esteban. (1998). "La Inglaterra Victoriana". Madrid. Ediciones AKL S.A.
4. CERDAS A., J. Manuel. (2015). "El clientelismo político: una revisión del concepto y sus usos". Revista Anuario de Estudios Centroamericanos, Universidad de Costa Rica. Volumen 40, pp. 311-338.
5. CORDERO, N. Yolanda. (2011) "Un sistema de mérito para el siglo XXI". Revista del Servicio Civil. San José, Costa Rica, N°28, pp. 82-99.
6. CENTRO PARA EL DESARROLLO DEMOCRATIVO. "Valor público: una reflexión institucional". Consulta 02 Febrero 2016. <http://www.ine.mx/docs/IFE-v2/CDD/CDD-estructura/DOCS/estudiovalorpublicoenIFE.pdf>.
7. DUSSAUGE L, Mauricio. (2002). "Anatomía del servicio civil". Revista Foro Internacional, México D.F, Vol. XLII, N° 4, pp. 745-808.
8. FULBROOK, Mary. (2009). "Historia de Alemania". 2ª. Edición, Madrid, Ediciones AKAL S.A.
9. GARCIA C, Jesús. (2006). "La difusa discriminación por el mérito: genealogía y desarrollo". Revista Anuario de filosofía del derecho. España, N° 23. Pp. 313-320.
10. GARCIA C, Jesús. (2014) "El principio de mérito a la luz de los hechos sociales". Revista Anuario de filosofía del derecho. España, N° 30, pp. 191-216.
11. GARCIA C, Jesús. (2006). "La tensión entre mérito e igualdad: el mérito como factor de exclusión". Revista Anuario de filosofía del derecho. España, N° 23, pp. 309-336.
12. GUERRERO O, Omar. (2007). "La Ley del servicio de Carrera". Revista Buen Gobierno. México. Número 2, pp. 44-60.
13. GORDIN, Jorge P. (2006). "La sustentabilidad política del clientelismo: teoría y observaciones empíricas en América Latina". Serie América Latina. Barcelona, Editorial CIDOB ediciones.
14. KREIMER, Roxana. (2001). "Historia del Mérito". Buenos Aires. Editorial Anarres.
15. LACOVIELLO, Mercedes. (2015). Diagnóstico institucional del servicio civil en américa latina:. 2015. BID. www.iadb.org.
16. MARINA, José A. "¿Es el Mérito un valor de derechas?" Consulta: 20/02/2016. www.lanuevafrontera.aprenderapensar.net.
17. MARTINEZ L, Omar. (2005). "El servicio civil en la china imperial". Revista Economía, Sociedad y Territorio. México, Vol.V, N° 18, pp. 411-453.
18. MENDEZ, José L. (2004). "Servicio profesional de carrera en la administración pública federal". México. Revista Políticas Públicas, vol. 1, núm. 1, pp. 180-203.
19. MORALES M, Carlos. (2013). "La Ley del servicio civil: ¿quién le pone el cascabel al gato?", Revista de Economía y Derecho. Lima, Vol. 10, núm. 39, pp. 65-84. <http://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/321>.
20. MUÑOZ A, Waleska. (2008). "Cuando el Mérito Acentúa la desigualdad". Revista Enfoques, Chile, N° 9, Segundo Semestre, pp. 247-261.
21. PUYOL G, Angel. T. "Filosofía del Mérito". (2007). Revista Contrastes, Revista Internacional de Filosofía. Málaga, Volumen XII. Pp. 169-186.
22. UVALLE B. Ricardo. (2000). "Institucionalidad y profesionalización del servicio público en México. Retos y perspectivas". Editorial, Plaza y Valdez, SA de C.V.
23. VERGARA M. Hernán D. (2011). "Principio del mérito y derechos fundamentales". Revista Estudios de Derecho, Universidad de Antioquía. <http://aprendeonline.udea.edu.co>
24. VILLORIAM, Manuel. (2007). "El servicio civil de carrera en latinoamérica: Diagnóstico, causas y propuestas". Madrid. Edita Instituto Nacional de Administración Pública.



LOS SUPUESTOS DE FALSA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

Luis Manuel Liza Castillo
ABOGADO



I.-INTRODUCCIÓN:

El artículo 139.5 de nuestra Carta Política, establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional la motivación de las resoluciones judiciales, excepto los decretos de mero trámite, con indicación de la ley expresa aplicable y los fundamentos de hechos en que se sustenta; del mismo modo el Tribunal Constitucional en la Expediente N° 1313-2005-HC/TC, en el fundamento jurídico 10 y 11 respectivamente ha señalado que el derecho a la motivación de resoluciones es un componente esencial del derecho al Debido Proceso; en consecuencia, la motivación de una decisión no solo consiste en expresar la norma legal en la que se ampara, sino esencialmente en exponer suficientemente las razones de hecho y de derecho que la sustentan.

No obstante la importancia de motivar las resoluciones el Consejo Nacional de la Magistratura ha podido advertir en los últimos procesos de evaluación y ratificación de magistrados, que las decisiones presentadas por jueces y fiscales, en éstas se suele incurrir reiteradamente en una serie de deficiencias como falta de orden, ausencia de claridad, redundancia, incongruencia, insuficiencia argumentativa, exceso de citas doctrinarias y jurisprudencia poco relevante para la solución del caso concreto, motivo por el cual el objetivo del presente artículo busca promover una corriente de opinión sobre esta problemática en aras de mejorar la administración de justicia, levantando la imagen de los magistrados como también los niveles percepción positiva tanto de los justiciables como de la opinión pública.

II.-MARCO TEORICO:

2.1.-LA MOTIVACIÓN

2.1.1.-CONCEPTO:

El concepto de motivación se refiere a la justificación razonada que hacen jurídicamente aceptable a una decisión judicial. En el Expediente N° 03283-2007-PA/TC. FJ. 3¹ el Tribunal Constitucional ha señalado que "...la motivación de una decisión no solo consiste en expresar la norma legal en la que se ampara, sino fundamentalmente en exponer suficientemente las razones de hecho y el sustento jurídico que justifica la decisión tomada..", es decir, el Supremo Interprete de la Constitución enfatiza la necesidad que en los fallos judiciales se establezcan una justificación razonada y no sólo una explicación de los argumentos por los cuales se llega a tomar una decisión en un caso concreto.

2.1.2.-FINALIDAD:

Para MIXAN MASS² la motivación cumple las siguientes finalidades:

- La necesidad de que el discernimiento y solución de los problemas sometidos a conocimiento jurisdiccional sean efectuados con argumentos ciertos y definidos.
- El deber de motivar constituye un correctivo contra la arbitrariedad de los fallos judiciales.
- Es un medio que permite también desvirtuar en lo posible cualquier afán o sospecha de parcialización.
- Que los justiciables conozcan las razones que llevaron al juzgador a pronunciarse en un sentido.

1 Ver Expediente N° 03283-2007-PA/TCFJ.3<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03283-2007-AA.html>

2 Universidad América Latina. Argumentación Jurídica. http://ual.dyndns.org/Biblioteca/Argumentacion%20Juridica/Pdf/Unidad_09.pdf



2.1.3.-REQUISITOS DE UNA DEBIDA MOTIVACIÓN

Los requisitos de motivación de la sentencia pueden definirse como límites a la actividad motivadora del juez. Y es que el juez u Órgano jurisdiccional no podrá justificar decisiones que no calcen o no cumplan con estas delimitaciones, siendo que para nuestro estudio citaremos a Colomer³ quien señala que toda motivación debe cumplir tres requisitos: la racionalidad, la coherencia y la razonabilidad.

- **RACIONALIDAD.**-Importa evaluar si la justificación es fundada en Derecho, tanto sobre los hechos del juicio (selección de hechos probados, valoración de las pruebas, método de libre apreciación) como el derecho aplicado, teniendo en cuenta en este último aspecto la vigencia y adecuación de la norma al caso concreto, el respeto de los Derechos Fundamentales y finalmente la adecuada conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión.

- **COHERENCIA.**- Este presupuesto de la motivación va de la mano y en conexión inescindible con la racionalidad. Ahora bien, la coherencia en un sentido interno se refiere a la necesaria coherencia que debe existir en la justificación del fallo y, en un sentido externo, la coherencia debe entenderse como la logicidad entre motivación y fallo, y entre la motivación y otras resoluciones ajenas a la propia sentencia.

- **RAZONABILIDAD.**-Al respecto Colomer señala que puede haber decisiones racionales y coherentes pero que las mismas puedan ser irracionales. La razonabilidad según este autor tiene que ver con la aceptabilidad de la decisión por el común de las personas y el auditorio técnico.

Es importante indicar que otro sector de la doctrina señala que los requisitos de la adecuada motivación son: que la motivación sea expresa, clara, que respete las máximas de la experiencia y que respete los principios lógicos.

2.2.-VICIOS Y SUPUESTOS DE FALSA MOTIVACIÓN:

Cabe recordar que las infracciones que afectan una debida motivación, han sido clasificados por la doctrina de diferentes formas, sin embargo, consideramos para nuestro estudio la clasificación expuesta por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0728-2008-PHC/TC Caso Giuliana Llamuja, y desde allí efectuar una breve descripción de cada una de las mismas.

2.2.1.-Motivación Aparente o Inexistente. se incurre en este vicio cuando no se expone las razones mínimas que sustentan el pronunciamiento o por que solo se intenta dar un cumplimiento formal al fallo, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico; ejemplo de ello sería cuando el juez se limita a describir los hechos expuestos por las partes sin analizarlos y da por ciertos los mismos, sin estar probados; asimismo, cuando no se responde las alegaciones de los justiciables, no obstante, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1230-2002-HC/TC fundamento jurídico 11⁴ ha señalado que el derecho a una debida motivación no implica que todas los argumentos de las partes sean objeto de pronunciamiento expreso y detallado, bastando únicamente que el razonamiento empleado sea proporcionado y congruente con el caso a resolver.

2.2.2.-Falta de motivación interna de razonamiento, este supuesto se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando el paso de las premisas a la conclusión es contradictoria, v.gr.: La Sala Penal de

3 COLOMER HERNANDEZ, Ignacio. La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales, Tirant Blanch, Valencia, 2003, pág. 158.

4 Expediente N° 1230-2002-HC/TC <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01230-2002-HC.html>: F.J. "...11.La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por si misma una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión..."

Apelaciones de La Libertad en el Expediente N° 009-2008⁵, determinó la presencia de tres premisas diferentes: una que decía haber delito a nivel objetivo, otra que señalaba no haber delito a nivel subjetivo y la tercera, que señalaba no haber delito por existir duda razonable, aspectos que definitivamente no conducían a una conclusión válida. Por otro lado, se incurre, en este vicio cuando existe incoherencia narrativa en la motivación de tal forma que no se puede comprender las razones en las que el juez apoya su decisión.

2.2.3.-Deficiencia de motivación externa, nos encontramos ante un caso de este tipo cuando las premisas de las que parte, no han sido confrontados con la validez fáctica o jurídica existente para el caso concreto. Ejemplo, si un juez al sustentar su fallo: i) ha establecido la existencia de un daño; ii) luego ha llegado a la conclusión que el daño ha sido causado por “x”, pero no ha dado las razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “x”, es evidente que estaremos ante la carencia de justificación de la premisa fáctica, denotando en consecuencia una aparente correlación formal de razonamiento.

2.2.4.-Motivación Insuficiente, se refiere a un mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensable para asumir que la decisión está debidamente justificada, por ejemplo, en un proceso de indemnización por la muerte de un paciente por mala praxis médica, se incurriría en este supuesto, si el juez declara fundada la demanda, basándose únicamente en una pericia, excluyendo otras posibles causas del deceso; del mismo modo, se presenta este tipo de pronunciamiento, si la sentencia sustenta los hechos con medios probatorios impertinentes para acreditar las afirmaciones de los justiciables.

2.2.5.-Motivación Defectuosa en sentido estricto, cuando se deja de lado “los principio lógicos” y las “máximas de la experiencia”; sobre los primeros, cuando al valorar la prueba no se tiene en cuenta principio como el de identidad (a casos semejantes, consecuencias similares); de no contradicción (no se puede negar y afirmar a la vez algo sobre un mismo hecho), del tercio excluido (el hecho es verdadero o falso, no hay tercera posibilidad); y, de razón suficiente (cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho debe estar sustentada en una razón que la acredite suficientemente). La comisión de estos errores en el razonamiento lógico del juzgador son denominados también en la doctrina como “errores in cogitando”; sobre las segundas, denominadas también “reglas de la vida” se construyen a partir de las experiencias personales y sociales del juzgador, un ejemplo de ellas lo constituyen los apotegmas jurídicos, los cuales contribuyen al proceso de interpretación: v.gr. “Lo que es de uso y costumbre debe incluirse en los juicios de buena fe”, “ El que afirma algo, está obligado a probar”, etc..

2.2.6.-Motivación sustancialmente incongruente, se cae en este supuesto cuando, por una parte, no existe relación de causa a efecto entre la parte considerativa de una resolución con su parte resolutive, e inevitablemente con sus conclusiones; de otra parte, se manifiesta cuando se resuelve las pretensiones de las partes al margen de los términos en que han sido planteadas emitiendo pronunciamientos ultrapetita (se pronuncia más allá de lo pretendido), citrapetita (se otorga menos de lo pedido- cuantía), infrapetita (ha omitido alguna de las pretensiones) y extrapetita (el pronunciamiento se basa en hechos no invocados); en relación a este último tipo de pronunciamiento, existe una excepción a la regla, pues en la Casación N°4664-2013-Puno, se ha establecido la flexibilización del principio de congruencia en los procesos de familia dada la naturaleza tuitiva que revisten estos casos.

2.2.7.-Motivación Cualificada, cuando no se justifica las decisiones del rechazo de la demanda, o cuando producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. Cuando opera en las sentencias un doble mandato, referido al propio derecho justificación de la decisión, así como al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juzgador.

III.-CONCLUSIONES:

Luego de esta breve exposición, modestamente se arriba a las siguientes conclusiones:

5 Ver Expediente N° 009-2008 Sala Penal de Apelaciones de La Libertad <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php.mod=documento&com=documento&id=1369>



3.1.-Las resoluciones deben estar debidamente motivadas, pues ello constituye un derecho constitucional de los justiciables en un proceso conforme el artículo 139.5 de nuestra Carta Política y una obligación de los magistrados de acuerdo a las leyes ordinarias y especiales que determinan sus funciones.

3.2.-El concepto de motivación se refiere a la justificación razonada que hacen jurídicamente aceptable una decisión judicial, a partir también del proceso lógico jurídico seguido para llegar a la decisión o fallo.

3.3.-Los supuestos o infracciones que atentan contra una debida motivación son: motivación aparente, falta de motivación interna, deficiencia de motivación externa, motivación insuficiente, motivación defectuosa en sentido estricto, motivación incongruente y motivación cualificada; y,

3.4.-Una resolución indebidamente motivada deslegitima al magistrado, pues su actuación para los justiciables y la opinión pública puede interpretarse de diversas formas, entre las que se cuenta: la falta de profesionalidad, vulneración de su independencia o lo que es de comentario frecuente, pasible de supuestos actos de corrupción.

Finalmente, reiteramos que la finalidad del tema es resaltar la importancia del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, su problemática y las observaciones debidas, las cuales de tenerse en cuenta permitirían la expedición de decisiones claras, precisas y sólidas que permitan garantizar el derecho de los justiciables en temas tan sensibles y frecuentes como la libertad, la propiedad, el honor y otros derechos fundamentales; asegurando de esta forma mayor confianza y credibilidad de la ciudadanía en el sistema de administración de justicia, especialmente de sus magistrados.



EL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Por: Bach. ANA ELISABET SEGURA MUÑOZ.
Asistente Administrativo de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lambayeque.



”La función del Juez constitucional no es sustituir al Parlamento, que goza de una innegable libertad política; no es, por tanto, la de fijar la “mejor” ley desde la perspectiva constitucional, sino tan sólo eliminar aquellas que resulten intolerables...”¹.

1.- Introducción. 2.- Concepto de Precedente Vinculante. 3.- Manifestaciones del Precedente Vinculante. 3.1.- A nivel interno: 3.1.1.- Precedente Administrativo Vinculante. 3.1.1.1.- Base Legal. 3.1.1.2.- Concepto de Precedente Administrativo Vinculante. 3.1.1.3.- Efecto vinculante del Precedente Administrativo Vinculante. 3.1.1.4.- Ámbitos de aplicación del Precedente Administrativo. 3.1.2.- Precedente Judicial Vinculante. 3.1.2.1.- Precedentes Judiciales y su base legal. 3.1.2.2.- Concepto de Precedente Judicial Vinculante. 3.1.2.3.- ¿Son Precedentes Vinculantes los Acuerdos Plenarios? 3.1.2.4.- Diferencias y similitudes entre los precedentes vinculantes y los acuerdos plenarios. 3.1.2.5.- Requisitos para el dictado del Precedente Judicial. 3.1.2.6.- Ámbitos de aplicación del Precedente Judicial. 3.1.3.- Precedente Constitucional Vinculante. 3.1.3.1.- Precedente Constitucional Vinculante y su base legal. 3.1.3.2.- Concepto de Precedente Constitucional Vinculante. 3.2.- Precedentes Vinculantes a nivel externo: 3.2.1.- Precedentes Supranacionales Vinculantes. 3.2.1.1.- Base Legal. 3.2.1.2.- Concepto de Precedente Supranacional Vinculante. 3.2.1.3.- ¿Todo lo que resuelva una Corte Supranacional, de la cual el Perú es parte, es vinculante? 4. Conclusiones.

1.- Introducción:

Empezaremos anotando, conforme a las palabras del profesor español Pérez Royo: “El legislador es el representante de los ciudadanos, de la sociedad, y no necesita, en consecuencia, justificar sus actos. Él es la voluntad general. Por eso el legislador no ejecuta derecho, ni siquiera la Constitución. El legislador crea derecho a partir de la Constitución y con el límite que la Constitución supone. Pero crea derecho. No interpreta una voluntad ajena, sino que expresa una voluntad propia”.

Pongamos un ejemplo para que se entienda mejor. El legislador se encuentra con que la sociedad tiene un problema. El que sea: el mercado de trabajo, la seguridad ciudadana, las pensiones, la evasión fiscal, la enseñanza universitaria, etc. El legislador se encuentra con que no hay ninguna respuesta pre-decida para estos problemas y con que no puede haberla. Es él que tiene que dársela, ya que por eso lo han elegido los ciudadanos. Y se la da, aprobando la ley correspondiente.”²

A nuestro turno es menester dejar sentado como punto inicial que para cierto sector de la doctrina el Precedente Constitucional Vinculante es una ley, (lo cual es errado por supuesto) por lo que ninguna autoridad o particular se puede desvincular de la misma, en dicha línea con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional (CPConst. En adelante) el primero de Diciembre del 2004, dicho sea de paso para los profesores Gerardo Eto Cruz y José Palomino Manchego es “El primer código procesal constitucional del mundo” “Y es que en efecto no se trata de afirmar una pretensión chauvinista ni académica, ni hay una pretensión vanidosa en esgrimir en la vitrina de las políticas legislativas comparadas, una joya legislativa...”³el legislador peruano reguló por vez primera en su título preliminar

1 GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La Argumentación en el Derecho*. 2Da Edición Corregida. Abril de 2005. Palestra Editores. Lima 2005. Pág. 284.

2 PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Décima Edición 2005. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2005. Pág. 142.

3 ETO CRUZ, Gerardo. PALOMINO MANCHEGO, José F. *En tres análisis: El primer código procesal constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales*. En: Palomino Manchego, José F. (Coordinador) *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*. Tomo I. Editora Jurídica Grijley 2005. Pág. 284.



la institución del Precedente Constitucional Vinculante (PV en adelante) en el Artículo (Art. En adelante) VII⁴,⁵ a manera de justificación del título de la investigación, es un imperativo brindar aproximaciones acuciosas sobre el Precedente Vinculante en general, pues no es lo mismo que la judicatura ordinaria se desvincule de un Precedente Vinculante del Poder Judicial (PJ en adelante) que de un Precedente Constitucional Vinculante del Tribunal Constitucional (TC en adelante).

2.- Concepto de Precedente Vinculante.

La doctrina expone: “Parámetros que no solamente van a ser utilizados para resolver una controversia en particular, sino que buscarán constituirse en líneas de acción de obligatorio cumplimiento para aquellas situaciones sustancialmente iguales que pudiesen presentarse en el futuro.

En los Estados con sistemas jurídicos que provienen de una tradición anglosajona, en la cual, como es de conocimiento general, tanto la costumbre como la jurisprudencia han tenido, casi desde siempre, los precedentes han cumplido un rol muy relevante como fuentes del Derecho y espacios para la protección de los derechos. En países adscritos más bien a una tradición romano germánica, inicialmente caracterizados por una preponderancia de la Ley como fuente del Derecho, a esta necesidad de contar con precedentes le ha costado más tiempo consolidarse.⁶”

A nuestro turno concebimos al Precedente Vinculante, para nuestro ordenamiento jurídico, como aquella regla que una corte vértice extrae de un caso en concreto y la establece en una regla obligatoria para todo el ordenamiento jurídico, con efectos similares a una ley y oponible a todos, regla que sirve como parámetro normativo para resolver casos similares, idénticos u homólogos, contribuyendo a lograr la consolidación de la seguridad jurídica y la predictibilidad en la aplicación de la ley, y de esa manera a lograr la uniformidad coherencia y aplicación de la ley.

Como hemos anotado, con las denominadas cortes vértice nos estamos refiriendo a las máximas instancias de impartición de justicia, la cual no solo está reservada sólo para el TC y el PJ, este último a través de la Corte Suprema en Sala Plena⁷, pues no debemos olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico también contamos con Tribunales Administrativos⁸, los cuales al impartir justicia en el ámbito administrativo, es lógico que también establecen precedentes vinculantes.

Y a nivel supranacional, debemos hacer referencia que al haberse suscrito el Pacto de San José de Costa Rica, denominación que recibe la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (CADH en adelante). “La cual fue adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. En la

4 Artículo VII.- Precedente (Código Procesal Constitucional).

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

5 El antecedente normativo más antiguo sobre el PV se encontraba recogido en el artículo 9° de la hoy derogada Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo dicho artículo estipulaba: “Artículo 9°: *Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución.*”

6 ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Material Auto Instructivo del Curso “*Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional y estándares de la CIDH*” III Nivel de la Magistratura. Elaborado por Dr. Wilder Tuesta Silva. Lima-Perú. Mayo 2016. Págs. 35-36.

7 Sobre el establecimiento de Precedentes Vinculantes en el sentido que solo la Corte Suprema es el único ente que tiene la capacidad de emitirlo, es un argumento que necesita ser matizado pues mediante los Denominados Acuerdos Plenarios en Sala Plena en virtud del Artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ en adelante) *Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.* Más adelante brindaremos buenas razones que nos permitan postular que los Acuerdos Plenarios no constituyen Precedentes Vinculantes.

8 Con relación a los Tribunales Administrativos se puede consultar un excelente trabajo disponible en: http://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc2/problemas2.pdf (Fecha de consulta 25/05/16).



Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, de acuerdo a su Artículo 74.2 de la Convención. Fue suscrito por el Perú el 27 de julio de 1977 y aprobada mediante Decreto Ley N° 22231, publicado el 12 de julio de 1978. El instrumento de ratificación del 12 de julio de 1978, se depositó el 28 de julio de 1978. Vigente desde el 28 de julio de 1978. Ratificada por la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979⁹. Al haberse suscrito sin reserva alguna la CADH, el Perú y con mayor razón todas las autoridades que imparten justicia, se encuentran bajo la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH en adelante) y por lo tanto TODAS las sentencias que emita la Corte IDH, son vinculantes para el Perú aunque no haya participado en la controversia, es decir los *Leading Cases*¹⁰, las Opiniones Consultivas de la Corte IDH emita, también vinculan a todos los estados miembros suscriptores de la Jurisdicción Contenciosa de la Corte IDH.

En consecuencia tenemos que el Precedente Vinculante tiene cuatro formas de manifestarse en el ordenamiento jurídico Peruano¹¹: A nivel interno Precedente Administrativo Vinculante, Precedente Judicial Vinculante, Precedente Constitucional Vinculante y a nivel supranacional Precedente Supranacional Vinculante. Si bien es cierto todos son Precedentes, pero también debe tomarse en cuenta que ninguno de los cuatro opera de la misma manera que los demás, nos explicamos, consideramos que no es de recibo argumentar, que son precedentes judiciales porque los emite el PJ, y son PV porque los emite el TC, lo mismo con los precedentes administrativos, y también con los precedentes vinculantes supranacionales, pues su principal distinción no radica en el ente emisor, consideramos que su principal diferencia radica en el grado de vinculatoriedad de los mismos, la diferencia por el ente que lo emite es una precisión secundaria, a continuación ofrecemos detalles in extenso.

3.- Manifestaciones del Precedente Vinculante.

No es repetitivo precisar que los precedentes no se distinguen en función al órgano que lo emite, creemos que esa característica constituye una premisa secundaria, pues consideramos, que el fundamento principal reside en el grado de vinculatoriedad del Precedente. Pues debemos recordar que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, también puede emitir precedentes vinculantes en materia Constitucional, no hay ningún impedimento para ello, pues el TC aún no se ha pronunciado sobre todas las situaciones jurídicas que se puedan registrar en la realidad, sin embargo dicho precedente es a todas luces un Precedente Judicial en materia constitucional, no es un Precedente Constitucional Vinculante, pues dicho precedente solo lo emite el TC y nadie más que el TC, resaltamos dicha palabra “Constitucional” a fin de distinguirlo del Precedente Judicial Vinculante. Pues ambos no gozan del mismo grado de vinculatoriedad, en dicha línea si la judicatura (o cualquier otro ente sea particular o público) se desvincula de un Precedente Constitucional Vinculante, puede incurrir mutatis mutandis en responsabilidad penal y administrativa, lo mismo no sucede con el precedente judicial, pues el artículo 22° de la LOPJ, le faculta a la magistratura de manera excepcional su desvinculación de los mismos, sobre este extremo volveremos más adelante.

Antes de abordar este tópico es menester traer a colación una acuciosa precisión sobre el grado de vinculatoriedad de los Precedentes, esbozado por el Doctor Figueroa Gutarra, nosotros tomamos prestado el siguiente argumento:

9 MINISTERIO DE JUSTICIA y DERECHOS HUMANOS. *Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es parte*. Banco de Crédito BCP. Primera Edición Oficial: Octubre 2012. Pág. 457.

10 Al respecto sobre el *Leading Case* puede consultarse el ensayo del Profesor Domingo García Belaunde, ¿Existe el “*leading case*” en el derecho peruano? Disponible en: <http://www.garciabelaunde.com/articulos/ExisteElLeadingCase.pdf> (Fecha de consulta 25/05/16). Con relación al término *leading case* (caso líder, que orienta y sirve de fundamento a lo que viene después), puede consultarse GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. 4Ta. Edición revisada, Corregida y Aumentada. - 4Ta. Edición: Lima, Julio de 2003. Edición al cuidado y Prólogo de José F. Palomino Manchego. Universidad Nacional Mayor De San Marcos (Universidad del Perú, Decana de América) Facultad de Derecho y Ciencia Política. Editora Jurídica Grijley. Págs. 27-28.

11 No hablamos de tipologías, clases-variedades de Precedentes Vinculantes, por cuanto dicho tópico lo vamos a tratar líneas más abajo, lo cual dista de las manifestaciones del Precedente en el derecho, lo cual también serviría como criterio de clasificación, no lo descartamos sin embargo en la presente investigación hemos optado por otra tipología o clases de Precedentes Vinculantes.



“Por último, el precedente vinculante conserva un grado de vinculación in toto, propiamente mayor, en relación a la jurisprudencia constitucional y la doctrina constitucional, precisamente por su naturaleza vinculante.

No sería propio hacer referencia a un mecanismo de gradación pero metodológicamente nos puede ayudar: la jurisprudencia constitucional ha de vincularnos en un grado de 1 sobre 3; la doctrina constitucional en un grado de 2 sobre 3, y el precedente vinculante, en un grado de 3 sobre 3. Notemos aquí solo un efecto de mayor vinculación, el cual se predetermina en función a frente a qué tipo de categoría interpretativa constitucional nos encontramos.¹²ⁿ (Resaltados nuestros).

Nosotros nos permitimos adoptar los grados de vinculatoriedad del precedente constitucional que mutatis mutandis¹³ utilizaremos para graficar el grado de diferencia, en relación a los grados de vinculatoriedad, entre los precedentes constitucionales y supranacionales con los precedentes judiciales y administrativos vinculantes:

Los precedentes administrativos vinculantes vinculan en un grado de 1 sobre 3¹⁴; los precedentes judiciales vinculantes vinculan en un grado de 2 sobre 3, y los precedentes constitucionales y supranacionales vinculantes vinculan, en un grado de 3 sobre 3.

Antes de seguir con nuestros argumentos queremos formular una observación a lo expuesto en el

12 FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Precedentes Vinculantes: ¿Consolidación normativa o restricciones a las facultades interpretativas de los jueces?* En: Gaceta Constitucional. N° 45 Septiembre 2011. Págs. 281-307. Disponible también en: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/q-precedentes-vinculantes/> (Fecha de consulta 28/05/2016).

13 Aforismo que significa *Cambiando lo que se debe cambiar*.

14 Es menester dar unas pinceladas pues brindaremos mayores argumentos en el tópico respectivo, para tal fin citamos el Artículo V de la Ley N° 27444, Ley sobre el Procedimiento Administrativo General.- Fuentes del procedimiento administrativo. (...) 2.8. *Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.* (Resaltado Nuestro) En dicha línea cabe preguntarnos ¿lo que resuelva la Administración Pública puede ser revisado en sede judicial? La pregunta no es banal, pues si reparamos debemos agregar que mediante el Artículo 148° de la Constitución, *Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa*. Con ello los precedentes vinculantes administrativos que se estén aplicando en la actuación administrativa cuestionada. En síntesis como se puede colegir, que sí se puede revisar en sede judicial un precedente administrativo, con lo cual la vocación de “permanencia” y su grado de vinculatoriedad del mismo decae - declinara en sede judicial, si la actuación administrativa se encuentra incurso en lo estipulado en el artículo 4° de la Ley N° 27584, *Ley que regula el proceso contencioso administrativo*, por lo que postulamos que su grado de vinculatoriedad no es tan “fuerte” como lo es el del Precedente Judicial, en dicha línea utilizando el argumento anterior no hay ningún impedimento para que de manera excepcional en sede extraordinaria (justicia constitucional) recurriendo a la variante de Amparo extraordinario contra resoluciones judiciales, se pueda “revisar” un Precedente Judicial, para tal efecto en el extremo de amparo contra resoluciones judiciales se puede consultar el fundamento 18 del Expediente (Exp., en adelante) Exp. N° 3179-2004-AA/TC Caso Apolonia Ccollcca Ponce que versa sobre el amparo contra resoluciones judiciales. El cual qué duda cabe constituye todo una revolución copernicana en relación al cambio de línea jurisprudencial, pues el amparo contra resoluciones judiciales no solo se circunscribe a la infracción de normas procesales sino también a normas sobre derechos fundamentales. Otro caso muy mediático, no sobre los precedentes judiciales pero sí sobre el amparo contra resoluciones judiciales se registró en el Exp. N.° 00037-2012-PA/TC Scotiabank Perú S.A.A., en donde el TC., Declaró fundada la demanda de amparo, y declaró nula la resolución s/n de fecha 5 de abril de 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República derivada del Expediente CAS. N.° 3313-2009. Finalmente podemos colegir que no hay ningún impedimento, lo cual hace perfectamente posible para que vía amparo extraordinario se puede dejar sin efecto un precedente judicial vinculante. Lo mismo no se puede predicar de una eventual impugnación contra una resolución proveniente del TC, no en sede interna, pero hay una excepción Exp. N° 03569-2010-PA/TC. Caso Agrícola Cerro Prieto S.A.C., pues sí se puede cuestionar una resolución del TC, recurriendo a la justicia supranacional, que en virtud del artículo 121° del CPCConst., *in fine*, se puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.



Material de la Academia de la Magistratura (AMAG, en adelante) que si bien es cierto no es falaz, empero contiene una visión parcial de la verdad, por supuesto nadie tiene la verdad apodíctica de su lado, sin embargo a continuación hacemos resaltar la falencia del argumento, no sin antes anotar que en virtud del Artículo 55° de la Constitución “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.” Y según la IV Disposición Transitoria y Final de la Constitución: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”¹⁵

En ese contexto el profesor Hakansson Nieto expone: “Si bien los tratados se encuentran formalmente fuera de un texto constitucional, la Constitución y los tratados sobre Derechos Humanos conforman una unidad desde un punto de vista material. Por eso, toda violación a los acuerdos internacionales, o la renuncia a las instancias supranacionales para la protección de los Derechos Humanos, son un atentado directo a la Carta Magna. Ahora bien, si quisiera aplicar esta afirmación a la realidad del Derecho Constitucional peruano, en principio tendría que preguntarme dos cosas: ¿Cuál es la relación de la Constitución peruana con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, y cuáles son los problemas que impiden consolidar un bloque de la constitucionalidad en el Perú? Con relación a la primera parte de la pregunta, a diferencia de Carta de 1993, la Constitución de 1979 reconocía expresamente la jerarquía constitucional de los tratados sobre Derechos Humanos¹⁶. No obstante, creemos que sería un exceso de interpretación legalista considerar que el silencio de la Carta de 1993 basta para negar la naturaleza constitucional de estos tratados.”¹⁷

A nuestro turno y a guisa de ejemplo la CADH, forma parte de nuestro derecho interno pues el Perú ha suscrito dicho tratado el 27 de julio de 1977, en consecuencia sus preceptos forman parte de nuestra constitución (ergo y de todo el derecho nacional) y es lo que el profesor y ex magistrado argentino don Néstor Pedro Sagües denomina la Constitución Convencionalizada: “En concreto lo que aquí se postula es que el control de constitucionalidad no puede realizarse con independencia del control de convencionalidad, sino que debe partir de una constitución “convencionalizada”, vale decir, de una constitución acorde con el Pacto de San José y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que implica: (i) una constitución depurada de ingredientes anticonvencionales; (ii) una constitución conformada y completada con ingredientes convencionales decisivos para el núcleo esencial de los derechos enunciados en ella. En otras palabras, la constitución convencionalizada es una constitución opuesta a la constitución autista que algunos nostálgicos, o desinformados, todavía usan.”¹⁸

15 “Para comprobar la utilidad en el análisis constitucional de los derechos que nos impone la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, que como hemos expuesto, es de carácter obligatorio y sobre todo de carácter jurídico y vinculante, a modo de ejemplo, la aplicaremos a dos derechos reconocidos por la Constitución. El debido proceso reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución es regulado conjuntamente con un catálogo de derechos relativos al ejercicio de la función jurisdiccional bastante completo pero no suficiente (Constitución Política del Perú Art. 139 inciso 3). Así, por ejemplo, la Constitución no establece explícitamente otros derechos que bien pueden considerarse como independientes o como parte del debido proceso. Conforme a la regla de interpretación de los derechos que comentamos, la Convención Americana de Derechos Humanos nos permitirá interpretar mejor el debido proceso y podremos comprender dentro de él, en vía interpretativa, algunos de los derechos reconocidos por el artículo 8 de la Convención sobre garantías judiciales como, por ejemplo, el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (CADH Art. 8)”. MORALES SARAVIA, Francisco. *Comentarios a la IV Disposición Transitoria y Final de la Constitución. Interpretación de las normas relativas sobre derechos y las libertades conforme a los tratados internacionales en esta materia*. En: Gutiérrez Camacho, Walter. (Director). *La Constitución Comentada. Artículo por artículo*. Tomo III. Gaceta Jurídica. Segunda Edición Enero 2013. Pág. 1179.

16 En efecto, el artículo 105 de la Constitución de 1979 establecía claramente que “[l]os preceptos contenidos en los tratados relativos a Derechos Humanos, tienen jerarquía constitucional”. Citado por HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. Segunda Edición corregida. Palestra Editores Lima. Universidad de Piura Colección Jurídica. Junio 2012. Pág. 235.

17 HAKANSSON NIETO, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. Ob. Cit. 235.

18 SAGÜES, Néstor Pedro. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la “Constitución Convencionalizada”*. Disponible en Parlamento y Constitución. Anuario. ISSN 1139-0026. N° 14. 2011. Pág. 152.



En dicha línea argumentativa, los tratados internacionales,¹⁹ como es la CADH, forman parte del derecho nacional y las interpretaciones de la Convención materializadas a través de sentencias y las opiniones consultivas que emite la Corte IDH, también forman parte de nuestro derecho interno por lo tanto el Precedente Supranacional Vinculante es una de las cuatro manifestaciones del Precedente Vinculante en el Perú, en consecuencia el siguiente argumento contiene una visión sesgada - parcial del tratamiento de la teoría del Precedente Vinculante, pues olvida al precedente supranacional vinculante como si fuera ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, veamos a continuación:

“El precedente en Perú ha tenido tres grandes ámbitos de desarrollo. Así, tenemos en primer lugar el precedente constitucional, (...) Luego, tenemos el precedente judicial, (...) y, finalmente, el precedente administrativo, el cual al ser emitido por entidades diversas es el que goza de menos organicidad. Aun así, son tres manifestaciones que, con sus particularidades, son muestra de la relevancia que ha alcanzado en pocos años la figura del precedente en nuestro ordenamiento jurídico.²⁰”

A continuación ofrecemos los argumentos respectivos que justifican sobre manera lo que acabamos de anotar.

3.1.- A nivel interno:

3.1.1.- Precedente Administrativo Vinculante.

3.1.1.1.- Base Legal.

La base legal del Precedente Administrativo Vinculante se encuentra en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG, en adelante), Artículo sexto del Título Preliminar con sus respectivas Concordancias Internas:

Art V 2.8 Fuentes. Precedentes administrativos.

Art 111.2 Absolución de consultas en base a precedentes.

Art. 203 Revocación de actos por mérito.

Art 209 Recurso de Apelación.

Art. 212 Acto firme.

Artículo VI.- Precedentes administrativos.

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes.

19 Cfr. NOVAK, Fabián. NAMIHAS, Sandra. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Manual para Magistrados y Auxiliares de justicia*. Academia de la Magistratura. Primera edición, Lima, Perú, Noviembre de 2004.

20 ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Material Auto Instructivo del Curso “Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional y estándares de la CIDH” Ob. Cit. Pág. 37.

Al respecto la doctrina especializada expone: “El presente artículo incluye una técnica de protección de la igualdad de los administrados ante la administración, de protección de la buena fe y de proscribir la arbitrariedad en el ejercicio de las potestades discrecionales de las autoridades.

La variabilidad de criterios por la administración afecta a la seguridad jurídica, a la predictibilidad administrativa y a la buena fe con que actúan los administrados. Cabe preguntarse ¿por qué los organismos públicos podrían seguir manteniendo para el ejercicio de sus potestades discrecionales, reconociendo un derecho a un particular frente a determinados supuestos y luego negarlo a quienes se encuentren en idéntica situación?

Sobre este particular, MAIRAL²¹, expone que la doctrina administrativa comparada (fundamentalmente norteamericana y española) establece como regla la vigencia atenuada del “stare decisis” admitiendo en vía de excepción que la autoridad se aparte del sentido de decisiones anteriores -cuando el interés público lo justifique- siempre que al actuar así, no incurra en arbitrariedad.

Debe ser un acto firme el que adquiera calidad de precedente, porque de no serlo aún, puede ser variado válidamente, y por ende, no puede obligar técnicamente a la administración a seguirlo. En segundo término debe recaer sobre situaciones jurídicas no regladas plenamente, o como algunos autores denominan, cuando se presentan indeterminaciones normativas o interpretativas por cuando sino estaríamos hablando de resoluciones administrativa que se limitan a aplicar la norma expresa directamente.”²²

3.1.1.2.- Concepto de Precedente Administrativo Vinculante.

Con relación al Concepto de precedente administrativo. La doctrina especializada expone: “A decir de Luis María Díez-Picazo, el precedente administrativo es aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndole un contenido similar para casos similares²³.

Es decir, se trata de aquella resolución emitida por un Colegiado calificado de la Administración Pública, que haya adquirido el carácter de firme y que resuelva un caso concreto y cuya interpretación sobre las normas administrativas tiene proyección general, es decir, que hace predecible la justicia administrativa para aquellos que se encuentren en la misma situación jurídica.

En ese sentido siguiendo a Morón Urbina, el precedente administrativo se fundamenta en tres pilares: la protección de la igualdad de los administrados ante la Administración, la protección de la buena fe y la proscripción de la arbitrariedad en el ejercicio de las potestades discrecionales de las autoridades²⁴.

Como vemos, el precedente en general, también el administrativo, sustenta su existencia en la búsqueda de la predictibilidad en la solución de los conflictos llevados a su dirimencia, esto mediante la unificación de criterios, de modo que a partir de su emisión se eviten los fallos contradictorios en aras de reducir la inseguridad jurídica.²⁵”

21 MAIRAL, Héctor. *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*. Ediciones Depalma, Bs. As., 1988, pp. 104 y ss. Citado por MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Séptima Edición Abril 2008. Pág. 94.

22 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Ob. Cit. Págs. 94-95.

23 DIEZ-PICAZO, Luis María. “La doctrina del precedente administrativo.” En: *Revista de Administración Pública*. N° 98, Madrid, mayo-agosto de 1982, p.7. TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 75.

24 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Octava Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 105. Citado por TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 75.

25 TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 76.



3.1.1.3.- Efecto vinculante del Precedente Administrativo Vinculante.

Con relación al Efecto vinculante del precedente administrativo transcribimos: “Conforme al artículo VI del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, los precedentes son de observancia para la entidad que los emite al resolver un caso en particular, a partir de allí hacia el futuro.

Ahora bien, más allá del ámbito temporal precisado en la referida disposición, respecto a los efectos vinculantes del precedente administrativo, resulta ilustrativo lo anotado por Morón Urbina pues señala que este tipo de precedente[s] vinculan a todo el ámbito de su alcance funcional (por ejemplo si es la interpretación de un sector, comprende a este; si fuere es de un órgano rector del sistema, a todo su ámbito; y así sucesivamente)²⁶, aunque, como veremos más adelante, es posible que otro Colegiado se fundamente en un precedente administrativo para resolver un caso conocido en su sede.

En principio cuando se emite un precedente administrativo, este vincula a la institución que lo emite, pudiendo ser invocado por un tercero para que se resuelva igual en un caso sustancialmente análogo, es decir, para que le alcancen los mismos efectos.

Ahora bien, no puede señalarse la existencia de un “derecho al precedente” o a que se cumpla el precedente en todos los casos en tanto este siempre podrá ser revocado por el Colegiado que lo emite, sin embargo, si es posible plantear la anulación del acto que se aparta inmotivada o arbitrariamente del precedente administrativo²⁷. Es decir, en principio la autoridad administrativa deberá aplicar el precedente si está frente a un caso similar, lo contrario nos afectaría como administrados pues estamos frente a un criterio generalizado que vuelve predecible la justicia en esta sede, salvo, claro está, si estamos frente a un caso donde motivadamente puede apartarse. De otro lado, es posible que la entidad cambie de criterio en un nuevo precedente administrativo, pues si podrán ser modificados si adopta un nuevo criterio interpretativo.

Un precedente administrativo es modificado por la misma entidad en un acuerdo posterior si se considera que no es correcta la interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

En cualquier caso, para variar la regla que trae un precedente de observancia obligatoria, debe hacer de manera expresa. Además de la emisión de un nuevo precedente, también puede modificarse por vía reglamentaria, por ley o norma modificatoria posterior, e incluso por mandato judicial firme.²⁸

A su turno la AMAG expone: “Correspondió más bien a instituciones administrativas ya no solamente incluir en su normativa requerimientos de recurrir al precedente, sino es suyo el mérito de empezar a aplicarlos. En este escenario es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (Indecopi) una institución que ha cumplido un papel central, pues fue en el caso peruano una de las primeras entidades administrativas que de forma sostenida fue fijando precedentes vinculados con diferentes ámbitos dentro de su competencia. Es más, esta importante apuesta de Indecopi por la predictibilidad ha contagiado el quehacer de otras entidades administrativas, quienes también han emitido una serie de precedentes en temas clave vinculados con el ejercicio de sus respectivas funciones. Podrían entonces mencionarse varios ejemplos al respecto. (...)

Aun cuando Indecopi formalmente no lo haya reconocido, una siquiera somera mirada de los precedentes ya establecidos demostraría que éstos responden a una dinámica minimalista, pues su holding y su dictum llevan a un decissum acotado a la controversia concreta, donde explícitamente se establece que

26 Idem. Citado por TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 76.

27 Ibídem, pp. 107 y 108. Citado por TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Pág. 76.

28 TITO PUCA, Yolanda Soledad. *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Ob. Cit. Págs. 76-77.

parte de lo resuelto tendría carácter de precedente.²⁹

Como ya lo expusimos líneas arriba no sólo el PJ y el TC emiten precedentes vinculantes, dicha potestad no es exclusiva de dichos órganos constitucionales³⁰, pues los Tribunales Administrativos, sin estar investidos de la potestad jurisdiccional³¹, también tienen la plena capacidad para emitir Precedentes Vinculantes, sin embargo al igual que los Precedentes Judiciales las autoridades administrativas respectivas se pueden desvincular, apartar, inobservar de los mismos, exigiéndose que si por excepción decidan apartarse de los mismos deberán esgrimir los fundamentos de hecho y derecho motivando el porqué de tal distanciamiento del Precedente Vinculante, en puridad de palabras se exige que de conformidad con el Art. 139° inciso 5 de la Constitución Política del Perú (Const. En adelante)³² cuya

29 ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Material Auto Instructivo del Curso “*Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional y estándares de la CIDH*” III Nivel De La Magistratura. Elaborado por Dr. Wilder Tuesta Silva. Lima-Perú. Mayo 2016. Pág. 38.

30 Nosotros usamos con propiedad *nota bene* el *nomen iuris* órganos constitucionales, pues hay diferencias de suma trascendencia entre órganos constitucionales y órganos de relevancia constitucional al respecto la doctrina expone: “En el Derecho Constitucional comparado se distingue entre órganos constitucionales y órganos de relevancia constitucional. Mediante esta teoría se pretende dar cuenta de la superación de la clásica división de poderes formulada en los inicios del constitucionalismo moderno, que atribuía la condición de “poderes” solo al Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

En la actualidad, como es obvio, la división de funciones estatales ya no se atribuye a esos tres órganos estatales. La casi totalidad de constituciones modernas, en efecto, insertan en el organigrama estatal a una serie de órganos, realizando sobre ellos una diversa intensidad en su tratamiento.

Precisamente, basándose en esa diversa intensidad de su tratamiento es que en la doctrina se ha reservado la denominación de “órganos constitucionales” para aquellos que, además de ser creados directamente por la Constitución, reciben de ella el elenco detallado de sus competencias y atribuciones. En tanto que con el nomen «órganos de relevancia constitucional» se alude a los órganos estatales establecidos en la Constitución, cuyas competencias y atribuciones debe establecerse por ley orgánica.

La constitucionalización de estas competencias y atribuciones de los órganos constitucionales tiene el propósito de impedir que ellas puedan quedar a la disponibilidad del legislador orgánico. Ese es el propósito que cumple el artículo 202 de la Constitución, al establecer cuáles son las competencias del Tribunal Constitucional.” ALVA ORLANDINI, Javier. *Comentarios al artículo 202 de la constitución. Competencia del Tribunal Constitucional*. En: Gutiérrez Camacho, Walter. (Director). *La Constitución Comentada. Artículo por artículo*. Tomo III. Gaceta Jurídica. Segunda Edición Enero 2013. Pág. 1095.

31 Lo cual no debe ser entendido que en el ámbito administrativo no se respeten las garantías del debido proceso, y tampoco en lo que la doctrina constitucional denomina *Political Questions* al respecto la Corte IDH, magistralmente expone: “71. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (Cfr. *Eur. Court H.R., Campbell and Fell judgment of 28 June 1984, Series A no. 80*, para. 76; y *Eur. Court H.R., case of X v. the United Kingdom of 5 November 1981, Series A no. 46*, para. 53.). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas) Fundamento 71.

32 Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia.

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. Cfr. ARIANO DEHO, Eugenia. *Comentarios al Artículo 139° Inciso 5 de la Constitución Política del Perú*. En: Gutiérrez, Walter (Director) *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo III. Segunda Edición Enero 2013. Editora Gaceta Jurídica. Págs. 76 y sgts. Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Quinta Edición: Setiembre de 1999 Lima, Perú. RAO Editora. Pág. 644. Cfr. CHANAMÉ ORBE, Raúl. *Comentarios a la Constitución*. Jurista Editores Cuarta Edición. Marzo 2009. Págs. 442-443. Cfr. MURO ROJO, Manuel. (Director). MESINAS MONTERO, Federico. (Coordinador). *La constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.



concreción del debido proceso no solo se extiende en sede judicial sino también en sede administrativa, se deba motivar el apartamiento del Precedente.

Siguiendo el hilo conductor de nuestro discurso, debemos resaltar una regla de oro que debe ser positivizada o incorporada vía jurisprudencial por el TC, en relación a los precedentes que dicho órgano constitucional emite, nos referimos al artículo VI inciso 2 de la LPAG “2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.” (Resaltados nuestros)

Debemos recordar que cuando el TC, hace uso indiscriminado de la técnica del overruling, aplicando los efectos del nuevo precedente indistintamente a situaciones anteriores como posteriores (retrospective o prospective overruling), NO hay NO existe a la fecha regla alguna -positivizada o creada vía jurisprudencial- que a la fecha regule los efectos de la aplicación de las nuevas reglas establecidas en un PV a través del tiempo, en cambio dicho límite sí está estipulado en la LPGA, la cual regula los efectos del PV a través del tiempo³³. Por lo tanto urge su inmediata incorporación al Artículo VII del CPConst.

3.1.1.4.- Ámbitos de aplicación del Precedente Administrativo.

Finalmente para mencionar a algunas de las entidades administrativas, sin ánimo de agotar la lista, que imparten justicia administrativa y por lo tanto han establecido precedentes vinculantes en dicha materia tenemos:

Del Tribunal Registral³⁴.

Del Tribunal Fiscal.

Del Tribunal Indecopi³⁵.

OSITRAN.

OSINERG.

CNM³⁶.

RENIEC³⁷.

3.1.2.- Precedente Judicial Vinculante.

3.1.2.1.- Precedentes Judiciales y su base legal.

Sentencias vinculadas con los artículos de la Constitución. Tribunal Constitucional & Dialogo con la jurisprudencia. Primera reimpresión setiembre 2006. Gaceta Jurídica S.A. Págs. 660 y sgts.

33 Cfr. CRUZADO PORTAL, Martín Tonino. *Los overruling del Tribunal Constitucional Peruano y la vulneración de los derechos al procedimiento preestablecido por ley y la seguridad jurídica.* En: La Revista Institucional “Ipso Jure” Año 7 N° 30 Agosto 2015. Edición Día del Juez. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Págs. 173-190.

34 Cfr. DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA. *Jurisprudencia Registral sobre Personas Jurídicas. (Sociedades y Asociaciones 2009-2010)* Primera Edición Mayo 2010. Gaceta Jurídica S.A. Cfr. DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA. *Jurisprudencia Registral sobre Personas Naturales. (Mandatos y Poderes, régimen patrimonial de Matrimonio y Sucesiones 2009-2010)* Primera Edición Agosto 2010. Gaceta Jurídica S.A.

35 Cfr. ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. *Notas sobre la configuración, uso y alcances de los precedentes por la administración y el Indecopi en el Perú.* En: Precedentes y Normativa del Indecopi en Propiedad Intelectual. Serie Compendios Normativos N° 1 INDECOPI. Lima. 2014. Cfr. DIEZ-PICASO, Luis. *La doctrina del precedente administrativo.* En: Revista de Administración Pública. Núm. 96 Mayo-Agosto. 1982, pp. 7-46. Cfr. TIRADO BARRERA, José Antonio. *El precedente administrativo y el cambio de criterio interpretativo en la ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.*

36 Resolución 120-2014-PCNM. Criterios para la calificación de la calidad de la decisión.

37 Resolución 1011-2005-JEFRENIEC y Resolución Jefatural 413-2009-JNAC-RENIEC



A.- Ley Orgánica del Poder Judicial:

Artículo 22°.- Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.

Artículo 80 inc. 4.- Atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema.

Artículo 116.- Plenos jurisdiccionales.³⁸.

B.- Nuevo Código Procesal Penal:

Artículo 427° Procedencia

Artículo 429° Causales

Artículo 433° Contenido de la sentencia casatoria y Pleno Casatorio

C.- Código Procesal Civil.

Artículo 386°.- Causales del recurso de casación.³⁹.

Artículo 400°.- Precedente judicial.⁴⁰.

D.- Ley N° 29479 Nueva ley procesal del Trabajo.

Artículo 34°.- Causales del recurso de casación.

Artículo 40°.- Precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República.

E.- Ley N° 27584 TUO de la ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

Artículo 37° Principios Jurisprudenciales

3.1.2.2.- Concepto de Precedente Judicial Vinculante.

Como ya hicimos referencia líneas arriba habíamos postulado que el Precedente Vinculante, sólo lo establecían las Cortes Vértice, para el precedente judicial, en este caso el encargado de establecerlo es la Corte Suprema de la República como máxima instancia del Poder Judicial, directrices, líneas jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento para la toda la judicatura al margen de la competencia que ostenten, (el artículo 22° de la LOPJ, usa el término especialidad), el precedente judicial sí contempla a contrapelo del PV (nos referimos al Precedente constitucional vinculante) el apartamiento del precedente judicial exigiéndose la motivación adecuada dejando constancia del precedente que desestiman y de los fundamentos que invocan.

A su turno la doctrina: "Siguiendo la línea hoy mundial destinada a asegurar cada vez mayores condiciones de predictibilidad, la normativa peruana comenzó a incluir referencias destinadas a apuntalar el uso de la técnica del precedente. En ese sentido puede destacarse, por ejemplo, lo dispuesto en el Código Procesal Civil de 1992. Es así que en un primer momento se llamó "doctrina jurisprudencial" a la potestad de la Corte Suprema de Justicia del Perú de fijar criterios con carácter de precedente, y con los efectos que ello involucra. El artículo 400 que contenía esta norma fue corregido mediante una reforma en el año 2009 para adoptar la denominación de precedente judicial. La fijación de estos

38 Con esta disposición art. 116° de la LOPJ (técnicamente no es una norma, pues esta constituye una interpretación de una disposición) nos encontramos frente a los denominados acuerdos plenarios, lo cual no constituyen precedentes judiciales vinculantes, creemos que en realidad tienen más bien un criterio persuasivo, líneas más abajo daremos las razones respectivas de nuestro argumento.

39 Artículo modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 29364, publicado el 28 de mayo del año 2009, en el Diario oficial *El Peruano*.

40 Artículo modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 29364, publicado el 28 de mayo del año 2009, en el Diario oficial *El Peruano*.



precedentes no es, por lo menos en el Perú, una tarea sencilla, pues factores como el de la sobrecarga de causas de los vocales supremos, la existencia de algún proceso que justifique la realización del pleno casatorio, la revisión y preparación del caso en cuestión por todos los vocales, y la generación de consensos sobre cómo discutir y llegar a conclusiones sobre el particular no constituyen temas siempre fáciles de materializar.⁴¹

3.1.2.3.- ¿Son Precedentes Vinculantes los Acuerdos Plenarios?

Es menester citar previamente lo expuesto por las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República, a nuestro juicio establecen inapropiadamente precedentes vinculantes en los Acuerdos Plenarios, (AP, en adelante) veamos un ejemplo:

Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116⁴² Asunto: Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado.

(...) 13°. ESTABLECER como reglas de valoración de las declaraciones de coimputados y agraviados -testigos víctimas- las que se describen en los párrafos 9° y 10° del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con las prevenciones señaladas en el párrafo 11°, constituyen precedentes vinculantes.

Los Acuerdos Plenarios en Sala Plena rompen el esquema que se ha trazado sobre la teoría del Precedente, pues ni siquiera constituyen jurisprudencia⁴³, por la sencilla razón que no nacen, no se originan de un caso en concreto que vía el derecho a la doble instancia (vía impugnación) la Corte Suprema haya tomado conocimiento del caso, lo que advertimos es que dichos AP, constituyen en puridad persuasiones, guías, orientaciones de la Corte Suprema hacia los demás órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía, en su función de pacificación y ordenación de la aplicación de las leyes.

Lo antes expuesto, no debe entenderse como una soterrada irreverencia, pues creemos que este es el espacio ideal, a través del tema materia de investigación, para acompañar nuestros argumentos que in extenso, darán buena cuenta de las razones que hemos expuesto. Creemos que la corte suprema podrá establecer precedentes en casos concretos no debe ni puede establecerlos en los AP.

Es de la misma opinión el profesor Castillo Alva: “Los acuerdos plenarios, a diferencia de los precedentes vinculantes o las sentencias plenarias, no ejercen y desarrollan fuerza vinculante alguna. En tal sentido, dichos acuerdos no pueden ser utilizados para plantear la aplicación obligatoria de una determinada decisión. En todo caso, por medio de los acuerdos plenarios se puede exhortar, formal o materialmente, a las salas penales de la Corte Suprema para que adopten un precedente vinculante o una sentencia

41 ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Material Auto Instructivo del Curso “Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional y estándares de la CIDH” Ob. Cit. Págs. 37-38.

42 Publicado el 26 de noviembre de 2005, en el diario oficial *El Peruano*.

43 La jurisprudencia, como fuente del Derecho, está referida al *conjunto de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada y a los actos administrativos firmes de última instancia*.

En la actualidad predomina el criterio que identifica a la jurisprudencia con la doctrina establecida de modo reiterado por los tribunales al interpretar y aplicar las leyes, las costumbres y los principios generales del Derecho en el juzgamiento sobre una misma cuestión de Derecho. En otras palabras, al jurisprudencia es el conjunto de sentencias uniformes sobre un mismo asunto de Derecho.

Se distinguen dos acepciones de dicha palabra como conjunto de sentencias, según sea entendida en sentido estricto o amplio. *Sensu strictu*, jurisprudencia es apenas la doctrina sentada por el tribunal supremo en sentencias numerosas y contestes. En su sentido amplio, por jurisprudencia se entiende toda decisión emanada de la autoridad judicial o gubernativa, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el Derecho. Así, por ejemplo, se habla de jurisprudencia de la Corte Suprema, jurisprudencia de la Corte Superior, jurisprudencia del Tribunal Fiscal, etc.

La jurisprudencia puede servir de fuente inspiradora (material) de la nueva legislación, y, si se trata de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es también fuente, independiente, formal, de Derecho Positivo, conforme al artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo III del T.P., del Código Procesal Civil. *Vid.* TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*. Tercera Edición. Editorial Idemsa Lima - Perú. Abril 2006. Pág. 468. *Cfr.* ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Décima Edición. Editorial Eddili. Pág. 244 y sgts.



plenaria, a fin que su cumplimiento se vuelva exigible desde el punto de vista normativo.

El valor de los acuerdos plenarios es solo persuasivo y representa una recomendación a los magistrados para que puedan resolver las causas según los puntos resolutive adoptados de manera unánime o por mayoría. No se trata de sentencias judiciales ni de autos porque no resuelven un caso judicial o un asunto sometido a controversia, ni tampoco supone el ejercicio de la jurisdicción. La fuerza persuasiva de los acuerdos plenarios depende del nivel argumentativo o las razones que se restringen y expongan. No tanto de las decisiones o puntos conclusivos que se adopten sobre una determinada materia.

Por lo tanto, creemos que constituye un grave error que en la Corte Suprema, en un acuerdo plenario se establezca que: “Los jueces y salas penales superiores deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos”⁴⁴, que: “Los principios jurisprudenciales antes mencionados constituyen precedentes vinculantes para los magistrados de todas las instancias judiciales”⁴⁵ o que: “Dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes”⁴⁶, dado que supone otorgar a un acuerdo una fuerza de vinculación que en realidad no posee y que la ley no le concede. En igual sentido, los acuerdos plenarios no pueden disponer contra la voluntad de la norma y, en particular, en contra de lo establecido por el artículo 116° de la LOPJ, que los fundamentos jurídicos del acuerdo plenario asuman el carácter de precedente vinculante, debido a que uno y otro tienen funciones y un contenido completamente distintos entre sí⁴⁷.

Se pasa por alto que la única fuente de Derecho admitida es la jurisprudencia, y no la discusión, los debates o los acuerdos a los que pueden arribar los magistrados del Poder Judicial, al margen de su actividad jurisdiccional. La jurisprudencia está formada por la actividad judicial que se expresa a través de sentencias o autos; estas decisiones interpretan y aplican la ley de manera obligatoria, en la medida en que se juzga y se hace ejecutar lo juzgado.”⁴⁸

3.1.2.4.- Diferencias y similitudes entre los precedentes vinculantes y los acuerdos plenarios.

La base legal de los AP., dijimos se encuentra establecido en el art. 116° de la LOPJ:

Plenos jurisdiccionales.

Artículo 116°.- Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial. (Resaltados Nuestrs).

A) Diferencias:

Precisemos algunas observaciones a manera de establecer las diferencias entre los precedentes

44 Vide Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ-116, que aborda la problemática de la “Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia” (...) Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Los Precedentes Vinculantes en Materia Penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia*. Ob. Cit. Pág. 56.

45 Vide Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116, que desarrolla el tema de “Combinación de leyes o unidad en la aplicación de las leyes” (...) Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Los Precedentes Vinculantes en Materia Penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia*. Ob. Cit. Pág. 56.

46 Vide Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, que elabora la doctrina legal en los casos de: “Reparación civil y delitos de peligro”; Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116, que fija los criterios sobre: “Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información”. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Los Precedentes Vinculantes en Materia Penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia*. Ob. Cit. Pág. 56.

47 CASTILLO ALVA, José Luis. *Los Precedentes Vinculantes en Materia Penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia*. Ob. Cit. Págs. 55-56.

48 Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “¿Son vinculantes los acuerdos del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS?”, cit., p. 3. Citado por CASTILLO ALVA, José Luis. *Los Precedentes Vinculantes en Materia Penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia*. Ob. Cit. Págs. 56-57.



vinculantes y los acuerdos plenarios:

Primero: En nuestro ordenamiento no se establecen precedentes vinculantes regionales o distritales, en cambio en los AP, sí cabe dicha posibilidad.

Segundo: El Precedente Vinculante es una regla que una corte vértice extrae de un caso en concreto, que vía recurso impugnativo ha tomado conocimiento la Corte vértice, en cambio el AP, no nace de un caso en concreto vía recurso impugnativo.

Tercero: El Precedente Vinculante es la especie que pertenece a un género más grande; la Jurisprudencia, el AP, no nace de un caso en concreto pues no es jurisprudencia.

Con relación a la definición de Jurisprudencia la doctrina expone: “Es preciso señalar, como punto de partida, que la jurisprudencia en sentido genérico (es decir, las resoluciones judiciales que pasan en autoridad de cosa juzgada y los actos administrativos firmes) son normas jurídicas obligatorias para las partes sometidas a la jurisdicción del Poder Judicial o a la atribución resolutoria de la administración pública, según el caso. De esta manera, de principio, podemos decir que la jurisprudencia es siempre fuente del Derecho para las partes y que lo resuelto es de cumplimiento obligado para ellas.

Sin embargo, la jurisprudencia puede tener un rol normativo adicional en el Derecho, que es el de precedente vinculatorio para casos futuros en el sentido de que, cuando estemos ante circunstancias similares a las anteriores ya resueltas, la resolución posterior debe ajustarse a los términos de lo resuelto anteriormente para dicho caso.

En la familia romano-germánica de Derecho, se considera que la utilización de la jurisprudencia como precedente vinculatorio es recomendable en virtud de que permite aplicar el principio de equidad; sin embargo, hay también objeciones serias y de peso al precedente jurisprudencial obligatorio; entre ellos el de naturaleza técnica y, en cierto sentido, epistemológica y consiste en que el precedente debe funcionar para casos “similares” mas no “idénticos” porque las circunstancias no se repiten nunca exactamente en dos sucesos de la realidad, esto requiere que el juez fundamente debidamente la sentencia en su parte considerativa, para que luego se pueda conocer qué del caso lo llevó a fallar de esa manera (elemento llamado *ratio decidendi*), y qué fue intrascendente en sus consideraciones (llamado *obiter dictum*).

Otra observación que se hace al precedente jurisprudencial vinculatorio consiste en que la evolución de las sociedades, los cambios ideológicos, etcétera, permiten -y a veces exigen- respuestas distintas en casos similares. En este sentido, convertir en rígidos precedentes las resoluciones anteriores constituye una posición ahistórica y conservadora, pues ata la resolución de los conflictos a patrones del pasado.

Finalmente, hay quienes añaden a los dos anteriores argumentos, uno tercero que no descarta ni la mala fe ni la ignorancia en alguna resolución, con lo cual, si estuviéramos ante precedentes jurisprudenciales obligatorios, tendríamos en el futuro que repetir y repetir el error en aras de una arbitraria equidad, aun cuando los magistrados podrán encontrar medios de corrección, en la medida que el juzgamiento no es nunca una tarea mecánica y repetitiva.

Los argumentos no son deleznable fáclmente y, por lo tanto, nuestra conclusión tiene que ser cauta, considerando que hay serias razones a favor y también en contra. Históricamente, sin embargo, es de notar que los grandes sistemas privados de derecho (cuando menos el romano, el anglosajón, el francés antes del siglo XIX y el alemán antes del siglo XX) se desarrollaron bajo procedimientos formales que de una u otra manera son similares a los procedimientos jurisprudenciales. Y en lo que se refiere a riqueza de matices, adecuación a sus épocas y probidad jurisdiccional, no puede achacárseles errores mayores que a los sistemas que no siguen el principio del precedente vinculatorio. Es más, cuando en la república romana hubo que renovar el Derecho clásico apareció el pretor, lo que hizo un cuantioso aporte mediante procedimientos jurisprudenciales, y cuando hubo que reformar el common-law inglés, apareció un sistema jurisprudencial paralelo e innovador llamado equity. De esta forma, se podría concluir que, históricamente, la jurisprudencia ha sido también un instrumento de innovación y



avance en el Derecho.

En el Perú la jurisprudencia ha funcionado como precedente vinculatorio en el ámbito del Tribunal Constitucional y en los aspectos administrativos del derecho tributario. El Poder Judicial solo a principios del 2008 ha empezado a establecer precedentes vinculantes en materia jurisprudencial. La Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil dictado por Decreto Legislativo 768 del 29 de febrero de 1992, han introducido disposiciones que hacen posible la jurisprudencia como precedente vinculatorio.⁴⁹

B) Similitudes:

Tanto los acuerdos plenarios como los precedentes vinculantes tienen como función la ordenación, pacificación, generar seguridad jurídica, generar la predictibilidad de la toma de decisiones de la magistratura, la cual está en directa conexión con el principio de igualdad en la aplicación de la ley y la proscripción de la arbitrariedad, ambas categorías son persuasivas en puridad, si bien es cierto a lo largo de todo este capítulo hemos venido haciendo referencia y hemos utilizado el nomen iuris precedente vinculante, sin embargo tal como lo hemos planteado en uno de nuestros objetivos específicos de nuestra tesis: “Demostrar que los Precedentes Constitucionales no son pétreos ni rígidos pues la Judicatura Ordinaria los puede inobservar recurriendo al tópico de las excepciones al Precedente Constitucional Vinculante.” En puridad de criterios el precedente vinculante no es tal es en realidad precedente persuasivo pues debemos reparar que existen excepciones a los Precedentes Constitucionales Vinculantes, que es la categoría que como anotamos líneas arriba vinculaba, en un grado de 3 sobre 3.

3.1.2.5.- Requisitos para el dictado del Precedente Judicial.

“A.- Armonizar la jurisprudencia contradictoria de las salas supremas.

B.- Subsanan criterios erróneos en aplicación de la ley por parte de las instancias inferiores.

C.- Establecer criterios de interpretación y aplicación de la ley de conformidad con la Constitución.

D.- Optimizar la aplicación de los valores superiores del ordenamiento jurídico y los principios constitucionales, en la solución de las controversias jurídicas.”⁵⁰

3.1.2.6.- Ámbitos de aplicación del Precedente Judicial.

En este ítem solo haremos referencias a algunas de las especialidades en las cuales se aplica el Precedente Judicial, pues el tema materia de investigación se centra en los precedentes constitucionales vinculantes: A la fecha se registran precedentes judiciales en materia penal, laboral, previsional, civil-comercial, constitucional, etc. Por ejemplo en el ámbito civil a la fecha se registran nueve plenos casatorios:

1.- Primer Pleno Casatorio Civil. Casación N° 1465-2007 Cajamarca.

Materia: Indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual.

2.- Segundo Pleno Casatorio Civil. Casación N° 2229-2008 Lambayeque.

Materia: Prescripción adquisitiva de dominio.

3.- Tercer Pleno Casatorio Civil. Casación N° 4664-2010 Puno.

49 RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Novena Edición. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda reimpresión de la décima edición, junio de 2011. Págs. 173-176.

50 CASTILLO ALVA, José Luis. *Los precedentes vinculantes en materia penal expedidos por la Corte Suprema de Justicia*. En: RÍOS GUZMAN, Carlos. (Coordinador) *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la corte suprema*. Editorial Grijley. 2008. Pág. 37.38.



Materia: Divorcio por la causal de separación de hecho - indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado.

4.- Cuarto Pleno Casatorio Civil. Casación N° 2195-2011 Ucayali.

Materia: Desalojo por ocupación precaria.

5.- Quinto Pleno Casatorio Civil. Casación N° 3189-2012 Lima Norte.

Materia: Nulidad de Acto Jurídico.

6.- Sexto Pleno Casatorio Civil. Casación N° 2402-2012 Lambayeque.

Materia: Ejecución de garantías.

7.- Séptimo Pleno Casatorio Civil. Casación N° 3671-2014 Lima.

Materia: Tercería de propiedad.

8.- Octavo Pleno Casatorio Civil. Casación N° 3006-2015.

Materia: Nulidad de acto jurídico.

9.- Noveno Pleno Casatorio Civil.

Materia: ¿Es posible analizar la validez del acto jurídico en los procesos de otorgamiento de escritura pública?"

Finalmente debemos anotar que no existe impedimento legal, doctrinario o jurisprudencial para que la sala constitucional y social de la corte suprema de la república pueda expedir precedentes vinculantes en materia constitucional, sin embargo dicha potestad está sujeta a una condición tal como lo expone el profesor Saenz Dávalos: "que no contradigan los precedentes vinculantes del TC⁵¹", con relación a los plenos en materia constitucional respecto: Se puede consultar el I Pleno Jurisdiccional en Materias Constitucional y Contencioso Administrativa.

3.1.3.- Precedente Constitucional Vinculante.

3.1.3.1.- Precedente Constitucional Vinculante y su base legal.

Código Procesal Constitucional. Ley N° 28237. Artículo VII.- Precedente.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

3.1.3.2.- Concepto de Precedente Constitucional Vinculante.

Recurrimos a una definición jurisprudencial: "(...)el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos." (Exp. N° 0024-2003-AI/TC)

51 Vid. <https://www.youtube.com/watch?v=EtAUwZPkGeo>

3.2.- Precedentes Vinculantes a nivel externo:

Nosotros hemos sistematizado como manifestaciones del precedente vinculante, a nivel externo, al precedente supranacional la clasificación o tipología en precedentes internos y externos la hemos adoptado de manera didáctica, pues como ya lo hicimos líneas arriba, en virtud del Artículo 55° y la cuarta disposición transitoria y final de la Constitución Política del Perú, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Al respecto la jurisprudencia del TC expone: “Los tratados son expresiones de voluntad que adopta el Estado con sus homólogos o con organismos extranacionales, y que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional. En puridad, expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir, entre Estados, organizaciones internacionales, o entre estos y aquellos.

Como puede colegirse, implican un conjunto de reglas de comportamiento a futuro concertados por los sujetos de derecho internacional público. Son, por excelencia, la manifestación más objetiva de la vida de relación de los miembros de la comunidad internacional. Los tratados reciben diversas denominaciones, establecidas en función de sus diferencias formales; a saber: convenios o acuerdos, protocolos, modus vivendi, actas, concordatos, compromisos, arreglos, cartas constitutivas, declaraciones, pactos, canje de notas, etc.” (STC N° 00047-2005-PI/TC, FJ 18)

- Tratados Internacionales.

«Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. En efecto, conforme al artículo 55° de la Constitución, los “tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las “normas con rango constitucional” se encuentran los “Tratados de derechos humanos.” (STC N° 00025-2005-PI/TC, FJ 25 y 26). Con ello la CADH, forma parte de nuestro derecho interno, de nuestro Bloque de Constitucionalidad, y con ello las interpretaciones que realice la Corte IDH, de la misma, en dicha línea no hay óbice para argumentar que si un estado miembro ha suscrito la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, sin reserva alguna se encuentra obligado a acatar la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte IDH, aunque no haya participado en la contienda es decir, *Gelman vs. Uruguay*, *Radilla Pacheco vs. México*, *Almonacid Arellano vs. Chile*, *Tribunal Constitucional vs. Perú*, y un largo fila de sentencias; no sólo obligan-vinculan a las autoridades Uruguayas, mexicanas, chilenas, peruanas respectivamente, sino a todos los estados miembros suscriptores de la CADH y de la plena jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. Caso contrario nuestro país no estaría vinculado por los casos en los que no habría participado, lo cual no es un argumento de recibo.

3.2.1.- Precedentes Supranacionales Vinculantes.

3.2.1.1.- Base Legal.

Una vez dicho esto de la revisión de la CADH, no se aprecia disposición alguna que norme la regulación de los Precedentes supranacionales vinculantes y su grado de vinculatoriedad por parte de los estados miembros, sin embargo dicha institución creemos se desprende del Artículo 62° de la CADH; el cual establece que: “1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención⁵².2. La declaración puede ser

52 El 21 de enero de 1981, se presentó ante la Secretaría de la Organización de Estados Americanos, un instrumento emanado por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, de fecha 20 de octubre de 1980, mediante el cual declara que de conformidad con el párrafo 1 del presente Artículo, reconoce la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que se hace por plazo indeterminado y bajo condición de reciprocidad. El 8 de julio de



hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros de la Organización y al Secretario de la Corte. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido y reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

3.2.1.2.- Concepto de Precedente Supranacional Vinculante.

“En el caso del Perú, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establece como uno de los órganos de garantía de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta Corte cumple con las condiciones de ser un órgano de garantía de carácter jurisdiccional y cuyas decisiones son vinculantes, disponiendo en su artículo 62.3 que la Corte tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención. En consecuencia si la Corte interpreta determinado derechos reconocido por la Convención, y también por nuestra Constitución, entonces, los criterios interpretativos de la Corte también formarán parte del parámetro de constitucionalidad en materia de interpretación de los derechos y libertades que la Constitución reconoce. Además de lo expuesto, para considerar como vinculantes los criterios interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos existe una razón complementaria que deriva del artículo 55 de la Constitución. En efecto, como dice José Carlos Remotti Carbonell⁵³ si el tratado, en este caso la CADH forma parte del ordenamiento jurídico interno, entonces el órgano de garantía del tratado también forma parte del mismo ordenamiento jurídico.

A nuestro turno debemos agregar que no solo vinculan las sentencias de la Corte IDH, sino también las opiniones consultivas de la Corte IDH, que por si no fuera poco, a partir del año 2006 todas las autoridades que impartan justicia no solo los jueces deberán aplicar control de convencionalidad.

3.2.1.3.- ¿Todo lo que resuelva una Corte Supranacional, de la cual el Perú es parte, es vinculante?

Antes de brindar un argumento, debemos recordar que nuestra respuesta estaría en función al órgano que lo expida, pues un particular que ha agotado la jurisdicción interna en virtud del Artículo 205° de la Constitución, al acudir a la jurisdicción supranacional, puede optar por recurrir al sistema regional o al sistema Universal de protección de los Derechos Humanos. Por ejemplo al someter la controversia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a fin que resuelva la Corte IDH, obtendrá una sentencia, pues la Corte IDH es un órgano jurisdiccional, por otro lado si somete la controversia a Conocimiento del Comité de Derechos Humanos, al no poseer dicho órgano naturaleza jurisdiccional pues no emite sentencias.

Si acudimos al sistema Regional, como ya lo hemos expuesto lo que resuelve la Corte IDH, nos vincula in toto, incluidas las opiniones consultivas que emita la misma no cabe duda al respecto:

1999, el Gobierno del Perú declaró su retiro de la competencia de la citada Corte, el que se produjo con efecto inmediato y se aplicó a todos los casos en los que el Perú no había contestado demandas incoadas ante la Corte, y efectuó el depósito el 9 de julio de 1999. Posteriormente, el 29 de enero de 2001, declara que el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, efectuada el 20 de octubre de 1980, posee plena vigencia y compromete en todos sus efectos jurídicos al Estado peruano, debiendo entenderse la vigencia ininterrumpida de dicha Declaración desde su depósito, efectuado el 21 de enero de 1981, ante la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), por lo que se retiró la Declaración depositada el 9 de julio de 1999. *Vid.* MINISTERIO DE JUSTICIA y DERECHOS HUMANOS. *Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es parte.* Banco de Crédito BCP. Primera Edición Oficial: Octubre 2012. Pág. 484.

53 REMOTII CARBONELL, José Carlos. En: *Administración Pública y derechos fundamentales II.* Asignatura del Programa de Doctorado y Máster en Justicia Constitucional, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales, ESADE, Facultad de Derecho, Universidad Ramón Llull, sesión del 16 de mayo del Curso 2001, Barcelona, España. Citado por MORALES SARAVIA, Francisco. *Comentarios a la IV Disposición Transitoria y Final de la constitución. Interpretación de las normas relativas sobre derechos y las libertades conforme a los tratados internacionales en esta materia.* Ob. Cit. Pág. 1179.

Asimismo, respecto al parámetro de convencionalidad ampliado a las opiniones consultivas, tenemos que la doctrina expone: “Si bien es cierto que la propia Corte IDH ha dicho que sus Opiniones Consultivas “...no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención...”⁵⁴ no lo es menos que posee “...efectos jurídicos innegables...”⁵⁵ Así también, ha resaltado no hace mucho dicho órgano interamericano el “amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo. Esta constituye un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales sobre derechos humanos. Con ello se auxilia a los Estados y órganos en la aplicación de tratados relativos a derechos humanos, sin someterlos al formalismo y a las sanciones inherentes al proceso contencioso”⁵⁶.

En síntesis puede sostenerse que esta específica alta función interpretativa que cumple el cuerpo de marras, si bien no es vinculante en sentido propio, su fuerza -como vimos- se apoya en la autoridad científica y moral de la Corte, y tiene efectos jurídicos innegables para todo el modelo regional, y en particular para el Estado que los solicitó.⁵⁷”

Retomando la pregunta con relación al Comité de Derechos Humanos, al no contener contenido jurisdiccional, los dictámenes que emite (rectius las recomendaciones), postulamos que no constituyen precedentes vinculantes supranacionales las decisiones adoptadas por dicho comité, y como lo expusimos líneas arriba los precedentes no están en función al órgano que los emite, sino en función a su grado de vinculatoriedad. Es ilustrativo el Proyecto de Observación General N° 33 (Segunda versión revisada de 18 de agosto de 2008) Las obligaciones de los Estados Partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“28. La actitud declarada por la mayoría de los Estados Partes, a través de los informes que presentan en virtud del artículo 40 del Pacto, de su participación en el procedimiento de comunicaciones individuales y en su seguimiento o por medio de sus tribunales, es que si bien los dictámenes del Comité no tienen la consideración legal de formalmente vinculantes, deben ser considerados de buena fe y respetados plenamente por todos los órganos estatales.

29. Por consiguiente, el Comité opina que, según una interpretación correcta del Pacto y el Protocolo Facultativo, los dictámenes emitidos respecto de las comunicaciones individuales no son meras recomendaciones sino que constituyen un elemento esencial del compromiso en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto de garantizar un recurso efectivo a las personas cuyos derechos hayan sido violados. (Comité de Derechos Humanos 94º período de sesiones. Ginebra, 13 a 31 de octubre de 2008.”

Lo antes expuesto no debe ser mal entendido, en el sentido que como no son vinculantes los dictámenes

54 Opinión Consultiva, OC-1/82, (cit.), párr. 51. Citado por HITTERS, Juan Carlos ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad) En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Número 10 (julio-diciembre 2008), primera edición: 2008. Pág. 150.

55 Opinión Consultiva, OC-15/97, del 14 de noviembre de 1997, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A: Fallos y Opiniones, N° 15, párr. 26. Citado por HITTERS, Juan Carlos ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad) Ob. Cit. Pág. 150.

56 Opinión Consultiva, OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005, Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A: Fallos y Opiniones, N° 19, párr. 18. Citado por HITTERS, Juan Carlos ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad) Ob. Cit. Pág. 150.

57 HITTERS, Juan Carlos ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad) Ob. Cit. Pág. 150.



del Comité, las interpretaciones del Pacto deban ser desconocidas por los estados miembros, dicho argumento debe ser descartado de plano, sin embargo en un espacio académico como lo es la presente investigación se deben decir las cosas como son, no resulta repetitivo precisar que en virtud del art. 55° de la Constitución el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, forma parte de nuestro interno por lo que deviene en exigible, no olvidemos además que todos los derechos humanos se encuentran interconectados, y optar por la Corte IDH o por el Comité, es más que todo una cuestión de estrategia legal, al respecto es ilustrativo lo expuesto por la doctrina español, en relación al grado de vinculatoriedad de los dictámenes del Comité, que mutatis mutandis dicho comentario es aplicable también para nuestro ordenamiento jurídico:

4. Conclusiones:

4.1 Debemos diferenciar el Precedente judicial vinculante del Precedente Constitucional Vinculante, ya que ambos no gozan del mismo grado de vinculatoriedad, en dicha línea si la judicatura se desvincula de un Precedente Constitucional Vinculante, puede incurrir mutatis mutandis en responsabilidad penal y administrativa, lo mismo no sucede con el precedente judicial vinculante, pues el artículo 22° de la LOPJ, le faculta a la magistratura a que de manera excepcional se proceda a la desvinculación de los mismos.

4.2 Los precedentes administrativos vinculantes vinculan en un grado de 1 sobre 3; los precedentes judiciales vinculantes vinculan en un grado de 2 sobre 3, y los precedentes constitucionales y supranacionales vinculantes vinculan, en un grado de 3 sobre 3. Lo cual quiere decir que a mayor grado de vinculatoriedad del precedente mayor será la carga argumentativa para la eventual desvinculación de los mismos.

4.3. No sólo el PJ y el TC emiten precedentes vinculantes, dicha potestad no es exclusiva de dichos órganos constitucionales, pues los Tribunales Administrativos, sin estar investidos de la potestad jurisdiccional, también tienen la plena capacidad para emitir Precedentes Vinculantes, sin embargo al igual que los Precedentes Judiciales, las autoridades administrativas respectivas se pueden desvincular, apartar, inobservar de los mismos, exigiéndose que si por excepción decidan apartarse de los mismos deberán esgrimir los fundamentos de hecho y derecho motivando el porqué de tal distanciamiento del Precedente Vinculante.

4.4. El Precedente Judicial Vinculante es establecido por la Corte Suprema de la República como máxima instancia del Poder Judicial; y a contrapelo del Precedente Constitucional Vinculante, puede darse su apartamiento exigiéndose la motivación adecuada dejando constancia del precedente que desestiman y de los fundamentos que invocan.

4.5. El Precedente Constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene como parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

4.6. Como manifestación del Precedente Vinculante a nivel externo tenemos al Precedente Supranacional Vinculante, el cual si bien no tiene regulación expresa (positivizada), se desprende del artículo 62° de la CADH, el cual establece que la adhesión a ésta, la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial su competencia sobre todos los casos relativos a su interpretación o aplicación.

4.7. Los Acuerdos Plenarios, no constituyen manifestaciones del Precedente Judicial vinculante, porque ni siquiera constituyen jurisprudencia, pues estos, no nacen de un caso concreto que vía el derecho a la pluralidad instancia haya sido sometido a conocimiento de la Corte Suprema de la República del Perú.



A PROPÓSITO DE LOS NUEVE AÑOS DEL CASO “METRO”: UN ANÁLISIS DEL CONSUMIDOR RAZONABLE Y EL PRINCIPIO DE VERACIDAD EN LA PUBLICIDAD COMERCIAL.

Luis Tesén de la Cruz



Sumilla: 1.Introducción. -2. Justificación. -3. Consumidor. -4. Consumidor Razonable. -5.Publicidad comercial. -6.Principio de veracidad. -7.Precedente Metro. -8.A nueve años del Precedente Metro. -9.Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN:

En este artículo presentamos el estudio y análisis de la importancia que tiene la figura del consumidor razonable y el principio de veracidad en la publicidad comercial, a nueve de años del Caso Metro, el mismo que se estableció como precedente de cumplimiento obligatorio en materia de protección al consumidor.

En este sentido, es de conocimiento que hoy en día nos encontramos inmersos en una actividad económica cada vez más compleja, reflejándose en el caso peruano mayores niveles de producción de bienes y servicios, cuyo destino es el mercado nacional e internacional, así como el ingreso de bienes o servicios provenientes del exterior a nuestro país.

Asimismo, contamos con una normativa que regula la protección brindada al consumidor desde el año 1991, luego con su abrogación, y puesta en vigencia de la Ley 29571 en el año 2009, se establece un nuevo enfoque del consumidor como persona y no como simple objeto que participa en el mercado. Son las personas el centro de la actividad económica(a diferencia del Código de Protección al Consumidor del año 1991, en donde se les consideraba como simples entes económicos: consumidores ordinarios).

Para lograrlo, primero se revisarán definiciones previas, como la del consumidor razonable, consumidor ordinario y publicidad comercial. Luego, continuamos con una síntesis del precedente Metro, que será nuestra piedra angular para alcanzar nuestro objetivo, cual es, realizar un análisis de la situación actual del principio de veracidad y la figura del consumidor razonable a raíz del ya mencionado precedente.



2. JUSTIFICACIÓN:

Lo expresado en este artículo constituye simplemente un bosquejo preliminar en un campo tan amplio y poco explorado en nuestro medio, como lo es el Derecho de Protección al Consumidor, esperamos contribuir a que mayores estudios sean elaborados en esta materia y, a que se siga cultivando el espíritu de investigación en nuestra casa de estudios (de forma singular en nuestra Facultad).

3. CONSUMIDOR

Como punto de partida, es necesario traer a colación la definición de “Consumidor” establecido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor¹ (en adelante CPDC): “todas las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor”.

3.1 TIPOS DE CONSUMIDORES

1 Ley N° 29571, promulgada el 14 de agosto del 2010.

Para fines didácticos ilustraremos los tipos de consumidores planteados por el ASPEC (Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios), así podemos mencionar:

✓ Consumista

Es aquel consumidor compulsivo que no suele planificar sus compras, ni mucho menos, tiene diligencia como para informarse antes de comprar. A este consumidor, lo único que atrae son las promociones, no le importa realizar un análisis entre precio-calidad y, casi nunca reclama.

✓ Consumidor medio

Este tipo de consumidor solo le gusta las ofertas y rara vez muestra interés para informarse del producto (solo cuando algo le preocupa), no es muy detallista en sus compras y solo reclama cuando el asunto es de gravedad

✓ Consumidor razonable

Aquel consumidor que planifica su actividad económica en el mercado, adquiere información del producto o servicio antes de realizar la compra y, analiza la relación precio-calidad. A este consumidor, la doctrina también considera que “leen los contratos”, a diferencia de los antes mencionados.

✓ Consumerista

Es el “consumidor ideal”, aquel que no solo piensa en el dinero que lleva en su bolsillo derecho, sino también en su familia, comunidad y medio ambiente.

4. CONSUMIDOR RAZONABLE

La jurisprudencia del INDECOPI había desarrollado ya en los años noventa una serie de casos, con la idea de que el consumidor protegido sea el que actúa razonablemente, esto, mucho antes de que dicha posición fuera reconocida legislativamente².

El primer proyecto del Código de Consumo, elaborado por la comisión, presidida por Walter Gutiérrez, sugería, sin embargo, un estándar distinto: el de consumidor ordinario. Así, el párrafo 1.3 del art.1 del proyecto decía: “Para interpretar el comportamiento de estos agentes en el mercado, se tomará como referencia el parámetro de un consumidor ordinario, no especializado y que el proveedor haya actuado conforme al principio de buena fe y de razonabilidad”. Así, la propuesta norma exige razonabilidad al proveedor, no al consumidor.

La norma no generaría problemas en una sociedad en la que los consumidores usualmente se comportan razonablemente. En ese caso, el consumidor medio u ordinario será un consumidor razonable. En esos casos, el consumidor está protegido en sus operaciones de consumo, incluso si su conducta no fue razonable, por ejemplo, el consumidor que no lee el contrato y lo suscribe con su proveedor de servicios.

Pero llevando dicha propuesta a nuestra realidad, que es donde se desarrolla el Derecho en su plenitud, concluiríamos que si el consumidor ordinario se comporta como un idiota, es digno de protección así haya cometido idioteces. El proveedor tendrá entonces que encontrar mecanismos que protejan a los consumidores de su propia idiotez³. Bajo tal regla, resulta claro que no habría incentivos para corregir la conducta del consumidor, al contrario, sería un premio a su comportamiento inadecuado (irracional).

La defensa que se hace de usar un consumidor ordinario o medio se basa principalmente en los siguientes supuestos:

-El consumidor razonable no es real, según esta posición los consumidores no se comportan ordinariamente de manera diligente ni razonable, por tanto deben ser protegidos de forma usual, el estándar debe ser realista y reflejar lo que el consumidor de carne y hueso es, y no lo que podría ser.

Una idea así, solo incentiva a la negligencia de los consumidores. Más allá de algunos casos aislados, los

2 Resolución N° 094-95-C.P.C.D., emitida en el expediente N° 117-95-C.P.C.D., seguido por Asociación Civil Bolsa de Valores. Así como en: 34 Resoluciones N° 063-97-C.C.D. y N° 115-1998/TDC-INDECOPI, emitidas en los expedientes acumulados N° 051-97-C.C.D.

3 Tomamos en cuenta el criterio de Bullard, Alfredo en su artículo: “¿Es el consumidor un idiota?...” En: Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual, otoño del 2010.

consumidores no se comportan como idiotas, con lo cual no existirá en el común de los casos diferencias entre el consumidor ordinario y el consumidor razonable. Sin embargo, es necesario mantener el estándar de razonabilidad precisamente para que las normas puedan corregir situaciones aisladas de irracionalidad de los consumidores.

-No suscribimos la posición del Dr. Santiago Roca, el cual afirma que el concepto de proteger solo al consumidor “razonable” limita aún más la protección al consumidor en el Perú. Caso contrario, apoyamos la tesis de Alfredo Bullard, según el cual para evitar errores en los consumidores se requiere que se adopten precauciones recíprocas, y no solo precauciones unilaterales por parte de los proveedores. Esto porque, si se tutela conducta irracionales del consumidor, se elevarán los costos del producto para “subsidiar” dicha conducta, al elevar el costo, por consiguiente, el precio aumentará resultando perjudicado los consumidores de manera lata y, en forma particular los consumidores razonables que tendrán que pagar el sobrecosto originado por la conducta de un consumidor irracional en su conducta. Así también agregar, que consideramos como errónea la idea de que el consumidor por definición es el débil con relación al proveedor.

-La protección al consumidor se tiene que observar desde el punto de vista de los reclamos individuales de los consumidores, afirma el maestro Roca, lo cual también rechazamos, porque el Derecho no puede tomar como criterio a la persona individualizada, sino a la persona en sociedad (art.1 Constitución Política del Perú), aún más, un Código, per se, no puede regular conductas específicas, sino generales (previsibles).

Este criterio no se originó en las normas ni en la jurisprudencia de protección al consumidor: es un principio universal del Derecho Común. Así, verbigracia, el art. 1314 del Código Civil, señala que quien actúa con la diligencia ordinaria, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La referencia a diligencia ordinaria evidentemente se refiere a la forma como actuaría una persona (este caso un consumidor) razonable. El art. 1327 del mismo Código Civil señala que el resarcimiento no se debe por daños que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria⁴.

Nadie puede derivar su derecho de su propia falta de diligencia y cuidado. La negligencia amparada, indicada un inadecuado uso o aplicación del principio de buena fe.

Se considera consumidores razonables a los que antes de tomar decisiones de consumo, adoptan precauciones comúnmente razonables y se informan adecuadamente acerca de los bienes o servicios que les ofrecen los proveedores.



5. LA PUBLICIDAD COMERCIAL

La publicidad comercial es una forma de comunicación pública que busca fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores. La utilización de alegaciones y afirmaciones de tipos altisonantes, exageradas, excluyentes, acompañadas de humor y fantasía, se encuentra permitido en nuestro ordenamiento jurídico y en la normativa ética del Consejo de Autorregulación Publicitaria del Perú (CONAR), buscando proteger la libertad de expresión empresarial, sin restricción alguna siempre que su ejercicio no implique la realización de actos de competencia desleal que afecten el derecho a la información sobre bienes y servicios publicitados.

Para que una forma de comunicación constituya publicidad comercial deben concurrir dos requisitos:

- (i) debe tratarse de una comunicación pública; en otras palabras, debe estar dirigida a un público de potenciales consumidores potenciales consumidores; y,
- (ii) dicha comunicación debe tener como propósito o por efecto fomentar en el destinatario del mensaje el consumo de los bienes o la contratación de los servicios anunciados.

Conforme a lo prescrito en el art.59 inc. d) de la LRCD, se considera publicidad comercial a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apto o dirigido a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio comercial, industrial o profesional, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer

4 Bullard, Alfredo, Op.cit. pp. 28-32.

sus intereses empresariales.

5.1 INTERPRETACIÓN DE LA PUBLICIDAD

El art. 21 de la LRCD (Ley de Represión de la Competencia Desleal)⁵ establece, respecto a la interpretación de la publicidad comercial, lo siguiente:

“21.2.- Dicha evaluación se realiza sobre todo en el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que los conforman”.

El “examen superficial” de un anuncio es el que surge de manera consuetudinaria en los ojos de un consumidor que observa dicho anuncio publicitario pero sin recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas. Esto no quiere afirmar que es un examen descuidado o irresponsable, sino a que el consumidor no hace un análisis exhaustivo, profundo o especializado acerca de lo que se difunde.

Asimismo, como señala De La Cuesta⁶: “No puede enjuiciarse la publicidad tomando aisladamente cada uno de los elementos del mensaje, incluidas las formas de expresión propias de los diferentes lenguajes. El mensaje ha de deducirse del conjunto de todos los elementos y de todas sus diversas formas de expresión utilizadas”.

6. PRINCIPIO DE VERACIDAD

Generalmente nos vemos inmersos de diversas clases de anuncios donde la gran mayoría de anunciantes afirman ser los únicos en el mercado, los pioneros en algo, los más bonitos, los muy eficientes, así como otros anuncios que brindan datos estadísticos, encuestas que sustentan sus afirmaciones, o cualquier dato comprobable y en otros casos, aquellos que afirman que su producto o servicio es el mejor del mercado, del mundo o de la galaxia. Lo cierto es que los anunciantes utilizan en su publicidad diversos tipos de alegaciones y afirmaciones de tipos altisonantes, exagerados, excluyentes, acompañados de humor y fantasía con la finalidad de promocionar los productos o servicios que ofertan pues se busca provocar un gran impacto en el público destinatario para hacerse notar entre la multitud de competidores.

De acuerdo a nuestra doctrina nacional, usualmente se han clasificado las alegaciones utilizadas por los anunciantes en la publicidad comercial como objetiva y subjetiva, definiendo a las primeras como las comprobables y a las segundas como las que no están sujetas a comprobación por expresar opiniones, puntos de vista o sentimientos del anunciante. Así, se sostiene que solamente las expresiones publicitarias que un consumidor razonable interprete como objetivas y comprobables se encuentran sujetas al principio de veracidad, debido a que poseen la capacidad de engañar al consumidor mediante la falsedad o la inducción a error.

Lo que se debe regular no es el tipo o cantidad de información que ha de ser difundida en los anuncios, sino, por el contrario, la prevención de los excesos en los que pueden incurrir los anunciantes con el propósito de captar clientela. En síntesis, la “publicidad podrá ser lícitamente parcial, persuasiva, incitadora, incluso en cierto modo ‘manipuladora’, pero en todo caso ha de ser ‘veraz’”.

El engaño, concebido en términos generales como el acto por el cual un competidor genera una impresión falaz respecto de sus propios productos o servicios, es probablemente la forma más común de competencia desleal⁷.

Por otro lado, el medio más común a través del cual se ejerce el engaño en las relaciones comerciales es la

5 Decreto Legislativo N° 1044.

6 DE LA CUESTA RUTE, José María. Curso de Derecho de la Publicidad. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA). 2002, p.154.

7 PATRÓN SALINAS, Carlos. “El principio de veracidad y la “substanciación” previa en materia publicitaria”. En: Revista Themis n° 32, Lima (1995), pp.239-248.

publicidad. Por ello, en la mayoría de los países, entre los cuales se encuentra el Perú, se ha optado por una legislación especial que prevea específicamente la tutela contra el engaño publicitario.

Ahora bien, es importante precisar que no toda alegación publicitaria se encuentra sometida al principio de veracidad. Esta carga solo recae en los anuncios que contengan información objetiva. Ello, en la medida que estos serán los únicos susceptibles de inducir a error a los consumidores, pues se realizan sobre la base de elementos comprobables que por lo general, son tomados en serio por los consumidores.

Por su parte, los anuncios publicitarios de contenido subjetivo no se encontrarán sujetos al análisis del principio de veracidad al no ser susceptibles de inducir a error a los consumidores, ya que estos no las tomarán en serio, pues considerarán que se trata de simples exageraciones publicitarias o apreciaciones no comprobables del propio anunciante sobre su oferta.

Cabe señalar que no tiene que presentarse un engaño efectivo en el mercado, basta con este sea susceptible de generarse para que sea considerado un acto ilícito.

Como ya se ha señalado, para determinar si un anuncio es susceptible de inducir a error, en primer lugar se debe realizar un análisis integral y superficial del anuncio, como lo haría un consumidor razonable (incluso si el anuncio contiene una “parte captatoria”). De dicho análisis se obtiene el mensaje publicitario del anuncio, el cual no debe ser falso ni inducir a error. La falsedad es el caso más simple de infracción al principio de veracidad pues implica que las afirmaciones empleadas no corresponden a la realidad. Por su parte, la inducción a error -a diferencia de la simple falsedad- puede ocurrir incluso cuando las afirmaciones presentadas en el anuncio sean verdaderas dependiendo de la forma en que las afirmaciones sean presentadas y de las imágenes que acompañan a dichas afirmaciones, lo que puede llevar a un consumidor a considerar que los productos o servicios publicitarios poseen determinadas características de las que en realidad carecen.

6.1 Omisión de información susceptible de inducir a error.

No se exige que los anunciantes consignen toda la información relevante sobre su producto en los anuncios, pues se entiende que la publicidad no es un contrato de consumo⁸. En ese sentido, el acto de engaño a través de la actividad publicitaria no se produce por la simple omisión de información, sino cuando esta omisión genera una perspectiva errónea en el consumidor, es decir, cuando existe discordancia entre el mensaje que reciben los consumidores y la realidad. La información que sea comúnmente conocida por los consumidores no será susceptible de inducirlos a error.

Se considera que cuando el anunciante introduce en su publicidad información imperceptible o ilegible que sea susceptible de generar una percepción errónea en el consumidor y esta no sea informada adecuadamente a través de medios análogos gratuitos (previa mención de su existencia y ubicación), deberá ser considerada como un acto de engaño por omisión.

6.2 Alegaciones ambiguas susceptibles de error.

Se trata de expresiones publicitarias que poseen varias acepciones y en alguna de ellas la expresión utilizada no es veraz; por lo tanto, el anuncio publicitario puede constituir un acto de engaño, ya que existe el riesgo de que el público de los consumidores interprete el mensaje en un sentido que no se corresponda con la realidad⁹.

En consecuencia, en caso de existir ambigüedad sobre un mensaje publicitario debido a las diversas interpretaciones derivadas de los términos de un anuncio, este debería ser interpretado a favor del público destinatario, es decir, del consumidor.

6.3 Alegaciones publicitarias objetivas y subjetivas: la publicidad de tono excluyente, la exageración publicitaria y los juicios estimativos.

La publicidad de tono excluyente es toda afirmación de contenido informativo y comprobable que es tomada en serio por el público al que se dirige o alcanza y, a través de la cual, se manifiesta que la empresa, producto o servicios anunciados ocupa una posición preeminente en el mercado, posición que no es alcanzada por ningún competidor¹⁰.

8 Véase el precedente Metro, explicado de forma detallada más adelante.

9 Véase caso “Elimina olores”, Resolución N° 4-2013-CONAR/CPE.

10 Véase el “Caso Portabilidad”. En: “Compendio Criterios Resolutivos CONAR...”



La doctrina define a la exageración publicitaria como los anuncios que aumentan de modo desmesurado las características de los bienes ofertados a través de elogios altisonantes de contenido total o parcialmente comprobable, que posee un núcleo fáctico verdadero y que no son tomados en serio por los consumidores. En lo que corresponde a juicios estimativos, no son más que expresiones publicitarias que se limitan a exteriorizar una opinión del anunciante, la cual no puede verificarse porque no menciona o alude a ningún hecho.

7. PRECEDENTE METRO

¿Hasta qué punto el proveedor o productor está obligado a brindar “toda” la información a través de un anuncio publicitario a los consumidores razonables?

En materia publicitaria la doctrina reconoce que no existe, en principio, un “deber de exhaustividad” o de incluir toda “la información mínima relevante”. Un anunciante, en ejercicio de su libertad empresarial, tiene el derecho de decidir el contenido de su anuncio, eligiendo si presenta información subjetiva u objetiva y, en este último caso, la cantidad de información que va exponer.

Así se afirma, que “el anunciante no tiene ninguna obligación de exhaustividad en la publicidad. Dicho con otras palabras, el empresario, que hace publicidad de sus productos o servicios, no está obligado a actuar como un notario consignando escrupulosamente las ventajas e inconvenientes de sus productos o servicios¹¹”.

Y fue en el año 2007 en que el INDECOPI se suscribe al criterio comentado en el párrafo anterior, esto a través del precedente de observancia obligatoria: Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI (17.09.2007), más conocido como “Caso Metro”.

En este caso, iniciado de oficio por la Comisión de Represión de Competencia Desleal contra Hipermercados Metro, por presunta infracción al principio de veracidad, por la difusión de un anuncio publicitario en el que promocionaban descuentos del 20% en el precio de los detergentes, cereales, fideos, infusiones y productos para mascotas vendidos en sus establecimientos comerciales los días 9 y 10 de setiembre de 2006, presentando algunas condiciones de la misma por un tiempo de un segundo, de manera tal que no le permitía a un consumidor conocerlas de manera clara y comprensible. Así, la Comisión, basándose en el anterior precedente, sancionó a Metro con el pago de 10 UIT¹².

Cuando el Tribunal tiene conocimiento del caso, en apelación, señaló que si bien es cierto que la información de las restricciones de la promoción difundida puede resultar, en principio demasiado extensa para ser expuesta en un anuncio televisivo, -por ello, de acuerdo con la Sala- Metro pudo variar los términos del mensaje publicitario difundido en el anuncio televisivo con objeto de evitar que los consumidores perciban erróneamente que esta promoción no presentaba restricciones o, pudo optar por advertir en el anuncio cuestionado de la existencia de estas restricciones y remitir a un servicio de información gratuito donde los consumidores pudieran acceder fácilmente a dicha información”.

Así, atendiendo a las circunstancias del caso, el Tribunal del INDECOPI redujo la sanción impuesta, dado que efectivamente se presentaba una inducción a error, sin embargo flexibilizó la exigencia de presentar toda la información en cuanto a las restricciones en un anuncio publicitario, con ello dejó como precedente de observancia obligatoria lo siguiente:

1. El principio de veracidad publicitaria contemplado en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 691 resulta aplicable a los mensajes publicitarios que los consumidores perciben como comprobables mediante un análisis integral y superficial de los anuncios.

11 LEMA DEVESA, Carlos. La exageración publicitaria en el derecho español. En: Actas de Derecho Industrial. Madrid. Marcial Pons. Pp.282-289.

12 Recuperado el 22 de setiembre del 2015, en: <http://www.caballerobustamante.com.pe/plantilla/profe/cambiosdecriterio241107.pdf> ”Examen a los cambios de criterio sobre la legalidad y veracidad en materia de publicidad comercial Indecopi...”

2. Cuando los productos o servicios tengan condiciones particulares, como son advertencias, restricciones y requisitos de adquisición, y dicha información no haya sido consignada íntegramente en el anuncio publicitario, el anunciante debe poner a disposición de los consumidores un servicio de información gratuito de fácil acceso a dicha información complementaria, e idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que va dirigido el anuncio, tal como, un centro de atención telefónica. El servicio debe ser apropiado para garantizar un acceso suficiente y una pronta atención a los consumidores que demanden información. Del mismo modo, debe ser oportuno con respecto a las fechas de difusión del anuncio y de venta de los productos o contratación de los servicios anunciados. En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio.

3. La información complementaria no consignada en los anuncios y puesta a disposición a través del servicio de información gratuito a que se refiere el numeral anterior, debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario. La carga de la prueba de la idoneidad de dicho servicio y de la información proporcionada por éste recae sobre el anunciante.

4. La Comisión de Represión de la Competencia Desleal debe supervisar la idoneidad de los servicios de información gratuita al vigilar el respeto del principio de veracidad contemplado en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 691.

5. Lo previsto en los numerales 3 y 4 no resulta aplicable a la publicidad de los productos y servicios donde exista un mandato legal específico de consignar determinada información, cuya omisión es sancionable por el principio de legalidad previsto en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 691.

8. A NUEVE AÑOS DEL PRECEDENTE METRO

Tal como se ha afirmado en la introducción, la finalidad del presente artículo es el análisis de las repercusiones que ha tenido el precedente Metro a lo largo de estos nueve años desde su dación, y nada mejor para eso que encender por un momento el televisor o, leer un diario local.

En el período de los años 2004-2007, los proveedores que anhelaban anunciar su producto o servicio brindado, se encontraba con un obstáculo, el cual tenía que pasar y así poder estar al otro lado, nos referimos a que si un proveedor quería hacer publicidad, se encontraba con la dificultad que en dicho anuncio brindara toda la información cuanto sea posible al consumidor, así sea de manera espontánea, porque caso contrario corría el riesgo de ser sancionado por el INDECOPI. Y fue así, donde era cotidiano apreciar una publicidad en televisión, con letras diminutas(en los mejores de los casos, legibles) que se desplazaban a casi la velocidad de la luz y, al final de dicho anuncio el consumidor potencial, no había leído nada de lo que decía la parte inferior y, esto se agravaba aún más, si tenemos en cuenta que dichas letras pequeñas englobaban un contenido de tanta importancia que si el consumidor lo conociera, lo más seguro que hubiese optado por otra alternativa(nos referimos a condiciones, restricciones, etc.).

Es el precedente Metro el cual establece una nueva solución no solo al problema de la información brindada al consumidor razonable, sino también a como pasar ese muro infranqueable sin incurrir en mayores costes, así establece la oportunidad en favor de los proveedores (a su vez en beneficio del consumidor), cuando sus productos o servicios tengan condiciones particulares (advertencias, restricciones y requisitos de adquisición, y dicha información no haya sido consignada íntegramente en el anuncio publicitario), el anunciante debe poner a disposición de los consumidores un servicio de información gratuito de fácil acceso a dicha información complementaria, la que debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario.

El caso Metro, marcó un antes y un después en la actividad publicitaria, así al encender el televisor y ver los spots publicitarios, en la mayoría de casos, nos encontramos con la información necesaria para que el consumidor puede realizar su toma de decisión acorde a sus propios intereses. Si bien aún podemos observar hoy en día, anuncios como el de DIRECTV (con letras pequeñas ilegibles en la parte inferior), sus anunciantes son conscientes que no brindan la información suficiente y que incurrir en falta por lo que proporcionan un canal de comunicación para que el cliente obtenga información acerca del servicio brindado, en este caso, y así mantenerse bajo lo establecido del mencionado precedente.



Pero para que sea efectiva esta solución, estuvo acompañada de la figura proscrita en el Código de Protección al Consumidor de consumidor razonable, la cual es indispensable en cuanto se toma como referencia para la interpretación que realizará el INDECOPI de la publicidad puesta a su conocimiento.

Así tenemos que el principio de veracidad será contrastado con el status jurídico de consumidor razonable y, no de un consumidor ordinario con lo cual, se evita regresar a la misma situación anterior al precedente Metro, por ejemplo, una exageración publicitaria para un consumidor razonable, puede ser una afirmación excluyente para el consumidor ordinario; lo que traería consecuencias muy distintas, ya que, una exageración publicitaria no es de carácter demostrable, en cambio una declaración excluyente, sí es de necesaria contrastación con la realidad. El principio de veracidad y la figura de consumidor razonable son una unidad armónica.

CONCLUSIONES

- Es necesario mantener el estándar de razonabilidad precisamente para que las normas puedan corregir situaciones aisladas de irracionalidad de los consumidores.
- No puede interpretarse la publicidad tomando aisladamente cada uno de los elementos del mensaje, incluidas las formas de expresión propias de los diferentes lenguajes. El mensaje ha de deducirse del conjunto de todos los elementos y de todas sus diversas formas de expresión utilizadas.
- El principio de veracidad y el status de consumidor razonable, se deben comprender y analizar como un todo, para así poder determinar si se ha brindado la información necesaria para una toma de decisiones de acuerdo a nuestros intereses, como consumidores.
- El precedente Metro ha traído consigo resultados positivos, salvo algunas excepciones, la publicidad comercial hoy en día cumple con el principio de veracidad indispensable para un consumidor razonable.
- Toda norma que pretenda intervenir en el mercado debe pasar por un test de proporcionalidad para demostrar que la regulación se encuentra justificada, ya que, en el Perú, en muchos casos se ha pretendido sobre regularizar sin realizar un análisis adecuado del impacto de dichas normas, lo cual genera muchas veces efectos que no logran el objetivo y generan costos innecesarios al Estado, a los consumidores y a las empresas.



BIBLIOGRAFÍA

BULLARD GÓNZALES, Alfredo “¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario”. En: Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual. Indecopi, otoño 2010.

DE LA CUESTA RUTE, José María. Curso de Derecho de la Publicidad. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA). 2002.

FERNANDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y SALGADO ANDRÉ, Elena. Actos de engaño y omisiones engañosas en la Ley de Competencia Desleal (análisis del art. 5 y 7 de la LCD). En: Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor. Volumen 30 (2009-2010). Madrid, Universidad de Santiago de Compostela y Marcial Pons (coedición).

LEMA DEVESA, Carlos. La exageración publicitaria en el derecho español. En actas de Derecho Industrial. Madrid. Marcial Pons.

PATRÓN SALINAS, Carlos. “EL PRINCIPIO DE VERACIDAD Y LA “SUBSTANCIACION” PREVIA EN MATERIA PUBLICITARIA”. En: Revista Themis n° 32, Lima (1995).

SOSA HUAPAYA, Alex. “Compendio criterios resolutivos CONAR (NUEVA ERA: 2009-2014)”, Lima (2015).

SUMAR ALBÚJAR, Oscar y AVELLANEDA ROJAS, Julio. Paradojas en la regulación de la publicidad del Perú. Lima. Universidad del Pacífico. Julio (2012).

LINKOGRAFÍA

Recuperado el 22 de setiembre del 2015, en: <http://www.caballerobustamante.com.pe/plantilla/profe/cambiosdecriterio241107.pdf> “Examen a los cambios de criterio sobre la legalidad y veracidad en materia de publicidad comercial Indecopi.”

Recuperado el 24 de setiembre del 2015, en: <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/4/par/resolucdd/precedente.1602-2007-tdc.pdf> “Resolución N° 032-2007/CCD-INDECOPI”. “Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial”, en: Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI.

La Supervisión por Condiciones de Seguridad de Criticidad Alta en Grifos y EE.SS.: un Análisis del Nuevo Modelo creado por OSINERGMIN.

Aldo Ortiz Torres



En la actualidad, nuestro país se rige bajo un modelo económico de Economía Social de Mercado, de origen alemán, la cual se basa en la organización de los mercados como mejor sistema de asignación de recursos y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales éticas y sociales para su operatoria eficiente y equitativa¹, y que en ciertos casos busca corregir las posibles fallas de mercado, que lo alejan de las condiciones de competencia: en otras palabras, busca crear un amalgama entre los modelos basados en los principios de libertad del hombre y justicia social.

En este marco, el Estado cumple un rol pasivo en la economía como actor económico (no participa por activamente en el mercado medio de empresas estatales o figuras similares, más que en los casos en que los privados no participan por imposibilidad o desinterés), pero sí como un ente vigilante de la misma, que en ciertas actividades económicas, cumple un rol supervisor, frente a fallas de mercado que pueden generar situaciones de marcada injusticia, el aprovechamiento indebido de algunos individuos, o fuertes externalidades.

Muestras patentes aplicación de los principios que rigen este modelo son, por ejemplo, la actividad que realiza el Ministerio de Trabajo y SUNAFIL en la vigilancia de las condiciones laborales de los trabajadores, tanto estatales como privados, la de SUSALUD en la vigilancia de las condiciones en las que se prestan los servicios de salud por las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en dicho sector, y sobre todo, la participación de los organismos reguladores, que tienen una amplia gama de facultades para simular las condiciones de competencia en mercados en los que estas no se presentarían en forma natural, ya sea por la inexistencia o imposibilidad de entrada de nuevos competidores al mercado, por grandes asimetrías de información, o las externalidades que la actividad implica.

Sin embargo, el cumplimiento de estas funciones estatales requiere que se desarrollen modelos equilibrados, capaces de asegurar condiciones justas para la sociedad, que no ahogue a la iniciativa privada, y a la vez se aprovechen los recursos estatales de manera eficiente. Para este fin, es necesario que se desarrollen modelos de supervisión que se adecuen a cada sector, teniendo en cuenta las particulares características de estos.

En tal sentido, Osinergmin, Organismo Supervisión de la Inversión Privada en Energía y Minería, desde su creación, ha desarrollado métodos diversos de supervisión para cada uno de los variados sectores en los que ejerce su función como regulador. Es en este proceso de modernización que, recientemente, ha entrado en vigencia el procedimiento de supervisión a grifos y estaciones de servicio, en base a la detección de incumplimientos de criticidad alta, el cual ha supuesto un cambio sustancial en el modelo, y que es el objeto de este trabajo.

I. LA FUNCIÓN SUPERVISORA DEL OSINERGMIN: MARCO LEGAL ACTUAL

Actualmente, OSINERGMIN, al igual que los demás organismos reguladores existentes en nuestro país se rigen, en términos generales, por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, ley N° 27332. Esta norma establece que las funciones de estos organismos son 6: supervisora, reguladora, fiscalizadora, normativa, de solución de reclamos, y de solución de controversias.

Por otro lado, el artículo 5° de la Ley del Organismo Supervisor de la Energía –OSINERG, Ley N° 26734, refiere también, en específico las funciones del organismo, entre las cuales resalta la de supervisión y fiscalización. En tal sentido, el referido artículo, en sus diferentes literales, dispone que las funciones del organismo sean:

Velar por el cumplimiento de la normatividad que regule la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario.

1 RESICO, Marcelo. *Introducción a la Economía Social de Mercado. Konrad AdenauerStiftug. Buenos Aires, 2010 p. 123*



Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los concesionarios en los contratos de concesiones eléctricas y otras establecidas por la ley.

Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes.

Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería².

Fiscalizar y supervisar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales del subsector electricidad, referidas a la seguridad y riesgos eléctricos, por parte de empresas de otros sectores, así como de toda persona natural o jurídica de derecho público o privado, informando al organismo o sector competente sobre las infracciones cometidas, las que le informarán de las sanciones impuestas.

Danos Ordoñez³, analiza esta característica particular en el OSINERGMIN, y da cuenta de que en el caso de OSINERGMIN, es claro que se crea como un organismo de carácter esencialmente supervisor y fiscalizador del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con los subsectores de electricidad e hidrocarburos, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas, referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades.

Resulta manifiesta la relevancia que la norma específica, otorga al deber de supervisión de las normas sectoriales una gran relevancia. Este hecho es lógico si se tiene en cuenta la importancia del cumplimiento de las normas técnicas a las que se hacen referencia.

En tal sentido, se han desarrollado diversos procedimientos para llevar a cabo esta función en cada uno de los sectores asignados a este organismo, e incluso, se han implementado procedimientos diversos para la supervisión de ciertas obligaciones en específico.

El presente trabajo tiene por objeto analizar los procedimientos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de seguridad de los grifos y estaciones de servicio: esto es, el servicio de comercialización de hidrocarburos líquidos.

La supervisión de las obligaciones de seguridad en grifos por medio del Procedimiento de Declaración Jurada.

Hasta el día 21 de abril de 2016, OSINERGMIN realizaba su función de supervisar el cumplimiento de las obligaciones relativas a las condiciones de seguridad, según lo dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 204-2006-OS/CD, que aprueba el Procedimiento de Declaraciones Juradas de Cumplimiento de Obligaciones Relativas a las Condiciones Técnicas, de Seguridad y de Medio Ambiente de las Unidades Supervisadas – PDJ.

El Procedimiento de Declaraciones Juradas (PDJ), según el artículo 2° del Anexo 2 aprobado por la resolución N° 204-2006-OS/CD, tiene como finalidad que los responsables de las unidades supervisadas que se encuentren debidamente inscritos en el Registro de la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas, efectúen inspecciones periódicas de sus establecimientos, instalaciones o unidades, según corresponda, a efectos de asegurar que su operación se realiza acorde con las normas técnicas, de seguridad y de medio ambiente establecidas en el ordenamiento jurídico vigente, y es aplicable tanto a grifos, consumidores directos de combustibles líquidos y GLP, transportistas de hidrocarburos, y locales de venta de GLP.

El sometimiento al PDJ, supone la obligación del administrado de autoevaluarse en el cumplimiento de sus obligaciones, y de remitir los resultados al OSINERGMIN con carácter de declaración jurada.

La implementación de este procedimiento, tiene como fin práctico reducir los costos de supervisión para el

2 Competencia transferida al Organismo de Evaluación en Fiscalización Ambiental – OEFA, por la ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental

3 DANOS, Jorge. Los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos en el Perú. En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. N° 57. Lima, 2004. p. 73

regulador, al transferir esta carga al administrado, quien se encuentra en una mejor posición para cumplir dicha tarea, por lo que resulta más eficiente. Los datos contenidos en la declaración jurada del administrado, por efecto del principio de presunción de veracidad, se presumen ciertas, por lo que el regulador no se ve obligado a verificar la veracidad de la información presentada cada uno de los administrados.

Asimismo, con la aplicación del PDJ para ejercer su función supervisora, OSINERGMIN incentiva el cumplimiento de las obligaciones que el administrado declara como cumplidas, al incrementar de manera legítima la sanción, en caso de detectar el incumplimiento: esto porque, además de la sanción que se aplica por incumplir la disposición técnica de seguridad, se adiciona también el haber remitido información falsa a la administración pública. Con esta figura, se legitima el incremento en la sanción por incumplimiento que se imponga a los administrados, luego de que se realice una supervisión muestral del universo de población.

La implementación de esta medida para poder incrementar la sanción que se imponga por incumplimiento de las obligaciones de seguridad, pues de esta manera se incrementa también el incentivo al administrado de cumplir con sus obligaciones. Esta medida es necesaria para poder incrementar el nivel de la sanción para un incumplimiento, debido a que la administración no puede realizar tal incremento sin tener en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad; por este motivo, es necesario agravar el incumplimiento de la obligación con el ilícito de declaración falsa a la administración pública.

Además, el PDJ incentiva a los administrados a autosupervisarse, sin generar un costo adicional a la administración. Del mismo modo, la administración no sufre limitación alguna para cumplir su función de supervisión, pues aun cuando el administrado haya presentado información que se encuentra investida por la presunción de veracidad, aquella aún conserva su facultad de control posterior, con lo que puede supervisar la certeza de la información brindada.

En este sentido, por el amplio universo de unidades a supervisar, el procedimiento de controles posteriores que realiza el OSINERGMIN a las declaraciones juradas que presentan los administrados, no se diferencia en lo que a la amplitud de unidades supervisadas se refiere, a lo que podría alcanzar a supervisar sin el PDJ. Esto por el tan amplio número de unidades a supervisar por el organismo, que obliga a realizar supervisiones muestrales. En tal sentido, no existe costo de supervisión alguno con la aplicación del procedimiento PDJ.

De esta manera, el procedimiento de supervisión PDJ constituía una herramienta eficiente, pues generaba incentivos positivos a los administrados con costos muy bajos a la administración, y respetando plenamente los principios constitucionales y legales que rigen la actividad pública.

II. LA EVOLUCION DEL PROCEDIMIENTO DE SUPERVISION Y LOS CRITERIOS PARA DIRIGIR SU DESARROLLO.

Como hemos referido anteriormente, el desarrollo de los procedimientos de supervisión debe dirigirse a asegurar que estos brinden condiciones justas para la sociedad, y sin ahogar a la iniciativa privada, y a la vez se aprovechen los recursos estatales de manera eficiente.

Asimismo, para poder crear un esquema de procedimiento que cumpla con las condiciones mencionadas, resulta imperativo que en el desarrollo se observen los principios y normas constitucionales y legales, establecidos, tanto para el ejercicio de la actividad administrativa de los organismos públicos, como para el desarrollo de la actividad económica privada.

Respecto a los primeros, el procedimiento de supervisión a desarrollarse, obligatoriamente, siguiendo los criterios esenciales consagrados, tanto en la Constitución Política del Perú, como en la Ley de Procedimiento Administrativo General, de esta última, especialmente los dispuestos explícitamente para el desarrollo del procedimiento administrativo general.

En tal sentido, el procedimiento de supervisión, además de los principios de presunción de veracidad y controles posteriores, anteriormente analizados en este trabajo, debe observar derechos esenciales de los administrados, la mayoría de ellos incluidos en el derecho al debido proceso y debido procedimiento administrativo.

El derecho al debido proceso se define, según lo descrito en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional,



en su sentencia N° 0200-2002-AA, como el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar plazo razonable, etc. Asimismo, en la STC N° 2508-2004-AA, el supremo interprete de la Constitución ha dispuesto que el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

El derecho al debido proceso es, además, un “derecho continente”, y que, según la STC N° 0090-2004-AA, comprende un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo. Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia adquieren los derechos de razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y motivación de las resoluciones. En tal sentido, son varios los derechos contenidos en el Derecho al Debido Proceso, que deben tenerse en cuenta para formular una propuesta de modelo de procedimiento de supervisión en el campo en que se desenvuelve el OSINERGMIN, por ejemplo, el derecho a la defensa, a la prueba, al plazo razonable, a la efectividad de las decisiones nacidas del proceso, reserva de ley sobre competencia, entre otros.

Por otro lado, el derecho al debido procedimiento administrativo, se encuentra consagrado en el artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, inciso 1.2. Para el profesor Morón Urbina⁴, el debido procedimiento es consiste en la aplicación en sede administrativa de una regla esencial de convivencia en un Estado de Derecho: el debido proceso. El mismo profesor, refiere que este derecho incluye el derecho a la existencia de un procedimiento administrativo previo a la producción de las decisiones administrativas que le conciernan. Además, el artículo antes referido, refiere que el derecho al debido procedimiento comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, ya obtener una decisión motivada y fundada en derecho. En Argentina, Gordillo⁵ también da cuenta de la vital importancia de este derecho, y explica que: El principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar no es solamente un principio de justicia: Es también un principio de eficacia; porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto ayuda a una mejor administración además de a una más justa decisión.⁷⁷ El principio se mantiene incólume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decidirse parecen absolutamente claros, y la prueba existente sea contundente y unívoca, porque si la administración tiene en cuenta no solamente razones o motivos de legitimidad, sino también motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, entonces es meritorio que la voz del afectado, aun en el más claro de los casos, aporta siempre un elemento más de juicio a tener en cuenta para el juzgamiento del mérito u oportunidad del acto

Además de los derechos antes referidos, resulta imperativo que el procedimiento de supervisión observe los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

III. EL ACTUAL MODELO PROCEDIMIENTO: LA SUPERVISION POR CONDICIONES DE SEGURIDAD DE CRITICIDAD ALTA.

A partir del lunes 25 de abril de 2016, se implementó el novedoso modelo de SUPERVISIÓN POR CONDICIONES DE SEGURIDAD DE CRITICIDAD ALTA EN GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIO. Este modelo fue aprobado por la RDC N° 042-2016-OS/CD, que Determinan Listado de condiciones de Seguridad de Criticidad Alta en Grifos y Estaciones de Servicio, y posteriormente implementado por la Resolución DSR N° 984-2016-OS/DSR, que aprueba los formatos de actas para la implementación de la Resolución de Consejo Directivo N° 042-2016-OS/CD, y a los LINEAMIENTOS DE ACTUACIÓN PARA LAS OFICINAS REGIONALES APLICABLES A LA SUPERVISIÓN POR CONDICIONES DE SEGURIDAD DE CRITICIDAD ALTA EN GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIO.

Según los Lineamientos referidos, sobre el modelo de Supervisión por Condiciones de Seguridad de Criticidad Alta, se tiene que: “Con la finalidad de lograr efectividad e inmediatez en la acción fiscalizadora de Osinergmin, basada en la ejecución de medidas administrativas así como la suspensión y/o cancelación de autorizaciones,

4 MORON, Juan. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. 9° Edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2011. p. 63, 64*

5 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas; Tomo VIII. F.D.A., Buenos Aires, 2014. p. 453*

es que se crea un mecanismo alternativo al procedimiento administrativo sancionador, el cual tiene por objetivo generar incentivos (beneficios) que promuevan servicios eficientes a la ciudadanía, lograr la reducción de la informalidad, aumentar la competencia, así como mejorar los servicios entregados por las empresas". Esta declaración, supone desde ya una aseveración harto criticable, al referir que por medio de este modelo, se logra "la efectividad e inmediatez en la acción fiscalizadora de OSINERGMIN, basada en la ejecución de medidas administrativas", pues como veremos más adelante, esto entra en conflicto con ciertos paradigmas del derecho administrativo, en especial del derecho administrativo sancionador.

Asimismo, a lo largo del documento anteriormente mencionado, se detalla el procedimiento de aplicación del nuevo modelo de supervisión. En líneas generales, el procedimiento inicia con la supervisión del agente fiscalizador del establecimiento, quien de encontrar alguno de los incumplimientos descritos en la lista aprobada por la RDC N° 042-2016-OS/CD, procederá, según lo que corresponda por la naturaleza del incumplimiento, a disponer la aplicación de medida de seguridad de cierre total del establecimiento, o parcial, solo del área que sea afectada. Dicha medida de seguridad, deberá permanecer, según lo dispuesto por la misma RDC la RDC N° 042-2016-OS/CD, por un tiempo mínimo de tres días, durante los cuales Osinergmin tramitará la regularización de dicha medida de seguridad, y de ser el caso, la gestionará la suspensión del Registro de Hidrocarburos del aún supervisado. Asimismo, según los lineamientos establecidos, ya no procederá, de verificarse el incumplimiento, el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, a menos de que el administrado no subsane las observaciones, en el caso de incumplimientos críticos, en menos de seis meses, y en el caso de incumplimientos no críticos, de 5 días. Asimismo, en el caso de la primera clase de incumplimiento, la medida de seguridad se mantendrá durante, al menos, los tres días antes referidos, aun cuando se pruebe que se ha levantado el incumplimiento antes de vencido dicho plazo.

Sin embargo, en nuestra opinión, el referido procedimiento adolece de defectos que deben ser subsanados, al contravenir preceptos jurídicos importantes.

III.I. DIFERENCIAS ENTRE LA FUNCION SUPERVISORA Y FISCALIZADORA:

Con la aproximación esbozada del modelo de supervisión por condiciones de seguridad de criticidad alta, queda ahora dar cuenta de algunas inconsistencias del procedimiento en estudio.

El principal inconveniente que puede identificarse, es sin duda la vulneración al derecho al debido procedimiento administrativo, por la desnaturalización de la función supervisora y fiscalizadora.

En tal sentido, el Reglamento General de Osinergmin define su función supervisora en su artículo 31°, y refiere que "La función supervisora permite a OSINERG verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, por parte de las ENTIDADES y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSINERG o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la ENTIDAD supervisada". En tal sentido, la función supervisora tiene por objeto verificar el cumplimiento de obligaciones por parte del administrado, mas no sancionarlo en caso de incumplimiento.

De otro lado, el mismo reglamento también define el contenido de la función fiscalizadora de Osinergmin, y en su artículo 36° explica que: "La función fiscalizadora y sancionadora permite a OSINERG imponer sanciones a las ENTIDADES que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, así como de las disposiciones reguladoras y/o normativas dictadas por OSINERG. Los procedimientos establecidos por OSINERG deberán regirse por los principios establecidos en la normatividad sobre Procedimientos Administrativos, y respetarán el derecho de las ENTIDADES de presentar sus descargos antes de la imposición de una sanción.". En otras palabras, la función fiscalizadora tiene por objeto, luego de detectar el incumplimiento de obligaciones al ejercer la función supervisora, imponer una sanción, por medio de la aplicación de un procedimiento que otorgue al administrado las garantías mínimas que otorga el derecho al debido procedimiento administrativo, y a todos los demás principios consagrados en la Constitución, y en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Resalta del concepto de la función Fiscalizadora, el hecho de que su objeto principal, y su resultado último, es



la imposición de una SANCIÓN.

Visto esto, se deja entrever de al establecer que para alcanzar los fines del modelo de supervisión en estudio, se busca “lograr efectividad e inmediatez en la acción fiscalizadora de Osinergmin, basada en la ejecución de medidas administrativas”, se contraviene los presupuestos esencial para el ejercicio de la función fiscalizadora, es decir, sancionar un incumplimiento luego de un procedimiento administrativo que garantice el ejercicio de los derechos de los administrados.

En tal sentido, al ejercer Osinergmin su función fiscalizadora por medio de “medidas administrativas de seguridad”, tergiversa el sentido de esta última, al darle un carácter sancionatorio que no le corresponde, con el fin de inobservar la obligación del organismo de sancionar a los administrado, solo luego de un procedimiento administrativo que le permita ejercer sus derecho de manera previa, y por medio de una decisión motivada en derecho.

III.II. LA DESNATURALIZACIÓN DE LA FIGURA DE MEDIDA ADMINISTRATIVA DE SEGURIDAD

Como se explicó líneas arriba, en el modelo de supervisión actual, de constatar la existencia de incumplimiento por parte del administrado, el agente fiscalizador aplica la medida de seguridad de cierre total o parcial del establecimiento supervisado. Dicha medida, además, tendrá una duración mínima de 3 días hábiles. A la vez, este modelo también utiliza la figura de la medida de seguridad para ejercer su función fiscalizadora de manera más “eficiente e inmediata”.

Sin embargo, si se analiza sistemáticamente la normatividad del organismo regulado, se puede dar cuenta de que esta figura resulta manifiestamente incompatible. En primer lugar, porque la función fiscalizadora, según el reglamento general de OSINERGMIN se ejerce a través de la imposición de sanciones, y las medidas de seguridad, según el Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, no tienen carácter sancionatorio, sino de protección del peligro inminente. En segundo lugar, porque para ejercer la función fiscalizadora, es decir, imponer sanciones al administrado por incumplimiento de obligaciones, se requiere necesariamente un proceso administrativo previo que asegure el ejercicio de los derechos del mismo. Y por último, porque al determinar una duración “mínima” a la duración de una medida administrativa de seguridad, esta pierde por completo su objeto, que es la protección del administrado o de la población ante un riesgo.

Sobre la primera observación, cabe dar cuenta de lo dispuesto por el Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, aprobado por RDC N° 272-2012-OS-CD, que en su artículo 39°.1, refiere que: Las medidas de seguridad se imponen por el órgano competente de OSINERGMIN en razón de la falta de seguridad pública constatada, al existir indicios de peligro inminente que pudieran afectar la seguridad pública, la prestación de un servicio público o la integridad de los bienes de la concesión, independientemente de la existencia o no de una infracción y de la producción de un daño.

En tal sentido, la norma claramente le da a la figura de medida de seguridad un carácter excepcional, que nace, no de un incumplimiento por parte del administrado, sino de una situación de peligro inminente, que es justamente la que fundamenta su inmediatez y, lógicamente, su permanencia.

Por este motivo, la figura de la medida de seguridad no puede ser aplicada en ejercicio de la función fiscalizadora y sancionadora de OSINERGMIN, pues su naturaleza no es compatible con el objeto de esta función, que es sancionar el incumplimiento de las obligaciones por parte de los administrados. En resumen, mientras que el ejercicio de la función sancionadora “ataca” al incumplimiento de obligaciones, la medida de seguridad lo hace a las situaciones de peligro.

Respecto a la segunda, ya se ha hablado previamente de la importancia del respeto al derecho al debido procedimiento administrativo de los administrados para legitimar la imposición de una sanción, que es en efecto, el objeto del ejercicio de la función fiscalizadora de OSINERGMIN. En tal sentido, el procedimiento establecido para el modelo de supervisión por condiciones de criticidad alta, que supone el ejercicio de la función supervisora del OSINERGMIN, subsume en sí mismo el ejercicio de la función fiscalizadora, para lo cual inobserva su deber de ejercer esta última función brindándole al administrado las condiciones para ejercer su defensa, en observancia de su derecho al debido procedimiento administrativo.



Sobre este particular, consideramos que resulta inadecuado el intentar ejercer la función supervisora y fiscalizadora a la vez, en tanto que, aunque son complementarias entre sí, cada una tiene un objeto absolutamente distinto. De este modo, la primera constituye la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones de los administrados, sin embargo, el resultado de dicha supervisión no supone en sí la imposición de una sanción, sino que, dichos resultados serán usados para ejercer su función fiscalizadora, que sí tendrá por fin la imposición de una sanción, siempre luego de que el administrado pueda ejercer efectivamente su derecho a la defensa por medio de un procedimiento administrativo que brinde las garantías correspondientes.

El modelo de supervisión en estudio, sin embargo, no contempla esta necesaria división, y más bien, intenta generar una amalgama entre ambas funciones, que tiene como resultado la supresión del procedimiento administrativo previo a la imposición de las posibles sanciones, generando así un desmedro inaceptable en el derecho del administrado.

Finalmente, el tercer cuestionamiento parte del hecho de haber dispuesto una duración mínima de tres a la medida de seguridad que el agente fiscalizador disponga. Esta disposición, supone en sí, una la manifiesta desnaturalización de la medida, utilizándola para crear una suerte de sanción adelantada por incumplimiento, aprovechando su carácter inmediato.

Cabe dar cuenta de lo dispuesto en el artículo 39°.4, da cuenta también de la permanencia de las medidas de seguridad, y refiere que: Las medidas de seguridad podrán ser modificadas y/o levantadas por el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser conocidas o consideradas en el momento de su adopción o cuando se verifique el cese de la situación de peligro que motivó la adopción de la medida de seguridad.

Así, como hemos expresado anteriormente, tanto la inmediatez, como la permanencia de las medidas de seguridad, solo pueden depender de la existencia material de un peligro inminente, por su carácter urgente y extraordinario. En tal sentido, establecer normativamente un plazo mínimo de duración para una medida de seguridad, supone su absoluta desnaturalización, pues permite que dicha medida permanezca sin la necesidad de la existencia fáctica de su fundamento, con lo cual se convierte, más que en una herramienta para proteger a la población y a los bienes de los riesgos que la actividad del privado conlleva, en una sanción de cierre temporal al administrado, que se disfraza para evitar ser cuestionada.

IV. MÁS ALLA DE LA REALIDAD: LA NECESIDAD DE MEJORAR LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD POR PARTE DE LAS OFICINAS REGIONALES DE OSINERGMIN.

Con lo analizado hasta este momento, resulta necesario dar cuenta de la necesidad de implementar mecanismos para la implementación de mecanismos para la ejecución efectiva de las medidas administrativas de seguridad en las oficinas regionales de OSINERGMIN.

La importancia de las medidas de seguridad es gravitante en el sector supervisado por OSINERGMIN, en tanto que, en su gran mayoría, supone actividades que implican la existencia de altos riesgos para la población, los bienes y el ambiente. En estas circunstancias, la actuación inmediata del supervisor para suprimir situaciones de peligro inminente se convierte en una facultad indispensable.

Sin embargo, si bien consideramos que el procedimiento implementado actualmente para la aplicación de medidas de seguridad es contrario a los principios que deben regir la actividad del OSINERGMIN, también consideramos que es necesario implementar mecanismos que permitan su efectiva aplicación.

A modo de ejemplo, cabe citar el caso de los locales de venta informales de Gas Licuado de Petróleo envasado en cilindro. En estos casos, resulta necesario que el supervisor, al verificar el hecho, no solo ordene el cierre del local, sino que también debe poder realizar acciones para retener los cilindros materia de la infracción, por ser su almacenamiento en un local clandestino un peligro inminente, pues en él no se han verificado las condiciones mínimas para dicha actividad. Sin embargo, resulta sumamente complicado para las oficinas regionales de OSINERGMIN llevar a cabo dicha medida, por motivo de carencias logísticas para almacenar los bienes en lo que continúa la situación de peligro, y mucho menos hasta que se concluya el procedimiento administrativo sancionador. Por ese motivo, resulta imposible aplicar esta medida en una situación en la que es sumamente necesaria.



Por ello, es necesario perfeccionar los procedimientos para la aplicación de esta medida administrativa, a fin de agilizar los mecanismos para eliminar las situaciones de peligro inminente, no solo para el ejemplo citado, sino para los muchos casos que pueden originarse en el sector energía y minas.

CONCLUSIONES:

La supervisión que realiza el OSINERGMIN por medio del modelo de SUPERVISIÓN POR CONDICIONES DE SEGURIDAD DE CRITICIDAD ALTA EN GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIO, contraviene principios que rigen el derecho administrativo, por lo que debe ser reformado, a fin de asegurar el respeto a los derechos de los administrados, y a la vez genere los incentivos necesarios para impulsar a los administrados a cumplir con sus obligaciones.

Las medidas administrativas de seguridad no pueden aplicarse como sanción a los administrados por incumplimiento de sus obligaciones, sino solo por la existencia fáctica de una situación de peligro inminente.

La determinación de una duración mínima de permanencia de la medida de seguridad, supone una desnaturalización de la misma, pues distorsiona su fin protector frente a situación de peligro inminente, por lo que el plazo deviene incompatible con la figura.

Resulta imperativo que se implementen las herramientas necesarias para que el OSINERGMIN, desde sus oficinas regionales, pueda aplicar medidas de seguridad que resulten efectivas para la eliminación de las situaciones de peligro inminente, siempre respetando el Estado de Derecho y los principios que rigen el derecho administrativo.



IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2016