

Año 5 Nº 6 2012

DERECHO

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

DERECHO



Universidad
Privada
de Tacna

**Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias
Políticas de la Universidad Privada de Tacna**

Año 5. N° 6. Diciembre 2012
Tiraje: 500 ejemplares

Es una publicación de la Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna

Director:

Renzo Yufra Peralta
Coordinador del Centro de Investigación FADE

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Campus de Capanique, Pocollay - Tacna - Perú

Contacto y comentarios:
derecho@upt.edu.pe
<http://www.upt.edu.pe/FADE/>
Telf. 243380 - 243381

Las opiniones vertidas en los artículos y ensayos
firmados son de exclusiva responsabilidad de sus
autores.

**Los artículos reproducidos deben indicar
la fuente. Derechos Reservados**

*Al Dr. Jorge Monroy Macuaga
en el año de su partida, por su
esfuerzo honesto en la
investigación.*



PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad Privada de Tacna, pone a disposición de la comunidad universitaria, la región, el país y al público lector de la colectividad jurídica en particular, el VI volumen de nuestra Revista: «Derecho» correspondiente al año 2012.

Con el presente documento cumplimos con nuestro compromiso de motivar la discusión, comunicación y difusión del conocimiento jurídico, político y social de una forma rigurosa y abierta a la pluralidad del pensamiento universitario.

La Revista Jurídica, fruto del esfuerzo de los señores docentes de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, académicos invitados de otras universidades del país y algunos de nuestros estudiantes; de esta manera se pretende consolidar la producción intelectual, orientada a la publicación de investigaciones inéditas y de rigor científico, relacionados con el desarrollo de la ciencia jurídica, política y social respectivamente.

En «Derecho» el lector encontrará estudios doctrinales sobre los ámbitos del Derecho Civil; Derecho Penal y Procesal Penal; Derecho Constitucional y Procesal constitucional; comentarios de sentencias, y contribuciones al debate doctrinal respecto a temas específicos correspondientes a los programas de las materias que se imparten en la Facultad.

En efecto, nuestra revista posibilita la expresión plural del pensamiento jurídico dentro del marco de la búsqueda de acercarse a la verdad, al desarrollo de la justicia y la paz, dentro del Estado Constitucional Democrático. En esta edición se presentan 18 artículos.

El presente número cuenta con la colaboración de destacados juristas del país como los doctores: Felipe Osterling Parodi, Mario Castillo Freyre, en la materia de Derecho Civil con el tema: «*Principios generales sobre el pago*».

El doctor Fernando Vidal Ramírez, profesor honorario de nuestra Facultad, con el tema: «*Interpretación del Inciso 1.º del artículo 2001 del Código Civil*».

También, tenemos: «*El papel de la Autonomía Privada dentro de la temática del libro II del Código Civil Peruano*» escrito por el doctor Emilio José Balarezo Reyes, Catedrático de Derecho Civil y Corporativo de la Universidad San Martín de Porres.

PRESENTACIÓN

Asimismo, me permito presentar los trabajos de los colegas y docentes de nuestra próspera Facultad cuyos temas son: *La corte Penal Internacional, Constitución Política del Perú de 1993 y algunas limitaciones jurídicas; La cosa Juzgada: Mutabilidad o inmutabilidad; El artículo 133 del Código Penal y el respeto al honor de la autoridad; Las audiencias en el juzgamiento; la postración policiaca en el nuevo proceso penal peruano; El amparo contra resoluciones judiciales; La técnica del estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia del tribunal constitucional; Estado constitucional de derecho; abuso de posición de dominio en las normas de libre competencia; los medios probatorios en los procedimientos contenciosos tributarios; Corrupción, un fenómeno globalizado; La política y el Derecho en la cultura aymara; La globalización y la didáctica universitaria.*

En la presente obra, también hemos otorgado espacio para la participación de algunos estudiantes de nuestra querida Facultad cuyos temas son: *La ponderación en el derecho penal; La técnica del Estado de cosas inconstitucional en la jurisprudencia del tribunal constitucional y; El derecho a la verdad.*

Con humildad y con la frente en alto y a modo de epílogo, recuerdo las palabras reflexivas de mi maestro argentino, Alfredo Eduardo Mooney, que a la letra dice: *«que la vida universitaria, es de suyo un taller de forja, apasionado, donde no reina la serenidad apolínea de los griegos, sino que es una zona sísmica de la sociedad donde se enfrentan ideas, creencias y pasiones».*

Dr. Rafael Fortunato, SUPO HALLASI
Decano de la Facultad de Derecho y C.s Ps.



DOS PALABRAS

Este año que culmina la Facultad de Derecho ha sido protagonista del Pre Congreso Nacional de Derecho Civil, producto del cual estará organizando el Congreso de Derecho Civil del año 2013, para este evento tuvimos como ponentes a destacados juristas nacionales de la talla del Doctor Fernando Vidal Ramírez, de ancestros tacneños, de igual forma al Doctor Mario Castillo Freyre y otros destacados ponentes nacionales. Producto de su visita, en reconocimiento por su trayectoria y en un justo homenaje, fueron incorporados a la Facultad de Derecho como profesores honorarios dichos renombrados juristas y en calidad de tales escriben para nuestra Revista de Derecho con el compromiso de continuar con esta vinculación no solo simbólica sino efectiva y afectiva con nuestra Alma Mater.

Este año también hemos tenido la lamentable partida del anterior director de la Revista, Dr. Jorge Monroy Macuaga, esta edición va dedicada a él.

El año 2012 se realizaron diversas actividades entre las que se destaca el Concurso Estudiantil de Artículos Jurídicos 2012, producto del cual resultó ganadora la estudiante Paola Alarcón Silva con el trabajo: «*Derecho a la Verdad: ¿Necesario Reconocimiento Constitucional?*»; en segundo lugar Héctor Josué Verástegui Huaynate con "*La Técnica del Estado de Cosas Inconstitucional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*" y en tercer lugar Sandy Araceli Paredes Barrientos con "*La Ponderación en el Derecho Penal*", Mención honrosa para el estudiante Fernando Tesillo Poma con el trabajo "*El Estado Constitucional de Derecho*", trabajos que han sido incorporados en la presente edición.

Desde el Centro de Investigación también se han promovido otras actividades, como una visita a los Juzgados Laborales y Penales de la ciudad de Arica - Chile, en razón de que aquel país promovió las reformas procesales en lo penal y laboral antes que en nuestro país; asimismo se realizó por varios alumnos de los diversos ciclos una encuesta a la población de Tacna dentro de la Investigación: "*Vulneración de los derechos de los usuarios del servicio de transporte público en Tacna*", para lo cual se formaron diversos grupos distribuidos en las principales arterias de la ciudad detectando diversos aspectos vulneratorios con las particularidades de nuestra ciudad.

El reto para el presente año es el de publicar dos ediciones de nuestra revista para lo cual se estarán realizando las convocatorias respectivas, de la misma forma se realizarán dos concursos estudiantiles de artículos jurídicos, promoviendo de esta manera la investigación jurídica, de la misma forma se realizará el Concurso de financiamiento de tesis de Derecho para la obtención del título profesional.



DOS PALABRAS

En estos tiempos en que las Facultades de Derecho necesitan vincularse con la ciudadanía, nuestra Facultad y en lo que concierne el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho estaremos dando los pasos necesarios para acercarnos a la población a la cual va dirigida nuestro quehacer a través de la investigación, la que será promovida en todos sus niveles.

Queda a disposición de la comunidad académica nuestro aporte a la discusión de algunos temas que nuestros colaboradores han creído pertinentes, con la promesa de mejorar en nuestras próximas ediciones lo hasta aquí avanzado.

Renzo Yufra Peralta
Director

ÍNDICE

DERECHO CIVIL

Principios Generales sobre el Pago Felipe Osterling Parodi - Mario Castillo Freyre	13
Interpretación del inciso 1º del artículo 2001 del Código Civil Fernando Vidal Ramírez	25
El papel de la Autonomía Privada dentro de la temática del Libro II del Código Civil Peruano. Emilio José Balarezo Reyes.	31

DERECHO PENAL - PROCESAL PENAL

Corte Penal Internacional, Constitución Política del Perú de 1993 y algunas Limitaciones Jurídicas Rafael Supo Hallasi	39
La Cosa Juzgada: Mutabilidad o Inmutabilidad. Víctor Hugo Nina Cohaila	45
El Art. 133 CP. y el respeto al honor de la autoridad Víctor Manuel García Sandoval	67
La Ponderación en el Derecho Penal Sandy Araceli Paredes Barrientos	77
Acerca de las audiencias en el juzgamiento Déंबर S. Fernández Hernani Aragón	85
La postracion policiaca en el nuevo proceso penal peruano Carlos Alberto Pajuelo Beltran	89

DERECHO CONSTITUCIONAL - PROCESAL CONSTITUCIONAL

Acerca del Amparo contra resoluciones judiciales Javier R. Peralta Andía	97
La técnica del estado de cosas inconstitucional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional" Héctor Josué Verástegui Huaynate	107

ÍNDICE

Estado Constitucional de Derecho 117
Fernando Tesillo Poma

Derecho a la Verdad ¿Necesario reconocimiento constitucional? 125
Paola Alarcón Silva

OTROS

Abuso de posición de dominio en las normas de libre competencia 137
Lourdes Choque Pilco

Los medios probatorios en los procedimientos contenciosos tributarios 147
Renzo Yufra Peralta

Corrupción, un fenómeno globalizado 163
Eugenio Casas Durand

La Política y el Derecho en la Cultura Aymara 173
Miguel Monroy Huanca

La Globalización y la Didáctica Universitaria 179
Lic. Luis A. Lira A.- Jorge Monroy M.

INSTITUCIONAL

Autoridades 194

Eventos 197



DERECHO CIVIL



PRINCIPIOS GENERALES SOBRE EL PAGO

Felipe Osterling Parodi*

Mario Castillo Freyre**

«El pago implica la ejecución de la obligación en las condiciones convenidas en su origen, es decir el cumplimiento dentro de los términos previstos. Pagar es actuar conforme a lo debido. Pagar es llegar al destino natural de toda obligación».

* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República, Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

** Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Profesor Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de la *Biblioteca de Arbitraje* y de la *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com

PRINCIPIOS GENERALES SOBRE EL PAGO

Sumario: 1. Consideraciones generales.— 2. Principio de integridad del pago.— 3. Principio de indivisibilidad del pago.— 4. Principio de identidad del pago.— 5. Lugar de pago.— 6. Plazo para efectuar el pago.

I. Consideraciones generales

El pago puede definirse como el medio ideal de extinción de las obligaciones. El pago implica la ejecución de la obligación en las condiciones convenidas en su origen, es decir el cumplimiento dentro de los términos previstos. Pagar es actuar conforme a lo debido. Pagar es llegar al destino natural de toda obligación. Significa la ejecución voluntaria de la misma, en estricto orden a lo convenido o previsto por la ley.

Podríamos decir que el pago no importa desviación alguna en el destino de la relación jurídica.

Toda relación obligatoria tiene carácter efímero, por cuanto acreedor y deudor se obligan con miras a la satisfacción de un interés patrimonial.

Las obligaciones se celebran para cumplirse; por tanto, dicho cumplimiento debe efectuarse dentro de términos razonables que impliquen una satisfacción oportuna de la prestación debida.

Es regla general que al contraer una obligación ambas partes, acreedor y deudor, establezcan un plazo determinado para su cumplimiento. Sin embargo, el plazo también podrá ser determinable, pero sólo podrá llegar a ser indeterminado, en cuanto al término final del mismo, mas no en cuanto a su término inicial.

El propio Código Civil peruano de 1984 contiene a este respecto una regla específica: el artículo 1240 prescribe que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación. Esta

norma, común a muchos códigos civiles de nuestra tradición jurídica, subraya el carácter efímero de la relación obligatoria y denota la voluntad del legislador destinada a propiciar la extinción de la misma en el plazo más breve posible. Esto explica el sentido del precepto citado.

Otro tema a destacar es que la relación obligatoria implica, sin duda, un doble aspecto de deber y de derecho.

Si el deudor tiene el deber de pagar, también tiene el derecho de hacerlo. Para ello existe la figura del pago por consignación, cuando el deudor se vea en la imposibilidad de pagar al acreedor directamente, ya sea por causas imputables a este último o por causas ajenas a su voluntad.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que el acreedor podría impedir el pago de su deudor si es que le fuese perjudicial, por haber cambiado las circunstancias existentes desde el momento del nacimiento de la obligación. Será obvio, sin embargo, que el acreedor tendrá que abonar al deudor la contraprestación a la que se hubiese obligado, pues de lo contrario estaríamos admitiendo que el acreedor (deudor en otra obligación surgida del mismo acto) pueda eximirse impunemente de continuar la ejecución de sus propias obligaciones.

Lo debatible sería si el deudor podría o no tener derecho a discutir la legitimidad de la procedencia de la negativa de su acreedor a recibir el pago, y si el deudor tendría derecho a exigir una indemnización de daños y perjuicios.

Para ilustrar lo expresado, aclaramos el caso con

un ejemplo.

Un banco decide construir su nueva sede central y contrata con un reconocido pintor la elaboración de un cuadro del Presidente del Directorio de dicho banco, para ser colocado en el ambiente principal del edificio.

En el intervalo que discurre entre el nacimiento de la obligación y el día en que se tenía que ejecutar, el Presidente del Directorio —accionista mayoritario del banco— vende todas sus acciones a otro grupo empresarial. Los nuevos dueños deciden, por obvias razones, ya no colocar en el ambiente principal del banco el retrato de quien fuera su antiguo Presidente, sino aquel de la otra persona que lo sustituye en dicho cargo.

En tal sentido, le comunican al pintor la voluntad del banco de que ya no ejecute su obligación de hacer, pues el nuevo Presidente encargará a otro artista elaborar el cuadro respectivo. No obstante, el banco comunica al pintor su voluntad de pagarle el íntegro de la contraprestación debida por concepto del cuadro que ya no va a pintar.

Hasta aquí nuestro supuesto.

Desde una perspectiva simplista, podría sostenerse que el pintor no se ve perjudicado en lo más mínimo, por cuanto el banco le va a pagar el íntegro de la prestación debida por el cuadro que no va a pintar.

Sin embargo, podría aducirse que el artista al no pintar el cuadro y, por tanto, no ser exhibido de manera permanente en el ambiente principal del banco, pueda sufrir perjuicios, ya que, evidentemente, hubiera podido llegar a ser más famoso de lo que era, al conocer un número inmensamente apreciable de personas que él era su autor.

Se trata, sin duda, de un supuesto en extremo debatible. Creemos que el deudor no podría dis-

cutir la pertinencia de la negativa del acreedor a la ejecución de la prestación debida, ya que en estos casos será el acreedor su propio juez, por ser quien conoce sus intereses o expectativas.

Ahora bien, sobre el concepto de la palabra «pago», propiamente dicha, existen numerosas posiciones doctrinarias.

Vulgarmente se considera como pago la entrega de una cantidad dineraria debida. La Real Academia Española¹ entiende por pago a la «entrega de un dinero o especie que se debe». Sin embargo, dentro del campo del Derecho de Obligaciones, la definición de la Real Academia resulta incompleta.

En Derecho de Obligaciones «pago» es la ejecución de una prestación debida, ya sea ésta de dar, de hacer o de no hacer. Por lo tanto, habría que agregar a la definición de la Real Academia la posibilidad de que se pague con un servicio, con un acto o con una abstención, si es que el deudor o deudores se hubiesen obligado a ello.

Si bien nuestro Código Civil no ha asumido una definición de pago, entendemos que sería de aplicación la enunciada.

En verdad, suelen presentarse tres acepciones usuales de la palabra pago, a saber:

- (a) En el sentido común o vulgar el pago consiste en el desplazamiento de una suma de dinero por el deudor en favor del acreedor, con el objeto de cumplir con una prestación de naturaleza pecuniaria.
- (b) En sentido jurídico, la palabra «pago» significa el cumplimiento de cualquier prestación de dar, de hacer o de no hacer.

Así, paga, en las obligaciones de dar, quien entrega el bien objeto de la obligación. En las obligaciones de hacer el pago se pro-

¹ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 22ª edición on line www.rae.es (visitado el 7-11-2012).

duce cuando el deudor cumple con practicar el hecho prometido. Este hecho puede ser inmaterial —por ejemplo, el abogado que se obliga a defender a su cliente de palabra ante los tribunales—, o traducirse, luego de la actividad del deudor, en la entrega de un bien fruto de esa actividad —el pintor que se obliga a confeccionar un retrato—. En este último caso se trata de una obligación de hacer, porque lo que prevalece es la actividad del sujeto pasivo que, en el caso propuesto, se traduce en hechos destinados a cumplir la prestación, hechos que resultan consecuencia de sus calidades artísticas; pero la obligación sólo quedará pagada cuando se efectúe la entrega del bien objeto de esa actividad. En las obligaciones de no hacer, esto es en las obligaciones negativas, el pago se produce por la simple abstención, omisión o inactividad del deudor.

- (c) En su acepción más amplia, el pago originaría la extinción de la obligación, cualquiera que sea la forma que ella adopte. Desde este punto de vista, constituiría pago no sólo el cumplimiento de la obligación, sino cualquier otro medio extintivo que empleen las partes, llámese novación, compensación, condonación, transacción, etc.

Nosotros utilizamos la palabra «pago» en su segunda acepción, esto es como el cumplimiento de cualquier obligación de dar, de hacer o de no hacer. Esta interpretación, por lo demás, es coherente con lo previsto por el Código Civil. Dentro de los efectos de las obligaciones, la ley peruana distingue entre el pago (artículos 1220 al 1276) y los otros medios de extinguir la obligación, tales como la novación (artículos 1277 al 1287); la compensación (artículos 1288 al 1294); la condonación (artículos 1295 al 1299); la consolidación (artículos 1300 y 1301); la transacción (artículos 1302 al 1312); y el mutuo disenso (artículo 1313).

Por otra parte, el propio Código Civil, dentro del título del pago, trata expresamente sobre las obligaciones de dar sumas de dinero, específicamente, entre otros preceptos, en los artículos 1234, 1235 y 1237. Pero en ese mis-

mo título regula, además, la extinción, por su debido cumplimiento, de toda clase de obligaciones, lo que determina que la ley peruana no se circunscriba, en esta materia, a las obligaciones pecuniarias, descartando así la acepción de la palabra «pago» en su sentido común o vulgar.

Por último, dejamos establecido que el pago es un deber y un derecho. El deudor, al pagar, cumple con el deber que emana de la relación obligacional asumida. Pero no sólo tiene el deber de pagar. También tiene el derecho de hacerlo, por diversas razones: a) desea cumplir con un imperativo de su conciencia; b) desea liberar de cargas a su patrimonio; c) desea evitar los daños y perjuicios que podrían originarse por la inejecución de la obligación en favor del acreedor; d) desea evitar los propios perjuicios que eventualmente podría ocasionarle mantener la prestación en su poder. Es por ello que la ley ha organizado dos instituciones para que el deudor, ante la renuencia del acreedor a aceptar el pago, pueda liberarse: el pago por consignación y la mora del acreedor. En la misma medida en que el acreedor tiene el derecho de exigir el pago, también tiene el deber de aceptarlo.

Teniendo estos conceptos claros, vamos a abordar los principios generales que inspiran la figura del pago, a saber: principio de integridad del pago, principio de indivisibilidad del pago, principio de identidad del pago, el lugar en el que se debe realizar el pago y el plazo para efectuar el pago.

2. Principio de integridad del pago

La primera de las normas que el Código Civil peruano consigna para el tema del pago es el artículo 1220, por el cual se establece que él se entenderá efectuado solamente cuando se haya ejecutado íntegramente la prestación:

Artículo 1220.- «Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación».

Se considerará ejecutada una prestación, solamente cuando ésta se cumpla y este cumplimiento implique la realización completa, íntegra, del dar,

hacer o no hacer prometidos. Definitivamente un dar, hacer o no hacer cumplidos parcialmente, nos llevará al tema del cumplimiento parcial, puesto que si algo se cumple en parte, ese algo también se incumple en otra parte.

Es en tal sentido que el artículo 1220 del Código Civil recoge ese principio, pues de acuerdo con esta norma se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.

El principio de integridad se encarga de responder a la pregunta de con cuánto se debe pagar.

Siguiendo este principio, tenemos que cuando se deben 1,000 nuevos soles, son 1,000 nuevos soles los que deben pagarse, pues son esos 1,000 nuevos soles los que se adeudan.

Cabe señalar que los principios de identidad e integridad son como las dos caras de una misma moneda, pues es necesario conjugarlos, leerlos, interpretarlos y aplicarlos de manera indisoluble.

Es importante subrayar que, en tanto el principio de integridad busca evitar que el deudor decida sobre cuánto va a pagar, en virtud del mismo el acreedor puede negarse a recibir un pago parcial. De este modo, si se hubiera pactado que el deudor debía entregar como pago 10,000 nuevos soles, el acreedor podría negarse a aceptar, por ejemplo, que el deudor le entregue nueve mil nuevos soles como parte del pago.

Consideramos conveniente resaltar también que el hecho de que, sobre la base del principio de integridad, el acreedor pueda negarse a aceptar un pago parcial, no significa que esté impedido de hacerlo si así lo desea.

3. Principio de indivisibilidad del pago

El artículo 1221 establece:

Artículo 1221.- «No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen.

Sin embargo, cuando la deuda tiene una par-

te líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda».

El supuesto ideal en toda obligación es que el deudor la cumpla, ejecutando la prestación exactamente de acuerdo a lo convenido. Pero podrían ocurrir, por las más diversas circunstancias, supuestos de excepción en los cuales la prestación ejecutada revista dimensiones distintas a las originalmente pactadas.

Creemos que aquí el deudor estaría yendo contra el principio de integridad en el pago, ya que estaría pagando con cantidades diversas a aquellas por las que se obligó.

Sin lugar a dudas, el principio de integridad del pago, aplicable a todas las obligaciones, cualquiera fuese su naturaleza, resulta más evidente en el caso de las obligaciones de dar, en razón de que son más fáciles de cuantificar.

Cuando no se paga algo íntegramente, ello podría obedecer a que se paga más de lo debido o a que se paga menos. Nos referiremos en forma separada a cada una de estas hipótesis:

- (a) En caso el bien entregado tenga mayores dimensiones que las convenidas (por ejemplo, un terreno que se vendió por mil metros cuadrados, pero en realidad tenía 1,100), consideramos que podría concluirse en que el pago ha sido verificado y, por tanto, dicho exceso podría representar, eventualmente, un supuesto de pago indebido, si se configurase la institución con los requisitos que el Código Civil prevé para el mismo.
- (b) En el supuesto en que el bien entregado tenga dimensiones o cantidades inferiores o menores a las convenidas (que el terreno de nuestro ejemplo tuviere 950 metros cuadrados y no los 1,000 convenidos), sin lugar a dudas se podría configurar un caso de trasgresión al principio de integridad en el pago, ya que en buena cuenta no se estaría efectuando un pago íntegro.

En ese sentido, el comprador podría negarse a recibir el bien, en estricta aplicación de lo esta-

blecido por el primer párrafo del artículo 1221 del Código Civil; en tanto que el vendedor no podría compeler al comprador a recibirlo, en razón de lo prescrito por la misma norma.

Pero resulta imprescindible aclarar que el principio de integridad en el pago, y el derecho que otorga el artículo 1221 del Código Civil al acreedor para negarse a recibirlo parcialmente, tienen estricta vigencia en tanto estemos en el momento inmediato previo a la verificación o ejecución de dicho pago. Este principio no se aplica luego de verificado el pago parcial, pues el pago, obviamente, ya se habría verificado.

En tal situación, el único camino viable sería que el acreedor que luego percibe que la naturaleza de la prestación ha trasgredido el principio de integridad, efectúe un reclamo al deudor, de acuerdo a los principios generales recogidos en las normas del Código Civil sobre el Derecho de Obligaciones y la Parte General de Contratos, en especial los preceptos relativos al contrato con prestaciones recíprocas. Si se tratase de una compraventa, serían aplicables, según el caso, los preceptos relativos a la compraventa *ad mensuram* o los de la compraventa *ad corpus*.

Ahora bien, el acreedor no puede ser compelido (obligado) a recibir un pago parcial de la prestación objeto de la obligación. Esta es la regla general. El acreedor no podrá ser obligado a recibir un cumplimiento parcial, pues, se entiende, dicho cumplimiento parcial equivale a un incumplimiento de parte de la prestación debida. Y no es a eso a lo que se ha obligado el deudor (o aquello que la ley le ordena cumplir). Esta afirmación es —siguiendo lo desarrollado— simple consecuencia del principio de integridad de la prestación, de la indivisibilidad del pago. La regla excepcional, que corresponde a la autonomía de la voluntad de las partes, es que el deudor, por mandato de la ley o por el contrato, esté autorizado a efectuar pagos parciales.

Por nuestra parte, podemos afirmar que los dos supuestos de excepción al principio de integridad en el pago contemplados por el Código Civil peruano de 1984, como hemos señalado, resultan obvios, pues en ambos casos, ni el contrato ni la

ley obligan al deudor a efectuar un pago total de la prestación en un determinado momento, sino que lo facultan a efectuar pagos parciales, conducentes a la ejecución de la totalidad de la prestación.

Debe descartarse como interpretación que la mención del contrato o de la ley puedan referirse a un pago parcial que tenga la facultad de liberar al deudor de la totalidad de la prestación debida. No es éste el sentido de la norma. El precepto tiene por objeto, simplemente, permitir al deudor cumplir con su prestación de manera parcial, pero al iniciar la ejecución de la misma en esta forma, dichos cumplimientos parciales no lo liberarán de cumplir con el resto de la prestación debida. Lo contrario sería admitir que el contrato o la ley estén dando al pago parcial características de pago total, lo que sería a todas luces absurdo.

Por otra parte, deuda líquida, a la que se refiere la excepción prevista en el segundo párrafo del artículo 1221 del Código Civil, es aquella cuyo monto exacto está determinado o es determinable con suma facilidad. Por ejemplo, una deuda puede consistir en el pago de capital e intereses. El monto del capital será con frecuencia conocido desde el momento en que surge la obligación. Pero no necesariamente ocurrirá lo propio con los intereses devengados, los mismos que deberán calcularse aplicando las tasas correspondientes, procedimiento que en algunos casos puede revestir cierta complejidad. En tal sentido, dicha norma faculta al acreedor a exigir el pago de la parte líquida, mientras se efectúa el cálculo de la otra parte —la ilíquida—, a fin de convertirla en líquida.

4. Principio de identidad del pago

Las obligaciones con prestaciones de dar son, a grandes rasgos, aquellas que implican la entrega física o jurídica de un bien.

El Código Civil peruano de 1984 inicia el tratamiento de las obligaciones de dar en su artículo 1132, precepto en el que se refiere a los bienes ciertos.

Antes de analizar la norma citada, consideramos imprescindible dar una noción de bien cierto.

Entendemos por bien cierto a aquel que al momento de generarse la obligación (cualquiera sea su causa) se encuentra total y absolutamente determinado o individualizado, vale decir, que se ha establecido con precisión qué deberá entregarse. Tras lo expuesto, podemos afirmar que las obligaciones de dar bienes ciertos consisten en la entrega de un bien determinado.

De la definición que acabamos de esbozar se deduce como lógica consecuencia la regla contenida en el artículo 1132:

Artículo 1132.- «El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor».

Así, dicho artículo recoge el principio fundamental de identidad en las obligaciones con prestaciones de dar, consistente en que el acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor.

Utilicemos como ejemplo, para ilustrar el caso, que el deudor se ha obligado frente a su acreedor a entregarle el día de mañana el auto usado marca Nissan, modelo Sentra, año 2000, de placa KQ-2426, número de motor «X» y número de chasis «Y». En virtud de la norma, es claro que el deudor no podrá entregar un vehículo distinto, ni siquiera un auto de similares características, pero de diferentes números de placa, motor y chasis, o uno que tuviera un valor mayor.

Sin perjuicio de lo anterior, la norma le concede al acreedor la posibilidad de aceptar un vehículo distinto si lo considera conveniente. Si el acreedor decide aceptar un bien diferente al acordado en su origen, no habría problema conceptual alguno, en tanto se estaría configurando —dentro de lo previsto por el Código Civil peruano— una dación en pago, figura contenida en los artículos 1265 y 1266 del mencionado Código (no obstante ello, nosotros consideramos que se trataría de una novación

objetiva, pero no es objeto de este ensayo analizar el por qué de esta afirmación).²

Debemos señalar, que dentro del principio de identidad va implícito el derecho del deudor de no estar obligado a pagar entregando un bien diferente, lo que implica, a su turno, que el acreedor pueda negarse a recibir ese bien.

Pese a su ubicación, la premisa a partir de la cual se construye esta norma es aplicable a todo el Derecho de Obligaciones. Por lo mismo, lo allí prescrito no sólo se debe leer respecto de las obligaciones de dar, sino también respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer.

La importancia del principio, entonces, trasciende el campo de las obligaciones de dar, para ingresar —con igual fuerza— en las de hacer y no hacer. En general, él podría resumirse afirmando que el deudor está obligado a ejecutar la prestación convenida y no otra.

El principio de identidad tiene directa relación con aquello que se va a cumplir, mas no con las dimensiones de dicho cumplimiento. Es así que consideramos que el principio de identidad de la prestación apunta al pago con idéntica prestación a la convenida, mas no al pago con la prestación convenida pero con dimensiones distintas.

5. LUGAR DE PAGO

El artículo 1238 del Código Civil peruano de 1984 trata acerca del lugar en donde el deudor debe efectuar el pago. El citado precepto señala lo siguiente:

Artículo 1238.- «El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.»

² Para tales efectos, recomendamos al lector la consulta de nuestro libro *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra, 2011, pp. 669 y ss.

Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor».

La ley peruana establece como regla que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, lo que equivale a decir que el acreedor deberá cobrar la deuda en dicho lugar y que no compete al deudor apersonarse en el domicilio de su acreedor para efectuar el pago. El tema del lugar donde debe efectuarse el pago, cuando la ley alude al domicilio del deudor, suscita reparos.

El artículo 1238 del Código Civil debe leerse e interpretarse conjuntamente con el artículo 1239.³

Nos explicamos.

Sabemos que es el cumplimiento de la obligación lo que le otorga a ésta certidumbre. De allí la singular importancia del lugar donde debe efectuarse el pago. Creemos que, para ello, la lectura de los artículos 1238 y 1239 del Código Civil permite adoptar como criterio factores de certeza y flexibilidad.

El pago debe realizarse, en primer lugar, en el domicilio del deudor. Pero, nos preguntamos, ¿se trata del domicilio del deudor al tiempo de contraerse la obligación o al tiempo del pago? Podría llegar a ser arbitrario para el acreedor, por decir lo menos, que el deudor, por voluntad unilateral, procediera a variar de domicilio y exigiera, al tiempo del pago, que el acreedor haga efectiva su acreencia en su nuevo domicilio, salvo, por cierto, que tal modificación domiciliaria hubiera sido aceptada por el acreedor.

Para llegar a esta conclusión es suficiente analizar

el artículo 1239, cuando establece que si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo. Es cierto que el artículo 1239 utiliza la expresión «*habiendo sido designado éste como lugar para el pago*», esto es que existe pacto en tal sentido. Pero también es verdad que cuando el artículo 1238, en su primera parte, señala que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, resulta perfectamente lícito aplicar, por analogía, para el caso en que tal deudor cambie de domicilio, que el acreedor pueda exigirlo en el primero o en el nuevo, conforme a lo consignado por el artículo 1239.

No nos parece coherente, por ello, la doctrina francesa predominante de atribuir al deudor el derecho de modificar de domicilio a su arbitrio y pretender que el pago se verifique en el nuevo domicilio, sobre la base de facilitar la liberación y favorecer al deudor. Nada impide, por cierto, que el acreedor cobre en el nuevo domicilio. Pero esto dependerá de su voluntad exclusiva, de su aceptación expresa o tácita al cambio domiciliar para los efectos de pago. En suma, el acreedor podrá exigir el pago en el domicilio que el deudor tuvo al contraer la obligación o, a su discreción, en el nuevo domicilio.

Por otra parte, debemos señalar que la ley prevé excepciones a este principio general, en el sentido de que el pago se realiza en el domicilio del deudor.

En primer término, que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten como lugar del pago el que más se adapte a sus intereses. En esta materia prevalece la libertad contractual.

Se trataría del caso en que las partes hubieran designado el lugar donde debe cumplirse la obligación. Tal designación puede efectuarse al contraerse la obligación, o luego, y su forma puede

³ Artículo 1239.- «Si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo. Igual regla es de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor».

ser expresa o tácita, según lo consagra el artículo 141 del Código Civil, al referirse a la manifestación de la voluntad, debiendo señalarse que es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier medio directo; y tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

Luego, cuando la ley prescribe el lugar del pago, esta norma no debe interpretarse como imperativa. Se trata, simplemente, de un precepto supletorio. No existiría razón alguna para que el legislador señale obligatoriamente el lugar del pago, ni que se impida a las partes designar cualquier otro. Esta norma sólo entra en juego en ausencia de manifestación expresa o tácita de las partes en contrario.

A renglón seguido se prevé como lugar del pago el que corresponda de acuerdo con la naturaleza de la obligación. Si se trata, por ejemplo, de transferir la posesión de un bien inmueble no susceptible de desplazarse, el deudor deberá efectuar el pago en el lugar donde se encuentra el inmueble y no en su propio domicilio. No es imaginable, en esta hipótesis, pacto en contrario, pues éste determinaría la imposibilidad de realizar el pago. Caso distinto ocurriría si se trata de la transferencia de la posesión de un bien mueble desplazable, hipótesis en las que rigen alternativamente las reglas previstas por el artículo 1238.

La ley se refiere, a continuación, a «las circunstancias del caso». Esta expresión usualmente se confunde con «la naturaleza de la obligación». Son las circunstancias las vinculadas íntimamente con la naturaleza de una obligación. Puede criticarse la expresión «circunstancias del caso» como redundante, pero en todo caso ella dependerá, al igual que cuando la ley alude a la naturaleza de la obligación, del modo en que ésta fue constituida y de la forma en que debe cumplirse.

Por último, la ley prevé que si el deudor ha designado varios lugares para el pago, el acreedor podrá hacerlo efectivo en cualquiera de ellos. Esta hipótesis no requiere de mayor aclaración.

Aunque el Código ha sido parco en sus expresiones para el caso en que el pago deba efectuarse

en el domicilio del acreedor, pues sólo prevé en la parte final del último párrafo del artículo 1238 que, en esta hipótesis, si el acreedor ha designado varios lugares, el deudor puede elegir cualquiera de ellos, consideramos que los mismos principios recién analizados rigen para este caso.

Es así que si se estipula que el pago debe efectuarse en el domicilio del acreedor, se entiende como tal el que correspondía al acreedor al constituirse la obligación, o el nuevo, a exclusivo criterio del deudor. Si el acreedor cambia de domicilio entre el día en que se constituyó la obligación y el día del pago, el deudor tendrá el derecho, a su soberana voluntad, de efectuar tal pago en el antiguo o en el nuevo domicilio.

El Código, en sus reglas sobre el lugar del pago consignadas en el artículo 1238, es claro. El único problema de interpretación que podría suscitarse, como lo hemos señalado, es el contenido en la expresión «el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor [...]». Pero, insistimos en los conceptos, pues razones elementales de lógica jurídica determinan decidir que la ley peruana alude al domicilio del deudor al contraerse la obligación, salvo que modificado dicho domicilio antes del pago, el acreedor lo acepte y, por tanto, exija tal pago en el nuevo domicilio. Pero el deudor no puede unilateralmente variar de domicilio y decidir, por sí y ante sí, efectuar el pago en el nuevo domicilio. Inclusive la propia expresión «circunstancias del caso», que utiliza el precepto, abona en forma determinante en apoyo de esta tesis.

Imaginemos, para ilustrar la hipótesis, que el deudor se obligue a entregar a su acreedor una flota de camiones, teniendo su domicilio, al contraer la obligación, en la ciudad de Lima. Antes del cumplimiento de la obligación el deudor traslada su domicilio a la ciudad de Iquitos, en plena Selva Amazónica. Llegado el día de vencimiento de la obligación, el deudor pretende efectuar —en Iquitos— el pago a su acreedor, domiciliado en Lima y quien va a comercializar dicha flota de camiones en esta ciudad. Ello encarecería y retrasaría enormemente la prestación de la que es titular el acreedor, no sólo por el alto costo del flete de los camiones de Iquitos a Lima, sino por la oportunidad en que éstos pueden ser comer-

cializados. La situación sería mucho más grave, desde luego, si el cambio de domicilio del deudor es a un país extranjero, que incluso quede en otro continente. Aquí entraría en juego, incluso, el pago de derechos de aduana e importación, adicionales a los mayores gastos de transporte y al tiempo en que realmente quedaría cumplida la obligación.

Conviene señalar, asimismo, que si el deudor pudiera variar arbitrariamente de domicilio para efectuar el pago, y rehúsa realizarlo, ello tendría graves implicancias para el acreedor, con el propósito de que pudiera exigirlo en el nuevo domicilio. Para comprobar lo expresado, basta revisar el artículo 2095 del Código Civil que, a falta de ley expresamente elegida por las partes, dispone que las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento. Si el lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor, ¿podría éste variarlo inconsultamente, modificando en forma unilateral la ley aplicable?

Naturalmente la norma del artículo 1238 está referida al caso de las personas naturales y de las personas jurídicas, ya que éstas tendrán su domicilio en el lugar de su sede o, en todo caso, en el lugar de su sede principal.

El artículo 1238 no recoge la integridad de supuestos que —acerca del domicilio— contempla el Código Civil. Esto resulta correcto, puesto que dicho precepto no podía ingresar a analizar todas las hipótesis del domicilio que están consignadas en otras normas del propio Código.

Para cualquier supuesto en el cual se haya pactado que el pago deba realizarse en el domicilio del acreedor, es pertinente que rijan las normas generales sobre domicilio que antes hemos analizado.

No podemos dejar de destacar que es posible que existiendo acuerdo sobre el lugar en que deba efectuarse el pago, no se haya señalado

solamente un lugar sino varios lugares para tal efecto. El artículo 1238, segundo párrafo, establece que designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos, siendo esta regla también de aplicación cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor.

Para terminar el análisis de esta norma, reiteramos que frecuentemente se pacta en contrario a lo que la misma dispone. Es práctica común que se acuerde que el pago se realice en un lugar distinto al domicilio del deudor. Por lo general y a fin de facilitar el cobro, se suele elegir el domicilio del acreedor.

Ello es así porque la regla afecta al acreedor en la medida en que le impone la carga de ir a cobrar y, por ese mismo motivo, le acarrea dificultades para pactar la mora automática.

Si el lugar de pago es el domicilio del deudor, de poco serviría que se pactara la mora automática, pues necesariamente el acreedor tendría que ir a cobrar para constituir en mora a su deudor.

6. Plazo para efectuar el pago

De acuerdo con Fernando J. López de Zavalía,⁴ los contratos pueden clasificarse en aquellos de ejecución inmediata y aquellos de ejecución diferida, según como se responda a la pregunta ¿cuándo debe comenzar su ejecución?

Tal clasificación es aplicable también para el caso de la ejecución de las obligaciones en general, ya que si bien esta teoría se ha elaborado para los contratos, definitivamente éstos (de acuerdo con la corriente de opinión más moderna al respecto) se agotan al momento de su celebración, y lo único vigente es la relación jurídica patrimonial (las obligaciones surgidas de ellos).

⁴ López de Zavalía, Fernando J. Teoría de los Contratos. Buenos Aires: Zavalía, 1984, Parte General, tomo 1, pp. 68 y 69.

Una obligación de ejecución inmediata será aquella cuya prestación comience a ejecutarse, como su nombre lo indica, inmediatamente después de nacer dicha obligación; mientras que una obligación de ejecución diferida será aquella cuya prestación comience a ejecutarse una vez transcurrido un lapso desde el momento del nacimiento de la misma.

Una obligación podría no tener ejecución inmediata en dos supuestos:

- (a) Cuando se le hubiese establecido un plazo suspensivo.
- (b) Cuando estuviese sujeta a condición suspensiva.

Pero ambos (el plazo y la condición) son modalidades de un acto jurídico, las cuales tienen que ser necesariamente pactadas por las partes para integrar dicho acto. En caso contrario, el acto se considerará como puro y simple.

Entonces, de acuerdo con este razonamiento, al no haberse introducido estos elementos en una relación obligacional, ya sea por ley o por voluntad de los otorgantes, el acto constitutivo de dicha obligación será puro y simple, de donde se deriva la consecuencia establecida por el artículo 1240 del Código:

Artículo 1240.- «Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación».

Un tema que tiene directa relación con el artículo comentado es el referido al plazo de gracia.

Si la obligación autorizara al deudor para satisfacerla cuando pudiese, o cuando tuviese medios de hacerlo, los jueces, a instancia de parte, designarán el tiempo en que deba hacerlo. Es decir que corresponde al juez, en tal caso, señalar el tiempo o plazo para el pago. Es así que se considera que la obligación de pagar cuando el deudor pueda o tenga los medios para hacerlo, constituye una obligación a plazo incierto, no así una obligación condicional, pues en ningún momento el acreedor ha pensado que su derecho de acreedor se pone en duda o puede discutirse. Lo que se ha dejado en la incertidumbre es el tiempo del

cumplimiento, con mayor amplitud que cuando no se indica fecha; por eso, se trata de un caso de plazo incierto.

Este tema es resuelto por el Código Civil peruano en el primer párrafo del artículo 182, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 182.- «Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.

También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalen.

La demanda se tramita como proceso sumarisimo».

El Derecho positivo peruano se ha inclinado por la validez de las cláusulas de pago cuando el deudor así desee hacerlo, como lo demuestra el segundo párrafo del artículo 182, al establecer que el juez fija la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalen; debiéndose tramitar dicha pretensión como proceso sumarisimo.

En conclusión, la regla del artículo 1240 del Código Civil peruano no es absoluta. No necesariamente, cuando no hay plazo designado para el pago, el acreedor puede exigirlo inmediatamente después de contraída la obligación.

La referida norma tiene tres notorias excepciones.

Primero, la prevista por el primer párrafo del artículo 182 del Código Civil, cuando prescribe que si el acto no señala plazo para el pago, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. Por ejemplo, si en una obligación de hacer —construir un edificio— no se ha señalado plazo, el juez deberá fijar su duración. Pretender lo contrario, esto es el pago inmediato, constituiría un imposible. Caso distinto ocurriría si se tratara de un bien —por ejemplo una obra de arte— que el deudor, sin señalarse el plazo, se obliga a entregar al acreedor. Aquí la aplicación

del artículo 1240 sería absoluta.

Luego, la consignada en el segundo párrafo del artículo 182, cuando prescribe que corresponde al juez fijar la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o de un tercero y éstos no lo señalen.

Y, finalmente, la excepción prevista por el artículo 1656 para el contrato de mutuo. El precepto establece que cuando no se ha fijado plazo para la

devolución y éste no resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega.

El origen del artículo 1240 del Código Civil nacional que hemos analizado, es romano. Las reglas allí vigentes permitían exigir el pago de inmediato, en caso de faltar un plazo estipulado.

Lima, noviembre de 2012

INTERPRETACIÓN DEL INCISO 1º DEL ARTÍCULO 2001 DEL CÓDIGO CIVIL

Fernando Vidal Ramírez *

«El Código Civil vigente desde el 14 de Noviembre de 1984 ha trazado un deslinde conceptual entre la Prescripción Extintiva y la Caducidad en virtud del cual considero que no debe ya existir duda en cuanto a que entre ambas instituciones jurídicas sólo existen como elementos comunes el fundamento de orden público y el transcurso del tiempo en los plazos previstos...»,

* Profesor Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Tacna. Autor del libro «Teoría General del Acto Jurídico». Miembro de la Comisión Revisora del Código Civil y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Past Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

INTERPRETACIÓN DEL INCISO 1º DEL ARTÍCULO 2001 DEL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil vigente desde el 14 de Noviembre de 1984 ha trazado un deslinde conceptual entre la Prescripción Extintiva y la Caducidad en virtud del cual considero que no debe ya existir duda en cuanto a que entre ambas instituciones jurídicas sólo existen como elementos comunes el fundamento de orden público y el transcurso del tiempo en los plazos previstos, pues a su vencimiento se producen efectos distintos, ya que el plazo de caducidad extingue el derecho y el plazo de prescripción extingue la acción, la que debe entenderse como la pretensión que se ha querido hacer valer mediante la acción. Sin embargo, el deslinde trazado no ha erradicado la confusión que inveteradamente ha existido en nuestra codificación civil, lo que motiva que me haya permitido escoger como tema el relativo a la necesidad de interpretar el Inc. del Art. 2001 del Código Civil con arreglo a los conceptos de prescripción y caducidad debidamente delimitados. Por eso, planteo, como premisa y conclusión, que de una ejecutoria lo que se extingue no es la acción sino el derecho, y no por prescripción sino por caducidad.

Para el desarrollo del tema considero necesario, previamente, hacer un poco de historia pues, mientras la prescripción extintiva tiene un indiscutido origen románico que desde entonces la perfiló como institución jurídica, lo mismo no ocurre con la caducidad, pues los romanistas se remiten a diversos antecedentes históricos pero sin darle el perfil de institución jurídica.

La Prescripción Extintiva, según el criterio uniforme de los romanistas, apareció en el Derecho Romano como el medio de defensa que podía oponerse a las *actio in rem* con finalidad *usucupatoria* o a las *actio rei vindicatio*, en ambos casos por el poseedor que por tiempo prolongado venía detentando el bien. Tomó el *nomen iuris de praescriptio* porque figuraba en el encabezamiento de la fórmula con la que el Pretor declaraba el entablamiento a la litis, lo que evidencia su origen como oponible a las *actio* con una finalidad extintiva.

La Caducidad tiene un origen histórico distinto y menos definido. Algunos romanistas citan como antecedentes históricos las denominadas Leyes Caducarias que determinaban la extinción de los derechos generados por liberalidades al no darse cumplimiento a sus propósitos, como en los casos en los que se alentaba el matrimonio de los célibes y la procreación legítima en determinados territorios del Imperio. Para otros romanistas la caducidad tuvo su origen en las *actio temporalis*, según las cuales la adquisición del derecho dependía del ejercicio de la acción en un plazo prefijado. La diversidad de criterios en cuanto a su origen le restó importancia a la caducidad por carecer de prosapia.

El fenómeno de la recepción del Derecho Romano, según los historiadores del Derecho, se produjo sin haberse diferenciado lo que era el objeto de la extinción en la prescripción y en la caducidad, pues se consideraba a la acción y al derecho como los lados de un mismo concepto.

El Código Civil Francés de 1804, el denominado Código Napoleón, que ignoró a la caducidad, receptó a la prescripción como extintiva de derechos y, llevándola al ámbito de las obligaciones, la sistematizó como liberatoria pues el deudor quedaba liberado de su obligación al transcurrir el tiempo requerido, no obstante la posición de doctrinantes franceses que veían en la prescripción la extinción de sólo las acciones.

Al Código Francés han seguido en importancia el Código Civil Alemán de 1900 y el Código Civil Italiano de 1942, que constituyen los grandes hitos en la historia de la codificación civil, ya que los ordenamientos civiles se estructuraron bajo la influencia de cada una de estas vertientes, como ha ocurrido con la codificación peruana, pues el Código de 1852 recibió la influencia del Código Napoleón, el de 1936 la del BGB y la vigente de 1984 la del Italiano.

Sin embargo, no obstante la poderosa influencia del Código Napoleónico, nuestro Código Civil

de 1852, con gran mérito, tomó una posición distinta y legisló considerando a la Prescripción como extintiva de acciones, no de derechos, pero al igual que el modelo francés ignoró a la caducidad.

El Código Civil Alemán de 1900, el denominado BGB, no consideró a la prescripción como extintiva de derechos y, bajo la influencia de la pandectística germana, introdujo el concepto de pretensión como equivalente al de la *actio* romana, precisando que lo que prescribía eran las pretensiones generadas por el derecho. No legisló sobre la caducidad pero sus doctrinantes calificaron algunos de los plazos que legislan como plazos de caducidad.

Nuestro Código Civil de 1936 mantuvo el acierto de su antecesor de 1852 y legisló sobre la prescripción como extintiva de acciones, precisando que era la acción la susceptible de prescribir, pero sin hacer el deslinde conceptual con la caducidad, confundiéndonos. Sin embargo, algunos de sus doctrinantes señalaron la omisión de no haber legislado sobre la caducidad y también calificaron algunos de sus plazos como plazos de caducidad.

El Código Civil Italiano de 1942 diferenció la prescripción de la caducidad, según lo que era objeto de la extinción, denominando a la caducidad como decadencia, decadencia de derechos.

El tratamiento legislativo y doctrinal de la actualidad nos conduce, como puede inferirse, en que es incuestionable que la prescripción extintiva y la caducidad son dos instituciones jurídicas distintas, sin más elemento común que fundarse en consideraciones de orden público y requerir del transcurso del tiempo. La doctrina destaca, por eso, las notas distintivas propias de la caducidad diferenciándolas de las de la prescripción.

No se trata ahora de detenernos en las notas distintivas de una y otra. Pero si en la básica y fundamental, que es la incorporada al Código Civil en sus Arts. 1989 y 2003, respectivamente. Por la del Art. 1989, la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo, mientras que por la del Art. 2003, la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente. Sin embargo,

por el tenor en que han sido redactadas, ambas nociones requieren de precisiones para su cabal interpretación mientras no se modifiquen con un tenor que corresponda a la pureza de los conceptos.

En efecto, las nociones incorporadas a los Arts. 1989 y 2003 hacen referencia a la acción en su acepción jurídica tradicional, como un concepto integrado al del derecho subjetivo y no como un derecho subjetivo propio y autónomo, como es el derecho de acción, que debe entenderse como el derecho a la jurisdicción, o, si se prefiere, como el derecho a la tutela jurisdiccional. Entendida así la acción, o concretamente, como el derecho de acción, no es prescriptible sino caducible, como es el caso de la acción que se extingue por transcurrir el plazo fijado para su ejercicio.

La conceptualización de la acción como derecho subjetivo, como el derecho de acción, determina entonces que lo prescriptible sea la pretensión que se quiere hacer valer mediante el ejercicio del derecho de acción. El Art. 1989 debe interpretarse, entonces, en el sentido de que lo que la prescripción extingue es la pretensión.

Ahora bien, al dejar a salvo el Art. 1989 al «derecho mismo», se está refiriendo al derecho subjetivo del que emana la pretensión, sino también al derecho de acción, que, como acabamos de indicar, es también caducible. El derecho de acción, como todo derecho subjetivo dependiente de un plazo, se extingue por el transcurso del plazo fijado, como ocurre con la extinción del derecho a la doble instancia o a la pluralidad de instancia si no se recurre dentro del plazo fijado. El Art. 2003 debe interpretarse, entonces, en el sentido de que la caducidad extingue el derecho y la pretensión correspondiente, comprendiendo la extinción del derecho de acción que, como derecho a la jurisdicción, se ha quedado sin la pretensión que podía motivar y justificar su ejercicio.

Planteadas las precisiones en virtud de las cuales hemos concluido a priori que lo que se extingue de una ejecutoria no es la acción sino el derecho, vamos a detenernos en el enunciado del Inc. I del Art. 2001 que dispone, sin considerar los conceptos acogidos por el mismo

Código, que a los diez años prescribe la acción que nace de una ejecutoria, manteniendo el inveterado criterio establecido por el Inc. 4 del Art. 560 del Código Civil de 1852 y seguido por el Inc. I del Art. 1168 del Código Civil de 1936, que le sirven de antecedentes.

Para no remontarnos al siglo XIX vamos sólo a considerar la norma contenida en el Inc. I del Art. 1168 del Código Civil de 1936, cuya referencia a la acción se justificó mediante el concepto clásico de la *actio iudicati*, que a nuestro juicio no es propiamente una *actio*, una acción, sino un derecho nacido de la resolución firme y ejecutoriada de un órgano jurisdiccional que lo ha determinado. Coviello^[1], un autor clásico y comentarista del Código Civil Italiano de 1865, por ejemplo, escribió que la *actio iudicati* no era una acción porque no podía ser considerada como un *ius persequendi in iudicio*, por cuanto el proceso había quedado completamente agotado, sino que venía a ser un *ius exequendi*, o sea, un derecho de exigir el cumplimiento de lo resuelto por el órgano jurisdiccional, un derecho de hacer efectiva la decisión. Según Messineo^[2], comentarista del vigente Código italiano de 1942, la *actio iudicati* es el medio para poner en ejecución la sentencia y para obtener la consecución de lo que se le atribuye a la parte victoriosa por la misma sentencia.

La acción, que es el derecho a la jurisdicción, o, si se prefiere, a la tutela jurisdiccional, al ser ejercitada da lugar a la instauración de un proceso que, por lo general, concluye con una sentencia o un laudo que, cuando ya no son susceptibles de recurso impugnatorio, se convierten en ejecutoria y pasan a la autoridad de cosa juzgada, desplegando todos sus efectos contra la parte vencida y confiriendo a la parte vencedora la *actio iudicati*, que, como ya hemos indicado, es la que

el Código Civil trata como la acción que nace de una ejecutoria.

Como acabamos de precisar, la *actio iudicati* no es, pues, propiamente una acción. La *actio iudicati* se distingue de la acción en que es consecuencia de ella, pues acudir a los órganos jurisdiccionales no puede tener otra finalidad que la de obtener un fallo favorable o, como precisa Coviello^[3], una sentencia o laudo de condena para la parte contraria, pues de una simple declaración no deriva en favor del vencedor una *actio iudicati*. Esta no es, entonces, consecuencia de toda acción, sino de aquellas que persiguen una condena para la parte contraria, esto es, una ejecutoria condenatoria y no una declaratoria o una constitutiva del derecho. Entre la acción y la *actio iudicati* debe mediar, pues, una ejecutoria de condena y no una declarativa, que sólo constata o declara la existencia del derecho, y tampoco una constitutiva, que sólo da lugar a la creación, modificación o extinción de un derecho.

La ejecutoria condenatoria es la que impone a la parte vencida el cumplimiento de una prestación que puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer. Como señala Couture^[4], estas sentencias surgen de numerosas circunstancias, como pueden ser la lesión al derecho ajeno en los casos de responsabilidad civil, de pérdida de la propiedad, de privación de la herencia o como consecuencia del incumplimiento de una obligación, y, en cualquiera de los casos, la sentencia, y no sólo la de condena, tiene como efecto fundamental producir la cosa juzgada. Pero los efectos de la cosa juzgada cuando la sentencia es condenatoria, respecto de la parte que fue condenada en el proceso, están sometidos a un plazo de vigencia y se resumen en el concepto de *actio iudicati*, que nuestro Código Civil enuncia como «la acción que nace de una ejecutoria».

[1] Doctrina General del Derecho Civil, pág. 639.

[2] Manual de Derecho Civil y Comercial. T.II, pág. 42.

[3] Doctrina General del Derecho Civil, pág. 638.

[4] Fundamentos del Derecho Procesal Civil, pág. 318.

León Barandiarán^[5], al comentar el Código de 1936, insinuó que hubiera sido preferible prescindir de la *actio iudicati* e, indicando que la teoría clásica que la propugnaba no era ya defendible y era eficazmente combatida.

Nosotros, que tenemos como maestro al insigne civilista, hemos optado por sostener que de una ejecutoria no nace una acción sino un derecho, el derecho de exigir el cumplimiento de la pretensión que ha sido materia del proceso y amparada por la sentencia que, desde que causó ejecutoria, está sometida a un plazo de caducidad.

La caducidad del derecho que nace de una ejecutoria debe, pues, entenderse referida a una sentencia o laudo de condena cuya ejecución es imprescindible para que el accionante pueda hacer efectiva la pretensión generada por el derecho invocado en su demanda. Pero si transcurre el plazo de 10 años sin haberse hecho efectivo el derecho no sólo se extingue la eficacia de la ejecutoria y con ella la de la acción que puso en funcionamiento el aparato jurisdiccional, sino que también se extingue la pretensión del derecho invocado en la demanda. De este modo, queda cumplido el postulado del Art. 2003, pues transcurrido el plazo prefijado se extingue el derecho que ha nacido de la ejecutoria y que debió ser ejercitado en el plazo fijado por el Inc. 1 del Art. 2001.

La extinción del derecho, correlativo a la obligación determinada en la ejecutoria, es consecuencia del transcurso del plazo fijado, que debe en-

tenderse como un incuestionable un plazo de caducidad, pues entre las notas distintivas entre el plazo de caducidad y el plazo de prescripción se señala que el de prescripción comienza a correr desde que puede recurrirse a la jurisdicción, como lo establece el Art. 1993, sin que tal norma sea aplicable al plazo de caducidad, pues éste comienza a correr desde que se produjo el hecho que genera el derecho, o sea, desde que la ejecutoria es notificada, conforme al Art. 155 del Código Procesal Civil, para que la parte vencedora haga efectivo su derecho, siendo este plazo perentorio y fatal.

En el mismo Art. 2001, pero en su Inc. 4, se establece que a los dos años prescribe la acción que proviene de pensión alimenticia, lo que debe entenderse también como el derecho a la pensión alimenticia nacido de una ejecutoria.

El derecho a los alimentos que genera la pretensión alimentaria no tiene plazo para su extinción, pues mientras su titular esté en situación de alimentista podrá ejercitar su derecho de acción para hacer valer la pretensión alimentaria que se concreta en la pensión alimenticia a la que tiene derecho, pero que se extingue por el transcurso del plazo fijado en dos años, no por prescripción sino por caducidad.

En conclusión, la revisión de los conceptos jurídicos para su cabal incorporación a las normas es tarea permanente de la doctrina, la que debe tener en consideración que el Derecho es una construcción inacabada e inacabable.

[5] Tratado de Derecho Civil. T. VIII, págs. 135 y 136.

EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA PRIVADA DENTRO DE LA TEMÁTICA DEL LIBRO II DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Emilio José Balarezo Reyes*

«La subjetividad es un tema polémico debido a que su naturaleza lo convierte en una reflexión netamente interna del ser humano ya que sin ella no podría exteriorizarse lo que el ser humano realmente quiere, por eso es importante para delimitar su alcance jurídico tomar en cuenta en qué consiste la libertad como también la autonomía.»

* Catedrático de Derecho Civil y Corporativo en la Universidad de San Martín de Porres. Autor de varios libros de doctrina del Derecho Civil.

El papel de la Autonomía Privada dentro de la temática del Libro II del Código Civil Peruano.

I.-Introducción

Estudiar las diferentes figuras que contiene el vasto universo temático en lo concerniente al acto o negocio jurídico es sumergirse en un sinnúmero de situaciones que van ligadas al mismo; para nadie es un secreto que la *Voluntad Humana* y el estudio de la repercusión de las múltiples figuras que se pueden derivarse de ella, hacen que todo hombre de derecho al iniciarse el camino del estudio del mismo tenga que tener presente que sin un dominio pleno de la esencia y la naturaleza propia de la *Voluntad Humana* y las repercusiones jurídicas que se deriven de la misma desencadenará su futura actividad y desempeño dentro del Derecho. Como lo manifiesta la acreditada doctrina italiana, en este caso Betti¹, cuando expresa lo siguiente: «*los negocios jurídicos, pueden definirse en general como actos de autonomía privada destinados a dictar estructuras de intereses que la conciencia social ya considera como vinculantes entre las partes*».

La subjetividad es un tema polémico debido a que su naturaleza lo convierte en una reflexión netamente interna del ser humano ya que sin ella no podría exteriorizarse lo que el ser humano realmente quiere por eso es importante para delimitar su alcance jurídico tomar en cuenta en qué consiste la libertad como también la autonomía. La doctrina más respetada en la actualidad ha buscado de manera incansable tratar con cabalidad académica y jurídica estos temas debido a la importancia que tendrán en la interpretación y repercusión de lo jurídico y lo más trascendente, en lo realmente querido por el sujeto

que los manifiesta. Al parecer de doctor Espinoza² el concepto de autonomía expresa lo siguiente: «*Se concluye que la autonomía radica en la persona en cuanto esta es un ser libre. Es en la libertad donde radica su autonomía*».

El tema de la *Autonomía Privada* es un tema que no solo ha marcado de manera profunda el derecho civil sino a nuestro concepto ha trascendido de forma clara y contundente lo que es el Derecho como disciplina en sí. Su vinculación va de la mano no solo al tema del Acto o Negocio Jurídico sino que el mismo por las repercusiones económicas que podrían contener las consecuencias de lo que es querido y lo que realmente se conoce y es de importancia para el derecho. Para la doctrina española en la la figura de Diez Picazo y Gullón³ manifiestan lo siguiente: «*la autonomía privada es una consecuencia del concepto de persona y consiste en un poder que el orden jurídico confiere al individuo para que gobierne sus propios intereses*».

En la actualidad despejar toda duda intelectual en torno a este tema es tocar temas que en la actualidad están vinculados con el hombre como también con la sociedad en general para nadie es un secreto la variedad de formas de contratación y la manera como se han desarrollado lo que han llevado al surgimiento de nuevas disciplinas (como es el caso del Derecho del Consumidor) que no hacen más que profundizar temas que siempre han tenido referencia aspectos básicos y en algunos casos tratados de manera tradicional por lo que es el Derecho. La doctrina nacional muy acertadamente nos habla de la autonomía privada

1 Betti, Emilio. Reflexiones sobre la noción de Negocio Jurídico. En León Hilario, Leysser (2001) Teoría General del Negocio Jurídico, Cuatro estudios fundamentales. Lima, ARA Editores.p.31.

2 Espinoza Espinoza, Juan (2008) Acto Jurídico Negocial. Lima, Gaceta Jurídica. p.21.

3 Diez Picazo, Luis y Antón Gullón. (1982) Sistema de Derecho Civil. Volumen I, 4 TA Edición. Madrid, Tecnos. p. 387.

como una figura que no es absoluta, así el Dr. Cárdenas⁴ Quiros manifiesta lo siguiente: «*el principio de la autonomía privada nunca ha sido absoluta. Ni siquiera en Francia que lo consagro legislativamente en el artículo 1134 del Código de Napoleón se ha aplicado irrestrictamente*».

2.-Importancia

Para el tratamiento de esta parte del artículo lo dividiremos en las figuras que están ligadas intrínsecamente a la Autonomía Privada como también al rol que estas tienen con respecto a su presencia tanto jurídica como legal.

2.1.-La Autonomía Privada y la Libertad.

La libertad como tema transversal a lo jurídico es una fuente inagotable de análisis en lo que respecta a su utilidad dentro del ámbito del Derecho Privado. Si somos más puntuales en el tema referente al acto o negocio Jurídico a nuestro concepto es básico la facultad que tiene el ser humano de decidir por sí mismo sin influencia alguna lo que en realidad desea hacer, que traslade sin ningún tipo de suspicacia o error lo que realmente quiere el sujeto en la medida que sea entendida en su cabalidad el concepto de lo que es la libertad como rasgo esencial del hombre, para poder delimitar su accionar dentro de la sociedad podremos expresar con seguridad la importancia del mismo. La posición es en torno a lo que verdaderamente debemos de señalar como libertad debe de estar ligada a la facultad de no intervención de algún factor que impida de manera trascendente impedir lo que realmente quiere el hombre.

Sobre el tema de cómo debe ser captada esta facultad se ha escrito que la Libertad es el instrumento por el cual se materializa la autonomía y guía de manera imprescindible la voluntad del hombre, es entonces un papel trascendental, básico e importante ver los límites entre los cuales la libertad se mueve y como es acogida de mane-

ra plena dentro de lo que es el Acto o Negocio Jurídico dentro de la percepción propia que maneja nuestro ordenamiento la libertad como factor que está presente dentro del Libro II del Código Civil Peruano debe de ser limitado, es decir deben de existir sobre él ciertas reglas o cánones que permitan de manera muy puntual expresar hasta donde llega su extensión y además hasta donde la sociedad en la que se aplica lo permite, solo entendiéndola en su real dimensión se podrá apreciar su magnitud jurídica.

Si no se permite al hombre decidir ni expresarse ni materializar lo que realmente desea no se puede hablar de libertad, jurídicamente hablando en la medida que se respete el derecho de los demás se podrá aplicar sin ningún inconveniente el concepto de libertad para lo cual deben de plantearse de la manera más concreta posible los estándares en que se desarrolla el ejercicio pleno de la libertad y la repercusión que éste tiene dentro del derecho.

2.2.-La Autonomía Privada y la Voluntad.

La voluntad es un término que concita reflexión desde la óptica del derecho; si jurídicamente comenzamos a analizarlo desde esa perspectiva, tomando en cuenta que el ser humano para exteriorizar lo que realmente quiere debe de llevarlo a cabo bajo esa característica propia que solo el hombre tiene, en la medida que esa fuerza interior ocasiona consecuencias jurídicas es que podemos hablar de manera puntual y rotunda del término voluntad, pero esta no se maneja por sí sola, he aquí entonces uno de los temas medulares que motivan y llevan a colocar a la voluntad como un aspecto netamente subjetivo, en el cual quien decide es el hombre, pues la voluntad está muy ligada a la facultad de raciocinio como también a la de discernimiento que tiene todo ser humano. Es allí donde radica la importancia de esta figura y su vinculación con lo que es el derecho de manera puntual esa autonomía que tiene el ser humano, la cual se manifiesta por medio de la voluntad tiene que estar encaminada, es decir debidamen-

4 Cárdenas Quiros, Carlos (1997) Autonomía Privada, Contrato y Constitución. En Derecho Civil Patrimonial. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p.40.

te regulada por el derecho al ser un aspecto netamente subjetivo se trasluce la misma con su exteriorización y cuando se da este efecto es que encontramos esa vinculación que siempre tiene que estar presente dentro de lo que es la voluntad, una especie de *voluntad regulada* de la cual su mayor partícipe es el ser humano, el cual ante la utilización de la voluntad, tiene en base al discernimiento la plena seguridad de lo realmente querido y su coherencia con lo que realmente es el derecho y su aplicación social. El Dr. Torres Vásquez⁵ entiende acertadamente el rol de la voluntad dentro del derecho cuando expresa lo siguiente: «*para que exista voluntad jurídica se requiere de la concurrencia de elementos internos (discernimiento, intención y libertad) y externos (manifestación)*».

Por último sin voluntad no podría ejercerse la libertad, como lo expresamos en líneas anteriores ese complemento entre ambas instituciones trae consigo de que la voluntad y su materialización de forma correcta y apreciada concretamente por el Derecho es aquel que es aplicado dentro de la sociedad y las consecuencias que son queridas por los mismos en la medida que se complementen y sean aceptadas en su real dimensión, es allí donde podemos expresar que la libertad no se maneja por sí sola y menos la voluntad que es emanada por el ser humano, en este caso el hombre cumpliendo con el *discernimiento apropiado* para el logro de los objetivos verdaderamente queridos por las personas o persona que lleva a cabo el acto o negocio jurídico como tal. Así el profesor Vidal⁶ dice en torno a este tema lo siguiente: «*La fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad es un poder jurídico que el Derecho Objetivo reconoce a todo sujeto para la regulación de sus intereses*».

Por ende de todo lo indicado la voluntad como aspecto subjetivo se convierte en piedra angular de los temas vinculados de manera puntual con el acto o negocio jurídico y se diría sin temor que

la voluntad y la libertad se complementan de tal manera que permiten ser la expresión jurídica de lo que realmente quiere la persona pero a la vez su connotación y trascendencia tiene que estar a la par con las reglas o comportamientos que el derecho aceptado por un determinado grupo social lo indica. La doctrina nacional concuerda con esta posición así el profesor Palacios⁷ expresa lo siguiente: «*la voluntad es la base para la producción de efectos jurídicos, el querer individual en si y por si es tutelable de manera obligatoria por el ordenamiento*».

Ante esto surge la trascendencia de lo que es la *Voluntad Lícita* es decir la voluntad acorde a derecho, ese respaldo, esa protección que el ordenamiento jurídico otorga con la finalidad de hacerlo presente siempre dentro de la sociedad que lo acoge. Para esto si nos basamos en un análisis netamente jurídico encontramos que esos límites o fronteras netamente normativas las encontramos en los requisitos del artículo 140 de nuestro Código Civil como también en el Artículo V del Título Preliminar del mismo Código, así encontramos en primer lugar cuatro requisitos imprescindibles y básicos a cumplir dentro de la confección de la voluntad, sin los cuales no tendría repercusión ni valor para el derecho y en lo segundo a nuestro concepto lo que observamos es una limitación de carácter social debido a la trascendencia que este tiene y su innegable sello social que tiene dentro del Derecho.

2.3.-La Autonomía Privada y la Contratación,

El contrato es sinónimo de independencia jurídica y patrimonial, además es muestra de que el acto o negocio jurídico que estudiamos permite tener una repercusión de tipo económico es así que al momento de poder plasmar los alcances que las partes desean darle es allí donde apreciamos la autonomía contractual, la voluntad contractual en toda su expresión ya que dentro de

5 Torres Vásquez, Aníbal (2007) Acto Jurídico. Lima, IDEMSA. p.119.

6 Vidal Ramírez, Fernando (2000) El Acto Jurídico. Lima Gaceta Jurídica.p.60.

7 Palacios Martínez, Eric (2002) La Nulidad del Acto Jurídico. Lima, Jurista Editores. p.52.

esta figura, por ejemplo, se ve en plenitud plasmados los conceptos que hemos venido desarrollando.

El eje de la contratación está en la voluntad de las partes que se manifiesta a través de la autonomía que cada uno de ellos tiene tomando en cuenta que única y exclusivamente estará puesto dentro del contrato lo que las partes quieren ya se ha hecho de conocimiento general esa frase que expresa: «el Contrato es Ley entre las partes» lo cual se refleja en que nadie está obligado a comprometerse a algo si no lo quiere. De esta forma encontramos reflejado dentro de lo que es el tema de los contratos tanto la independencia como la autonomía con el que se manejan, no hay mayor ejemplo que la *negociación*, es decir, esa capacidad que tiene la parte al momento de formar el contrato por el cual este goza de todas las facultades convenientes con el objetivo de poder buscar el mayor beneficio o provecho posible de sus intereses. Como lo expresa el profesor Cárdenas Quiros⁸ cuando se refiere a la contratación indica lo siguiente: «El Código Civil vigente se inscribe en esa tendencia humanizadora, socializadora del contrato. El Código Civil respeta el principio de la autonomía privada».

La autonomía se combina, se vincula con la contratación en la medida que ambas se dan para poder representar lo que realmente quiere la parte. Es sinónimo de la no intervención de cualquier factor que altere justamente esa autonomía que es producto de la voluntad y de la libertad con la que actúa la persona natural o jurídica ya sea de manera particular o plural cuando se constituye como parte dentro del contrato. Solo mediante el respeto de las decisiones que se den dentro de la relación y vinculación que se desprende de la negociación se podrá ver plasmada de manera efectiva lo que es la *autonomía contractual* eje del tratamiento y la regulación. En el tema de lo que es la naturaleza de los contratos no puede concebirse entonces la presencia de cualquier factor que vaya en contra del normal

desarrollo de la libertad que tienen las partes siendo está regulada en torno a los cánones de conducta y de convivencia social. Para esto existe lo que se denomina Derecho de los Contratos que Santos Pastor⁹ lo define de la siguiente manera: «la función primordial del derecho de contratos consiste pues en proporcionar un conjunto de reglas y de mecanismos que garanticen el cumplimiento de estas reglas que aseguren que los individuos realizan sus deseos en lo concerniente a un contrato, garantizando el cumplimiento de lo acordado».

A la fecha el tema de la contratación ha traído consigo nuevos horizontes y una búsqueda de aplicación de los nuevos conceptos que lo rodean como son la contratación electrónica o en masa, los cuales plantean nuevos retos ya que muchas de las normas que fueron dadas para el tratamiento de los temas en torno al contrato y a su formación fueron reguladas desde un punto netamente individual y presencial, situaciones que con el devenir del tiempo están cada vez más desarrolladas y presentes dentro de nuestra sociedad ante lo cual se convierten en situaciones que necesariamente el derecho debe de intervenir en la búsqueda de una adecuada y equilibrada regulación jurídica que se exprese a través de normas eficaces, claras y contundentes.

3.-Conclusiones

- 3.1.- Tanto la libertad, la voluntad y la autonomía están íntimamente vinculadas con el hombre de manera precisa con el discernimiento que es el instrumento por el cual se desprende y exterioriza lo que la persona desea dentro del acto o negocio jurídico que realice.
- 3.2.-A la fecha el tema contractual se ha visto enriquecido debido a los avances tecnológicos como también los nuevos tipos de contrataciones las cuales hacen que la regulación necesite modificaciones como

8 Cárdenas Quiros. Ob. Cit. p.42

9 Pastor, Santos (1989) Sistema Jurídico y Economía. Madrid, Tecnos, p.148-149.

también actualizarse a los nuevos requerimientos en estos temas.

3.3.-El rol de la autonomía radica en el control pleno de los actos que tiene la persona sobre los mismos de tal manera que deje constancia de lo querido, queda al ámbito del Derecho regularlo siempre y cuando no vaya en contra de lo previamente establecido y aceptado jurídicamente por la sociedad.

3.4.-Nuestra regulación a lo largo del desarrollo de estas actividades ha tratado de regular de manera eficiente estos temas tomando en cuenta el contexto donde se desarrollaron a la fecha es necesaria una revisión y replanteamiento del tema. Con principal atención al desarrollo que se le da al tema en el Perú.

3.5.-El Derecho Civil se nutre del aspecto subjetivo e interno de la persona por lo tanto debe de llevarse a cabo un tratamiento jurídico del mismo que permita tener la certeza precisa en cuanto a lo que es ex-

teriorizado por el hombre como también de las consecuencias que del mismo se puedan derivar.

4.-Bibliografía

Betti, Emilio. Reflexiones sobre la noción de Negocio Jurídico. En León Hilario, Leysser (2001) Teoría General del Negocio Jurídico, Cuatro estudios fundamentales. Lima, ARA Editores.

Cárdenas Quiros, Carlos (1997) Autonomía Privada, Contrato y Constitución. En Derecho Civil Patrimonial. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Diez Picazo, Luis y Antón Gullón. (1982) Sistema de Derecho Civil. Volumen I, 4 TA Edición. Madrid, Tecnos.

Espinoza Espinoza, Juan (2008) Acto Jurídico Negocial. Lima, Gaceta Jurídica.

Palacios Martínez, Eric (2002) La Nulidad del Acto Jurídico. Lima, Jurista Editores.

Pastor, Santos (1989) Sistema Jurídico y Economía. Madrid, Tecnos

Torres Vásquez, Aníbal (2007) Acto Jurídico. Lima, IDEMSA.

Vidal Ramírez, Fernando (2000) El Acto Jurídico. Lima, Gaceta Jurídica.



DERECHO PENAL PROCESAL PENAL

CORTE PENAL INTERNACIONAL, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993 Y ALGUNAS LIMITACIONES JURÍDICAS

Rafael Supo Hallasi *

«Gracias a la reflexión y madurez de la comunidad mundial, en 1998, en la histórica Conferencia Internacional de Plenipotenciarios, se aprobó el Estatuto de Roma, que creó el Tribunal Penal Internacional como resultado de un tratado multilateral, firmado y ratificado por más de un centenar de estados miembros de la organización mundial.»

* Docente Pincipal De la Facultad de Derecho y Cs. Ps. Magister y Doctor en Derecho.

CORTE PENAL INTERNACIONAL, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993 Y ALGUNAS LIMITACIONES JURÍDICAS

OBJETIVOS GENERALES:

- Conocer y analizar los alcances jurídicos de la Corte Penal Internacional, la Constitución Política del Perú de 1993 y algunas limitaciones normativas.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Analizar el Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional.

- Describir el contenido de Resolución de ratificación del Estatuto de Roma por el Estado peruano.

- Analizar la Constitución Política del Perú de 1993.

- Conocer algunas limitaciones normativas de la corte Penal internacional.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

Como consecuencia de los crímenes cometidos contra los derechos humanos, durante la Segunda Guerra mundial, fue necesario y oportuno crear el Tribunal de Nuremberg y de Tokio con el objeto de conocer y juzgar a los responsables de los hechos inhumanos, lo que significó el inicio de la organización y funcionamiento de la justicia penal internacional de carácter temporal.

Desde la finalización de la segunda conflagración bélica mundial, aproximadamente, hasta la década del 80, la llamada guerra fría contribuyó a la creación y funcionamiento de un Tribunal Penal internacional permanente.

Los hechos inhumanos ocurridos, durante las guerras civiles de Yugoslavia y Ruanda y por otra parte la caída del Muro de Berlín, motivaron la creación de un Tribunal con jurisdicción univer-

sal, para casos de violación de derechos humanos y otro tipo de crímenes.

A posteriori de aquellos hechos, la Organización de Naciones Unidas, a través del Consejo de Seguridad, decidió emitir resoluciones creando tribunales ad-hoc como los tribunales especiales para Sierra Leona y Camboya.

El camino fue largo, con muchas limitaciones, pero el ideal fue perseverante para la organización de Naciones Unidas, en el sentido de concretar la creación de un órgano de justicia penal internacional consolidado y permanente, como efecto de la barbarie imperdonable y difícil de dejar en el olvido y en la impunidad.

Gracias a la reflexión y madurez de la comunidad mundial, en 1998, en la histórica Conferencia Internacional de Plenipotenciarios se aprobó el Estatuto de Roma, que crea el Tribunal Penal Internacional como resultado de un tratado multilateral, firmado y ratificado por más de un centenar de estados miembros de la organización mundial.

La tarea fue ardua para la consolidación de la idea de creación y funcionamiento de un órgano jurisdiccional universal, es así que en abril del 2002 entró en vigor la Corte Penal Internacional, constituyendo un resultado fructífero de los sectores progresistas y de cambio.

El mundo observa con detenimiento la actividad que viene cumpliendo la Corte Penal Internacional preocupado por alcanzar la justicia universal para todos los pueblos víctimas de la criminalidad organizada.

A esta época podemos señalar que este órgano jurisdiccional se enfrenta a ciertas limitaciones que se le van presentando en el ámbito internacional.

IMPORTANCIA DEL TEMA

Las antiguas formas de organización política de los estados, poco a poco han cambiado, lo que motivó la búsqueda de nuevas estructuras de relaciones internacionales que obligan ir más allá de las fronteras tradicionales.

El proceso de globalización que vive el mundo, es un hecho que ha contribuido al desarrollo y ha generado verdaderas relaciones supranacionales, que se dirigen cada vez más a una real interdependencia entre los estados y los organismos internacionales.

La Corte Penal Internacional será competente, para conocer los crímenes internacionales, en caso que los Estados no puedan hacerlo.

Una de las innovaciones que presenta el Estatuto de Roma, es que a la persona humana se le considera como sujeto de derecho internacional y no solo a los estados, concepción que ha sido modernizada; lo que significa que la responsabilidad penal será de las personas naturales que cometan las graves violaciones a los derechos humanos tipificados en las normas del Estatuto.

RATIFICACION DEL PERÚ DEL ESTATUTO DE ROMA

Después del gobierno totalitario de Alberto Fujimori, el Perú quedó destruido política y jurídicamente, pero como la vida de las naciones continúan su rumbo, fue el gobierno transitorio de Valentín Paniagua quien firmó el Estatuto de Roma en diciembre del año 2000; con este acontecimiento el Perú reconoció la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, demostrando al mundo su reconocimiento y respeto a los Derechos Humanos.

Como resultado del debate parlamentario e identificados con la defensa de los Derechos Humanos el Perú, como Nación soberana ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional mediante Resolución Legislativa N° 27517 del 13 de septiembre de 2001.

El 10 de noviembre ante la Asamblea General de la ONU, el presidente Alejandro Toledo de-

positó el instrumento de ratificación del Estatuto de Roma,

Siendo el país número cuarenta y cuatro, aproximadamente en apoyar formalmente el establecimiento de la Corte Penal Internacional.

RESOLUCIÓN LEGISLATIVA QUE APRUEBA EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Artículo único.- Objeto de la Resolución Legislativa y Declaraciones

Apruébase el «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», aprobado en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, celebrada en Roma, República Italiana, el 17 de julio de 1998; de conformidad con los artículos 57°, párrafo segundo y 206° de la Constitución Política del Perú, con las siguientes declaraciones:

1.1 Declaración relativa al artículo 51° de la Carta de las Naciones Unidas

«Las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no impiden a la República del Perú el ejercicio de su derecho a la legítima defensa de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas».

1.2 Declaración relativa al artículo 5° y 121° párrafos 1 y 5

«La República del Perú declara que de conformidad con los párrafos 1 y 5 del artículo 121° del Estatuto se propone como enmienda la incorporación en el artículo 5 del Estatuto los delitos de terrorismo en todas sus modalidades y el uso de armas nucleares, químicas y biológicas en los conflictos armados, como crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, de competencia de la Corte Penal Internacional».

1.3 Declaración relativa al artículo 8° párrafo 2 literal (b), (c), (d), (e) y (f)

«La República del Perú declara que los términos «conflictos armados internacionales» y «conflicto armado que no sea de índole internacional», contemplados en el artículo 8° párrafo 2 literales (b), (c), (d), (e) y (f) no incluyen

la comisión de delitos comunes, en particular los delitos de traición a la patria, y los delitos de terrorismo en todas sus modalidades».

1.4 Declaración relativa al artículo 8º párrafo 2 literales (c) y (e)

«La República del Perú declara que lo dispuesto en el artículo 8 párrafo 2 literales (c) y (e) no impide la declaración y el ejercicio de los regímenes de excepción contemplados en la Constitución Política del Estado con la finalidad de mantener o restablecer la paz y el orden público o de defender la unidad e integridad territorial por cualquier medio legítimo».

1.5 Declaración relativa al artículo 87º párrafo (1) literal (a)

«Conforme al artículo 87º, párrafo (2) del Estatuto, la República del Perú declara que las solicitudes de cooperación de la Corte y sus documentos sustentatorios serán remitidos en español, o acompañados de una traducción en español, que es uno de los idiomas oficiales de la Corte».

1.6 Declaración relativa al artículo 87º, párrafo (2)

«Conforme al artículo 87º, párrafo (2) del Estatuto, la República del Perú declara que las solicitudes de cooperación de la Corte y sus documentos sustentatorios serán remitidos en español, o acompañados de una traducción en español, que es de los idiomas oficiales de la Corte».

1.7. Declaración relativa al artículo 124º

Conforme al artículo 124º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la República del Perú declara que durante un período de 7 años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor para el Perú, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de delitos referidos en el artículo 8º cuando se denuncie que un delito ha sido cometido por sus nacionales o en su territorio. Durante el mencionado período el Estado peruano cumplirá con adecuar su legislación constitucional, penal y demás normas pertinentes a fin que sean compatibles con el contenido del presente Estatuto».

SALVO MEJOR DÉSE CUENTA, SALA DE COMISIÓN- Lima, mayo del 2001

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

LOS TRATADOS INTERNACIONALES:

En el contenido normativo de nuestra Carta Magna o Ley de leyes, vigente, sin ninguna duda, no existe opinión unívoca, respecto de la jerarquía de los tratados internacionales, referidos a los derechos humanos; vale decir para un sector prevalece los tratados sobre la ley, para otros la ley está por encima del tratado.

Esta situación de nuestra Constitución de 1993 nos conduce a una enorme confusión por no estar regulado expresamente la prevalencia de los tratados sobre las leyes, como lo estaba en la Constitución política de 1979.

Sin embargo, es oportuno señalar que en la Cuarta de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Constitución de 1993, se prescribe una norma que señala lo siguiente:

«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».

Esta norma y su contenido permiten sostener una interpretación que conduce a que los tratados sobre derechos humanos tendrían rango constitucional. En este sentido, podemos argumentar que tendrían un rango supraconstitucional.

Por la forma como está regulado en nuestra Constitución vigente recomendamos que es urgente, oportuno y necesario una reforma constitucional y se señale expresamente el rango que tiene los tratados respecto a los derechos humanos.

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

Otro aspecto que tenemos que resaltar es que la Constitución Política del Perú no dispone la prescripción de delitos.

No obstante ello, el Código Penal, en su artículo 80 regula la extinción de la acción penal por el paso del tiempo, sin establecer ninguna excepción en los casos de comisión de genocidio o crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, que son delitos de competencia de la Corte Penal Internacional.

La Corte Penal Internacional y algunas limitaciones jurídicas

A nuestro modo de ver, la normativa de la Corte Penal Internacional presenta algunas limitaciones jurídicas tales como :

- a. Estrecho campo de competencia.
- b. Intromisión del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas

1.-Estrecho campo de competencia.

A la letra dice el Artículo 5 .- «Crímenes de la competencia de la Corte

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.»

A simple vista podemos observar que el artículo indicado señala un reducido campo de competencia otorgado a la Corte, porque no puede conocer conductas de alta peligrosidad, así como impone serias barreras para trascender las fronteras de los estados, motivando grandes problemas de carácter internacional. En la realidad actual existen otros tipos de delitos tales como: tráfico de personas, tráfico de armas, tráfico de drogas y estupefacientes, tráfico de órganos humanos, tráfico de menores en el comercio de la prostitución y la pornografía, daños contra el medio ambiente, etc, ante los cuales no podemos ponernos una venda y dejarlos pasar, por ello es necesario ampliar la competencia de la Corte penal Internacional e incluir estos nuevos delitos que traspasan las fronteras.

2.- Intromisión del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas

Es increíble, pero doloroso reconocer que el Consejo de Seguridad de la ONU, por la naturaleza de los intereses de los miembros permanentes y por la prerrogativa del veto, se convierte en el único protector del presente orden mundial.

Con relación a la Corte Penal Internacional, el Consejo de Seguridad puede darse el lujo de pedir el aplazamiento de investigaciones, procedimientos o procesos de cualquier clase, hasta el enjuiciamiento que haya iniciado, obligando a la Corte aceptarlo, al amparo del artículo 16 que señala : «*Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento .- En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.»*

Con este dispositivo, la Corte se convierte inmediatamente, en un mero instrumento del Consejo de seguridad y, con lo cual pierde toda independencia, autonomía y credibilidad internacional. También toma parte activa para el inicio de la acción penal de la Corte, porque tiene la facultad de calificar de figuras delictivas internacionales, según se desprende del artículo 13 inciso b) del Estatuto., que textualmente dice «*Artículo 13 .- Ejercicio de la competencia .-b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes.»*

La atribuciones otorgadas al Consejo de seguridad de la Organización de Naciones Unidas frente a la Corte Penal Internacional es una flagrante violación al principio de soberanía de los Estados partes o al contrario.

CONCLUSIONES.

Después de haber analizado los alcances y limitaciones normativas del Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional y la Constitución política del Perú de 1993 hemos arribado a las con-

clusiones siguientes:

PRIMERO.- Los crímenes cometidos contra los derechos humanos, durante la Segunda Guerra mundial, dieron origen al Tribunal de Nuremberg y de Tokio con el objeto de conocer y juzgar a los responsables de hechos inhumanos y en 1998, y en la histórica Conferencia Internacional de Plenipotenciarios se aprobó el Estatuto de Roma, que crea el Tribunal Penal Internacional, firmado y ratificado por más de un centenar de estados miembros de la organización mundial; y en abril del 2002 entró en vigor la Corte Penal Internacional, constituyendo un resultado fructífero de los sectores progresistas y de cambio.

SEGUNDO.- El establecimiento de la Corte Penal Internacional encamina a garantizar el respeto por los Derechos Fundamentales de las Personas y los Principios Generales del derecho penal.

TERCERO.- El Perú, identificado con la defensa de los Derechos Humanos, como nación soberana ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional mediante Resolución Legislativa N° 27517 del 13 de septiembre de 2001.

CUARTO.- En el contenido normativo de nuestra Carta Magna, respecto de la jerarquía de los tratados internacionales, referidos a los derechos humanos, no existe opinión unívoca al respecto; para algunos prevalece los tratados sobre la ley, y para otros la ley está por encima del tratado. En efecto nos conduce a una enorme confusión por no estar regulado expresamente la prevalencia de los tratados con relación a la ley.

QUINTO.- En la Constitución Política del Perú DE 1993 no se dispone la prescripción de delitos.

SEXTO.- La normativa de la Corte Penal Internacional presenta limitaciones de competencia para otros tipos de delitos reales y actuales tales

como: tráfico de personas, tráfico de armas, tráfico de drogas y estupefacientes, tráfico de órganos humanos, tráfico de menores en el comercio de la prostitución y la pornografía, daños contra el medio ambiente, etc,

SEPTIMO.- Otra limitación normativa que presenta la Corte es la intromisión del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones por su naturaleza de los intereses de los miembros permanentes y por la prerrogativa del veto, se convierte en el único protector del presente orden mundial. Con este dispositivo, la Corte se convierte inmediatamente, en un mero instrumento del Consejo de seguridad y, con lo cual pierde toda independencia, autonomía y credibilidad internacional.

BIBLIOGRAFÍA

1. ANELLO, Carolina. «Tribunal Penal Internacional». Universidad de Buenos Aires <http://www.ub.es/solidaritat/observatori/es/ge/>
2. BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis Miguel. «Lecciones de la Parte General y el Código Penal». Edit. San Marcos. Lima 1997.
4. KAI AMBOS. «Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional». En. <http://www.abogarte.com.ar/principiosgeneralesycpi>.
5. O.N.U. «Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional». En <http://www.onu.org/law/icc/statute/status.htm>
6. RUBIO CORREA, Marcial. «Estudio de la Constitución Política de 1993». T. IV. 1era edición. PUCP Editorial. Lima 1999.
7. -D' Estéfano Pisani, Miguel A. *Breve historia del Derecho Internacional*. Editorial Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 2003.
<http://www.iccnw.org/espanol>

Tacna, junio 2012

LA COSA JUZGADA: MUTABILIDAD O INMUTABILIDAD

Víctor Hugo Nina Cohaila *

«...cómo se ha comprobado en muchos casos,(...) la decisión del último juez no es siempre la más justa, ni la más conforme con el derecho.

Esto plantea el desideratum entre mantener la vigencia de una sentencia fruto del error o de la prevaricación del juez, o prolongar la incertidumbre en las relaciones jurídicas y patrimoniales, sin límite de tiempo, hasta alcanzar una sentencia justa».

* Fiscal Provincial Titular de Familia. Magister en Derecho Civil y Comercial. Doctor en Derecho. Catedrático de la Universidad Privada de Tacna

«... Ningún esquema constitucional donde se reconoce la justicia como valor esencial y se le rodea de garantías de seguridad puede, a la vez de proclamarse legítimo, operar en forma contraria a los mismos derechos que pretende proteger. Ello significaría que una parte de la Constitución quedaría invalidada so pretexto de otra, lo que resultaría no solo paradójico sino abiertamente irrazonable e irracional. En dicho contexto, considera este Colegiado que, aun cuando la cosa juzgada es importante, esta institución no puede superponerse al derecho a la identidad, por lo que en el presente caso debe ampararse la pretensión de quien exige conocer a su progenitor, así como, de ser el caso, de conservar su apellido.»
Fundamento 18 STC EXP. N.º 00550-2008-PA/TC.

LA COSA JUZGADA: MUTABILIDAD O INMUTABILIDAD

I. LA COSA JUZGADA:

Para el maestro Guillermo Cabanellas, la cosa juzgada es «lo resuelto en juicio contradictorio, ante un juez o tribunal, por sentencia firme, contra lo cual no se admite recurso, salvo el excepcionalísimo de revisión.»¹

La cosa juzgada señala Savigny no es una consecuencia natural o necesaria deducible del concepto del oficio del juez. Al contrario, cuando se pone en duda la justicia de la sentencia, parece natural emprender un nuevo examen del asunto. La experiencia histórica demuestra cómo, en diversas épocas de la evolución de las instituciones judiciales, se ha considerado conveniente el establecimiento de un régimen jerárquico de instancias sucesivas en busca de la justicia de la decisión; y cómo se ha comprobado en muchos casos, que la decisión del último juez no es siempre la más justa, ni la más conforme con el derecho.

Esto plantea el *desideratum* entre mantener la vigencia de una sentencia fruto del error o de la prevaricación del juez, o prolongar la incertidumbre en las relaciones jurídicas y patrimoniales, sin límite de tiempo, hasta alcanzar una sentencia justa. Es una cuestión de política del derecho dice Savigny establecer cuál de estos dos peligros o daños sea

mayor y optar por la solución más conveniente. Son pues, como afirma también Chiovenda razones de oportunidad, consideraciones de utilidad social, las que hacen poner un término a la investigación judicial, y tratar la sentencia como ley irrevocable para el caso concreto.

En el primitivo derecho romano, la eficacia de la decisión se fundaba en el «compromiso» que asumían las partes en la *litiscontestatio*, no en la autoridad del Estado, como se ve del pasaje de Ulpiano: *stari autem debet sententiae arbitri quam de re dixerit, sive aequa, sive iniqua sit; et sibi imputet, qui compromisit* (se debe estar a la sentencia que el árbitro de sobre la cosa, sea justa o injusta; y culparse así mismo el que se comprometió). Posteriormente, la evolución del concepto del Estado, la extensión del *Imperium* y el nuevo concepto de la jurisdicción, que llevaron al Estado a asumir la función pública de administrar justicia mediante los jueces, hicieron inútil el contrato de *litiscontestatio* de las primeras épocas, y bajo Justiniano, la fuerza de la sentencia se fundó en la cosa juzgada, entendida como presunción de la verdad, según el pasaje de Ulpiano: *ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur* (debemos también tener por ingenuo aquel que por sentencia se declaró serlo, aunque fuese libertino,

¹ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. Editorial Heliastra. Buenos Aires. 1981

porque la cosa juzgada se tiene por verdad).

Este fundamento dado a la cosa juzgada en el derecho justinianeo, fue recogido en el Código Civil napoleónico bajo el influjo y la autoridad de Pothier, que hizo de la teoría de la «presunción de verdad», no ya el fundamento político-social de la cosa juzgada, sino su fundamento jurídico y dogmático, incluyéndola entre las presunciones legales; y así a pasado a los códigos modernos que siguieron el modelo francés, entre ellos el nuestro, que incluye entre las presunciones legales, a «la autoridad que da la ley a la cosa juzgada»; lo que bien entendido significa, como señala Chiovenda, que es ilícito buscar si un hecho es verdadero o no, al objeto de invalidar un acto de tutela jurídica.

2. Conceptualizaciones sobre la Cosa Juzgada.

El artículo 6 del C.P. Constitucional prescribe que en los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo. Esta norma, su redacción, es en parte adecuada, pues las resoluciones que no se pronuncian sobre el fondo no constituyen autoridad de cosa juzgada. A diferencia de la anterior norma regulada en el artículo 8 de la Ley No 23506, que prescribía: La resolución final constituye cosa juzgada únicamente si es favorable al recurrente. Puede oponerse a quien pretendiera ejecutar o ejecutarse igual agresión.

La cosa juzgada está normada en la Constitución Política de 1993, en su Art. 139 Inc. 13; y puede hacerse valer vía nulidad o vía excepción. La cosa juzgada se funda en el principio de seguridad jurídica. Es necesaria e imprescindible en el ámbito jurídico para garantizar la paz social y evitar la proliferación de juicios que harían interminable la discusión sobre el mismo asunto.

Dentro de los motivos que han fundamentado la existencia de la institución de la cosa juzgada se encuentran los siguientes:

- **Certeza jurídica:** la cosa juzgada pretende satisfacer la necesidad de certeza de las situaciones, que toda sociedad requiere; mientras que la necesidad de justicia se pretende satisfacer a través de los recursos judiciales.

- **Estabilidad de los derechos:** con la cosa juzgada se pretende asegurar la estabilidad y certidumbre de los derechos que las sentencias reconocen o declaran. Permite la inmutabilidad de los derechos adquiridos en virtud de las sentencias.

- **Separación de poderes:** la cosa juzgada reconoce el principio de separación de poderes, al impedir a los órganos de los demás poderes (Ejecutivo y Legislativo) alterar o modificar los resultados del ejercicio de la función jurisdiccional, reiniciando un proceso ya terminado.

Así las cosas, sostiene Víctor Ortecho Villena, que en derecho es bien sabido que generalmente una sentencia tiene la calidad de cosa juzgada, cuando ha alcanzado la situación de firme, ya porque fue consentida o por que fue ejecutoriada y por tanto se torna irreversible. No puede volverse a juzgar sobre los mismos hechos y respecto a las mismas personas. Para Eduardo Couture, la cosa juzgada es un concepto jurídico cuyo contenido difiere del simple enunciado de sus términos. La cosa juzgada es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla.

De esa calidad se deriva un medio de defensa, como es la excepción que lleva su nombre, excepción de cosa juzgada y que interpone generalmente el favorecido con esa sentencia, en el caso que se inicie un proceso sobre la misma materia.

Alberto Borea Odría, manifiesta que el ordenamiento constitucional es un bien al que deben de apuntar todos los actores de la vida jurídica de un país. Su vigencia no solamente es resultado de la actividad privada y de los afanes que los ciudadanos particulares pongan en que así sea. La vigencia de un Estado de Derecho es responsabilidad de todos quienes participan en el gobierno o son parte de un Estado. Por tanto, se trata de derechos públicos cuyo cumplimiento debemos de ayudar todos a cautelar. En muchas oportunidades en el Perú, las acciones de garantía han sido rechazadas por consideraciones formales o totalmente ajenas a la vigencia sustantiva del derecho invocado. Esto ha desnaturalizado el fin de las acciones y la esencia de ser de las mismas. Se ha dado casos en los cuales

por no haberse hecho la declaración a que se contraía el Art. 351 del Código de Procedimientos Penales de 1940 respecto a no ser reo rematado o a no ser desertor y otras cosas similares, se ha decretado infundado un Hábeas Corpus, aún cuando era público y notorio que eran esas las causales que motivaban la prosecución o la deportación de los ciudadanos a cuyo favor se interponían estas acciones. En otros casos se ha exigido que la partida de matrimonio se encontrara legalizada, y así por el estilo una serie de situaciones que dieron paso a la convalidación de tantos otros abusos por quienes detentaban la autoridad en algunos pasajes de nuestra historia.

Según Manresa, se da este nombre «a toda cuestión que ha sido resuelta en juicio contradictorio por sentencia firme de los tribunales de justicia».²

Aníbal Quiroga León, observa que, «... La autoridad de cosa juzgada o *Rees Iudicata* es el principal efecto y eficacia de la actuación jurisdiccional graficada en la sentencia o Declaración de Certeza, así como su principal atributo y eficacia lo que aparece reconocido desde los albores mismos de la civilización. El proceso judicial vincula cuando menos a esas dos partes (*Res Inter Alios Iudicata*) que se hallan sometidas a un proceso, sólo a uno, de manera que sea imposible discutir la misma pretensión jurídica de modo indefinido».³

3. LA COSA JUZGADA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1993.

El origen de la cosa juzgada se encuentra en el derecho romano, con la figura de la excepción de cosa juzgada (*exceptio rei iudicatae*).

Con ella se buscaba proteger a las partes de un nuevo juicio y una nueva sentencia sobre la materia objeto del mismo, buscándose con ello satisfacer una necesidad de certeza o seguridad jurídica.

En ese sentido, varias han sido las posiciones sobre la naturaleza de la cosa juzgada, sin perjuicio que, en general, ellas se estiman compatibles y complementarias. Para Ulpiano la cosa juzgada se tenía por verdad, mientras para Savigny era una ficción de verdad que protegía a las sentencias definitivas. Por otro lado, según Pothier el contenido de la sentencia llevaba una presunción de verdad, que es la posición del sistema francés y español.

Para la doctrina alemana es una declaración de certeza con carácter indiscutible y, para la italiana, de imperatividad y eficacia.

Otros autores señalan que es una declaración de eficacia con tres características: inimpugnabilidad, inmutabilidad o inmodificabilidad y coercibilidad.

En nuestro ordenamiento jurídico, una de las garantías de la administración de justicia consagrada constitucionalmente es la reconocida en el inciso 2) del artículo 139° de la Carta de 1993, en lo que concierne a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, que establece que «Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.

Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución».

Dicha disposición, expresamente, protege el principio de cosa juzgada, así como los correspondientes a la seguridad jurídica y a la tutela jurisdiccional efectiva.

4. PROTECCIÓN CONCRETA DE LA COSA JUZGADA

La protección mencionada se concreta en el dere-

2 CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II. Editorial Heliastra. Buenos Aires. 1981.

3 QUIROGA LEON, Anibal. 2003. El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Jurisprudencia. Jurista Editores. Lima. Pág: 73. Continúa el distinguido profesor al decir, que del principio de cosa juzgada como Garantías otro principio igualmente importante.

cho que corresponde a todo ciudadano, de que las resoluciones judiciales sean ejecutadas o alcancen su plena eficacia en los propios términos en que fueron dictadas, esto es, respetando la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas allí declaradas. Ello, obviamente, sin perjuicio de que sea posible su modificación o revisión, a través de los cauces extraordinarios legalmente previstos.

Lo contrario, desconocer la cosa juzgada material, priva de eficacia al proceso y lesiona la paz y seguridad jurídica.

Lo anterior tiene relación con el hecho que la doctrina haya realizado varias clasificaciones en torno a la cosa juzgada, entre las que podemos mencionar en primer lugar la Cosa juzgada formal y la Cosa juzgada material:

- **Cosa juzgada formal:** es aquella que implica la imposibilidad que una determinada decisión sea recurrida, o sea, la improcedencia o cierre de los recursos procesales contra ésta. En otras palabras, una resolución judicial que goza de esta clase de cosa juzgada no puede ser objeto de más recursos. Sus efectos se producen exclusivamente en el proceso en que se ha dictado la sentencia, por lo que se considera precaria (pues sus efectos podrían desvirtuarse en un proceso distinto).

La cosa juzgada formal (preclusión de las impugnaciones) es el presupuesto necesario de la cosa juzgada material (obligatoriedad en futuros procesos). Sin embargo, la cosa juzgada formal no siempre tiene como consecuencia la material.

Por su fin, la cosa juzgada formal hace que la sentencia sea inatacable en el ámbito del proceso pendiente, de modo que éste tenga término; en cambio, la cosa juzgada material impone que se tenga cuenta de su contenido en todo proceso futuro entre las mismas partes y sobre el mismo objeto.

En esencia, el efecto de la cosa juzgada formal se identifica con el efecto de la preclusión, porque ambos se limitan al proceso en que tiene lugar, mientras que la cosa juzgada material tiene fuerza vinculante en todo proceso futuro. Por ello, señala Chioenda, la cosa juzgada tiene en sí la preclusión suma, esto es, la preclusión de toda cuestión ulterior, que se produce con la conversión en definitiva

de la sentencia.

Si bien, como se ha visto antes, la cosa juzgada formal (preclusión de las impugnaciones) es el presupuesto necesario de la cosa juzgada material (obligatoriedad en futuros procesos), en muchos casos no se produce la cosa juzgada material como consecuencia de la primera.

- **Cosa juzgada material:** es aquella que implica la inatacabilidad de un resultado procesal mediante el inicio de un nuevo juicio, al cerrarse toda posibilidad que se emita una decisión que se contradiga o se oponga a lo antes dictado. Sus efectos se producen en el proceso en que se dictó la sentencia y en otros futuros, por lo que se considera estable y permanente (porque es eficaz dentro y fuera del respectivo proceso).

Asimismo, se reconoce la clasificación en Cosa juzgada real y aparente:

- **Cosa juzgada real:** es aquella que emana de un proceso válido, es decir, aquél que ha respetado las normas del «debido proceso».

- **Cosa juzgada aparente:** es aquella que emana de un proceso en que ha faltado uno o más requisitos de existencia o validez del mismo.

Del mismo modo existe una Cosa juzgada general y otra relativa:

- **Cosa juzgada general** (*res iudicata erga omnes*): es aquella que produce efectos respecto de todas las personas (*erga omnes*), aunque no hayan intervenido en el juicio.

- **Cosa juzgada relativa** (*res iudicata inter partes*): es aquella que produce efectos sólo respecto de las partes del juicio (y sus sucesores legales) y no en relación a personas ajenas al mismo.

5. PRECEDENTES SOBRE LA REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA:

En 1962 – el caso TIBOLD: se sentó el estándar de inmutabilidad relativa de la cosa juzgada al sostener que «La admisión genérica de la cosa juzgada no significa que su reconocimiento no pueda condicionarse a la inexistencia de dolo en al causa en

que se expidió la sentencia. Esta posibilidad que subyace a los principios del recurso de revisión, es también valedera para desconocer eficacia final a la sentencia dictada en juicio en que se incurrió en estafa procesal, y que la seguridad de las sentencias firmes, dictadas en el orden civil, debe ceder a la razón de justicia, que exige que el delito comprobado no rinda beneficios.»

Al respecto contamos también con el Leading Case: Cambell Davidson - 1971: «... si la observación de los principios básicos de la Constitución Nacional es quehacer no excusable del juzgador, ... no puede haber cosa juzgada cuando para obtener tal fallo se avasallaron los derechos y garantías que las normas fundamentales conceden a los justiciables.» En donde al respecto también el Procurador General subrayó en su dictamen: «Es verdad que la autoridad de la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales en que se asienta la seguridad jurídica, pero no es menos cierto que aquella institución supone la existencia de una juicio regular, fallado libremente por los jueces, pues no puede convertirse en inmutable una decisión que derive de un proceso no dotado de ciertas garantías elementales de justicia».

Contamos con algunos precedentes judiciales en donde se ha planteado la revisión de la cosa juzgada en materia filiatoria y son los siguientes:

El 31 de mayo de 1999, el Superior Tribunal de Entre Ríos (Argentina) en autos: «E. G., P. v. J. Ch. S/ Filiación»: el caso fue del siguiente tenor:

El 4/12/1992, el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de Paraná había desestimado la demanda de filiación por insuficiencia de pruebas. En el expediente se había ordenado la prueba genética en el Hospital Durand, en tanto el niño y su madre se domiciliaban en Buenos Aires. La actora había solicitado se intimara al presunto padre a hacerse cargo del costos del análisis de ADN, a los cual éste se negó, manifestando la imposibilidad de cubrir tal gasto, así como aquellos que demandaran su viaje a Buenos Aires desde la ciudad de Paraná. Ante ello la magistrado de autos valoró que no debía hacerse uso del indicio en contra del renuente por dos razones: no existe disposición legal que imponga al demandado hacerse cargo de los gastos de la prueba pericial; y al no hacer propiamente negativa del demandado a someterse a

las pruebas, sino fundados en motivos de su inconcurrencia a la Capital Federal. Frente a ello, los actores tenían dos opciones: ninguna de ellas se concretaron: hacerse cargo de los gastos que demandase tal estudio en el Hospital Durand, o realizarlos en la ciudad de Paraná. Ordenada la prueba pericial médica, el accionado no concurrió al acto de la prueba.

Luego con el devenir del tiempo, el niño representado por su progenitora, promovió nuevamente un juicio por reclamación de la filiación frente al cual el demandado opuso excepción de cosa juzgada, la que fue desestimada. Dicha resolución fue confirmada por la alzada, haciendo expresa mención a la colisión de derechos en juego y otorgando prioridad al derecho a la identidad del niño frente a la seguridad jurídica inherente al principio de inmutabilidad de la cosa juzgada.

Contra dicha sentencia, el demandado interpuso recurso de inaplicabilidad de la ley, el que fue acogido con fecha 15/12/1998 por la mayoría del Supremo Tribunal de Entre Ríos. Con los mismo argumentos el tribunal desestimó el recurso extraordinario interpuesto por la actora contra la decisión comentada con fecha 31/05/1999.

Es importante traer a colación el voto en disidencia del Dr. Nesa, quien consideró que «la identidad del menor no fue investigada satisfactoriamente en el juicio anterior, ya que la sentencia fue dictada sin que el juez tuviera a su disposición una prueba que desde el punto de vista de su eficacia probatoria no admitiera discusión y su realización hubiese permitido comprobar la justicia de la decisión judicial...»

Agregando que «la no producción de la prueba no ha sido imputable a la omisión de la parte, sino eventualmente al profesional, que el demandado no se opuso a su producción», por lo que no le cabe dudas de la viabilidad de la revisión de la cosa juzgada.

En un precedente emanado del Tribunal Superior de la Provincia de Neuquén (Argentina) de fecha 29/11/2005: «M., M. L. c. C., J.»:

La madre de una menor inició, en su representación, una demanda de filiación paterna. El juez de

primera instancia rechazó la acción, admitiendo la excepción de cosa juzgada opuesta por el demandado, por considerar que ya se había interpuesto un juicio de filiación en su contra, el cual había sido promovido por el Ministerio Pupilar con la conformidad de la actora, en autos caratulados: «Ministerio Pupilar c. C. J. s/ Filiación», en el año 1991. En el cual se dictó sentencia rechazando la acción. Se considera que la actora al firmar la demanda conjuntamente con el Ministerio Pupilar, se constituyó como parte, por lo cual se da el supuesto de la triple identidad: sujeto – objeto – causa, que toma procedente la excepción de cosa juzgada interpuesta.

Apelada la sentencia, la Cámara confirmó el decisorio de primera instancia.

Ante este pronunciamiento, el Defensor de Cámara en ejercicio del Ministerio Pupilar, dedujo un recurso de casación por inaplicabilidad de la ley, el cual fue acogido favorablemente por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén. En donde plantea la violación de los artículos 254 y 255 del Código Civil y la errónea interpretación del instituto de la cosa juzgada. Respecto del artículo 255, se refiere a la exigencia de la conformidad de la madre para que el Ministerio Pupilar tenga la legitimación activa para demandar al supuesto padre por filiación. Y el 254 referido a la legitimación procesal de la propia madre, en su carácter de representante legal necesaria de la persona del menor, para demandar a dicho padre por filiación extramatrimonial. Lo que refieren a dos situación y acciones distintas, la legitimación activa difiere en uno y otro caso.

Todo lo cual refiere a que la actora no fue parte del proceso anterior, y que sostener lo contrario implica afectar su derecho de argüir y ofrecer prueba, ya que al ser ajena a aquella relación procesal mal podría haberlo hecho. No se da entre aquél y éste la identidad que requiere la excepción de la cosa juzgada. El carácter con que suscribió la actora la demanda promovida por el Ministerio no la transforma en *litisconsorte*, y prueba de ello es que ni siquiera se la notificó del fallo recaído, no resultándole oponible los efectos de la cosa juzgada de una sentencia en que lo no ha sido parte. La autorización dada por la madre es un requisito necesario para que el Ministerio pueda promover la

acción. Y que el Ministerio sólo actúa en defensa de los intereses del menor y no de la madre. Que la *ratio legis* del artículo 255 del Código Civil, es la protección de la identidad biológica del menor. Nos encontramos ante una cuestión de orden público, a la que no corresponde anteponer rigorismos formales, ni rito procesales vaciados de contenido cierto. Debe tenerse en cuenta el interés superior del niño, de raigambre constitucional, y contenido en los tratados internacionales, como lo es la Convención de los Derechos del Niño, incorporados en 1994 en la Constitución Nacional en su artículo 75 inciso 22, con jerarquía constitucional.

Que el derecho de personalidad o derechos personalísimos, son las prerrogativas de contenido extramatrimonial, inalienables, perpetuos y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona, por su sola condición de tal, de la que no pueden ser privados por la acción del Estado ni de particulares, porque implicaría un desmedro o menoscabo a la personalidad.

En esta línea el fallo resaltó que no resultaba admisible la defensa de cosa juzgada esgrimida por la parte demandada, desde que los supuestos fueron diferentes, y no se consolidó la triple identidad (sujetos, objeto, causa) que autorizara la aplicación de aquel instituto procesal.

Tras considerar la necesidad de «privilegiar la realidad biológica y el derecho del menor a conocer su filiación por sobre las estipulaciones procesales consideradas en abstracto», el tribunal destacó la circunstancia de que en el juicio incoado por el Ministerio Público no se había producido la prueba biológica: *«Es de público conocimiento que, al tiempo de realizarse la anterior acción, no se encontraban tal ampliamente difundidos, como en la actualidad, los estudios mediante el método de ADN, motivo por el cual no eran tal habitualmente ofrecido como prueba en procesos judiciales. Conforme a los estudios científicos especializados, tanto las pruebas biológicas HLA, como ADN, aportan un dato de relevante certeza sobre el vínculo de filiación que se discute, que arroja un importante elemento para dirimir el conflicto.»*

Este razonamiento se adecua a la jurisprudencia de la Corte según la cual los jueces no pueden limitarse a decidir los problemas humanos que encierran

los asuntos de familia, mediante una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar. Lo contrario importaría la aplicación mecánica de normas fuera del ámbito que le es propio, haciendo gala de un ciego ritualismo incompatible con el debido proceso adjetivo.

Pero lo importante es que no todas las sentencias dictadas en cuestiones de estado tendrán efectos relativos o absolutos, en forma abstracta, sino que debemos atenernos al caso concreto. Partiendo de la regla del Derecho Procesal que en esta materia considera que la relatividad de la cosa juzgada, habrá que admitir tantas excepciones como lo imponga la naturaleza de la acción de que se trate o los intereses públicos y particulares en juego. No es posible sentar soluciones rígidas y generales para todas las acciones de estado.

Por otro lado, hay un precedente de la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, «G., R. M. v. E., J. M. s/ filiación», resuelto en fecha 21/03/2005:

En el caso, por mayoría, se rechazó la pretensión deducida por actora, quien intentaba obtener un nuevo pronunciamiento sobre un reclamo de filiación promovido por su progenitora en el año 1982 y que fuera desestimado. El fundamento de la antigua sentencia denegatoria fue el «... en el estado actual de la especialidad, no se puede determinar con certeza absoluta la filiación de un individuo respecto de su padre.»

Al tener que revisar el caso, el argumento de la mayoría de la sala se centró en dos principios constitucionales: el derecho de propiedad y la seguridad jurídica, «que se nutre con sentencias válidas e inmutables», y «sigue siendo un pilar fundamental de cualquier Estado de Derecho». En este sentido, se consideró que el avance y mayor certeza de las pruebas biológicas «no puede justificar la reapertura de un debate que se encuentra fenecido sin ocasionar una seria lesión a la seguridad jurídica; máxime si la sentencia que pasó en autoridad de cosa juzgada no se encuentra afectada por vicio alguno que justifique volver a someter al conocimiento de la jurisdicción aspectos definitivamente resueltos.» Asimismo, y respecto de la pretendida falta de identidad sustancial entre una sentencia y la otra, al ha-

ber sido aquella demanda incoada por la madre y ésta por la propia hija mayor de edad, el tribunal sostuvo que en aquella oportunidad la aquí actora había sido representada por su madre y por el Ministerio Público. Ante ello, «no es dable admitir el argumento de que el proceso fenecido no tuvo a la aquí reclamante en calidad de accionante.»

Lo importante a destacar del fallo es el voto en disidencia del doctor Sansó, quien planteó la cuestión en los términos de una colisión de derechos fundamentales, resaltando la necesidad de llevar a cabo un juicio de ponderación en el caso concreto.

Al respecto, manifestó «No escapa a mi consideración que el asunto es de compleja resolución por la índole de los valores enfrentados, y hasta podría decirse que se está en presencia de un caso paradigmático. Empero, no tengo dudas de que entre el conflicto de un derecho fundamental como el de propiedad (y de un valor tan firmemente deseable en el mundo del derecho como la seguridad jurídica) y el derecho personalísimo de conocer su propia identidad de la actora, debe prevalecer éste último.»

Con una mirada más realista y sensata, destacó que «El derecho regula la dinámica de las relaciones humanas; no puede permanecer ajeno a la realidad y por más que se pregone que la sentencia debe ser inmutable por razones de política jurídica y de seguridad, la sentencia, que no deja de ser un producto cultural, no es ajena a esas variaciones.»

También contamos con el precedente jurisprudencial, acaecido en autos: «M., N. L.; M., G. A. y M., R. E. c. M., R. U.», dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes (Argentina), sala IV, el 05/07/2007:

Los hechos fueron los siguientes: Interpuesta una acción de filiación, el juez de grado la rechazó y declaró de oficio la existencia de cosa juzgada, argumentando que el objeto de la litis, ya había sido debatido y decidido con carácter firme en un proceso anterior. Apelado el fallo, la Cámara por mayoría hace lugar al recurso por entender que no existe impedimento de cosa juzgada cuando el rechazo de la acción por filiación se fundó en la falta de prueba.

Voto favorable del doctor Rodríguez:

La sentencia que rechaza la acción de filiación por falta de prueba biológica no impide efectuar el planteo de un nuevo juicio de filiación, pues no existe impedimento de cosa juzgada para averiguar la verdad real y biológica, siendo que el derecho a la identidad ha sido reconocido como derecho humano fundamental por la Convención de los Derechos del Niño.

Hay que hacer una adecuada interpretación del artículo 253 del Código Civil, que establece claramente que el respeto de la verdad biológica como principio normativo ya que tal prueba biológica puede ser ofrecida por las partes o dispuesta de oficio por el juez de la causa. Los jueces tuvieron la obligación de producir la prueba y la carga recae en ambas partes por el principio de cooperación que rigen este tipo de procesos.

Además no debemos dejar de tener en cuenta que el incumplimiento por parte del Estado Argentino de los tratados internacionales que ha firmado y ratificado, pueden traer aparejada responsabilidad del mismo ante organismo internacionales. Y claro está que esta responsabilidad no escapa al poder judicial.

Es por ello que es acertada la queja del apelante cuando indica la aplicación de esta Convención, que junto a otras establece el «derecho a la identidad» como Derecho Humano fundamental y constitucionalizado a partir de 1994. En efecto el artículo 7° establece que el niño tiene derecho a conocer a sus padres; a tener su propia identidad, la que debe ser adecuadamente protegido por los Estados partes (artículo 8°).

En las acciones de filiación estamos frente a un interés social que trasciende el interés de las partes, puesto que se busca proteger el derecho del hijo de acceder a un emplazamiento filial auténtico respetuoso de su identidad.

Cuando la Corte afirma que el acceso a la verdad de origen no cesa con el transcurso del tiempo, se confirma la idea de entender a la identidad como un camino que se inicia con la concepción y termina con la muerte, siendo el primer eslabón de esta cadena la verdad biológica. En este sentido, el

tribunal se inclina por pensar que, en atención al tiempo transcurrido, el requirente ha padecido sufrimientos morales y psíquicos en el desarrollo de su vida.

En esta línea la noción de identidad de Fernández Sesarego: «La identidad es el ser yo mismo y no otro, comprende un sentido estático de la identidad del individuo, donde confluyen signos externos como al filiación, el nombre, datos respectivo a su nacimiento, todo lo que hace al perfil del sujeto; y un aspecto dinámico que está conformado por los atributos y características de la persona, los aspectos intelectuales, morales, culturales, religiosos, profesionales, políticos, etc.»

Este razonamiento se adecua a la jurisprudencia de la Corte según la cual los jueces no pueden limitarse a decidir los problemas humanos que encierran los asuntos de familia, mediante una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar.

Es decir, que no existe impedimento de la «Cosa Juzgada» en el caso para averiguar la verdad real y biológica de los actores sobre la acción de filiación que pretenden.

Así, es materia de análisis de lo señalado por la doctora Durand de Cassis:

«El rechazo de la acción de filiación por falta de prueba no hace cosa juzgada con respecto a un nuevo juicio, pues al haberse prescindido de una prueba esencial como es la biológica que el art. 253 del Código Civil habilita a producir de oficio, no puede considerarse que hubo cosa juzgada material, en el sentido estricto del concepto, que debe comprender a una sentencia que desmenuza la problemática planteada en busca de la verdad jurídica objetiva.»

Por ello es que siempre esta decisión, cuyos ribetes excepcionales se resaltan una vez más, se debe interpretar en desmedro de la seguridad jurídica, es que se auspiciará la apertura de la instancia, haciéndose lugar al recurso.

Por otro lado, contrariamente a lo señalado anteriormente el doctor Benítez Meabe, señala: «Es

improcedente la acción de filiación si el objeto de la litis ya fue debatido y decidido con carácter firme en un proceso anterior (con sentencia firme dictada el 29/07/2003), en donde se rechazó la acción promovida; sin que obste a ello el hecho de que no se haya producido prueba biológica, en tanto dicha falta de producción se debió a una circunstancia imputable a la parte actora. Por lo tanto, se configuran todos los recaudos necesarios que tornan viable la aplicación de la cosa juzgada (objeto – sujeto – causa).»

Por todo ello se resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y en su consecuencia revocar en todas sus partes la resolución apelada, debiendo continuar la causa en el estado en que se encuentra.

Y por último tenemos el caso «D., P. R. c. R., D. A.», con sentencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) de fecha 27/05/2004:

Los hechos fueron los siguientes: En el marco de un juicio de filiación extramatrimonial, la Cámara rechazó la excepción de cosa juzgada opuesta. El demandado interpuso recurso de casación, el cual fue denegado. Se dedujo recurso extraordinario federal, el cual no fue concedido, motivando una queja.

La Corte Suprema de la Nación desestimó la queja planteada.

Dictamen del Procurador General de la Nación: Nicolás E. Becerra:

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Rioja, rechazó el recurso de casación articulado contra la sentencia de la Cámara Primera en lo Civil, Comercial y de Minas, que rechazó la excepción de cosa juzgada opuesta por el demandado en el juicio de filiación extramatrimonial.

El casacionista denunció que el tribunal de mérito dictó una resolución contraria a la cosa juzgada desconociendo el precepto contenido en el artículo 12 del rito local que, en lo que aquí interesa, se refiere a la obligación que tienen los magistrados de pronunciarse de oficio respecto de la cosa juzgada.

El a-quo juzgó que este planteo no satisfacía los recaudos exigidos por la ley. Entendió que, a los efectos de determinar la inmutabilidad de la cosa juzgada en las acciones de estado, cabe estar en primer lugar al interés superior del menor, regla contenida en el artículo 3º, punto I de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional.

De acuerdo a ello, cuando la demanda de filiación se rechaza por cuestiones que atañen a deficiencias probatorias (en el caso, la imposibilidad de producir en tiempo oportuno la prueba llamada «complejo mayor de histocompatibilidad») y, por ende, no existe pronunciamiento respecto de la procedencia sustancial del planteo, corresponde dar primacía al derecho de identidad del niño sobre el principio de cosa juzgada. Manifestó que, según este concepto, la jurisprudencia que asigna carácter inmutable a la cosa juzgada en las acciones de estado, se aplica sólo en supuestos en que la pretensión de fondo ha sido objeto de debate, pero no en los casos en que fue rechazada por cuestiones de índole formal.

Expuso que el inferior había optado por aplicar la regla hermenéutica que reconoce primacía a los derechos de la infancia.

Contra este pronunciamiento el demandado interpuso el recurso extraordinario, cuya denegatoria, motiva la presente queja.

Sostuvo que haciendo un examen estricto de los términos del recurso, lleva a concluir que no cumple con el requisito de fundamentación autónoma que exige el artículo 15 de la ley 48, toda vez que no se hace cargo como es debido de los argumentos conducentes en que se apoya el pronunciamiento recurrido, y no los rebate mediante una crítica prolija como es exigible en la teoría recursiva, máxime en virtud de la excepcionalidad del medio que se intenta.

El recurso no alcanza a rebatir los fundamentos expuestos por el juzgador, en especial los relativos a la prioridad del interés superior del niño, reconocido por la Convención respectiva que tiene jerarquía constitucional.

Que la Procuración ha tenido permanentemente un especial cuidado en salvaguardar este derecho,

que se encuentra no solamente en la base de lo que denominamos acciones de estado, sino en la personalidad misma del individuo.

El derecho a la identidad personal como uno de los derechos fundamentales comprendidos en el marco tutelar del artículo 33 de la Constitución, agregando que «...el normal desarrollo psicofísico exige que no se traben la obtención de respuesta a esos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica verdad personal, es la cognición de aquello que se es realmente».

Es su parecer que el fallo impugnado constituye una aplicación razonada del derecho en orden a los antecedentes particulares del caso, y resulta acomodado a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por lo tanto sostuvo rechazar la presente queja.

Voto del doctor Petracchi: Consideró que el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal.

Por último, respecto a lo expuesto se cuenta con doctrina Brasileña respecto a lo expuesto:

En Brasil mucha doctrina es consecuente con la revisión de la cosa juzgada, hay doctores como Delmiro Pedro Welter, que ha sostenido la mutabilidad de la cosa juzgada en la acción de reclamación de filiación. Entre los supuestos que incluye se encuentra el de la sentencia desestimatoria ante el resultado negativo del examen de ADN, producto de irregularidades en el procedimiento, tales como cambio de tubos de sangre, la actitud sospechosa del perito, la falta de realización del examen de alguna de las partes involucradas y la ausencia del control de calidad de examen. Pero subraya que cuando el niño tuviera un emplazamiento filial, la revisión de la cosa juzgada implicará solamente la posibilidad de entablar una acción declarativa para conocer los orígenes, más no el desplazamiento de la paternidad ya determinada. En nuestro país se puede contradecir esto con el siguiente fundamento: «En definitiva, quien pretende impugnar la paternidad es el propio progenitor emplazado, de modo que difícilmente se puede hablar de un vín-

culo socio-afectivo que una de las partes involucradas pretende deshacer».

Así, la Segunda Cámara Especial Civil del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul (Brasil), el 1/10/2003, se mostró propicia a la revisión de la cosa juzgada recaída en una sentencia ante la falta de realización de la prueba genética, resaltando el valor de la verdad «real» por sobre la verdad «formal». Y señaló que «en la actualidad en materia de investigación de la paternidad las presunciones y ficciones perdieron su fuerza frente a la evolución de los medios científicos para la determinación de la paternidad biológica».

En suma, en la Rioja - Argentina, ya en el año 2001 se expidió una sentencia cuyo contenido es inobjetable respecto del tema tratado, y que a continuación reproduzco literalmente en su tenor:

«EXPTE. Nº 9.758 - LETRA «R» - AÑO 2.001 - CARATULADO: «R. D.A.- CASACION»

TRIBUNAL: DR. RAMÓN RICARDO RUARTE -DR. AGUSTIN BENJAMIN DE LA VEGA
DR. ALBERTO LUIS BAIGORRI

SECRETARIA: DRA. AGUEDA RATTI DE ROMERO

LA RIOJA, Veintiocho de Junio del año dos mil dos.-

AUTOS Y VISTOS: EXPTE. Nº 9.758 - LETRA «R» - AÑO 2.001 - CARATULADO: «R.D. A.- CASACION» (AUTOS:»D.P.R.C/ R.D.A.- FILIACION»).

Y RESULTANDO:

EL DR. AGUSTÍN BENJAMÍN DE LA VEGA, DIJO:

Que a fs. 8/14 vta., los Dres. Viviana Sonia Reinoso y Javier Alejandro Alzamora Arroyo, en el carácter de apoderados del señor D.A.R., articularon recurso de casación en contra del auto dictado, con fecha siete de setiembre de dos mil uno, por la Cámara Primera en lo Civil, Comercial y de Minas, Secretaría «A» de la Primera Circunscripción Judicial, en el Expte. Nº 25.788 - Letra «D» - Año 2.001, caratulado:»D.P.R.c/ R.D.A.- Filiación

extramatrimonial». Fundan su recurso en los motivos contemplados en los incisos 4, 2 y 1 del artículo 257 del CPC..-

La resolución impugnada resolvió, por unanimidad, rechazar la excepción de cosa juzgada opuesta por el demandado en un juicio de filiación extramatrimonial. En la instancia, el demandado sostuvo que existía sentencia firme, recaída en el Expte. N° 29.458 - Letra «DA - Año 1.994, caratulado «D.P.R.c/ R.D.- Filiación», que refería a la misma cuestión que en esa oportunidad se planteaba, con identidad de sujetos, objeto y causa. Entre otras cuestiones, respondió a ella la actora que las sentencias en temas de familia no causan estado e invocó, en apoyo de su postura, Tratados internacionales de jerarquía constitucional, que proclaman el derecho de los niños a conocer su identidad.-

La Cámara, para resolver como lo hizo, consideró que, si bien se verificaba identidad de sujetos y causa, la identidad de objeto era discutible. Ello por cuanto, los juicios de filiación involucran un conflicto social y la sentencia recaída en otro proceso -que el demandado invocaba- desestimó la pretensión por cuestiones formales, ante la imposibilidad de producir en tiempo oportuno la prueba llamada «complejo mayor de histocompatibilidad». Con cita de Tratados Internacionales, agregó que el derecho a la identidad es de naturaleza sustancial y, al ostentar jerarquía constitucional, se encuentra por encima de cuestiones de índole formal.-

Al criticar la sentencia y luego de relatar los hechos de la causa, los recurrentes entienden que el Tribunal a quo incurrió en: a) Arbitrariedad en la aplicación de las reglas de la sana crítica racional, por violación del principio de identidad, por cuanto no analizó si existía identidad en el objeto de pretensiones, sino que ingresó en el tratamiento de cuestiones diferentes a la cosa juzgada; b) Violación de las formas procesales, debido a que dictó una resolución contraria a la cosa juzgada, mediante argumentos que en nada se relacionan con la materia sometida a decisión. De esta forma, agregan, desconoció el imperativo del artículo 12 del CPC. -que obliga al Tribunal a pronunciarse de oficio respecto de la cosa juzgada- y excedió los límites del principio non bis in idem; y c) Violación de la ley sustantiva, al vulnerar el derecho de propiedad reconocido en el artículo 17 de la Constitución Nacional. Citan

doctrina y jurisprudencia y formulan reserva del caso federal.-

Declarada la admisibilidad del recurso a fs. 17 y vta., se dispuso correr traslado a la parte recurrida y dar intervención al entonces Procurador General, en el carácter de Ministerio Público Pupilar.-

A fs. 20/23 vta., la señora P.D., con patrocinio letrado, contestó el traslado conferido. Sostiene en su escrito que los presupuestos para la existencia de cosa juzgada no se encuentran configurados, por cuanto en la tramitación anterior no hubo debate. Expresa que la sentencia no es arbitraria, porque en ella se ingresó en el tratamiento de cuestiones relacionadas con la materia sustancial constitucional. Manifiesta que, en el proceso anterior, la prueba de histocompatibilidad no se pudo realizar debido a que no se le permitió suspender la audiencia, como había solicitado. Solicita el rechazo del recurso, cita doctrina y formula reserva del caso federal.-

A fs. 28 y vta., el entonces Procurador General evacuó la vista conferida. Por los motivos que expresa, solicita el rechazo del recurso.-

Cumplidos los trámites de rigor y firme la nueva integración del Tribunal, la causa se encuentra en estado de resolver.-

Y CONSIDERANDO:

I. Que, los impugnantes fundaron su recurso en los motivos previstos por los incisos 4, 2 y 1 del artículo 257 del CPC., Por razones metodológicas y atento lo establecido por el segundo párrafo del artículo 262 del CPC., trataré en primer término la causal vinculada con la violación de las formas procesales, a continuación lo atinente a la arbitrariedad en la aplicación de las reglas de la sana crítica y concluiré con el examen de la violación de la ley sustantiva.-

II. Violación de las formas procesales (artículo 257, inciso 2° del CPC): La procedencia de este motivo, que se interpreta en forma armónica con lo previsto por los artículos 130 y ss. del CPC., requiere que la nulidad se encuentre prevista en forma expresa por la norma o, en su defecto, que el acto carezca de los presupuestos indispensables para la obtención de su finalidad, que el recurrente no haya concurrido a producir o consentido la nulidad; y que, a su

vez, exprese el perjuicio sufrido y el interés que procura subsanar con la declaración.-

En el presente caso, los casacionistas denuncian que el Tribunal de mérito dictó una resolución contraria a la cosa juzgada y que desconoció el precepto contenido en el artículo 12 del CPC.. La disposición normativa citada refiere, en lo que aquí interesa, a la obligación que tienen los magistrados de pronunciarse de oficio respecto de la cosa juzgada.-

El planteo de los recurrentes no satisface los recaudos exigidos por la ley. La norma que denuncian vulnerada no está prevista en el Código de rito bajo sanción expresa de nulidad. Tampoco la sentencia carece de algún elemento sustancial que le impida lograr su finalidad, ni vulnera la sustanciación regular del procedimiento.-

En efecto, el principio de cosa juzgada tiene fundamento constitucional, pues se basa en la garantía del debido proceso y en la seguridad jurídica (artículo 18, 33 y concordantes de la Constitución Nacional) y tiende a asegurar, entre otros, la estabilidad de las relaciones entre las partes.- Se define como la imposibilidad de que el contenido de una sentencia sufra alteraciones en un proceso ulterior, que verse sobre la misma causa, refiere al mismo objeto y se tramite entre las mismas partes. Por regla, el carácter de inmutabilidad de la cosa juzgada es absoluto.-

Alguna jurisprudencia ha manifestado que este carácter no es ajeno a las sentencias dictadas en las acciones de estado, debido a que, de seguirse un criterio contrario, se condenaría al menor a no tener nunca certeza sobre la titularidad de sus derechos, a la vez que se lo privaría del derecho a la identidad (cfr. TSJ Entre Ríos, B., G.M.A. c. B., E.O., sentencia del 10 de abril de 1997, publicada en ED. 178-288. En el mismo sentido, Tribunal de Familia Nº 1 de La Plata, M., S.B. c. P., R.R., sentencia del 03 de febrero de 2000, publicada en ED. 189-440 y doctrina y jurisprudencia allí citada).-

Por mi parte, entiendo que, a los efectos de determinar la inmutabilidad de la cosa juzgada en las acciones de estado, cabe estar en primer lugar al interés superior del menor. Esta regla se encuentra contenida en el artículo 3º, punto 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño –jerarquía consti-

tucional, en virtud de lo establecido por el artículo 75, inciso 22 de la Ley Fundamental de la Nación-, según el cual en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales debe atenderse en forma primordial al interés superior del menor. El mismo tratado reconoce a los menores, entre otros, el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, en definitiva, a conocer su verdadera identidad (conforme artículos 7º, punto 1º y 8º).-

El interés superior del niño, entonces, es la pauta hermenéutica que debe orientar el examen de casos como el presente. Ello supone reconocer al menor como persona, aceptar sus necesidades y bregar por la adecuada defensa de sus derechos. En este contexto, atiende al interés del menor toda acción que tiende a respetar sus derechos y lo perjudica aquella que puede vulnerarlos.-

De acuerdo con lo anterior, cuando la demanda de filiación se rechaza por cuestiones que atañen a deficiencias probatorias y, por ende, no existe pronunciamiento respecto de la procedencia sustancial del planteo, corresponde dar primacía al derecho de identidad del niño sobre el principio de cosa juzgada. En virtud de tal postulado, nada impediría que la misma cuestión se ventile en un proceso ulterior, pues es la defensa de los derechos del menor la que impone adoptar este criterio. De sostenerse la teoría contraria, se privaría al menor de conocer su verdadera identidad por motivos que son imputables, por ejemplo, a la inactividad probatoria de quienes deben ejercerla, esto es, las partes y el Tribunal, que, además se encuentra autorizado por la ley para ordenar, aún de oficio, las medidas necesarias para garantizar la justa composición de la litis en procesos donde intervienen niños (ver artículos 253 del Código Civil, y 13 del CPC.).-

Según este concepto, la jurisprudencia arriba señalada -que asigna carácter inmutable a la cosa juzgada en las acciones de estado- se aplica solo en los supuestos en que la pretensión de fondo ha sido objeto de debate, pero no en los casos en que fue rechazada por cuestiones de índole formal.-

Sin duda, este es el alcance que el Tribunal de mérito otorgó al principio de cosa juzgada, ya que surge de los fundamentos de la sentencia que atemperó su inmutabilidad en función del interés superior del menor y las características que el caso presentaba.-

En virtud de lo anterior, no cabe imputar vicios de forma a la sentencia, ya que no hay violación de una norma procesal ni el incumplimiento de una formalidad que haya impedido alcanzar la finalidad del acto, cual era, de acuerdo a la materia controvertida, satisfacer el interés superior del niño.- Propicio, por ello, rechazar el recurso de casación fundada en esta causal.-

III. Arbitrariedad en la aplicación de las reglas de la sana crítica (artículo 257, inciso 4º del CPC.): Los impugnantes entienden que el Tribunal a quo violó el principio lógico de identidad, porque introdujo en su razonamiento elementos ajenos a la cosa juzgada.-

En la resolución que se impugna, los iudicantes dicen que la excepción de cosa juzgada requiere para su procedencia de la tripe identidad de sujetos, causa y objeto. A continuación, expresan que las dos primeras identidades se verifican en el caso, pero la última -que refiere al objeto- ofrece dudas. Al examinarlo, distinguen entre los resuelto por el anterior pronunciamiento, donde la pretensión fue rechazada por una cuestión formal, y la pretensión ahora requerida, que es de naturaleza sustancial y tiene prelación jerárquica sobre lo antes decidido. Ello los conduce a concluir que la excepción opuesta debe ser rechazada.-

No advierto que exista un vicio de tal magnitud en el razonamiento que permita calificarlo de arbitrario. Lo que introdujeron los juzgadores en la argumentación se vincula con el alcance que corresponde otorgar al principio de cosa juzgada, en los casos en que intervienen menores y la pretensión se rechaza por deficiencias formales. En tal estado, la conclusión presenta una fundamentación que es suficiente y se relaciona con las circunstancias particulares de la causa, por ello, considero que esta causal tampoco puede prosperar.-

IV. Violación de la ley sustantiva (artículo 257 inciso 1º del CPC): La queja en este punto puede sintetizarse en un conflicto entre derechos constitucionales: por un lado, el derecho de propiedad y, por el otro, el derecho a la identidad del menor.-

Según expresiones de los recurrentes, en la sentencia se violó el artículo 17 de la Constitución Nacional, que ampara el derecho de propiedad. Con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema, asignan a

este derecho una significación amplia, es decir, comprensiva del dominio de cosas materiales y de los intereses que un hombre puede poseer fuera de sí mismo. En este concepto, incluyen a la cosa juzgada.-

En el auto cuestionado, debido a la colisión planteada entre ambos derechos, el Tribunal optó por aplicar la regla hermenéutica que reconoce primacía a los derechos de la infancia y, en función de ello, adoptó la solución que resultaba de mayor beneficio al menor. Sin embargo, como surge de los fundamentos, para evitar la apertura de instancias en forma indebida, supeditó la primacía expuesta a una doble condición: primero, que se trate de acciones en que esté involucrado el derecho de los menores; y, segundo, que la decisión dictada en otro proceso haya recaído sobre el aspecto formal, más no sobre la viabilidad sustancial de la pretensión.-

Tal intelección, me permite concluir que no existe infracción al artículo 17 de la Constitución Nacional y que, en consecuencia, el motivo examinado no puede prosperar.-

V. Como corolario del razonamiento expuesto, propicio: a) Rechazar el recurso de casación articulado por los Dres. Viviana Sonia Reinoso y Javier Alejandro Alzamora Arroyo, en el carácter de apoderados del señor D.A.R. b) Imponer las costas en el orden causado, debido a la naturaleza de la cuestión controvertida y que la parte pudo considerarse con derecho a litigar; c) Diferir la regulación de honorarios hasta la oportunidad que los profesionales intervinientes así lo soliciten.-

Es mi voto.-

EL DR. RAMON RICARDO RUARTE, DIJO:

Que, por sus fundamentos, se adhiere al voto del Dr. Agustín Benjamín De la Vega.-

EL DR. ALBERTO LUIS BAIGORRI, DIJO:

Que se adhiere al voto del Dr. Agustín Benjamín De la Vega, por sus fundamentos.-

Por ello, el Tribunal Superior de Justicia, Secretaría Civil, Comercial y de Minas;

RESUELVE:

1º) Rechazar el recurso de casación articulado.-

2º) Imponer las costas en el orden causado, debido a la naturaleza de la cuestión controvertida y que la parte pudo considerarse con derecho a litigar.-

3º) Diferir la regulación de honorarios.-

4º) Protocolizar, hacer saber y volver los autos principales al tribunal de origen, con copia del presente pronunciamiento.-»

Del análisis que se puede realizar de la resolución que antecede, se puede determinar que el principio del interés superior del Niño, prima o prevalece sobre el principio de la cosa juzgada y es que el derecho como todo en la existencia humana evoluciona, obviamente en sentido positivo. Hoy y estando a la mencionada resolución del Derecho Argentino, se podría decir, que la justicia está cada vez más cerca de la verdad verdadera y no de la verdad formal, por lo menos en un tema tan sensitivo, como es la filiación extramatrimonial. Por ello, y ante esta evolución, nuestro país no puede permanecer ajeno ni al margen de la misma.

2.8.12. FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMUTABILIDAD DE COSA JUZGADA.

En los últimos tiempos, este criterio de inmutabilidad e irrevisibilidad ha sido frecuentemente cuestionado. Ya en la primera mitad del Siglo XX Eduardo Couture intentaba demostrar que la acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta era viable en el Derecho vigente, aún sin texto expreso que lo autorizara. Es decir que el autor reconocía la procedencia de su admisión, incluso, más allá de la existencia de una norma legal. Comenzó entonces a debatirse si este **principio de inmutabilidad** debía considerarse **absoluto** y por lo tanto interpretarse estricta y rígidamente, o si en algunos casos, excepcionalmente, podía ceder ante otros valores o principios.

El desarrollo de las teorías admisorias de la revisión de la cosa juzgada fue creciendo a pasos ininterrumpidos. Muchos consideran que se trata de una **inmutabilidad relativa**. Frente a la configuración de ciertos vicios graves, es factible dejar sin efecto la sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada.

Desde una perspectiva más cerrada, Hitters tipifica expresamente las causales de revisión, las cuales encasilla en tres grandes grupos: 1) prueba documental, incompleta (se descubren documentos anteriores a la sentencia) o inexacta (se la declara tal *a posteriori* del pronunciamiento), 2) prueba testimonial, viciada (los testigos en los que se apoyó el decisorio fueron condenados por falso testimonio), 3) delitos u otras conductas dolosas (prevaricato, cohecho, violencia o cualquier maquinación fraudulenta).

Un paso más adelante de estas dos teorías de la inmutabilidad absoluta y de la inmutabilidad relativa, se encuentra la teoría de la **mutabilidad excepcional de lo inmutable**, utilizando los términos de Nora Lloveras. Se trata de un criterio más flexible, más abierto, por el cual se admite la mutabilidad de la cosa juzgada ante determinados supuestos y circunstancias.

La inmutabilidad absoluta y rígida cede ante otros principios y valores, para que pueda operar la posibilidad de revisión de la sentencia con autoridad de cosa juzgada. Dentro de este supuesto ubicaríamos entonces una última causal que han sumado Gil Dominguez y algunos otros autores: la injusticia propiamente dicha. Se trata de aquellos casos en que si bien la decisión jurisdiccional cumple con los recaudos formales y sustanciales, su aplicación genera una situación de extrema injusticia.⁴

En la misma línea, Bidart Campos ha expresado «Hasta es viable que graves cuestiones éticas de trascendencia institucional presten sustento a la invalidación de una sentencia, como igualmente ciertas situaciones en las que un pronunciamiento ha

4 GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS. «La acción de nulidad por cosa juzgada írrita...», cit.Ediar, Buenos Aires, 2002, ps. 61 y 62.

*incurrido- también gravemente- en violación al deber preambular de afianzar la justicia».*⁵

Así, en el Perú, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto, ello en sentencia de fecha 17 de Setiembre del año 2010 (Exp. N° 00550-2008-PA/TC, originada del expediente N° 2005-1416 del Primer Juzgado de Paz Letrado del Distrito Judicial de Tacna, y que en apelación fuera revisada por el Segundo Juzgado de Familia de Tacna, previo dictamen de la **Segunda Fiscalía Provincial de Familia de Tacna**⁶, cuyo **Fiscal Provincial es el autor del presente artículo**; sentencia que a la letra dice:

«EXP. N.º 00550-2008-PA/TC

LIMA

RENÉ QUENTA

CALDERÓN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de setiembre de 2010, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don René Quenta Calderón contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 75 del segundo cuaderno, su fecha 23 de octubre de 2007, que, revocando la apelada, declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 22 de agosto de 2006, don René Quenta Calderón interpone demanda de amparo contra don Luis Ernesto Rojas Flores, juez del Segundo Juzgado

de Familia de Tacna, solicitando que se declare inaplicable y sin efecto legal la Resolución Judicial N.º 14, de fecha 8 de agosto del 2006, recaído en el proceso N.º 2005-1416, sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial, promovido por doña Regina Pilco Ayala, mediante la cual se revoca la apelada y declara infundada la excepción de cosa juzgada, disponiéndose la continuación de dicho proceso. A entender del demandante, la resolución cuestionada vulnera sus derechos a la tutela jurisdiccional y al debido proceso, específicamente la cosa juzgada.

Refiere que en el año 1995, doña Regina Pilco Ayala interpuso ante el Segundo Juzgado Civil de Tacna demanda sobre filiación extramatrimonial (Exp. N.º 150-95), con el objeto de que el recurrente reconociera como hijo al menor Héctor José Pilco, la misma que es declarada infundada mediante sentencia de fecha 22 de julio de 1996, impugnada por la demandante y confirmada mediante Sentencia de Vista de fecha 15 de noviembre de 1996, pronunciamiento contra el cual la misma citada persona interpuso Recurso de Casación que fue desestimado por la Corte Suprema de Justicia de la República con fecha 7 de julio de 2007. En tales circunstancias y tras agotarse las instancias judiciales y los medios impugnatorios previstos por ley, lo resuelto adquirió carácter de cosa juzgada.

Añade que, luego de diez años, ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Tacna, la misma persona, doña Regina Pilco Ayala, nuevamente promueve proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial (Exp. N.º 2005-1416), con el objeto -al igual que en el anterior proceso- de que se reconozca la paternidad del menor antes mencionado, razón por la cual dedujo la excepción de cosa juzgada la cual es declarada fundada en primer grado, disponiéndose la nulidad de actuados y dando por concluido el proceso, fallo judicial que, sin embargo, es recurrido por la demandante y al cual fue avoca el juez emplazado, quien, actuando como de segundo grado, expide la Resolución Judicial N.º 14, mediante la cual, revocando la apelada, se de-

5 BIDART CAMPOS, GERMÁN. «Tratado elemental de derecho constitucional argentino.», TII,

6 Dictamen emitido por el autor del presente artículo.

clara infundada la excepción deducida y se dispone la continuación del proceso. Alega que la resolución cuestionada afecta sus derechos fundamentales, toda vez que en ambos procesos civiles se configura la triple identidad, esto es, ambos tienen idénticos sujetos procesales, el mismo objeto e idéntica pretensión, lo que afecta la santidad de la cosa juzgada y violenta la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos con sentencia ejecutoriada.

El Procurador Público de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda alegando que no existe vulneración de derechos fundamentales, dado que la resolución cuestionada fue expedida en estricta aplicación del debido proceso y la tutela procesal efectiva.

El juez emplazado contesta la demanda, solicitando que en su oportunidad sea declarada improcedente; añade que si bien en ambos procesos concurren todos los elementos que configuran la triple identidad, toda regla tiene excepciones, como ocurre en el presente caso, en el que existen otras opciones probatorias. En dicho contexto, se dispone la continuación del proceso con el objeto de que se practique la prueba de ADN, ya que dicha prueba no existía cuando se archivó el primer proceso.

La Sala Civil de la Corte Superior de Tacna, con fecha 11 de abril de 2007, declara fundada la demanda, por considerar que la resolución judicial cuestionada afectó la garantía fundamental de la cosa juzgada y quebrantó la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos, lesionando con ello los derechos fundamentales del demandante.

La Sala Suprema revisora, revocó la apelada y reformándola declaró improcedente la demanda por considerar que el segundo proceso se basó en un nuevo fundamento de hecho y de derecho no invocado en el primer proceso, esto es, la declaración judicial de filiación extramatrimonial prevista en el inciso 6) del artículo 402.º del Código Civil, mediante medios probatorios distintos.

FUNDAMENTOS

1. El presente proceso constitucional tiene por finalidad que se declare inaplicable o se deje sin efecto la Resolución Judicial N° 14, de fecha 8 de Agosto del 2006, emitida en segundo grado por el Se-

gundo Juzgado de Familia de Tacna, mediante la cual se declara infundada la excepción de cosa juzgada deducida por el recurrente y se dispone la continuación del proceso de filiación extramatrimonial promovido por doña Regina Pilco Ayala contra el actual recurrente.

Alegatos del demandante

2. El demandante alega la vulneración de sus derechos fundamentales, específicamente los derechos a la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos y a la inmutabilidad de la cosa juzgada en cuanto atributos integrantes del derecho al debido proceso. Dicha afectación, como ya se ha señalado, se habría concretizado mediante la Resolución Judicial N.º 14 que, revocando la apelada, declara infundada la excepción propuesta y ordena la continuación del proceso de filiación extramatrimonial promovido contra el accionante.

Argumenta que la resolución cuestionada es inconstitucional porque la pretensión de la demandante fue resuelta en forma definitiva en el proceso N.º 150-95, por lo que ordena continuar con la tramitación de la segunda causa, esto es, la N.º 2005-1416, implica una violación constitucional, tanto más si ambos procesos son idénticos, pues en ambos concurren la igualdad de petitorio, el objeto y los sujetos procesales. Puntualiza que la sentencia recaída en el proceso 150-95 fue desestimatoria, con pronunciamiento de fondo expedido en doble instancia, mediante el cual se declaró infundada la demanda, el mismo que al ser recurrido ante la Corte Suprema de Justicia de la República, también fue desestimado, siendo que a la fecha dicho fallo se encuentra ejecutoriado.

Alegatos del emplazado

3. El magistrado emplazado aduce que no existe afectación de derechos constitucionales ya que si bien ambos procesos son idénticos -en tanto ambos son seguidos por las mismas partes, tienen el mismo petitorio y el interés para obrar es el mismo- el presente caso constituye la excepción de la regla, ya que atendiendo al interés superior del adolescente involucrado, «[n]o es suficiente ampararse en una institución jurídica que protege una verdad formal, para preferir la verdad real y despejar una incertidumbre de relevancia jurídica» (ff. 63/68).

La Procuraduría Pública encargada de los asuntos judiciales del Poder Judicial, por su parte, sostiene que la resolución judicial cuestionada se expidió en estricta aplicación del debido proceso y de la tutela procesal efectiva.

Materias constitucionalmente relevantes

4. Considera este Tribunal que para la dilucidación de la presente controversia se hace necesario analizar si la judicatura, en el ejercicio de la función jurisdiccional, ha observado o no los principios y garantías reconocidos en la Constitución, como límite a su facultad de impartir justicia, o si, por el contrario, al dejar de lado los enunciados previstos en ella, ha afectado de alguna manera los derechos fundamentales invocados.

Específicamente, este Colegiado evaluará si en el caso concreto el magistrado emplazado se encontraba obligado a observar la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos y, por ende, respetar la cosa juzgada, o si, como sostiene en su defensa, la controversia hecha de su conocimiento constituye, por sus características, una excepción a la institución de la cosa juzgada.

La inmutabilidad de la cosa juzgada como garantía de la función jurisdiccional.

5. El inciso 2) del artículo 139.º de la Constitución reconoce el derecho de toda persona sometida a un proceso judicial a que no se deje sin efecto resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada. En los términos de dicho precepto constitucional,

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

2) La «Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...) [énfasis añadido].

6. Esta disposición constitucional debe interpretarse

- por efectos del principio de unidad de la Constitución- de conformidad con el inciso 13) del mismo artículo 139.º de la Ley Fundamental, el cual prevé que

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

7. Se ha sostenido en reiterada jurisprudencia que «[m]ediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó» (Cfr. STC N.º 4587-2004-AA/TC Fund. Jurídico 38.º, entre otros).

Se ha sostenido también que: «[l]o establecido en una sentencia o resolución que ponga fin al proceso debe ser respetado y no puede ser objeto de nueva revisión, salvo las excepciones previstas» (Cfr. STC N.º 1279-2003-HC/TC, Caso Navarrete Santillán).

8. En consecuencia, lo que corresponde a los órganos jurisdiccionales es ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando tengan que decidir sobre una relación o situación jurídica respecto de la cual existe una sentencia firme, derivada de un proceso seguido entre las mismas partes (perfecta identidad), en relación con los mismos hechos y tramitado ante la misma autoridad jurisdiccional. Dicho pronunciamiento constituye, en consecuencia, un antecedente lógico concerniente a aquello que nuevamente se pretende someter a juzgamiento.

9. En este orden de ideas, resultaría legítimo que al existir una sentencia firme que pone fin al proceso seguido entre los mismos sujetos procesales, en

la cual el Poder Judicial se pronunció respecto a los mismos hechos, se opte *prima facie* por declarar que ésta tiene la calidad de cosa juzgada. Sin embargo, el fallo dictado en el presente caso, si bien finaliza el conflicto de intereses de los progenitores, no resuelve en modo alguno el problema del menor, que por su condición de persona humana, constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado y a quien, por tanto, le asiste el derecho a la identidad. Tampoco y por otra parte, toma en cuenta un aspecto que más adelante se detallará y que resulta particularmente capital en el caso de autos; que quien resulta involucrado en sus derechos tiene la condición de menor adolescente y, por consiguiente, debe gozar de una especial protección conforme lo disponen la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Derecho a la identidad y cosa juzgada

10. Todas las personas son iguales por el solo hecho de su condición humana y de la dignidad que les es inherente; sin embargo, aun siéndolo, no existen dos o más personas idénticas, pues cada una responde a las características individuales o autodeterminativas que le son propias, y tienen derecho a que las mismas sean respetadas o en su caso, defendidas.

En reiterada jurisprudencia se ha subrayado: «[e]l artículo 2.1 de la Constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad [...] que comprende [...] el derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos–, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica» (Cfr. STC N.º 02432-2005-PHC/TC, Fund. Jur. 4 Caso Espinoza Joffre)

Más aún, se ha precisado que dicho atributo implica: «[u]n doble carácter de rasgos, por un lado es objetivo (nombre, seudónimo, registros, herencia características corporales, etc.) y, por otro, es de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.), pudiendo ser en muchos casos mucho más relevante este último. En este sentido, este derecho implica distinguir a una persona frente a otras a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas, pudiéndose requerir de referentes mucho más complejos como las costumbres o creencias; por consiguiente, este de-

recho se concibe de una manera integral (Cfr. STC N.º 02273-2006-PHC/TC Fund. Jur. 21/23 Caso Quiroz Cabanillas).

11. Si bien es cierto que la cosa juzgada constituye una de las expresiones básicas de todo Estado de Derecho, también lo es que dicho atributo se caracteriza no sólo por su contenido formal, sino también por poseer un contenido material, compatible con la vigencia plena y efectiva de los derechos que la Norma Fundamental reconoce. De este modo, la cosa juzgada sólo es tal, en tanto se complementa con el cuadro de valores materiales proclamado desde la Constitución.

En el presente caso, sin embargo, se aprecia que lo que se invoca como cosa juzgada, adolece de una falta de visión integral en relación con el resto de derechos fundamentales; esto es: el derecho a la identidad, que es el atributo específicamente involucrado, es asumido como un simple enunciado carente de contenido a la par que de efectividad práctica. El órgano judicial ni se pronuncia respecto del mismo ni respecto de la eventual implicancia que tendría en la controversia resuelta.

Principios universales de orientación protectorista

12. Los derechos fundamentales, son en buena medida, la concretización de diversos valores constitucionales. Para el caso materia de análisis, resultan especialmente relevantes el principio de protección especial del niño y el principio del interés superior del niño.

13. El principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental. Inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, parte de la premisa de que los niños representan el valor máspreciado que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos.

De una manera mucho más amplia y precisa este principio fue también reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, cuyo Principio 2 señala que el «niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que

pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad».

El artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al proclamar que la infancia tiene «derecho a cuidados y asistencia especiales». En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los «Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar».

Finalmente, el artículo 19.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que «todo niño tiene derecho a las medidas de protección que por su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado». En línea similar, el Principio de Protección Especial del Niño es reconocido por los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

14. El principio concerniente al interés superior del niño en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos fue reconocido primigeniamente en la Declaración de los Derechos del Niño, cuyo acápite 2 estableció que:

[E]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

El mismo criterio se reitera y desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

[E]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niños.

15. Los instrumentos internacionales sobre derechos

humanos aquí mencionados, llevaron a este Colegiado a sostener en reciente jurisprudencia (STC N.º 1817-2009-PHC/TC) que:

[E]l Tribunal estima que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el niño, entendido como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, es un sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento.

[S]obre esta base normativa supranacional, el artículo 4º de la Constitución reconoce que la «comunidad y el Estado protegen especialmente al niño». Así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral.

16. Es en este contexto que se analizará si, en el caso concreto, es menester observar la garantía de la cosa juzgada -que le asiste a la sentencia dictada en la causa de filiación extramatrimonial- o si, por el contrario, resulta legítimo desestimar la excepción deducida y continuar, con la tramitación de la demanda incoada a efectos de descartar o establecer el vínculo parental entre el presunto padre y el menor. Ello, en salvaguarda del derecho a la identidad que le asiste a este último.

Dilucidación de la controversia

17. ¿Existen razones jurídico constitucionales para considerar que en el caso concreto es atendible priorizar el derecho a la identidad y el interés superior del niño frente a la inmutabilidad que le asiste a la cosa juzgada? O dicho de otro modo: ¿Hay razones jurídico-constitucionales, para que en el presente caso se ampare el derecho del adolescente -que pretende conocer a su progenitor y su apellido- frente al derecho del padre a que se respete la inalterabilidad y definitividad que le asiste al fallo expedido en un proceso anterior?

18. A juicio de este Tribunal, la respuesta es afirmativa. Ningún esquema constitucional donde se reconoce la justicia como valor esencial y se le rodea de garantías de seguridad puede, a la vez de proclamarse legítimo, operar en forma contraria a los mismos derechos que pretende proteger. Ello significaría que una parte de la Constitución quedaría invalidada so pretexto de otra, lo que resultaría no solo paradójico sino abiertamente irrazonable e irracional. En dicho contexto, considera este Colegiado que, aun cuando la cosa juzgada es importante, esta institución no puede superponerse al derecho a la identidad, por lo que en el presente caso debe ampararse la pretensión de quien exige conocer a su progenitor, así como, de ser el caso, de conservar su apellido.

De este modo el Estado –y los poderes y organismos que integran su estructura materializan la especial protección que mandatoriamente prevé el artículo 4.º de la Norma Fundamental, que impone el deber de adoptar las medidas correspondientes para garantizar el bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social de la persona, siendo inevitable la incidencia sobre el proyecto de vida, cuando no se descarta o establece a cabalidad el vínculo parental entre una persona y su presunto progenitor.

19. Por otro lado, es menester subrayar que si, como sostiene el demandante, no existe vínculo parental alguno –conforme afirma en la demanda– resultan infundados los temores a que durante la tramitación del proceso se ordene la práctica de pruebas genéticas o científicas que no se actuaron en anterior oportunidad.

20. Por consiguiente, al no acreditarse en autos la inconstitucionalidad de la resolución judicial cuestionada ni la afectación de los derechos fundamentales invocados, la presente demanda de amparo debe desestimarse.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo, por no haberse acreditado la vulneración de los derechos alegados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI»

A MODO DE CONCLUSION:

En suma, tal y como ha sido interpretado en la sentencia referida anteriormente, se debe recalcar que por encima de cualquier norma procesal, está el interés superior del Niño y del Adolescente, la razón tiene una sola explicación particular, por el estado de vulnerabilidad e indefensión en que se encuentra la persona cuando es menor de edad y teniendo además presente que uno de los objetivos del Estado y de la Sociedad es el correcto desarrollo de la personalidad del infante y el respeto al libre ejercicio de sus derechos fundamentales, determinado por su intrínseca condición de ser sujeto de derecho, es que se justifica brindarle al menor de edad una protección especial y diferenciada del resto de grupos sociales, que necesariamente debe ser respetada por todas las autoridades e instancias judiciales, administrativas, estatales o particulares.

En suma, el Principio del Interés Superior del menor, el derecho a conocer a sus padres (derecho fundamental de identidad) y la fuerza del alto grado de certeza de la prueba científica del ADN, son los que deben primar ante la concepción rígida y agarrotada del principio de la cosa juzgada, ello en tanto ambos tienen la misma jerarquía que es la Constitucional.

Por todo ello, en el caso materia del presente artículo, también se debe aplicar la misma interpretación, la misma que considero totalmente correcta, ya que, cuando se insertó la prueba de ADN a nuestro sistema jurídico, mediante la dación de la ley 27048, fue por que dicha prueba, correctamente realizada, es en la actualidad, el medio científico que alcanza el mayor grado de certeza en la investigación de filiaciones en tanto permite excluir la paternidad en un 100 % e incluirla en un 99, 99 %. Lo que obviamente llevaría, a una ad-

ministración de justicia efectiva, por lo menos en lo que respecta al tema de la filiación extramatrimonial, y sobre todo y lo más importante, logrando obtener una verdad verdadera, y no en el epílogo de una verdad formal, que es la que se obtendría, si se privilegia la cosa juzgada, como repito, en el caso planteado en el presente trabajo de investigación.

No existe cosa juzgada si se desestima la pretensión de filiación basado en las cinco primeras causales establecidas en el artículo 402° del Código Civil, siempre que se inicie un nuevo proceso

de filiación basado en el ADN, pues las referidas causales son de diferentes naturaleza. Los derechos constitucionales no son absolutos. No hay una cosa juzgada absoluta frente al derecho a la identidad constitucional indisponible. La persona humana no tiene limitación para conocer su identidad.

Por ello, se ha despojado toda duda, respecto a la inmutabilidad de la cosa juzgada, sobre todo en temas del derecho de familia, como en el analizado en el presente caso.

EL ART. 133 CP. Y EL RESPETO AL HONOR DE LA AUTORIDAD

¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO PARA QUE EL ARTÍCULO 133 DEL
CÓDIGO PENAL REGULE COMO CONDUCTA PENALMENTE
ATÍPICA, LAS OFENSAS VERTIDAS POR ABOGADOS CONTRA
LOS JUECES? PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

Víctor Manuel García Sandoval*

«...pues si bien todos tenemos derecho al honor, no todos tenemos derecho al mismo honor. El honor puede moldearse de acuerdo a nuestras propias acciones en sociedad y esta sería la manera en que nosotros mismos mereceríamos ser tratados respecto a nuestro comportamiento, el cual debe ser compatible con los grandes lineamientos que garanticen la convivencia pacífica».

* Mgr. en Derecho Civil Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPT.

1. Introducción

En el Libro Segundo Título II del Código Penal peruano se encuentran tipificados los Delitos contra el Honor. Son sólo 3 los delitos tipificados: Injuria (Art. 130), calumnia (Art. 131) y difamación (Art. 132). Por otro lado, el Art. 133 contiene una cláusula de atipicidad que en su primer inciso señala que *no se comete injuria ni difamación cuando se trata de: ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez*. Personalmente, consideramos que interpretar dicho artículo de manera amplia y literal podría generar un gran riesgo que obstaculizaría la tutela penal del honor, siendo que dicho artículo debe ser modificado en concordancia con el Art. 55 del Proyecto de Código de Ética de 2008, el cual le exige al abogado una actitud de respeto frente a la autoridad.

Para demostrar ello, es necesario en primer lugar presentar el alcance del honor en el derecho penal, luego sustentar nuestra postura respecto de la relación entre el honor y la libertad de expresión e información, y finalmente, pronunciarnos frente a la justificación del Art. 133 CP para considerar como atípicos ciertas conductas en el margen del ejercicio del derecho de defensa y presentar la modificación correspondiente.

2. La tutela penal del honor

2.1. ¿Qué es el honor en el derecho penal?

El honor es un derecho fundamental (Art. 2 Inc.7 de la Constitución) que suele ser definido como el sentimiento de autoestima que la persona hace de sí misma¹, que se refiere al respeto que cada ser humano tiene de sí mismo en su calidad de semejante a los demás.² De lo anterior pode-

mos decir que el honor es un derecho inherente de la persona, que tiene como fin el respeto de la dignidad del hombre (Art. 1 de la Constitución), siendo así que el honor formaría parte esencial de dicha dignidad.³ La idea anterior responde a una perspectiva constitucional, pues una cosa es definir al honor como derecho fundamental, y otra cosa muy distinta es hablar del bien jurídico penal *honor*. Lo que queremos transmitir es que el honor, para el derecho penal, vendría a ser un bien jurídico protegido cuya lesión constituiría un delito, de tal manera que el honor para el derecho penal respondería a tener una definición diferente, no incompatible con la perspectiva constitucional.

Creemos que la definición del honor para el derecho constitucional como autoestima es insuficiente para el derecho penal. Para entender esto, es necesario comprender que para lesionar el bien jurídico honor no basta con la agresión externa de un tercero, sino que también hay que considerar el contexto social, además de los valores y virtudes que influirían en el daño sobre el sujeto pasivo. Ahora, teniendo en claro lo anterior, será fácil entender la insuficiencia de considerar al honor como autoestima para el derecho penal. La tesis subjetiva precisamente señala que el honor es la autoestima, la forma como el sujeto se concibe a sí mismo. Esto generaría graves problemas para el derecho penal, pues si la afectación al honor debe ser analizada tanto a un nivel objetivo (la actuación externa) como a un nivel subjetivo (el contexto social, valores y virtudes), el sujeto pretencioso tendría mucho honor, siendo que cada atentado contra él podría configurar un delito contra su honor, mientras que el sujeto sumiso nunca vería protegido su honor pues sería indiferente a cualquier atentado. Este es el principal problema para el derecho penal de considerar al honor como autoestima, pues no se podría apli-

1 Rubio Correa, Marcial. Para conocer la Constitución de 1993. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2009, pp. 28.

2 Rubio Correa, Marcial, Francisco, Eguiguren Praeli, Bernales Ballesteros, Enrique. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, primera reimpresión, 2011, pp. 337.

3 Ídem, pp. 332.

car el principio de igualdad ante y en aplicación de la ley si se permitiera que el sujeto opusiera su *propia idea del honor* a los demás. Es necesario entender que el honor es moldeado por su propio titular pero es permitente realizar ciertas precisiones.

Si entendemos que el honor se encuentra comprendido en la dignidad, necesariamente tendríamos que afirmar que todos los sujetos tienen honor, hasta el más cruel genocida. Incluso un violador, asesino, terrorista, tendrían un poco de honor que proteger pues este sería inherente a toda persona. Esto se conoce como el momento estático del honor.⁴ Todos los ciudadanos tendrían originalmente el mismo honor. Sin embargo, con el desarrollo de la sociedad y el intento de convivir pacíficamente en democracia, no podríamos quedarnos con una apreciación estática del honor, pues si bien todos tenemos derecho al honor, no todos tenemos derecho al *mismo honor*.⁵ El honor puede moldearse de acuerdo a nuestras propias acciones en sociedad y esta sería la manera en que nosotros mismos *mereceríamos ser tratados* respecto a nuestro comportamiento, el cual debe ser compatible con los grandes lineamientos que garanticen la convivencia pacífica.

Como primera conclusión provisional, el honor podría ser considerado como *las legítimas expectativas de reconocimiento que los actos generan en sociedad según los valores del modelo constitucional*.⁶

2.2. ¿Por qué es importante proteger el honor?

Entendido que la protección jurídica-penal del honor es la protección de las legítimas expectativas de reconocimiento actuados en sociedad según los valores de un Estado Constitucional de Derecho, cabe preguntarnos por qué es importante la protección de dichas expectativas.

El concepto *expectativa* para el derecho penal, siendo más específico, para la corriente *Normativista Funcionalista* del Prof. Günther JAKOBS, viene a significar la manera en que la sociedad puede convivir pacíficamente. Las normas son expectativas de comportamiento institucionalizadas⁷ cuyos destinatarios son los sujetos de derecho, que como ciudadanos cumplen un rol primordial que es el ser un constructo comunicativo del sistema jurídico para la imputación de derechos y deberes. Los ciudadanos son portadores de un rol social y deben respetar el mismo para garantizar la convivencia pacífica, la cual creemos es el fin principal de todo Estado de Derecho. Esto sería posible si entendemos la noción de *expectativa de expectativa*.⁸

Si las normas son expectativas de comportamiento (lo que se espera que haga su destinatario), cada sujeto tendrá la expectativa de lo que debería hacer el prójimo, pues dichas expectativas se encontraría institucionalizadas en una norma imperativa y por ende de aplicación obligatoria. Pero no solo eso, sino que cada sujeto tendría la expectativa de la expectativa ajena, o sea, que cada sujeto conocería de la expectativa que el prójimo tiene sobre un tercero. Esto genera un proceso de autorreflexión social, o en palabras de LUHMANN, *la autopoiesis social*.⁹ Si las normas re-

4 Meini, Iván. «La tutela penal del honor». En Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de derecho penal. Lima: ARA Editores, 2009, pp.345-346

5 Ídem, pp. 346.

6 Ídem, pp. 349.

7 Polaino-Orts, Miguel. Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto. Lima: Grijley, 2009, pp. 178.

8 Luhmann, Niklas, citado en: Gómez-Jara Diez, Carlos. Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima: ARA Editores, 2010, pp. 376.

9 Ibídem.

presentan la universalidad de los intereses personales,¹⁰ y estos son cumplidos por todos, y cada uno de ellos sabe que cada uno lo cumplirá, la sociedad podrá convivir. Es importante tener presente que las expectativas no sólo se ven emanadas de las normas, sino también de los comportamientos propios que cada sujeto genera en sociedad.

Claramente, el concepto de expectativa permite comprender cómo se organiza la sociedad en busca de la posibilidad de convivir pacíficamente. La convivencia pacífica en un Estado Democrático se encontraría incompleta sin la *participación* e *integración* de sus ciudadanos. Precisamente, la vida en sociedad del individuo permite su autorrealización y autodeterminación, la realización tanto de su proyecto de vida como de su personalidad. Esto es posible pues la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (art. 1 de la Constitución), en donde toda persona tiene derecho a su identidad, libre desarrollo y bienestar (Art. 2 Inc. 1 de la Constitución).

Si el honor es entendido como las expectativas de reconocimiento en sociedad según los valores constitucionales, cabe señalar que este derecho es fundamentalmente social pues se complementa en la sociedad, en donde no sólo el titular es el interesado de la protección de su honor sino que a la sociedad la interesa que dicho honor sea respetado. Cada individuo tiene derecho a participar en el debate público (Art. 2 Inc. 17 de la Constitución), y dicho hecho sólo será posible en base a datos verídicos. Un sujeto que en sociedad es conocido como una persona loable, honrada, trabajadora, etc., merecerá y por ende deberá ser *tratada como tal*, de manera que ante la sociedad se presenta *como tal*. Esto permite su integración y participación en sociedad de acuerdo a cómo es concebido en sociedad. Se lesiona el honor cuando el abogado prestigioso por su trabajo y su labor social no es tratado como tal, sino de ma-

nera diferente a las legítimas expectativas que con sus propios actos ha generado en sociedad. El criminal será tratado en virtud de su propio comportamiento generado en sociedad, de manera que la pena privativa de libertad como castigo para él no sería un atentado contra su honor, pero sí lo sería de aquel que inconstitucionalmente es detenido y llevado a prisión. El honor le permite a su titular participar en sociedad como lo que *realmente* es sin que se tergiverse lo que proyecte. El ciudadano sin antecedentes criminales que sea víctima de la acusación de un delito que nunca cometió o participó (como se da en el Art. 132 que tipifica el delito de calumnia), verá *infravalorado* las expectativas que proyecta en sociedad y por ende, verá dificultada su participación en el debate público. Las personas son tratadas por lo que muestran.

Para que las personas puedan opinar, emitir juicios de valor, informarse, etc., requieren de datos verídicos. Los sujetos no podrían participar en sociedad si es que lo hacen en base a falsas expectativas. Si lo anterior pasara, «*la información de opiniones y la toma de decisiones correrían el riesgo de ser influenciadas por quien tergiversa la realidad, lo que supondría no solo un comportamiento de riesgo para el libre desarrollo de la personalidad del titular del honor, sino que repercutiría en la integración en sociedad del resto de personas*».¹¹

Como segunda conclusión provisional, las expectativas de las personas que viene a configurar su honor en sociedad debe ser protegida pues no sólo afecta a su titular el cual no sería tratado como se merece, sino que le importa a los demás pues no podrían participar en el debate social si no poseen instrumentos veraces. No solo no podrían realizar esto, sino que además caerían en el peligro de tratar a aquella persona, que se ha ganado un honor respetable, de manera infravalorada lesionando gravemente su participación social. Las expectativas que proyectan las

10 Hassner, Pierre. «George W. F. Hegel». En Historia de la filosofía política. Strauss, Leo y Joseph, Cropsey (compiladores). México: Fondo de Cultura Económica, séptima reimpresión, 2010, pp. 699.

11 Meini, Iván. Ídem, pp. 350.

normas ya se encuentran protegidas, las que emitimos nosotros y favorezcan al desarrollo de la sociedad también deben ser protegidas.

2.3. Los derechos fundamentales al honor y a la libertad de expresión e información

El objetivo de este espacio es demostrar la importancia de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, de lo cual es necesario tener siempre en cuenta que *el límite más importante al ejercicio de cualquier derecho fundamental es el respeto de los demás derechos fundamentales*. Creemos que los derechos fundamentales son relativos, y por lo tanto su ejercicio permitido debe responder a los valores constitucionales del Estado de Derecho en el cual convivimos. Para tal caso, los derechos fundamentales tienen límites, siendo que el ejercicio de un derecho fundamental no *debería*¹² significar la lesión de otro derecho fundamental. A continuación busco sustentar esta postura, que si bien puede responder a una cuestión de orden terminológico, posee gran importancia en su contenido práctico.

2.3.1. ¿Pueden los derechos fundamentales entrar en conflicto?

Es necesario e importante determinar si es correcto jurídicamente afirmar que los derechos fundamentales realmente pueden entrar en conflicto. La relevancia de tal asunto versa en que la sociedad y el Estado tienen como fin supremo la protección de la persona y el respeto de su dignidad (Art. 1 de la Constitución), tanto así que si existiera algún otro derecho que no estuviera expresamente reconocido por la Carta Fundamental pero que se derivaría de la dignidad del hombre, esta sería considerada también un principio con rango constitucional (Art. 3 de la Constitu-

ción), generándose así las consecuencias que tiene el reconocer a cierto derecho como fundamental, como el hecho que los derechos reconocidos en la Constitución prevalecen sobre toda norma legal (Art. 51 de la Constitución). El Estado tiene la misión de reconocer (no conceder) los derechos que sean inherentes a la persona, y más aún **garantizar la plena vigencia de ellos** (Art. 44 de la Constitución). Si esto es así, entonces se generaría una paradoja si se afirmara que los derechos fundamentales pueden entrar en conflicto.

El Estado debe velar por la vigencia de los derechos fundamentales pero esta misión no podría ser efectivamente exitosa si las personas en ejercicio legítimo de sus derechos fundamentales puedan lesionarse unos a otros. Sería como reconocerles a dos personas derechos inherentes por ser como tal, y que cuando ambos en el ejercicio legítimo de dichos derechos fundamentales en vez de disfrutar, terminen lesionándose unos a otros. El Estado en tal caso no podría garantizar la vigencia y el respeto de los derechos fundamentales, y por ende la protección del hombre y el respeto de su dignidad. En este sentido, ¿Pueden los derechos fundamentales entrar en conflicto?, el término conflicto es definido como «combate, lucha, pelea» o «coexistencia de tendencias contradictorias». La primera observación necesaria se debe a la palabra «*contradictoria*», ¿Podría un sistema jurídico garantizar la vigencia de dos derechos fundamentales contradictorios entre sí?, considero que la respuesta es negativa, pues de lo contrario estaríamos obviando la importancia que tiene un ordenamiento jurídico unitario y coherente.

En todo caso, no se debería usar la palabra conflicto pues dicho término no se aplicaría para los derechos fundamentales, sino que tal término sería

¹² Hago énfasis en la palabra debería pues cuando se opta por la teoría de la proporcionalidad, se suele usar peligrosamente la palabra ceder, para referirse a que en el caso concreto un derecho fundamental debe ceder frente a otro, y a la misma vez reconocer que no hay jerarquía entre los mismos. Creo que normalmente se hace uso indiscriminado de dicho término siendo que en muchos casos se da a entender que si bien formalmente no existe jerarquía, materialmente ciertos derechos fundamentales serían superiores a otros. Creo que el empleo de dicho término debería usarse en armonía con la unidad y coherencia que debe caracterizar a todo Estado de Derecho.

compatible cuando hablamos de reglas según la terminología de Robert ALEXY.¹³ En este sentido, cuando ALEXY hace referencia al tema prefiere usar los términos «colisión de principios»¹⁴ y «conflicto de reglas».¹⁵ La diferencia entre principios y reglas podría ayudarnos a entender por qué ALEXY prefiere referirse a «colisión de principios» en vez de «conflicto de principios». Si los principios son *mandatos de optimización*¹⁶ es porque dichas normas «ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes».¹⁷ Mientras que las reglas «son normas que sólo pueden ser cumplidas o no»,¹⁸ de manera que el criterio de validez es importante pues o la regla es válida o no lo es, lo cual significa que pueda ser cumplida o no.¹⁹ Esto es importante puesto que sólo las reglas podrían entrar en contradicción por su contenido expreso, de manera que si son válidas, debe cumplirse exactamente lo que se exige, ni más ni menos.²⁰

Podría darse el caso cuando una norma general exige cierto comportamiento mientras que una norma especial regula un comportamiento contradictorio con el anterior, por deberse a circunstancias extraordinarias o de excepción. En este caso las reglas podrían entrar en conflicto, en el cual tal disputa sólo podría solucionarse mediante una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de invalidez de una de las reglas.²¹ Con lo anterior podríamos decir que los

principios no podrían entrar en conflicto pues no se podría declarar la invalidez de ningún derecho fundamental, pues estos son inherentes a cada persona, en donde el Estado no concede sino reconoce. Por lo tanto, podríamos decir que las reglas sí pueden entrar en conflicto pues su contenido puede ser contradictorio con el de otra regla, mientras que los principios no son contradictorios entre sí, pues estos buscan proteger a la persona y respetar su dignidad.

Diferente sería el caso cuando el ejercicio legítimo de dos derechos fundamentales colisionen en el caso concreto, pues **la consecuencia del ejercicio legítimo de un derecho fundamental podría oponerse con la consecuencia de otro**. De manera que en principio los derechos reconocidos en el Capítulo I del Título I de la Constitución Política del Perú no se contradicen entre sí, si no que podrían hacerlo en un caso concreto, siempre y cuando ambos derechos se hayan ejercido por sus titulares de manera permitida por el ordenamiento.

Como tercera conclusión provisional, el reconocimiento de un derecho fundamental no puede suponer el desconocimiento de otro, sin embargo se da la posibilidad que en un caso concreto, según las circunstancias, dos principios colisionen, pero en sí, no entran en conflicto pues no son expresamente contradictorios.

13 El mismo Alexy expresa que tal terminología es oscilante pues muchas veces ni siquiera se distingue entre reglas y principios, y se prefiere por decir «conflicto de normas» o «colisión de normas». Por ello, Alexy señala que «la terminología que propone en su libro pretende expresar que, a pesar de tener importantes aspectos en comunes, las colisiones de principios y los conflictos de reglas son fundamentalmente diferentes» (Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Fondo Editorial, 2da Edición, 2008, pp. 69, cita Nro. 28).

14 Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Fondo Editorial, 2da Edición, 2008, pp. 69.

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*.

17 *Ídem*, pp. 67.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*.

20 *Ídem*, pp. 68.

21 *Ídem*, pp. 69.

2.3.2. Derecho a la libertad de expresión e información Vs. el derecho al honor, ¿derechos incompatibles?

Los derechos a la libertad de expresión e información y al honor se encuentran ambos reconocidos en la Constitución como derechos fundamentales, por lo cual gozan del mismo rango normativo, siendo así que ninguno podría privar sobre el otro pues no hay jerarquías. Por lo tanto, es jurídicamente imposible que la libertad de expresión entre en conflicto con el derecho al honor, «quien entienda lo contrario deberá aceptar la paradoja que supone que en un mismo sistema jurídico admite que se ejerza un derecho fundamental cuando se lesiona otro derecho fundamental». ²² Por ende, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información no podría lesionar el honor de un tercero pues se entiende que «la extralimitación de un derecho, se sabe, deja de ser ejercicio legítimo de un derecho, no tiene cobertura jurídica y constituye un comportamiento prohibido». ²³ Un comportamiento que no se mantenga dentro de los márgenes permitidos por el ordenamiento deja de tener juridicidad y queda, en consecuencia, desprotegido por el derecho.

El derecho ampara con garantías el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales, pero no se podría amparar el ejercicio ilegítimo de uno, pues «el reconocimiento de uno no puede suponer el desconocimiento del otro». ²⁴ Por lo tanto, el ejercicio legítimo de ambos derechos se encuentra limitados por la no lesión de otro derecho fundamental, «los comportamientos de riesgo prohibido para el bien jurídico honor son comportamientos de riesgo permitido para la libertad de expresión, y viceversa». ²⁵ Si aceptamos lo anterior, estamos afirmando la importancia que se reco-

noce un sistema jurídico unitario y coherente. Los derechos tienen límites y se deben de mantener dentro de ellos. La institución negativa básica *neminem laedere* señala que se *debe actuar en libertad sin dañar al otro*, por otro lado, ya en 1755 ROUSSEAU proclamaba que todos están obligados a no hacer daño al semejante y que todos tienen el derecho de no ser maltratado inútilmente por el otro. ²⁶

Entonces, para que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información porte juridicidad debe cumplir con los límites que lo convierten en un comportamiento permitido. Queda claro que el uso de términos peyorativos usados por el abogado frente al Juez sería un claro atentado a su honor que no podría legitimarse en el ejercicio de la libertad de expresión e información. En este caso, tal ejercicio carecería de juridicidad y por ende de amparo jurídico.

Como cuarta conclusión provisional, el ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión e información no puede ser protegido por el ordenamiento jurídico.

3. La justificación de la cláusula del Art. 133

El Art. 133 contiene una cláusula de atipicidad que en su primer inciso señala que *no se comete injuria ni difamación cuando se trata de: ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez*. Los abogados se deben a sus clientes pues la esencia de su labor es la protección del interés de su patrocinado (Art. I del Código de Ética), pero dicha labor que constituiría ser una garantía para el ejercicio de defensa para el cliente, tiene que darse en armonía con

22 Meini, Iván. «La Tutela penal del honor». En Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derechos Penal. Lima: ARA Editores, 2009, pp. 356.

23 Ibídem.

24 Ibídem.

25 Ídem, pp. 357.

26 Rousseau, Jean-Jacques. El discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. Argentina: Hyspamerica, 1984, pp. 53.

el respeto que le debe tanto el abogado como su cliente a la autoridad (Art. 55 del Proyecto de Código de 2008). Precisamente, la energía que se le exige al abogado para defender diligentemente el interés del cliente no justifica en ningún caso la agresividad, la vociferación o el enfrentamiento personal.²⁷ Con ello quisiéramos dejar muy en claro que siendo el gran límite de todo ejercicio de un derecho fundamental el respeto de otro derecho fundamental, claramente el abogado no podría justificar el ejercicio del derecho de defensa y con ello de su libertad de expresión e información para afectar el honor de la autoridad.

Como bien ya hemos señalado, el honor viene a ser las legítimas expectativas de reconocimiento que nuestras conductas generan en sociedad en base a los valores constitucionales, siendo que la autoridad, como en el caso de un juez, debe ser respetado, lo cual se encuentra reconocido incluso en la Constitución, pues en su Art. 146.4 señala que el Estado les garantiza a los jueces una remuneración que les asegure **un nivel de vida digno de su misión y jerarquía**. Precisamente la Constitución nos dice que los jueces tienen jerarquía debido a la misión que cargan, que es la de administrar justicia, lo cual al margen de la mala reputación que se tienen de ellos, dentro de nuestra sociedad son considerados servidores de la misma. Esto se da debido a las expectativas de reconocimiento que emiten los jueces y que impone en la sociedad que sean tratados de acuerdo a su misión y jerarquía. Con ello consideramos correcto que el Art. 55 del Proyecto del Código de Ética de 2008 exija al abogado respetar a la autoridad. De tal manera, los abogados deben respetar a los jueces y no podrán eximirse en virtud del Art. 133 CP cuando en sus alegatos traten a los jueces de manera incompatible a su jerarquía, pues los derechos fundamentales tienen límites y el ejercicio del derecho de defensa o de la libertad de expresión no podrían lesionar el derecho al honor de la autoridad. Aceptar lo an-

terior, supondría que el ejercicio de un derecho fundamental lesionaría otro derecho fundamental, paradoja que como bien ya hemos mencionado no aceptamos ya que creemos en la importancia de la unidad y coherencia de todo Estado de Constitucional de Derecho.

Por consiguiente, proponemos una modificación del Art. 133 CP pues es importante no sólo garantizar el derecho de defensa y la libertad de expresión e información, sino también prevenir lesiones al honor de la autoridad que puedan verse camufladas y amparadas por dicho artículo. Entre la Constitución y una ley se debe preferir a la primera (art. 138 y 51 Constitución), siendo así necesario modificar el Art. 133 CP. Por ello, creemos que si buscamos tutelar de manera compatible el respeto a la autoridad (constitucionalmente protegida) y el honor de la misma frente al derecho de defensa y las libertades de expresión e información, el Art. 133 CP debería tipificarse de la siguiente manera:

Artículo 133.-

No se comete injuria ni difamación cuando se trata de:

- 1. Críticas literarias, artísticas o científicas.*
- 2. Apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables cuando sean realizadas por un funcionario público en cumplimiento de sus obligaciones.*

Consideramos que se debe eliminar completamente el primer inciso del Art. 133 CP el cual señala que «No se comete injuria ni difamación cuando se trata de: 1. Ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez». Creemos que no hay justificación para lesionar el honor del Juez pues siendo este un tercero imparcial en el litigio, no habría motivo alguno para que el abogado atente contra sus legítimas expectativas de reconocimiento cuando el ejercicio del derecho de defensa va destinado

27 Boza, Beatriz y Chocano, Christian. Relación con la autoridad: respeto, obediencia y fiscalización del poder. En Exposición de Motivos de la Propuesta de Normas de Ética y Responsabilidad del Profesional del Derecho. Lima: THEMIS, 2008, pp. 171-180.

a proteger el interés del cliente y en ningún momento dirigido a ofender a la autoridad. Consideramos que no hay relación alguna entre defender al cliente y ofender al Juez, siendo incluso que no constituye ejercicio permitido de la libertad de expresión si el abogado usa términos peyorativos.

4. Conclusiones

- El honor viene a configurarse por las legítimas expectativas de reconocimiento que los actos generan en sociedad según los valores del modelo constitucional.
- Las expectativas de las personas que vienen a configurar su honor en sociedad deben ser protegidas pues no sólo afecta a su titular, el cual no sería tratado como se merece, sino que le importa a los demás pues no podrían participar en el debate social si no poseen instrumentos veraces. Las expectativas que proyectan las normas ya se encuentran protegidas, las que emitimos nosotros y favorezcan al desarrollo de la sociedad también deben ser protegidas.
- El reconocimiento de un derecho fundamental no puede suponer el desconocimiento de otro, sin embargo se da la posibilidad que en un caso concreto, según las circunstancias, dos principios colisionen pero en sí, no entran en conflicto pues no son expresamente contradictorios.
- El ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión e información no puede ser protegido por el ordenamiento jurídico.

- El ejercicio del derecho de defensa y de las libertades de expresión e información deben ser compatibles con el respeto a la autoridad y la protección de su honor.

5. Bibliografía

- 1) **ALEXY, Robert.** *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Fondo Editorial, 2da Edición, 2008.
- 2) **BOZA, Beatriz y CHOCANO, Christian.** Relación con la autoridad: respeto, obediencia y fiscalización del poder. En *Exposición de motivos de la Propuesta de Normas de Ética y Responsabilidad del Profesional del Derecho.* Lima: THEMIS, 2008, pp. 171-180.
- 3) **GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos.** *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Lima: ARA Editores, 2010.
- 4) **HASSNER, Pierre.** «George W. F. Hegel». En *Historia de la filosofía política.* STRAUSS, Leo y Joseph, CROPSEY (compiladores). México: Fondo de Cultura Económica, séptima reimpresión, 2010.
- 5) **MEINI, Iván.** «La Tutela penal del honor». En *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derechos Penal.* Lima: ARA Editores, 2009.
- 6) **POLAINO-ORTS, Miguel.** *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto.* Lima: Grijley, 2009.
- 7) **ROUSSEAU, Jean-Jacques.** *El discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres.* Argentina: Hyspamerica, 1984.
- 8) **RUBIO CORREA, Marcial.** *Para conocer la Constitución de 1993.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2009.
- 9) **RUBIO CORREA, Marcial, Francisco, EGUIGUREN PRAELI, BERNALES BALLESTEROS, Enrique.** *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, primera reimpresión, 2011.

LA PONDERACIÓN EN EL DERECHO PENAL

Sandy Araceli Paredes Barrientos*

«La ponderación en el derecho es el peso o relevancia que se le otorga a un principio preferente cuanto este colisione con otro de igual o menor rango, pero como bien sabemos, los principios no podemos clasificarlos en menores ni mayores, sino que para el caso en concreto la ponderación nos ayudara a encontrar el de más relevancia para su aplicación».

*Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPT.

LA PONDERACIÓN EN EL DERECHO PENAL

*Cuatro características corresponden al juez: Escuchar cortésmente,
responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente.*

(Sócrates)

INTRODUCCIÓN

La ponderación en el derecho es el peso o relevancia que se le otorga a un principio preferente cuanto este colisiona con otro de igual o menor rango, pero como bien sabemos, los principios no podemos clasificarlos en menores ni mayores, sino que para el caso en concreto la ponderación nos ayudara a encontrar el de más relevancia para su aplicación.

El objetivo del presente trabajo es dar a conocer la importancia de llevar a cabo una adecuada ponderación en los casos relativos a principios fundamentales de la persona, y no solo en estos, sino demostrar al Legislador que la ponderación es el correcto camino para llegar a una decisión adecuada. Para la ponderación se requiere utilizar la fórmula de peso propugnada por Robert Alexy, es así que dado a que se conoce solo teóricamente esta fórmula, en el presente trabajo le daremos esa forma práctica que se necesita. Por lo indicado anteriormente creo realmente importante el poder poner a su disposición y conocimiento esta fórmula de peso como el concepto mismo de ponderación, pues en un estado democrático como el peruano, es indispensable tener presente estas concepciones para no violentar ni infringir ninguno de los principios básicos de la persona, que como bien dice nuestra constitución, la persona es el fin supremo del Estado.

En el presente trabajo se desglosa la definición de la ponderación, su concepto, la ponderación en el derecho y la interpretación jurídica, las etapas de la ponderación y el punto más importante: la

fórmula de peso aplicada en el caso de los beneficios penitenciarios.

LA PONDERACIÓN EN EL DERECHO PENAL

Hablar de ponderación en el derecho penal, hoy en día constituye la clave fundamental para una debida argumentación en la resoluciones dictadas por nuestros magistrados, puesto que, en base a cada intrínseco peso o relevancia que se le dé a principios constitucionales es que se va a argumentar, empero no podemos partir por la finalidad, primero debemos saber cuál es la definición de ponderación.

En este sentido, la palabra ponderación deriva del latín *ponderatio*, *-onis*, referido a la palabra peso, así mismo tiene sus raíces etimológicas en la palabra *ponderatus*, *ponderare* (peso, pesar hasta), y del latín *pondus* (peso, carga, un impedimento). Para una mejor explicación de la ponderación debemos dar el concepto exacto.

1. Concepto de Ponderación:

Según la Real Academia de la Lengua Española,¹ ponderación es: «*La atención, consideración, peso y cuidado con que se dice o hace algo. Compensación o equilibrio entre dos pesos*».

Luego de conocer el concepto aceptado por la R.A.L.E., debemos indicar cual es la vinculación de los principios fundamentales de la persona con la ponderación, ¿estarán realmente relacionados?, ¿cuál es su importancia?

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Banco de datos (CORDE) [en línea]. Corpus diacrónico del español. Madrid, España. Disponible en http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ponderacion. Consulta realizada el día 09 de julio 2011.

2. Los principios en la Ponderación:

Para poder indicar la importancia de la ponderación en el derecho primero tenemos que indicar que los principios, los cuales son usados en la ponderación, contienen una dimensión de peso o importancia relativo en el contexto del caso en concreto, un principio que es desplazado por otro de más peso, queda intacto, a diferencia de las normas que cuando colisionan, una necesariamente tiene que ser derogada, he aquí la diferencia sustancial. Por ello esa dimensión de peso es la que va a ser utilizada en la ponderación.

Es en este sentido que la ponderación está intrínsecamente ligada con la interpretación jurídica, puesto que es la interpretación que va a ser la línea directriz para que el juzgador fundamente su ponderación de principios, es así que es necesario establecer una relación entre ponderación en el derecho e interpretación jurídica.

3. La Ponderación en el Derecho y la Interpretación Jurídica:

Según Luis Prieto Sanchiz : « *De las distintas acepciones que presenta el verbo ponderar y el sustantivo ponderación en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas*». ²

Si partimos de la idea que la ponderación es el peso o consideración que se le da a una determinada instancia podemos encontrar fácilmente su vinculación con la interpretación jurídica en tanto que, como bien indica Marcial Rubio³, «*la ponderación está vinculada con la interpretación jurídica, dado que los criterios de interpretación son elementos generales que pueden aparecer en di-*

versos métodos y los métodos combinan estos criterios de diversas maneras. Por consiguiente, no existen reglas fijas, inferimos, para emitir una decisión». De lo acotado podemos entender que gracias a la interpretación jurídica que se hace mediante la ponderación se realiza la delegación que faculta al juez, al elaborar una decisión, es así que por ello podemos entender que las interpretaciones de una determinada norma o un determinado caso no pueden estar uniformizadas así pues no existe un determinado ejercicio científico que resuelva conflictos de derecho al igual que en la aritmética.

Empero, desde la aparición de las primeras teorías de la argumentación jurídica en los años 50 del siglo pasado (Viehweg, Perelman, Toulmin, en una primera etapa, y MacCormick, Alexy y Atienza, en una segunda etapa de teorías estándar de la argumentación jurídica), en esta época se ha inclinado a que el juzgador deba tener decisiones racionales empleando para esto las diversas pautas para la argumentación y motivación de sus sentencias o fallos. Es así que desde este ámbito de aplicación se han ido construyendo diversidad de pautas para resolver conflictos personalísimos de los juzgadores, en tanto que estos últimos tienen el deber constitucional de motivar las resoluciones judiciales tal y como prescribe el artículo 139 inciso 5 de la Constitución de la Política del Perú.

Conforme señala Carlos Bernal Pulido : «*La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario*». ⁴

Dworkin señala que «*los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio*

2 PRIETO SANCHIS, LUIS. Derechos Fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Palestra Editores. Lima – Perú. Primera Edición. Año 2002. Pág.128

3 RUBIO CORREA, MARCIAL. Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Edit. P. Univ.Católica Perú. Cuarta Edición. Lima – Perú. Pág. 262.

4 BERNAL PULIDO, Carlos. «La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales». Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel. Pág. 87.

pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto.(...) La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación»⁵.

Por la ley de la ponderación, asumimos que: «Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro»⁶.

A su vez, con la fórmula del peso, Robert Alexy refiere que a los principios se les puede atribuir un valor en la escala triádica: leve, medio, intenso. Ejemplo: en un caso de transfusión urgente de sangre, el peso del derecho a la vida es mayor que la convicción religiosa de no recibir una transfusión. Finalmente, las cargas de argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso. (*Derecho a la vida > Religión*).

En relación a los límites de la ponderación, debemos señalar que no existe un criterio objetivo para determinar los valores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación y que conforman la fórmula del peso. El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una postura por parte del intérprete, es aquí donde entra a tallar la calidad del juzgador, la capacidad de raciocinio que deberá aplicar el Juez, en un caso en concreto, es por ello que en adelante hablaremos de esta aplicación poniendo un caso específico. Por ello a continuación desarrollamos las etapas de la ponderación.

Bajo estas premisas, resulta necesario establecer y dar a conocer las etapas de la ponderación, para que el juzgador en el caso en concreto, frente a una circunstancia específica, pueda aplicar la ponderación.

4. Etapas de la Ponderación:

Según Robert Alexy, el proceso de ponderación puede ser dividido en tres etapas.

- 1.«La primera etapa comporta el establecimiento del grado de no satisfacción del primer principio.
- 2.La segunda etapa consiste en establecer el grado de satisfacción del principio en pugna con el primero.
- 3.Finalmente, la tercera etapa evalúa si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la falta de satisfacción del primero»⁷.

La primera etapa consiste intrínsecamente que debe establecerse el grado de NO SATISFACCIÓN de uno de los principios, es decir el que no se va aplicar, el que no prevalece. Hablamos de grado de NO SATISFACCIÓN, pues como, manifestamos en líneas precedentes, no existe mayor o menor importancia en los principios, por ello es importante llegar a establecer el grado de no satisfacción del principio no aplicado.

Asimismo, tenemos que la segunda etapa consiste en establecer la importancia de satisfacción del principio que en el caso en concreto prevalecerá, es decir, establecerse porque debe aplicarse y satisfacerse tal principio.

Finalmente, la tercera etapa establecerá si es realmente relevante el satisfacer el primer principio y si esta satisfacción justifica, tiene razón de ser, para la no satisfacción del segundo principio con el que colisionada, he aquí la importancia de la argumen-

5 Citado por BERNAL PULIDO, Carlos. Ob. Cit. Pág. 92.

6 ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid- España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pagina 149.

7 ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. PALESTA Editores. Lima-Perú. Primera Edición. Año 2010. Página 459.

tación jurídica, puesto en base al conocimiento previo respecto al peso o relevancia que cada uno de los magistrados le dé al principio aplicado y al principio dejado de aplicar.

Teniendo como precepto las etapas expuestas, aplicaremos la tan solicitada fórmula de peso, en un caso concreto, para quede demostrada su importancia y eficiencia.

5. FÓRMULA DE PESO

Podemos dividir el grado de afectación a un derecho determinado en tres rangos: leve, medio y grave. Como es obvio, estos grados de afección son relativos al contexto establecido por el caso concreto. De ello resulta lo siguiente: las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde -si entiendo bien la propuesta de Alexy- el legislador goza de discreción para afectar uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas.

Entonces, en la fórmula más simple, el *peso concreto de un principio* P_i que colisiona con otro principio P_j , es decir, $W_{i,j}$, es el cociente que resulta de dividir la intensidad de la interferencia en el primer principio (I_i) por la intensidad de la hipotética interferencia sobre el segundo principio bajo el supuesto de que se omitiera la interferencia con el primero (I_j). La representación más sencilla de la «fórmula del peso» sería la siguiente:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

I = Equivale a la intensidad de la interferencia con el principio
 P_i ; el principio.

I_j representa la importancia de satisfacer el principio en colisión;
 $W_{i,j}$ equivale al peso concreto de P_i (principio)

Haciendo que el peso específico sea un cociente de la intensidad de la interferencia (P_i) y de la importancia concreta del principio en colisión (P_j), la fórmula del peso pone de manifiesto que el peso concreto de un principio es, en realidad, un peso relativo, atribuido al juzgador, es pues el juez de acuerdo a su criterio que podrá calificar este principio.

Ejemplo:

En los beneficios penitenciarios podríamos aplicar la siguiente fórmula:

Principio de Libertad = $\frac{\text{Seguridad Social}}{\text{Derecho a la Resocialización}}$

La intensidad de intervención (I_i) del derecho a la seguridad social al colisionar con el derecho a la resocialización es grave (P_i) y el derecho de satisfacer el principio de la libertad (W_i) a un sentenciado (W_j) El principio de libertad es grave (g), debido a que si se ha creado la figura del beneficio penitenciario debería concedérsele, en nuestro ejemplo la semilibertad, pero se convertiría en moderado si es que el interno fuese reincidente y ya habría cometido delitos antes de este beneficio penitenciario entonces aquí habría que prevalecer el derecho a la seguridad social, ya que el carácter resocializador de la pena no ha surtido efecto. Empero, si en nuestro ejemplo no se hubiese producido la figura de la reincidencia, ambos derechos colisionarían prevaleciendo el de la libertad, así es que procedería, si se ha cumplido con los pasos precisos para su concesión, evaluándose como indique cada uno de los presupuestos procesales establecidos.

Otra forma de aplicación y la más apropiada sería la siguiente, dando un valor respectivo a cada uno de los principios y derechos que se contraponen. Tal y como lo describe Ross Guatinini⁸, que ha

⁸ Citado por Prieto Sanchis, Luis. Ob. Cit. Pag.159.

propuesto concebir estas antinomias (contradicciones) contingentes o aptas para la ponderación como antinomias de tipo parcial/parcial. Ello significa que las antinomias en contradicción son relativamente coincidentes.

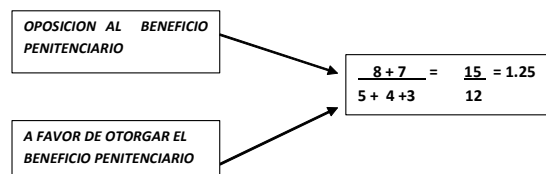
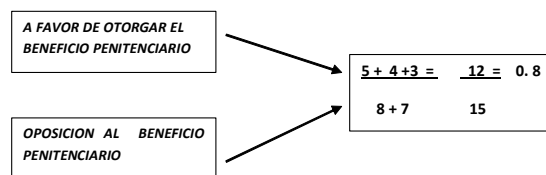
Es así que por citar un caso, Juan Pérez, pide un beneficio penitenciario de semilibertad, Juan Pérez fue condenado a 8 años de pena privativa de la libertad por Robo Agravado pues se apoderó ilegítimamente de un bien ajeno utilizando un arma de fuego durante la noche, tiene antecedentes penales por el mismo delito, pero ha desempeñado una buena conducta dentro del penal e indica que al egresar del penal trabajará como obrero.

Lo primero que se encuadrará es el juicio de adecuación, es decir hallar los derechos o principios en colisión; así pues tenemos el derecho a la libertad que a mi sano juicio merecería un número 5, pues es un derecho fundamental de la persona, la seguridad social merece un 7 en tanto que ya no hablamos de una sola persona sino mas bien de una colectividad de personas, el derecho a la reinserción a la sociedad y reeducación, tendrían un valor de 3 y 4 respectivamente, en tanto que el recurrente ya habría pugnado carceraría por este delito y no se cumplió la finalidad de la pena, pero como ha demostrado buena conducta en el establecimiento penitenciario, le otorgamos un 3 y 4, la reeducación con un punto superior pues básicamente a colaborado en esta nueva oportunidad con su comportamiento y asistencia a los talleres dentro del establecimiento penitenciario. El derecho al bienestar común que sería un punto superior a la seguridad social, pues el bienestar común atañe casi al mismo universo de la seguridad social más el medio socio – familiar en donde el recurrente se desenvuelva.

- Derecho a la Libertad = 5
- Derecho a la Seguridad Social = 7
- Derecho al Bienestar Común = 8
- Derecho de Reeducación = 4
- Derecho de Reinserción a la Sociedad = 3

Ahora el lector se preguntara porque he puesto números a cada uno de los derechos establecidos anteriormente, es que así se podrá graficar

con mayor eficacia la fórmula de peso es así que:



<p>A FAVOR DE OTORGAR EL BENEFICIO PENITENCIARIO = 0.8</p> <p>OPOSICION AL BENEFICIO PENITENCIARIO = 1.25</p> <p>0.8 < 1.25</p>

En este supuesto ha prevalecido la oposición ante el otorgamiento del beneficio penitenciario, así pues si la puntuación hubiera sido superior a uno era positivo, y si es inferior es negativo, como en el presente caso, es aquí donde se puede demostrar la proporcionalidad de la decisión, pues en la aplicación de la presente fórmula siempre encontraremos valores casi similares (12 /15), corroborando la teoría de Guatini, solo se diferencian por puntos mínimos pues si hablamos de proporcionalidad y de principios o derechos debemos saber que no hay superiores en mayor grado que otros, sino que para cada caso específico el juzgador dará la valoración adecuada, como en el presente caso.

A partir de este supuesto entonces, el Juez debe emitir su pronunciamiento del porqué a un determinado principio le da una cifra mayor a la otra, es aquí donde actuará la debida motivación, constitucionalmente reconocida, y que por ende, nos dará un fallo debidamente fundamentado, sin razón a dudas o divergencia, por lo que en el presente caso la formula de peso habría proporcionado al Juzgador una decisión adecuada, razonada y debidamente motivada, lo que implicaría que los juicios racionales estipulados por Alexy y sus antecesores estarían cumpliendo el fin para los que fueron creados.

APLICACIÓN DE LA FÓRMULA DE PESO EN EL CASO MAGALY:

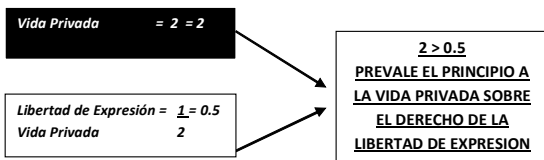
Aplicada en la STC 06712-2005-HC/TC⁹. Caso Magaly Medina. Ponderación en sede penal.

1.- El juicio de adecuación:

A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arrije debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, y contar con un fin legítimo. Aquí el juicio de adecuación se internaliza en el hecho que libertad de expresión y la vida privada. Cual de los dos es constitucionalmente de mayor rango. Así pues si pondríamos una numeración, el principio de mayor rango sería el de la vida privada entonces a este principio le pondríamos el número 2 y al de la libertad de expresión el número 1.

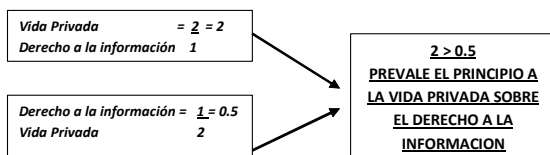
Vida Privada = 2

Libertad de Expresión = 1



2.- El juicio de necesidad:

Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista. Es relevante, por tanto, para evitar afectar la vida privada de una persona, que el ejercicio del derecho fundamental a la información se realice sin excesos. En el presente caso pondríamos entonces en el supuesto antecedido el número 2/1. Es decir la vida privada sobre el derecho a la información.



3.- El juicio de proporcionalidad:

A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arrije responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada. Entonces pondríamos en una balanza imaginaria cual de ambos pesa más, así con la numeración que expusimos, ganaría nuevamente el derecho a la vida privada.

6. CONCLUSIONES :

PRIMERA: La ponderación es otorgarle un peso específico a los principios en colisión, en donde se hallará el valor de un principio por encima de otro, a razón del grado de satisfacción de los derechos de la persona.

SEGUNDA: La ponderación y la proporcionalidad, pudieran implicar una fórmula infalible de solución de controversias constitucionales, como el caso de los beneficios penitenciarios, en donde la aplicación de la fórmula de peso, dará como resultado una decisión motivada y razonada.

TERCERA: El juzgador actual debe actuar conforme a la constitución, debe ser intérprete de la misma, por lo que antes de adecuar un hecho a un tipo penal debe velar que antes se hayan respetado los derechos fundamentales de la persona, máxime en el área penal.

CUARTA: Las resoluciones debidamente motivadas, deben partir de por lo menos un método racional indefectible que debe adecuarse a la proporcionalidad de lo estipulado por la Constitución y a la pena o sanción a imponerse, en el caso del área penal, además que requerirá por parte del juzgador un análisis minucioso de los hechos y circunstancias que giran alrededor del mismo.

⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO: Banco de Jurisprudencias (CORDE) [en línea]. Lima-Perú. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>. Consulta realizada el día 08 de Julio del 2011.

BIBLIOGRAFÍA

- **ALEXY, ROBERT.** - Teoría de la Argumentación Jurídica. PALESTRA Editores. Lima-Perú. Primera Edición. 2010 - Teoría de los Derechos Fundamentales Madrid- España, Centro de Estudios Constitucionales, Primera Edición Año 1993
- **PRIETO SANCHIS, LUIS.** Derechos Fundamentales, Neo constitucionalismo y Ponderación Judicial. PALESTRA Editores. Lima – Perú. Primera Edición 2002.
- **RUBIO CORREA, MARCIAL.** Sistema Jurídico. *Introducción al Derecho.* Fondo Edit. P.Univ.Católica Perú. Cuarta Edición.

ACERCA DE LAS AUDIENCIAS EN EL JUZGAMIENTO

(Problemática de la "Concentración", desconcentrada)

Démer S. Fernández Hernani Aragón*

«La realidad es que asistimos a gran cantidad de juzgamientos en los cuales se reproducen a su vez rutinas del viejo Código: sucesión de sesiones cada 08 días y que abarcan meses, con riesgo de quebrarse, anularse por lo dilatado de su trámite».

* Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPT.

ACERCA DE LAS AUDIENCIAS EN EL JUZGAMIENTO (Problemática de la "Concentración", desconcentrada)

Preocupa sobremanera que tanta expectativa generada por los propagandistas del Nuevo Código procesal Penal, esté cayendo en saco roto debido a diversos factores, que no sólo se deben al escaso entrenamiento de los operadores (el antiguo modelo solo entrenó a los pocos que participaban de la etapa de Juzgamiento en juicios ordinarios que eran la excepción, siendo el Sumario de índole escrito e inquisitivo, la regla), y modelos conductuales de dicha época tienden a reproducirse en la actualidad.

Nos preocupa sobre todo lo referido a la etapa de Juzgamiento en el proceso común del N.C.P.P., que se suponía solo debían llegar a tal fase escasos procesos, los más controvertidos y de complejidad tal que no se haya podido aplicar alguna de las salidas alternativas como las del principio de oportunidad para los delitos más leves, o terminación anticipada para la generalidad.

Se aspiraba llegar a *ratios* anglosajones a nivel de un 5% de casos que sean sometido a Juzgamiento, mas en la práctica hemos verificado que delitos de peligro común y hasta daños y lesiones simples están llegando a fase de Juzgamiento, y en su

decurso, hasta adolecen de quiebres.

No está funcionando la criba fiscal y aún en casos que fueron materia de disposición de sobreseimiento, tenemos que su nivel superior, por mérito a cualquier duda sobre medio probatorio, ordena se expidan disposiciones de formalización o continuación de investigación preparatoria, y aun en casos que son materia de requerimiento de sobreseimiento, en fase intermedia, vía discrepancia judicial, igualmente ordenan acusaciones en casos que recargan las labores de los juzgados unipersonales y colegiados.

La realidad es que asistimos a gran cantidad de juzgamientos en los cuales se reproducen a su vez rutinas del viejo Código: sucesión de sesiones cada 08 días y que abarcan meses, con riesgo de quebrarse, anularse por lo dilatado de su trámite.

Ante dicha problemática (que desmiente la ofertada Concentración¹ de sesiones que idealmente debieran ser «una sola²», solo interrumpida por necesidades horarias, es decir culminar lo de un día para seguir al siguiente) tenemos que deslizar una solución³, ya que para ello son estas líneas y no

1 Principio de Concentración: Mediante este Principio se propende evitar las dilaciones indebidas a través de diligencias innecesarias en el desarrollo del Juicio Oral, pues las sesiones de la Audiencia deben cumplirse en el tiempo y número pertinentes y necesarios de acuerdo a las exigencias del caso concreto. La concentración de todos los actos del debate en una Audiencia Única, sólo es posible de interrumpir para atender el descanso diario o para que los intervinientes puedan atender sus necesidades fisiológicas, no obstante reconoce también excepciones. Diversas causas de suspensión (impedimento o enfermedad de alguno de los sujetos procesales, ampliación de la acusación, acto fuera de la audiencia, incomparecencia de los órganos de prueba) permiten seccionar la audiencia del debate, por tiempo limitado, cuando la necesidad lo impone, ya por efecto de la imposibilidad de asistir de alguno de los intervinientes u órganos de prueba, ya para preparar convenientemente la defensa si sucede algún acontecimiento inesperado (MAIER, Derecho procesal penal, T I p. 658) citado por Jorge Rosas Yataco en «Derecho Procesal penal con aplicación al NCPP D. Leg. 957 I^a. Ed. Mayo 2009, Lima Jurista Editores, pág. 639.

2 Principio de Continuidad: Es más una necesidad que un Principio, que se manifiesta en el deseo –tato de las partes como del juzgador- que una vez iniciada la audiencia ésta continúe en sesiones continuas y necesarias hasta su culminación. Ello además de superar un problema de dilación innecesaria, cuando se suspende la audiencia por el máximo que la ley establece que es de 8 días, permite un mejor seguimiento de los hechos que se juzgan y de las pruebas que se actúan. Obviamente, hay pruebas que no están dispuestas inmediatamente en cuyo caso el término para su actuación en Juicio Oral debe ser el prudencial. Por Pablo Sánchez Velarde en su «Manual de Derecho procesal penal» Idemsa Editores, Lima, Mayo del 2004, pág. 567.

3 Para Pablo Talavera Elguera, en su «Comentarios al Código Procesal Penal, Editorial Grijley, Lima 2004, ni siquiera es digno de mencionar la Concentración o Continuidad, solo hace referencia a los Principios de Oralidad, Publicidad, Inmediación y Contradicción, a fs. 71 N. del A.

solo para detectar problemas y endilgar responsabilidades.

Una solución pronta y sin necesidad de mayor modificación legislativa consiste en asumir como rutina del foro el que:

- a) La primera sesión a la que se convoca sea una de INSTALACIÓN, en sentido de estar dirigida solo a acreditación de sujetos procesales, incorporación de nuevos medios probatorios, los discursos de apertura y posible aplicación de Conclusión Anticipada, que de no producirse, ante la negativa de responsabilidad del acusado, conlleve a que se proceda a establecer el orden de la futura (FUTURA, con mayúsculas) sesión de audiencia, comprometiendo así a Fiscal y Abogados en agotar los esfuerzos para que así se realice.
- b) La segunda sesión que puede hacerse en 72 horas o menos, la que se dedique a dicha actividad probatoria hasta llegar a la lectura de piezas y alegatos de clausura.
- c) La tercera sesión sería para la lectura de sentencia.

Esta fórmula realista de tres sesiones mínimas estimo es lo más adecuado para afrontar nuestra terrible realidad presente: sesiones convocadas a las que no concurre ni abogado ni acusado, o solo uno de ellos, y éstos se alternan, pero que conlleva aplazar el inicio para otra fecha (meses subsiguientes) con grave detrimento de credibilidad de los órganos de prueba: testigos, peritos, y mismos agraviados quienes para la otra (segunda, tercera, cuarta....fecha) convocada asisten con temores, acerca que su presencia sea infructuo-

sa y solo una pérdida de tiempo, y por ello para las sucesivas convocatorias muchos se encuentran desencantados con la administración de justicia, perder el tiempo en no sólo tres sino cuatro o cinco oportunidades es enojoso y contribuye a los bajos niveles de credibilidad en el accionar Jurisdiccional.

Por ello estimo que la fórmula propuesta es realista, y propenderá a lograr que solo se comprometa a los órganos de prueba, para asistir cuando efectivamente se haya iniciado un juzgamiento, y asistan a la sesión en que son sometidos al interrogatorio (la segunda u otra, la que corresponda) y culminan su compromiso en esa sola fecha.

Lo ideal de la «única sesión de juzgamiento»⁴ puede esperar su vigencia como literalidad registrada por teóricos y propagandistas del Derecho procesal (que también los hay, colegas que diagraman dinámica procesal en el escritorio, pero no siendo litigantes carecen del soporte experimental realista).

En conclusión, corresponde asumir una línea de conducta forense, de parte de los juzgados unipersonales y colegiados en sentido de convocar a la primera sesión sólo a los sujetos procesales: Fiscal e imputado y actor civil y sus defensas, mas NO a los testigos ni peritos. Solo corresponderá sean citados si efectivamente la sesión inicial prosperó.

Esto constituye simple desarrollo de la facultad prevista en el Art. 355 Inc. 3) del NCPP, que dice:

«Auto de Citación a Juicio.- (...) 3) Cuando se estime que la Audiencia se prolongará en sesiones consecutivas, los testigos y peritos podrán ser citados di-

4 Concentración.- El Principio de Concentración es una de las manifestaciones del Principio de Oralidad, así algunos autores como Montero Aroca señalan que decir oralidad es también decir concentración tanto que se ha sostenido que lo que caracteriza a un procedimiento oral es mas la concentración, pues supone que los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en algunas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí, con el objetivo evidente de que la manifestación realizada por las partes ante el juez y las pruebas, permanezcan fielmente en la memoria de los jueces a la hora de dictar sentencia. Montero Aroca, Juan «Derecho Jurisdiccional I» Parte General Pág. 380, citado por José Antonio Neyra Flores a fs. 358 de su «Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral» Editorial Idemsa Lima Perú Julio 2010.

rectamente para la sesión que les corresponda intervenir».

Corresponde pues que los autos de citación a juicio precisen rutinariamente por ejemplo:

«3) En lo referido a testigos y peritos, se reserva su citación directa por los sujetos procesales que los hayan ofrecido, para la sesión en que corresponda su actuación.»

De ésta manera paliamos en algo el agotamiento

en dichos órganos de prueba y se contribuye a la confianza y credibilidad respecto de la Administración de Justicia; *«me citan a audiencia y en dicho día si me interrogarán»*. Es un aporte mínimo, lo sabemos, pero necesario para consolidar el nuevo modelo procesal mientras mantenemos la esperanza en sentido que algún día asistamos a la vigencia plena del Principio de CONCENTRACION. Mientras tanto vale una ligera desconcentración, pero prevista y contributiva a la eficiencia del Juzgamiento.

LA POSTRACIÓN POLICIAL EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO

Carlos Alberto Pajuelo Beltrán*

«...resulta insoslayable en el ámbito de la capacidad de intervención como auxiliar de la administración de justicia, que la policía científica tiene una tarea no solo incompleta sino lo que es más grave, no iniciada en términos cualitativos».

*Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPT.

LA POSTRACIÓN POLICIAL EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO

In abstract:

«La inadecuada política criminal actual ha despojado peligrosamente del más elemental razonamiento criminológico a la policía peruana...»

Sumario:

Consideraciones Previas. II. Política Criminal e Investigación Criminal. III. El Caso Peruano: Adecuación Policial al Cambio de Modelo procesal Penal. IV. Principales Aspectos Propositivos: reflexión final sobre una Nueva Policía Científica.

I. Consideraciones Previas.

Desde que a mediados de los años noventa, cuando se producían los primeros esfuerzos legislativos para implementar el modelo procesal penal garantista y acusatorio me surgieron una serie de incógnitas relativas al futuro de esta nueva aventura, de modo tal que decidí escribir algún artículo en esa dirección donde, básicamente, hurgaba poco a poco – gracias al ímpetu de mis primeros años de abogado litigante - sobre las carencias de una estructura estadual desde el punto de vista de la eficiencia de la administración de justicia en general y penal en especial para soportar tamaña empresa. De alguna manera creo que ciertos temores fueron quedando fundados a medida que se inició la implementación en Huaura y los subsecuentes distritos judiciales, incluyendo Tacna pero excluyendo Lima.

La estructura policial mantiene su jerarquía militarizada y vertical a todas luces insuficiente. La capacidad de represión sobre temas de violencia social lo dejaremos como un aspecto propio de ese campo en su propio laberinto. Pero, resulta insoslayable en el ámbito de la capacidad de intervención como auxiliar de la administración de justicia, que la policía científica tiene una tarea no solo incompleta sino lo que es más grave, no

iniciada en términos cualitativos. Creemos que existen dos factores plenamente identificables, veamos los siguientes:

a. Falta de especialización en materias criminalística y criminológica en la escuela de policía.

Se puede afirmar que una capacitación en la escuela de Policía a nivel de personal oficial o sub oficial en materia criminalística en la escuela policial no es suficiente. Se requiere urgentemente direccionar un grupo de élite hacia la especialización criminalística y criminológica, por cuanto si analizamos la filosofía sobre la que se basa la gestión policial resulta evidente que se encuentra parametrada en valores de bienestar general propios de las fuentes tuitivas de seguridad ciudadana como la del castigo por punibilidad.

Es evidente la relación que existe entre la pesquisa exitosa y la sanción. Para sancionar hay que juzgar y para juzgar hay que probar y para probar hay que investigar. Pero, rebatiendo sobre la doctrina policiva relativa a la investigación para el descubrimiento de la verdad de un hecho criminal nos encontramos que por ejemplo del examen del sílabo que usa la escuela de oficiales en la materia denominada Técnicas y Procedimientos Policiales de Investigación solamente se aboca interés en lo referido a técnicas de captura, incursión e interrogatorio «del detenido», situación que demuestra las limitaciones inclusive en este aspecto del interrogatorio pues no solamente la pesquisa se efectuará sobre el detenido sino sobre un presunto autor e inclusive sobre testigos. Propiamente existe un evidente *default* sobre

aquella base tradicional de objeto de estudio de todas las policías científicas, la identificación.

b. Falta de complementación entre la nueva función otorgada al Ministerio Público como director de la pesquisa criminal y la función policiva en este mismo rubro.

Del mismo modo, al referirse a la adecuación del tipo criminal se mantiene la idea de confeccionar el «atestado policial», cuando el nuevo esquema procesal garantista reduce la actuación recopilativa de la Policía a la elaboración de un informe en el que se relata la secuencia de pesquisas ordenadas por el representante del Ministerio Público. Nosotros creemos que este cercenamiento de la capacidad del análisis criminológico resultó contraproducente pues el Ministerio Público por su parte, entonces, ni ahora ha logrado un esquema de preparación con el personal que en materia de investigación criminal (ahora denominados de Investigación Preparatoria y de Decisión Temprana), por una sencilla razón, el perfil del fiscal tampoco ha sido pre establecido en el mismo orden de prioridades a las necesidades de pesquisa criminalística de modo tal que solamente se convocan a profesionales del derecho y los echan a rodar en el sistema a fin de que se desenvuelvan como mejor puedan, sin tener una capacitación mediata del tema de la pesquisa criminal. Es decir, que si tomamos por ejemplo el perfil que toda empresa requiere para la obtención de sus fines, como es el caso de los bancos, o de SUNAT, por lo menos luego de su asimilación, ese personal pasa necesariamente por una etapa de capacitación y adoctrinamiento mínimos – siendo así aun no suficiente- pero en el caso de los nuevos cuadros de la fiscalía en materia penal se mantiene una posición más relativa en este aspecto y salen al campo profesionales no solo inexpertos sino además sin el perfil criminalístico y criminológico elementales.

¿Se puede hablar de gestión de calidad en una entidad como el Ministerio Público en materia penal? Creemos que esta debe abarcar, como en toda empresa, los resultados que muestra ante la sociedad en lo relativo al alcance de sus logros, esto es, una vez más, la percepción de seguridad. He ahí la tarea pendiente al 2012 de cara a los próximos cinco o diez años, según el tablero de

comando que sirva para la autoevaluación inicial, pero siempre trabajando por metas.

EL ENIGMÁTICO CASO DEL MAYOR BAZAN

Para tener una idea concreta de la problemática resulta pertinente referirse al emblemático y enigmático caso que versa sobre la desaparición del Mayor PNP Felipe Bazán, mismo que fuera víctima de una turba en la fatídica «Curva del Diablo», el año 2009 luego de la revuelta en Bagua por temas de carácter ambiental. Este caso real desnudó los flancos débiles de la acción policiva en materia tanto de represión de violencia –incursión- como en materia de pesquisa referente básicamente en lo que atañe a identificación.

Si atendemos la forma de incursión de la fuerza policial para retomar el orden en este caso la falta de previsión a nivel de inteligencia previa a la incursión fue prácticamente nula, de modo tal que se generó una pérdida de control casi absoluta y que derivó en el fracaso de las tácticas empleadas en el campo. Ello no es un secreto para nadie aun más cuando se sabe que este fracaso tuvo como corolario el número de bajas de ambas partes y entre ellas el secuestro y desaparición del Mayor PNP Felipe Bazán en manos de sus captores.

Ergo, en cuanto a la desaparición del mayor Bazán en manos de aquella turba tenemos que pese a existir fotografías que documentaron los hechos y a quienes estuvieron involucrados en su captura, secuestro y desaparición, a la fecha y luego de tres años de los hechos no se ha interrogado a ni uno solo de estos aproximadamente veinte sospechosos y menos aun logrado pesquisa alguna sobre los rastros dejados por este acto delictivo. Simplemente el mayor Bazán fue borrado del mapa. La inacción policial no es tal pues se entiende que vedadas sus capacidades investigativas por la función fiscal inoperativa, simple y llanamente se produjo un bloqueo «natural» de la pesquisa, dando como resultado por efecto en los otros elementos de política criminal una sensación de inseguridad social casi absoluta por efecto de la ineptitud de aquellas autoridades que manejan los hilos del Estado en materia de control social. El problema se agudiza ante la inexistencia

de alternativas pese a las malas experiencias como la de la «curva del diablo» en Bagua, el «moqueguazo» en la antes y después idílica Moquegua; o la del incremento de los casos de marcas, sicariato o cobros de cupos por mafias relativas a construcción civil o Tráfico Ilícito de Drogas, etc. tanto en la capital así como en otras ciudades principales del país.

Pero ¿Qué nos falta entonces? ¿Qué proponer? ¿Qué giro en materia policiva se debe asumir? Hagamos una breve visión sobre la relación de política criminal y la pesquisa criminal para lograr una propuesta válida o que por lo menos se ponga en debate.

II. Política Criminal e investigación Criminal

Se define a la Política Criminal entre «una disciplina o un método de observación de la reacción anti criminal» y «el arte o estrategia de lucha contra la delincuencia; elaborada a partir de los datos y enseñanzas aportados por la observación objetiva.»

Nosotros entendemos la política criminal como aquella serie de medidas orgánicamente pauteadas que tienen como finalidad la disminución de los índices de criminalidad en una sociedad determinada. Y en el caso de que una institución como la policial no tenga bien delimitado su ámbito de acción mediante la implementación de lineamientos teóricos válidos y validables, es decir, que no esté en alcance de teorizar su propia esencia, no alcanzará jamás de manera eficiente el fin trazado como puede ser en el ámbito policial el logro del bienestar en paz social. Luego del proceso de teorización se podrá implementar los elementos requeridos para poder realizar la función sistemática de servicio público en materia de seguridad ciudadana.

Michel Foucault descubría en su curso «Seguridad, Territorio y Población» la naturaleza de la biopolítica - entendida esta como la política de la sociedad tal cual ente vivo, orgánico -, sobre la base de tres dispositivos: la seguridad, la soberanía y disciplina. Los elementos de la fenomenología policial giran sobre estos mismos ejes.

Dentro de esas medidas orgánicamente pauteadas, específicamente lo relativo a seguridad, tenemos a la pesquisa criminal. Por simple lógica si el elemento «pesquisa criminal» carece de organicidad sistémica con la política criminal central entonces no es parte de una política criminal efectiva, sino de medidas aisladas que pueden inclusive ser otorgadas de buena fe por los agentes oficiales, pero, lejos de que ello sirva de paliativo pueden generar un efecto negativo o contrario al de la búsqueda de la disminución de los índices de criminalidad y de la paz social, fin último de los operadores de control social formal.

Por ejemplo si queremos teorizar la función de control policial para contener brotes de violencia social en atención a los diversos tipos de manifestaciones violentas, desviaciones traducidas en el espectro delincencial galopante que la sociedad peruana sufre actualmente, tanto en los casos de delitos comunes, como aquellos complejos, tenemos que asumir una posición desde la doctrina de la seguridad ciudadana, procediendo a teorizar este fundamental aspecto de la vida en sociedad como eje *sine qua non* de la actividad policial. Pero si intentamos teorizar sobre la función de investigación de los actos –más allá de la represión- necesariamente lo debemos ubicar en el plano de la especialización criminalística más pura de modo tal que por ejemplo los planes de estudio en esta materia deben de reestructurarse en pos de que el adecuado perfil del policía de investigaciones se convierta en una prioridad absoluta en el marco de la política criminal policial.

En ese perfil profesional se debe instruir en cursos de metodologías de investigación criminológica donde los cursos de psicología criminal, sociología criminal, vayan de la mano de las diferentes disciplinas que pueda abarcar la criminalística, como la grafotécnica, la grafología (documentología), la informática, la medicina legal, balística, etc. en grado suficiente como para poder discriminar las pruebas idóneas de las que no lo son. En la actualidad ni siquiera se toman adecuadamente los recaudos para la simple conservación de la escena del crimen, motivo por el cual el grado de impunidad se incrementa en proporción directa a la sensación de no detección de parte de los perpetradores, lo cual debe ser mo-

tivo de principal preocupación para las agencias gubernamentales involucradas.

III. El Caso Peruano: Adecuación Policial al Cambio de Modelo Procesal.

Considerando que la percepción de la ciudadanía sobre sus autoridades policiales es negativa en un punto alarmante aproximado del 50 % según encuesta de APOYO para el año 2011, es difícil la tarea que a nivel jurídico se tiene que asumir.

En materia legal, dentro del ámbito del derecho policial, encontramos que el artículo primero del decreto legislativo 989¹ que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito prescribe lo siguiente: «*La Policía, en su función de investigación, al tomar conocimiento de hechos de naturaleza delictiva deberá de inmediato llevar a cabo las diligencias imprescindibles para impedir que desaparezcan sus evidencias y, en caso de flagrante delito, proceder a la captura de los presuntos autores y partícipes, dando cuenta sin mayor dilación que el término de la distancia, en su caso, al fiscal provincial, para que asuma la conducción de la investigación.*» Lo que sin duda representa la noción medular del extremo al que ha sido relegada la tan mentada función de investigación policial. Devinando en la práctica una posición ecléctica pues no se puede consolidar una investigación al romperse la unidad de criterio de quien realiza la pesquisa.

La siguiente disposición del mismo cuerpo de leyes² glosa que «*cuando el fiscal se encuentre impedido de asumir de manera inmediata la conducción de la investigación...*» «*... la Policía procederá de acuerdo con el párrafo precedente...*». Lo cual en la práctica confirma este eclecticismo

que en muy poco favorece la mecánica del pensamiento científico o empírico propio del agente investigador que tiene el primer contacto con el evento criminal. Esta suerte de posta contiene en mucho la abdicación de la función policiva en el nuevo sistema pues no alcanza el remedio que se ha querido constreñir a la cooperación interinstitucional pues, lamentablemente, no se realizaron los ensayos necesarios en su oportunidad.

Cuando, por ejemplo se trasladó la facultad de levantamiento de cadáveres, presuntas víctimas de actos criminales, de los entonces jueces instructores a los representantes del Ministerio Público hemos visto que incluso en este tipo de diligencias el acto de mera observación no se encuentra precedido de la disposición de preservación de objetos materiales presuntamente instrumentalizados en el homicidio.³

IV. Principales Aspectos Propositivos: Reflexión Final sobre una Nueva Policía Científica.

O los ingredientes para el «ponche» que se necesita para un marcado *improvement* hacia la propia entelequia, llamémoslo o no «nueva», sin necesariamente efectuar una reforma total del esquema policial actual, la reformulación SISTÉMICA en materia de pesquisa se requiere conjugar los siguientes elementos a nivel de toda la organización policial:

- IV.1. Credibilidad.
- IV.2. Confianza.
- IV.3. Alta Capacitación.
- IV.4. Extrema especialización.
- IV.5. Logística de última generación.

Como corolario ante los elementos glosados te-

1 Nota: Modifica la ley 27934.

2 Nota: Art. 1ro. 2do párrafo de la precitada.

3 Nota: En el caso *Ciro Castillo* pese a asumir la tesis del desbarrancamiento provocado no se tomaron las providencias para recoger restos que hasta ahora obran en poder de los guías y terceros, ni que decir de las botas que calzaba el occiso *pre mortem*. Además fue el primer caso conocido con el nuevo modelo por el cual se reemplazaba a una fiscal por ineptitud manifiesta.

nemos que atrevernos a dar la lectura siguiente:

La nueva Policía Científica debe lograr la credibilidad de la población en función a la percepción de confianza, no solo por un accionar ético y de alta capacitación profesional, sino que haga énfasis en la formación de una élite de investigadores

eficientes y altamente especializados en la temática criminológica y criminalística, de la mano con los medios logísticos y tecnológicos de última generación el logro de esta visión.

Hay mucho por hacer, el reto está vigente y es urgente asumirlo.

DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL CONSTITUCIONAL



ACERCA DEL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES

Javier R. Peralta Andía *

«Si bien la protección de los derechos fundamentales es la finalidad primordial del proceso de amparo, debe resaltarse que este proceso no constituye una forma ordinaria o común de protección de dichos derechos; por el contrario, es un instrumento extraordinario o excepcional de protección. Es por ello que se afirma que el amparo es un instrumento de tutela de urgencia...»

* Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPT. Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Moquegua.

Introducción

El instituto jurídico del que nos vamos a ocupar es el *amparo contra resoluciones judiciales*, muy conocido y utilizado en el ámbito judicial; sin embargo, cuando se le permitió se generó un excesivo número de acciones, convirtiéndose luego en un proceso contradictorio del proceso ordinario con una suerte de cuarta instancia, entendiéndose la acción de amparo como un sucedáneo del proceso civil, laboral o administrativo. No se esperó mucho tiempo para ser interpuesta en un elevado porcentaje de procesos de amparo contra resoluciones judiciales, que casi en un 90% han sido desestimadas por desconocer la naturaleza y alcances de esta institución, por lo que esperamos que estas líneas contribuyan a su mejor desarrollo.

I. GENERALIDADES SOBRE EL AMPARO

1.1 Conceptualización.- El amparo es un proceso judicial de carácter constitucional que tiene como finalidad proteger los derechos constitucionales de la persona -con excepción de los que protegen el Hábeas Corpus, la Acción de Hábeas Data y la Acción de Cumplimiento- ante violaciones o amenazas de violación provenientes de una autoridad o de un particular (el amparo protege derechos como, por ejemplo, el derecho de asociación, a la libertad de contratación, el derecho al debido proceso). Lo puede presentar el mismo afectado o cualquier otra persona en su nombre. Si el Juez comprueba, efectivamente, violaciones a derechos, ordena que los actos violatorios se suspendan inmediatamente.

El proceso constitucional de amparo es un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o amenazas inminentes de su transgresión. Sin embargo, debemos precisar que el proceso de amparo no protege todos los derechos fundamentales, sino a un grupo de ellos que son distintos de la libertad personal o los derechos conexos a ella, así como del derecho a la información pública o del derecho a la autodeterminación informativa, que tienen, respectivamente, procesos constitucionales específicos para su tutela.

Si bien la protección de los derechos fundamentales es la finalidad primordial del proceso de amparo, debe resaltarse que este proceso no constituye una forma ordinaria o común de protección de dichos derechos; por el contrario, es un instrumento extraordinario o excepcional de protección. Es por ello que se afirma que el amparo es un instrumento de tutela de urgencia, es decir, «*que sólo actúa ante la falta de otros mecanismos procesales que resuelvan eficazmente la cuestión*». Esta posición respecto de la naturaleza del amparo ha sido recogida por el Código Procesal Constitucional (artículo 5°.2 de la Ley N° 28237), que establece, *a contrario sensu*, que el amparo sólo será procedente cuando no existan otras vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de un derecho fundamental amenazado o vulnerado.

1.2 Derechos tutelados.- La Constitución, según refiere Abad Yupanqui, ha optado por una tesis amplia en lo que respecta a la tutela de los derechos fundamentales a través del amparo, al disponer que aquél protege los derechos constitucionales distintos a la libertad individual y a los tutelados por el hábeas data. El texto constitucional emplea la expresión derechos fundamentales para denominar aquellos incluidos en el primer Capítulo de su Título I, estableciendo una aparente distinción con los restantes derechos desarrollados en otros capítulos, pues a ellos no los denomina fundamentales sino sociales y económicos.

A juicio del autor, tal distinción carece de sentido. En efecto, los derechos no previstos en el primer capítulo también gozan de la protección reforzada de los procesos constitucionales, pues el artículo 200° señala que el amparo protege todos los derechos reconocidos por la Constitución sin distinguir en función de su ubicación. Asimismo, la cláusula abierta -prevista por el artículo 3°, ubicado en el primer capítulo de la Constitución- permite afirmar que también son derechos fundamentales los demás reconocidos por ella así no se encuentren ubicados en el capítulo primero y los derechos «implícitos», es decir, aquellos que no se encuentran expresamente reconocidos por la Constitución pero que derivan de la dignidad del ser humano -el artículo 3° indebidamente se circunscribe a la dignidad del

«hombre»- tal como la ha reconocido reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En esta materia, resulta imprescindible determinar cuándo estamos en presencia de un verdadero derecho constitucional y efectuar un adecuado ejercicio de interpretación constitucional para evitar la «inflación» del derecho de pedir abra la puerta al amparo en casos de que no corresponde. También, se requiere diseñar un amparo realmente excepcional para que se acuda a dicha vía procesal cuando la urgencia de tutela lo justifique.

1.3 Características.- Las principales notas distintivas del proceso de amparo son el carácter excepcional, residual, sumario y especialísimo. La acción de amparo es una vía *excepcional*, último remedio de protección contra la violación de un derecho constitucional. El amparo es una acción sólo para casos excepcionales. La Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público ha ilustrado que: «la Acción de Amparo constituye una garantía a cuyos procedimientos especialísimo y sumarísimo únicamente se recurre de manera residual, esto es, cuando no existe otro camino procesal para acceder a la pretensión jurídica, siempre y cuando se trate de lograr la reposición de un derecho constitucional transgredido o amenazado, pues la acción de amparo no es declarativa de derechos, sino restitutiva de aquellos».

También es una acción *residual*, porque únicamente se recurre a esta vía de manera supnumeraria, esto es cuando no existe otro camino procesal para acceder a la pretensión jurídica y siempre que se trate de lograr la reposición de algún derecho constitucional transgredido o amenazado, pues la acción de amparo no es declarativa de derechos, sino restitutiva de aquellos. La acción de amparo constituye una garantía a cuyos procedimientos especialísimo y sumarísimo únicamente se recurre de manera residual, esto es, cuando no existe otro camino procesal para acceder a la pretensión jurídica, siempre y cuando se trate de lograr la reposición de un derecho constitucional transgredido o amenazado.

Se trata de un proceso de trámite *sumarísimo*, ágil, breve, sui generis e inmediato. Es el mecanismo más rápido en la obtención de la justicia;

sin embargo en la práctica su duración es casi la misma a la de un proceso de conocimiento, distorsionándose esta peculiaridad en este tipo de procesos. La acción de amparo constituye una garantía a cuyo procedimiento especialísimo y sumarísimo únicamente se recurre de manera residual para que sea atendido con la prontitud del caso, esto es, cuando no existe otro camino procesal para acceder a la pretensión jurídica, siempre y cuando se trate de lograr la reposición de un derecho constitucional transgredido o amenazado.

Otro de los principios fundamentales que se propugna es que el amparo sea una acción *especialísima* en la cual el actor no necesita ni está obligado a probar -como si lo está en un proceso de conocimiento- el derecho invocado, pues éste tiene que ser apreciado por el Juez solamente de la simple confrontación de los hechos expuestos en la demanda, con la norma de derecho material invocado como fundamento. Concluye Sagüés, que se obliga al magistrado interviniente a realizar un cuidadoso análisis: verificando, como requisito para admitir una acción de amparo, que los procedimientos regulares (judiciales o administrativos), resulten idóneos, suficientes, aptos o eficaces para atender el problema planteado. No basta que haya una vía procesal para desestimar un pedido de amparo, hay que considerar, inexcusablemente, si tal trámite es automáticamente operativo para enfrentar el acto lesivo. Lo que debe determinarse, es si tales caminos son efectivamente útiles para lograr la protección del derecho o garantía constitucional del que se trate.

1.4 Clases de amparo.- Según sea el autor del acto lesivo, por comisión u omisión, en nuestra legislación se encuentra las clases siguientes:

- a) El amparo contra *normas legales*. La Constitución establece que no procede el amparo contra normas legales; sin embargo, el Tribunal Constitucional, siguiendo en este punto a la doctrina tanto nacional como extranjera, ha extendido la cobertura del amparo contra las leyes de naturaleza autoaplicativa. Es decir frente a aquella clase de normas que por su sola expedición lesionan un derecho constitucional sin necesidad de un acto de ejecución por la au-

toridad, funcionario o persona.

- b) El amparo contra *resoluciones judiciales*. Procede contra resoluciones judiciales firmes que son dictadas con manifiesto agravio de la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia, el debido proceso y su actuación adecuada y temporalmente oportuna.
- c) El *amparo contra el amparo*. De acuerdo al artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, no es admisible; sin embargo, el TC ha señalado que dicho dispositivo no es interpretable en el sentido literal de la norma, pues ello sería inconstitucional. Para el TC, el artículo en mención debe leerse a la luz de lo establecido en el artículo 200.2 de la Constitución, que señala «*que no procede el amparo contra (...) resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular*». *Contrario Sensu*, la regla adicional que se desprende es que en aquellos casos, en los que el amparo no haya sido resuelto de acuerdo a procedimiento regular, es admisible interponer una nueva demanda de amparo que cuestione los términos del primer proceso entablado, siempre que en éste se haya producido una afectación a los derechos fundamentales, que son objeto de protección en un proceso de este tipo.
- d) El amparo contra *particulares*. Se interpone cuando la lesión del derecho constitucional proviene de persona natural o jurídica de derecho privado. También si el autor del agravio es una empresa estatal con personería jurídica de derecho privado.

2. EL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES

2.1 Nociones previas.- El artículo 200° inciso 2 *in fine* de la Constitución del Estado señala que la acción de amparo: No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular. Disposición que se encontraba recogida en los artículos 3° y 6° inciso 2) de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Acción de Amparo.

Está conectado con los largos procesos tramitados en todas las instancias donde se habían co-

metido irregularidades, entonces se prevé la posibilidad del amparo siempre que no se trate de un procedimiento regular, se entiende como tal, al proceso ordenado y metódicamente llevado ante la autoridad judicial predeterminada; no obstante, no toda irregularidad dentro del proceso habilita para utilizar la acción de amparo, sino solo cuando afectan las garantías de la administración de justicia.

El tema del proceso regular tiene relación con la noción clásica proveniente del derecho sajón, (*due process of law*) el debido proceso, que significa que toda persona tiene derecho a un proceso adecuado, preestablecido y que ofrezca las mínimas garantías en un estado derecho o civilizado, las mismas que deben observarse en todo proceso.

Sobre la temática en cuestión existen dos posiciones: La tesis *negativa*, sostenida por la legislación argentina, país con estructura federal, donde la ley niega toda posibilidad de enervar mediante el amparo cualquier decisión judicial. Los fundamentos principales son: la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, de lo contrario las resoluciones judiciales podrían ser revisadas *ad infinitum* sin que exista una instancia final y la imposibilidad de que un magistrado jerárquicamente inferior deje sin efecto la resolución expedida por el superior.

En cambio, la tesis *permissiva*, sostiene lo contrario y registra variantes: La *amplísima*, recogida por el Derecho mexicano, no solo opera como un verdadero mecanismo de control de la constitucionalidad, sino además actúa como un medio de «control de la legalidad» de las resoluciones judiciales. La *amplia*, opera en el derecho español y alemán. En España es llamado «recurso de amparo» que exige el agotamiento de todos los recursos en la vía judicial, basado en que la violación del derecho sea imputable de modo inmediato o directo a una acción u omisión del órgano judicial y que haya sido invocado formalmente en el proceso vulnerado. En Alemania, opera contra decisiones judiciales que pueden fundarse en la violación de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, violación de derechos al haberse aplicado en la sentencia una ley inconstitucional o haberse dictado una sentencia en base

a una interpretación inconstitucional de la ley. La *restringida*, se aplica en el Brasil al permitir la procedencia del «mandato de seguridad» de manera excepcional, siempre que no exista posibilidad de reparación a través de medios procesales extraordinarios.

2.2 Procedimiento regular y procedimiento irregular.- Eloy Zamalloa refiere la existencia de los criterios siguientes. El criterio *tradicional*, de acuerdo con la jurisprudencia clásica establecida por mucho tiempo por el Tribunal Constitucional, no procede amparo contra resoluciones judiciales, emanadas en un proceso regular, por lo que, *contrario sensu*, se estableció que, sí procede el proceso de amparo contra resoluciones emanadas de un proceso «irregular», sin embargo la Jurisprudencia que se podrá llamar clásica, establece que el proceso es irregular cuando se violenta el debido proceso.

El Tribunal en la sentencia emitida en el Exp. N° 3283-2003-AA/TC Junín *Taj Mahal Discoteque* y otra, estableció que: «De acuerdo con lo establecido por el inciso 2) del artículo 6° de la Ley N° 23506, no procedían las acciones de garantía 'contra resolución emanada de un procedimiento regular'. Debe precisarse que por procedimiento se entiende al conjunto de reglas que determinan la organización judicial, la tramitación de las controversias y la ejecución de la decisión judicial. En suma, plantea el itinerario a seguir para alcanzar una determinación del órgano juzgador. En ese orden de ideas, el concepto de procedimiento regular se adscribe a lo prescrito en la ley para tramitar una causa judicial».

Se ha establecido que es *regular* un proceso, cuando es realizada por autoridad judicial competente, por razones de turno, materia, función, cuantía y territorio: «La *irregularidad* se presenta cuando la decisión judicial no ha sido emitida conforme a las formalidades procesales exigidas por la ley. Debe ser de tal magnitud que comprometa decididamente la tutela procesal efectiva y que, por ende, desnaturalice el resultado natural del proceso. En ese sentido, la irregularidad procedimental consistiría en impedir o restringir a una de las partes intervinientes en un proceso el ejercicio pleno de las garantías de la administración de justicia, consagradas en el artículo 139°

de la Constitución, así como de los demás derechos referidos al debido proceso y la tutela judicial efectiva».

A guisa de ejemplo, un procedimiento irregular sería aquél en que se condena en ausencia, se vulnera el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, se impide o limita el derecho de defensa, se incumple el deber de motivar las resoluciones judiciales, se cercena el derecho a la instancia plural, se desconocen los efectos de la cosa juzgada, se vulnera el principio de predeterminación del juez natural, se aplica una ley por analogía en el ámbito penal, no se aplica la disposición más favorable al reo, etc. Reitera el concepto: «La irregularidad necesariamente tiene que ser de naturaleza procesal; no comporta un cuestionamiento del fondo del asunto», lo que significa que la posición clásica, no admite la posibilidad de un cuestionamiento del fondo del asunto en cualquier situación.

Incluso hace mención a que: «(...), el artículo 10° de la Ley N° 25398 preceptúa que «Las anomalías que pudieran cometerse dentro del proceso al que se refiere el inciso 2) del artículo 6° de la Ley N° 23506, deben ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos mediante el ejercicio de los recursos que las normas procesales específicas establecen». Las anomalías hacen referencia a yerros e incoherencias procesales leves y no significantes que, por tales, no ponen en cuestión el debido proceso, entre las cuales se encuentran el retardo en la resolución de un proceso, o la notificación indebida, etc. Por ello es que en la propia vía se deben ejercitar las acciones impugnativas correspondientes que permitan subsanar los actos morosos por acción u omisión».

Por el contrario, el criterio *moderno*, conforme al artículo 4° del Código Procesal Constitucional en vigor, ha establecido que: El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo. El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Se entiende por *tutela procesal efectiva* aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

Del texto del Código en mención se puede extraer de manera clara de que, sólo se admite la procedencia de este tipo de proceso, cuando se ha violentado la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, incluso realiza un detalle inicial de lo que se entiende por tutela procesal efectiva. Siendo que en ningún caso de refiere al contenido material de las resoluciones o la revisión de los medios probatorios.

Todo ello tenía como idea de no convertir al Tribunal Constitucional en una supra instancia de revisión de los procesos judiciales, en una cuarta instancia, haciendo que los procesos judiciales terminen siendo eternos y vulnerando el principio de la cosa juzgada material. Incluso en jurisprudencia emitida bajo la vigencia del Código Procesal Constitucional, se repitió el concepto inicial; así, en la sentencia recaída en el expediente Número 5374-2005-PA/TC, emitida por el pleno, ha establecido los criterios al respecto.

2.3 El nuevo criterio del Tribunal Constitucional.- Sin embargo en reciente jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, se han establecido nuevos criterios que varían sustancialmente, todo lo establecido con anterioridad y que abre las puertas para la revisión de las resoluciones judiciales de manera indiscriminada, ya que con la nuevas concepciones, prácticamente se abre la posibilidad de realizar nuevo análisis del derecho material, realizado dentro del proceso, al margen del debido proceso que como dijimos es parte de la teoría clásica de esta institución.

Efectivamente en la sentencia recaída en el Expediente EXP. 03179-2004-AA/TC Huamanga Apolonia Ccollcca Ponce, de no muy reciente data, el Tribunal Constitucional se pregunta: ¿Hay razones jurídico-constitucionales para que el ámbito de derechos protegidos mediante esta variante del amparo tenga que ser replanteado? El Tribunal Constitucional considera que la respuesta es afirmativa, desde un doble punto de vista. Por un lado, a partir del diseño constitucional del ámbito de protección de este proceso; y, por otro, a partir de la eficacia vertical de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho».

De modo, pues, que el diseño constitucional de los derechos protegidos por el proceso de amparo, bien puede caracterizarse por tener un carácter totalizador, esto es, comprender residualmente la protección de todos los derechos constitucionales no protegidos por los otros procesos de tutela de los derechos fundamentales (hábeas corpus y hábeas data). Así las cosas, cabe que se cuestionen acerca de las razones jurídico-constitucionales que puedan existir para limitar el ámbito de derechos protegidos por el amparo contra resoluciones judiciales sólo a la protección de los derechos que integran la tutela procesal.

Incluso el Tribunal Constitucional llega a conclusiones contundentes como que es inadmisibles desde un punto de vista constitucional que se pueda sostener que una resolución judicial devenga de un proceso «irregular» sólo cuando afecte el derecho a la tutela procesal, y que tal «irregularidad» no acontezca cuando ésta afecta otros derechos fundamentales. A juicio del Tribunal, la irregularidad de una resolución judicial, con relevancia constitucional, se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental y no sólo en relación con los contemplados en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

No cabe duda de que dentro de esos poderes públicos vinculados con los derechos fundamentales se encuentra también el Poder Judicial y, con él, todas sus instancias jurisdiccionales, al mismo tiempo que sus órganos administrativos. Todos los derechos fundamentales vinculan a todos los

poderes públicos, de modo que todos los derechos fundamentales (y no sólo los que conforman la tutela procesal) vinculan al Poder Judicial y, en ese sentido, demandan acciones u omisiones destinadas a garantizar el ámbito de la realidad que cada uno de ellos persigue tutelar.

Eloy Zamalloa, reitera inclusive lo anterior de la siguiente manera: «que la competencia *ratione materiae* del amparo contra resoluciones judiciales comprende a todos y cada uno de los derechos fundamentales que se puedan encontrar reconocidos, expresa o implícitamente, por la Norma Suprema. En su seno, los jueces constitucionales juzgan si las actuaciones jurisdiccionales de los órganos del Poder Judicial se encuentran conformes con la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. De modo que la calificación de regular o irregular de una resolución judicial, desde una perspectiva constitucional, depende de que éstas se encuentren en armonía con el contenido constitucionalmente protegido de todos los derechos fundamentales.

2.4 Procedencia del amparo contra resoluciones judiciales.- En efecto, el artículo 4° del Código Procesal Constitucional regula la procedencia de los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales. La citada norma mantiene una tesis permisiva, al señalar en su primer párrafo que: «El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo». Respecto al hábeas corpus precisa que aquél «procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva».

De este modo, el Código sustituye la expresión «procedimiento regular», prevista por el artículo 6° inciso 2) de la Ley 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo que tanto debate provocó en el pasado, por la de «tutela procesal efectiva», que comprende a los dos derechos reconocidos por el artículo 139° inciso 3) de la Constitución. Asimismo, recoge los principales criterios jurisprudenciales existentes, tanto en materia de

amparo, como en lo relativo al proceso de Hábeas Corpus.

Además, el tercer párrafo del citado dispositivo del Código precisa -con carácter abierto- los alcances del derecho a la tutela procesal efectiva, afirmando que es: «(...) aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal».

Asimismo, el artículo 5° inciso 6) dispone que no proceden los procesos constitucionales cuando «se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional». Con ello se trata de evitar el polémico empleo del amparo contra resoluciones recaídas en otros procesos de Amparo.

3. ASPECTOS COMPLEMENTARIOS

3.1 Presupuestos.- La Ley N° 23506 establecía que procede el amparo contra resoluciones judiciales bajo tres condiciones: a) Que exista vulneración del debido proceso, es decir un proceso irregular; b) Que, como consecuencia del proceso irregular se vulneren derechos fundamentales, de manera grave e inminente, c) Que no exista otra vía de defensa judicial, o que, existiendo, se interponga la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado. Esta situación cambia con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional en el cual se adquiere el sistema del amparo residual.

El artículo 5°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional ha establecido el principio de la residualidad como presupuesto procesal, de que

no exista una vía específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional. Resulta obvio que los procesos ordinarios siempre han de proveer una vía tutiva de los derechos constitucionales, particularmente cuando ellos están dirigidos contra actos lesivos de particulares donde los procesos contemplados en el Código Procesal Civil proveen una tutela general y prácticamente omnituitiva, sin dejar de lado, desde luego, la Ley Procesal del Trabajo, dado su relevante significado en la protección de derechos constitucionales en las relaciones laborales.

Así, la acción de amparo con el Código Procesal Constitucional ha sufrido una metamorfosis. De ser una vía alternativa se ha convertido en una vía residual; esto es, que el amparo solo procederá cuando exista una vulneración o amenaza de vulneración de un derecho constitucional «químicamente puro» si el derecho afectado puede ser protegido en la vía ordinaria será improcedente el amparo, si con ello, no se ve neutralizada la lógica de antiformalismo que se predica en todo proceso constitucional.

Por último, el Tribunal Constitucional da las pautas y señala que «conforme lo establece el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, el amparo contra resoluciones judiciales sólo procede cuando se acredite que las mismas hayan sido dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, o al debido proceso. El amparo contra resoluciones judiciales requiere como presupuestos procesales indispensables la constatación de un agravio manifiesto: Mediante sentencia recaída en el expediente N° 00650-2011-PA/TC, el Tribunal Constitucional reiteró que el proceso de amparo contra resoluciones judiciales requiere como presupuestos procesales la constatación de un agravio manifiesto que comprometa seriamente el contenido protegido de algún derecho de naturaleza constitucional. Sin estos presupuestos básicos, la demanda resultará improcedente.

Por ello, el Tribunal desestimó la demanda, pues mediante amparo se pretendió que el Juez constitucional se pronuncie sobre materias ajenas a la tutela de los derechos fundamentales, pues tanto la valoración y/o la determinación de la suficiencia de los medios probatorios, así como la inclusión y actuación de pruebas de oficio, es un asunto

que corresponde ser dilucidado únicamente por el juez ordinario al momento de expedir la sentencia.

3.2 Resolución firme.- Conforme lo establece el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, el amparo contra resoluciones judiciales procede cuando éstas han quedado firmes y que agraven de manera manifiesta la tutela procesal efectiva. Al respecto, el Tribunal Constitucional tiene dicho que una resolución adquiere el carácter de firme cuando se han agotado todos los recursos que prevé la ley para impugnarla dentro del proceso ordinario, siempre que dichos recursos tengan la posibilidad real de revertir los efectos de la resolución impugnada (STC 2494-2005-AA/TC).

En este sentido, también ha dicho que por «(...) *resolución judicial firme, debe entenderse a aquella contra la que se han agotado los recursos previstos por la ley procesal de la materia*» (STC 4107-2004-HC/TC). Así lo señaló al declarar improcedente la demanda de amparo formulada mediante el expediente N° 03608-2010-PA/TC.

3.3 Plazo de interposición.- La segunda parte del artículo 44° del Código procesal Constitucional, señala que: Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas: 1) El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad. 2) Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento. 3) Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución. 4) La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Sólo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo. 5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista. 6) El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía pre-

via, cuando ella proceda.

3.4 Efectos de la sentencia.- Un problema de singular relevancia en esta modalidad de amparo es el efecto de la sentencia que declara fundada la demanda. Dos posibilidades se plantean: la sentencia puede declarar la nulidad de la resolución judicial y ordenar a la instancia que la expidió la emisión de un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto por el Juez del proceso de amparo; o, por el contrario, puede dejar sin efecto la resolución judicial y con ello resolver directamente la controversia. En el primer caso, la sentencia de amparo tiene un efecto meramente casatorio, en el segundo tiene un efecto de instancia o grado.

En el caso del modelo alemán, la regla es que el Tribunal Constitucional declara la nulidad de la sentencia y la retroacción del proceso a la instancia que la expidió, y dispone la expedición de un nuevo pronunciamiento. En el caso «Los soldados son asesinos», por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán manifestó que aun cuando juzgaba que la sentencia que había condenado a una persona por la manifestación de estas expresiones constituía lesiva de la libertad de expresión. Por el contrario, tales expresiones deben ser examinadas nuevamente teniendo en cuenta las exigencias derivadas del artículo 5°, primer párrafo, de la Ley Fundamental [libertad de expresión]; sin embargo, esta fórmula de remisión admite excepciones que el propio Tribunal Constitucional ha desarrollado. Así, por ejemplo, cuando el Tribunal considera que carecería de sentido la remisión dado que la Sala a que debe volver a expedir pronunciamiento no haría sino «repetir» lo resuelto por el Tribunal.

En el caso del modelo español, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de la resolución judicial y, por lo general y tratándose de la lesión de derechos constitucionales sustantivos, expide un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. Tal es caso, por ejemplo, de la sentencia del caso «Patiño», donde en un proceso judicial se condenó a la editorial de una revista por lesión del derecho a la intimidad familiar, el Tribunal Constitucional declara que las resoluciones judiciales han afectado el derecho a la libertad de información y «anula» las resoluciones judiciales.

Ahora bien, la valoración de la utilidad de estos modelos del derecho comparado debe considerar que en ambos casos el amparo constituye un «recurso», esto es, un «medio impugnatorio» subsidiario al que ha de acudir agotados los medios impugnatorios del propio proceso judicial, pero no en un «proceso» como es el caso peruano. Sin embargo, salvado este matiz, las orientaciones que ellos pueden brindar sobre el tema bajo análisis resultan de utilidad, en cuanto marco de referencia. En nuestro modelo y atendiendo a lo expuesto, el que la sentencia tenga efecto casatorio o de instancia habrá de examinarse en el caso concreto, bajo la directriz de que regla deba ser el efecto de instancia o grado y, la excepción, en cambio, el efecto casatorio. La razón que justifica la adopción de esta regla, de valor *prima facie*, es la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional (Art. 139, inc. 3, Const.), particularmente significativo cuando en la controversia se halle de por medio derechos cuya naturaleza demande una tutela perentoria (dimensión subjetiva del proceso de amparo) o cuando el caso detente trascendente relevancia constitucional de modo que requiera la resolución directa de la controversia constitucional (dimensión objetiva del proceso de amparo).

CONCLUSIONES

- 1ra. El Código Procesal Constitucional ratifica la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, de manera más completa y clara que la anterior Ley de Hábeas Corpus y Acción de Amparo.
- 2da. El criterio tradicional pregona que solamente en la vía ordinaria es donde se puede revisar el derecho material, más no en el amparo; en cambio el nuevo criterio abre una peligrosa puerta para poder evaluar el contenido material de las resoluciones, ya que no existe zonas exentas de control constitucional, por lo que se hace posible la real existencia de una supra instancia judicial de revisión, la cual hará que las resoluciones judiciales pierdan peligrosamente la calidad de cosa juzgada.

- 3ra. El nuevo criterio del Tribunal Constitucional rompe con el criterio de que es solamente en la vía ordinaria donde se puede revisar el derecho material, siendo posible que vía alegación de violación del derecho constitucional, la revisión de los derechos invocados como fondo del proceso hace posible la valoración de los medios probatorios.
- 4ra. Se deja al tiempo dé su mejor veredicto sobre los criterios establecidos, esperando que sea para bien y no para establecer una supra instancia o en todo caso que esta nueva atribución que se ha dado el Tribunal Constitucional sea manejada con mucha cautela y sólo de manera excepcional, ya que si se convierte en regla se habrá creado una nueva instancia de revisión ordinaria de las resoluciones judiciales.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danos Ordóñez, Francisco Eguiguren Praeli, Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Arsenio Oré Guardia. Código Procesal Constitucional, Anteproyecto y legislación Vigente. Palestra Editores.- Primera edición - Noviembre del 2003. Lima – Perú.
- 2.- Samuel Abad Yupanqui y otros.- Código Procesal Constitucional.- Comentarios, exposición de motivos, dictámenes, Palestra Editores. Primera edición. – Agosto del 2004. Lima - Perú.
- 3.- Eloy Espinosa – Saldaña Barrera.- Código Procesal Constitucional.- Palestra Editores. Primera edición. Septiembre del 2004. Lima - Perú.
- 4.- Samuel Abad Yupanqui.- Derecho Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica.- Primera edición. Noviembre del 2004. Lima - Perú.
- 5.- Amparo contra resoluciones judiciales
<http://www.monografias.com/trabajos81/amparo-contra-resoluciones-judiciales>
- 6.- El Amparo frente a Actos de Particulares
www.consultoriaconstitucional.com

"LA TÉCNICA DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL (ECI) EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL"

Héctor Josué Verástegui Huaynate*

«...la técnica del ECI, es un aporte al Derecho Procesal Constitucional, el cual consiste en un mecanismo que procura que los derechos fundamentales sean una realidad para las personas, es pues, un esfuerzo por no sólo saber qué o cuál derecho tenemos (subjetivamente) sino cómo y cuándo los, ejercemos, dicho de otra forma, si los vivimos en la realidad, en lo fáctico (objetivamente)...»

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Política de la UPT.

«LA TÉCNICA DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL»

INTRODUCCIÓN

Desde el año 2004 nuestro Tribunal Constitucional, viene aplicando y desarrollando la llamada «Técnica del estado de cosas inconstitucional», la misma que ha sido tomada de la jurisprudencia colombiana, dicha técnica es usada como una herramienta, un instrumento para la concretización de derechos fundamentales, pues, se entiende que en un Estado social y democrático, existen valores y principios que sustentan la vida política y social, como son el respeto irrestricto a la dignidad humana así como el derecho al bienestar al que todos deberíamos aspirar.

La razón de este trabajo, es que la aplicación de la técnica del estado de cosas inconstitucional no es ajena a nuestra realidad local, pues, en el año 2011, en el quinto juzgado especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, se ventilaba un proceso de Amparo promovido por la minera MINSUR, contra el Gobierno Regional de Tacna, y en fecha 06 de Junio del mismo año, se emite una resolución en la que se aplica la técnica del estado de cosas inconstitucional, de manera más que curiosa, llamativa –por decirlo menos-, donde se extienden los efectos de una medida cautelar y posterior sentencia, a la Municipalidad Provincial de Tacna, por lo que ésta municipalidad no podría realizar ninguna acción o conducta mediante la cual, directa o indirectamente, pretendan impedir, obstruir, perjudicar y/o perturbar o promover la perturbación de la ejecución de las obras y actividades del Proyecto minero de Pucamarca.

Por esta razón, analizaremos el desarrollo y aplicación de la técnica del estado de cosas inconstitucional, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; y para ello, hemos encontrado diez

sentencias donde mínimamente se hace mención a la referida técnica, las mismas que han sido sistematizadas; por lo que nos servirán como guía para el estudio. A lo largo del trabajo, desarrollaremos el concepto, el por qué se aplicó dicha técnica en el Perú, las razones para su aplicación, así como también las características y efectos de la técnica del estado de cosas inconstitucional.

I. ¿QUÉ ES LA TÉCNICA DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL?

En las diez sentencias del Tribunal Constitucional donde se hace mención a la técnica del estado de cosas inconstitucional (en adelante ECI), no se desarrolla un concepto sobre ¿qué es?, aunque, en la sentencia del caso Roberto Barrenechea se hace mención –en un subtítulo– a la técnica del ECI, describiéndola como una «herramienta procesal para la ejecución de las sentencias»¹, lo cual nos parece insuficiente, e incluso representa un gran problema, debido a que ésta técnica compleja se está aplicando sin haber sido delimitada; sin embargo, ello no es óbice para poder dilucidar algunas premisas al respecto. Para ello nos remitiremos en primer lugar a la doctrina colombiana quienes han ahondado en el estudio de esta técnica, tal es así que para Gabriel Bustamante Peña la técnica del ECI se puede definir como «un juicio empírico de la realidad, que determina un incumplimiento reiterado y sistemático de la norma constitucional, de tal magnitud, que hace que la Carta Política quede sin efecto en la praxis. Por consiguiente, la Corte, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ordena salvar dicha situación por medio de acciones inmediatas y no progresivas; estructurales y no coyunturales, y de largo aliento»².

1 EXP. N.º 4119-2005-PA/TC

2 BUSTAMANTE PEÑA, GABRIEL, Estado de Cosas Inconstitucional y Políticas Públicas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Maestría en Estudios Políticos, Bogotá D.C. 2011 disponible en: <http://repository.javeriana.edu.co/bitstream/10554/1617/1/BustamantePenaGabriel2011.pdf>, revisado 27/12/ 2012.

Por otro lado, tenemos que en el Diccionario de Derecho Constitucional de Víctor García Toma la técnica del ECI «es el hecho, suceso o acontecimiento promovido por un ente público de manera recurrente, que afecta directa y expresamente a una pluralidad de personas. En ese contexto, el órgano jurisdiccional dentro del marco de un proceso constitucional particular y concreto, a la par de restablecer el derecho fundamental del demandante, efectúa un requerimiento específico o genérico al ente público, a fin de que dentro de un plazo razonable realice o deje de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de los derechos de un número no precisado pero significativo de las personas»³.

Por lo expuesto consideramos que la técnica del ECI, es un aporte al Derecho Procesal Constitucional, el cual consiste en un mecanismo que procura que los derechos fundamentales sean una realidad para las personas, es pues, un esfuerzo por no sólo saber qué o cuál derecho tenemos (subjetivamente) sino cómo y cuándo los, ejercemos, dicho de otra forma, si los vivimos en la realidad, en lo fáctico (objetivamente); entonces, básicamente es un remedio procesal, que permite la concretización de los derechos fundamentales. Ciertamente la conceptualización de la técnica del ECI en nuestro país, aún se encuentra en construcción, en elaboración conceptual, ya sea por el TC como por los juristas, pues la bibliografía nacional respecto a este tema es inexistente.

2. ¿POR QUÉ APLICARON LA TÉCNICA DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN EL TC?

La sentencia recaída en el EXP. N.º 2579-2003-HD/TC, es aquella donde por primera vez se

utiliza la «Técnica del estado de cosas inconstitucional» por parte del Tribunal Constitucional peruano, y en ella nos explica, que existe un gran problema en la justicia constitucional peruana, para decirlo en un modo simple, tenemos que, en el supuesto de que «A» gane un proceso a «B», y «B» se niega a cumplir la sentencia, «A» tiene que interponer una acción de cumplimiento; otro supuesto es que si «A» gana un proceso a «B», y se ejecuta la sentencia, luego aparece «C» que también tiene el mismo problema que «A», entonces «C» se ve obligado a iniciar un nuevo proceso para que se le reconozca el mismo derecho que «A», entonces, ¿qué ha provocado esto? ha provocado un «congestionamiento de procesos constitucionales de la libertad»⁴ –habeas corpus, el amparo, habeas data–, el cual conllevaría a «un eventual colapso de la justicia constitucional de la libertad»⁵; para solucionar ello, el TC a dispuesto la acumulación de procesos por ser sustancialmente análogos o la reiteración de jurisprudencia, es decir, el Tribunal se ha «ahorrado el deber de expresar sus razones sobre cada uno de los puntos controvertidos, para simplemente expresarlas por remisión»⁶, sin embargo esta solución no ha sido suficiente para la reducción de la carga procesal. Ahora bien, el problema se hace un poco más complejo cuando el que no quiere acatar la sentencia –osea «B» – es una entidad del Estado, el Tribunal manifiesta que «pese a existir una inveterada tradición jurisprudencial en determinado sentido, diversos órganos públicos han mantenido y, lo que es peor, continuado, la realización de actos considerados como lesivos de derechos constitucionales»⁷. El TC se cuestiona así mismo, y se pregunta si tiene que cumplir un rol pasivo frente al problema –antes señalado– teniendo en cuenta que «en sociedades como la nuestra, donde los postulados del Estado Social y

3 GARCÍA TOMA, Víctor/GARCÍA YZAGUIRRE, José V. (2010). Diccionario de Derecho Constitucional. Edit. Gaceta Jurídica. 1ra Ed. Lima. Pág. 194

4 STC 2579-2003-HD/TC, Fundamento Jurídico 18

5 ídem

6 ídem

7 ídem

Democrático, están, en muchos casos, pendientes de realizar, corresponde a este Tribunal, en gran medida, coadyuvar para concretarlos»⁸. Entendiendo esto así, el Tribunal señala que «todos los órganos públicos tienen un deber especial de protección con los derechos fundamentales, y que la fuerza de irradiación de ellos exige de todos los operadores estatales que realicen sus funciones del modo que mejor se optimice su ejercicio. Es urgente, además, que adopte medidas más audaces que contribuyan a hacer aún más efectiva su función pacificadora de los conflictos de la vida constitucional».⁹ Entonces ¿qué medidas se tomarán para solucionar tal estado de cosas? El TC responde: «Este Tribunal es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del «estado de cosas inconstitucionales».¹⁰ De las diferentes sentencias donde el Tribunal Constitucional ha mencionado a la técnica del estado de cosas inconstitucional, se pueden identificar 3 razones para la aplicación de la técnica del ECI:

a) Evitar la vulneración sistemática de derechos fundamentales de un sector de la población

«Se configura un estado de cosas inconstitucional cuando se constata los comportamientos contrarios a la Constitución, renuentes, sistemáticos y reiterados, de los funcionarios o autoridades».¹¹ Además, el TC considera que si bien la «Constitución plantea desde su primer artículo que es la persona humana y su dignidad el fin supremo de la Sociedad y el Estado, no obstante, con frecuencia la práctica de los poderes públicos no se condice con

este mandato. Cuando ello ocurre resulta legítimo que un Tribunal encargado de la defensa de los derechos fundamentales, que tienen su fuente precisamente en esa dignidad humana, actúe de manera firme y decidida para reencausar la actuación de los poderes públicos; lo que constituye además un deber irrenunciable para garantizar la eficacia y vigencia de los derechos que se encuentren amenazados o conculcados».¹²

El Tribunal considera que es justificado aplicar la técnica del estado de cosas inconstitucional al verificarse la vulneración de derechos fundamentales, la misma que puede ser entendida de dos formas: a) como transgresión, quebrantamiento o violación de facto de uno o varios derechos fundamentales y, b) como amenaza, es decir, la posibilidad inminente de vulneración de uno o varios derechos fundamentales. Ahora bien, ¿qué es un derecho fundamental?, ¿a qué se refiere el TC?, acaso sólo son derechos fundamentales aquellos que se encuentran en la Constitución, consideramos que no necesariamente es así, pues, recordemos que el artículo 3 de la Carta Magna señala que: «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno», por lo tanto, en el ordenamiento jurídico peruano los derechos comprendidos en el Capítulo I, del Título I de la Constitución no son los únicos que pueden llamarse derechos fundamentales, sino que en el caso particular peruano,¹³ se puede considerar

8 STC. 03149-2004-AC, Fundamento Jurídico 14

9 STC 2579-2003-HD/TC, Fundamento Jurídico 19

10 ídem

11 STC 03149-2004-AC, Fundamento 16

12 STC 05561-2007-AA, Fundamento 35

13 Señalamos que en el caso peruano no habrían diferencias entre derechos fundamentales y derechos constitucionales, porque nuestra constitución así lo permite (Art. 3), sin embargo, doctrinalmente sí es posible diferenciar los conceptos entre Derechos Fundamentales, Derechos Constitucionales e incluso Derechos Humanos. Cfr. Guastini Riccardo, Estudios de Derecho Constitucional, Doctrina Jurídica Contemporánea, 1ra Ed. México, Pág. 221-232.

como similares los términos derechos constitucionales y derechos fundamentales.

La vulneración a la que hace referencia el TC, tiene por lo menos tres requisitos: a) que provenga de una autoridad, es decir, que la violación de los derechos fundamentales emane de una acción u omisión de algún ente del Estado u órgano público; b) que sea sistemática, es decir, dicha vulneración tendrá que ser repetitiva, constante y; c) que afecte a diferentes personas, pues, así lo ha señalado el TC, ante la vulneración sistematizada o generalizada,¹⁴ que afecte a un «sector de la población»¹⁵ o que «afecte a distintas personas».¹⁶ En suma, la técnica del estado de cosas inconstitucional, ha de aplicarse ante la vulneración de derechos fundamentales que provengan de acciones u omisiones de alguna autoridad y que afecten a diferentes personas. Además, cabe resaltar, que el ECI peruano se diferencia del ECI colombiano, en que a éste último, le importa que la vulneración de los derechos fundamentales sea efectiva, y que sea posible contrastarla en la realidad, produciéndose un estado de cosas que es contrario a la Constitución; en tanto que el ECI peruano permite la aplicación de dicha técnica aún ante la amenaza de derechos fundamentales, lamentablemente esto ha hecho que la técnica del ECI en el Perú no tenga la trascendencia e importancia que ha tenido en Colombia,¹⁷ y peor aún, pues en el Perú, se ha usado para tutelar derechos de personas jurídicas, es decir, empresas importadoras de vehículos –a nivel del TC- y favoreciendo a una empresa minera –a nivel de un juzgado constitucional-

restándole la importancia social y aumentándole un cierto matiz pro beneficio de privados.

b) La defensa de la supremacía de la Constitución

«El TC es el encargado de la defensa de la supremacía constitucional, es claro que sus decisiones - no sólo en los juicios abstractos de constitucionalidad, sino también en los casos concretos de tutela de derechos subjetivos- vincula a todos los poderes públicos».¹⁸

Guillermo Cabanellas define la supremacía de la Constitución como la «Doctrina según la cual las normas de la Constitución prevalecen sobre todas las demás, de tal suerte y manera que, cualquier disposición de las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones administrativas, sentencias, negocios jurídicos, etc., que no estén de acuerdo con la Constitución, carecen de validez y corresponde declarar su nulidad o más propiamente hablando en el lenguaje de esta ciencia, su inconstitucionalidad».¹⁹ Además, García Toma define al Tribunal Constitucional como «órgano autónomo e independiente encargado de la defensa e interpretación de los principios, valores y normas consignadas en la Constitución».²⁰ En consecuencia, al TC se le ha confiado la defensa del principio de supremacía constitucional, es decir, que se ha convertido en el supremo intérprete y guardián de la Constitución, por tanto, cuida que las leyes no quebranten lo dispuesto por la Constitución, y yendo más allá en la interpretación del texto constitucional, interviene para restablecer el respeto a la Constitución y a los derechos fundamentales. Dicho de

14 STC 03426-2008-HC, Fundamento 30

15 STC 04119-2005-AA, Fundamento 59

16 STC 05287-2008-AA, Fundamento 12; STC 02579-2003-HD, Fundamento 19

17Cfr. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés, La Garantía de la Dimensión Objetiva de los Derechos Fundamentales y la Labor del Juez Constitucional Colombiano en Sede de Acción de Tutela: El Llamado «Estado de Cosas Inconstitucional». En Estudios constitucionales (Universidad de Talca). Santiago de Chile, año 1, número 1, 2003. Págs.212-222

18 STC 03149-2004-AC, Fundamento 14

19 CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO, Diccionario Jurídico Universitario, Tomo II, Edit. Heliasta, 1ra Ed, año 2000, pág. 468

20 GARCÍA TOMA, Víctor/GARCÍA YZAGUIRRE, José V. (2010). Diccionario de Derecho Constitucional. Edit. Gaceta Jurídica. 1ra Ed. Lima. Pág. 471

otra forma, el TC encuentra la motivación para la técnica del ECI en que es el ente encargado del control de la Constitución, con el agregado de que sus decisiones no solo afectarán la esfera subjetiva de las personas, sino que conllevarán a que las acciones de los órganos públicos (entes de gobierno de todo nivel) respeten, efectivicen y concreten los derechos fundamentales. El fundamento jurídico que utiliza el TC es el artículo 201 de la Constitución y el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en tanto que en Colombia, tienen el principio denominado colaboración armónica entre los poderes públicos, por mandato del artículo 13 de la Constitución de Colombia, este principio permite que la corte ordene las medidas que se han de tomar para superar la transgresión de normas superiores y la cesación del quebrantamiento constitucional.²¹ Por lo expuesto anteriormente, la base legal para la aplicación de la técnica del ECI en el Perú, no es clara, e incluso podríamos decir que es insuficiente por lo que se tiene que hacer una interpretación extensiva para justificar la aplicación de la técnica del ECI, lo cual ha llevado a que el TC aplique la técnica de una manera tan dócil e incipiente, consideramos que existe una gran diferencia al aplicar la técnica del ECI cuando existe una vulneración masiva y generalizada de derechos fundamentales, que aplicar la misma técnica a pedido de parte, en favor de una sola persona, ya sea esta natural o jurídica y con la posibilidad de que se extiendan los efectos de la sentencia.

c) El Reconocimiento de la dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales

Según Häberle los derechos fundamentales «representan el sistema de valores y principios concretos de una sociedad, y por tanto constituyen el componente necesario de la cultura del derecho de todo Estado que se denomine Constitucional». ²² Es por ello que a continuación hablaremos sobre la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales y la ampliación de la dimensión objetiva, pues ésta última permite la aplicación de la técnica del estado de cosas inconstitucional.

El TC haciendo referencia a la aplicación del ECI señala que «El fundamento de este tipo de decisiones hay que ubicarlo en la doble dimensión y efecto que despliegan los derechos fundamentales». ²³ Según Cesar Landa «los derechos fundamentales en general son derechos subjetivos, pero exigen un deber objetivo de protección tanto del Estado como de los particulares»; ²⁴ el ámbito subjetivo implica que se reconozca a la persona una esfera de pretensiones y satisfacción de necesidades legítimas jurídicamente reconocibles; en tanto que el ámbito objetivo puede entenderse como la obligación del Estado para brindar protección legal, judicial y administrativa. ²⁵ Para Robert Alexy ²⁶ la faceta objetiva «es el resultado de hacer una triple abstracción de la prerrogativa fundamental que elimine completamente su contenido jurídico-subjetivo. En otras palabras, se debe excluir: A (titular del Derecho), B (sujeto obligado

21 TOLÉ MARTINEZ, Julián. La Teoría de la Doble Dimensión de los Derechos Fundamentales en Colombia. Formato pdf, Cuestiones Constitucionales, N° 15, Julio-Diciembre 2006, Formato pdf, Disponible en Internet: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1510.pdf>. Consultado el 23/01/2012.

22 Citado por Citado por TOLÉ MARTINEZ, Julián. La Teoría de la Doble Dimensión de los Derechos Fundamentales en Colombia. Cuestiones Constitucionales, N° 15, Julio-Diciembre 2006, Formato pdf, Disponible en Internet: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1510.pdf>. Consultado el 23/01/2012.

23 STC 05561-2007-AA, Fundamento 35.

24 LANDA ARROYO, CÉSAR, Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Edit. Palestra, 1ra Ed. Pág. 11.

25 Ibídem.

26 Citado por TOLÉ MARTINEZ, Julián. La Teoría de la Doble Dimensión de los Derechos Fundamentales en Colombia. Cuestiones Constitucionales, N° 15, Julio-Diciembre 2006, Formato pdf, Disponible en Internet: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1510.pdf>. Consultado el 23/01/2012, pág. 256.

Estado –particular) y C (la acción, situación o posición jurídica fundamental); del resultado de esta resta se obtiene el contenido objetivo iusfundamental». En esa línea, Böckenforde²⁷ señala, que la dimensión objetiva los derechos fundamentales constituyen mandatos de acción y deberes de protección en cabeza del Estado, de suerte tal que aquéllos, en tanto que decisiones axiológicas jurídico-objetivas, suministran una pauta de orientación y unos fines y objetivos a alcanzar mediante el ejercicio de las labores legislativa, ejecutiva y judicial. El TC en la Sentencia N° 3330-2004-AA entiende que «en su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son los elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional». ²⁸ Entonces, es incuestionable que hoy en día no existe ningún Estado que se jacte de ser social, democrático, constitucional, sin derechos fundamentales, pues, estos se convierten en la razón de ser del Estado, cuya función básica es la protección y la efectiva realización de los derechos fundamentales; esto nos lleva a poder afirmar que los derechos fundamentales en sus dos ámbitos, se complementan y nos permiten desarrollar herramientas, mecanismos, que busquen hacer efectivos, concretos, los derechos fundamentales, por ello queda justificado el desa-

rrollo de la técnica del estado de cosas inconstitucional, en la doctrina jurisprudencial del TC.

3. ¿QUÉ CARACTERÍSTICAS O EFECTOS TIENE LA DECLARACIÓN DE LA TÉCNICA DEL ECI?

a) Extender los efectos de la sentencia

El Tribunal Constitucional afirma que «la característica esencial de la declaración de una determinada situación como un estado de cosas inconstitucional consiste en extender los efectos de una decisión a personas que no fueron demandantes ni participaron en el proceso que dio origen a la declaratoria respectiva, pero que se encuentran en la misma situación que fue identificada como inconstitucional». ²⁹

El énfasis de la técnica del ECI, desarrollado por el TC peruano, es que se puede extender los efectos de la sentencia a personas que nunca fueron parte del proceso, lo cual, a nuestro parecer es un error, pues la justificación y por ende lo más importante, es defender los derechos fundamentales de las personas, «evitando que otros ciudadanos afectados por los mismos comportamientos violatorios tengan que interponer sucesivas demandas con el fin de lograr lo mismo». ³⁰

Entonces no es lo más importante extender los efectos, sino que, a través de la técnica del ECI se pueden solucionar problemas generales que afectan o amenazan los derechos fundamentales de un sector de la población. Por ello consideramos que es inevitable –pero no lo principal- extender los alcances de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión del que hubiese derivado una violación de uno o más derechos fundamentales.

27 Citado por VARGAS HERNANDEZ, Inés. La Garantía de la labor Objetiva de los derechos Fundamentales y Labor del Juez Constitucional Colombiano. Formato pdf, Disponible en Internet: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82010111>. Consultado el 23/01/2012.

28 Sentencia del TC N° 3330-2004-AA, Fundamento 9, Citado por LANDA ARROYO, CÉSAR, Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Edit. Palestra, I ra Ed. Pág. 32.

29 STC 04878-2008-AA Resolución, Fundamento 15, y también en la STC 05287-2008-AA, Fundamento 12.

30 STC 03149-2004-AC, Fundamento 12.

b) Efectuar un requerimiento específico o genérico a uno o a varios organismos públicos

El TC intenta ser un organismo, que no solo interpreta la constitución, sino que además procura la interrelación de diferentes órganos gubernamentales a fin de garantizar el cumplimiento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, por ello, expone que ante la declaración del ECI, se deberá «Efectuar un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración».³¹ Si existe un estado de cosas inconstitucional, ¿cómo va a cambiar tal situación el Tribunal? Dando las directivas, ordenando aquellas acciones que se han de realizar o dejar de realizar para la observancia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

c) El derecho fundamental queda expedido para ser reclamado por vía de la «represión de actos lesivos homogéneos»

En palabras del profesor Roberto Alfaro Pinillos, «la represión de actos lesivos, es un útil mecanismo procesal para la defensa de los derechos constitucionales»,³² en relación a ello, el TC a dispuesto que «en el supuesto que la declaratoria del estado de cosas inconstitucional implique que las autoridades no lleven a cabo determinadas acciones, por considerarse contrarias a los derechos fundamentales, si han dejado de realizarse (en cumplimiento de la sentencia) pero luego se vuelven a reiterar respecto a personas que no participaron en el proceso que dio lugar a la declaratoria del estado de cosas, éstas se encuentran habilitadas para acudir a la represión de actos lesivos

homogéneos»³³ El TC expresa que «al no ser necesario el desarrollo de nuevos procesos constitucionales también se evita la existencia de decisiones contradictorias entre los órganos jurisdiccionales respecto a hechos que son homogéneos».³⁴ La intención para aplicar la técnica del estado de cosas inconstitucional, en buena cuenta es para que la justicia constitucional no se vea sobrecargada o por lo menos descienda su carga procesal, entonces, al estar declarado un ECI, ya no se tendrá que iniciar un proceso constitucional de la libertad (Habeas Corpus, Habeas Data, Amparo, Acción de Cumplimiento), sino que simplemente se tendrá que recurrir al Tribunal vía denuncia de actos lesivos homogéneos.

Entonces, es posible que un tercero ajeno al proceso, que se encuentra en el estado de cosas declarado inconstitucional, puede recurrir al órgano jurisdiccional competente, no iniciando un nuevo proceso –acción de amparo, habeas corpus, habeas data- sino simplemente, a través de una denuncia por represión de actos lesivos homogéneos, mediante la cual se tendría que solicitar la ejecución de lo resuelto en la sentencia donde se declaró la técnica del estado de cosas inconstitucional.

CONCLUSIONES

PRIMERA : La técnica del estado de cosas inconstitucional es una forma de respuesta judicial ante la necesidad de reducir la escisión entre los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución y la realidad, ante tal situación, el Tribunal Constitucional no puede permanecer inerte, por ello, aplica la técnica del ECI para garantizar, proteger, y sobre todo concretizar la dimensión objetiva de los derechos fundamentales de un grupo, colectividad, o sector de la población, frente a la vulneración sistemática, de éstos

31 STC 02579-2003-HD, Fundamento 19.

32 ALFARO PINILLOS, Roberto, Guía Exegética y Práctica del Código Procesal Constitucional. Edit. Grijley, I ra Ed. Pág. 478.

33 STC 05287-2008-AA, Fundamento 12.

34 Ibídem, Fundamento 6.

por parte del gobierno o entes del gobierno.

SEGUNDA : La técnica del estado de cosas inconstitucional, contribuye al fortalecimiento de un Estado Constitucional de Derecho, pero es necesario que el Tribunal Constitucional delimite el ámbito de aplicación de la técnica, para que no resulte desventajosa en nuestro sistema jurídico. Nuestro Estado Social y Constitucional de Derecho fundado en la dignidad del ser humano, atributo base de todos los derechos que nuestra Constitución consagra, permite que el Tribunal Constitucional, como protector, guardián e intérprete supremo de la Constitución, procure no solamente la protección de los derechos fundamentales sino la eficacia de los mismos; sin embargo, esto se puede desnaturalizar, si el Tribunal no determina por ejemplo quién puede y quién no puede declarar el ECI, por consiguiente, no consideramos que dicha técnica pueda ser utilizada por cualquier juez constitucional, sino solamente por el TC; pues, puede resultar que con el afán de tutelar derechos fundamentales, vulnere algunos derechos de terceros, claro está, que el ECI es un arma de doble filo, puede servir para la defensa de la Constitución, como también para el beneficio indebido de privados.

TERCERA : Consideramos que El Tribunal Constitucional está permitiendo erróneamente, que la técnica del estado de cosas sea aplicada ante «presunciones de vulneración generalizada de derechos», es decir, en ocasiones no se identifica la vulneración masiva de derechos fundamentales, sino que se «deduce», «que tal o cual acción u omisión de algún organismo público» «podría» afectar a un grupo personas, e incluso teóricamente permite la aplicación de dicha técnica ante la «amenaza» de vulneración de un derecho ; esto ha generado que la técnica del estado de cosas inconstitucional en el Perú no tenga la trascendencia que ha tenido en otros países (caso Colombia), e incluso, podría significar que estamos copiando una nueva técnica por puro «modismo jurídico», sin pensar, que lo esencial no es que se pueda extender los efectos de la sentencia, sino que es un mecanismo útil para la

defensa y realización de los derechos fundamentales, a través del correcto ejercicio de políticas públicas, las mismas que son propuestas u ordenadas por el propio Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO PINILLOS, Roberto. Guía Exegética y Práctica del Código Procesal Constitucional. Editorial Grijley, 1ra Ed. 2008
- BUSTAMANTE PEÑA, GABRIEL (2011), Estado de Cosas Inconstitucional y Políticas Públicas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Maestría en Estudios Políticos, Bogotá D.C. disponible en: <http://repository.javeriana.edu.co/bitstream/10554/1617/1/>
- CAVALIÉ CABRERA, Paúl (2010). El estado de cosas Inconstitucional y la Protección de derechos Prestacionales. En Gaceta Constitucional Tomo 29. Gaceta Jurídica. 1ra Ed. Mayo 2010. Lima.
- GARCÍA TOMA, Víctor/GARCÍA YZAGUIRRE, José V. (2010). Diccionario de Derecho Constitucional. Edit. Gaceta Jurídica. 1ra Ed. Lima.
- GUASTINI RICCARDO, Estudios de Derecho Constitucional, Doctrina Jurídica Contemporánea, 1ra Ed. México
- LANDA ARROYO, CÉSAR (2010), Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Edit. Palestra, 1ra Ed.
- SAR, Omar A. Constitución Política del Perú comentada con jurisprudencia. Edit. Nomos y Thesis. 1era Ed. 2006
- TOLÉ MARTINEZ, Julián. La Teoría de la Doble Dimensión de los Derechos Fundamentales en Colombia. Formato pdf, Disponible en Internet: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1510.pdf>.
- VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés (2003), La Garantía de la Dimensión Objetiva de los Derechos Fundamentales y la Labor del Juez Constitucional Colombiano en Sede de Acción de Tutela: El Llamado «Estado de Cosas Inconstitucional». En Estudios constitucionales (Universidad de Talca). Santiago de Chile, año 1, número 1, 2003

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Fernando Tesillo Poma *

«La Constitución del Estado Constitucional ya no es un mero trozo de papel o un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino que esta se refuerza por el hecho de estar colocada en un escalón superior a la ley ordinaria en la jerarquía de fuentes del Derecho, y es portadora de un conjunto de valores sobre los cuales se funda no solamente un sistema jurídico, sino toda una sociedad.»

*Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Política de la UPT.

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

«El positivismo jurídico cae dentro del campo lógico de las posibles respuestas a la pregunta «qué es el Derecho», y nunca nadie podrá dar una respuesta bien fundada sin refutar esa posición o su contraria. Por eso, cabe hablar de un significado eterno del positivismo jurídico para la filosofía del Derecho».

Robert Alexy (Teoría de la Argumentación Jurídica, 2007)

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN II. ESTADO DE DERECHO Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO III. NEOCONSTITUCIONALISMO IV. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO V. CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE DERECHO VI. CONCLUSIONES VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

Luego de los horrores que se produjeron en la segunda guerra mundial, se manifestó en la doctrina una profunda crítica al Estado de Derecho (Estado legal de Derecho) el cual a pesar de haber contado con textos constitucionales provistos de catálogos de derechos fundamentales estos no pasaban de ser simples documentos políticos. Asimismo después de la positivización de los derechos humanos mediante la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), fueron numerosas las constituciones aprobadas por los distintos estados, las que se plegaron a la tendencia mayoritaria de reconocerlos constitucionalmente dentro de su derecho interno. Establecieron además los mecanismos necesarios para asegurar la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos de las personas. Todo esto produjo un cambio de visión dentro de la cultura jurídica contemporánea.

II. ESTADO DE DERECHO Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

Estas dos denominaciones de Estado provienen de la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales y cortes constitucionales que los recogen, y que aplican las constituciones del constitucionalismo contemporáneo, siendo estas denominaciones aceptadas dentro de la cultura jurídica.

El profesor Josep Aguiló Regla expresa: *«No supone ninguna novedad afirmar que el constitucionalismo que se ha desarrollado a partir de la segunda guerra mundial ha supuesto (y está suponiendo) un cambio de paradigma dentro de la cultura jurídica. Este cambio de paradigma se ha ido afirmando más o menos lentamente, pero en los últimos años ciertamente se ha demostrado de manera manifiesta. En estos momentos es común hablar de Estado Constitucional como algo diferente al Estado de Derecho».*¹ El Derecho de los actuales sistemas jurídicos presenta características diferentes a como se concebía antes. Si el modelo de Estado de Derecho se desenvolvía en torno al imperio de la ley, el Estado Constitucional se desenvuelve en torno al carácter normativo y regulativo de la Constitución.

Las nociones básicas del Derecho como orden jurídico, fuentes del Derecho, método jurídico, interpretación jurídica, etcétera; vienen siendo revisadas a la luz del cambio de paradigma que se está produciendo dentro de la cultura jurídica, el cual se ha ido afirmando progresivamente como consecuencia del constitucionalismo contemporáneo. El elemento central en torno al cual hoy se estructura este nuevo Derecho está moldeado por el rol que juega la Constitución y la forma como hoy la concebimos.

Marina Gascón y Alfonso García afirman lo siguiente: *«El Estado de derecho se configura como Estado legislativo, más que de principio de legalidad en sentido amplio, cabe hablar del imperio de la ley en sentido estricto: de un lado, las Constituciones terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales solo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los recono-*

¹ AGUILÓ REGLA, Josep. (2004) La Constitución del Estado Constitucional. Palestra Editores. Primera Edición. Lima Perú. Pág. 9

ciera y con el alcance que la ley les diera, de manera que no constituían un límite a la legislación».² La Constitución en el Estado de Derecho (o Estado Legislativo de Derecho) fue considerada como un documento político dotado de gran autoridad, pero susceptible de ser colocado fácilmente en discusión. En el Estado de Derecho la Constitución venía a ser un documento político, programático o propagandístico, sin ningún alcance jurídico más que el que pudiera darle la ley, esto es, la subordinación de la Constitución ante la imperio de la ley.

La Constitución del Estado Constitucional ya no es un mero trozo de papel o un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino que esta se refuerza por el hecho de estar colocada en un escalón superior a la ley ordinaria en la jerarquía de fuentes del Derecho, y es portadora de un conjunto de valores sobre los cuales se funda no solamente un sistema jurídico, sino toda una sociedad.

Según Josep Aguiló³ hablamos de Estados Constitucionales cuando aludimos a sistemas jurídicos que reúnen las siguientes características:

1. Son sistemas que cuentan con una Constitución rígida o formal.

Ello supone necesariamente que el régimen jurídico de las disposiciones constitucionales es diferente de las disposiciones legales y superior a ellas, esto es, un procedimiento especial y distinto a la modificación de las leyes ordinarias, para la modificación de sus normas.

2. Dicha Constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político.

No se limita a hacer posible el ejercicio institucionalizado del poder político y garantizar los derechos constitucionales, sino de ha-

cer posible un poder político institucionalizado desde ciertos valores y fines asumidos, es decir, asume los valores y fines del constitucionalismo como ideología.

3. La Constitución formal que responde a los lineamientos normativos del constitucionalismo además tiene que ser practicada.

Para hablar de Estado Constitucional tiene que haberse consolidado en la práctica jurídica y política para que se pueda afirmar que de hecho se ha producido la estabilización de las prácticas jurídicas y políticas de una comunidad, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental.

Estas tres características nos permiten distinguir entre sistemas jurídicos que pueden ser considerados Estados Constitucionales y los que no lo son.

III. NEOCONSTITUCIONALISMO.

Es frecuente en la actualidad oír hablar de neoconstitucionalismo sin saber con precisión a que realidad alude este concepto, el cual es relativamente reciente en el Estado Constitucional contemporáneo, el mismo que parece contar cada día con más seguidores en el ámbito de la cultura jurídica europea, y en América latina, particularmente en Brasil, Colombia y México.

El profesor Luis Prieto Sanchís afirma: «Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rubricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una, presuntamente, nueva cultura jurídica».⁴ El neoconstitucionalismo es un concepto que ha ido haciendo fortuna en años recientes, pero del que aun hace falta mucho por reflexionar, ya que es una

2 GASCÓN, Marina y GARCÍA, Alfonso. (2005) La Argumentación en el Derecho. Palestra Editores. Segunda Edición. Lima Perú. Pág. 20-21

3 AGUILÓ REGLA, Josep. (2004) La Constitución del Estado Constitucional. Palestra Editores. Primera Edición. Lima Perú. Pág. 9

4 PRIETO SANCHÍS, Luis. (2002) Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación judicial. Palestra Editores. Primera Edición. Lima Perú. Pág. 109

corriente muy contenciosa donde hay tendencias o vertientes que en algunos sentidos pueden ser contradictorias.

Muchos se preguntan en la doctrina si hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta o rótulo vistoso, para presentar algo que ya existía hace mucho tiempo. Y es que el neoconstitucionalismo constituye una serie compleja de fenómenos, que al momento de ensayar una explicación deben ser entendidos en su conjunto.

Pueden ensayarse tres niveles de análisis para comprender al neoconstitucionalismo:

1. Hablamos de neoconstitucionalismo para hacer referencia a textos constitucionales que surgen a partir de la segunda guerra mundial, estos son textos constitucionales diferentes al modelo con el cual se inicia el Estado Constitucional a finales del siglo XVIII. Las primeras constituciones modernas establecieron los límites al poder político y protección de los derechos y libertades fundamentales. Estos textos son diferentes por dos razones:

- Son constituciones que contienen amplios catálogos (como no se había visto antes) de derechos fundamentales con la idea de que la legitimidad del Estado Constitucional depende de la posibilidad de satisfacer estos derechos.
- Son constituciones fuertemente materializadas que no se limitan a establecer la división de poderes y la distribución de competencias entre órganos del Estado sino que inciden decisivamente en el diseño de las sociedades a las que pretende aplicar.

Las constituciones de aquella primera oleada del Constitucionalismo contemporáneo son de Europa: Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976), España (1978) y las constituciones de América Latina, con dos grandes referentes como Brasil (1988) y Colombia (1991)

2. Hablamos de neoconstitucionalismo para tratar de explicar una práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales que han

venido trabajando de manera diferente a como se ha trabajado en el modelo del constitucionalismo clásico. Ya que los tribunales o cortes constitucionales que tienen que aplicar estas nuevas constituciones, deben hacer uso de técnicas interpretativas propias de los principios y valores constitucionales, test de proporcionalidad, la proyección horizontal de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, etcétera.

3. El neoconstitucionalismo pretende explicar una serie de desarrollos teóricos, es decir, tenemos nuevas constituciones, tenemos nuevas prácticas judiciales, pero también hay una nueva explicación del Estado Constitucional, una explicación que no solamente describe lo que es el Derecho sino que contribuye a su formación.

Tenemos importantes aportaciones académicos (como no había existido antes) en distintos ámbitos. Aportes como los de Ronald Dworkin (EE.UU), Robert Alexy (Alemania), Gustavo Zagrebelsky (Italia), Carlos Santiago Nino (Argentina), Luis Barroso (Brasil), Luis Prieto Sanchís (España) y Luigi Ferrajoli (Italia).

Parte de la doctrina afirma que no hacía falta inventar esta etiqueta o rótulo vistoso, porque todo esto ya existía en las coordenadas tradicionales de la primera mitad del siglo XX, y quizás quienes hacen esas críticas tienen en parte razón, porque desde luego, es obvio que ya existían antes de la segunda guerra mundial textos constitucionales con fuertes mandatos materiales, que ordenaban a hacer muchas cosas al Estado.

Por ejemplo la Constitución de México de 1917 o la Constitución de Alemania de 1919, también es cierto que ya existían prácticas jurisprudenciales que habían desplegado aportes importantes de activismo judicial y había importantes desarrollos teóricos, como el caso *Marbury vs Madison* donde el Juez Marshall, crea el control de constitucionalidad de las leyes (control difuso), el cual no existía en el texto constitucional de la Constitución norteamericana.

Por lo tanto hoy en día hablamos de neoconstitucionalismo para hacer referencia a esta serie de complejos fenómenos que si bien ya exis-

tían con anterioridad, la novedad está en que estos funcionan al mismo tiempo como no se había producido antes. Ya que nunca antes en un Estado Constitucional habíamos tenido este cuadro enorme de complejidad, con enormes virtudes y aportaciones.

IV. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Esta expresión es de uso reciente en la terminología jurídica y podrá comportar múltiples sentidos ya que no es de uso común en el lenguaje de los juristas y no puede afirmarse que tenga un significado unívoco y permanente.

En opinión de Riccardo Guastini: «Se habla hoy en día de constitucionalización para entender un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado de las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado está caracterizado por una Constitución extremadamente invasiva y desbordante».⁵ Los ordenamiento jurídicos se han ido constitucionalizando, esto significa que el ordenamiento jurídico se ha ido impregnando de principios y valores fundamentales, capaces de condicionar a la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos, y las relaciones sociales.

Para el profesor Alessandro Pizzorusso: «Los principios de la Constitución penetran en los procesos civiles, penales y administrativos, e indirectamente, en la vida cotidiana de los ciudadanos».⁶ De tal manera que hoy todo el Derecho debe ser leído a la luz de la Constitución, esto quiere decir que ya no existe separación entre el Derecho público y Derecho privado como fue desarrollado en la teoría tradicional; el Derecho civil debe ser leído a la luz de la Constitución, así también el Derecho procesal, el Derecho laboral, etcétera.

El proceso de constitucionalización es un proceso gradual, ya que puede haber ordenamientos jurídicos que hayan dado ciertos pasos a la constitucionalización. Existen ordenamientos que tienen mayor grado de constitucionalización que otros, es decir, que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado y esto depende de cuantas y cuales condiciones de constitucionalización estén satisfechas en el seno de aquel ordenamiento jurídico.

El jurista italiano Riccardo Guastini⁷ desarrolla siete condiciones que permiten hablar de la constitucionalización de un determinado ordenamiento jurídico:

1. Una Constitución rígida.

Una constitución es rígida si es escrita y está protegida (o garantizada) contra la legislación ordinaria, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de las leyes).

2. La garantía jurisdiccional de la Constitución.

Es una garantía que permite que la rigidez sea algo más que un postulado de buenas intenciones, la rigidez para ser tal debe poder imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. Los modelos para ejercer o llevar a cabo esta garantía constitucional son el modelo americano (control difuso) de control de constitucionalidad donde cada juez puede inaplicar una norma legislativa si considera que contraviene la Constitución y el modelo europeo (control concentrado) donde la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas legislativas está reservada a un solo órgano dentro del Estado llamado Tribunal o Corte

5 GUASTINI, Riccardo. (2010) Interpretación, Estado y Constitución. ARA Editores. Primera Edición. Lima Perú. Pág. 155.

6 PIZZORUSSO, Alessandro. (2005) Justicia, Constitución y Pluralismo. Palestra Editores. Primera Edición. Lima Perú. Pág. 45.

7 GUASTINI, Riccardo. (2001) Estudios de Teoría Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Primera Edición. Colonia del Carmen México. Pág. 155-163.

Constitucional que además está separado orgánicamente del poder judicial.

3. La fuerza vinculante de la Constitución

Las normas constitucionales son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. En el constitucionalismo clásico no se consideraban como vinculantes a las normas así llamadas programáticas, entre ellas las relativas a los derechos sociales se consideraban como recomendaciones al legislador. En la óptica del neoconstitucionalista de estas normas derivan obligaciones concretas, obligaciones de acción y obligaciones de omisión las cuales son recurribles ante los tribunales y son exigibles.

4. La sobre interpretación de la Constitución

Se produce cuando los intérpretes constitucionales no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución sino que adoptan una interpretación extensiva utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*, a través de este tipo de interpretación pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política.

5. Aplicación directa de las normas constitucionales.

La Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no solo entre particulares y autoridades y entre autoridades. En el constitucionalismo clásico, se pensaba que la Constitución se dirigía a la regulación de los poderes públicos y que en el ámbito de los particulares regía el principio de la autonomía de la voluntad propio del Derecho civil, se pensaba que los particulares estaban librados a la autonomía de la voluntad y por lo tanto no vinculaban las normas constitucionales, esto se ha revelado falso y la corriente neoconstitucionalista ha afirmado que también los particulares están obligados a respetar la Constitución.

Todos los jueces independientemente del rango jerárquico que tengan o del tipo de jurisdicción que participen pueden y deben aplicar la Constitución incluso las normas constitucionales redactadas en forma de principios o las normas llamadas por la doctrina clásica como

programáticas.

6. La interpretación conforme de las leyes.

Se da cuando el juez tiene la posibilidad de aplicar a un caso concreto la interpretación «A» de una ley o la interpretación «B», este elige la más favorable para cumplir de mejor forma o de manera más completa con alguna norma constitucional.

Ante una interpretación de la ley que vulnera la Constitución u otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera el juez prefiere esta última, hace un acomodo del sentido hermenéutico de esta norma legal que no sea contrario al texto de la Constitución.

Los jueces ordinarios deben llevar a cabo un cierto activismo judicial, porque operan directamente con valores constitucionalizados y por tanto el dialogo entre legislador, jueces, teóricos y sociedad civil se intensifica desde la óptica neoconstitucionalista.

7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

La Constitución debe prever un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado que permitan que un órgano jurisdiccional resuelva estas diferencias aplicando normas constitucionales.

Los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional asumen actitudes de restricción a sus propias competencias en donde los tribunales no quieren intervenir en temas de naturaleza política, en la óptica neoconstitucionalista esto no puede darse porque las constituciones influyen directamente sobre las relaciones entre órganos políticos y en ese sentido el juez está llamado a resolver cuestiones de enorme incidencia política.

V. LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DE DERECHO.

La función que desempeña la Constitución de los Estados Constitucionales contemporáneos es la de principal fuente de Derecho. El profesor Alessandro Pizzorusso afirma: «Esta nueva perspectiva ha de-

terminado todo un nuevo curso de los estudios sobre la Constitución que, en el pasado, había sido considerada como un simple documento. A ésta, ahora, le viene necesariamente reconocido el valor de fuente de derecho, antes bien, de la principal fuente de Derecho. Mientras en los hechos precedentes, conforme con la tradición formada sobre la base del Code Napoléonico de 1804, la ley era considerada como la reguladora del sistema de fuentes, ahora esta función pasa a la Constitución». ⁸En la concepción tradicional de fuentes del Derecho la ley se constituye como la principal fuente de Derecho. En la nueva concepción de fuentes la Constitución como norma jurídica suprema supone no solo que se convierte en una autentica fuente de Derecho, sino también en la norma delimitadora del sistema de fuentes.

Enrique Álvarez Conde afirma: «Hoy día parece comúnmente pacífico que la regulación de las fuentes del derecho se sitúe en el campo de la teoría de la Constitución». ⁹La teoría del derecho está replanteando sus principales nociones para poder dar afrontar los desafíos que plantea el actual Estado Constitucional como consecuencia de la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Por lo tanto la teoría de las fuentes del derecho bien puede ser desarrollada en la teoría de la Constitución como parte de la consolidación de la Estado Constitucional de Derecho desde la óptica del neoconstitucionalismo.

Marco Monroy Cabra afirma lo siguiente: «El hecho que ya la ley no tiene supremacía sino que esta corresponde a la Constitución ha llevado a que esta se considere no solo como fuente de derecho sino delimita el sistema de fuentes». ¹⁰ La Constitución es fuente de fuentes del Derecho, ya que regula la producción normativa o disciplina los modos de producción de las fuentes, a partir de las cuales determinara la legitimidad del resto de normas que integran el sistema jurídico. La Constitución incide

en el sistema de fuentes atribuyendo poderes normativos a distintos sujetos y asignando un valor específico a las normas creadas por estos.

VI. CONCLUSIONES.

PRIMERA: El modelo de Estado de Derecho (Estado Legal de Derecho) cumplió su ciclo histórico para dar paso al modelo de Estado Constitucional de Derecho fruto del constitucionalismo contemporáneo el cual ha generado un cambio de paradigma que se ha desarrollado dentro de la cultura jurídica. Hoy la Constitución como norma suprema del Estado no se limita a regular los derechos fundamentales sino que pretende incidir decisivamente en la sociedad a la que se pretende aplicar influyendo en la política y vida cotidiana de sus ciudadanos.

SEGUNDA: Los principios y valores de la Constitución irradian su contenido a todo el ordenamiento jurídico constitucionalizándolo de tal manera que todo Derecho debe ser leído a la luz de la Constitución, ya sea el Derecho Civil, Derecho Procesal, Derecho Laboral, etcétera. En consecuencia las nociones básicas de la teoría tradicional se vienen revisando a la luz de este nuevo modelo, lo propio ocurre con la concepción del Derecho, fuentes del derecho, interpretación jurídica, etcétera.

TERCERA: Resulta trascendental para la consolidación de la Constitución como principal fuente de Derecho y como reguladora del sistema de fuentes, que la regulación de las fuentes del Derecho se sitúe en el campo de la teoría de la Constitución, ya que esta disciplina el proceso de producción normativa. Importante sería tener un amplio desarrollo teórico de las fuentes del Derecho en el actual modelo de Estado Constitucional para una total constitucionalización del ordenamiento jurídico.

8 PIZZORUSSO, Alessandro. (2005) Justicia, Constitución y Pluralismo. Palestra Editores. Primera Edición. Lima Perú. Pág. 16.

9 Citado por MONROY CABRA, Marco. (2010) Introducción al Derecho. Editorial Themis. Quinta Edición. Bogotá Colombia. Pág. 171.

10 MONROY CABRA, Marco. (2010) Introducción al Derecho. Editorial Themis. Quinta Edición. Bogotá Colombia. Pág. 171.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

- AGUILÓ REGLA, Josep. (2004) La Constitución del Estado Constitucional. Palestra Editores. Primera Edición.
- GASCÓN, Marina y GARCÍA, Alfonso. (2005) La Argumentación en el Derecho. Palestra Editores. Segunda Edición.
- GUASTINI, Riccardo. (2001) Estudios de Teoría Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Primera Edición.
- GUASTINI, Riccardo. (2010) Interpretación, Estado y Constitución. ARA Editores. Primera Edición.
- MONROY CABRA, Marco. (2010) Introducción al Derecho. Editorial Themis. Quinta Edición.
- PIZZORUSSO, Alessandro. (2005) Justicia, Constitución y Pluralismo. Palestra Editores. Primera Edición.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. (2002) Derechos Fundamentales, Neo constitucionalismo y Ponderación judicial. Palestra Editores. Primera Edición.

DERECHO A LA VERDAD ¿NECESARIO RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL?

Paola Alarcón Silva *

«...el Derecho a la Verdad, solo semánticamente hablando, (...) vendría a ser: «Facultad de hacer o exigir a la Ley o la autoridad en nuestro favor, que aquello dicho, propuesto, o resultado de juicio o sucedido, sea cierto y sin lugar a dudas...»

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Política de la UPT.

DERECHO A LA VERDAD ¿NECESARIO RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL?

«Una sociedad puede escoger el olvido y la impunidad, e incluso construir la democracia sobre dicha base, pero en algún momento la necesidad de justicia va a regresar»

(Félix Reátegui)*

Una de las diferencias entre Derechos Fundamentales y Derechos Humanos, es que los primeros se encuentran reconocidos expresamente por la Norma Suprema o también denominada: Texto Constitucional, Carta Magna, entre otras denominaciones; no obstante, no dejan de ser Derechos Humanos en sustancia, sólo que ostentan un reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico constitucional de un determinado Estado.

La importancia del reconocimiento de los derechos fundamentales por parte de los Estados, radica a su vez, en que en base a tal reconocimiento, se asientan normas para la protección y vigencia de esos derechos, protegiéndolos contra cualquier acción u omisión que pudiera lesionarlos de alguna forma.

Pues bien, todo resulta auténticamente sencillo al referirse a los derechos fundamentales «**expresamente reconocidos**» por una Constitución; sin embargo ¿Qué sucede con lo que escapa al término «**expreso**» en el texto constitucional?... ¿Sigue siendo derecho?, ¿La protección constitucional debe alcanzar a dicho derecho «no expreso»? ¿Los titulares de esos derechos, tienen la facultad de pedir tutela para los esos derechos «no reconocidos» expresamente por la Constitución?

Es la misma norma base del Estado la que nos proporciona la respuesta, en su artículo 3, cuando refiere que no existe una «*enumeración excluyente de derechos que la Constitución reconoce*»,¹ en otras palabras, el sistema que sigue nuestra Constitución es la del «*Numerus Apertus*», lo que se traduce en que la **dignidad humana**, concepto fundamental base de los derechos humanos en sí, es tan amplio, que a medida que el tiempo avanza y el hombre cambia, desarrolla nuevas necesidades; su dignidad reclama nuevas exigencias y reconocimiento de la sociedad para existir y mantenerse en los ordenamientos jurídicos, por tanto los sistemas no deben estar cerrados a la admisión y reconocimiento de los derechos humanos que surjan como producto de dicho proceso o cambio.

Por lo señalado, se nos presenta una gama de derechos, «Aún por descubrirse» o bien «Aún por adquirir una denominación» (en tanto sea el hombre quien los exija a la sociedad en la que convive, para la salvaguarda de su dignidad como ser humano), los cuales no poseen una denominación precisa y positiva dentro del texto constitucional, pero que por devenir de la dignidad humana, exige protección y tutela por parte del ordenamiento existente, no es una norma expresa, pero puede anexársele la misma calidad que se le

* REÁTEGUI Félix, «Judicialización de Violaciones de Derechos Humanos, Aportes Sustantivos y Procesales», «Verdad y Justicia»— Primera Parte: «Taller: Comisiones de la Verdad y Justicia Transicional», Coordinador Víctor Manuel Quinteros, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDHPUCP), Primera Edición, Marzo 2010 página 31.

¹ Artículo 3 ° de la Constitución Política del Perú.- Derechos Fundamentales. Numerus Apertus. «La enumeración de los derechos establecidos en este Capítulo no excluye a los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno» (negrita y subrayado nuestros).

ofrece a un «Principio emergente».²

Dentro de esa porción de derechos «Sin denominación expresa» en la Constitución Política del Perú, se encuentra: El Derecho a la Verdad, el que se tratará de desarrollar en el presente ensayo, refiriéndose también a si es importante el reconocimiento constitucional del mismo en el ordenamiento jurídico interno del país.

CAPÍTULO I. LA «VERDAD» Y SU IMPORTANCIA EN EL MUNDO ACTUAL COMO «DERECHO»

La Real Academia Española, define la «verdad», como la «Conformidad de las cosas con el concepto que de ellas se forma la mente», también como «Juicio o proposición que no se puede negar racionalmente» o «existencia real de algo»,³ por lo tanto de la lectura de los significados que dicha institución le otorga a la palabra «Verdad», podemos determinar, que vendría a ser: Un estado de las cosas: dichas, propuestas, resultado de juicio, que realmente existen y que no deja espacio a la duda sobre su certeza.

Ahora bien, entendido un «derecho» como: «Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor»,⁴ el Derecho a la Verdad, solo semánticamente hablando, y uniendo ambas definiciones, vendría a ser: «Facultad de hacer o exigir a la Ley o la autoridad en nuestro favor, que aquello dicho, propuesto, o resultado de juicio o sucedido, sea **cierto y sin lugar a dudas**» (Solo semánticamente).

No obstante, aplicado al contexto en el cual «El derecho a la verdad» aparece, cambia o «se am-

plía», la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo define como:

«El derecho que tiene toda persona y la sociedad a conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos, forma parte del derecho a reparación por violaciones de los derechos humanos, en modalidad de satisfacción y garantías de no repetición».⁵

Se está parcialmente de acuerdo con la definición ya mencionada, puesto que si bien determina los alcances del Derecho a la Verdad en cuanto a que, «LA VERDAD», debe ser conocida por el titular de manera íntegra; es decir, en su totalidad y no de manera parcial, más que al tratarse de un derecho tanto de interés individual como colectivo — en términos más amplios: «social» —. debe de ser de conocimiento público, alcanza esta definición también a los responsables o partícipes de las violaciones a los derechos humanos, **NO SE CONFLUYE** con la idea de que el Derecho a la Verdad «forme parte del derecho a reparación por violaciones de los derechos humanos, en modalidad de satisfacción y garantías de no repetición», sino que la reparación en modalidad de satisfacción y garantías de no repetición, vendría a ser, a nuestro juicio, aquello que tutela o garantiza.

Aunado a lo dicho en el párrafo anterior, en el presente trabajo, se considera que el Derecho a la Verdad vendría a ser un principio emergente— por cuanto aún no tiene reconocimiento expreso, y por el mismo fundamento mencionado por el argentino Juan E. Méndez en la Introducción del presente trabajo (Pie de página 3)—, por lo mismo, no debe ser considerado «parte de», sino debe

2 MÉNDEZ, Juan E. «Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos». En: La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires: 1997, página.526: « ... reconocemos que no se trata de una norma claramente descrita en un tratado internacional y cuya vigencia fuera, por ello, incuestionable (...) el hecho de que se trate de un principio emergente y no de normas convencionales claras no les resta eficacia como normas vinculantes...»GWDX X2sBTAR 9B] [Fecha último uso 23 noviembre 2012].

3 Real Academia Española (Cursiva nuestra), disponible en [http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=JHFY25w]

4 Idem. Disponible en [http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=hhkugbqQk2x5z1rldLO] [Fecha último uso 23 noviembre 2012]

5 Informe Nro. 37/00 de fecha 13 de abril de 2000. Caso 11.481. Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galíndez – El Salvador, párr. 148.

invertirse el orden, siendo primigenio el derecho a la Verdad y fruto la finalidad descrita.

I. Mundo Actual y el Derecho a la verdad

Según el autor griego, Costas Douzinas, «*La victoria de los derechos humanos no es otra cosa que el cumplimiento de la promesa ilustrada de emancipación a través de la razón. Los derechos humanos son la ideología después del final, la derrota de las ideologías, o para adoptar un término en boga, la ideología al «final de la historia»*»,⁶ compartimos lo dicho por el mencionado autor, sumando a ello el hecho que, podemos observar que en la historia de los derechos humanos, desde que se optó por la práctica de su reconocimiento en diversos cuerpos legales, (declaraciones, pactos, etc), éstos han sido reconocidos en dichas normas en diferentes tiempos, como respuesta a las exigencias de la sociedad que iba evolucionando; como menciona el autor, resultan: ideologías al final de la historia.

Las violaciones a los derechos humanos, han existido incluso desde el primer conflicto en la historia; sin embargo es a partir del reconocimiento de los «*Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*»,⁷ y posteriormente la «*Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948*»,⁸ que comienzan a ser expresamente reconocidos y provistos de amplias protecciones contra cualquier acto u omisión lesivos, intensificándose luego de las dos guerras mundiales.

No obstante, pese a que a lo largo del tiempo transcurrido, si bien se nota un cambio en los Estados sobre el tratamiento brindado hacia los Derechos Humanos, en sus respectivos territorios soberanos, y teniendo en cuenta que incluso el Derecho Internacional impone a los estados el «deber de abstención» hacia la vulneración de los derechos humanos, las violaciones a éstos no se han logrado erradicar del día a día en la existencia de dichos estados.

Cabe acotar sobre el «Deber de Abstención» de los Estados, sus alcances, es decir que el Estado **no tiene permitido ser ejecutor de lesiones a los derechos humanos, ni tampoco adoptar un papel pasivo frente a la vulneración de los mismos**, Así también lo ha establecido la CADH (Convención Americana de los Derechos Humanos),^{9,10} por lo que, los estados tienen la obligación tanto de prevenir que se cometan violaciones a los derechos humanos, así como la obligación de reparar adecuadamente a la víctima en caso de que suceda la lesión de su derecho, lo que, relacionado a lo mencionado supra, en muchas ocasiones no se cumple.

Bien afirma el citado autor Douzinas, «*Si el siglo XX es la época de los derechos humanos, su triunfo que es, por decir lo menos, una paradoja. Nuestra época ha presenciado más violaciones a esos principios que cualquiera otra época «menos iluminada». El siglo XX es el siglo de la masacre, el genocidio, la limpieza étnica, la edad del Holocausto*

6 DOUZINAS, Costas, «El fin de los derechos humanos», Legis Editores SA, 2008, página 2

7 **Declaración** de los Derechos del Hombre y del Ciudadano [Adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789, aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de 1789.] Disponible en [http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm] [Fecha último uso 23 noviembre 2012]

8 Declaración Universal de Derechos Humanos, [Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948] Disponible en: [<http://www.onu.org.pe/ddhh-lenguasperu/espanol.html>], [Fecha último uso 23 noviembre 2012]

9 Artículo 1.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Mediante el Decreto Ley N° 22231, de fecha 11 de julio de 1978, ratificada por el Perú en 28 julio 1978 y vigente desde la misma fecha.

10 Determinación sobre el acápite supra, realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que refiere en la sentencia de fondo del 29 de julio de 1988. Serie C. N° 4, párr. 164:» todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf], página 34.

to». ¹¹ Comentando esto último, el autor se refirió al siglo XX, y es de determinarse que las figuras lesivas a derechos humanos que menciona, tuvieron lugar en las dos guerras mundiales primordialmente; lo que nos lleva a preguntar: ¿Qué ocurre con el siglo XXI?

Técnicamente, el ser humano debería estar completamente ajeno o bien ya a la mitad del camino de superación de esas «lesiones a los derechos humanos»; no obstante, si bien en nuestro siglo no se dan propiamente los denominados: «Campos de concentración», no estamos ajenos a desapariciones forzadas en los regímenes dictatoriales y autoritarios, entre otras lesiones a los derechos humanos, bien cometidos por particulares como cometidos por los propios Estados, principalmente en situaciones de enfrentamientos bélicos; Claro ejemplo, se tiene lo acontecido en Afganistán, en Siria, en Egipto, en África, etc. Habría que preguntarse, y a manera de apertura a la opinión, ¿Cuál es el real estado de los derechos humanos en general en la época que transitamos? y cuando pasen los conflictos y se intente recobrar la armonía, ¿Qué papel tendrá el Derecho a la Verdad para la reconstrucción estatal de los países que hoy se encuentran en conflicto?

Por tanto, las violaciones a los derechos humanos en los estados, no son una novedad, incluso hemos mencionado que muchas de las violaciones masivas más terribles a los derechos humanos, han tenido como ejecutor al propio Estado, principal ente llamado a la protección y tutela de los mismos— especialmente durante gobiernos dictatoriales o autoritarios—, estados que muchas veces tienden a justificar la lesión de derechos fundamentales en base a proteger, como afirma Carlos Reaño Balarezo, la «Seguridad Nacional», ¹² cometiendo — con tal argumento— violaciones contra los derechos de las personas, traducidos en los regímenes más estrictos en: Ma-

tanzas, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, restricciones de la libertad, privación de la libertad, detenciones arbitrarias, etc.

2. Surgimiento, Contenido e importancia del Derecho a la Verdad

El derecho a la verdad, puede decirse, que surge a raíz de la comisión de actos u omisiones lesivos a los derechos humanos. ¿De qué forma?, pues bien, dentro de los panoramas vividos de desapariciones forzadas, matanzas, o ejecuciones extrajudiciales, cuando dichos actos fueron denunciados ante las cortes internacionales correspondientes como «Delitos de lesa humanidad» cometidos por los Estados.

Sin embargo, aunque dichos actos SON SANCIONADOS, existe cierto grado de «**impunidad**» respecto de las víctimas (entendiéndose «**víctimas**», no sólo a la persona sujeto del acto u omisión que lesionó su derecho, sino también la de sus deudos y familiares), puesto que resulta manifiestamente **insuficiente** el sólo saber que el acto lesivo ha sido sancionado, las «víctimas», precisan que el Estado que lesionó la dignidad humana colectiva, la restituya, y no halla mejor vía, ni más genuina, que **la verdad** para sentirse resarcidos y brindar nuevamente su confianza al Estado como principal protector de sus derechos.

Entonces, la **exigencia social** de «VERDAD» por parte de los afectados dirigida al Estado, determinó el «descubrimiento»— *por llamarlo así*—, de un derecho fundamentado en la dignidad humana, es más, podría decirse— *y a manera de propuesta*—, que el derecho a la verdad, teniendo como base la dignidad del hombre, no viene a ser un derecho humano más o un derecho humano común, sino que tiene además la cualidad de garantizar que la dignidad humana va a ser «resarcida», cuando ocurran situaciones de lesiones

¹¹ DOUZINAS, Costas, Ob.Cit. página 3.

¹² REAÑO BALAREZO, Carlos Miguel, «El Derecho a la Verdad», Disponible en: [http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.justiciaviva.org.pe%2Finformes%2Fool_derechoalaverdad.doc&ei=1vyyUNmgEla09gSA44GYBg&usq=AFQjCNHESPZvdTq33LS0mjaG9DPPq-tlKHQ&sig2=A9vsfHkx2dvPULofoEy0rA], página 1, [Fecha último Uso 23 noviembre 2012].

masivas a los derechos humanos, cometidas por parte de los estados.

Pero, ¿Qué implica el Derecho a la verdad?, Como se dijo, la sola sanción de los actos u omisiones lesivos a los derechos humanos, resultaba insuficiente frente a ese grado de «impunidad» existente en los afectados y sus allegados y la *sociedad* misma^{13 14}, su derecho a la verdad, implicaba que ellos, «Tenían el derecho de **SABER**», lo que implicaba: Saber las causas, los motivos, las circunstancias **reales**, de cómo acontecieron los hechos que desembocaron en las violaciones a los derechos humanos; por tanto resultaba inevitable y totalmente exigible en todos sus extremos. Atendiendo a lo ya mencionado, el Derecho a la Verdad, como refiere Carlos Chipoco, constituye «un **deber moral** hacia las víctimas, los familiares y los deudos»,¹⁵ dado que no puede permitirse el menor atisbo de impunidad cuando de Derechos Humanos se trata, mucho más si los casos en cuestión nunca eran sancionados, puesto que en tal circunstancia: la impunidad, solo se magnifica y medra continuamente la dignidad del grupo humano afectado.

No obstante, el Derecho en estudio, cobra mayor intensidad en el último de los cuadros tratados en el párrafo anterior, «La total impunidad», en este tipo de casos **no hay denuncia** ante los tribunales internacionales, no hay sanción ni designación de los responsables por los actos vejatorios a los derechos humanos; en ese caso, el Derecho a la Verdad de los familiares, de las víctimas mismas (si permanecían con

vida) se constituye entonces en la única vía existente para que la dignidad humana medrada, pueda ser resarcida, se puedan determinar a los responsables, autores o encubridores, los mismos reciban una sanción y se puedan programar políticas de reparaciones a las víctimas y así, ni ellas ni los demás afectados queden olvidados por el Estado, por su gente y por la historia, sino que por el contrario, se aperture la «*posibilidad del perdón y la reconciliación*,»¹⁶ dado que si dicho quiebre resulta insuperable, se provee al Estado una población mermada incapaz de cohesionarse en el futuro, propiciando un ambiente dentro de su territorio tan susceptible y frágil, que resulta tremendamente fácil que hechos similares se repitan una y otra vez, acabando por derrumbar las bases del mismo Estado.

Es por ello que la doctrina internacional y la jurisprudencia internacional han determinado que el Derecho a la verdad, es inalienable, y además imprescriptible, en términos coloquiales: «**dura, lo que dura el agravio**», en el caso de Desaparición Forzada por ejemplo; en la doctrina y jurisprudencia internacional **es un delito continuo**, y por tanto el derecho a la verdad en ese caso, estará vigente y será exigible, mientras las consecuencias del delito repercutan.¹⁷

CAPÍTULO II. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL

El Derecho a la verdad, como ya se dijo anteriormente, forma parte de aquellos derechos no

13 Informe Nro. 136/99. Op.cit., párr. 224.-«el derecho a la verdad es un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a la información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y a la vez un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación» (negrita, subrayado y cursiva nuestras). Disponible en : [www.cidh.org/annualrep/99span/.../el%20salvador10.488.htm], [Fecha último uso 24 noviembre 2012]

14 Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1985-1986. p.205: «... toda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de que esos hechos no vuelvan a ocurrir en el futuro» (cursiva nuestra). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/1985.pdf] [Fecha último uso 24 noviembre 2012]

15 CHIPOCO, Carlos. «El derecho a la verdad». En Paz, Nro. 28. marzo de 1994. pp. 83- 106.

16 REAÑO BALAREZO, Carlos Miguel, Ob.Cit. Página 10 (negrita, cursiva y subrayado nuestros).

17 La desaparición forzada de personas es definida a nivel internacional como un delito continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, REAÑO BALAREZO, Carlos Miguel, Ob.Cit. Página 11.

reconocidos expresamente por la Constitución Política del Perú, pero a los que se le atañe por extensión la categoría de Derecho Fundamental por tener como base la dignidad humana, y cabe interpretarlo así por el sistema de *numerus apertus* constitucional.

Reaño Balarezo, es de la opinión que dentro del ordenamiento jurídico peruano, el Derecho a la verdad «es un principio implícito en el sentido de no encontrarse recogido expresamente en una norma jurídica, se lo deduce del derecho a la justicia y del derecho a la información». ^{18 y 19} Siguiendo el pensamiento de Juan E. Méndez, en el que refiere que el derecho a la verdad es «inseparable del derecho a la justicia de un contenido más general y que implica obligaciones por parte del Estado», ²⁰ se concuerda con el primero en decir que el Derecho a la Verdad es un principio implícito, no obstante no se confluje con la postulación de que sea deducido del derecho a la justicia, sino que a nuestro parecer, y concordando con Méndez, es inseparable del mismo, en igual rango de importancia.

En Derecho Internacional Humanitario, el Derecho a la Verdad tiene una mención expresa en el artículo 32 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra la primera norma convencional, ²¹ siendo las desapariciones forzadas ocurridas en Latinoamérica, las circunstancias sobre las que fluye este principio y a la vez, principal causa de una serie de violaciones a otros derechos humanos.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos contiene un reconocimiento tácito del derecho a la verdad, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la «vuelve parte» de su jurisprudencia, pero referido en mayor parte a invocar el cumplimiento de las obligaciones que tienen los Estados (prevención y reparación adecuada), añadiendo y reafirmando que «la reparación o resarcimiento no puede ser de carácter «Privado», sino que han de ser «públicamente divulgados» para que la sociedad conozca la verdad»; ²² agregando el grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias en su segundo Informe, que la sociedad tiene el derecho de saber y «no hay forma de que puedan ser negados o ignorados». ²³

Respecto a lo anterior, cabe agregar que el «Derecho a la Verdad»; recibe tal denominación de «Derecho» en la doctrina internacional, puesto que es en ella donde se encuentra explícitamente reconocido (Convenio de Ginebra), como se mencionó párrafos atrás; sin embargo, en el ordenamiento peruano le atañe propiamente, la categoría de principio, por no tener un reconocimiento expreso en la norma rectora, mas no por ello falta de fuerza vinculatoria y protección constitucional.

I. El Derecho a la Verdad y el Caso Peruano

El Perú, no es ajeno a las violaciones de los derechos humanos, principalmente éstos han ocurrido durante las dos últimas décadas de la etapa Republicana, y es precisamente en las dos últimas

18 REAÑO BALAREZO, Carlos Miguel, Ob.Cit. Página 8.

19 «Una norma del derecho internacional consuetudinario». REAÑO BALAREZO, Carlos Miguel, Ob.Cit. Página 11.

20 MÉNDEZ, Juan E.«Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos» Ob. Cit, página 527.

21 Sección III — Personas desaparecidas y fallecidas, Artículo 32: Principio general: En la aplicación de la presente Sección, las actividades de las altas partes contratantes, de las partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros.

22 Corte I.D.H., Caso del Caracazo. Sentencia sobre Reparaciones de 29 de agosto de 2002. Serie C. N° 95, párr. 118.

23 Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/1492, de fecha 31 de diciembre de 1981, párr.5. Disponible en: [http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/E.CN.4.1492.pdf] [Texto Original en Inglés] [Fecha Ultimo uso 24 noviembre 2012].

décadas donde el Derecho a la Verdad ha cobrado importancia en nuestro país.²⁴

El Derecho a la Verdad, blinda de fuerza a la exigencia social dirigida al Estado para que éste cumpla con sus obligaciones; pues como se dijo párrafos atrás, tiene la obligación de **prevenir** que ocurra la violación de derechos humanos; y la obligación de **resarcir** a las víctimas en caso de que ocurra la lesión, colocándonos en el segundo caso, el derecho a la Verdad permite exigir al Estado que cumpla con su segunda obligación: La resarcitoria.

Así, acorde a lo ya mencionado, podemos afirmar que el Estado **debe** de: **Primero: Investigar** de manera inmediata, diligente, celera, e imparcial el cómo, el por qué, el para qué, en qué circunstancias se cometió la lesión de los derechos humanos dentro de su territorio, con el objetivo de «clarificar» lo que se encuentra envuelto en misterio, en el no conocimiento o la duda, realizar dicha acción «por su cuenta» o «de oficio» y no porque la población lo exija, el Estado está llamado y además obligado a agotar los recursos en dicha investigación; no siendo responsable si una vez agotados los recursos, los resultados no son esclarecedores, además.²⁵ **Segundo: Establecer la verdad de los hechos**, pues no es novedad que luego de una violación de derechos humanos, la verdad sea revelada a medias o bien nunca sea revelada, El estado tiene entonces el deber de establecer la verdad de los hechos, por tanto el gobierno asentado en el Estado no puede negar el conocimiento de la ver-

dad ni proteger a los que resultasen responsables ni tampoco procurarles vías que obstruyan la impartición de justicia y el consecuente resarcimiento de las víctimas.²⁶

CAPÍTULO IV EL DERECHO A LA VERDAD EN MATERIA CONSTITUCIONAL

Si bien el Derecho a la Verdad tiene un reconocimiento tácito, como se ha mencionado reiterativamente en el presente ensayo, el Tribunal Constitucional, supremo intérprete del texto constitucional peruano, ha determinado que el Derecho a la Verdad, se encuentra plenamente protegido pues derivaría, como se ha explicado ya, de la obligación propia del Estado de proteger los derechos fundamentales, reconociéndolo como derecho constitucional por ser expresión concreta de los principios constitucionales de dignidad humana, el Estado Democrático y social de derecho.²⁷

Sin embargo, se puede concluir en que el ordenamiento jurídico peruano debiera de reconocer expresamente el Derecho a la Verdad como un Derecho Constitucional, puesto que si bien tiene amplio desarrollo en la doctrina y jurisprudencia internacionales, y si bien el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, requiere de un reconocimiento y ordenamiento propio, expreso en la Constitución para salvaguardar la dignidad humana que refuerza y más aún para garantizar constitucionalmente que frente a violaciones de los derechos fundamentales no habrá consen-

24 Como principal muestra de ello, tenemos la creación de «La comisión de la Verdad», cuyo objetivo era la de investigar las violaciones de diversos derechos humanos, identificar a los responsables y resolver las incógnitas sobre la suerte que habrían corrido las víctimas; modelo que si bien no es originario de Perú, se adoptó como medida tras la primera etapa terrorista vivida en el país; (La formación de «Comisiones de la Verdad» también se ha llevado a cabo en países como Argentina, Sudáfrica, Chile, El Salvador, etc.) Información disponible en: [<http://www.cverdad.org.pe/pagina01.php>] [Fecha último uso 23 noviembre 2012]

25 La Corte IDH, lo ha denominado «un deber jurídico propio y no una simple gestión de intereses particulares...» sentencia de fondo del 29 de julio de 1988. Serie C. N° 4, Disponible en [<http://www.derechos.org/oea/des.txt>] [Fecha último uso 24 noviembre 2012].

26 Informe Nro. 136/99, de fecha 22 de diciembre de 1999, caso Ignacio Ellacría y otros, párr. 221: «El derecho a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a las graves violaciones de los derechos humanos que ocurrieron (...), así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos, constituye una obligación que el Estado debe satisfacer respecto de las familias de las víctimas y a la sociedad en general» (subrayado y negrita nuestras).

27 REAÑO BALAREZO, Carlos Miguel, «El Derecho a la Verdad», Ob.Cit. página 17.

timiento por parte del Estado a nuevas circunstancias de impunidad, lo que únicamente vendría a reforzar la violencia y acrecentar la desconfianza de los particulares hacia el Estado. Fundamentando a favor de lo expresado, tenemos a Douzinas:

«Cualquier reclamo acerca de la existencia de derechos no legislados no es más que «un sinsentido elevado en zancos» y ficciones de la laya de «creencia en brujas y unicornios»,²⁸ agregando el autor: «es casi imposible no creer que el derecho es equivalente a los derechos legales»,²⁹ se está de acuerdo con ésta postura, puesto que es objetivo del presente ensayo en resaltar la importancia de que el Derecho a la Verdad tenga reconocimiento expreso.

En un panorama futuro, de ser el caso que Constitucionalmente se reconociera al Derecho a la Verdad como un derecho fundamental— que fuera expreso—, se asentaría la base para desarrollar figuras jurídicas, para evitar y/o sancionar desde el Derecho Interno a quienes facilitan, provocan o producen situaciones de impunidad sobre las investigaciones que se realicen en casos de violación de derechos humanos, estableciendo como bien jurídico colectivo protegido: el derecho a SABER de los afectados, los deudos y la sociedad en general,³⁰ y estableciéndose sanciones prontas que liberen la situación de la impunidad, así también se estaría proveyendo al propio Estado un nuevo instrumento para luchar contra la corrupción de sus funcionarios y se cumpliría con las exigencias del Derecho Internacional, sin que la existencia de esa posible futura figura signifique una obstrucción al derecho que tienen las víctimas de acudir a un órgano internacional para denunciar violaciones a derechos humanos por

parte de su propio Estado.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Derecho a la Verdad es un derecho de reconocimiento tácito por la Constitución Política del Perú, tiene la categoría de principio en el ordenamiento interno peruano, sin que ello signifique que no es vinculante ni merecedor de protección constitucional. Implica el derecho que tienen las víctimas, familiares y deudos más la sociedad misma, de conocer la forma, el por qué, el cómo, el dónde y las circunstancias por las se dieron situaciones de violación a los derechos humanos, que se deriva de la obligación del Estado se agotar recursos en investigar dichos hechos y resarcir a las víctimas no solo pecuniariamente sino moralmente al revelarles la verdad sobre los hechos, identificar a los responsables y entregarlos a la justicia.

SEGUNDA.- El Derecho a la Verdad, refuerza la dignidad humana colectiva mermada con la violación de los derechos humanos, contribuye a esclarecer lo sucedido y a rescatar la memoria de las víctimas, consolida el ánimo de paz y reconciliación dentro de un territorio y contribuye a prevenir que similares acciones u omisiones se repitan en el futuro

TERCERA.- Considero que dada la historia por la que ha atravesado el país, y ante demostraciones actuales que nos alertan sobre el resurgimiento de aquellas épocas de terrorismo, el reconocimiento expreso del Derecho a la Verdad, podría ser una estrategia estatal muy poderosa, tanto para evitar que se repitan situaciones de impunidad nuevamente, así como para consolidar constitucionalmente el pacto social entre Estado y ciudada-

28 DOUZINAS, Costas, Ob.Cit. página 14. Citando a Jeremy Bentham, Anarchical Fallacies in J. Waldron ed., Nonsense upon Stilts, London; Methuen, 1987, 53.

29 Idem página 15.

30 Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de marzo de 2004. Exp. Nro. 2488-2002-HC/TC: ««la nación tiene el derecho a conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable».

nos, todo ello sin que se afecte el derecho de acudir a tribunales internacionales.

VI. WEBGRAFÍA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Disponible en : [<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>]

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Disponible en: [<http://www.rae.es/rae.html>]

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, Disponible en: [Disponible en http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm]

Declaración Universal de Derechos Humanos, Disponible en: [<http://www.onu.org.pe/ddhh-lenguasperu/espanol.html>]

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Disponible en: [http://www.tc.gob.pe/tratados/inter_ddhh/instru_alcan_gene/cadh.pdf]

Sentencia de fondo del 29 de julio de 1988. Serie C. N° 4, párr. 164: Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf], página 34].

Carlos Miguel REAÑO BALAREZO, «El Derecho a la Verdad», Disponible en: [http://www.google.com.pe/url?sa=t&rc=1&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFJAA&url=http%3A%2F%2Fwww.justiciaviva.org.pe%2Finformes%2Fcol_derechoalaverdad.doc&ei=1vyyUNmgEla09gSA44GY&usq=AFQjCNHESPZvdTq33LS0mjaG9DPqt1KHQ&sig2=A9vsfHkx2dvU LofEY0rA]

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1985-1986. Disponible en: [<http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/1985.pdf>] [Fecha último uso 24 noviembre 2012]

Informe Nro. 136/99. Op.cit., párr. 224. Disponible en: [www.cidh.org/annualre/p99span/.../el%20salvador.10.488.htm].

Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1985-1986, Disponible en: [<http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/1985.pdf>]

Corte I.D.H., Caso del Caracazo. Sentencia sobre Reparaciones de 29 de agosto de 2002. Serie C. N° 95 Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_95_esp.pdf]

Documento de las Naciones Unidas, E/CN.4/1492, de fecha 31 de diciembre de 1981, Disponible en: [<http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/E.CN.4.1492.pdf>] [Texto Original en Inglés]

Informe Final de la Comisión de la Verdad, Perú, Disponible en: [<http://www.cverdad.org.pe/pagina01.php>]

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS— Comisión Interamericana de Derechos Humanos— CIDH—. Disponible en:[<http://www.derechos.org/oea/des.txt>]

Sentencia del Tribunal Constitucional del 18 de marzo de 2004. Exp. Nro. 2488-2002-HC/TC: [Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>] [Fecha último uso 23Noviembre 2012]

GONZÁLEZ-Damián. EL DERECHO A LA VERDAD EN SITUACIONES DE POST-CONFLICTO BÉLICO DE CARÁCTER NO-INTERNACIONAL Damián [Disponible en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/15EL_DERECHOALAVERDAD.pdf]

VII. BIBLIOGRAFÍA

MÉNDEZ, Juan E. «Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos». En: *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: 1997.

Informe Nro. 37/00 de fecha 13 de abril de 2000. Caso 11.481. Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galíndez – El Salvador.

Carlos CHIPOCO, «El derecho a la verdad». En Revista «Paz», Nro. 28. Lima, marzo de 1994.

Informe Nro. 136/99, de fecha 22 de diciembre de 1999, Caso Ignacio Ellacuría y otros.

REÁTEGUI Félix, «Judicialización de Violaciones de Derechos Humanos, Aportes Sustantivos y Procesales», «Verdad y Justicia»— Primera Parte «Taller: Comisiones de la Verdad y Justicia Transicional», Coordinador Víctor Manuel Quinteros, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDHPUCP), Primera Edición, Marzo 2010.

DOUZINAS, COSTAS, «El Fin De Los Derechos Humanos», Legis Editores SA, 2008.

OTROS



ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA

Lourdes Choque Pilco *

«El abuso de posición de dominio en el mercado, es una figura calificada por el derecho de la competencia, como nociva para el correcto funcionamiento del mercado, es en esencia, la descripción de una conducta prohibida, cuya realización podría determinar la imposición de una sanción».

* Doctora en Derecho por la Universidad Privada de Tacna; Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Jorge Basadre Grohmann. Conciliadora y Árbitro.

I. INTRODUCCIÓN:

El abuso de posición de dominio en el mercado, es una figura calificada por el derecho de la competencia, como nociva para el correcto funcionamiento del mercado, es en esencia, la descripción de una conducta prohibida, cuya realización podría determinar la imposición de una sanción.

La figura del abuso de posición de dominio en el mercado, se encuentra contenida en la Ley que dispone la Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia (Decreto Legislativo N° 701), la misma que — pese a ser anterior cronológicamente— armoniza y sintoniza con los principios y valores de la Constitución Política del Estado que en su artículo 61, establece: «**El estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (..)**», de lo cual se advierte, que se otorga, un claro valor positivo a la libre competencia,¹ por constituir la única fuerza reguladora de la acción de los agentes económicos, y por otro lado una declaración de rechazo, persecución e incluso enfrentamiento a toda práctica que signifique una limitación a la misma, entre las cuales identifica y menciona expresamente al abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Sin embargo, sucede que muchas veces las empresas que gozan de una posición de dominio en el mercado se encuentran en capacidad de desarrollar prácticas ilícitas dirigidas a impedir la entrada de nuevos competidores o a sacarlos del mercado mediante distintas estrategias.

La gran pregunta que surge es como distinguir esas supuestas prácticas ilegales de una competencia agresiva en el mercado. ¿Acaso no es normal que las empresas utilicen todos los medios a su alcance para impedir la entrada de nuevos competidores o a sacar a los ya existentes por medio precisamente

de la competencia? Como distinguir —entonces— lo ilegal de la práctica legítima?

Tomemos en cuenta que las empresas buscan siempre incrementar su porcentaje de **participación en el mercado**. Y ese deseo lleva también implícito el de reducir las participaciones de sus competidores o incluso sacarlos del mercado, el de no perder participación en el mercado, lo que incluye frenar el crecimiento de los competidores o evitar su entrada al mercado.

Se trata como dice Bullard² de una línea difícil de trazar y cuyo trazo tiene consecuencias evidentes en la conducta de las empresas y en los incentivos para promover la **eficiencia productiva**.

De ahí que, si a las empresas les decimos que por tener una participación importante en el mercado, se van a ver limitadas en su conducta y esas limitaciones afectan su rentabilidad, **entonces los incentivos para crecer también se verán reducidos y con ello los incentivos para ser mas eficientes**.

Así las legislaciones antimonopolios, —como las normas de libre competencia materia de análisis— si bien es cierto persiguen una mayor competencia, por otro lado para lograrlo reducen o limitan los medios que muchas veces las propias empresas usan para competir.

Este y otros aspectos son los que en adelante vamos a desarrollar, pero para ello es indispensable establecer, en primer lugar, que se entiende por **posición de dominio en el mercado** para luego determinar en que consiste el **abuso** de dicha posición de dominio.

II. POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO:

La posición de dominio en el mercado se da,

¹ La Libre Competencia, en su contenido básico, no es otra cosa que un escenario de mercado, en el que existe libertad de elección, los precios, se forman libremente por acción de la ley de la oferta y la demanda, y es imposible que un agente económico decida su política industrial con independencia de los otros actores del mercado.

² Bullard Gonzalez, Alfredo. Derecho y Economía - El Análisis Económico de las Instituciones Legales. PALESTRA EDITOPRES. Primera Edición, Agosto del 2003, Pág 698.

cuando no existen suficientes ofertantes y/o demandantes en un mercado como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado.

Se entiende de acuerdo a nuestra Ley (artículo 4 del D. Leg. 701), que las empresas gozan de una:

«(...) posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros así como a redes de distribución».

No se considera como infracción la situación dominante en sí misma, **sino el abuso que se haga de ella**. Se acepta el monopolio y en general, la concentración del poder económico como un hecho que puede ser producto del propio sistema de competencia. **Solo se prohíbe el abuso de tal posición**. No hay que confundir el uso de posición con el abuso de posición.

Así, una empresa de ciertas dimensiones, con una inversión importante de capital y con una participación importante en el mercado puede tener una serie de ventajas para competir con otras empresas que no gozan de tal posición. **Mientras el uso de su posición sea utilizada para generar eficiencia y con ello un mayor bienestar a los consumidores, dicho uso no debería ser cuestionado**.

De ahí que una empresa, no puede ser sancionada por tener un monopolio natural o por gozar de mayor tecnología o un acceso especial a recursos. Lo que se sanciona es el mal uso del poder que tales situaciones podrían estar dando a la empresa.

Para determinar la existencia de posición de dominio en el mercado deben seguirse dos pasos:

1) Debe determinarse el **MERCADO RELEVANTE**, es decir que bienes y/o servicios

puede considerarse que compiten con el de la empresa cuya posición en el mercado se quiere determinar, y dentro de que espacio geográfico se da dicha competencia, y luego;

2) Determinar el nivel de concentración en el mercado, es decir cual es el poder de mercado real que la empresa tiene en el mercado relevante.

Una vez establecida la posición de dominio de la empresa en el mercado relevante, el paso siguiente es establecer **si se abusó o no de tal posición**, analizando tanto los supuestos tipificados expresamente en la ley, como posibles casos de efectos equivalentes que encajen dentro de las cláusulas generales establecidas legalmente.

III. DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE CONCENTRACIÓN EN EL MERCADO RELEVANTE:

El criterio usado con cierta frecuencia es: **establecer el porcentaje de participación en el mercado**. Así por ejemplo, puede considerarse que una empresa que tiene más del 50% del mercado tiene una posición de dominio.

Sin, embargo, tener en cuenta solo la participación porcentual en el mercado es insuficiente para entender la capacidad que tiene una empresa para influir en el precio. **La idea no es solo identificar su participación particular, sino el nivel de concentración del mercado en que dicha participación se da**. No es lo mismo actuar con un 30% de mercado cuando el resto está conformado por otras dos empresas (una con 30% y otra con 40%) que tener un 30% frente a un número alto de empresas compitiendo (70 empresas con 1% de mercado cada una). Los riesgos para un funcionamiento adecuado de la economía son mayores en mercados con niveles de concentración mayor (es decir pocos jugadores), que en mercados con niveles de concentración menor (más jugadores).

En mercados muy concentrados aumentan las posibilidades de que una o un pequeño grupo de empresas puedan ejercer su posición dominante en el mercado de manera efectiva.

IV. CLÁUSULA GENERAL DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO:

El problema no es solo definir que constituye una posición dominante, sino **que es abusar de tal posición**, la que implica necesariamente, una situación de ventaja o poder que le permite al agente económico que goza de la posición de dominio, **prescindir de las reglas de la libre competencia, para tomar acciones en un mercado determinado.**

La posición de dominio en si misma no se encuentra sancionada. Es solo el abuso de dicha posición lo que despierta la preocupación de las normas de libre competencia.

El D. Leg. 701, da algunos criterios al respecto: En su artículo 5 establece que: Una o varias empresas abusan de su posición dominante cuando **«... actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios o causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio».**

«Actuar de manera indebida» debe entenderse referido a utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un daño — a la competencia y por ende a los consumidores— distinto al mero **daño concurrencial** — es decir el derivado de una competencia leal y libre por medio de precios, calidad y condiciones de comercialización—.

Este es el problema principal que plantean los casos de abuso de posición de dominio, pues *¿como diferenciar los daños causados y los beneficios obtenidos por una practica abusiva del mero daño concurrencial?*, si en sus efectos pueden ser similares: reducción de participación de empresas competidoras por salida de éstas del mercado. Así la meta que se trazan las empresas para competir agresivamente es la misma que se trazan para desarrollar prácticas predatorias. Por eso se dice que las dificultades para determinar que nos encontramos ante un abuso de posición de dominio son substanciales.

El uso de posición de dominio, puede entenderse de dos maneras:

La Primera: El uso de las eficiencias derivadas

de las **«economías de escala»**. De hecho las empresas desarrollan capacidades competitivas en función a su tamaño, lo que les permite reducir costos, integrar mejor su aparato productivo y con ello ofrecer mejores productos a mejores precios.

La segunda: Que el tamaño les da la **«posibilidad de obtener ventajas ilícitas»** que no hubieran podido obtener de no ser precisamente por dicho tamaño.

Por otro lado el error en la autoridad al calificar dicha práctica puede tener consecuencias muy negativas para el mercado. **Si la autoridad sanciona a una empresa por usar su eficiencia productiva al competir esta penalizando precisamente la eficiencia que el mercado busca generar. De hacerlo el mensaje dado es: que las empresas sean menos eficientes.**

De ello se desprende que **en caso de duda sobre la naturaleza ilegal de la práctica deba presumirse la legalidad de la misma.** Por tanto los efectos nocivos de una actuación deberán quedar acreditados de manera contundente y los beneficios de la misma no deberán ser importantes para que dicha actuación pueda ser calificada finalmente como un caso de **abuso de posición de dominio.**

Los requisitos para que exista abuso de posición de dominio son:

- A) **QUE EXISTA POSICIÓN DE DOMINIO:** Que las empresas tengan una participación tal en el mercado relevante que dadas las características del mismo puedan actuar con independencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores.
- B) **QUE SE ACTÚE DE MANERA INDEBIDA:** La actuación indebida no implica necesariamente acreditar la intencionalidad. Basta que la conducta rompa con lo que puede considerarse una competencia leal y libre basada en la propia capacidad de satisfacer al consumidor.
- C) **QUE SE OBTENGAN BENEFICIOS O SE CAUSEN PERJUICIOS QUE NO HUBIESEN**

OCURRIDO DE NO HABER EXISTIDO POSICIÓN DE DOMINIO: *Es importante destacar que es necesario que los beneficios y daños se den simultáneamente.* Las empresas con posición de dominio deben estar en posibilidad de obtener beneficios actuales o potenciales de su acción y a la vez dicha actuación debe ocasionar perjuicios a los demás competidores y/o a los consumidores de los bienes y servicios pertinentes. **Conviene destacar que el perjuicio realmente relevante es el que se ocasionaría al consumidor.** Así un daño a los competidores que no afecte o perjudique a los consumidores es un daño que no nos debería preocupar, pues podría ser considerado un simple daño concurrencial. *Si los consumidores se benefician de los esfuerzos de una empresa por desplazar a otra del mercado, entonces podríamos calificar el daño ocasionado a los competidores como uno concurrencial, y no como un caso de abuso.*

Pasemos a desarrollar cada una de las prácticas de Abuso de Posición de Dominio

V. LAS PRÁCTICAS DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO:

1. LOS PRECIOS PREDATORIOS:
2. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS Y CONDICIONES:
3. NEGATIVA INJUSTIFICADA A CONTRATAR
4. CLÁUSULAS DE ATADURA
5. EL CONTRABANDO DE LAS PRACTICAS EXPLOTATIVAS: LOS PRECIOS ABUSIVOS

I. PRECIOS PREDATORIOS:

Consiste en el supuesto de que una empresa con posición de dominio en el mercado, reduce sus precios por debajo de sus niveles de costos, con la intención de generar pérdidas en su competidor y así sacarlo del mercado. Sin embargo éstas prácticas generan al menos en el **corto plazo** beneficios para los consumidores que pagan por los bienes y servicios menores precios.

Pero la preocupación surge por que en el **largo plazo**, la eliminación de competidores podría llevarlo a pagar precios monopolícos derivados de la existencia de menos competidores o por lo

menos «competidores disciplinados» por la práctica del predador.

¿Cuándo es viable una estrategia de precios predatorios?

La predación, **es sancionable en el caso que sea llevada a cabo por empresas que gozan de una posición de dominio en el mercado.** Una empresa que decide realizar prácticas predatorias en contra de otra sufrirá pérdidas causadas precisamente por los costos de financiar la predación. **En el caso que la empresa no goce de posición de dominio en el mercado, carecería de alguna ventaja que marcara la diferencia con una simple competencia por precios.** Incluso si se demostrara que una empresa esta vendiendo sus productos a pérdida su actitud no puede ser sancionada por este mero hecho pues puede tratarse de estrategias válidas y aceptables para introducir o ganar una mayor penetración del bien que produce en el mercado.

En el caso que la empresa no goce de posición de dominio en el mercado, carecería de alguna ventaja que marcara la diferencia con una simple competencia por precios. Incluso si se demostrara que una empresa está vendiendo sus productos a pérdida, su actitud no puede ser sancionada por este mero hecho, pues puede tratarse de estrategias válidas y aceptables para introducir o ganar una mayor penetración del bien que produce en el mercado.

Para determinar que existe predación se debe partir de la constatación de que la empresa predatora va a incurrir en pérdidas durante el desarrollo de su práctica, pero está en capacidad de hacer un cálculo racional que considere las pérdidas como inversión en búsqueda de ganancias monopolícas futuras. Para ello, **las ganancias futuras esperadas deben superar las pérdidas actuales.**

Tanto la doctrina legal como la economía discuten intensamente sobre la viabilidad de que pueda tener como resultados la consolidación o refuerzo de una posición de dominio. A ello se suman los problemas complejos de diferenciar una política de precios predatorios de una simple competen-

cia agresiva en el mercado que permita identificar a la primera —precios predatorios— como ilegal.

Los riesgos de poder establecer la diferencia entre competencia y predación llevan a que deba actuarse con mucha cautela cuando se analiza su existencia. **Un error en la autoridad que aplica la norma puede llevar a que se creen desincentivos a bajar costos para ofrecer precios más competitivos, en evidente perjuicio al consumidor.** El mal que se trata de evitar es que, luego de que la predación haya sido exitosa, la empresa con posición de dominio use la participación obtenida en el mercado para fijar precios monopólicos.

Finalmente, cabe hacer una aclaración, si bien la predación puede usarse en el mismo mercado en el que el predador goza de posición de dominio, nada impide que pueda hacerse en otro mercado en el que también participe la empresa —pero donde no tenga posición de dominio—, haciendo uso por ejemplo de los **«subsidios cruzados»** para obtener las metas que el predador se ha fijado. Así puede darse que una empresa que tiene posición de dominio en el mercado de Lima, use sus ganancias monopólicas en dicho mercado para subsidiar su ingreso al mercado de Arequipa, o que utilice por ejemplo su posición de dominio en el mercado de cerveza para subsidiar el precio de las gaseosas, mercado en el que no cuenta con posición de dominio.

La práctica de precios predatorios no puede darse en la realidad sino se cumplen ciertas condiciones:

- a) Que **se demuestre la existencia de posición de dominio**, aunque no necesariamente en el mercado en el que se produce, sino en otro distinto en el que participe la empresa.
- b) Que los costos de reingreso al mercado depredado sean suficientemente altos como para obtener ganancias extraordinarias que le permitan compensar, con creces las pérdidas sufridas durante la práctica. Por ello la predación será más probable en mercados con altos costos legales de acceso o que requieran una inversión muy alta para entrar en ellos.
- c) Que la posibilidad de afectar a la empresa

victima de la práctica, permita obtener efectos en relativamente corto tiempo. Ello implica que el mercado en cuestión permita un fácil desplazamiento de la demanda como consecuencia de la variación en los precios (lo que es difícil en mercados donde la fidelidad de la marca o la calidad del servicio gozan de un peso específico importante).

2. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS Y CONDICIONES:

Discriminación de precios: Es una situación en la cual unidades de un mismo bien o servicio son comercializadas a precios distintos, es decir que: *«un mismo bien es vendido a precios distintos».*

La discriminación es una regla sujeta a la *«regla de la razón»*, **es decir una práctica que solo será ilícita si se demuestra que tiene efectos no deseados en el mercado, y en particular en el bienestar de los consumidores.**

En términos sencillos si un proveedor de un bien suministra el producto a distintos clientes, la discriminación se produce cuando ante las mismas condiciones y términos —volumen comprado, condiciones de crédito, plazo de pago lugar de entrega, etc.— se cobra diferente.

Por tanto no basta demostrar que se cobra diferente a los clientes, por que —si por ejemplo— a uno se le venden 10 unidades de un determinado producto y al otro 100, **es lógico que se conceda un descuento por volumen.** *La discriminación se dará solo si ante dos circunstancias iguales se da un tratamiento diferente.*

A ello se añade que en principio, es válido discriminar, y por tanto dicha conducta, no esta penada en la ley. **La ley solo limita en ciertos casos, la posibilidad de discriminar, si el proveedor tiene posición de dominio en el mercado, es decir actúa como un monopolio.** En los demás casos la discriminación de precios o condiciones es el ejercicio de la libertad de contratación y de la libertad de empresa.

Pero incluso, en empresas que gozan de posición de dominio, la discriminación puede ser una práctica necesaria y legítima. Por ello esta

práctica debe ser analizada bajo la «*regla de la razón*», pues de lo contrario podría estarse prohibiendo discriminaciones que son, en términos económicos, eficientes y se ajustan a una competencia legítima. **«No debe confundirse — pues— la discriminación con una forma de «competencia efectiva».**

DISCRIMINACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA:

Son casos de abuso de posición de dominio: Según el D. Leg. 701, artículo 5 (...)

e) la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto volumen u otras o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones.

La Ley define de manera específica lo que debe entenderse por discriminación: **«la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes».**

Se desprende de la norma en principio que en materia de discriminación los agentes de mercado pueden discriminar libremente (*establecer condiciones diferenciadas para prestaciones equivalentes*), salvo que se presenten ciertas condiciones:

- A) Que la empresa que lleva a cabo la discriminación tenga posición de dominio.
- B) Que la práctica genere efectos anticompetitivos en el mercado. En este sentido no bastará la sola diferencia en el trato, sino que ésta debe afectar la posibilidad de competir de los agentes involucrados.

3. NEGATIVA INJUSTIFICADA A CONTRATAR:

La negativa a contratar es en principio, una deci-

sión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado, queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación a contratar con un proveedor (en el caso de un monopsonio) o un cliente (en el caso de un monopolio).

La doctrina y las legislaciones de los diversos países han considerado la negativa concertada a contratar más conocida como «*boicot*», como una práctica ilegal. Así, si un conjunto de empresas se ponen de acuerdo para no contratar con una empresa o un competidor, o con un determinado grupo de empresas o consumidores, **ello será considerado como una práctica ilegal en sí misma**, sin perjuicio del análisis de sus efectos reales o potenciales.

Pero **la negativa unilateral**, es decir la que lleva a cabo una empresa por propia decisión, plantea muchas dificultades, pues existen numerosos casos en los que la práctica es perfectamente comprensible y refleja condiciones de mercado.

En principio, la ley deja libertad a las empresas individuales a negarse a contratar con otras, salvo que la negativa tenga por intención apoyar otra restricción considerada ilegal o constituya un intento para monopolizar el mercado.

Se presume la legitimidad de la negativa en el entendido que estamos frente a la limitación de un derecho elemental dentro del ejercicio de las libertades económicas, pretendiéndose favorecer así al libre mercado.

Entonces la negativa, como todas las prácticas predatorias analizadas, *deben llevar implícitas una intención de monopolizar el mercado o reforzar una posición de dominio*, sacando a los competidores con prácticas que no se ajusten a una actitud competitiva que concuerde con la eficiencia y el bienestar de los consumidores. Así al igual como ha ocurrido con el caso de precios predatorios y de discriminación de precios y condiciones, **el elemento importante es la intención de generar un efecto anticompetitivo.**

4. CLÁUSULAS DE ATADURA:

Es una práctica comercial a través de la cual un vendedor de diversos productos que goza de una posición de dominio en el suministro de algunos de ellos, establece que los clientes solo podrán comprar un determinado producto (en el cual gozan de posición de dominio) cuando acepten comprar un producto de distinta clase (respecto del cual el proveedor no goza de posición de dominio). **Es decir vincula o empaqueta la venta de sus productos, sin tomar en cuenta el interés del consumidor.** En este sentido, las ventas atadas son definidas como: «*las situaciones en las cuales la venta de un bien está condicionada a la compra de otro bien*».

Un elemento esencial en la definición de tal práctica es el ejercicio de la presión sobre el comprador con el objetivo de que éste último adquiera toda línea de productos suministrada por un proveedor; a pesar de que solo está realmente interesado en comprar un producto específico a ese proveedor.

La condena de este tipo de conductas se origina en la posibilidad de que las empresas recurran a este tipo de prácticas con la única intención de extender el poder de mercado que ostentan en un mercado determinado a otro. Pues esta conducta permitiría a la empresa con posición de dominio establecer un mayor precio en el mercado donde enfrenta una mayor competencia y eventualmente excluir de ese mercado a los competidores existentes. La idea detrás de tal práctica es tratar de trasladar la posición de dominio en un mercado a otro de un producto diferente. En este orden de ideas, las ventas atadas pueden ser consideradas también un tipo de discriminación de precios, ya que se cobra a los consumidores precios diferentes.

Posibles efectos positivos de las ataduras:

Sin embargo, no toda atadura genera efectos nocivos. Es más, usualmente las ataduras son prácticas normales y legítimas y por el contrario generan beneficios al mercado y a los consumidores. De hecho casi cualquier producto o servicio que adquirimos en el mercado no es otra cosa que la atadura de un conjunto de bienes.

Así existen una serie de circunstancias en las que

las ventas atadas no solo, no tienen un efecto negativo sino que, más bien tienen un efecto positivo para el funcionamiento del mercado.

Pueden tener las siguientes consecuencias positivas:

1. Incremento de la eficiencia: Generan eficiencia en el sentido de reducir los costos de transacción para el consumidor.
2. Asegurar la calidad: las ventas atadas aseguran la calidad y el óptimo funcionamiento del producto vendido. En ocasiones los insumos empleados por ciertas maquinarias o equipos son indispensables para el buen funcionamiento de las mismas.

Tratamiento de las cláusulas de atadura en la ley:

Las ventas atadas se encuentran reguladas por el D. Leg. 701, como una práctica de abuso de posición de dominio:

Art. 5.- (...)
(...)

c) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, *no guarden relación con el objeto de tales contratos.*

Un elemento esencial en la tipificación de la infracción es la «**subordinación**» de una prestación deseada por un agente, a la aceptación de otra no deseada. *Hay aquí un elemento de exigencia, presión o coerción que ejerce un agente que cuenta con posición de dominio sobre otros agentes que sufren la práctica: se fuerza a un agente a adquirir algo que no quiere. De donde, si el agente acepta voluntariamente «la subordinación» de las prestaciones —por que reduce los costos de transacción futuros, o costos de transporte, por ejemplo— no se configurará la infracción.*

Otro elemento fundamental de la tipificación de la infracción se refiere a la vinculación entre prestaciones: *la norma no prohíbe cualquier tipo de condicionamiento en la venta de un bien o servicio a la aceptación de otros.* La norma se refiere exclusivamente a aquellos casos en los que se atan bienes o servicios que no guardan alguna relación entre ellos. Así por ejemplo se encuentra fuera de esta

prohibición la conducta por la cual un proveedor de autos fuerza a sus clientes a adquirir conjuntamente con el auto una rueda de repuestos para el mismo.

Al igual que las otras prácticas similares recogidas en la ley, no existe una condena *a priori* de este tipo de prácticas: la sanción debe estar precedida de un análisis tanto de los efectos negativos y positivos derivados de la conducta, *procediendo a sancionarse la conducta solo en los casos en que los efectos restrictivos a la competencia superen a los aspectos positivos derivados de la práctica.*

Sin embargo, como ya mencionamos, hay casos en que es evidente que la atadura es eficiente:

- A) Cuando tiene por fin proteger la calidad o el prestigio de un producto.
- B) Cuando se utilizan para lograr una efectiva discriminación de precios.

5. CONTRABANDO DE PRÁCTICAS EXPLOTATIVAS: LOS PRECIOS ABUSIVOS

La legislación solo contempla bajo el rubro de abuso de posición de dominio las llamadas prácticas exclusorias o predatorias, es decir aquellas que tienen por objeto impedir la entrada o expulsar del mercado a los competidores por medio de prácticas ilegítimas. Se dejó de lado las llamadas **prácticas explotativas**, donde no hay conductas orientadas a sacar a un competidor o en impedir su entrada, **simplemente el dominante usa su poder de mercado, para subir precios o apropiarse de parte del excedente del consumidor.** La figura más común son los llamados «precios abusivos» en los que el monopolista fija un precio que es calificado por la autoridad de competencia como excesivo.

Según el glosario de términos relativos a la economía de las organizaciones industriales y a las leyes sobre competencia los «**precios excesivos**»: Se refiere a **los precios fijados muy por encima de los niveles competitivos como resultado de un monopolio o poder sobre el mercado.**

¿Como determinar la existencia de precios excesivos o abusivos?

Cuando no existe concertación ni acuerdos para la fijación de precios, es muy difícil establecer un límite máximo por encima del cual el precio es considerado excesivo o irracional.

Dificultades y riesgos de introducir el control de precios:

En la actualidad existe cierto consenso internacional respecto a la conveniencia de evitar la sanción de este tipo de conductas, debido a las dificultades existentes en el establecimiento de criterios claros y predecibles respecto a lo que debe entenderse por precios abusivos.

Por otro lado existe consenso de que la atención debe ser puesta no en los precios abusivos o excesivos, sino en las condiciones o en las prácticas que permiten que estos precios se mantengan. **La atención debe focalizarse –entonces- en combatir aquellas conductas o prácticas que impliquen el establecimiento de barreras arbitrarias de acceso al mercado y que impidan una reducción en los precios.**

VI. CONCLUSIONES:

La posición de dominio, que se convierte en abuso; que prohíbe y sanciona nuestra norma constitucional, es aquella que permite al agente económico que goza de dicha posición, actuar con prescindencia de los competidores, consumidores y clientes o proveedores, pues éstos, no son tomados en cuenta en la toma de sus decisiones.

Nuestro marco constitucional, no prohíbe ni sanciona obtener la posición de dominio, sino el abuso de dicha posición, válidamente obtenida, pues permite, una situación de ventaja o poder al agente económico **para que pueda actuar prescindiendo de las reglas de la libre competencia.**

La actuación con **plena independencia** de un agente económico, evidencia la inexistencia de un proceso competitivo, es decir de una situación en la que existen otros agentes económicos en competencia, consumidores, proveedores o distribuidores e incluso otros mercados relacionados que puedan afectarse con la conducta, **si esta es abusiva.**

En un sistema competitivo, la eficiencia econó-

mica determina que triunfen los agentes que desarrollen mejor sus procesos productivos, de tal manera que obtener una posición de dominio en estas circunstancias, es legítimo.

La eficiencia es un bien para la sociedad, pero un mal para quien no puede enfrentarla. Por ello una política de competencia moderna exige cautela y escepticismo sobre aquellas demandas que exigen **limitar al más grande, por el solo hecho de serlo y no por lo que hace.**

Algunos principios básicos pueden, sin embargo, extraerse para ayudar la labor de discernir entre la **habilidad y el abuso**. Así, una vez determinada la existencia de posición de dominio, es importante considerar los siguientes elementos para establecer si existe o no un caso de predación o práctica exclusoria, es decir que se trate de un acto abusivo de una posición de dominio³:

1. **Costos de la práctica:** Si los costos son muy elevados las probabilidades de que la práctica sea viable serán menores.
2. **Capacidad e idoneidad de las prácticas para lograr eliminar a los competidores:** Implica evaluar el daño que las prácticas pueden eventualmente causar al competidor y la capacidad de este para resistirlas, (posibilidad de recurrir a otros proveedores, fidelidad de la marca, etc.)
3. **Posibilidades que luego de obtenido el éxito de la práctica, los beneficios de la situación obtenida sean substanciales:** Si los costos de acceso al mercado son altos y las ganancias extraordinarias a obtenerse no son muy elevadas, es poco probable que la práctica pueda considerarse ilegítima.
4. **De la relación entre las ganancias y las pérdidas de las prácticas deben arrojar que la conducta sea claramente rentable:** Altas ganancias con pocas pérdidas indican una mayor posibilidad de que la práctica exista.

5. **La intencionalidad:** De los resultados de la práctica debe derivarse la intención de depredar en mercado, sin que se encuentren razones de eficiencia económica que expliquen la práctica de una manera que pueda redundar en beneficio del consumidor.

VII. BIBLIOGRAFÍA:

1. AYASTA GONZALES, Julio. El Derecho Comparado y los Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Editora Recata. 1991. Primera Edición. Lima Perú.
2. BACIGALUPO, E. Manual de Derecho Penal, 2ª reimpresión, Santa Fe de Bogotá, Temis. 1994.
3. BULLARD GONZALES, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Editorial Palestra. Lima Perú. 2003.
4. COLOMA, G. Defensa de la Competencia, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina. 2003.
5. DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Cuarta edición. Reimpresión 1984. Editorial Tecnos S.A. Madrid - España.
6. GARCÍA, V. (1998). Análisis Sistemático de la Constitución Peruana de 1993, Lima, Universidad de Lima.
7. MONROY, M. G. La Interpretación Constitucional. 2da. Edición, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional. 2005.
8. POSNER, Richard. El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo. Tomado de Internet el 10 de junio del 2006.
9. REYNA ALFARO, Luis Miguel; **Manual de Derecho Penal Económico**. 1ra. Edición, Gaceta Jurídica Abril 2002.
10. ROEMER, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. México. Fondo de Cultura Económica. 1994.
11. RUBIO, M. Estudio de la Constitución Política de 1993, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999.
12. TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos. Editorial Euroamericana. Primera Edición. Lima Perú. Abril del 2004.
13. ZAVALA, J. L. y J. MORALES. Derecho Económico, Santiago, Lexis Nexis Chile. 2003.

³ Bullard, Op Cit. Págs. 744-746

LOS MEDIOS PROBATORIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS TRIBUTARIOS

Renzo Yufra Peralta *

«En materia tributaria, «el derecho a probar» ha sido regulado de tal manera que en algunas instancias y/o procedimientos tributarios se le ha dado un carácter restrictivo, según la Administración Tributaria (SUNAT) y algunos de los defensores de esta limitación; para no convertir estos procedimientos en una secuela indefinida de presentación de medios probatorios. Esta limitación legal conspira contra la obtención de la verdad y por ende de la justicia...»

* Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPT.

LOS MEDIOS PROBATORIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS TRIBUTARIOS

«El núcleo del problema no es, pues, preguntarse acerca de si el proceso debe o puede estar dirigido a la determinación de la verdad de los hechos, más bien establecer qué puede entenderse por verdad de los hechos en el ámbito del proceso y cuándo, en qué condiciones y mediante qué medios aquélla puede alcanzarse».

Michele Taruffo

SUMARIO:

I. INTRODUCCION, II. ANTECEDENTES, III. FASES DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO TRIBUTARIO, IV. MOMENTOS DEL PROCEDIMIENTO, V. LA ACTIVIDAD PROBATORIA Y SUS LIMITACIONES, VI. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD O PRECLUSIÓN EN MATERIA PROBATORIA, VII. LAS EXCLUSIONES RELACIONADAS CON LA TEORÍA DE LOS HECHOS NUEVOS, VIII. EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A PROBAR, IX. EL DERECHO A PROBAR EN MATERIA TRIBUTARIA, X. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a probar como elemento esencial del debido proceso constituye la parte medular de todo proceso o procedimiento en el que se supone que el objetivo es encontrar y establecer la "verdad objetiva". El derecho a probar, incorporado en la Carta Fundamental ha sido establecido como parte del debido proceso, convirtiéndolo de esta manera en derecho fundamental. En materia tributaria, "el derecho a probar" ha sido regulado de tal manera que en algunas instancias y/o procedimientos tributarios se le ha dado un carácter restrictivo, según la Administración Tributaria y algunos de los defensores de esta limitación; para no convertir estos procedimientos en una secuela indefinida de presentación de medios probatorios. Esta limitación legal conspira contra la obtención de la verdad y por ende de la justicia en los procedimientos contenciosos tributarios regulados en el Código Tributario, no obstante aplicárseles las normas del Código Procesal Civil

así como del Derecho Administrativo en los cuales estas limitaciones carecen del peso que si tienen en el ámbito estrictamente tributario.

El presente trabajo tiene como propósito el examinar algunos aspectos relacionados a las limitaciones del derecho a probar desde la esfera constitucional, dado que nuestro Estado en general pareciera querer marchar a la consolidación del Estado Constitucional como presupuesto y fin de sus acciones a nivel de diversas manifestaciones. De este modo la exposición del trabajo es un esbozo de las distintas imbricaciones respecto de la prueba en materia tributaria, específicamente de sus limitaciones, de este modo se presenta: antecedentes, fases del procedimiento contencioso tributario, momentos del procedimiento, actividad probatoria y sus limitaciones, el principio de preclusión en materia probatoria, exclusiones relacionadas con la teoría de los hechos nuevos, debido proceso y derecho a probar y finalmente el derecho a probar en materia tributaria.

II. ANTECEDENTES

El Derecho Tributario ha nacido a la luz dentro del Derecho Administrativo, inicialmente éste lo ha regido, casi todas sus instituciones se han desgajado del Derecho Administrativo, luego alcanza su independencia cuanto más complejo se hace el Estado, por ello que su naturaleza adjetiva (procesal o procedimental) y sus reglas se desprenden del Derecho Administrativo, el decurso de sus procedimientos, de sus procesos están indeliblemente vinculados a él. Para la mejor aplicación y administración de los tributos las agen-

cias tributarias han sido dotadas de procesos y procedimientos administrativos tributarios, que no es otra cosa que procedimientos administrativos con rasgos tributarios.

Para el tratadista argentino Roberto DROMI el Procedimiento Administrativo "es el conducto por el que transita en términos de derecho la actuación administrativa, en cuanto se integra con el conjunto de reglas para la preparación, formación, control e impugnación de la voluntad administrativa".¹ Y del mismo modo de este conjunto de reglas administrativas se hallan los procedimientos con los cuales las administraciones tributarias procuran gestionar mejor los tributos, sea recaudándolos, sea exigiendo su pago, sea sancionando.

En materia probatoria en los procedimientos de fiscalización tributarios, en los cuales los contribuyentes realizan sus descargos ante intimaciones de la Administración Tributaria y que son previos al procedimiento contencioso tributario, es admisible cualquier tipo de medio probatorio, dado que el Código Tributario no ha restringido en esta fase los medios probatorios que pueden ofrecerse. Por lo que, eventualmente, el administrado tiene garantizado ampliamente su derecho a probar lo que afirma (o niega), es decir lo plasmado en sus declaraciones (juradas), que es donde finalmente se traduce la realidad económica, financiera y tributaria del contribuyente. La actividad probatoria fundamentalmente proviene de observaciones referidas a la realización o no, de algún hecho con incidencia tributaria, configurándose lo que será el centro de imputación con los consecuentes efectos jurídicos, pues la naturaleza de la actividad probatoria en búsqueda de la "verdad objetiva" es verificar la realización de hechos que hayan originado el nacimiento de la obligación tributaria, consecuentemente la determinación del *quantum* de la deuda tributaria con las connotaciones infraccionales y sancionatorias respectivas.

El procedimiento de fiscalización concluye con la

emisión del resultado del requerimiento de información y/o documentación, pudiendo este resultado ser observado, posterior a ello en caso exista deuda insoluta o infracciones, la Administración Tributaria procede a la emisión y notificación de los valores; Resoluciones de Determinación de Deuda y Resoluciones de Multa, contra las cuales el administrado determinado y/o sancionado puede impugnar, iniciándose así el procedimiento impugnatorio de reclamación contra lo dispuesto por la Administración Tributaria, constituyendo ello el inicio del "procedimiento contencioso tributario".

El Código Tributario ha contemplado en su Libro Tercero estos Procedimientos Tributarios: el Procedimiento de Cobranza Coactiva; el Procedimiento Contencioso - Tributario (Reclamación y Apelación); la Queja; y, los Procedimientos No Contenciosos.

III. FASES DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

La génesis del proceso contencioso tributario es la determinación y/o sanción al contribuyente en base a una discordancia entre la realidad que el contribuyente expone frente a lo verificado por la Administración Tributaria en el procedimiento de fiscalización: como conjunto de procedimientos que tienen que ver con la determinación de los tributos y su establecimiento final, podemos señalar que este procedimiento, según sea la parte que lo impulsa, según el tratadista mexicano Raúl RODRIGUEZ LOBATO, está compuesto por dos fases; la oficiosa y la contenciosa.

I. FASE OFICIOSA

La fase oficiosa del procedimiento se rige por el principio de oficiosidad, por el cual la autoridad tiene la carga del impulso del procedimiento, sin que el contribuyente haya realizado acto alguno para impulsarlo, la excepción vienen a constituir las consultas y las solicitudes de devolución de tributos, pero que también están inmersas en la

¹ DROMI, Roberto. (2005). Derecho Administrativo. Editora Gaceta Jurídica Primera Edición. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura - Décima Edición (Argentina). Lima Perú. T - I. p. 264.

oficiosidad, y una vez iniciadas la autoridad está en la libertad de impulsar o no tales procedimientos.

RODRÍGUEZ LOBATO señala que esta fase del procedimiento tributario "es esencialmente oficiosa porque el interés que procura es fundamentalmente el interés público, por la necesidad de obtener los ingresos necesarios para satisfacer los gastos públicos. O sea, porque es responsabilidad de la administración el lograr el objetivo que se propone que no es sino ingresar recursos al erario para la satisfacción del presupuesto".² Esta fase en nuestro contexto nacional está dada por las actuaciones de recaudación, fiscalización, determinación y cobranza coactiva.

El autor antes citado, para esclarecer mejor el concepto de oficiosidad en los procedimientos tributarios, afirma que "para tener una noción de lo que es la fase oficiosa del procedimiento fiscal, podemos adoptar los conceptos elaborados en el Derecho Administrativo para definir al procedimiento administrativo, pues como dice DE LA GARZA, 'aquí nos encontramos frente a una materia que es administrativa por naturaleza y tributaria por calificación'³ lo que quiere decir que este tipo de procedimientos pertenecen al género de los procedimientos administrativos y una de sus especies es la que estamos tratando es decir los procedimientos tributarios.

Luis MARTÍNEZ LÓPEZ ha definido a la fase oficiosa del procedimiento tributario como "el conjunto de diligencias que practica la autoridad encargada de aplicar las leyes fiscales y que le sirven de antecedentes para la resolución que dicte, en el sentido de que existe un crédito fiscal a cargo de

un particular, así como de los actos que ejecuta para hacer efectiva su determinación".⁴

En suma, la fase oficiosa es el núcleo de la actividad de la Administración Tributaria compuesta por todas las actividades tendientes a procurar de la mejor forma los ingresos fiscales, de allí que su facultad recaudatoria y fiscalizadora se constituyan en el eje principal de la actuación administrativa, de las cuales se van a derivar las siguientes.

2. FASE CONTENCIOSA

Siguiendo a RODRÍGUEZ LOBATO, este autor señala que la fase contenciosa se "caracteriza por estar regida por el principio dispositivo⁵ que consiste, básicamente, en que corresponde al afectado iniciar e impulsar el procedimiento, estando impedida la autoridad para actuar de oficio, salvo casos excepcionales señalados en la Ley".⁶

El citado autor define a la fase contenciosa del procedimiento fiscal como "la serie de actos jurídicos conforme a los cuales se impugna un acto del fisco cuando hay oposición legítima entre el interés público y el privado y que finaliza con la resolución de la controversia".⁷ Como sabemos el acto con el que finaliza el procedimiento de fiscalización, específicamente el de auditoría es la Resolución de Determinación, la cual según nuestro Código Tributario es impugnabile con un Recurso de Reclamación, posteriormente si es declarada INFUNDADA la reclamación, el contribuyente tiene la oportunidad de apelar tal decisión ante el Tribunal Fiscal.

A la SUNAT, la principal agencia estatal encargada de la administración de los tributos internos, el

2 RODRIGUEZ LOBATO, Raúl. (1990). Derecho Fiscal. Ediciones HARLA. Tercera Edición. México. p.197.

3 Idem.

4 Citado por RODRIGUEZ LOBATO, Raúl. (1990). Derecho Fiscal. Ediciones HARLA. Tercera Edición. México. p.197.

5 RODRÍGUEZ LOBATO señala que este principio en materia fiscal implica, que la fase contenciosa es esencialmente dispositiva porque el interés que procura es fundamentalmente un interés particular». En: RODRIGUEZ LOBATO, Raúl. p.198

6 Idem.

7 Idem.

Código Tributario le ha dotado de una serie de Facultades, a través de las cuales ejercita sus potestades administrativas y resolutorias.

El Código Tributario, en su Libro II específicamente, establece cuatro facultades: recaudación, determinación, fiscalización y sanción. Aunque habría que considerar la Facultad de Resolución, a tenor del Artículo 53° del CT,⁸ asimismo el Artículo 114° señala que la cobranza coactiva de las deudas tributarias es facultad de la Administración, con lo que se estaría hablando hasta de una sexta facultad de la Administración Tributaria.

La facultad y deber de resolver es inherente a todo ente administrativo estatal, en materia tributaria por esta facultad la Administración Tributaria conoce y resuelve los procedimientos contenciosos y no contenciosos que los administrados promuevan o en su caso de oficio la Administración opte por realizar.

En materia contenciosa la reclamación es el recurso impugnatorio por excelencia, el mismo que es resuelto por la Administración Tributaria, asimismo las solicitudes de nulidad. En materia no contenciosa lo más común son las solicitudes de devolución, así como los fraccionamientos. Sin embargo se cuestiona que la Administración Tributaria sea juez y parte a la hora de resolver este tipo de impugnaciones y casos aislados por lo general terminan declarando infundadas las reclamaciones.

IV. MOMENTOS DEL PROCEDIMIENTO

RODRÍGUEZ LOBATO refiriéndose a todo procedimiento administrativo y específicamente el fiscal o tributario "(...) se integra por actos de trámite y actos definitivos o resoluciones definitivas,

cuya diferencia consiste en que el primero es un acto de impulso en el procedimiento y el segundo es el acto que pone fin al procedimiento y resuelve el asunto correspondiente. Igualmente, en todo procedimiento fiscal incluido, debe haber tres momentos; expositivo, probatorio y decisorio".⁹

- a) Expositivo: En esta fase se notifica al contribuyente las Resoluciones de Determinación y/o Multa, luego de concluido el procedimiento de fiscalización, los que tienen su base en los Resultados de los Requerimientos de Fiscalización practicados por la Administración Tributaria.
- b) Probatorio: En este momento el contribuyente debe aportar medios probatorios permitidos por la Ley: Documentos, Pericias o Inspecciones (Art. 125°). Debiéndolas evaluar el órgano resolutor, teniendo en cuenta que los medios no le hayan sido requeridos en la etapa de fiscalización a tenor de lo dispuesto por el Código Tributario (Art. 141°).
- c) Decisorio: Esta fase está referida al momento en que la Administración Tributaria pone fin al procedimiento al resolver el asunto correspondiente, emitiendo para ello una Resolución, declarando fundada o infundada su reclamación de igual modo en última instancia administrativa el Tribunal Fiscal.

V. LA ACTIVIDAD PROBATORIA Y SUS LIMITACIONES

En nuestro ordenamiento jurídico el derecho de ofrecer pruebas en la actividad probatoria del procedimiento Contencioso Tributario cuando su origen se encuentra en un procedimiento de fiscalización y determinación tiene carácter preclusivo, pues el Código Tributario, como se

8 Artículo 53°.- ORGANOS RESOLUTORES

Son órganos de resolución en materia tributaria:

El Tribunal Fiscal.

La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT.

1. Los Gobiernos Locales.

2. Otros que la ley señale.

9 Ibidem. p. 195.

señaló, ha establecido la limitación de los medios probatorios a admitirse en dichos procesos contenciosos, esta consiste en que si hubiesen sido requeridos durante el proceso de verificación o fiscalización y no hubiesen sido presentados y/o exhibidos por los administrados, éstos ya no son admitidos en el procedimiento contencioso tributario, y este tipo de limitaciones se extiende a los tipos de medios probatorios a ofrecerse o actuarse en esta fase, los cuales únicamente deben ser los "documentos, la pericia y la inspección". Sin embargo si se observa la naturaleza probatoria en la Administración Pública, que se supone integran los procedimientos tributarios, lo que se pretende es encontrar la verdad material y el administrado tiene derecho a contar con la garantía de poder exponer razones, de ofrecer y producir pruebas sin restricciones, como sucede en cualquier proceso o procedimiento que se encuentra enmarcado en el Derecho Público, lo que, como se verifica, no ocurre en materia tributaria, pues se han enfatizado las restricciones antes que una apertura a favor de la "verdad objetiva".

Se enfatiza en el artículo 141º sobre medios probatorios extemporáneos cuando se señala que *"No se admitirá como medio probatorio bajo responsabilidad, el que habiendo sido requerido por la Administración Tributaria durante el proceso de verificación o fiscalización no hubiera sido presentado y/o exhibido, salvo que el deudor tributario pruebe que la omisión no se generó por su causa o acredite la cancelación del monto reclamado vinculado a las pruebas presentadas actualizado a la fecha de pago, o presente carta fianza bancaria o financiera por dicho monto, (...)".* Es decir impone al contribuyente impugnante la obligación de "probar" que no pudo ofrecer un medio probatorio oportunamente, constituyendo estas estipulaciones normativas restrictivas y lesivas al Debido Proceso y específicamente al Derecho a Probar,

pues le impone una carga probatoria adicional de la cual dependerá de la admisión del medio probatorio y quizás el resultado del procedimiento.

Estas limitaciones para ofrecer y actuar medios probatorios en el Procedimiento Contencioso - Tributario, vulneran el derecho a la libertad de prueba, que es una manifestación del debido proceso y por extensión del "debido procedimiento administrativo", que tienen los administrados, contribuyentes en este caso, principio que ha sido consagrado en la Ley de Procedimientos Administrativos General, 27444, el que comprende el derecho a exponer argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en Derecho, pero ello solo es posible admitiendo los elementos necesarios para que el juzgador/decisor los tenga para alcanzar la verdad, pero las restricciones impuestas en las normas tributarias contravienen esta aspiración.

VI. EL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN EN MATERIA PROBATORIA

La actividad probatoria se inscribe dentro de un conjunto de reglas que obedecen según su contexto a un determinado sistema probatorio, pues existen varios sistemas probatorios¹⁰ en diversas áreas procesales, y el sistema que se ha acogido para los procedimientos contenciosos tributarios en nuestro país es el de preclusión.

Los sistema de preclusión y unidad de vista constituyen las dos caras de la medalla en cuanto a permisibilidad de los medios probatorios. Y a decir de Enrique FALCÓN: *"Preclusión y unidad de vista"* constituyen dos modelos del proceso que se reflejan posteriormente en la prueba, tanto en su producción como en su resultado. Pues uno implica un conjunto de estadios limitados y el segundo toma al proceso como un conjunto.

10 Sistemas Probatorios:

- a) El sistema por audiencias versus los sistemas escritos y orales tradicionales de vista de causa.
- b) El sistema de Declaración versus el sistema de documentación.
- c) El sistema de preclusión versus el sistema de unidad de vista.
- d) El sistema de concentración versus el sistema de diversidad.
- e) El sistema de continuidad versus el sistema discontinuo.
- f) El sistema de inmediatez versus el sistema de delegación.
- g) El sistema dispositivo, inquisitivo y mixto.

La existencia de etapas, estadios o compartimentos (sub sistemas) del proceso nos lleva al llamado 'principio de preclusión procesal', que en realidad debe llamarse 'sistema de preclusión'. Enrico LIEBMAN señala que *"por preclusión se entiende la pérdida o extinción del derecho de cumplir un acto procesal debido: 1) a la decadencia del término; 2) a la falta de ejercicio del derecho en el momento oportuno, cuando el orden legalmente establecido en la sucesión de las actividades procesales importa una consecuencia tan grave; 3) la incompatibilidad de una actividad ya cumplida, y 4) al hecho de haber ejercido una vez el derecho"*.¹¹

En tanto que el sistema de proceso con unidad de vista es característico de muchos sistemas orales, aunque no está excluida totalmente de los procesos escritos. Hugo ALSINA al respecto dice que: *'en algunas legislaciones la relación procesal no se desenvuelve por secciones y estadios, de tal manera que puede alegarse hechos nuevos y producirse nuevas pruebas hasta que el tribunal declare suficientemente instruida la causa y llame autos para sentencia. Así la Ordenanza Procesal alemana dispone que los medios de ataque y defensa (excepciones sobre el fondo, reconvencción, réplicas, etc.) podrán hacerse valer hasta la terminación de la audiencia en que se pronuncien sentencia; también hasta ese momento podrán las partes ofrecer prueba, y aun en segunda instancia podrán alegarse hechos nuevos y proponerse prueba sobre éstos'*.¹² Siendo el Proceso penal oral característico como modelo de unidad de vista por excelencia.

Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN¹³ señala que el Principio de Oportunidad o de preclusión - también llamado de eventualidad - es una de las

expresiones del sistema publicístico que inspira todo el iter del proceso o del procedimiento. Exige que los actos procesales sean ejecutados en las etapas procesales señaladas por el ordenamiento, pues de lo contrario se perdería el derecho a realizarlos o, en cualquier caso, su ejecución no tendrá ningún valor.

Como quiera que el transcurso del plazo cancela la oportunidad de realizar posteriormente el acto procesal en forma válida, se dice que el momento para hacerlo ha precluido, de allí el nombre de principio de preclusión. En palabras de ISIDORO EISNER:

«El principio de preclusión, entonces nos enseña que el acto, la facultad, no ejercida en el momento debido, caduca. Se pierde; y se pierde por su no ejercicio. O ejercido, no se puede practicar o mejorar. La preclusión es como una compuerta, una exclusiva. Los señores magistrados que me escuchan saben como se provee a los escritos presentados fuera de término: 'no ha lugar'. Y bien, la preclusión, como un cierre hermético, mantiene y respeta lo que ya está adentro pero no deja entrar fuera de tiempo lo que no pudo entrar; ni permite revisar, luego del momento debido, lo que ya está resuelto o lo que ya está cumplido. Es una compuerta que solo admite marchar hacia delante pero no volver atrás'.¹⁴

En materia probatoria tributaria, se ha establecido dicho modelo por la enorme desconfianza que existe de parte de la administración tributaria en los contribuyentes, lo que se traduce en una legislación restrictiva de derechos, aún y cuando se hayan catalogado algunos derechos con ese nombre en el Código Tributario, y en materia probatoria se ha impuesto el principio de preclusión

11 Citado por FALCON, Enrique M. (2003). Tratado de la Prueba. Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo de Palma. Ciudad de Buenos Aires. T-I pp. 233-234.

12 Citado por FALCON, Enrique M. (2003). Tratado de la Prueba. Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo de Palma. Ciudad de Buenos Aires. T-I p. 234.

13 BUSTAMANTE ALARCON Reynaldo. (2001). "El Derecho a Probar como elemento esencial de un proceso justo". ARA Editores. Primera Edición. Lima Perú. p. 224.

14 Citado por BUSTAMANTE ALARCON Reynaldo. (2001). "El Derecho a Probar como elemento esencial de un proceso justo". ARA Editores. Primera Edición. Lima Perú. p. 224.

que, exige que los medios de prueba sean ofrecidos e incorporados al proceso o procedimiento en el plazo o momento señalado por la norma, extinguiéndose o reduciéndose la posibilidad de que se admitan al proceso o procedimiento si no han sido ofrecidos en la oportunidad debida como es en la fiscalización.

La finalidad de la aplicación de este principio nos señala FALCÓN sería impedir en los hechos que se sorprenda al adversario, y en nuestro caso la administración tributaria, con medios probatorios propuestos a último momento que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercer eficazmente su derecho de defensa. Su inobservancia de acuerdo a este principio implica la pérdida de oportunidad para ofrecer medios de prueba, por lo que, de conformidad con la doctrina de los actos propios, el que estuvo legitimado para proponerlos y no los ofreció será el causante de su propio perjuicio, sin embargo en los procesos no necesariamente el contribuyente obvia presentar medios probatorios porque no deseara hacerlo en el momento señalado sino que muchas veces no existe un orden adecuado en la conservación de su acervo documentario que lo puede perjudicar y que conspira contra él mismo y en la etapa de fiscalización los plazos son apremiantes, sin embargo si es que lograrse obtener aquellos medios probatorios una vez concluida la fiscalización está limitado por la norma bajo análisis.

VII. LAS EXCLUSIONES RELACIONADAS CON LA TEORÍA DE LOS HECHOS NUEVOS

Esta aplicación rígida de la administración tributaria, léase SUNAT, de la preclusión ha producido innumerables resultados negativos para los contribuyentes, pues se han aplicado formalistamente y sin tomar siquiera en cuenta las alegaciones o posturas doctrinarias que van contra ella. En esta parte BUSTAMANTE ALARCÓN¹⁵ señala que si bien es cierto que una aplicación ciega del prin-

pio de preclusión podría dar lugar a que se emitan decisiones injustas, existen excepciones a este principio relacionadas con la teoría de los hechos nuevos y la búsqueda de la verdad jurídica "objetiva".

El propósito de la teoría de los hechos nuevos se dice que está ligada a la necesidad de permitir que las partes y los terceros legitimados acerquen al juzgador la mayor cantidad de información posible, a fin de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica de la mejor manera posible. En esencia se trata de la posibilidad de introducir hechos que no fueron alegados en los actos de postulación (como la demanda o contestación), siempre que cumplan con determinados requisitos o características. En este sentido cuando un contribuyente no ha podido cumplir con reunir todos los elementos solicitados por la Administración Tributaria, en aplicación de esta teoría debería permitírsele incorporar dichos elementos no obstante la presunción negativa, prejuiciosa, de la administración tributaria, la cual se basa única y exclusivamente en la desconfianza, no obstante ella la administración tributaria puede contradecir dicha incorporación si según su criterio no contiene un carácter veritativo o no tiene la calidad para enervar lo determinado por la administración tributaria sin embargo lo que hace es desconocer de plano cualquier incorporación.

El contribuyente no necesariamente actúa de mala fe como presume, siempre, la administración tributaria, que en el fondo es el principal fundamento de establecer este tipo de limitaciones, sino que en realidad a veces los hechos nuevos que se pretenden incorporar al séquito del proceso efectivamente aparecen después de la posibilidad legal de presentarlos, quedando inerte el contribuyente por esta restricción.

Pero qué debemos entender por "hecho"?, dice HUGO ALSINA¹⁶ que, por 'hecho' debemos entender todo acontecimiento, dato o circunstan-

¹⁵ Ibidem. p. 226.

¹⁶ Citado por BUSTAMANTE ALARCON Reynaldo. Ob. Cit. p. 229.

cia que tenga trascendencia jurídica, por lo que no sólo comprende los denominados 'hechos jurídicos' (es decir, aquellos que constituyen, impiden, transforman o modifican, o extinguen relaciones o situaciones jurídicas) sino también los hechos simples o 'motivos' que sirven para demostrar la existencia de aquellos. Y en materia tributaria generalmente son este tipo de hechos que corroboran los actos del contribuyente, hechos simples como una fotografía de alguna actividad en donde se entregaron productos o se consumieron productos deducidos como gastos o relación de beneficiarios de una actividad promocional, etc.

Pues bien, siguiendo a ALSINA: para que un hecho sea calificado como nuevo y pueda ser admitido a un proceso o procedimiento, debe cumplir con los siguientes requisitos:

*"En primer lugar, debe tener relación con la cuestión que se ventila y una considerable relevancia jurídica para la decisión que se tome en la solución o prevención del conflicto de intereses o en el levantamiento de la incertidumbre jurídica. Por consiguiente, no basta que tenga una relación remota, sino que su trascendencia debe ser tal que pueda influir en la decisión que tome el juzgador. De lo contrario, se estarían introduciendo elementos inútiles que más que coadyuvar a la justa solución de caso concreto perturbarían el desarrollo del proceso o del procedimiento. Sin embargo, en caso de duda sobre su conexidad o su relevancia jurídica, el juzgador debe admitir provisionalmente el hecho nuevo y apreciar su pertinencia y relevancia al momento de tomar la decisión que resuelva la pretensión o defensa".*¹⁷

En este caso si se está reclamando el desconocimiento del crédito fiscal por ejemplo, el hecho que aparezcan los comprobantes de pago o los contratos que los sustentan o los medios que sirven para acreditar que efectivamente se realizaron las adquisiciones de bienes y/o servicios que a juicio de la Administración Tributaria no tuvie-

ron la característica de fehacientes n el procedimiento de fiscalización.

*"En segundo lugar, no debe importar un cambio o variación de la litis, pues de lo contrario puede ocurrir que el sujeto que no introdujo el hecho nuevo, y se vea afectado con su incorporación, no tenga la oportunidad real de desvirtuarlo, o que el proceso se desnaturalice sea en su desarrollo procedimental o en el contenido de la decisión que lo resuelva".*¹⁸

En este caso evidentemente se trata de un respeto del principio de congruencia, pues el hecho nuevo o "aparecido" debe estar referido a aquellos que se encuentran en discusión, es poco probable en materia contenciosa tributaria pueda hacer variar el tipo de proceso, siendo aún la Administración Tributaria juez y parte en el mismo.

Como último requisito, el hecho de ser calificado de nuevo, agrega ALSINA 'Debe haber ocurrido con posterioridad a la contestación, o siendo anterior, haber llegado recién entonces a conocimiento de la parte que lo invoca'.¹⁹

Este requisito es esencial para incorporar un nuevo hecho para acreditarlo con posterioridad a su requerimiento, la posibilidad de no poder contar en un momento determinado con éste, pues en materia tributaria no ocurre tanto que los hechos no hayan sido conocidos sino que conociéndose no se pueden acreditar el documento con el que se podría comprobar tal o cual afirmación no se encontraba al momento en que fue requerido, es común que determinados contratos suscritos por prestaciones de servicios no sean encontrados o comprobantes de pago que hayan sido girados por sus proveedores no hayan sido recepcionados físicamente, es común práctica hoy en día remitir antes estos comprobantes a través de correos electrónicos previamente escaneados y muchas veces físicamente no han llegado a la contratante, muchas veces no se ha preocupado por recabar el original o si lo ha reiterado a veces

¹⁷ Citado por BUSTAMANTE ALARCON Reynaldo. Ob. Cit. p. 229.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

entre la negligencia de uno y otro empleado del contribuyente o del proveedor, dicho comprobante no llega a la empresa y luego es requerido por la Administración Tributaria en su fiscalización desconociendo la operación, determinando una deuda y sancionando al contribuyente, quien obviamente reclamará y esperará que se llegue a encontrar dicho comprobante, y aparece dicho documento pero posterior a la reclamación, sin embargo por haber sido requerido en la etapa de fiscalización no será admitido legalmente, a menos que como dice la norma el contribuyente pruebe que la no presentación de dicho documento no se debió a su causa.

VIII. EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A PROBAR

El respeto al principio del debido proceso, en su dimensión del derecho a probar, como elemento sustancial de cualquier proceso en una sociedad democrática, es necesario establecerlo a través de procedimientos justos y que respondan a las necesidades de los administrados y de la sociedad de la que forman parte. Y creemos que el proceso contencioso tributario no debe ser ajeno a ello, el Debido Proceso y el Derecho a Probar son principios que son parte de los derechos y garantías fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho que nuestra Carta Fundamental pretende instituir plenamente, que deben ser extensivas a las potestades administrativas de la Administración Tributaria, para dotar al ordenamiento tributario de la seguridad jurídica a la que tienen derecho los administrados en su relación con éste.

Concordamos con lo que señala BUSTAMANTE ALARCON²⁰ (...) el derecho a probar no tiene por objeto convencer al juez sobre la verdad del hecho afirmado, es decir, no es un derecho a que el juez se dé por convencido en presencia de ciertos medios de prueba, sino a que acepte y practique las pedidas o presentadas por las partes y las tenga en cuenta en la sentencia o decisión (con

prescindencia del resultado de su apreciación). Este aspecto es reforzado por el hecho que la administración tributaria ha incrementado su nivel de exigencia a ni siquiera considerar elementos declarados por otros contribuyentes que tienen incidencia en la situación del contribuyente fiscalizado, el cual aun teniendo la certeza que existen tales elementos probatorios desisten de presentarlos porque simplemente la administración tributaria no los va a admitir.

Contemporáneamente es admitido que el debido proceso no esté referido estrictamente al ámbito judicial, al respecto José PALOMINO MANCHEGO indica que el Debido Proceso es "(...) el derecho que tiene toda persona inmersa en la secuela de un proceso, para invocar el respeto de aquellos principios y normas esenciales para que su situación de procesado o de parte procesal puedan considerarse auténticamente justa. Dichos principios o normas esenciales, pueden ser de diverso alcance, pero existe consenso en admitir, entre otras, la defensa, el juez natural, el procedimiento preestablecido, la instancia plural, la motivación resolutoria, la intangibilidad de la cosa juzgada, etcétera (...)». Y siguiendo al autor nacional nos dice que, el debido proceso hoy "y por su propia naturaleza, no es atributo que pueda predicarse exclusivamente a propósito de los procesos estrictamente judiciales (debido proceso judicial), sino que puede ser extensivo a cualquier clase de mecanismo de resolución de conflictos o de determinación de situaciones, con lo cual, procede su invocación, no sólo a nivel de los llamados procesos administrativos sino incluso a propósito de los procedimientos corporativo-particulares".²¹

De lo anteriormente señalado por el tratadista nacional nos informa algo que ya es de general aceptación tanto doctrinal como jurisprudencialmente, esto es, que el debido proceso no se aplica únicamente al ámbito judicial sino que su concepto se ha extendido a las demás áreas del Derecho y que no solamente es de observancia en el ámbito público sino además

20 Ibidem. p. 26.

21 PALOMINO MANCHEGO, Jose F. (2003). Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Ensayos Jurídicos, Núm. 16. Primera edición. México. pp. 53-54

en el privado.

Enrique BERNALES señala que *"Mediante el debido proceso se garantiza que las reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las decisiones de la justicia, se lleven a cabo respetando las garantías constitucionales y legales vigentes"*.²² Pero esta garantía constitucional, como señalamos, hoy en día ya no es considerada únicamente para los procesos judiciales, tal como esboza el autor citado sino que es aplicable al Derecho Administrativo y por ende al procedimiento administrativo, por extensión al Derecho Administrativo Tributario.

Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA respecto del tratamiento constitucional del debido proceso señala que *"este precepto constitucional nos demuestra cómo aún cuando dicha norma únicamente pareciera limitarse a exigir la observancia del debido proceso en sede jurisdiccional, ello no obsta para invocar este derecho fundamental en otros contextos"*. Asimismo agrega que *"son mas bien los elementos previstos en nuestra cláusula constitucional de derechos implícitos (el artículo 3 de la Constitución de 1993), y entre ellos muy especialmente los de la dignidad del hombre y del Estado Democrático de Derecho, aquellos aspectos que permiten reconocer al debido proceso como un derecho fundamental cuyo margen de acción no se limita al ámbito judicial, sino que también puede ser aplicado a los diferentes procedimientos administrativos e inclusive (...)"*.²³ A mayor abundamiento Roberto DROMI nos dice: *"la garantía de defensa en juicio es aplicable en el ámbito administrativo. Cuando no se da al administrado la oportunidad de exponer razones, de ofrecer y producir pruebas, etc., el acto administrativo estará viciado en el elemento voluntad"*.²⁴ En nues-

tro país el Tribunal Constitucional ha dictado sentencias en ese sentido, así nos refiere Marcial RUBIO CORREA por ejemplo: *"La finalidad central que el Tribunal Constitucional da a la existencia del debido proceso, como a su turno la de tutela jurisdiccional, es la de permitir que las personas puedan defender debidamente sus derechos ante la autoridad del Estado: '[...] 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"* (Sentencia del 15-08-02 Exp. 0858-2001-AA-TC - Acción de Amparo).²⁵

En cuanto al ámbito estrictamente tributario, la garantía del debido proceso es plenamente aplicable, como refiere Javier CORIPUNA al reseñar una sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 2456-2004-AA/TC) que "el artículo 139° Inciso 3) de la Constitución, establece, como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido y la tutela jurisdiccional, el cual no solo se limita a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos sancionatorios. En tal sentido, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea este administrativo (...) o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso (...) lesionar el debido proceso implica que, durante el proceso administrativo de cobranza de deuda tributaria, al demandante se le priva, por lo menos, del ejercicio de alguno de los referidos derechos integrantes del contenido esencial del debido proceso (...)".²⁶ No obstante este expreso

22 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. (1999). La Constitución de 1993. Editora RAO. Quinta Edición. Lima Perú. p. 642.

23 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. (2003). Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso. ARA Editores. Primera Edición. Lima Perú. pp. 420-421.

24 DROMI, Roberto. (2005). Derecho Administrativo. Editora Gaceta Jurídica Primera Edición. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura - Décima Edición (Argentina). Lima Perú. T - I. p. 339

25 RUBIO CORREA, Marcial. (2005). La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo Editorial PUCP. Lima Perú. p. 316.

reconocimiento por el Tribunal Constitucional todavía no se ha hecho carne en la Administración Tributaria dado el interés netamente recaudador de la misma.

Nuestra legislación ha recogido principios generalmente aceptados en el Derecho Administrativo como el debido procedimiento, ya no solo como mandatos implícitos sino específicamente el Artículo IV de la Ley de Procedimientos Administrativos General (LPAG) que versa sobre Principios del procedimiento administrativo. El Principio del debido procedimiento (1.2) señala que "Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo".

Una garantía que se aplica y se exige durante los procesos judiciales es el derecho al debido proceso, que no es otra cosa que el respeto por los derechos de los sujetos procesales a que se conduzca el proceso judicial dentro de las exigencias legales. Inicialmente, como se sabe, este derecho era reconocido sólo a nivel judicial, pero ahora se reconoce que éste derecho es aplicable también en sede administrativa y se reconoce que el principio del debido proceso comprende: el Derecho a exponer sus argumentos, el Derecho a ofrecer y producir pruebas y el Derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

En Argentina, Agustín GORDILLO nos dice al respecto: "El principio de la defensa en juicio, o debido proceso [razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad, justicia natural, fairness, etc.], es un principio general del derecho, de carácter universal en los países que tienen Estado de derecho. Es por lo tanto aplicable también, desde luego, en el procedimiento administrativo y con criterio amplio, no restrictivo. Así lo ha reconocido el decreto-ley 19.549/72, en su art. 1º, inc. f). Ese reconocimiento a nivel de derecho subjetivo individual se torna derecho colectivo con la introducción en el art. 43 de la Constitución de los derechos de incidencia colectiva. Ellos requieren también una previa audiencia, en este caso pública, al conjugarse con el art. 18. Todo ello se explica por el carácter axiológico que la Constitución da a este principio en su formulación tradicional y por constituir prácticamente un principio general del derecho, consustanciado con la esencia misma de derecho, de Estado de Derecho y de la justicia natural".²⁷

En la doctrina administrativa nacional Juan Carlos MORÓN URBINA señala que "la violación de las normas sustantivas y formales establecidas en el procedimiento para garantizar el debido proceso, no son subsanables, ni en sede administrativa ni en sede judicial, por el contrario, deriva en una causal de nulidad del acto administrativo así emitido. La Ley protege al administrado de cualquier estado de indefensión que puede producirse en su perjuicio".²⁸

Diversas sentencias del Tribunal Constitucional²⁹ han señalado que la garantía constitucional del debido proceso se aplica en sede administrativa. En cuanto la compatibilidad del Derecho Proce-

26 CORIPUNA, Javier Adrián. «Los principios y derechos del debido proceso en algunos casos de amparo en materia constitucional tributaria» en LANDA ARROYO, César. [Director.](2006). Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Tributaria. Gaceta Jurídica Editores. Primera Edición. Lima Perú. P. 338.

27 GORDILLO, Agustín. (2003). Tratado de Derecho Administrativo. ARA Editores. Sexta Edición. Lima Perú. Tomo II - p. IX-10.

28 MORON URBINA, Juan Carlos. (2006). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Quinta Edición. Lima Perú. p. 29.

29 N° 1690-2005-AA/TC del 04/08/2005: «Los denominados procedimientos administrativos internos, en cuyo seno se forma la voluntad de los órganos de la Administración en materias relacionadas con su gestión ordinaria, no se encuentran comprendidos dentro del ámbito de tutela del debido proceso administrativo (FJ 8)»; N.º 2939-2004-AA/TC del 26/10/2005: «Dada su naturaleza no estrictamente personalísima, el derecho al debido procedimiento administrativo se extiende también a las personas jurídicas y entre

sal Civil con el Derecho Procesal Administrativo, el primero puede ser aplicado supletoriamente y por lo general lo es. Tratándose de los procedimientos tributarios debiera ser aplicable plenamente este principio no encontrando otra explicación para que en sede administrativa la Administración Tributaria niegue reiteradamente la libertad probatoria de la que deben gozar los administrados amparándose en una norma tipo regla cuando por sobre ella se encuentra un principio.

IX. EL DERECHO A PROBAR EN EL CÓDIGO TRIBUTARIO

Es frecuente encontrar a contribuyentes que habiendo obtenido elementos o medios probatorios con los que pudieran probar sus pretensiones una vez concluida la fiscalización, se ven impedidos de ofrecerlos por la limitación legal que ha establecido el ordenamiento jurídico tributario, por el carácter de preclusivo establecido en materia probatoria al procedimiento de fiscalización, constituyendo ello un atentado al Principio del Debido Proceso y al Derecho a obtener una solución o resolución justa.

En la legislación comparada, por ejemplo el artículo 46° del Decreto 1759/72, Reglamentario de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de Argentina que rige el procedimiento contencioso tributario de ese país no impone limitaciones a la oportunidad de la presentación de medios probatorios, solo se refiere a los tipos de prueba a presentarse y establece: "*La adminis-*

tración de oficio o a pedido de parte, podrá disponer la producción de prueba respecto de los hechos invocados y que fueren conducentes para la decisión, fijando el plazo para su producción y su ampliación, si correspondiere. Se admitirán todos los medios de prueba, salvo los que fueren manifiestamente improcedentes, superfluos o meramente dilatorios". Este texto normativo es claro en cuanto a que en esta instancia administrativa no se producen las limitaciones probatorias descritas líneas arriba que se dan en la legislación nacional.

Como señalamos el Código Tributario establece los tipos de prueba admitidos en la instancia contenciosa tributaria los que han sido limitados a tres; la documental, pericial y la inspectiva, siendo restrictivo respecto de encontrar la "verdad objetiva", puesto que otros medios probatorios que probarían la situación del contribuyente no son admitidos. Y siendo el procedimiento contencioso tributario, un procedimiento básicamente administrativo, debe buscar lo que todo procedimiento administrativo persigue; encontrar la "verdad material", principio consagrado en nuestra Ley de Procedimientos Administrativos General y para encontrarla no debieran existir limitaciones preclusivas y de medios de prueba, pues estas limitaciones son generalmente de aplicación en conflictos intersubjetivos, puesto que en éstos deben existir igualdad y garantías suficientes para que ambas partes puedan ofrecer y cuestionar los medios probatorios. En cambio en los procedimientos administrativos que pertenecen a la esfera del Derecho Público, lo que se busca es

ellas, a las personas jurídicas de derecho público (FJ 6)»; N.º 3778-2004-AA/TC del 17/11/2005: «El derecho constitucional al debido proceso establecido, en el inciso 3) del artículo 139º es aplicable no sólo a los procesos judiciales sino a todo proceso en general, por lo que constituye también un principio y un derecho del proceso administrativo disciplinario (FJ 20)»; N.º 0091-2005-PA/TC del 09/01/2006: «La relación existente entre los derechos fundamentales de los administrados y la actividad de la Administración exige que ésta respete las mínimas garantías en un procedimiento, como el principio de legalidad, derecho a la motivación, la interdicción de la arbitrariedad, entre otros (FJ 9)»; N.º 8605-2005-AA/TC del 11/05/2006: «Se reitera que el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139º de la Constitución (FJ 13)»; N.º 03741-2004-AA/TC del 11/10/2006: «El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos de administrado durante la actuación del poder da sanción de la administración. Implica por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aun condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercidas en la práctica (FJ 21)».

encontrar la verdad de los hechos por el interés general y no únicamente por las pruebas ofrecidas por las partes, y no se la va a encontrar limitando los medios probatorios que los administrados puedan ofrecer.

La Constitución ha consagrado a la dignidad del hombre y el Estado Social y Democrático de Derecho como premisas que permiten reconocer al debido proceso como un derecho fundamental y estando el Perú apuntando a ser o por lo menos parecerse a ese Estado Constitucional no tendría que impedirse a sus ciudadanos, en tanto contribuyentes, que puedan determinar su situación jurídica sobre la base de los medios probatorios que reflejen los hechos y no ateniéndose a una formalidad que haga prevalecer la apariencia sobre la realidad. Pero, como hemos expuesto, determinadas normas tributarias entran en disonancia con lo que debiera ser la primacía de los derechos y garantías fundamentales sobre las potestades administrativas, propias de un "Estado Social y Democrático de Derecho" que nuestra Carta Fundamental pretende instituir, sin embargo las normas infraconstitucionales vienen empoderando cada vez más a la Administración Tributaria en desmedro de los administrados y esto básicamente se debe a que el interés que ha movido al Estado es un mero interés recaudador, en detrimento de las garantías fundamentales de los administrados.

Es de advertir que aún y cuando ha existido un avance en la aplicación concreta de los derechos fundamentales a través de los procesos judiciales y administrativos en general, en la normatividad y resolución de los procedimientos tributarios ello no ha ocurrido, muy por el contrario se ha aislado de este avance que ha penetrado a las demás instituciones procesales, pues las normas tributarias y sobre todo las que corresponden a los distintos procedimientos contenciosos tributarios han permanecido al margen del progreso del resto del ordenamiento jurídico. Al grado inclusive de pretender desconocer que los procedimientos tributarios son una sub especie de procedimientos administrativos, tal como se señaló, y que la búsqueda de éstos, fundamentalmente, es la verdad objetiva, por lo que debieran aplicarse las normas que corresponden al "debido procedimiento administrativo", así como el "princi-

pio de verdad material", por los que la autoridad administrativa debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual debe adoptar todas las medidas probatorias necesarias.

Producto de estas limitaciones legales en los medios probatorios, en diversos procedimientos contenciosos tributarios tramitados por la Administración Tributaria, se vienen desestimando reiteradamente medios probatorios presentados posteriormente al cierre de los procedimientos de fiscalización, aún y cuando éstos habrían contenido elementos que pudieran haber servido a los órganos resolutores para mejor resolver y de este modo alcanzado la verdad objetiva que se pretende descubrir en todo procedimiento administrativo, asimismo el tener un medio probatorio que pueda tener carácter de prueba indubitable en esta instancia pero que no esté permitido legalmente ha restringido al administrado de probar su pretensión así como ha impedido al juzgador, en este caso el órgano resolutor, resolver conforme a la verdad objetiva.

De este modo los administrados han visto vulnerados sus derechos al debido proceso y al derecho de probar, que constituyen derechos fundamentales. Constituyendo además una afectación a uno de los principios consagrados en el Artículo 74º de nuestra Constitución Política, como es el del Respeto de los Derechos Fundamentales de las Personas, pues tales normas colisionan con éstos, y al Derecho al Debido Proceso, garantía consagrada por nuestra Carta Fundamental, pues el hecho de limitar la actividad probatoria de los administrados atenta contra estos principios y garantías, que se irrespetan al normar una legislación procesal administrativa tributaria con estas restricciones.

X. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es común invocar hoy en día la protección efectiva de los derechos fundamentales que se debe brindar en un Estado Constitucional a las personas, sin embargo la legislación y varias instituciones públicas y/o privadas vienen restringiendo determinados derechos que suponen no fundamentales, en este caso el de la libertad de pre-

sentación de los medios probatorios en los procesos contenciosos tributarios, pareciera que aún prevalece la supuesta consecución del bien común en detrimento de los individuos, de los partícipes que forman la riqueza del país como son los contribuyentes.

Las limitaciones probatorias en materia tributaria parecieran inscribirse dentro de aquellas excepciones en un Estado Constitucional, que por no trasgredir los derechos de una gran mayoría y no tener que ver con la libertad personal parecieran ser excluidas de la omnipresencia constitucional que debiera abarcar los diversos planos de la vida jurídica nacional pero que no han encontrado en materia tributaria mayor incidencia y sigue teniendo esta disciplina rasgos insulares.

Lo que se pretendería con la limitación de la admisión de los medios probatorios solo es buscar la verdad formal contra la realidad, la dicotomía entre el país formal versus el real que hasta ahora no resolvemos y que se instala en el ámbito tributario, puesto se trata de acercar lo que se puede probar versus lo que de verdad ocurrió y la discrecionalidad tributaria debiera ser utilizada no solo para aplicar con rigurosidad las normas de vigilancia y fiscalización sino además en los derechos al debido proceso y a probar que tiene todo contribuyente.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. (1999). La Constitución de 1993. Editora RAO. Quinta Edición. Lima Perú.
- BUSTAMANTE ALARCON Reynaldo. (2001). "El Derecho a Probar como elemento esencial de un proceso justo". ARA Editores. Primera Edición. Lima Perú.
- CORIPUNA, Javier Adrian. "Los principios y derechos del debido proceso en algunos casos de amparo en materia constitucional tributaria" en LANDA ARROYO, César. [Director.](2006). Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Tributaria. Gaceta Jurídica Editores. Primera Edición. Lima Perú.
- DROMI, Roberto. (2005). Derecho Administrativo. Editora Gaceta Jurídica Primera Edición. Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura - Décima Edición (Argentina). Lima Perú. T - I.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. (2003). Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso. ARA Editores. Primera Edición. Lima Perú.
- FALCON, Enrique M. (2003). Tratado de la Prueba. Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo de Palma. Ciudad de Buenos Aires. T- I.
- GORDILLO, Agustín. (2003). Tratado de Derecho Administrativo. ARA Editores. Sexta Edición. Lima Perú. Tomo II.
- MORON URBINA, Juan Carlos. (2006). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Quinta Edición. Lima Perú.
- PALOMINO MANCHEGO, Jose F. (2003). Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Ensayos Jurídicos, Núm. 16. Primera edición. México.
- ROBLES MORENO, Carmen del Pilar y otros. Código Tributario- Doctrina y Comentarios. Pacífico Editores. Primera Edición. Lima Perú. Abril 2005.
- RODRIGUEZ LOBATO, Raúl. (1990). Derecho Fiscal. Ediciones HARLA. Tercera Edición. México.
- RUBIO CORREA, Marcial. (2005). La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo Editorial PUCP. Lima Perú.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando. (1993). Lecciones de Derecho Financiero. Universidad Complutense de Madrid. Décima Edición. Madrid España.
- SANABRIA ORTIZ, Rubén. (1999). Derecho Tributario e Ilícitos Tributarios. Gráfica Horizonte S.C. Cuarta Edición. Lima Perú.

CORRUPCION, UN FENÓMENO GLOBALIZADO

Eugenio Casas Durand *

«Una de las tareas más urgentes que debe resolver éste y todos los gobiernos del mundo es el gran problema de la corrupción. Este fenómeno es tan preocupante y de tanta importancia que no se podrá hablar de una verdadera democracia y una sana economía si no se erradica.»

* Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPT. Ex Juez Superior y Ex Presidente de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

I.- INTRODUCCIÓN:

Una de las tareas más urgentes que debe resolver este y todos los gobiernos del mundo es el gran problema de **la corrupción**. Este fenómeno es tan preocupante y de tanta importancia que no se podrá dar una verdadera democracia y una sana economía si no se erradica. Constituye un devastador cáncer social que genera decadencia, suciedad, desintegración, degeneración, envilecimiento, ilegalidad, ilegitimidad e inmoralidad.

La corrupción carece, pues, de escrúpulos, no tiene sentimientos, ni nivel cultural, ni sexo, ni patria, ni fronteras: «Vale más que un pordiosero honrado, que todos los malhechores coronados que hayan existido». Como lo dijera DIETER FRICH: **«La corrupción forma el círculo vicioso más perverso, siendo causa y consecuencia del subdesarrollo de las naciones».**

Los lazos y tentáculos de la corrupción esterilizan el Estado y destruye el tejido social, pues mina la base moral de la sociedad. La corrupción, además del daño a la víctima fomenta el poco aprecio, o aun, el desprecio a las leyes y a las autoridades y genera un cáncer que enferma todo el cuerpo social.

Crear una conciencia ética debería estar en la base del combate a este fenómeno, una de las medidas como lo sugiere Vito Tanzi, —un experto en el tema—; es **«reducir las oportunidades de involucrarse en ella»**, y para esto es necesario acotar el papel del gobierno en la economía.

Existe una conciencia de que los ingentes problemas de nuestro tiempo no van a solucionarse únicamente con el recurso a las leyes y a los preceptos jurídicos, y tampoco solo mediante procesos psicológicos o sociológicos. Se pueden multiplicar las leyes y los reglamentos en todos los niveles, pero si no existe conciencia ética, no serán acatados. Esto ya lo reconocía el pueblo romano; *quienes sostenían: «¿para que sirven las leyes, si no existe moral?».*

En efecto solo la fuerza ética y moral que otorga el hecho de estar convencido de actuar conforme a derecho y de que realmente sea así, confiere el apoyo necesario que nos permite ser

auténticamente nosotros y no claudicar jamás éticamente, ya que todos los seres humanos tenemos potencialidades de corrupción.

Todos queremos una sociedad y ciudadanos limpios, y para ello se hace necesario recobrar los valores éticos, sembrando semillas honestas. **En esta lucha estamos comprendidos todos, la sociedad civil y todos los estados del mundo, por ser un fenómeno globalizado.**

II.-SIGNIFICADO DE LA CORRUPCION:

La etimología de la palabra corrupción es muy significativa, proviene del verbo latino *rumpere*, romper aplastar, arruinar. **«Corruptere»**, puede traducirse por hacer estallar y alude a algo que se pudre, que se hecha a perder. Algunos autores la definen de la siguiente manera:

Meny: Corrupción es un intercambio oculto, secreto que permite acceder a recursos que el respeto de las reglas y procedimientos no habría permitido obtener.

Johnston, lo identifica con el abuso del rol público en beneficio privado, de modo tal que infringe la ley.

De la Porta: lo considera como el cambio de dinero u otros bienes materiales, por un tratamiento privilegiado por parte de funcionarios públicos.

Bon Bryme; la corrupción acompaña a todas las organizaciones políticas, por ser planta de floración espontánea en todo tiempo y lugar.

Werner Bergengrun: es la gran contradicción del mundo; las manos limpias no son fuertes, las fuertes no pueden permanecer limpias.

Corrupción es la acción de dañar, pervertir depravar y echar a perder manipulativa y utilitariamente a alguien con propósitos malsanos, alterando y trastocando su identidad, propiciando, consciente o inconscientemente, la complicidad en el logro de esta finalidad.

Corrupción, también, es aquel comportamiento o conjunto de conductas que rompen o

transgreden las normas morales o jurídicas con el propósito de obtener un provecho ilícito, sea en la esfera privada o pública, mediante la colaboración o conquista de la conciencia de otro.

Algunos —con una visión más ligera— la conciben como un fenómeno autónomo, típico, de comportamiento disfuncional, cuya presencia debe ser analizada a partir de determinados niveles de tolerancia posibles, por encima de los cuales recién resultaría preocupante.

Samuel Pepys, Lord del Almirantazgo Británico (1633-1703), consideraba que el soborno, era por excelencia una de las formas más comunes de corromper, y que este podía aceptarse desde el momento en que se deslizaba discretamente «por debajo de la mesa» (...) *Sobres rojos* en China, *bakshish* en los países árabes, *matabiche* en África Central, *payola* en Filipinas, *coima* en América Latina, etc. Las palabras para designar la corrupción son innumerables.

III.- ESTRUCTURA MORFOLOGICA:

La práctica corrupta se caracteriza por una estructura triangular: **a) El corruptor**, quien ofrece un servicio o un bien ilegal a cambio de una prestación ventajosa e ilícita, **b) El corrompido**, funcionario o autoridad de organización privada, que utiliza su posición privilegiada para obtener un beneficio en perjuicio de otro; **c) un tercero**, que es la víctima, un particular, sociedad o empresa.

La expresión corromper, siempre reconoce la presencia de dos participes en el acto, que se corresponden con dos espacios o esferas; **el corruptor y el corrupto**; la fuerza que corrompe y aquella cosa, persona o proceso sobre el que recae y que en definitiva, es lo que se hecha a perder, se pudre, se corrompe. Y finalmente el tercero; que si bien es cierto no participa activamente en este proceso, se convierte en la víctima, quien sufre las consecuencias de la acción de los primeros —corruptor y corrupto—.

IV.- CAUSAS DE LA CORRUPCION:

Son múltiples sus factores;

I.- Atendiendo a su proximidad o lejanía; tenemos **a) causas próximas;** y **b) causas**

últimas o remotas, referidas éstas a la condición de la flaqueza humana.

2.- En razón a los elementos que lo determinan o facilitan; **a) causas morales,** por la pérdida de los valores éticos; **b) causas jurídicas,** insuficiencia legislativa, imperfección de los controles, defectuosa organización de la administración, hipertrofia de la burocracia, insuficiente remuneración de los servidores, facilidad con que opera la delincuencia organizada y transnacional, imperfecto funcionamiento del sistema judicial, entre otros; **c) causas económicas,** monopolios, concentración del poder económico, desaparición de controles a los movimientos de capitales, mundialización de la economía; **d) causas políticas,** concentración del poder político.

LAMO DE ESPINOZA, considera tres causas de corrupción; **a) Económicas;** condición necesaria y guarda relación con la rápida emergencia de un estado regulador de la actividad económica; **b) Cultural,** se debe a la supervivencia de éticas aristocráticas que desprecian la economía y son capaces de diferenciar el comportamiento ético del no ético; **c) Políticas,** que responde a la concentración del poder.

Los grandes **flagelos sociales,** como: la pobreza, la miseria, el hambre, las enfermedades, la ignorancia, el desempleo, falta de vivienda adecuada, el narcotráfico, el lavado de activos, las carencias sociales, sobornos, avance de la criminalidad, el terrorismo, comisiones ocultas, las mafias, cajas negras, paraísos financieros, entre otros; constituyen una de las principales causas del origen de este fenómeno a nivel mundial, siendo una de las principales la pobreza y la miseria, no sólo material sino también espiritual —que es enorme— generándose una abismal diferencia entre el que tiene todos los beneficios y/o recursos —como es el caso de EE UU, Francia, Italia, etc.— y el que no los tiene —como la India y algunos países del Africa—. De ahí que la clase media y la económica alta de poder indiscutible, no están excluidas en absoluto, a pesar de sus privilegios, de caer en la corrupción.

En estudios realizados en la sociedad peruana se perciben dos elementos que sobresalen como rasgos preocupantes; a) la irresponsabilidad, el

abuso, la ausencia o carencia en una sociedad sin padre o con un padre que genera una identificación desnaturalizada, desvirtuada desafectiva deshumanizada y ni que decir desvinculada del amor, de la otredad, del cariño y el respeto por la mujer y los hijos. Y por otro lado, b) la presencia de elementos de clases pudientes cuyo interés es mantener sus propios beneficios con una triste y pobre sensibilidad social y con un egoísmo exacerbado y voraz.

Lamentablemente estos son dos aspectos muy penosos que tendríamos que ir modificando a través de una educación revolucionaria y realmente indispensable de los valores de la ética. De ahí que en el Perú de nuestros días la frase **bien común**, se sienta como existente.

La pérdida de valores experimentada durante el régimen corrupto de los años noventa, generó desconfianza entre los peruanos; el desconcierto condujo a la sociedad al resquebrajamiento, al desaliento y al caos.

La magnitud universal de la corrupción, vivida durante dicho periodo, ha trascendido y calado hondo en la opinión pública, provocando por su gravedad y extensión conmoción y auténtica alarma social. No olvidemos que quien corrompe pone en peligro la cultura, la ética y la integridad de su entorno social. En la sociedad corrupta se impone lo material a lo espiritual, existe una sobrevaloración de lo económico, una filosofía nociva de considerar al dinero, las influencias, las coimas, la mal llamada viveza criolla y la política de los fines justifican los medios, como los valores primordiales de la vida. Quienes participan de una sociedad, como esta, intentan salir de su pobreza material introduciéndose —dándose cuenta o no—, en una pobreza ética afectiva y emocional.

V.- CORRUPCIÓN Y SUS CLASES:

Son múltiples las clasificaciones de la corrupción. Entre ellas tenemos:

I.- Distinción Clásica; a) **Pasiva y activa**, según quien tiene el poder de decisión o quien solicita el comportamiento de manera contraria a sus obligaciones; b) **Privada y pública**; la pri-

mera se manifiesta en las relaciones *interprivatos*, la segunda, se desarrolla en el mundo de la política y la administración pública. Lo privado desplaza a lo público y el poder se pone al servicio del interés particular. El acto corrupto contraviene el ordenamiento legal, beneficia a un círculo restringido en detrimento del interés general; c) **Corrupción funcional**; se refiere al comportamiento de los agentes públicos.

2.- En función de la gravedad del fenómeno; HEIDENHEIMER, propone tres tipos de corrupción; a) **La Negra**, que implica graves violaciones de las reglas establecidas y concita rechazo; b) **La Blanca**, que forma las corruptelas y malos hábitos de difícil erradicación. Suele ser tolerada. c) **La Gris**, que tiende a ennegrecerse en las sociedades más puritanas y a blanquearse en las más permisivas.

De todas las clases de corrupción, sin duda una de las más perniciosas es la que se da en el ámbito jurídico. Así lo reconocían los romanos cuando sostenían: **corruptio optimi pésima**. En efecto, cuando el derecho que debería ser lo recto, el conjunto de reglas o normas que pretenden regular lo justo en la sociedad se tuerce, entonces se socava y se derrumba uno de los pilares que debe sostener la estructura social. Algunos sabios como; Séneca Tácito sostenían: **«Cuando más corrupto es un Estado, más numerosas son la leyes»**; Hobbes añadía: *«las leyes innecesarias no son buenas leyes, sino solo trampas para el dinero»*. Más pesimista, pero explicable ante la corrupción del derecho, es el comentario de Montaigne: *«sería mejor no tener ley alguna, que tener tantas como tenemos»*.

VI.- FASES DE LA CORRUPCION:

PAYNE; entiende la corrupción como un proceso y no como hecho concreto ya que atraviesa distintos estadios. A saber:

a) **Fase básica**, comportamiento de aceptar pequeños regalos o servicios; b) **fase de confusión**, genera una especie de adición que tiende a confusión, y; c) **corrupción absoluta**, estando en la fase de corrupción, puede ser posible el retorno a la fase anterior como a la fase de corrupción absoluta.

VII.- LOS CORRUPTOS MÁS GRANDES DEL MUNDO:

SANI ABACHA; ex presidente de Nigeria, utilizó empresas fantasmas a través de grandes bancos americanos suizos e ingleses y desvió varios millones de dólares congelados por la justicia después de su caída, al igual que **MOBUTU SESE SEKO**, del Congo África; **FERDINAND MARCOS**, de Filipinas; **SUHARTO**, de Indonesia; **SADAM HUSEIN**, de Irak, quienes durante su gobierno se apoderaron de varios millones de dólares producto de la corrupción; **IDI AMIN DADA**, quien dejó a su país Uganda en escombros producto de la corrupción; **CARLOS ANDRES PEREZ**, en Venezuela; **COLLOR DE MELLO**, en Brasil; **ALBERTO FUJIMORI** y su asesor presidencial, en Perú no se quedaron atrás. Así como, el famoso caso **WATER-GATE**, en EE UU, que causó la caída de Richard Nixon.

Por lo general cuando cae un régimen autoritario y desaparece la impunidad de sus dirigentes, la corrupción a gran escala sale a la luz, y esto nos produce estupefacción y espanto.

En el caso peruano ha adquirido tal nivel de malignidad que nos costó el 50% de nuestra posibilidad de desarrollo.

VIII.-FORTUNAS DE ORIGEN TURBIO:

En EE UU; en la encrucijada del siglo XX «los Barones Ladrones», esos gigantes de la industria y de las finanzas que controlaban la economía y a los políticos sin reparar en los medios.

EN FRANCIA; el mayor escándalo político financiero de las 5 primeras repúblicas; el proyecto del Canal de Panamá implicó que un centenar de ministros y parlamentarios bajo el apelativo de «talonarios de cheques», habían recibidos fondos ocultos a cambio de votar una ley a favor de un préstamo a gran escala para apoyar dicho proyecto

El caso de Stavisky; el tráfico de piastras, el gaullismo inmobiliario.

Otro caso de escándalo, fue el de; **Lockheed**

Aircraft-empresa americana; que pago sobornos a dirigentes holandeses, italianos japoneses y alemanes.

IX.- CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN:

¿Donde incide la corrupción básicamente? En deteriorar, enfermar, podrir —real y simbólicamente hablando—, con fines espurios y nefastos. La identidad corrupta elimina los valores creativos en favor de una ética legítima, auténtica de uno, del otro, del ambiente y de la sociedad.

La corrupción, causa enormes costos económicos, genera inestabilidad política y desconfianza en el sistema, pervierte el desarrollo económico, impide o dificulta el progreso de las naciones, lleva a la arbitrariedad, el desprecio de la primacía del derecho, aumenta el poder de la criminalidad organizada, propicia la desintegración social, destruye los fundamentos morales de la sociedad, atenta contra los derechos humanos y la dignidad de la persona, mina los cimientos del Estado, rompe el vínculo de fidelidad de gobernantes y gobernados, y socava los fundamentos de la democracia, porque, llega muchas veces al corazón del poder. La gran corrupción mina los principios democráticos occidentales e impide el desarrollo de los países pobres y su libertad política.

La gran corrupción es una injusticia, porque provoca pérdida de riquezas, favorece la formación de bolsas de dinero negro y de remuneraciones paralelas en la cúpula de las grandes empresas. Destruye la confianza necesaria para la vida económica. De ahí que algunos estudiosos del tema consideren que; «La prosperidad de un país, es inversamente proporcional a su nivel de corrupción; es decir, a mayor corrupción de cada uno de los habitantes, menor riqueza, industria, ciencia. Por el contrario, a menor corrupción, mas libertad, bienestar y felicidad».

Y no dejan de tener razón, sino, analicemos los resultados de las encuestas realizadas por Transparencia Internacional —con sede en Alemania—, sobre 102 países del mundo, 10 de los cuales resultaron los más corruptos del mundo, estos son: Bangladesh, Nigeria, Paraguay, Madagascar, Angola, Kenia, Indonesia, Azerbayán, Uganda,

Moldavia. Y entre los países más honestos tenemos a; Finlandia, Dinamarca, Nueva Zelanda, Islandia, Singapur, Suecia, Canadá, Luxemburgo, Holanda y Gran Bretaña.

X.- LA CORRUPCIÓN EN LAS ESFERAS DEL PODER:

Las experiencias como las vividas por los peruanos entre 1985 y el 2000 nos llevan a constatar que el poder y la política mal concebidos y aplicados pueden conducir a una sociedad a extremos nunca imaginados de deterioro en todos los planos de la vida y originar un alto grado de sufrimiento para la mayoría de los ciudadanos.

Es bueno hacer un análisis de estos aspectos para saber que hacen quienes ostentan el poder político económico o financiero en un momento determinado, y que después se parapetan en el mismo o se prevalecen de él para atacar a aquellos que como los jueces o fiscales se atreven a investigarlos, por que en el ejercicio de su cargo han delinquido apropiándose de fondos públicos, distrayéndolos de su destino, favoreciendo a otros para que lo hagan o se enriquezcan, ejecutando acciones venales, aprobando contratos fraudulentos, haciendo uso de información privilegiada, realizando negocios prohibidos, financiando irregularmente a un partido político, corrompiendo a funcionarios, creando sociedades fantasma, etc.

Lamentablemente comportamientos como éste se han producido siempre, pero no en un grado tan sofisticado como el que fue llevado adelante por las dos mentes perversas que nos gobernaron a partir de 1990, mentes exacerbadamente ambiciosas, corruptas y controladoras.

Corruptos como estos, delincuentes y sus cómplices, los más sofisticados de la historia, procuran no dejar huella alguna de sus fechorías, pero como dijera Bernardo de Toledo: *«oculta vivió la corrupción en las entrañas del poder que la alimentaba, pero se extendió por su interior y lo invadió todo. Entonces el abultado vientre se abrió y vomitó al exterior la gusanera que albergaba»*. Así sucedió en el año 2000, cuando un «Vladivideo», desenmascaró al régimen Fujimori-

Montesinista, haciéndose pública la crisis institucional y moral más profunda y perturbadora que haya sufrido nuestro país.

Fujimori, el maestro del fraude, captura el poder por intereses privados con el apoyo de Montesinos su monje negro, cuyo equívoco fue enamorarse tanto de su propio poder que se sentía obligado a filmarlo.

En la época de Fujimontesinista, la política, la justicia y los negocios, no se decidían en el parlamento ni en la casa de gobierno, ni en el poder judicial, ni en la Bolsa de Valores de Lima, sino en la intimidad de la histórica salita del SIN.

Se produjo la compra de medios de comunicación y la línea periodística por varios miles de dólares a cambio de tener buena prensa para el régimen y darle mala prensa a los opositores. Nuestro país a raíz de dicho episodio, adolece de serias heridas morales, la postración ética a la que nos sumió el fujimorismo todavía nos hace sentir sus secuelas.

Que terrible para la juventud y para nuestros hijos tener una imagen tan penosa y degradada de la conciencia moral peruana. Felizmente hemos podido constatar que en nuestro país existen instituciones, los jóvenes, la iglesia, los trabajadores, los maestros, algunos intelectuales y también miembros del ejército peruano que han expresado su indignación y su decepción frente a este gobierno —el de Fujimori y Montesinos— tan corrupto y desvergonzado.

En una sociedad como la nuestra que ha estado sometida a privaciones y vejámenes —como las antes señaladas—, es tarea urgente replantear el papel que les toca desempeñar a los líderes políticos. Estos deben construir ideologías, pero nunca más de falsa conciencia, **«la ética debe volver a ser un componente fundamental en el desempeño político y en el ejercicio del poder»**.

No olvidemos que la **omisión o la inactividad** por parte del Estado y sus instituciones en la lucha contra el crimen organizado y los fenómenos asociados como la corrupción, es tanto como **potenciar** los mismos.

El gobierno actual, no puede caer en el relajamiento y en una hipocresía de seudobondad, que en el fondo no sería sino una perturbación de arreglos y acomodos vergonzosos. No podemos permitir **LA IMPUNIDAD** ni el olvido bajo el pretexto de fomentar la unión de los peruanos, ya que esta no sería tal sino más bien, un acomodo hipócrita y falso para perpetuar la corrupción.

Sin embargo, tampoco podemos actuar con el propósito de venganza o cacería de brujas. Reprimir no es un ideal para nadie, y la figura del justiciero nos inspira una legítima desconfianza, como lo dijera Eva Joly en su libro; *Impunidad: «Aquel que quiere hacer de ángel, hace de bestia»*.

XI.- CORRUPCIÓN COMO FENÓMENO GLOBALIZADO:

La globalización económica y revolución tecnológica han cambiado profundamente nuestros puntos de referencia. Sin límites sin normas, en silencio, la gran corrupción se ha ido extendiendo al riesgo de hacer estallar nuestras democracias y de destruir la confianza, ese ingrediente indispensable para toda acción política.

El mercado global ha permitido, la aparición de una corrupción global. Las desigualdades de los ingresos han aumentado en la cara oculta del poder.

Mientras que la globalización ha permitido la libre circulación de capitales, la justicia financiera queda limitada por fronteras que no existen para los delincuentes. La soberanía de ciertos estados bancarios protege, de manera deliberada, la opacidad de los flujos delictivos. Lógicamente los beneficiarios de la gran corrupción no hacen nada para mejorar la situación.

Nos encontramos así con mercados globalizados con actividades financieras mundiales con empresas multinacionales para los que han desaparecido las fronteras. Pero también nos hallamos frente a fenómenos como el crimen organizado, y dentro del mismo principalmente, el tráfico de drogas, el terrorismo el blanqueo o lavado de dinero, la criminalidad económica, el fraude fiscal y la corrupción. Es decir no se ha ofrecido una respuesta de alcance equivalente en tiempo real

con normas adecuadas en los ámbitos local y multilateral para disminuir los efectos de estos fenómenos.

Antes de que el mundo anulará sus fronteras en pro de un desarrollo económico financiero voraz y mal entendido como progreso, la corrupción existía, pero desde entonces se ha arraigado con mayor fuerza y se ha ido extendiendo hasta convertirse en una amenaza global frente a una especie de letargo de años de las instituciones, con una complicidad que extiende su manto de sospecha sobre aquellos que tenían la obligación de detectar y eliminar el problema o de reducir sus efectos y no lo hicieron.

A los ojos de la historia, nuestra generación cargará con la responsabilidad de haber dejado desarrollar, en la estela de la globalización, gérmenes letales para la democracia —como la corrupción y el crimen organizado—. La banalización de la corrupción es de hecho el reverso de una sociedad mercantilista en donde el dinero tiende a convertirse en el único criterio de valor y en el único horizonte del individuo.

XII.- ESTRATEGIAS PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN:

La corrupción, sinónimo de decadencia, suciedad, desintegración, degeneración envilecimiento, ilegalidad, ilegitimidad e inmoralidad, requiere ser combatida y; para ello debe tomarse en cuenta ciertas estrategias, como:

- 1.-Desalojarla desde donde se encuentre por medio de programas y campañas: contar con una unidad especializada y multidisciplinaria de análisis de la corrupción.
- 2.-Establecer cuerpos y comisiones anticorrupción: crear una comisión especial de lucha contra la corrupción.
- 3.- Expedición de medidas legales, administrativas destinadas a destruir la corrupción, medidas que representen una suerte de vacuna moral, ya que la corrupción es como un microbio que infecta a todos los que no tienen buenas defensas morales.

- 4.- Estrategias para exaltar la responsabilidad administrativa del poder, pues cuando la autoridad es muy débil la impunidad prima.
- 5.- Leyes apropiadas, el legislador debe adelantarse dictando leyes de prevención y no de sanción.
- 6.- Vigilancia ciudadana y continuada: necesidad de promover la denuncia de hechos corruptos, crear medios para contrarrestar la intimidación.
- 7.- Hacer más atractivo, el trabajar en el sector público.
- 8.- Eliminar los privilegios de los lobbies.
- 9.- Aumentar la transparencia en la asignación de recursos públicos.
- 10.- Campañas educativas generalizadas.
- 11.- Declaración de ingresos y rendición de cuentas.
- 12.- Crecimiento ético de las personas, ya que la honradez constituye el mejor antídoto contra la corrupción.

XIII.- ¿QUÉ HACER FRENTE A ESTE FENÓMENO?:

Cuando a Víctor Hugo le preguntaron maestro, ¿Qué podemos hacer para combatir la corrupción?, el contestó: «Hagan escuelas».

Y en definitiva el maestro tenía razón. La preparación desde la infancia mediante una asignatura de defensa de la democracia, además de conveniente, generaría el interés y la necesidad cívica de defenderla como algo insustituible y necesariamente limpio, cuyo quebranto debe ser sancionado sin contemplaciones. En la vida pública no pueden tener cabida ni los comportamientos corruptos ni su encubrimiento.

Para erradicar este fenómeno tan negativo y dañino para la democracia son necesarias medidas quirúrgicas certeras, aplicadas con precisión en las partes afectadas. Pero lo que se precisa sobre

todo, como valor de revitalización de la sociedad civil, es la recuperación e instauración de una cultura de la ética política, es decir la actitud íntima y decidida de acabar con dicho fenómeno y de no ampararlo ni justificarlo ni encubrirlo.

Debe ser prioritario darle un predominio cultural a la televisión y a los otros medios de comunicación masivos para favorecer el conocimiento auténtico y el desarrollo de una conciencia crítica entre nuestros ciudadanos; ello será el mejor antídoto contra una manipulación fraudulenta y utilitaria de programas que expresan no solamente estupidez sino desvergüenza. Debemos luchar por restituir en nuestra sociedad valores como la libertad, la independencia, la responsabilidad, la autonomía, la otredad, la autenticidad, el amor, el coraje y la integridad.

No permitamos que la impunidad actual beneficie por más tiempo a los mafiosos y a los protagonistas de la corrupción ni asistamos sin reaccionar a la corrupción del sentido de nuestras leyes por la soberanía artificial de algunos territorios que obtienen su prosperidad del crimen y del fraude. Todos tenemos cada cual en su lugar, y de acuerdo con su destino individual, de hacer que el mundo sea un poco mejor.

Debemos comprometernos en buscar un mundo mejor, más honorable y sobre todo más habitable en beneficio del conjunto de la sociedad. Pues en la lucha contra la gran corrupción no intentamos destruir a los hombres intrínsecamente malvados, sino restablecer el equilibrio entre el más débil y el más fuerte.

XIV. BIBLIOGRAFÍA:

1. Centro de Pensamiento Político Milenio. Narcotráfico, Política y Corrupción, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia 1997.
2. Colegio de Abogados de Lima. Reforma del Sistema Judicial en el Perú. Aportes a la Reforma del Sistema Judicial en el Perú, 7 autores (Congreso Internacional), enero 2004
3. Deontología Jurídica, Editorial Trillas, Año 2004, México.

4. FERRERO COSTA, Raúl. La Gobernabilidad. Escritos y participaciones, Editora Jurídica GRJLEY, Lima Perú 2003.
5. GARZON, Baltasar. Un Mundo sin Miedo, Plaza Janes, Primera Edición, Argentina, Marzo del 2005, Editorial Sudamericana S.A.
6. HERNÁNDEZ BREÑA, Wilson. IDL, PUCP, Consorcio Justicia Viva, , Jueces para la Justicia y Democracia, Junio del 2003 Lima Perú.
7. HORTA VÁSQUEZ, Edwin de J. y Rodríguez Gallón, Víctor. Ética General, Bogotá, año 2003.
8. IDEELE (Revista del Instituto de Defensa Legal) En Defensa de la Lucha Anticorrupción, la Cia. y Montesinos, N° 162 /abril 2004 Director: Ernesto de la Jara Basombrío.
9. JOLY, Eva. Impunidad, la corrupción en las entrañas del poder. Primera Edición en Español año 2003, Impreso en Argentina.
10. LOAYZA GALVAN, Francisco. El Rostro Oscuro del Poder I (Referéndum) y II (Punto Final), Prologo: Cesar Hildebrandt, 1998 – 2000.
11. MINISTERIO DE JUSTICIA. La Enseñanza del Derecho en el Perú: Su Impacto sobre la Administración de Justicia, Luis Pasara, Lima , agosto de 2004.
12. PASARA, Luis Justicia Viva IDL, PUCP, Asociación de Jueces para la Justicia y democracia. Idoneidad en los criterios de selección utilizados por el Consejo Nacional de la Magistratura USAID, abril del 2003.
13. PEÑA, Saul. Psicoanálisis de la Corrupción, Editorial Peisa, año 2002, Lima Perú.
14. PEÑA CABRERA, Raúl A. Comentarios a la legislación Anti-corrupción, (Ley de Colaboración eficaz, Medidas Limitativas de Derechos a nivel de investigación Preliminar), Ediciones Legales SAC Lima Perú 2002.
15. RAMÍREZ ERAZO, Ramón. Los Jueces de Montesinos, La mafia (Red) Fujimontesinista en el Poder Judicial 1990-2000, Lima Perú, Junio 2002.
16. REYNA ALFARO, Luis Miguel. Comentarios a la Legislación Anticorrupción, Jurista Editores, Lima Perú, 2003.

LA POLÍTICA Y EL DERECHO EN LA CULTURA AYMARA

Miguel Monroy Huanca *

«En el presente trabajo el interés que tenemos es de conocer los cambios que ha sufrido la organización política de la cultura aymará. Esto por el proceso de las migraciones internas en el Perú, cambios que repercutieron tanto a nivel interno como externo».

* Profesor principal de la UNSA. Post Grado PUCP. Antropólogo.

INTRODUCCIÓN

Los antropólogos y los politólogos están, interesados en conocer la organización política de los grupos tribales, comunidades campesinas, etc.; pero el enfoque antropológico revelan variaciones sustanciales de poder, autoridad y sistemas legales en las diferentes culturas; sin embargo, los estudios etnográficos de muchos lugares han revelado muchas correlaciones entre la economía y la organización social y política.

Toda sociedad por más pequeña que sea siempre requiere de alguna forma de gobierno, y las decisiones están concentradas en jefes, consejo de ancianos, grupos mandatarios, además del andamiaje legal prevaleciente en el país para la toma de decisiones de una comunidad.

En el presente trabajo el interés que tenemos es de conocer los cambios que ha sufrido la organización política de la cultura aymará. Esto por el proceso de las migraciones internas en el Perú, cambios que repercutieron tanto a nivel interno como externo.

El sistema político de los aymarás es culturalmente dual; es decir, que por una parte tiene sus propias autoridades, tradicionales elegidas por los integrantes de la comunidad, denominado teniente gobernador, «Jilakata o Marini» por otro lado están las autoridades que representan al aparato estatal como es el gobernador o el sub prefecto. En la cultura aymará la organización política está basada en normas y valores, los cuales son cumplidos y representados por todos los integrantes de la comunidad para su mejor desarrollo. La elección se realiza anualmente y es acompañada con una serie de actos rituales.

El primer avance de la investigación se ha realizado en el departamento de Puno provincia de Moho, en los distritos de Vilquechico, Conima, Rosaspata y Ninantaya, los métodos y técnicas aplicadas fueron desde el inicio la observación participante, la selección de personas que pasaron el cargo, como las autoridades tradicionales en plena vigencia y la entrevista seleccionando a integrantes de las comunidades.

I. REQUISITOS PARA SER «MARANI» O «TATA MALLKU»

El gobierno de la comunidad está representado por dos tipos de autoridades: Una autoridad tradicional denominada «*Marani o Tata Mallku*», y la otra integrada por las autoridades nacionales. Los primeros de origen ancestral que tiene su alcance de poder sólo en el pueblo y la comunidad, que se cumple vía la costumbre y deber social. La otra autoridad nacional que está impuesta por los representantes del gobierno a través del gobernador del distrito, la cual está subordinada al subprefecto de la Provincia.

El *marani o tata mallku* (caballero o padre que tiene el cargo para todo el año y que tiene mucha experiencia) es una autoridad elegida por los integrantes de la comunidad. Para ser elegido tiene que pasar por una estratificación de sistema de cargos desde el momento que contrae el matrimonio.

Para su elección se realiza una asamblea comunal, donde se escoge a la persona que cumple los requisitos para ocupar el cargo de *marani o tata mallku*. La elección se realiza por una votación donde participan varones y mujeres de la comunidad.

Para ocupar el cargo, se debe ostentar (tener) los siguientes requisitos:

- a. Ser mayor de edad.
- b. Ser casado.
- c. Tener residencia permanente.
- d. Haber pasado por diferentes cargos dentro de la comunidad.
- e. Haber pasado como alferado 3 a 4 fiestas religiosas.

La elección de la autoridad se realiza el primer domingo del mes de diciembre, para entrar en el ejercicio de sus funciones el primero de enero. Esta fecha se encuentra prevista desde la ordenanza del Virrey Toledo de 1572.

El *marani* tiene que tener otras autoridades menores que le acompañan en el transcurso de su periodo de gobierno; y estos son: el agente municipal, comisario, teniente escolar, teniente campo y presidente de parcialidad, los cuales se eligen con mucha anterioridad en el mes de octu-

bre antes del sembrío. Una vez completado todo el equipo de autoridades tradicionales, de inmediato se comunica al gobernador del distrito, para coordinar e informar para su respectiva juramentación.

Las autoridades tradicionales que representan a la comunidad son:

- a. «Marani o Tata Mallku»
- b. Agente Municipal
- c. Teniente Escolar.
- d. Presidente de Parcialidad.
- e. Comisario.
- f. Teniente de campo

El «Marani» en retribución a su mandato recibe por la comunidad, los trabajos de servicio doméstico, trabajos agrícolas y otros para que de esa manera pueda cumplir sus objetivos sin ningún inconveniente.

2. JAQUECHASIÑA

Después de asumir al máximo cargo y de haber comunicado al gobernador de distrito, el último domingo de diciembre juramenta ante el gobernador, donde es felicitado, por todos los integrantes que los acompañan. En agradecimiento a la confianza que depositaron en su persona, el «Marani» organiza una fiesta y un banquete el mismo día de su juramentación, donde pueden adelantar algunos acuerdos en beneficio de la comunidad.

JAQUECHASIÑA (formar un nuevo hogar con mucha responsabilidad) en este caso está asumiendo un cargo nuevo que debe cumplir sin ningún interés personal una vez pasado el año nuevo, el «Marani» para fortalecer su poder, y para ser reconocido por todas las parcialidades que integran un ayllu, la segunda semana de enero tienen que visitar cada estancia, día a día; abarcando toda la jurisdicción de su comunidad. Lleva para invitar a los integrantes de cada estancia, coca, alcohol, y flores. Esto dura todo el mes de enero. El periplo culmina en la capital del distrito. En su comitiva la autoridad mayor inmediata que es el comisario, lleva para invitar a los anfitriones, la visita servirá para conocer más de cerca los problemas internos de cada estancia, para de esa manera elevar su plan de trabajo de corto, mediano y largo pla-

zo durante el año que le toca gobernar en su comunidad.

3. FUNCIONES QUE DEBE CUMPLIR

Una vez asumido el cargo y reconocido en sus integridad por los integrantes de toda su jurisdicción las funciones que debe cumplir son internas y externas.

En lo concerniente a lo primero:

- a. Representar a la comunidad
- b. Solucionar los conflictos internos que existen entre familias
- c. Velar por la comunidad, tanto en el aspecto educativo, social, cultural, político y económico.
- d. Cuidar a través de sus autoridades menores las propiedades (animales y pasto).
- e. Arreglar los medios de comunicación.

En la función externa tiene que estar en constante relación con el gobernador de distrito, para informarle los problemas de mucha gravedad que no puede resolver dentro de la comunidad. Su obligación es asistir todos los domingos a la reunión que convoca el señor gobernador. En retribución a esto, recibe las informaciones o ayudas que podría brindar el Estado en beneficio de su comunidad, el cual informará a sus integrantes para tomar acuerdo inmediato y poder organizarse internamente.

4. FIESTA EN MEMORIA A LA AUTORIDAD SALIENTE

Después de haber cumplido el deber de servir a la comunidad como autoridad tradicional, el día de año nuevo se realiza una fiesta en la capital de distrito en agradecimiento a su labor hacia la comunidad, fiesta en la que participan todos los integrantes de la comunidad, al ritmo de los conjunto de músicos de pinquillos y tarkas .

Para la realización de la fiesta de agradecimiento toda la comunidad tiene que cotizar con dinero, para comprar todos los objetos y bienes de consumo, pues la autoridad saliente va ser retribuida.

De muy temprano el día de año nuevo, encargan a dos personas llamados «servicios» los que van a

preparar la vestimenta que van a utilizar para bailar, consta de un poncho color rojizo, el cual está adornado y cosido con panes, bizcochos, atún, plátano, cebolla, coca cola, frutas, etc. De la misma manera a la esposa de la autoridad saliente llamada «Talla», tienen que prepararle un mantón adornado con objetos y bienes de consumo así como: ollas, sartenes, cucharones, panes, frutas, coca cola, bizcochos y cebolla.

La fiesta empieza aproximadamente a las 10: 00 a.m. Se organizan dos filas, una de mujeres y otra de varones, y el lugar que ocupan las autoridades es entre el segundo y el tercer lugar de la fila. Todos agarrados de las manos en forma de un coche; se dirigirán para dar una vuelta integra a la plaza principal. El baile demuestra mucha alegría tanto a la autoridad saliente, como a los acompañantes, el primero por haber cumplido satisfactoriamente su mandato, el segundo como un orgullo frente a los demás de la comunidad en forma de agradecimiento y unidad de la comunidad. Una vez culminada la primera vuelta de baile por parte de la comunidad, los ahijados de matrimonio y bautizo, que acumuló durante su mandato comienzan a bailar de la misma manera. Con ponchos diferentes los adornos y objetos se ofrecen de acuerdo a la condición económica de cada ahijado. Hemos podido observar por ejemplo que uno de los ahijados había preparado una frazada moderna convertida en poncho, el cual estaba adornado y pegado con una serie de billetes de diez dólares y moneda nacional de cincuenta soles, por lo tanto, la autoridad saliente ingresará a la plaza varias veces con diferentes ponchos de acuerdo al número de ahijados.

Esta forma de retribución por parte de los ahijados, es por el gasto del padrino en el momento de su matrimonio; acontecimiento que generalmente dura una semana. Culmina la fiesta en horas de la tarde. Se retiran a la casa comunal del pueblo llamado «UTARAYA» (la casa del pueblo), de donde posteriormente se retirarán a cada una de sus lugares de origen.

5. REESTRUCTURACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA

El Perú en las últimas cinco décadas ha ingresado a un proceso de cambio demográfico, por el fe-

nómeno de las migraciones internas del campo hacia los diferentes centros urbanos. Migración que ha generado la reestructuración de la sociedad peruana, y a la vez ha trastocado a las diferentes estructuras sociales. Por tanto, las comunidades campesinas no han sido ajenas a estos cambios en su organización interna.

De una población mayoritariamente rural en 1940 (65%) pasa a una población predominantemente urbana hasta 1972 de (60%) aumentando su participación en 1993 (70%), la población urbana ha crecido mucho más rápido que la rural. Así las tasas de crecimiento de la primera en los periodos de 1940-1961-1981-1993 fueron de 3.7% y 2.8% respectivamente.

Las migraciones internas en las comunidades campesinas ocasionaron que en su mayoría sólo quedarán niños, mujeres, ancianos, por lo tanto, gran parte de la población económicamente activa se encuentra en el contexto urbano. En ese sentido, los requisitos que se exigía para asumir el cargo de autoridad tradicional, cambiaron dentro de la cultura aymará. Ya no es necesario tener la estratificación del sistema de cargos, por que hoy en día un joven sin ningún requisito puede asumir la función de autoridad, o en algunos casos las mujeres, están asumiendo los roles que el varón cumplía como autoridad en la comunidad.

La emigración no sólo cambia en los requisitos, sino también redujo el número de autoridades que tenía la comunidad. Hoy en día solamente tienen un teniente gobernador, un agente municipal y un presidente de la parcialidad, esta reducción se debe por que en la comunidad han disminuido los jefes de familia. Además los jóvenes de hoy manifiestan que no podrían asumir ningún cargo dentro de la comunidad, puesto que prefieren migrar a diferentes lugares por razones probablemente económicas.

En lo concerniente al «Jaquechasiña» diremos que si antes visitaba durante todo el mes de enero haciéndose conocer como autoridad en su jurisdicción, hoy en día la persona que asume el cargo de autoridad, sólo señala un domingo determinado para invitar y dar de beber a la comunidad, reconocimiento a la confianza que depositaron en su persona. Estos cambios están presen-

tándose muy aceleradamente.

6. MIGRACIÓN DE RETORNO COMO AUTORIDAD TRADICIONAL

El migrante por herencia posee tierras en su lugar de origen, pero por ausencia no las trabaja. Ellas están al cuidado de los parientes de relación consanguínea o de afiliación. Por tener estas propiedades y por no estar presente en cumplir las obligaciones de la comunidad, los integrantes de la comunidad le exigen al migrante que vive en el ámbito urbano, a pasar el cargo de autoridad tradicional a distancia denominado dentro de la cultura aymará. «SARNAKAÑA» (cargo a distancia). De no aceptar dicha propuesta en primer lugar, cuando retorne temporalmente puede recibir críticas, o de lo contrario la comunidad se puede apropiarse de sus tierras; y si tuviesen riego, pueden determinar no proveerles del líquido elemento para los sembríos.

Por eso, de alguna manera tiene que asumir el cargo que le está encomendando la comunidad, solamente con esta exigencia forzada están tratando de mantener la cultura política. Para asumir tienen que hacerse presentes en el momento de la elección y realizar todos los eventos iniciales que corresponde como futura autoridad, en algunos casos se queda hasta tres meses hasta que finalmente deja el cargo a algún familiar cercano, para que en representación de su persona pueda asumir todas las tareas que se trazan en las diferentes reuniones.

El inmigrante enviará a su sucesor cada cierto tiempo dinero y bienes de consumo para que pueda enfrentar los gastos necesarios en los diferentes eventos sociales y religiosos, y a la vez el sucesor estará en la obligación de resolver los problemas que se le pueden presentar durante su conducción. Este cargo político a distancia, es la modalidad nueva que está apareciendo dentro de la cultura aymará, por causa de las migraciones internas.

Consideramos que las migraciones no solo han

reestructurado la organización política, sino también han trastocado todos sus aspectos. En ese sentido, la comunidad se ha integrado de dos maneras: una en forma grupal y la otra, en forma individual. En la primera, porque gran parte de los integrantes de la comunidad han emigrado y ya no existen personas mayores quienes puedan asumir el sistema de cargos. En segundo lugar, el jefe de familia ya no está presente como conductor dentro de la familia nuclear ingresando a una ruptura familiar; por tanto, la mujer se ha visto obligada a asumir todos los roles del varón, situaciones que no ocurrían hace tres décadas atrás.

Por último quiero agradecer a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada-Tacna, por haberme invitado para presentar el trabajo de investigación científica de campo y diagnóstico-Aplicada. En lo glosado Uds. podrá encontrar la vigencia del sistema de gobierno de las comunidades campesinas, tan olvidadas y alejadas del Gobierno Central, Regional y Local; los programas sociales del actual Gobierno debe estar dirigida principalmente a estos sectores de la capa inferior en nuestro país, donde se da la discriminación y la desigualdad social, esperamos las críticas y comentarios que será positivo para un investigador social.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO BOURONGLE: Contribución al estudio de los aymarás y otros ensayos. 1981 Edit. Literatura y arte Lima.

DOMINGO LLANQUE: Historia y el Universo Aymará. 1981 Edit. CIED Lima.

DOMINGO LLANQUE: La Cultura Aymará. 1990 Edit. IDEA Chucuito Puno.

OBDULIA POLAR y otros: Pueblo Aymará: Realidad Vigente. 1991 Edit. Instituto Pastoral Andina Cusco.

SALVADOR PALOMINO: El sistema de Oposiciones de la Comunidad de Sarhua. 1981 Edit. Pueblo Andino.

REVISTA Alpanchis N° 5. Cusco.

LA GLOBALIZACIÓN Y LA DIDÁCTICA UNIVERSITARIA

Luis A. Lira A. *

Jorge Monroy M. **

«...la creatividad y la innovación científica en todas las ramas de la ciencia son cruciales para el desarrollo social, debe constituir el objetivo primordial del Estado a través de la educación universitaria, la cual forma a los educandos que construirán el futuro de cada nación, por ello se dice que la Universidad es una instancia que debe comprometerse con la producción y distribución del conocimiento...»

* Docente universitario

**Ex Docente universitario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPT. Ex Director de la Revista de Derecho.

RESUMEN:

En el presente artículo nos acercamos a tener una idea de lo que se entiende por didáctica universitaria, la aplicación en su desarrollo y las prácticas inadvertidas por los educadores, siendo el objetivo primordial y garantía del Estado la educación en todas sus formas y en especial la Universidad considerada como la instancia que debe comprometerse con la producción y distribución del conocimiento, variable relevante en la reorganización sociocultural.

INTRODUCCIÓN

En la época en que vivimos, una era avanzada de conocimiento científico y modernidad, donde la creatividad y la innovación científica en todas las ramas de la ciencia son cruciales para el desarrollo social, debe constituir el objetivo primordial del Estado a través de la educación universitaria, la cual forma a los educandos que construirán el futuro de cada nación, por ello se dice que la Universidad es una instancia que debe comprometerse con la producción y distribución del conocimiento, variable relevante en la reorganización sociocultural.

El ámbito de estudio que ocuparemos en este trabajo es la Universidad y la didáctica empleada en su desarrollo, así como la relación existente con el docente y el alumno, en este entender la formación tiene la complejidad de implicar al sujeto en su totalidad, convergiendo tanto una síntesis de su historia personal, vincular y social como una trayectoria de aprendizajes, que las personas aprenden más o menos según sus capacidades innatas, olvidando otros aspectos como el interés, la motivación, el nivel de accesibilidad de la información, el contexto, el momento y la forma de su presentación, la distribución del tiempo, comprendido en primer plano que la didáctica es una disciplina independiente, que sistematiza los conocimientos sobre una parte del objeto de Pedagogía, y que se logran en conjunción a otras ciencias pedagógicas y con sus principios y orientaciones que provienen de las teorías psicológicas del aprendizaje y de la motivación, principalmente; de los aportes de la sociología y de otras ciencias sociales.

Asimismo la didáctica puede ser considerada como el conjunto de conocimientos que permiten a quienes la estudian, llevar a cabo el arte de enseñar. La didáctica ofrece conceptos sobre el proceso de enseñar y de aprender (enseñanza-aprendizaje) y, por ende, sobre el profesor y el alumno. Recupera explicaciones, principios y orientaciones de aprendizaje y de enseñanza que hay que tomar en cuenta para facilitar el aprendizaje de los alumnos. La didáctica también recupera explicaciones de los aportes sobre planeación de procesos educativos para prever y organizar los contenidos, habilidades, destrezas, actitudes, valores que han de «enseñarse y aprenderse»; el establecimiento de propósitos, objetivos y/o metas a lograr en un ciclo y nivel escolar; la aplicación e innovación de métodos, técnicas, materiales didácticos y las estrategias de aprendizaje y enseñanza necesarias en un proceso educativo. También toma en cuenta los aportes de otros estudios en educación como las teorías de los grupos de aprendizaje; los métodos educativos o pedagógicos; la comunicación educativa y los que tienen que ver con la evaluación de procesos educativos.

Desde otro ámbito la tarea universitaria descansa en función a: docencia, investigación, difusión y preservación de la cultura. Estas funciones realizadas de forma coordinada llevan a las instituciones de educación superior no solo a conservar, preservar y difundir el arte, los conocimientos y costumbres, sino a promover el avance de los mismos y convertirse en focos de desarrollo tecnológico, científico, económico, político y social.

Asimismo como factor importante en este desarrollo está la función del profesor universitario como docente, investigador, difusor y preservador de la cultura. La función del profesor debe ser analizada desde la concepción del mismo, como un especialista de alto nivel dedicado a la enseñanza y miembro de una comunidad académica. El profesor universitario, debe ser una persona profesionalmente dedicada a la enseñanza, que necesariamente comparte con los profesores de otros niveles funciones básicas orientadas a que otras personas aprendan.

En segundo lugar, es un especialista al más alto nivel en una ciencia, lo cual comporta la capaci-

dad y hábitos investigadores que le permiten acercarse, y ampliar las fronteras de su rama del saber. En tercer lugar, es miembro de una comunidad académica, lo que supone la aceptación, y conformación de la conducta, a un conjunto específico de pautas, valores y actitudes que, de alguna manera, reflejan una determinada percepción de la realidad que caracterizan y dan sentido a una forma de vida.

Por otro lado es menester manifestar que los diferentes niveles de sistematización que han alcanzado los contenidos de la didáctica como resultado de la investigación en ámbito universitario sobre su objeto de estudio, el proceso docente, ha devenido tendencias y corrientes que describen el cuadro de esta ciencia, evidenciándose tendencias bien marcadas y otras que se constituyen aspectos contractivos.

Los principios didácticos como expresión de un determinado nivel de elaboración de la didáctica no han escapado a este enfoque tendencial, es por ello que se pretende socializar las conceptualizaciones, fundamentaciones y concepciones generales que se tienen sobre los principios didácticos.

En nuestro medio el nivel universitario no sólo origina la salida de profesionales de las diversas tecnologías, sino los dirigentes y responsables del futuro, y por ello es imprescindible que la universidad impulse el desarrollo de las humanidades y que forme para que las tecnologías se utilicen al servicio de la humanidad y no a la inversa.

Uno de los problemas básicos de la universidad, es saber cuál es la actitud que debe adoptar la institución universitaria frente a los cambios y demandas sociales, cómo responder desde su propia autonomía y desde la responsabilidad para con la sociedad de la que forma parte.

b.- DESARROLLO DEL TEMA Y EL SABER DIDÁCTICO

El saber didáctico tiene una serie de características que lo identifican. Como es la praxis, que se refiere al comportamiento social que requiere deliberación sobre los medios y preocupación por los fines. Supone reflexión sobre su carácter y

consecuencias, por ello tiene carga ético-valorativa.

El práctico es un hombre prudente que procura obrar de manera adecuada, verdadera, justa en una situación socio-política dada. La práctica es espacio de deliberación y creación con arreglo a finalidad. Se guía siempre por una disposición moral a obrar correcta y justificadamente.

Por tanto la Didáctica es un discurso sobre un hacer que se compromete con la acción informada y prudente sometido a una vigilancia crítica y revitalizado por el compromiso con los valores educativos y sociales. Intenta orientar la determinación de fines y medios para la acción pedagógica, que se genera en una situación socio-cultural y política dada. En ese sentido comprendemos que la acción didáctica es una acción con sentido, orientada a fines, la didáctica se ocupa no sólo de la investigación empírica, con el propósito de establecer racionalidad, sino también de prescribir los fines cuyo logro es deseable y los medios más apropiados para alcanzarlos.

La Didáctica entonces se sitúa, entre un proyecto, un deber ser, una utopía y la práctica docente que tiende a su concreción. Es un saber sobre un hacer para lograr un deber-ser. Es una disciplina que interpreta situaciones de intervención social y propone criterios de acción con preocupación por los fines y así se impregna de valores y compromiso ético.

La Didáctica necesita para su elaboración de conocimientos sobre el fenómeno educativo en sus múltiples esferas (educación informal, sistema educativo, institución, salón de clase) y dimensiones, que le dan una explicación-comprensión de la práctica educativa en general e histórica-situacional. Así como un planteo socio-político-cultural, que al incluir valoraciones, ideología, deber-ser, se convierte en el parámetro para la selección, elaboración y valoración de los criterios de acción.

En un intento de síntesis de lo planteado podemos decir que, la Didáctica es una disciplina teórica-interpretativa-normativa, atravesada por valores, generadora de criterios de acción pedagógica que necesita del aporte de otras disciplinas

sobre lo educativo y de una finalidad educativa que la vincula con lo ideológico, con lo valorativo, que la ubica en la esfera del conocer-valorar.

PRINCIPIOS DIDÁCTICOS

Los principios didácticos sirven de fundamento a la enseñanza en todos los niveles educativos y para todas las disciplinas de enseñanza, son consecuencia del reflejo de una teoría específica del conocimiento y de las particularidades propias del proceso docente-aprendizaje.

Sistematizando algunas consideraciones sobre la conceptualización de los principios didácticos, se formula como las condiciones indispensables para toda enseñanza y como las reglas que nos brinda una configuración de principios didácticos, centrados en lo perceptual con sus respectivas reglas didácticas.

Los procesos didácticos a decir de algunos pedagogos, refieren la necesidad de penetrar en la esencia de los fenómenos desde el pensar abstracto los mismos que se fundamentan en la siguiente propuesta:

- Principio de la percepción sensorial.
- Principio de la asimilación activa y consciente de los conocimientos.
- Principio de la vinculación de la teoría con la práctica.
- Principio de la unidad de lo concreto y lo abstracto.
- Principio de la asequibilidad de la enseñanza.
- Principio de graduación y sistematización de la enseñanza.
- Principio del carácter científico.
- Principio de la solidez en la asimilación de los conocimientos.
- Principio del carácter colectivo de la enseñanza y control de las potencialidades individuales de los alumnos.

Estos principios constituyen expresión de las leyes que rigen en la enseñanza, poseen vigencia general, son esenciales y poseen cierto carácter obligatorio y sus relaciones se establecen en calidad de sistema; agrega que cumplen función gnoseológica y práctica y actúan como reguladores y normativas de la conducta heurística del maestro que tiene a su cargo la dirección de la

enseñanza, siendo reguladores del funcionamiento óptimo de los componentes del proceso.

Además estos principios didácticos son expresión de la concreción de las leyes generales de la enseñanza en correspondencia con los fines de la educación en cada etapa histórica concreta. Como resultado de la sistematización del estudio de otros sistemas de principios apuntan que algunos principios didácticos fueron identificados desde la teoría del conocimiento científico, sin una relación coherente con las regularidades del proceso docente, perdiendo de esa manera valor práctico en la dirección del proceso.

Empero estos principios no interesan en cuanto a cantidad, ni la forma en que sean formulados, sino debe considerarse los criterios a tomar como la necesidad de que el sistema de principios debe atender a las leyes esenciales de la enseñanza, para alcanzar su suficiencia.

b. TAREA DE LA DIDÁCTICA EN LA DOCENCIA UNIVERSITARIA

Una Universidad moderna, adecuada y líder, con relación al perfil de profesionales que están ingresando para el mundo del trabajo. Las estructuras, funciones, objetivos, métodos y estrategias de trabajo usuales todavía en la universidad no responden convenientemente a las que se precisan en el ejercicio del trabajo.

Y dentro de este entorno, los profesores deben asumir como parte de su perfil, además de las competencias científico-metodológicas (perfil científico-técnico), las competencias que le exigen la tarea docente: planificar, ejecutar y evaluar (perfil didáctico). Así, el profesor ha de ser un conocedor de la disciplina que desarrolla, un especialista en el campo del saber, permanentemente abierto al camino de la investigación y a la actualización del conocimiento. Pero ha de saber, también, qué es lo que sucede en el aula, cómo aprenden los alumnos, cómo se puede organizar para ello el espacio y el tiempo, qué estrategias de intervención pueden ser más oportunas en ese determinado contexto.

Siguen los cuestionamientos sobre el posicionamiento de la universidad actual incluso con rela-

ción al perfil de profesionales que están ingresando para el mundo del trabajo. Las estructuras, funciones, objetivos, métodos y estrategias de trabajo usuales todavía en la universidad no responden convenientemente a las que se precisan en el ejercicio del trabajo.

El profesor, pues, no es sólo un experto conocedor de una disciplina sino un especialista en el diseño, desarrollo, análisis y evaluación de su propia práctica, pues las actividades de carácter pedagógico son importantes para el desempeño adecuado de las tareas docentes, en investigaciones realizadas en el ámbito educativo ha sido reconocido por los profesores.

Objetivos.- El profesor deberá ser capaz de:

- Conocer, comprender y analizar el proceso de cambio de paradigmas educativos
- Conocer, comprender y relacionar los paradigmas y las teorías educativas contemporáneas
- Conocer la clasificación de los paradigmas y las teorías educativas contemporáneas, de acuerdo con las imágenes temporales que asumen los modelos pedagógicos
- Determinar las relaciones que existen entre paradigma y aprendizaje
- Comprender y valorar el sentido (conocimiento) de los paradigmas, las organizaciones, los currículos, los profesionales y la educación
- Determinar el proceso epistemológico para una propuesta metodológica en el campo didáctico de la enseñanza, de la investigación y el educativo.

Además de los objetivos, debe ser tomado en cuenta como resultado las teorías de aprendizaje, por el continuo cambio social, y de realidad que se produce constantemente en nuestro entorno, así como se produce constantemente el cambio del sistema educativo, que conlleva además el cambio en el pensamiento de los profesores, por ello se recurren a las teorías de aprendizaje. Las propuestas de reformas buscan cambios

en el sistema educativo, y para que sea instalado se necesita el conocimiento del cómo deben hacer los profesores para incorporar nuevas tendencias en su formación y adecuarlos al paradigma educativo del país. Es por ese motivo que en forma simple se explicarán algunas de las teorías del aprendizaje.

Un modo de explicación de los componente personal y psicológico de los procesos de cambio, sobre los pensamientos del profesor, debe ser la subjetividad que conlleva una teoría implícita por cuanto cada vez más se asume que el profesor es un constructivista que procesa información, toma decisiones, genera conocimiento práctico, posee creencias, rutinas, etc. Que influyen en su actividad personal.

Las teorías del aprendizaje en especial en la esfera universitaria, debe ser controlada en situaciones formales y no formales de aprendizaje, reconocer que los profesores son sujetos que aprenden, en lugar de meros implantadores u obstáculos para el cambio, aprenden nuevas formas de pensar la enseñanza y el aprendizaje de los contenidos, así como las condiciones que facilitan el aprendizaje de los profesores.

Podemos afirmar que la forma de aprendizaje del profesor pueden ser de dos formas a decir: por una parte estarían los profesores orientados a la Incertidumbre, que es la orientación de algunas personas a situaciones con resultado incierto, así como la tendencia a tomar en consideración los puntos de vista de los otros. En situaciones de aprendizaje, estos sujetos prefieren situaciones cooperativas que le permitan elaborar diferentes puntos de vista e incluso integrarlos.

Por otra parte estarían los profesores orientados hacia la Certidumbre, son los profesores que buscan la claridad y la seguridad, intentando seguir la opinión de la mayoría. En las situaciones de aprendizaje prefieren situaciones individuales o competitivas, en las que pueden conservar sus propias ideas.

El aprendizaje autónomo incluye, todas aquellas actividades de formación en la cual la persona (individualmente o en grupo) toma la iniciativa, con o sin la ayuda de otros, para planificar, desarrollar

y evaluar sus propias actividades de aprendizaje. Tiene relación con los estilos de aprendizaje, en la medida que el aprendizaje autónomo se produce en mayor medida en aquellas personas adultas con un estilo de aprendizaje independiente, con capacidad para tomar decisiones, y capacidad para articular normas y límites de la actividad de aprendizaje, así como una capacidad de autodirección y de aprender de la propia experiencia. Sin embargo, es importante significar que el aprendizaje autónomo no es un proceso aislado, sino que a menudo demanda colaboración y apoyo entre los que aprenden, profesores, recursos, personas y compañeros.

En la actualidad, y de acuerdo al paradigma de organización que corresponden a las universidades, necesitan de profesores cuyas funciones sean dinámicas para ir adecuándose a los cambios del sistema: objetivos, estructuras, medios y otros. El profesor universitario cumple un rol, el que tradicionalmente le ha sido asignado, pero hoy en día la sociedad demanda una nueva serie de nuevos papeles que configurarán el nuevo rol del profesor. El profesor deja de ser la única y primordial fuente de información para convertirse en:

- Especialista en diagnóstico y prescripción del aprendizaje,
- Especialista en recursos de aprendizaje,
- Facilitador del aprendizaje en la comunidad,
- Especialista en la convergencia interdisciplinaria y de saber,
- Promotor de relaciones humanas, y consejero profesional inclusive.

Las funciones del profesor universitario son varias, los ámbitos básicos de su dedicación son: la docencia, la investigación y la gestión.

c. EL DOCENTE Y LA DIDÁCTICA

El profesor mediante la didáctica intenta enseñar a los discentes, en el sentido que tiene que ponerse en el papel del profesor que intenta aprender, cuya función es enseñar un conjunto de conocimientos (materia o asignatura) que están previstos o que tiene que prever y plasmar él mismo, en un programa de estudios y que es parte de un plan educativo (plan de estudios) para for-

mar al discente universitario.

En este sentido, mediante la Didáctica se tiene que pensar primero en el grupo de receptores que lo integran plasmando los conocimientos y adecuándolos a este medio, evocando lo aprendido cuando fueron estudiantes, sobre todo de algún buen profesor que recuerden o, al contrario evitando repetir la forma en que algún otro profesor les enseñó algo en algún momento de su vida.

Generalmente el docente puede recurrir a la práctica valorativa de su ejercicio profesional, y así permitirse el construir aprendizajes sobre la docencia así como enfrentar problemas diversos durante su labor docente y que ésta, su experiencia; es el elemento más valioso para tomarlo como punto de partida para los análisis que promueva; para los ejemplos que ofrezca; para las participaciones e intercambio de experiencias que propicie y como base de las aportaciones que haga.

Para la Didáctica, desde el inicio, es importante conocer la situación en síntesis (en cuanto a información, habilidades y actitudes) y adecuarlo a las necesidades propias de la materia de estudio y de cada uno de los participantes del mismo; es lo que se llama diagnóstico, o evaluación diagnóstica de los participantes. Es importante este diagnóstico porque, todos en el fondo tienen diferentes experiencias, diferentes necesidades y diferentes propósitos para la enseñanza impartida. Esto le permite adecuar a la heterogeneidad del grupo la enseñanza. Esta acción, el diagnóstico, lo puede realizar por diferentes formas, la oral o la escrita.

Si elige la forma escrita, ésta puede ser por medio de solicitar al grupo que conteste un cuestionario que previamente elaboró con las preguntas adecuadas. Las preguntas pueden ser sobre los aspectos que serán objeto de enseñanza del curso correspondiente, en este caso de Didáctica. Este cuestionario posteriormente podrá servirle como instrumento de valoración del curso que imparte y a los participantes les puede servir para comparar los conceptos y conocimientos con los que llegó al curso y los que ha adquirido al término del mismo.

Si elige la forma oral, ésta puede serle útil, además de obtener información sobre las ideas que ya se manejan sobre el tema, para propiciar, entre el grupo, un primer acercamiento e iniciar el conocimiento entre ellos; la comunicación y el proceso de integración del grupo tan importante para el trabajo. Sin embargo, es de suma importancia que tenga en cuenta el tiempo de que dispone y el número de personas que conforman al grupo.

EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DEL GRUPO.- La didáctica debe tomar en cuenta también el proceso de integración del grupo, que se inicia en la primera sesión de trabajo. Este aspecto es también importante, porque responde al principio de aprendizaje referido al ambiente grupal, a la confianza que se tendría que fomentar para que los miembros del grupo puedan participar de manera espontánea con el conocimiento y las experiencias que ya tienen y planteando las dudas o reflexiones que les está provocando.

PLANTEAMIENTO DE PREGUNTAS ESENCIALES.- En criterio amplio una forma de aplicación de la Didáctica en forma material, tendría que permitir a los participantes del grupo de aprendizaje responderse a preguntas como las siguientes: ¿Cómo aprenden los alumnos?, ¿todos aprenden de la misma manera y en el mismo tiempo?, ¿todas las materias o asignaturas pueden enseñarse de la misma forma?, ¿cómo hacer comprensibles los contenidos del programa a los alumnos?, ¿cómo mantener el interés y la atención de los alumnos durante y fuera del aula?, ¿cómo organizar los contenidos?, ¿cómo organizar las actividades, las técnicas didácticas y los materiales didácticos de los alumnos para que logren los aprendizajes previstos en el programa del curso correspondiente?, ¿cómo saber con qué antecedentes de la materia llegan?, ¿cómo saber que ellos están aprendiendo?, ¿cómo saber que el docente está enseñando?, ¿cómo asegurarse de que lo aprendido no se olvidará tan pronto ni tan fácilmente?, ¿cómo hacer que los alumnos relacionen lo que están aprendiendo con otros aprendizajes de la misma asignatura o de otras que ya estudió para que el alumno lleve a cabo la construcción del conocimiento y no se quede con porciones de conocimiento aislado y sin sentido?, y/o ¿cómo hacer para que aprendan a ha-

cerlo?, ¿cómo hacer que los alumnos rebasen el nivel memorístico de aprendizaje y consigan niveles más complejos?, ¿cómo hacer para que los alumnos detecten y planteen problemas?, ¿cómo hacer para que los alumnos integren el conocimiento para encontrar y/o construir soluciones a problemas?, ¿cómo hacer para propiciar que los alumnos piensen, razonen, reflexionen?, ¿cómo hacer para que los alumnos formulen preguntas que los lleve a profundizar en el conocimiento, a tener una actitud crítica y propositiva?, cómo hacer para que los alumnos se interesen por buscar información que complemente, amplíe o inclusive, cuestione lo que aprende en el aula?, ¿cómo hacer para que los alumnos lean y comprendan lo que leen?, ¿cómo lograr que los alumnos puedan expresar, fundamentar y argumentar sus ideas tanto de forma oral como escrita?, ¿cómo hacer que los alumnos trabajen en equipo de manera que todos se responsabilicen del trabajo y aprendan de forma colectiva?.

d. PRINCIPIOS DEL APRENDIZAJE.

HETEROGENEIDAD DE LOS ALUMNOS.- Es importante recordar aquí algunos principios de aprendizaje que ayudan a explicar, de manera general, cómo se aprende: es necesario presentar el conocimiento de diferentes formas ya que no todos los alumnos aprenden de la misma manera; la enseñanza de los contenidos debe estar al alcance de la comprensión de los alumnos por lo que han de presentarse en diferente forma; la enseñanza de un conocimiento requiere contar con aprendizajes previos; los aprendizajes deben presentar alguna utilidad y aplicabilidad, sea en situaciones concretas y cercanas al estudiante o como abstracciones del conocimiento que son necesarias para obtener aprendizajes de mayor dificultad; los aprendizajes requieren de retroalimentación inmediata y/o mediata; los aprendizajes que forman una idea integral se aprenden más fácilmente que los aprendizajes parcializados; los aprendizajes son más difíciles cuando carecen de significado para los alumnos (como listados, números o fechas, lugares, palabras aisladas de un contexto).

Estos principios de aprendizaje sirven también como situaciones motivadoras; la motivación no es algo que los maestros «tengan» que hacer como

contar chistes durante la clase o parecer «simpáticos» a los alumnos. Por supuesto que ser empático ayuda, sin embargo la motivación puede propiciarse si se consideran los principios de aprendizaje y se tiene, en consecuencia, una planeación y realización del proceso educativo.

La motivación está o no presente en los alumnos, puede decirse que la motivación es el conjunto de motivos que la persona tiene para actuar de determinada manera, en este caso, es el conjunto de motivos que el alumno tiene para aprender o no aprender algo. En este sentido, se tienen más motivos o es más atractivo aprender algo cuando se sabe hacia dónde se va, cuando ese algo es cercano a los alumnos; es más fácil y se tienen más motivos para aprender algo sobre lo cual se tiene el conocimiento previo y/o cuando se relaciona con lo que se ha aprendido anteriormente; se tienen más motivos y, por tanto, es más atractivo aprender algo útil en tanto que sirve para obtener otros aprendizajes más complejos o en tanto que se puede aplicar en situaciones concretas; es siempre más interesante aprender algo que es significativo tanto en el pensamiento como en la vida diaria; se tienen motivos para aprender cuando se conoce cómo y qué logros ha tenido y/o cómo y en qué ha fallado.

TÉCNICAS Y ESTRATEGIAS.- Es importante que el docente universitario amparado en la didáctica utilice sistemas y técnicas de cómo hacer más dinámica la clase, sin considerar que las técnicas son instrumentos o medios para lograr el aprendizaje de los alumnos y que no son fin en sí mismas por lo que es necesario tener muy claro qué es lo que se quiere enseñar y conocer cómo se aprende para poder elegir aplicar correctamente las técnicas didácticas, ya que éstas no pueden servir para todo tipo de enseñanza y para todo tipo de aprendizaje y tampoco pueden ser utilizadas tomando en cuenta el criterio de la moda o la idea de innovar a ultranza.

Habría que insistir que en un grupo hay diferentes alumnos y que aprenden de diferente manera y con diferente ritmo, lo que para algunos puede ser muy sencillo de comprender, para otros puede resultar de alta dificultad y viceversa; por lo que el profesor tendría que buscar diferentes formas de ofrecer la información a los alumnos y de

propiciar los aprendizajes de ellos construyendo estrategias de aprendizaje (actividades que realiza el alumno para lograr el aprendizaje) y «estrategias de enseñanza» (actividades que realiza el profesor para propiciar la enseñanza).

PLANEACIÓN DEL CURSO. La forma programática de la Didáctica tendría que tomar en cuenta que es mejor planear desde el principio el curso que se va a impartir y no improvisarlo, por más conocimientos y experiencia que tenga ya que esto le permitirá responder, con mayor seguridad y confianza a las expectativas, necesidades e intereses de los participantes. Por supuesto que la planeación que realice puede ser reajustada o puede variar según el seguimiento que haga del curso conforme se va llevando a cabo, pero el profesor puede modificarla en la medida que tiene claridad de su intencionalidad, es decir de lo que se pretende lograr.

Este proceso de planeación o proyecto que haga del curso a impartir debe permitirle una flexibilidad tal que le oriente en su tarea, pero que al mismo tiempo le permita hacer cambios al proyecto, según lo que la propia dinámica del grupo y del proceso de enseñanza y de aprendizaje va requiriendo.

EVALUACIÓN DEL CURSO.- Es decir se debe estar pendiente, paralelamente a lo que está enseñando de cómo los participantes están aprendiéndolo. Esto es, tendría que prever cómo y con qué hacer un seguimiento del curso. A este proceso se le llama también evaluación permanente o evaluación continua, que consiste en valorar cómo se está logrando lo previsto para tomar decisiones de cambio o continuación del proyecto y actuar en consecuencia para su mejor logro. Esta información le podrá ser útil para valorar el proceso de aprendizaje y cumplir con el requisito de administración escolar relativo a la calificación de los alumnos para acreditar el curso correspondiente.

REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA.- Además aplicando la Didáctica se tendrá que contar con más conocimiento y de mayor profundidad que los que van a ser objeto de enseñanza durante el curso. Para esto es imprescindible revisar bibliografía de libros, revistas y documentos relaciona-

dos con el tema, para así ofrecer el docente a los participantes materiales de apoyo como lecturas (que él conozca porque las haya leído y analizado) sobre el tema, ejercicios, casos, otros materiales como videos, grabaciones, etc.

ACTITUD E INQUIETUDES.- Materia indispensable y de suma importancia es el de propiciar el trabajo grupal, y permitir la participación de los integrantes del grupo para poder conocer sus inquietudes y sus dudas. Y Asimismo mantener una actitud de servicio para facilitar que los participantes intercambien experiencias y que sus participaciones sean oportunas, útiles, complementarias, de aclaración o de profundización. Tendría que cuidar que, durante el proceso se aclaren las dudas y no queden confusiones entre ellos. Esta actitud tendría que dejar sentir un ambiente de intercambio entre discentes.

e. CALIDAD DE LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA

La calidad se atribuye a la acción de los factores cualitativos, es decir, aquellos elementos que no pueden expresarse cuantitativamente, o presentan serias dificultades a la cuantificación. Estos elementos están relacionados fundamentalmente con los procesos que determinan la llamada Eficacia Interna del Sistema o Calidad de la Educación.

Por ello la educación superior no sólo debe preocupar a los participantes en el proceso educativo (profesores, alumnos, investigadores y autoridades universitarias) y, a los estado, sino también a los empresarios y empleadores que consideran a las instituciones universitarias como centros de capacitación de profesionales de alto nivel y de producción de conocimiento y tecnología esenciales para mantener el ritmo de desarrollo económico. Por esto, se ponen de manifiesto nuevas vinculaciones de la calidad universitaria con factores de costo-efectividad y costo-beneficio.

Para considerar la calidad de la Educación universitaria debe analizarse por las diferentes concepciones de calidad y su relevancia para la educación superior. Tales como:

- Fenómeno excepcional.
- Logro de un propósito.
- Perfección o coherencia.

- Relación valor - costo.
- Transformación (cambio cualitativo).

Al final, calidad es un concepto filosófico, sus definiciones varían y, en cierta forma reflejan, diferentes perspectivas del individuo y la sociedad. En una sociedad democrática, donde debe existir espacio para que mucha gente piense distinto, no hay una única y correcta definición de calidad y, como es un concepto relativo que depende del individuo que lo utilice. Por eso, es posible que sea definido según un abanico de cualidades. No obstante, se podría tratar de definir los criterios que cada actor interesado utiliza cuando juzga la calidad de una institución. Este enfoque pragmático llama a establecer un conjunto de criterios que reflejen aspectos de calidad de sentido común y busque formas convenientes para cuantificar dicha calidad (sin que estas formas se conviertan en fines).

II. LA DIDÁCTICA UNIVERSITARIA

a. ASPECTOS GENERALES

La enseñanza en el nivel universitario es una práctica que requiere con urgencia ser asumida científicamente y con pertinencia social. Es decir, debe ser considerada como un campo de estudio, que demanda las mayores investigaciones, para que la práctica pueda estar a tono de las exigencias de las transformaciones sociales, políticas, científicas y técnicas de la nueva era.

La didáctica tiene como objetivo la instrucción y preparación a través de métodos eficaces y adecuados en la formación integral del educando, para lo cual se preocupa de estudiar el trabajo docente, congruente con el método de aprendizaje.

La didáctica no es sólo la aplicación de la normativa pedagógica, sino entendida como el proceso de regulación en la formación intelectual, es una metodología de la instrucción, pero en su más estricta aceptación es también una tecnología de la enseñanza.

La ausencia de una ciencia didáctica, explica lo superficial del término, ello a raíz de las críticas del mismo alumnado, la misma que puede ser explicada con cuatro actitudes que muchas veces pecan los docentes e incluso de la propia univer-

sidad, a decir:

Existen ciertas reticencias del propio profesorado universitario para reconocerla como piso teórico de envergadura y para comprender que para enseñar no basta con saber la asignatura.

Persiste un descuido investigador por parte de quienes tienen a cargo la enseñanza.

Poca reflexión y divulgación en este ámbito.

Escaso interés institucional de convertir la enseñanza superior en un verdadero proceso científico.

Por ello, la carencia de una Didáctica Universitaria como teoría-práctica, se evidencia en una restringida y simple concepción del ser y del hacer del profesor universitario, quien generalmente reduce su acción de enseñante a la transmisión del saber, con carácter libresco y como un trabajo aislado, sin vínculos con otras áreas o asignaturas, como si formar profesionales no fuese una labor compleja, complementaria y de equipo.

Esta ausencia de la didáctica como teoría global y como práctica de la enseñanza, justifica gran parte de los cuestionamientos que se le hacen al ser, hacer y evaluar del docente en el aula y, más aún, a los resultados de su trabajo, específicamente porque las políticas educativas, fines de la educación, desafíos del contexto y los modernos planteamientos curriculares no logran materializarse en el aula de clase con el éxito esperado.

b. CONCEPTUALIZACIÓN.

La didáctica definida, debe partirse definiendo primero aspectos de su generalidad o a partir de su especialidad, a decir:

b.1. La Didáctica General.- Puede definirse como la ciencia que explica y aplica lo relacionado con la enseñanza como tarea intencional y sistemática y como la estrategia expedita para lograr la formación del hombre.

En la enseñanza convergen varios procesos, explicadas por diversas disciplinas; formar y enseñar al hombre implica asumir el debate antropológico, ético, ontológico y axiológico, entre otros, además incluye atender responsable

y científicamente el desarrollo de sus potencialidades, entre ellas, pensamiento, inteligencia y creatividad, sin olvidar la inserción y realización de ese hombre en su universo sociocultural. Esta didáctica general es un marco explicativo interdisciplinario indispensable, pues confluyen los aspectos filosóficos, psicológicos y sociológicos de la enseñanza, las cuales permiten dar profesionalismo y carácter científico al acto educativo en cualquier nivel y en cualquier disciplina.

b.2. La didáctica especial.- son campos específicos para explicar lo relativo a la enseñanza de cada ciencia en particular o de un nivel educativo, sin que se pierdan las intencionalidades formativas con la totalidad del alumno y el compromiso político e ideológico del proceso de enseñar. Sin duda, las didácticas especiales han logrado mayor desarrollo en los últimos tiempos.

Ambos escenarios de la didáctica, el general y especial, exigen a cada docente el desarrollo de su pensamiento crítico, auto-crítico y reflexivo y asumirse como un científico que fundamentándose en bases teóricas amplias e interdisciplinarias, asuman la hermenéutica y la investigación-acción para superar la informalidad, lo intuitivo, lo informativo, y lo exclusivamente tecnológico.

Por todo ello, puede decirse que la Didáctica Universitaria puede conceptuarse como una didáctica especial comprometida con lo significativo de los aprendizajes del futuro profesional, con su desarrollo personal y con el potencial de su inteligencia en función de las exigencias del contexto socio-político, por ello tenemos varias pautas para llegar a un solo criterio de comprensión, a decir:

Los conocimientos constituyen la variable más importante en el desarrollo científico y tecnológico y los puntos de referencias para las nuevas formas de organización social presentes y futuras.

La enseñanza universitaria es la más comprometida con la producción, divulgación y aplicación de los conocimientos.

La intencionalidad, métodos, medios, espacios y recursos que utilice la Universidad para trabajar

el conocimiento, demostrará su vigencia histórica y su capacidad para reorientar sus opciones didácticas o trabajo en el aula en función del desarrollo de la ciencia y de las reconstrucciones socioculturales del nuevo milenio.

La enseñanza universitaria no es una práctica aislada y con objetivos inmediatos como parecen asumir una gran parte del profesorado.

La enseñanza universitaria es un proceso complejo que implica: un enseñante calificado; alumnos socialmente comprometidos y con inteligencias potenciales; aprendizajes como experiencias significativas en cada alumno; contenidos temáticos, de procedimientos y actitudes apropiados tanto para el desarrollo integral del futuro profesional como para el desarrollo científico y; la puesta en marcha de currículas contextualizadas y en permanente revisión.

A partir de estas teorías constructivistas, se busca una mayor calidad de los aprendizajes. Ellas promueven al alumno como un ser activo al conocimiento. Principalmente el desarrollo de aprendizajes significativos, por descubrimiento y por asimilación, el cambio conceptual, el desarrollo del potencial intelectual mediante el uso de las estrategias de aprendizaje y las interacciones con el ambiente, forman parte de los retos que debe asumir la Didáctica Universitaria para emprender un nuevo camino de enseñanza.

c. CAMPOS DE LA DIDACTICA UNIVERSITARIA.

Los mismos que pueden ser considerados como objetos de estudio, vinculados al aula y que deben ser explicados desde una perspectiva formativa, para garantizar unidad y coherencia a todo el esfuerzo del aula universitaria. Entre esos campos se destacan: la enseñanza Universitaria como función primordial, la formación del profesorado, la dinámica socio-cultural del aula, el ambiente universitario, la investigación didáctica, la producción y usos de materiales didácticos, los recursos de la enseñanza, el proceso de aprendizaje, las estrategias de enseñanza y de aprendizaje, la evaluación de la enseñanza y de los aprendizajes y la planificación de todo el proceso didáctico.

c. I. ESTRATEGIAS DE LA DIDÁCTICA UNIVERSITARIA

Todo cambio curricular es a través de las estrategias de enseñanza, estas estrategias son el conjunto de intencionalidades, procesos, recursos, secuencias que se utilizan para promover distintos tipos de aprendizaje.

Es un término que supera a las metodologías de la enseñanza, que solo se limitan al dominio de unas técnicas, obviando las intencionalidades y calidad de los resultados. Ya que cada carrera exige estrategias muy particulares.

Los conocimientos de procedimientos garantizan un aprendizaje significativo, eliminan el camino único y estable, mejoran la comprensión y reelaboración de los nuevos saberes, contribuyen a encontrar caminos adecuados para la solución de problemas, crear comportamientos autónomos, desarrollar creatividad, descubrir, inferir y otras estrategias de aprendizaje valoradas en su profesión.

La nueva estrategia conducen a convertir el aula en un taller o en un laboratorio, donde cada alumno se encuentra en proceso de formación integral para desarrollarse como persona. Lo que demanda espacios académicos para su autoconocimiento, fijación de metas, identidades, ética, como las que se señalan a continuación:

La aplicación flexible de los conocimientos abarcan conceptos, reglas, principios, fórmulas y algoritmos.

Métodos heurísticos, es decir, búsqueda de análisis y transformación de problemas.

Habilidades meta cognitivas, que incluyen el conocimiento sobre cómo conoce y cómo puede conocer más y mejor.

Estrategias de aprendizaje.

La motivación.- En cuanto al aspecto de la motivación debe entenderse que las teorías y aportaciones de autores destacan como componentes de este complejo sistema de la motivación humana que se aplica en la didáctica son:

Carácter activo y voluntario.

Persistencia en el tiempo.
Vinculación con necesidades adaptativas.
Participación de componentes afectivo-emocionales.

Dirigida hacia una meta.
Se considera especialmente importante por su incidencia en el campo educativo, la distinción entre motivación intrínseca y extrínseca. Una acción está intrínsecamente motivada cuando lo que interesa es la propia actividad, que es un fin en sí misma, no un medio para otras metas. El interés se centra en lo novedoso, en el desafío que implica la tarea. La mayoría de nuestras acciones las realizamos en virtud de rutinas aprendidas. Si un sujeto está realizando una tarea que le interesa en sí misma, en el mismo momento en que recibieron una recompensa por esa acción, solía bajar la calidad y el vigor de dicha actividad. Sin embargo, el valor oculto de la recompensa no es siempre claro. Ciertas contingencias externas al sujeto, como el incentivo, se encuentra implícito en las tareas intrínsecamente motivantes. Hay diferentes aspectos vinculados con la motivación intrínseca, entre ellos, la autodeterminación, los sentimientos de competencia, el reto óptimo de la actividad, la curiosidad.

A nivel humano la pulsión cognoscitiva (el deseo de tener conocimientos como fin en sí mismo) es más importante en el aprendizaje significativo que en el repetitivo y, por lo menos potencialmente, es la clase de motivación más importante.

La falta de motivación es señalada como una de las causas primeras del deterioro y uno de los problemas más graves del aprendizaje, sobre todo en educación formal.

En los contextos educativos se distingue entre individuos con orientaciones intrínsecas cuando su aproximación a la tarea se centra en el aprendizaje; y aquellos con orientaciones extrínsecas cuando se fijan en el resultado material, en la nota que pueden obtener.

En este sentido, aquellos estudiantes que centran su interés principalmente en factores externos pueden ver socavada su creatividad, característica generalmente mencionada en los perfiles de los

egresados de las instituciones de educación superior. Sin embargo este énfasis en motivos externos puede llevar a inhibir la creatividad. Se han identificado algunos de los obstáculos o inhibidores de la creatividad en las actividades académicas, entre ellos:

Excesiva búsqueda del éxito, donde la atención del estudiante se polariza hacia las calificaciones y los reconocimientos externos.

Miedo a desviarse de una conducta tipo, a hacer el ridículo, miedo al error, a salirse de la comodidad de ser «uno más» en la masa de estudiantes, no teniendo que realizar esfuerzos para destacarse.

La prohibición de hacer preguntas, bloquea su sentido crítico.

Conformismo, someterse a la disciplina, a normas estrictas e inamovibles.

Trabajo contrarreloj, la presión del tiempo favorece el estudio memorístico y sin elaboración personal, anulando un aprendizaje real, creativo e inteligente.

Educación excesivamente autoritaria, afán desmedido en la búsqueda de «la verdad».

Confianza excesiva en la razón y la lógica; rigidez de pensamiento, dificultad para cambiar de sistema.

Dificultad para aislar el problema y para investigar lo obvio.

Los motivos intrínsecos están más vinculados a un aprendizaje constructivo, a la búsqueda del significado y de sentido de lo que se hace. Cuando lo que mueve al aprendizaje es el deseo de aprender, sus efectos sobre los resultados obtenidos parecen ser más sólidos y consistentes que cuando el aprendizaje está movido por motivos externos. Motivación y comprensión parecen constituirse en aspectos indisolubles.

Motivación y rendimiento académico.- En la universidad la mayoría de los estudiantes no pregunta en clase por miedo al ridículo; si no se genera un clima favorable para mejorar la capaci-

dad de pensamiento estratégico y para la comprensión, se enfatizan los aprendizajes repetitivos y mecánicos, con una clara incidencia negativa sobre la comprensión. Sin embargo cuando se emprenden tareas con una motivación intrínseca, no se necesita superar ningún preconcepto respecto a aburrimiento, temor al fracaso o aparente inutilidad o falta de aplicación de la tarea. Si al estudiar se tienen expectativas claras y positivas, si se piensa en el futuro logro, pueden resultar gratificantes las tareas que se deben emprender.

El aula es un espacio social donde el proceso comunicacional es vital, las posiciones relativas de docente y estudiante conformarán los estilos de comunicación observables. En el aula universitaria por lo general se instituyen formas vacías de relación entre profesores y estudiantes, y este es uno de los factores que influyen en el carácter estereotipado que tiene la enseñanza. Se perciben así relaciones pedagógicas que involucran estudiantes que parecen haber perdido en buena medida sus deseos de saber y que tienden, así, a establecer vínculos que tienden a evitar el conocimiento; generándose estudiantes más preocupados por «pasar» que por aprender.

La concepción de aprendiz, sujeto aprendiente, impregna el modo en que los docentes establecen el vínculo con los estudiantes, al cual se le otorga un peso fundamental en el proceso educativo.

La ausencia de motivación adecuada constituye un problema en todos los niveles educativos, en especial el universitario. Es necesario asegurarse de que los estudiantes tienen la motivación suficiente a la hora de plantearles objetivos, retos y actividades. Todo esto implica revisar y reflexionar sobre la enseñanza, valorando las acciones que como docentes se llevan adelante. El estudiante universitario, como cualquier persona, busca aprender y se interesa en ello si tiene clara la utilidad y aplicabilidad de los conocimientos que están en juego. Es muy frecuente en el ámbito universitario que no sólo no se explicita la utilidad ni aplicabilidad de los temas que se imparten, sino que el énfasis se ponga en la instancia de evaluación. El hacer algo obligado, no pone en juego la motivación intrínseca, destruye el inte-

rés, por lo que los logros son francamente pobres ya que se busca salir de esa situación como sea.

A lo antedicho se agrega la masividad que se vive actualmente en el ámbito universitario que contribuye a una despersonalización e influye negativamente, entre otras cosas, en la motivación de los estudiantes. La atención del docente es un factor que estimula a estudiar con el objetivo de comprender, y no sólo intentando aprobar. Esto no implica recibir ayuda personalmente, sino percibir que el profesor está genuinamente interesado en que los estudiantes comprendan.

Con estos temas, se quiere dar un realce al sistema educativo, especialmente al superior consagrado en las universidades del país, por ello, si en las aulas universitarias no se toma conciencia del rol protagónico que tiene la institución y los encargados de la educación, poco o nada podrá mejorar el nivel de educación impartida. Lo que trae consigo el atraso y continuidad de país tercermundista que llevamos.

Se establece parámetros a utilizar en la labor docente y confabularse con los individuos de captación, que son los estudiantes o discentes, para que puedan abordar de lleno los cursos impartidos. Solo así podremos llevar adelante el proceso de reforma educativa que tan ansiada es en nuestro tiempo.

CONCLUSIONES

- La conciencia sobre el papel que desempeñan un sistema educativo en constante ascenso y la capacidad de producir nuevos conocimientos, en el crecimiento continuo de la estabilidad de las economías, existe tanto en los países desarrollados como en aquellos que van seriamente en camino de serlo. En el caso particular de nuestro país, antes de preguntarnos si dicha conciencia existe, deberíamos reflexionar sobre si es uno de los países subdesarrollados que busca el desarrollo sustentable.

- El hecho y sistema educativo es dinámico, cambiante, y no admite comportamientos estándar ni estilos docentes prefijados. De poco sirve al profesor aprender rutinas y recetas técnicas de

comportamientos óptimos ya que el carácter dinámico del aula hace imposible el traslado de actuaciones en diferentes situaciones.

- Un proceso integrador abarca la necesidad de desarrollar modelos integrados que incorporen componentes múltiples, especialmente las estrategias cognitivas y los componentes motivacionales. Asumiendo la relevancia de estos componentes y la necesidad de su integración, se ha desarrollado un modelo cognitivo-motivacional, la integración de estas dimensiones se considera importante como factores explicativos del desempeño académico de los estudiantes universitarios, por ello es importante la práctica de la didáctica universitaria.

- Lo analizado tiene profundas implicaciones en la enseñanza, ya que desplaza el centro de interés del proceso educativo, que estaba tradicionalmente situado en la materia a enseñar, en el maestro o en las condiciones ambientales, hacia el estudiante que aprende.

- Así, la motivación es indispensable para el aprendizaje, las investigaciones muestran que la motivación de un estudiante está en función de la relevancia de lo que percibe para sus intereses y metas personales. Los estudiantes con alta motivación intrínseca tienden a utilizar estrategias más profundas y elaborativas y a regular su proceso de comprensión.

- Que, la tarea docente, es decir quienes están en contacto permanente y directo con los futuros creadores e innovadores deben contar con

herramientas académicas y financieras para poder promover el desarrollo humano y colectivo.

BIBLIOGRAFÍA

Da maris Díaz, H. (1999). La didáctica Universitaria. Referencia Imprescindible para una enseñanza de calidad. Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado, disponible en www.uva.es/aufop/publica/revelfop/99-v2n1.htm.

Texto del IX Congreso de Formación del Profesorado. Cáceres 2, 3, 4 y 5 de Junio de 1999. Asociación Universitaria de Formación del Profesorado (AUFOP). I.S.S.N. 1575-0965. D.L. VA-369-99. Revista Electrónica Interuniversitaria de Formación del Profesorado, 2 (1), 1999. www.uva.es/aufop/publica/revelfop/99-v2n1.htm. Filosofía de la Educación. Revista Española de Pedagogía. www.revistapedagogica.com.es.

Texto de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santa María. Dr. Héctor Ballón Lozada.

Diccionario Jurídico Cabanellas.

Diccionario Jurídico Espasa.

Diccionario Jurídico – Pedro Flores Polo. II Tomos.

Constitución Política del Estado.

[Www.Monografias.com](http://www.Monografias.com).

www.bruño.com.pe. País: PERU.

INSTITUCIONAL



AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

Rector

Dr. Hugo Calizaya Calizaya

Vicerrector Académico (e)

Dr.Cs. Javier Rios Lavagna

Vicerrector Administrativo (e)

Dr. Pedro Riveros Valderrama

DECANOS

Decano de la Facultad de Educación, Ciencias de la Comunicación y Humanidades

Mag. Patricia Nué Caballero

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Rafael Supo Hallasi

Decano de la Facultad de Ingeniería

Mag. Oscar Angulo Salas

Decana de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo

Dra. Nelly Gonzales Muñiz

Decano de la Facultad de Ciencias de la Salud

Dr. Cs. Javier Rios Lavagna

Decano de la Facultad de Ciencias Empresariales

Dr. Pedro Riveros Valderrama

Director de la Escuela de Post Grado

Dr. Marcelino Raúl Valdivia Dueñas

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Decano:

Dr. Rafael Supo Hallasi

Directora de la Escuela de Derecho

Abog. Nora Acevedo Velásquez

Secretario Académico Administrativo

Abog. Juan Enrique Sologuren Alvarez

CONSEJO DE FACULTAD

Dr. Rafael Supo Hallasi (Decano)

Dr. Eugenio Casa Durand

Mag. Alberto Zeballos Ale

Abog. Augusto Franco Delgado

Abog. Luis Vargas Beltrán

Abog. David Ticona Nieto

Abog. Nora Acevedo Velásquez

Est. Priscila Cerrato Ramos

Est. María del Pilar Fuentes Coaguila

Est. Martha Paola Alessandra Vargas Ugarte



XI Jornada Nacional de Derecho Civil Homenaje al Dr. Fernando Vidal Ramírez



En el 2012 la Facultad organizó la preparatoria para el IX Congreso Nacional de Derecho Civil y II Congreso Internacional del año 2013, para este evento fueron invitados como ponentes destacados juristas nacionales como el Doctor Fernando Vidal Ramírez y el Doctor Mario Castillo Freyre. En reconocimiento por su trayectoria fueron incorporados a la Facultad de Derecho como profesores honorarios.



▲ El Doctor Mario Castillo Freyre en su exposición.



▲ El Doctor Fernando Vidal Ramírez durante su exposición.



▶ El Doctor Fernando Vidal Ramírez siéndole impuestos los distintivos como profesor honorario de la FADE.



▲ El Doctor Mario Castillo Freyre siéndole impuestos los distintivos como profesor honorario de la FADE.





Visita a órganos jurisdiccionales de Arica



El 8 de octubre el Centro de Investigación de la FADE, organizó una visita a los Juzgados Laborales y Penales de la ciudad de Arica - Chile, a fin de conocer el funcionamiento de las reformas procesales en ese país.



En la sala de audiencias durante la charla del administrador de la Corte, Abel Grant



Estudiantes visitantes en el ingreso de la Corte de Apelaciones de Arica.



En el Juzgado Laboral de Arica, estudiantes de la FADE.



Los estudiantes recibieron información académica de los magistrados chilenos.



Concurso Estudiantil de Artículos Jurídicos



Este año el Centro de Investigación de la FADE, convocó al primer Concurso Estudiantil de artículos jurídicos: ocupando el primer lugar la estudiante Paola Alarcón Silva con el trabajo: *Derecho a la Verdad: ¿Necesario Reconocimiento Constitucional?*; en segundo lugar Héctor Josué Verástegui Huaynate con *"La Técnica del Estado de*



Ganadores y el Secretario Académico de la Facultad.



La Dra. Nora Acevedo entregó el premio a Paola Alarcón.

Cosas Inconstitucional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional" y en tercer lugar Sandy Araceli Paredes Barrientos con *"La Ponderación en el Derecho Penal"*. Mención honrosa para el estudiante Fernando Tesillo Poma con el trabajo *"El Estado Constitucional de Derecho"*.

Investigación y encuesta

Alumnos de los diversos ciclos realizaron una encuesta a la población de Tacna dentro de la Investigación *"Vulneración de los derechos de los usuarios del servicio de transporte público en Tacna"*





Graduados 2012



Promoción de egresados 2012 - I "Ius Libitum."



Promoción de egresados 2012 - II "Dr. Jorge Monroy Macuaga"



Editora LIM

Tacna, Diciembre 2012

Ventas: meribri0610@hotmail.com

Cel. 957 572546

Cel. 952 684706