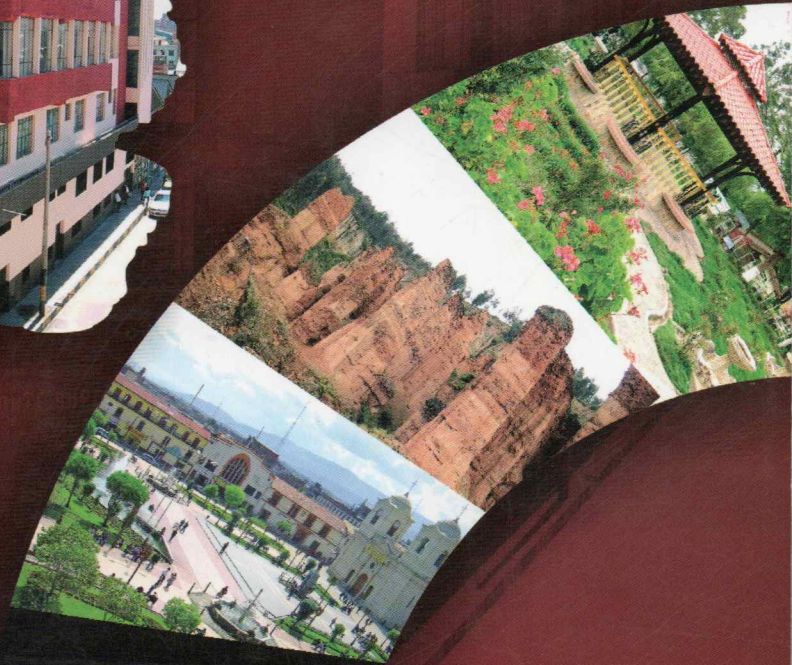




JUSTICIA

REVISTA JURÍDICA
DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN



INDICE

1. Presentación
2. Editorial

DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

3. Derechos Humanos y su Protección en la Constitución: Alexander Orihuela
4. Tipos de Sentencia Constitucional en el Perú: Neil Avila Huamán

DERECHO JUDICIAL

5. Rol del Juez: Rubén Camarena C.
6. Control Judicial, Rendición de Cuentas y Sociedad Civil: A. Percy Torres

DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

7. ¡Quiero ser considerado Propietario sin Declaración Judicial!: Martín Hurtado
8. Uso Inadecuado de las Tercerías de Propiedad como Causal de Evasión de Créditos: Estrella Armas
9. Daño Moral a la Persona: Rossanna Ramos
10. Formalidades en Actas de Conciliación de los Jueces de Paz: María Aquino

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

11. La Finalidad de la Sanción Penal: Iván Guerrero López
12. La Prueba Indiciaria y la Presunción de Inocencia: Teófilo Terrazos Bravo
13. El Caso Giampietri. La intolerancia y consecuencias perniciosas para el Estado Constitucional de Derecho: Bonilla, Camarena, Cárdenas, Guerrero, Herrera.
14. La Presunción de Inocencia: Karine Castillo Velásquez

DERECHO DE FAMILIA

15. Contravención a los Derechos del Niño y Adolescente: Gabriela Carhuamaca
16. El Deudor Alimentario: Gilmer Alberto Jara Fabián
17. Declaración Judicial de Paternidad del Hijo de Madre Casada: Jackelyn Cáceres

DERECHO LABORAL

18. La Planilla: Nociones Fundamentales: Ricardo Corrales
19. Remuneraciones Dejadas de Percibir: Timoteo Cristóbal De La Cruz

VARIOS

20. El Derecho como Libertad, el Derecho como Ciencia: Isabel Mendoza M.
21. Apuntes sobre la Sociedad y el Derecho: Luis Páucar B.
22. Bioética: Freddy Fernández H.
23. Régimen jurídico de los beneficios penitenciarios, semi libertad y liberación condicional.
24. El menor infractor en la ley penal

INDICE

- 1. Presentación
- 2. Editorial

DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

- 3. Derechos Humanos y su Protección en la Constitución: Alexander Orjuela
- 4. Tipos de Sentencia Constitucional en el Perú: Nell Ávila Huamán

DERECHO JUDICIAL

- 5. Poder Judicial: Róbin Camarero C.
- 6. Control Judicial: Resolución de Cuentas y Sociedad Civil A. Percy Torres

DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

- 7. Gobierno sucesorio y Prohibición de Prohibido sin Declaración Judicial: Marlin Hurtado
- 8. Uso fraudulento de las Técnicas de Prohibición como Causal de Evasión de Crédito: Estela Zamora
- 9. Causa Morsis Personae: Rosanna Ramos
- 10. Formas de las Actas de Conciliación de los Jueces de Paz: María Amparo

DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

- 11. La Finalidad de la Sanción Penal: Iván Guerrero López
- 12. La Función Judicial y la Presunción de Inocencia: Teófilo Terrazos Bravo
- 13. El Caso Gammill: La Intolerancia y consecuencias penales para el Estado: Constanza de la Cruz: Bóbila, Camarero, Cárdenas, Guerrero, Herrera
- 14. La Presunción de Inocencia: Karine Castillo Velásquez

DERECHO DE FAMILIA

- 15. Contratación a los Derechos del Niño y Adolescente: Gabriela Carhuaraca
- 16. El Dato Alimentario: Gilmer Alberto Jara Fasán
- 17. Declaración Judicial de Paternidad del Hijo de Madre Casada: Jackielyn Cáceres

DERECHO LABORAL

- 18. La Familia: Nociones Fundamentales: Ricardo Cortés
- 19. Remuneraciones Dejadas de Perder: Timoteo Cristóbal De La Cruz

VARIOS

- 20. El Derecho como Libertad, al Derecho como Ciencia: Isabel Mendoza
- 21. Apuntes sobre la Sociedad y el Derecho: Luis Páucar B.
- 22. Biotica: Freddy Femandez H.
- 23. Régimen Judicial de los Beneficios penales: semi libertad y libertad condicional
- 24. El menor infractor en la ley penal

PRESENTACIÓN

Superando inconvenientes por todos conocidos aparece otro número de la Revista del Distrito Judicial de Junín, la misma que recoge la inquietud intelectual que anima a sus miembros, esto es, a los magistrados y personal jurisdiccional y administrativo.

Esta revista que debió editarse a lo sumo en los meses finales del año judicial de 2007, aparece ahora con artículos que reflejan el esfuerzo mayúsculo de sus autores, pues sin duda, han tenido que hurtar horas al sueño para luego de su agotadora labor diaria dedicar el tiempo que les queda para investigar y reflexionar sobre diversos temas que provienen principalmente de nuestro quehacer diario y otros que son propios de nuestra profesión.

Por eso nuestro reconocimiento no sólo al Director de la Revista sino también y sobre todo a los autores de los artículos, que en algunos casos son verdaderos ensayísticos. En verdad constituye un verdadero deleite encontrar en ellos conocimientos modernos e ideas bien ensambladas que bien merecen ser tomadas con la categoría que se indica.

La investigación jurídica y la justicia, que no es lo mismo, es una afición que siempre debe estimularse porque es dinámica y esencialmente conlleva el afán que conduce a la superación en todo orden de cosas, al mismo tiempo que se combate el marasmo y la quietud de algunas mentes que se dejan ganar por el conformismo.

Por los motivos antes señalados la Corte Superior de Justicia de Junín se engalana con la aparición de este número de la Revista, puesto que su contenido nos brinda la oportunidad de aprender los unos de los otros.

Entonces y para terminar no me queda sino agradecer sentidamente a todos los forjadores de la Revista y, en su oportunidad, estoy seguro, el Consejo Nacional de la Magistratura y la Comisión de Concursos Internos de esta Corte aquilatarán su esfuerzo.

Dr. Adolfo Barrientos Peña
Presidente de la Corte Superior
De Justicia de Junín

PRESENTACIÓN

Subiendo conocimientos por todos conceptos aparece otro número de la Revista del Distrito Judicial de Junín, la misma que recoge la inteligencia intelectual que anima a sus miembros, estas a los magistrados y personal judicial y administrativo.

Esta revista que debe editarse a lo largo en los meses finales del año judicial 2007, aparece ahora con artículos que reflejan el esfuerzo trascendente de sus autores, pues sin duda, han tenido que luchar horas al día para luego de su agitada labor diaria dedicar el tiempo que les queda para investigar y reflexionar sobre diversos temas que provienen principalmente de nuestro quehacer diario y otros que son propios de nuestra profesión.

Por eso nuestro reconocimiento no solo al Director de la Revista sino también y sobre todo a los autores de los artículos, que en algunos casos son verdaderos ensayistas. En verdad constituye un verdadero deleite encontrar en ellos conocimientos modernos ideas bien ensambladas que bien merecen ser tomadas con la categoría que se indica.

La investigación jurídica y la justicia, que no es lo mismo, es una acción que siempre debe estudiarse porque es dinámica y esencialmente cambia el día que continúa a su vez en todo orden de cosas, al mismo tiempo que se cambia el método y la praxis de algunas cosas que se dejan ganar por el conformismo.

Por los motivos antes señalados la Corte Superior de Justicia de Junín se congratila con la aparición de este número de la Revista, puesto que se entiende nos brinda la oportunidad de aprender los unos de los otros.

Entonces y para terminar no me queda sino agradecer especialmente a todos los autores de la Revista y en su oportunidad, estoy seguro, el Consejo Nacional de Magistrados y la Comisión de Concursos Internos de esta Corte, especialmente al esfuerzo.

Dr. Adolfo Barrantes Paña
Presidente de la Corte Superior
De Justicia de Junín

EDITORIAL

COMISIONES DE ETICA EN TODOS LOS DISTRITOS JUDICIALES

En la entrevista al Dr. Francisco Távara Córdova, Presidente del Poder Judicial, con ocasión de la Cumbre Judicial Iberoamericana, publicada en "El Peruano" del 27 de Septiembre del 2007, declaró lo siguiente: "Se sabe que una de las debilidades de los poderes judiciales, y no quiero prejuzgar a otro, pero en nuestro país –por ejemplo- es la falta de arraigo de comportamiento ético del magistrado."

Esta valiente autocrítica, en primer lugar, enaltece a nuestro Presidente, pues, reconociendo nuestras debilidades podemos proponernos su reforzamiento y superación, en segundo lugar, sugiere una respuesta institucional al respecto.

Si bien es cierto que la Oficina de Control de la Magistratura es la llamada a reprimir las inconductas funcionales, cuando la flaqueza moral del magistrado se hace evidente en un acto ilícito o irregular sancionado como falta o delito por nuestro ordenamiento jurídico; también es verdad que es mejor contar con políticas preventivas en la lucha contra la corrupción, superando las desarticuladas respuestas reactivas ante cada escándalo inhumano que soportamos de un tiempo a esta parte.

En efecto, el Magistrado, como ser humano que resume todo lo bueno y lo malo habido en su historia personal, necesita permanentemente consolidar y desarrollar lo bueno que hay en él, sin embargo, se parte del error que ésta es sólo una tarea personal, cuando en realidad también es una responsabilidad colectiva e Institucional.

Es decir, todos los magistrados debemos interactuar conjuntamente con el personal jurisdiccional y administrativo, para reforzarnos en la ética judicial, no sólo respecto a las cuestiones teóricas sino también en el intercambio de experiencias en las confrontaciones éticas habidas en el ejercicio de nuestra función, lo que ayuda a tener la respuesta correcta para cada caso en particular.

A mediados del año 2004, esta Corte creó la Comisión de Ética Judicial, y que tuve el honor de presidir, la primera experiencia poco alentadora fue, el envío de cartas a todos los magistrados planteando hipotéticos casos de confrontación ética (en cristiano tentaciones), con cargo a darnos una respuesta de sus reflexiones, también, por escrito, pero fueron muy pocos los magistrados que atendieron el pedido.

Posteriormente, organizamos conferencias sobre ética, empero, la asistencia no fue mucha, asimismo, publicamos artículos sobre Ética en esta Revista y en el Diario El Correo. Aún pasamos citas morales célebres por la red informática interna.

Entonces, "Si la montaña no va a Mahoma, Mahoma va a la montaña", esto es, organizamos talleres de reforzamiento ético, juzgado por juzgado –hasta ahora son 14 los visitados y nuestro objetivo es cubrir todos los órganos jurisdiccionales del Distrito y reiniciar el proceso permanentemente-, el Juez con todo su personal y el facilitador de la Comisión, se reúnen en primer lugar para un control de lectura del documento "Lucha Contra la Corrupción" ¹ y que en el futuro puede ser el Código de Ética del Poder

Judicial, entre otras lecturas-, con intercambio de impresiones, y la parte de fondo más valiosa del taller, consiste en que cada participante cuente sus experiencias de confrontación ética más impactantes, vale decir, narrar el hecho y cómo reaccionó, luego los presentes disciernen sobre el particular y establecen la respuesta ética correcta para cada caso. La idea es resumir estas experiencias en una Guía de Orientación Ética Judicial, para que de modo general todos sepamos los tipos de confrontación ética a la que estamos expuestos, y en particular los riesgos de caer en falta según cada puesto de trabajo, y las modalidades que emplean los corruptores para torcer la justicia, de manera que estemos advertidos.

Esta última buena experiencia en el reforzamiento ético judicial, es que nos motiva proponer al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, disponga a los Presidentes de todas las Cortes Superiores, la creación de Comisiones de Ética Judicial, con los siguientes:

OBJETIVOS:

1. Detectar los puestos de trabajo con riesgo ético.
2. Describir las modalidades de confrontación ética a la que están expuestos.
3. Analizar la personalidad ética de las personas que ocupan dichos puestos de trabajo.
4. Identificar las ideas erróneas y correctas, respecto a los valores éticos y escala de los mismos, que éstos tienen. Combatir las primeras y motivar las segundas.
5. Reforzar la concepción ética de los colaboradores, desarrollando su capacidad de discernimiento y conocimiento de los valores y antivalores éticos. Con especial atención a los colaboradores que recién ingresen al servicio.

La realización de estos objetivos, podrán desplegarse en diversas actividades (conferencias, mesas redondas, cartas, mensajes, teatro, cine, artículos periodísticos, etc.), pero la actividad principal debe ser los interactivos talleres de reforzamiento ético juzgado por juzgado, sala por sala, de manera que se logre cubrir a todos los operadores de la justicia.

Finalmente, hago propicia la ocasión para solicitar al Consejo Nacional de la Magistratura que apoye este esfuerzo, considerando como un valor de evaluación en la ratificación de los Magistrados, su contribución personal acreditada por la Comisión de Ética de cada Distrito Judicial.

De este modo creo que la política institucional, los instrumentos, incentivos y las condiciones para fomentar y reforzar la Ética Judicial estarán dadas; entonces, dependerá de cada Juez la decisión de colaborar en la mejora continua del ambiente ético del Poder Judicial de cara a su ratificación, en la confianza dada por la ciudadanía en la celeridad, proba e imparcial administración de las decisiones judiciales, por el bien del Perú.

El Director

1. Los días 2 y 3 de Junio del 2006 se llevo a cabo en el Vaticano la conferencia internacional organizada por el Pontificio Concejo (PC) "Justicia y Paz" sobre el tema "La lucha contra la corrupción", del documento en: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060921_lotta-corruzione_sp.html

DERECHOS HUMANOS Y SU PROTECCION EN LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO

Dr. Alexander Orihuela Abregu
Juez Titular del 1er. Juzgado Mixto de Satipo

I. INTRODUCCION

La protección de los Derechos Humanos, constituye un tema de suma importancia dentro del comportamiento de los operadores jurídicos, específicamente en la delicada función de la administración de justicia.

En tal medida constantemente se vienen desarrollando una serie de actividades académicas impulsadas incluso al interior del Poder Judicial, con la específica finalidad de que en el quehacer jurisdiccional las decisiones no sólo sean oportunas sino además justas y que cumplan con el objetivo abstracto de lograr la paz social en justicia, tal como lo ha consagrado el legislador en el Título Preliminar del Código Procesal Civil, basándose por cierto en nuestra mayor y fundamental Carta Política del Estado, que en su artículo cuarenta y tres consagra la refundación del Estado peruano como una República democrática, social, independiente y soberana.

II. ESTADO SOCIAL O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO?

El Estado es entendido como aquel ente abstracto titular permanente del poder del cual el gobierno es sólo un agente pasajero, por lo cual debemos entender que el Estado es el concepto genérico y el gobierno es un concepto que implica restricción de poder.

El Estado de Derecho viene a constituir un concepto que ha venido evolucionando a través del tiempo y conforme a la concepción que se adopta respecto al origen y forma de ejercicio del poder.

En un pasado muy cercano se hablaba del Estado Legal de Derecho, en razón a que la ley constituía la norma de mayor jerarquía, pues el gobernante de turno la generaba y plasmaba su voluntad en la misma e incluso en uno de los períodos de evolución se decía que el gobernante era el hijo de Dios y por tanto su voluntad plasmada en la norma legal, era la voluntad de Dios, basado sobre todo en una doctrina jus naturalista del derecho.

Con posterioridad y cuando el poder dejó de estar ligado al sujeto o persona que lo ejercía, estableciéndose que el acceso al ejercicio del poder era por la competencia, esto es que la persona que accede a dicho ejercicio lo hace, en casi todo el mundo de hoy, sometándose a una serie de reglas y competencias para ser merecedor de la confianza ciudadana para ejercerlo por un determinado período, y ya no porque dicha facultad se trasmite a los herederos sino porque nos hallamos sometidos a reglas de juego propios de lo que se conoce como democracia representativa, surge el concepto o nuevo estadio de la evolución del Estado que se conoce como "El Estado

Constitucional de Derecho", lo que se produce luego de producido los cambios sociales con la consolidación de los Estados liberales, y propiamente a partir de la concepción de la Constitución Política del Estado, que viene a ser la norma política por excelencia que contiene según Hobbes o Rosseau el contrato social que renovamos periódicamente en las justas electorales o refundamos cada vez que convocamos a una asamblea constituyente.

En la actualidad se habla mucho del Estado social de Derecho, término que no tiene cabida dentro del análisis de la democracia ni dentro de la evolución del Estado de Derecho, sino que la misma responde a la corriente de diversificación del concepto de democracia por la que también se pretende estructurar conceptos diversos sobre lo mismo, sin embargo, se debe tener presente que la democracia es el gobierno de las mayorías con respeto a las minorías y ello ya lo hace un sistema social y siendo el fundamento de la democracia resulta redundante pretender hablar de una democracia social, ocurriendo lo mismo respecto al Estado Social de Derecho, puesto que la democracia contiene ese interés social y la democracia está sustentada en la vigencia de los derechos humanos que se logra con el control del ejercicio del poder que posibilita la Constitución Política del Estado como norma suprema de un Estado.

1. La Constitución Política del Estado

Como es sabido la Constitución Política del Estado es una norma de carácter eminentemente política, que sin embargo constituye la piedra angular de todo el sistema jurídico, y como tal carece de la coerción que caracteriza a las normas jurídicas, conteniendo dos aspectos principales por un lado, la parte dogmática referida a la consagración de los derechos y una parte orgánica que tiene que ver más bien con la organización del Estado en su integridad.

El aspecto que caracteriza al Estado Constitucional de Derecho es de manera específica la consagración del principio de supremacía constitucional, esto es que se haya establecido que la norma de mayor jerarquía vigente dentro del sistema jurídico es la Constitución Política y que por ende ninguna norma jurídica en el sistema vigente puede ser contraria o incoherente a la Constitución, ya que de ser así disponemos de los mecanismos para depurar nuestro sistema de las normas que se constituirían en normas "inconstitucionales", ya sea de manera general mediante el proceso de inconstitucionalidad por ante el Tribunal Constitucional o de manera particular dentro de un proceso mediante la garantía de inaplicación de normas concedido a los señores magistrados tal como lo consagra el artículo ciento treinta y ocho In Fine de la Carta Magna.

Ello nos conduce a concluir de que el constituyente peruano al momento de refundar nuestra república ha consolidado "El Estado Constitucional de Derecho", porque además está demostrado que la Constitución y propiamente el principio de supremacía constitucional constituye el instrumento más idóneo para controlar el ejercicio del poder por parte del pueblo o nación hacia el poder constituido que se conoce como gobierno y como tal se tienen que sujetar a la voluntad del poder constituyente plasmada en la Carta Política del Estado.

2. ¿El Estado Constitucional de Derecho Garantiza la vigencia de los Derechos Humanos?

La Constitución Política del Estado de mil novecientos setenta y nueve, contenía una disposición específica en la que se indicaba que los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado Peruano formaban parte del derecho interno con rango constitucional, lo que nos lleva a concluir que el concepto integral de Constitución Política del Estado, refiriéndonos a la Constitución formal, comprende el texto aprobado y sancionado por el Poder Constituyente y además todos aquellos tratados sobre derechos humanos de los cuales el Perú es parte conforme a ley, lo que nos lleva a comprender dentro del Texto Constitucional no sólo los doscientos seis artículos y las dieciséis disposiciones finales y transitorias, de la Constitución de mil novecientos noventa y tres sino que a ella se deben incluir todos los tratados sobre derechos humanos conforme antes se ha indicado.

La Constitución de mil novecientos noventa y tres criticada y hoy en proceso de reforma, no incluye dicho texto expreso, sin embargo, ello no significa que nuestro país se halle fuera del alcance de los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que los mismos ya son vinculantes desde el momento en que se han suscrito y ratificado debidamente. Es más la cuarta disposición final y transitoria de la Carta Política en comento establece que *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*, lo que demuestra que el espíritu democrático del Constituyente que generó esta Constitución no ha sido en modo alguno claudicante al respeto de los derechos humanos sino todo lo contrario ha asegurado su cumplimiento.

Si bien es cierto se pone en discusión la naturaleza del derecho reclamado mediante un proceso, argumentando que la Carta Magna sólo alude a los derechos reconocidos por la Constitución, o sea sólo a los denominados derechos constitucionales, se puede apreciar que la misma Carta Magna, en su artículo tres establece *“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”*, lo que significa que son derechos constitucionales no sólo los enumerados en el artículo segundo de la Constitución sino además todos aquellos otros consagrados expresamente en la Constitución e incluso aquellos de naturaleza análoga o los que se fundan en la dignidad del hombre, y en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y la forma republicana de derecho, consecuentemente se hallan protegidos y consagrados todos los derechos humanos en general sin hacer distinción entre derechos constitucionales y derechos humanos, ya que se cumple con verificar los principios en que se fundan o sustentan los derechos humanos desde el punto de vista de su internacionalización como son: a) La universalidad de los derechos, o sea el vínculo intrínseco e indisoluble entre la persona y sus derechos, ya que el sistema constitucional respondiendo a la doctrina filosófica del Jus Naturalismo racionalista consagra el interés de la persona o ser humano como lo más importante; b) La interdependencia, o sea la conexión entre los derechos, ya que la propia constitución se refiere a la dignidad del hombre, en relación a la soberanía del pueblo, el Estado

democrático de derecho y la forma republicana de nuestro gobierno y, c) La integralidad, referida a los diferentes aspectos de un solo derecho, o sea a los diversos enfoques o grados de protección que da el Estado a cada derecho.

Todos estos aspectos responden sobre todo a la intención de compatibilizar el derecho interno con el sistema jurídico internacional, pues se ha entendido tradicionalmente como dos sistemas distintos, sin embargo, en la actualidad adoptando una posición monista se que supera a la dualista, estableciendo que existe un solo orden jurídico que comprende tanto lo interno como lo supranacional.

III. CONCLUSIÓN

Conforme a lo indicado, se concluye que la Constitución Política del Estado vigente en nuestro país sí consagra la protección idónea de los Derechos Humanos en toda su amplitud entendido desde una perspectiva monista de la compatibilización o engarzamiento del sistema jurídico interno y el supranacional; así mismo se constata que en el ejercicio del poder se forma de manera paulatina lo que se conoce como Estado de Derecho, y dentro de ello el Estado Constitucional de Derecho que ha sido precedido por el Estado Legal de Derecho, caracterizándose el primero por el establecimiento de ciertas restricciones en el ejercicio del poder, y éste será democrático sólo en la medida que conozca sus límites, y los límites son estructurados por el Poder Constituyente plasmándolos en la Carta Política o Constitución Política del Estado, y sobre todo porque no existe democracia si no hay respeto a los derechos humanos y, se logra el respeto de tales derechos sólo con la consagración del principio de supremacía constitucional, lo que consecuentemente constituye o instituye el Estado Constitucional de Derecho, teniendo como corolario que los señores magistrados de todas las instancias no sólo pueden, sino que tenemos la obligación de aplicar y observar dichos instrumentos supranacionales en la solución de casos prefiriendo la vigencia de los mismos respecto a normas de inferior jerarquía a la Constitución Política del Estado, en pro del respeto irrestricto de los Derechos Humanos.

TIPOS DE SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Dr. Neil Erwin Avila Huamán

Secretario de Juzgado del Juzgado de Familia de Huancayo

El Tribunal Constitucional de acuerdo a nuestra Carta Fundamental de 1993 es el órgano de control de la Constitución (Art. 201), el que conforme con el art. 1 de la Ley No. 28301 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: **“Es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”**, norma esta que, modestia aparte la considero debió de estar inmerso dentro de la propia Constitución, por los cuestionamientos que hoy se teje respecto de que no existe norma alguna que refiera que el Tribunal Constitucional en nuestro país sea el máximo interprete de la Constitución.

Nuestro Tribunal Constitucional en un tipo de Sentencia estipulativa, puesto que expone los conceptos, alcances y efectos de la sentencia, de manera que, más adelante, ya no tenga que volver a explicarlos, en el Expediente No. 010-2002-AI/TC seguido por Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra los Decretos Leyes Nos. 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas, Fundamento VI. EL CARÁCTER Y ALCANCE DE LA SENTENCIA, efectúa una primera explicación del tipo de sentencias que dicta, considerando la trascendencia de dicha acción de inconstitucionalidad en la vida social y jurídica del país, en el que además establece que sus fallos son vinculantes para todos los poderes públicos, y de manera específica para los Jueces.

En ese contexto las sentencias del Tribunal Constitucional pueden clasificarse en sentencias denominadas interpretativas, por el que, los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico, permitiendo disipar las incoherencias, galimatías, antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley. Estas a su vez, cuando se pronuncian fundamentalmente respecto al contenido normativo, pueden ser, estimatorias y desestimatorias.

Las sentencias aditivas, muy por el contrario, declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo (“en la parte en la que no prevé que (...)”) que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución.

Las sentencias sustitutivas, a diferencia de las anteriores, se caracterizan por el hecho de que con ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra.

En cuanto a las sentencias exhortativas, se afirmó que son aquellas en virtud de las cuales, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, sin embargo, el Tribunal Constitucional solo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado (y no sancionado).

En un segundo intento el Tribunal Constitucional considerando conveniente fijar su

posición acerca de la tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente No. 004-2004-CC/TC Demanda de Conflicto de Competencia interpuesta por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo en el Fundamento I. **La tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional** realiza otra explicación de tipos de sentencias que dicta, siendo estas:

- I. **Las sentencias de especie** que se constituyen por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso concreto y particular; y,
- II. **Las sentencias de principio** son aquellas que forman la jurisprudencia propiamente dicha, interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos precedente vinculantes.

Dentro de estas últimas además encontramos:

A. Las sentencias estimativas, por el que se declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad, siendo su consecuencia jurídica la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, estas además pueden ser:

1. Sentencias de simple anulación, que resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto;
2. Sentencias interpretativas propiamente dichas, que declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida;
3. Sentencias interpretativas-manipulativas (normativas), a través del cual el órgano constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley, a su vez estas también pueden ser:
 - Sentencias reductoras, son aquellas que señalan que una parte del texto cuestionado es contraria a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada;
 - Sentencias aditivas, en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa;
 - Sentencias sustitutivas, en el que el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley, tipo de sentencia obviamente bastante controvertidas en estos últimos tiempos; y,
 - Sentencias exhortativas, donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales (Expedientes Acumulados Nos. 01/003-2003-AI/TC y Expediente No. 022-2003-AI/TC).

B. Las sentencias desestimativas, que declaran, según sea el caso, inadmisibles, improcedentes o infundadas las acciones de garantía, o

resuelven desfavorablemente las acciones de inconstitucionalidad, pudiendo ser por su contenido sustantivo:

1. Por rechazo simple, en este caso el órgano de control de la constitucionalidad resuelve declarar infundada la demanda presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley; y,
2. Por sentido interpretativo (interpretación *strictu sensu*), por el que se establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada.

En adición a ellas el Tribunal Constitucional Peruano ha dictado diversas sentencias en los Expedientes Nos. 0008-2003-AI/TC y No. 018-2003-AI/TC llamadas instructivas, las mismas que se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión y tienen por finalidad orientar a los Jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional que realicen en los procesos a su cargo y, además, porque contribuye a que los ciudadanos ejerciten mejor sus derechos.

Además de los tipos de sentencia, el Tribunal Constitucional en los fundamentos de dicha decisión también explica dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, siendo estos:

- **El Principio de Conservación de la Ley**, mediante dicho axioma se exige al Juez Constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado; y,
- **El Principio de Interpretación desde la Constitución**, mediante esta pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

ROL DEL JUEZ (ENSAYO)

Dr. Rubén Daniel Camarena Castillo
Juez del Juzgado Mixto de Concepción

I.- Introducción. II.- Formación. III.- Ingreso.- IV.- Rol del juez en estado constitucional. V.- Conclusiones. VI.- Bibliografía.-

I.- INTRODUCCIÓN.

En un Estado Constitucional, el órgano jurisdiccional desenvuelve un rol fundamental, por cuanto no sólo es el encargado de sopesar las actuaciones de los otros poderes, tampoco sólo cuando el débil acude a él contra los otros poderes o personas “poderosas”, que también son importantes; es por cuanto –fundamentalmente- también le ocupa el lugar privilegiado de escribir la historia del Estado, trazar los lineamientos de desarrollo en concordancia con los lineamientos trazados en la Constitución, un Juez genuflexo, timorato, débil no ocuparía un rol preponderante en ello; así mismo un Juez mediocre no actualizado sería un peligro, un Juez corrupto o corruptible es el sicario del estado Constitucional. ¿cuál sería el rol de Juez?. Desde ésta tribuna personal permítanme esbozar uno.

II.- EDUCACIÓN:

La constitución Política del Perú en su artículo 18¹, establece la forma como se desenvuelven las universidades y como nacen, pero ésta norma ha dado lugar a una proliferación de universidades –no estoy en contra de la creación de universidades-, pero el incremento no sólo puede ser aritmético, también debe ser cualitativo, las Universidades con honrosas excepciones, no tienen la preocupación de formar un futuro jurista en forma sólida, sino el “interés” muchas veces sólo es económico o lucrativo, debe de haber un ente que se encargue de acreditar a las Facultades a efecto de garantizar una óptima educación.

III.- INGRESO.

En nuestro sistema previo una evaluación teórica de conocimientos, es el Consejo Nacional de la Magistratura la encargada de evaluar al aspirante, a juez, equivocadamente el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional el requisito de que el aspirante tenga que haber realizado estudios en la Academia de la Magistratura de Formación, ya que ello se constituía como un filtro preliminar de preparación, y para beneficio de una selección de los mejores para desarrollar la tarea de Juez. Aunado a esa preparación teórica debería de implantarse como se hace en

1. Artículo 18 “La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.

Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.

La universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados. Participan en ella los representantes de los promotores, de acuerdo a ley.

Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes”

Alemania², respecto a la práctica que se da como ayudante de un Juez titular a fin de que conozca en forma directa el desarrollo del proceso, durante un periodo prudente, con un estipendio económico.

Ambas evaluaciones deben ser por un ente autónomo libre de ingerencias políticas u otros, en este caso el Consejo Nacional de la Magistratura.

Debe haber un ingreso universal con un único cuadro de méritos general donde el primero tenga la opción de elegir el lugar que desea trabajar y así sucesivamente.

IV.- ROL DEL JUEZ

1.- FORMACIÓN CONTÍNUA:

El juez debe de tener una formación continua con un mínimo de acreditación anual de estudios a efecto de poder garantizar su actualización en su especialización o tema jurídico que ayude en el desarrollo de su trabajo.

La Academia de la Magistratura debe de cumplir tal rol, debiéndose de acogerse la solicitud de CERIAJUS, de que éste órgano debe de ser autónomo, con presupuesto propio libre de injerencias en su composición de organismos políticos o de la administración en sus acto de decisión, pero como miembros consultivos a los organismos involucrados en la administración de Justicia sólo como órgano consultivo, la academia de la magistratura debe de ceñirse estrictamente a una preparación técnica y práctica del futuro Juez, y de su formación continúa.

2.- ASCENSO:

Debe de otorgarse puntaje no muy elevado el hecho de ser antiguo, debe de evaluarse otros parámetros, como producción, calidad de resoluciones, estudio continuo, la meritocracia debe de ser más importante.

3.- ROL DEL JUEZ:

El juez señala Rudolf Stammler es la función que puede servir de modelo a todas las sociedades³, por ello su rol es trascendental en un Estado Constitucional.

El Juez sólo se encuentra sometido a la Constitución, por ello su función es muy importante, la Constitución Política de Estado en su artículo 138 primera parte señala "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes", en ella se precisa que el Juez es independiente a ingerencias distintas de lo que señala la Constitución.

John Locke en su Segundo tratado sobre el Gobierno Civil, señalaba "si el hombre es señor absoluto de su propia persona ¿por qué renuncia a su imperio y se somete al control de otro poder? -respondía- por que estaba expuesto constantemente a la incertidumbre y a la amenaza de ser invadido por otros, por el grande fin que lleva los hombres a unirse en estados y a ponerse bajo un gobierno es la preservación de su

2. Existe un practicante rentado, que hace una estancia preparatoria (stage) bienal, el periodo Refedariat termina con un segundo examen: el candidato resuelve casos prácticos, dicta una sentencia en base a los actos de un proceso, atribuyéndose al practicante el título de "jurista plenario", y cuando es contratado adquiere para tres años el título de Juez en prueba y si después de ello obtiene evaluaciones positivas es nombrado "magistrado vitalicio" y es inamovible. Materiales del curso. Función Jurisdiccional. Seminario.

3. El Juez Rudolf Stammler. Pág. 103

propiedad, cosa que no podía hacerlo en el estado de naturaleza por faltar en el muchas cosas: 1) faltaba una ley establecida, fija y conocida; una ley que hubiese sido aceptada por consentimiento común. 2) falta en el estado de naturaleza un juez público e imparcial, con autoridad para resolver los pleitos que surjan entre los hombre según la ley establecida. 3) falta a menudo en el estado de naturaleza un poder que respalde y dé fuerza a la sentencia cuando ésta es justa, a fin de que se ejecute debidamente⁴, de lo que ya se concebía al Juez como la persona indicada que incluso a través de él se preserva la paz social en un Estado, tal es su función, por ello el Juez debe de estar premunido de garantías y derechos para que su función sea en apego a la Constitución, si bien es cierto inicialmente se entendía que estaba supeditado la ley y con ello se quería dar entender al legislativo dado a que éste el productor de normas, y por lo tanto podía decirse que el Juez era boca de ley por que a través de él el poder legislativo se pronunciaba e incluso no se aceptaba que el Juez interprete las normas, pero se le otorgaba una preponderancia dentro de la sociedad, maniatado, amarrado; claro. El origen del poder trae consigo una colación de poder entender si el juez se encontraba supeditado al poder legislativo, dado a que el poder de legislativo se decía existía por delegación del pueblo, como órgano de función política, vale decir se quería que como el legislativo interpretaba las “aspiraciones del pueblo”, el juez tenía que supeditarse a la ley y no podía interpretarla, Montesquieu desarrolla la concepción liberal de Locke y además de considerar la necesidad de separar el poder ejecutivo del poder legislativo, piensa que también es preciso separar el poder judicial⁵, pero aunque se avizoraba tíbiamente que el poder judicial tenía que ser independiente, y con ello también tenía que ser independiente el Juez, pero aún se mantenía la situación de que el Juez debía supeditarse a la ley, y ésta ultima era expresión del poder legislativo, es decir persistía la preeminencia del legislativo hacia el poder judicial, ello incluso en ésta época se puede observar, la Presidenta del Congreso días pasados y muchos congresistas también han sostenido que se debe de dar una ley para poder limitar las funciones del Tribunal Constitucional y que también debe de haber limitaciones para que pueda interpretar la ley, si ello se pide del órgano máximo que interpreta la Constitucionalidad de las leyes, entonces se infiere que al juez ordinario también debe de ocupar tal posición, lo cual no sólo es un despropósito sino surge que el poder legislativo se considera para sí como el único órgano que puede “interpretar” las aspiraciones sociales, lo cual es errado y contrapone a un Estado Constitucional, que hace recordar a lo que John Locke sostenía: El poder legislativo se convierte el primer poder del Estado, por que es el que está facultado para dictar las leyes que son necesarias para garantizar a los hombres el disfrute de sus propiedades en paz. Es el poder que debe de preservar la sociedad. Por ello se convierte en el poder supremo del Estado. La ley se legitima sobre la base del poder concedido, por la mayoría, a los elegidos como integrantes del poder legislativo”, entonces ahora todavía persiste tal actitud, a pesar de que ahora esta delimitado los tres poderes del Estado de manera meridiana en la Constitución Política del Estado⁶, por ende la pugna por entender de que el poder judicial tiene que ser un poder independiente todavía no está claro para muchos, lo que pasa es que el control el poder judicial sea a través de sus distintas formas, forma de nombrar a los jueces, ratificación, etc. Favorece al poder político, ya que éste desea que el poder judicial sea un poder disminuido por que no desea ser controlado, entonces el Juez también se le pretende

4. Capítulo 9 de los fines y de la sociedad política y del gobierno. LOCKE, John. Materiales de lectura del curso

5. Separata del curso Resumen de Montesquieu “Del espíritu de las leyes”, pág. 59.

6. Artículo 43.- Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

imponer a que debe de tener en cuenta la ley y sólo la ley, lo cual debilita la función del juez.

No puede ser compatible la función de dar la ley, así como que se cumpla la ley, para ello tiene que haber división de poderes debiendo el que da la ley ser autónomo y el que aplica la ley debe también ser autónomo, y éste último incluso debiendo de aplicar conforme a la Constitución⁷.

Cosa distinta por ejemplo pasa en el poder judicial de Estados Unidos: Tocqueville y Taruffo indican a este respecto: "El poder del Juez no tiene parangón en otro sistema –norteamericano-. Los problemas sociales más trascendentales pasan por las decisiones de los jueces. Por ello, se afirma con acierto que el Juez es uno de los primeros poderes políticos de dicho país. Entre las características destacadas de la función judicial, se señalan los siguientes: a) servir de árbitro, por que tiene lugar –y es condición indispensable- cuando existe un litigio. b) pronunciarse sobre casos particulares y no sobre principios generales, por que cuando un juez decide una cuestión particular destruye un principio general. c) y no poder actuar más que cuando se acude a él, esto es, cuando se le somete una causa, porque la función judicial carece de acción, es decir, es necesario ponerle en movimiento para que actúe⁸.

Así el juez en ese sistema juega un rol preponderante dentro de la sociedad ya que al resolver los casos particulares, puede poco a poco destruir un ley ya que lo hace vulnerablemente continuamente, perdiendo su fuerza dicha ley, ya que el juez considera que el mismo no debe de surtir sus efectos en casos concretos, perdiendo sus efectos continuos, así el juez puede en base al caso concreto aplicar directamente la constitución antes que la ley.

Al momento de expedirse las leyes el límite de ésta es hasta donde alcanza el bien público de la comunidad⁹ entonces al producirse las leyes éstas no pueden prever toda la casuística que se puede dar en la vida cotidiana, y si eso, es así; el poder legislativo está limitado desde su nacimiento, ante este caso el juez debe de dar una solución dentro de marco del sistema jurídico, entonces ese juez es el que tiene el poder para que la ley tenga vigencia –vida- real por que al aplicarla lo hace al caso concreto en la vida real diaria. Así como la ley no puede prever toda la casuística de la vida real diaria, la ley también desde su nacimiento ya nace desfasada de la realidad, por que el avance de la ciencia y la tecnología es mas rápida que los supuestos de hecho que recoge las leyes, es también el juez, el que debe de aplicar teniendo en consideración ese hecho, por ello el juez ante dicha coyuntura tiene que aplicar la ley teniendo en cuenta los principios dimanentes de la Constitución¹⁰, que es la que irradia los valores que deben de ceñirse el actuar del Estado y de la Sociedad, dentro de ello el ciudadano, así pues el juez se encuentra en la posición, de poder incluso "crear" una norma especial al caso concreto, y no es el legislador el que prevé ello, por eso el poder legislativo no puede invocar una aplicación sin previo filtro que debe hacerlo el juez respecto a dos situaciones: 1) Cuando dicha norma no es compatible con lo previsto en la Constitución. 2) Cuando la ley no prevé una "solución", el juez tiene que encontrarla vía interpretación e integración. En ambos casos el juez deja de lado la ley en forma abstracta y busca encontrar lo más adecuado, idóneo, razonable en la Constitución, por que en ella se plasma el pacto político jurídico de lo que aspira una sociedad.

7. Y los derechos fundamentales.

8. La función del juez en el Common Law. Tocqueville y Taruffo.

9. Del alcance del poder legislativo. Capítulo 11. John Locke.

10. Y los derechos fundamentales.

Por ello es tan importante el rol del Juez, ya que ante la existencia de leyes malas dadas por el poder legislativo, el juez puede paliar tal mediocridad de la ley cuando hace uso de las interpretaciones a efecto de darle vida a una "norma" para el caso concreto conforme a lo señalado por la Constitución y/o por la ley mediocre, pero puede haber buenas leyes y el juez no idóneo puede que esa ley sea mediatizada y enervada, ello también es contra de lo establecido por la Constitución, pero lo que se quiere aquí relevar es que, el rol del juez es trascendental para una sociedad.

Es tan trascendental entender que la Constitución es la norma que debe de primar en todos los actos ya sea del poder judicial, del poder legislativo, y poder ejecutivo, es decir la Constitución se encuentra por encima de los poderes, cuando éstos actúan, sus actos deben de hacerlo en concordancia con lo establecido en la Constitución, entonces si el poder legislativo al momento de expedir una ley tiene que tener en cuenta que esta no sea inconstitucional, con mayor razón el poder judicial, a través del juez debe también tener en cuenta que la ley que va aplicar no este en colisión con la Constitución, ese rol del juez es preponderante y en ella radica su mayor poder: el poder inaplicar una ley si es contraria a la Constitución, o el poder aplicar directamente la Constitución en desmedro de la ley si ésta (Constitución) ampara el caso concreto en forma directa y no necesita de una ley intermedia. Alexis Tocqueville cuando habla del poder judicial en los Estados Unidos y su acción sobre la sociedad política indica "En los Estados Unidos, la Constitución ésta sobre los legisladores como lo está sobre los simples ciudadanos. Es la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley, es pues, justo que los tribunales obedezcan la Constitución, preferentemente a todas las leyes.

Esto deriva de la esencia misma del poder judicial: escoger entre las disposiciones legales aquéllas que lo atan más estrechamente es, en cierto modo, el derecho natural del magistrado"¹¹. "Los norteamericanos han confiado a sus tribunales un inmenso poder político; pero al obligarlos a no atacar las leyes sino por medio judiciales, han disminuido los peligros de ese poder"¹².

No obstante hasta aquí lo desarrollado en cuanto a que el Juez debe de ceñirse a la Constitución antes que a la ley, también es necesario entender como debe de desempeñar tan importante rol el Juez.

Ello conlleva a analizar como debe ser el actuar del juez en el desarrollo de su rol, Michele Taruffo, dice "Existe, no obstante, un significado central de este concepto que aparece en casi todos los contextos en lo que se hace referencia a él, y que se funda en valores de generalidad, estabilidad de las normas legales, previsibilidad e igualdad en la interpretación y la aplicación de Derecho, y también en los valores de impersonalidad, imparcialidad y corrección en a administración de Justicia"¹³.

Conlleva necesariamente a poder entender como debe ser su actuar del Juez, como debe de otorgársele garantías para que ese rol sea ejercido adecuadamente, y también cómo debe de darse garantías a la sociedad para que el juez actúe correctamente.

11. El poder judicial en los Estados Unidos y su acción sobre la sociedad política capítulo VI. Tocqueville, Alexis.

12. Idem precedente

13. La ley y juez en el rule of law y en el constitucionalismo americano.

En primer lugar el juez funda su actuar en la norma, se ciñe a ella y de ella puede hacer interpretaciones, la actuación del juez entonces no es anárquica ya que debe de discurrir por la norma, Gustavo Zagrebelsky señala: "en general, que el caso no puede comprenderse jurídicamente sino es por referencia a la norma y esta por referencia a aquél, pues no es solo el caso el que debe orientarse al caso. La ignorancia de cada uno de estos elementos de la interpretación produciría dos defectos opuestos. Tomar en consideración exclusivamente los casos daría lugar a una pura y simple "casuística", incompatible con la existencia del derecho como ordenamiento; tomar en consideración exclusivamente el ordenamiento conduciría a una ciencia teórica inútil para la finalidad del derecho. Exceso de concreción en un caso; exceso de abstracción en el otro. En cualquier caso malentendidamente de la "interpretación" de la misma"¹⁴. Entonces el rol del juez debe de discurrir paralelamente por ambos, pero para poder llegar a una adecuada aplicación de la norma al caso debe de realizar interpretaciones, justificaciones, y ser razonable, buscando una proporcionalidad e idoneidad como realizar todo ello.

En el rol del juez este utiliza métodos de interpretación, he ahí donde el juez juega un rol preponderante, la interpretación no es tarea del legislador que da la ley, el juez es quien interpreta la ley al buscarla a fin de poder aplicarlo al caso concreto, esa búsqueda tiene que hacerlo el juez, debe buscar el significado de la norma, cual es la adecuada para la aplicación pertinente, esa búsqueda de la "regla" adecuada el método sirve como funcionalidad para lograr ello, "(en) la búsqueda de la regla no viene determinada por el método, sino que es el método el que esta en función de la (dirección de la) búsqueda, dependiendo de lo que se quiere encontrar. El método es, en general, sólo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir, justificable en un ordenamiento dado"¹⁵. Existe una cantidad de métodos de interpretación, el teleológico, sistémico, histórico, literal, extensivo, análogo, comparativo, económico, de impacto social, etc., que ayudan al juez poder argumentar al momento de decidir, para así entender por que a resuelto de una u otra manera, "el pluralismo de métodos es un rasgo de nuestra cultura jurídica. Esto se muestra con claridad desde la "escuela Histórica", en cuya teoría de interpretación confluían la gramática y la sintaxis, la lógica, la historia, y el sistema. A tales criterios se añaden hoy otros, como la comparación de los principios jurídicos, consecuencia tanto de la aproximación entre los derechos como la creación de un nuevo derecho común, o el análisis económico del derecho, que introduce entre los datos a tomar en consideración en la aplicación de las normas jurídicas el calculo de la relación entre costes y beneficios y las consecuencias redistributivas del producto social"¹⁶, nótese entonces que el rol del juez no es un desenvolvimiento anárquico o sin que una teoría lo sostenga, no puede el juez desarrollar su función en forma acientífica, tiene no sólo que buscar la colaboración de ella sino también lograr el respaldo de la misma, para que su actuar no sea arbitraria, dictatorial que incluso contravendría el sistema de modelo de república prevista en nuestra constitución¹⁷, entonces las herramientas que tiene el juez para una adecuada aplicación de las normas es utilizar métodos de interpretación, y al elegir uno o varios de ellos el juez incluso toma partido por una determinada teoría de derecho, que a su vez también tiene que ser justificada en la decisión del juez, "todo método, de por sí, remite a una cierta concepción ontológica de derecho, por ejemplo: la interpretación exegetica remite a la idea de

14. Los jueces y el derecho. Gustavo Zagrebelsky

15. Idem precedente.

16. Idem precedente

17. Artículo 43.- -el- Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno. La República del Perú es democrática.

derecho como expresión de una voluntad legislativa perfecta y completamente declarada; la interpretación según la intención del legislador, a la idea positivista del derecho como (mera) voluntad de aquél; la interpretación sistemática, a la idea del derecho como sistema; la interpretación histórica, la idea del derecho como hecho de formación histórica; la interpretación sociológica, al derecho como producto social; la interpretación según cánones de justicia racional, al derecho natural¹⁸.

Es decir en el desenvolvimiento del rol del juez tiene un haz de opciones para poder aplicar la ley, en forma científica.

Fácil sería dicha tarea si solamente se aplicaría en forma literal positivista, ello es lo que pretende muchas veces el legislador, pero el rol del juez es funcional no es estático, como diría Atienza "el derecho no es estático sino dinámico", el juez no puede capitular ante ese rol que le toca desempeñar dentro de la sociedad.

Zagrebelsky indica: "Hoy, ciertamente, los jueces tiene una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado Constitucional, es decir, lo garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado Constitucional y cualquier "señor del derecho" hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto de propiedad de uno, sino que debe ser objeto de cuidado de todos.

V.- CONCLUSIONES

- 1.- El juez debe de tener un acceso a cumplir su función luego de una preparación teórica y practica.
- 2.- El Juez e tener una preparación continua.
- 3.- El rol del juez es interpretar las normas en consonancia con la Constitución.
- 4.- El juez en su rol debe de utilizar métodos de interpretación.

VI.- BIBLIOGRAFÍA.-

- 1.- Materiales del curso de función jurisdiccional. Pontificia Universidad Católica del Perú- 2007
- 2.- Materiales del seminario de función jurisdiccional. Pontificia Universidad Católica del Perú- 2007.
- 3.- La constitución desde la interpretación del Tribunal Constitucional. Gaceta Juridica- 2006.
- 4.- Derecho Jurisdiccional. Juan Montero Aroca. Décima Edición. Valencia. Edit, Tirant Lo Banch.
- 5.- Metodología del Derecho. Francesco Carnelutti. Traducción por Angel Osorio. Ara Editores-2006.
- 6.- El Juez. Rudolf Stammler. Traducción de Emilio Fernandez Camus. Ara Editores. 2005.
- 7.- Escritos sobre derechos humanos. Rafael de Asís Roig. Ara Editores- 2005.

18. Idem.

CONTROL JUDICIAL, RENDICIÓN DE CUENTAS Y SOCIEDAD CIVIL

ABRAHAN PERCY TORRES GAMARRA

Vocal de Superior de Justicia de Junín

Presidente de CODICMA y de la Comisión de Ética y Reforma Judicial de la CSJUU

Recientemente se ha producido circunstancias preocupantes con respecto al Reglamento de Control de la Magistratura del Poder Judicial. Por un lado, existen propuestas de retirar por completo el control por parte de los jueces mismos; de otro lado, propuestas de participación de la sociedad civil en los órganos de control, aun cuando dentro de dicha propuesta se discute la naturaleza y carácter de su participación, pese a que la Ley 28149 modificó ya los artículos 103 y 104 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es más, existen propuestas de mayoría y minoría al interior del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y recientemente un nuevo régimen disciplinario en la nueva Ley de la Carrera Judicial –observada por el Poder Ejecutivo-. Ciertamente que trasluce un caos legal y reglamentario sobre la materia y sobre el cual los jueces no podemos quedar al margen y sin tener opinión al respecto.

¿Sería concebible ver más adelante a un representante del Colegio de Abogados de Junín, a un catedrático de la UPLA, ejerciendo el control a los magistrados? ¿Debe mantenerse el régimen actual del control? ¿Cómo debe ser el control judicial?

Las instituciones del Estado, entre ellas el Poder Judicial tienen asignadas determinadas exigencias constitucionales y legales de todo Estado de Derecho, que en la actualidad se hace imprescindible fortalecer. Los retos del Poder Judicial siguen siendo grandes, habida cuenta que muchos de los valores que se proclaman siguen distantes del pueblo. Se exige al Poder Judicial tanto en su organización y en su función misma de administrar justicia y que su rol se adecue a los nuevos tiempos.

“Durante décadas se ha percibido que una mayor independencia es fundamental para fortalecer el desempeño judicial. Más recientemente se le ha unido otro elemento, la demanda de mayor rendición de cuentas por el Poder Judicial, con algunos críticos que argumentan que ante la ausencia de este segundo factor, el impulso de la independencia puede ir demasiado lejos, produciendo una variedad de nuevos problemas. Esto llega como una sorpresa desagradable para algunos miembros del Poder Judicial. Finalmente, habiendo escapado del control de los poderes ejecutivo, las legislaturas, los partidos políticos y elites no gubernamentales, ahora se encuentran sujetos a demandas de nuevos tipos de respuestas. Lo que esto precisamente implica no siempre está claro, pero su desarrollo a menudo es considerado por los jueces como una amenaza a sus logros recientes”¹.

El tema de la rendición de cuentas representa la *exigencia de que un órgano más o menos independiente explique y justifique sus actos, preferiblemente en términos de reglas o criterios ampliamente aceptados y preestablecidos...la lógica absoluta detrás de su introducción es que las organizaciones que tienen que explicar y dar cuenta de sus acciones tendrán, en primer lugar menos probabilidades de cometer errores.*²

Ciertamente que no se trata que los jueces den cuenta de sus labores jurisdiccionales, sino al requerimiento de que el Poder Judicial como ente explique y

1. Linn Hammergren. Independencia Judicial y rendición de cuentas: El balance en las metas de reforma.

2. Linn Hammergren. Idem

justifique muchas de sus decisiones ya bien administrativas, funcionales y el resultado de las mismas. Dicha rendición a la larga puede reducir su vulnerabilidad como Poder y hay que verla como una manera de combatir la corrupción. Considero que dentro de la rendición de cuentas el Poder Judicial debe dar cuenta de lo que hace su órgano de control.

Pese a que ya tenemos varios años de cesada la intervención al Poder Judicial como aconteció en el régimen fujimorista, sus consecuencias aún parecen que no han terminado del todo. A propósito de ello, la directora de Análisis y Relaciones en el Centro Internacional para la Justicia Transicional sobre las Comisiones de la Verdad nos dice. "En casi todos los países que visité por toda América Latina, África y otras partes, encontré una lucha difícil en pro de la justicia y una frustración por el pequeño número de malhechores enjuiciados y a la incapacidad de los tribunales. Tras una dictadura o gobierno represivo, el Poder Judicial suele quedar en ruinas: jueces comprometidos políticamente, corruptos o tímidos; falta de experiencia y escasez de recursos..."³

En el Perú, como en muchos países el problema de la corrupción y en específico de la corrupción ligada al ámbito judicial es muy serio y ha conllevado diversos diagnósticos para ser atacado, controlado y eliminado. Antes de entrar al fondo del tema, quisiera comenzar formulándome ciertas preguntas. ¿De dónde provienen nuestros políticos, policías, militares, funcionarios del estado? ¿De dónde provienen nuestros jueces, fiscales, secretarios judiciales? Obviamente que no provienen del extranjero, de Estados Unidos, de un país europeo, o más cerca de la sociedad chilena. Proceden de la sociedad peruana.

Surge a continuación la inquietud siguiente y como *primera hipótesis* que la sociedad peruana aporta buenos elementos y éstos se corrompen cuando ingresan a la política, a los institutos armados, a determinado Ministerio, al Poder Judicial o al Ministerio Público o *la hipótesis contraria*, que la sociedad peruana no aporta buenos elementos a dichas instituciones y que por tanto es la sociedad peruana la corrompida.

Ciertamente que es un problema complejo y como tal puede conllevarnos a equivocaciones. La mayoría de la población ciertamente que no está con la corrupción, por cuanto si así fuera no tendríamos razón de existir como país, como sociedad, como Estado en la colectividad mundial. Al contrario quiere que ella sea eliminada y desterrada. Pero ¿Qué hacer para que ello suceda?

Es en la lucha contra la corrupción social que padece el Perú, que debe fortalecerse el Poder Judicial, concibiéndola como la reserva moral del país, por cuanto queramos o no los jueces, lo quieran o no los políticos, dentro de la concepción moderna de un Estado democrático de derecho, el Poder Judicial tiene y va a seguir existiendo, aún cuando en determinadas coyunturas surgen desilusiones y faltas de esperanza.

Existe una interacción entre el Poder Judicial y la democracia que se manifiesta en dos sentidos: Por un lado, las exigencias constitucionales que le otorga el cuerpo constitucional en si y por otro lado el rol que debe jugar la magistratura en la conservación y garantías del Estado de derecho.

3 Hayner, Priscilla. Enfrentando crímenes pasados y la relevancia de Comisiones de la Verdad. En Ensayos sobre la justicia transicional. Editado por el Centro Internacional para la Justicia Transicional. 2003. pág. 119

SISTEMA PERUANO DE CONTROL DISCIPLINARIO

Control Judicial y Carrera Judicial.

El tema del control estructuralmente se encuentra ligado a lo que constituye la **carrera judicial**. Se encuentra ligado por cuanto el sistema de control tiene que ver con el sistema de ingreso a la magistratura, el sistema de evaluación del desempeño, los cuadros de mérito, de las obligaciones y derechos de los magistrados, los ajustes al sistema disciplinario, el régimen de provisionalidad y suplencia, entre otros. A tal punto se encuentran interrelacionados que si se estructura un buen sistema de acceso a la carrera judicial, de seleccionarse a los mejores profesionales postulantes, será difícil corromper a éstos y por lo tanto los esfuerzos y recursos económicos dedicados al control siempre serán menores y consiguientemente dichos recursos podrían ser orientados a otras áreas críticas. Si funciona un buen sistema de ascensos y méritos, debieran acceder a ellos los más capaces en coincidencia con la antigüedad –aún cuando no necesariamente siempre ello suceda- El control por tanto tiene un tratamiento sistémico, debido a la necesidad de considerar a la organización judicial como un conjunto interrelacionado de elementos que interactuando entre si, conforman un todo unitario. Perder de vista tal interrelación no sólo impedirá un control más efectivo, sino que nos llevará a dejar aspectos y flancos débiles que más tarde pueden revertir contra la organización toda.

El Juez es continuamente acusado, pero pocas veces escuchado, cuando tiene muchas cosas que decir. A propósito de ello resultan lapidarias las afirmaciones del doctor Juan Monroy Gálvez: "Los señores que hicieron la Constitución, así como los que hicieron la anterior, han pensado que el Presidente de la República es un mandatario, pero mandatario al final de cuentas... él único que no es mandatario es el Juez, que es un funcionario público que no representa al pueblo, es el pueblo. Lo que ha hecho el poder central es quebrar el vínculo sociedad-juez y ha puesto a la sociedad en su contra, cuando se hacen las encuestas de las peores instituciones, aparece siempre el Poder Judicial. Pero no, el juez es simplemente una consecuencia de este acto premeditado, intencional e histórico de hacer al servicio de justicia depender del poder central..."⁴.

De los objetivos del control.

El control es un concepto fundamental en la organización administrativa de los organismos públicos, y los organismos privados y como tal comprende un plan de organización, así como de los métodos y sistemas para salvaguardar ya sea sus bienes, verificar la exactitud y seguridad de los datos que producen, de desarrollo eficaz de los procedimientos que utilizan y fomentar un apego a la política administrativa de la institución.

En el caso del Poder Judicial, cuando nos referimos a efectividad, estamos haciendo referencia al cumplimiento de los objetivos previstos y cuando nos referimos a la eficiencia, ello gira en torno a hacer factibles y palpables los objetivos trazados, utilizando para ello la menor cantidad de recursos.

4. En busca del Juez Peruano: Hacia una verdadera reforma del Poder Judicial. Entrevista a Juan Monroy Gálvez. Themis Revista de Derecho Lima. No. 32 1995 pp 65-70

El control en el ámbito judicial permite un examen respecto del cumplimiento de normas y políticas internas, constituyéndose por tanto en una herramienta integradora de gestión. Un buen sistema de control resumidamente debe servir a la organización judicial:

- Ahorrando costos en materia de visitas y auditorias judiciales, que son prácticamente actividades *sin valor agregado*. Cuántas veces no se han efectuado visitas judiciales a las sedes judiciales y organismos jurisdiccionales y se han llenado estantes de archivos, expedientes, para terminar aplicando una sanción mínima, apercibiendo a tal o cual Juez o servidor judicial. A propósito de ello surge en el suscrito una prematura inquietud si es que los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura –como defienden algunos- ejercen el control disciplinario al Poder Judicial. ¿Los Consejeros del CNM harían las visitas de control a los Juzgados y Salas del Interior del país o en Lima? ¿Sería factible observar a los consejeros del CNM leyendo los expedientes y libros de un Juzgado o Sala? Ciertamente que no, pero ello no es una idea desechable. ¿Delegarían tal función de visitas judiciales a determinados *funcionarios*? ¿Se trataría de una delegación de funciones? ¿Podría un Vocal o Juez permitir que tal *funcionario* que no sea consejero revise su labor judicial? Son respuestas concretas que no pueden ser absueltas tan fácilmente.
- Debe comprometer a los controlares en tareas fundamentales como la **prevención** que tiene dos enfoques principales: Uno detectar los puntos débiles del sistema y el otro ver los puntos débiles en los individuos.
- Contar con la información pertinente a cada nivel organizacional, evitando actividades de control carentes de sistematicidad, reduciendo las labores burocráticas.
- Concentración en labores de planificación y prevención.
- Desarrollo de un control continuo para de esa manera los responsables de la organización cuenten con información actualizada y veraz sobre el cumplimiento de las normas internas de la organización judicial y las externas vinculadas al Poder Judicial.
- Coadyuvar a una utilización óptima del personal, que apoye el desarrollo de labores de equipo en las áreas correspondientes, con un claro enfoque preventivo.

Los Estándares, ámbito y desempeño del Juez y el Control:

Con prescindencia de la opción de control que podamos asumir, esto es, de un control interno, de un control externo o un control mixto, no cabe duda que deben existir mecanismos de control que permitan evaluar y corregir el desempeño funcional de los Magistrados, el que a mi modo de ver debe pasar por determinadas consideraciones:

- a) **Establecimiento de Estándares.**- Tal labor propiamente corresponde al Poder Judicial. Para ello sus órganos de gobierno y teniendo como ejemplo una buena organización estadística se podrá tener una visión global de la carga procesal y producción que puede soportar un Juez y/o Juzgado; un Vocal Superior y su respectiva Sala; Un registro de resoluciones confirmadas o rechazadas por los superiores en grado a fin de no descuidar los aspectos cualitativos, aún cuando en estricto un registro de dicha índole no indique que necesariamente nos

encontremos ante un buen o un mal juez, habida cuenta que pueden existir casos de interpretación donde no haya coincidencia. En la Corte Superior de Junín por ejemplo vemos las diferencias abismales en unos casos de la carga procesal de cada Juzgado o Sala y no contamos con elementos justificativos para decidir cual es la carga adecuada. Su establecimiento por tanto ayudaría a efectuar decisiones de política judicial. A propósito de ello recientemente todo el Poder Judicial ha pasado un periodo de actualización y de estadística judicial. Sus efectos los veremos pronto.

- b) **Medición del desempeño contra dichos estándares.-** Esta herramienta nos permite objetivar la conducta y limitando en lo posible la subjetividad de los contralores. Con dicha medición podemos adoptar decisiones de control que coadyuven al mejorar el trabajo judicial en general. Así por ejemplo no podemos analizar de la misma manera a dos magistrados, cuya carga de procesos difiera abismalmente.
- c) **Corrección de desviaciones.-** Bajo dicho ámbito se tiene que considerar que el régimen disciplinario no tiene que ser necesariamente represivo, sino también una vocación preventiva.
- d) **Deberes del Juez.-** Los magistrados en su desempeño se desenvuelven en dos ámbitos: Por un lado asume deberes y por otro lado ejercen determinadas facultades. Un sistema de control debe tener en cuenta dicho ámbito. Así los jueces tiene deberes que van desde conservar su independencia, imparcialidad, lealtad, decoro hasta el de ejercer la dirección del proceso, motivación de sus fallos, etc.
- e) **Facultades del Juez.-** En la vertiente contraria encontramos que los jueces tienen facultades ordenatorias, sancionatorias, decisorias. Este ámbito es vasto y el control del mismo requiere que el contralor maneje con solvencia dichas facultades, por cuanto de no ser así se puede caer en actuaciones arbitrarias.

Modelos de sistemas de control:

1. **Control Externo:** Este régimen comprende una pérdida total del control por el Poder Judicial, derivándose el mismo a un ente externo. En nuestro caso ella correspondería al Consejo Nacional de la Magistratura. Teniendo en cuenta el descrédito histórico del Poder Judicial se constituye en la alternativa preferida de muchos.
2. **Control Interno:** Los defensores de ésta modalidad se sostienen en la conveniencia de establecer un sistema cerrado de control y donde el Poder Judicial asuma toda la responsabilidad en su conducción. Dadas sus características también tiene seguidores, pero el peso de la opinión pública y las situaciones concretas del sistema de justicia hace que no tenga la acogida mayoritaria, aún cuando si tenga el apoyo de sectores especializados en la labor judicial. El argumento central de su vigencia radica en la independencia y autonomía del Poder Judicial como un Poder del Estado.
3. **Control Mixto:** Aunque puede causar sorpresa en muchos éste es el régimen que actualmente rige en nuestro país y establece la participación de

representantes externos al Poder Judicial, conjuntamente con componentes de éste poder. Esto lo demostramos en la legislación vigente. Así en el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, encontramos a un representante de los abogados. En el Consejo Nacional de la Magistratura, tenemos la presencia de representantes de los abogados y otros profesionales, conjuntamente con representantes de las Universidades y del propio Poder Judicial y Ministerio Público y *estas entidades tienen competencias disciplinarias con relación a los jueces*. Aun cuando sean discutibles varias aristas de dicho control, como son competencias, jerarquías, funciones, atribuciones, etc, no se puede negar que ya tenemos en el Perú el control mixto.

Comentario Crítico a las conclusiones de la CERIAJUS en el tema del control y alternativas posibles.

El tema del control en el estudio desarrollado por la CERIAJUS se ubica dentro del capítulo referente a la corrupción y sistema de justicia y donde hay una conclusión importante: que el fenómeno de la corrupción no es unilateral, sino que es promovido por diferentes actores del sistema. Que si bien se efectuaron medias, entre ellas la descentralización de la labor contralora (ODICMAS, CODICMAS) ellas no eliminaron la red oculta y sofisticada de hipercorrupción.

En tal sentido, me parece que debe generarse un cambio de perspectiva en la concepción tradicional de las políticas de control, pasar de una concepción meramente sancionadora, represiva, a una concepción integral que convoque a la sociedad en su conjunto y que aplique las acciones de carácter preventivo, concurrente y posterior, así como la promoción de la eticidad y la necesidad de transparencia en el accionar contralor.

Bajo las premisas precedentes me permito proponer por lo pronto las siguientes alternativas a las efectuadas por la CERIAJUS:

- 1.- Fortalecer el régimen actual del control mixto, integrando a la Sociedad Civil con facultades de opinión y dictamen a los casos disciplinarios, pero sin capacidad decisoria de los mismos, con dedicación exclusiva de la OCMA a los magistrados del Poder Judicial, dejando de lado el control a los Auxiliares Jurisdiccionales, que abarca casi el 98% de la carga de procesos disciplinarios, Adicionalmente sólo comprendería a los servidores sujetos al régimen del Decreto Ley 276 sobre la carrera pública. La OCMA por tanto ubicaría su margen y radio de acción, a aproximadamente 1800 jueces (de todas las instancias) del Perú y no los 12,000 servidores auxiliares.
- 2.- Bajo tal ámbito, que la OCMA deje de ser una *Oficina* y se convierta en un verdadero sistema de control.
- 3.- En cuanto al personal Auxiliar, éstos en materia disciplinaria sean evaluados por la Gerencia de Personal, en la medida que su régimen laboral es el previsto en el Decreto Legislativo 728 y demás disposiciones modificatorias: esto es sujetos a la comisión de faltas graves. La experiencia nos demuestra que muchos servidores judiciales, tienen decenas de medidas disciplinarias y en varios casos situaciones de gravedad, de reiterancia y pese a ello continúan

prestando servicios. La experiencia nos demuestra que en dicha instancia la solución de los procesos disciplinarios tiene una respuesta más efectiva.

4. Establecerse que una forma de rendir cuentas por el Poder Judicial a la sociedad, sea la de informar su labor de control y de los resultados de las mismas.

¡QUIERO SER CONSIDERADO PROPIETARIO SIN DECLARACION JUDICIAL!

La falta de predictibilidad en la prescripción adquisitiva

Martín Alejandro Hurtado Reyes
Vocal Superior 2da. Sala Mixta de Huancayo

I. INTRODUCCION:

El presente trabajo tiene como propósito hacer un análisis del nivel de predictibilidad que se deben alcanzar nuestros órganos jurisdiccionales y del peligro para la seguridad jurídica y para la imagen del Poder Judicial cuando en temas similares se resuelve de forma contradictoria.

Esta preocupación e intención de escribir sobre el particular nace por dos sentencias dictadas por nuestra Corte Suprema a raíz de recursos de casación que fueron resueltos y publicados en nuestro diario oficial los cuales se encontraban vinculados directamente a la adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva, tal preocupación dio pie a formular el énfasis que aparece en el título del presente trabajo.

Así tenemos que con fecha 31.10.06 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Casación No. 2318-2005-SANTA sobre reivindicación¹ en los considerandos octavo y noveno de esta sentencia se dejó sentando lo siguiente:

“...conforme al artículo 952 del Código Sustantivo señala: Quien adquiere un bien por prescripción **puede** entablar juicio para que se declare propietario. La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño; asimismo, si concordamos esta norma con lo dispuesto por el artículo 950 del mismo Código, la cual prescribe que la propiedad inmueble adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”. (Resaltado propio)

“...Como se podrá concluir del análisis interpretativo de las normas en mención, el legislador del Código Civil ha establecido, taxativamente la posibilidad al poseedor de un bien inmueble, el adquirirlo por prescripción, esto es, por el uso continuo, pacífico y público, como propietario y por el sólo transcurso del tiempo; por lo demás de acuerdo a la voluntad del legislador, el beneficiario de la adquisición del bien puede iniciar una acción judicial de determinación del propietario; **siendo esto así, lo que el legislador ha señalado es que para la adquisición de la propiedad, no se requiere el inicio de un proceso judicial, sino que deja a potestad del adquirente, el hacerlo, puesto que su propiedad la ha adquirido por el solo transcurso del tiempo**”. (Resaltado nuestro).

Con los fundamentos de la sentencia nos encontrábamos absolutamente de acuerdo y auguramos que con estos criterios se daba un paso importante en las

1. Publicada de forma íntegra en Dialogo con la Jurisprudencia No. 99 del mes de Diciembre de 2006 de este mismo sello editorial.

decisiones de nuestra Corte Suprema en materia de prescripción adquisitiva. Sin embargo, con fecha 01.02.07 se publica en el Diario Oficial El Peruano la Casación No. 1166-06-LIMA sobre desalojo por ocupante precario, en los considerandos sexto y séptimo de esta sentencia se dejó sentando lo siguiente:

“...No basta con que el poseedor acredite que ha ejercido su derecho de posesión por el periodo de tiempo previsto en la norma sustantiva, para concluir que adquiere la propiedad por su simple transcurso y que, por tanto, resulte meramente declarativa la sentencia que señala al poseedor beneficiario como propietario, toda vez que **la sentencia que declara propietario al poseedor, no es declarativa sino constitutiva del derecho, pues es a partir de la sentencia firme que se genera una nueva situación jurídica respecto de la propiedad del bien y su titular**, más aun si en tanto no exista sentencia firme que declare la prescripción adquisitiva, a favor la acción reivindicatoria, entre otras, se encuentra expedita a favor del propietario, conforme lo establece el artículo 927 del Código Civil”

“...En consecuencia, cuando las instancias de mérito establecen que **la demandada no puede atribuirse la calidad de propietaria del bien sub litis por el sólo hecho de haber ejercido la posesión por más de diez años, mientras no exista sentencia firme que así lo declare**, interpretan correctamente la norma materia denunciada...”. (Todos los resaltados de esta sentencia son nuestros).

Tenemos entonces, dos sentencias dictadas por nuestra Corte Suprema en materia civil con criterios absolutamente contradictorios, la primera sostiene como premisa que la propiedad por prescripción no requiere de proceso judicial, siendo su inicio potestad exclusiva del usucapiente, ya que la misma se obtiene por el solo transcurso del tiempo. En cambio la segunda destaca que la sentencia en el proceso de prescripción adquisitiva no es declarativa sino constitutiva y que el poseedor con fines de usucapión no es propietario hasta que existe sentencia firme que así lo declare.

Trataremos en las siguientes líneas de establecer cuál de estas dos posiciones discrepantes se acerca a lo que señala nuestra legislación y a lo desarrollado por la doctrina.

II. PLANTEAMIENTO DE LOS CASOS:

En la **Casación No. 2318-2005-SANTA** la pretensión postulada en la demanda fue una de reivindicación y entrega de bien inmueble seguido contra la Empresa Nacional de Edificaciones (ENACE) en Liquidación contra el Country Club de Buenos Aires. La sentencia en primera instancia declaró fundada la demanda, la misma fue confirmada por la Sala Civil de Chimbote de la Corte Superior de Justicia Santa, formulado el recurso de casación por la Asociación de Residentes de la Urbanización Buenos Aires (por intervención litisconsorcial) por la causal de interpretación errónea de norma de derecho material, en este caso de los artículos 927 y 912 del CC.

En la **Casación No. 1166-06-LIMA** la pretensión postulada en la demanda fue una de desalojo por ocupación precaria seguido por Doris Carmela Ampuero Gómez contra María Laurente Pucllas. La sentencia emitida por la Quinta Sala Civil de Lima confirmó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda. El recurso de casación fue propuesto por la demandada por la causal de interpretación errónea de

norma de derecho material, en este caso del artículo 950 e inaplicación del artículo 927 del CC.

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Considero que en el caso particular el planteamiento del problema se reduce a los siguientes aspectos:

1. ¿Es necesaria una declaración judicial para ser considerado propietario por usucapión o basta que haya transcurrido el tiempo y el cumplimiento de los demás presupuestos establecidos en la Ley para ser considerado como tal?
2. ¿Cuál debe ser el resultado del proceso si el demandado en un proceso de reivindicación o desalojo invoca ser propietario por usucapión?
3. ¿La sentencia que se dicta en el proceso de prescripción adquisitiva tiene naturaleza declarativa o constitutiva?
4. ¿La predictibilidad se construye con fallos contradictorios?

IV. ANÁLISIS:

1. Adquisición del derecho de propiedad de forma automática y retroacción:

La doctrina ha establecido que basta el transcurso del tiempo y los presupuestos contenidos en la norma sustantiva para que automáticamente el poseedor con fines de prescripción sea considerado propietario, sin ser necesario acudir a un proceso judicial para ser declarado como tal, inclusive es pacífica la posición que establece que una vez operada la usucapión ésta tiene efectos retroactivos a la fecha en que se inició el plazo prescriptorio.

¿Desde cuándo se produce la adquisición de la propiedad? se pregunta Borda y responde precisando que se produce desde que se cumplen con los términos fijados en la ley, de tal manera que una interrupción de la usucapión por desposesión o demanda carece de eficacia si ha tenido lugar después del vencimiento de los plazos legales de la usucapión. Agrega en doctrina es unánime que operada la usucapión, ella tiene efectos retroactivos al día en que empezó a poseer².

Esta tesis es ratificada por Albaladejo³ al sostener que si bien **la adquisición se produce al cumplirse el plazo** que, en cada caso, la ley marca (como lo prueba el hecho de que interrumpida durante él la *usucapión*, la adquisición no llega a verificarse), sin embargo, tiene efectos retroactivos que alcanzan hasta el momento en que comenzó a usucapirse. Es decir, el usucapiente se convierte en titular del derecho al final del plazo, pero éste le es reconocido como si le correspondiese desde el principio.

2. Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Tomo I Derechos Reales. Editorial Perrot. Tercera edición actualizada. Pág. 337.

3. Albaladejo, Manuel. Derecho Civil. Editorial Librería Bosch. Barcelona 1977. Tomo II. Vol. I. Pág. 169.

Resulta de la irretroactividad que la usucapión es un modo de adquisición de la propiedad muy original: es necesario el transcurso del tiempo para convertirse en propietario, pero una vez desde el origen, esto es, desde que entró en posesión. En realidad, el transcurso del tiempo, **transformando una situación de hecho en una de derecho consolida la situación existente, haciendo inatacable y siendo por consecuencia imposible la reivindicación por el que era propietario.** Hay que considerar que el poseedor se ha comportado como si fuese propietario y no hay razón alguna para no admitir que se convierta tal al cabo de determinado tiempo. Desde luego, cuando no ha sido inquietado En su posesión, es admisible y conforme con la realidad admitir que en ningún momento fue perturbado por una reivindicación⁴.

Hernández Gil opina a favor de nuestra posición al precisar que generalmente se sostiene que el efecto adquisitivo de la usucapión se produce *ipso iure*, de una manera **automática**. Esto es cierto sólo en el sentido de que, **transcurrido el tiempo de la posesión (en la usucapión extraordinaria) y concurriendo los demás requisitos (en la ordinaria) no es necesario nada más para que la usucapión se estime consumada.** Ella misma funciona como modo de adquirir. A veces es imperceptible en la realidad el transito de la usucapión en curso a la usucapión consumada. El poseedor sigue comportándose lo mismo, cualquiera sea el tiempo en que le contemplamos, antes o después del efecto adquisitivo. No obstante, el automatismo no quiere decir que la usucapión se imponga necesariamente al favorecido, ya que cabe la renuncia, ni quiere decir tampoco que la usucapión actúe por cuenta propia. **En la práctica, el episodio que saca a la luz a la usucapión es una contienda acerca de la propiedad o de otro derecho real⁵.**

Sobre el carácter automático o no automático de la usucapión el español Diez Picazo⁶ nos plantea la figura de **la invocación**, así expresa que la prescripción adquisitiva o usucapión tiene que ser invocada por el favorecido por ella para que produzca sus efectos en el orden jurídico. En ningún caso puede el juez aplicarla de oficio. Sin embargo, de ello no debe deducirse que el efecto jurídico adquisitivo que la usucapión determina, sólo se produce en el momento en que es invocada y a partir de ese momento. Tampoco debe deducirse que el favorecido con la usucapión disponga de unas facultades o derecho potestativo, consistente mediante su ejercicio a través de la invocación en consumir su adquisición. **Agrega debemos entender que los efectos se producen de manera automática con el mero lapso de tiempo, unido a una posición hábil para ello que reúna todos los requerimientos.**

El cumplimiento del plazo poseyendo en calidad de dueño es bastante para conferir inmediatamente la propiedad. El usucapiente, desde entonces, no es (como en la *prescriptio longi temporis* del Derecho romano) un mero tenedor a quien no puede reclamar el antiguo dueño por haber prescrito la acción reivindicatoria, sino, él mismo, dueño que ha adquirido la propiedad (la servidumbre, etc.) por un medio apto para ello, cual es la prescripción adquisitiva. Por eso puede, a su vez reivindicar la cosa a quienquiera, lo que quizá no podría si fuera mero poseedor. A su vez el *vetus dominus* ha dejado de ser propietario, y es por eso por lo que ha perdido la acción reivindicatoria

4. Larroumet, Christian. Droit civile, Les biens, droits reeles principaux. Citado por Max Arias-Schreiber Pezet en Exégesis del Código Civil de 1984 Tomo V derecho reales, WG editores. Lima, 1993 Pág.21.

5. Hernández Gil, Antonio. Obras Completas. Tomo II. Editorial Espasa-Calpe. Madrid 1987. Pág. 472

6. Diez-Picazo Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Volumen tercero. Las relaciones jurídico reales, el registro de propiedad, la posesión. Editorial Civitas. Madrid 1995. Pág. 741.

(que es la propiedad en acción, e inseparable de ella)⁷.

En sede nacional Gonzáles Barrón⁸ plantea el problema e indica que la doctrina mayoritariamente se inclina por la tesis de que la usucapión se produce de forma automática, con el simple transcurso del tiempo. Por su parte Ramírez Cruz⁹ sostiene “la adquisición de la propiedad por el usucapiante se produce al cumplirse el plazo que, en cada caso, señala la ley, pero tiene efecto retroactivo. Esto significa que no se comienza a contar desde el día en que la usucapión se cumplió, sino con efecto retroactivo al día en que la usucapión se inició”.

Vemos entonces que la posición de que el derecho de propiedad por usucapión se adquiere de forma automática es admitida por la doctrina y además que sus efectos se producen con retroacción a la fecha en que empezó a poseer, pero la situación teórica es muy sencilla de explicar, sin embargo en la práctica judicial se complica la situación.

Así en el **proceso de desalojo por ocupante precario**, si el actor postula esta pretensión y acredita documentalmente su derecho de propiedad, por la sumariedad del procedimiento nuestro sistema no se le admitirá la contrademanda, por lo cual corresponderá al demandado alegar la condición de propietario del predio por usucapión **como argumento de defensa**, será más bien el argumento central del derecho de defensa. Convirtiéndose esta situación en un tema central de debate aportado por el demandado y que el juez debe resolver en la sentencia contrastándolo con el derecho que invoca el actor. En estos procesos el demandado puede encontrarse en situaciones distintas:

a) Que con antelación a la demandada de desalojo el demandado haya iniciado el proceso de prescripción adquisitiva y éste se encuentra en trámite, normalmente el propietario inicia el desalojo después de emplazado con la demanda de usucapión con el fin de revertir este proceso; en este caso en concreto lo recomendable es suspender el proceso de desalojo a fin de que se resuelva en primer orden el proceso de prescripción adquisitiva, evitando posibles sentencias contradictorias. Esta suspensión puede ser oficiosa en el proceso de desalojo u obtenida como medida cautelar en el proceso de prescripción adquisitiva. La situación de precariedad dependerá exclusivamente del resultado del proceso de usucapión por disposición constitucional, ya que el juez del desalojo no se puede avocarse ni emitir pronunciamiento sobre una pretensión que se encuentra en trámite en otro proceso judicial (Art. 139 inciso 2).

b) Que el demandado no haya iniciado ningún proceso judicial para ser declarado propietario, porque nadie le exigió antes de la demanda de precario la restitución del predio, ni judicial ni extrajudicialmente; es común este caso en los estrados judiciales, es en esta situación en la cual el demandado invoca (tesis de la invocación) su condición de propietario del predio por el sólo transcurso del tiempo y el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por la norma sustantiva, corresponderá al demandado la carga de la prueba sobre este extremo y al juez evaluar si en realidad se han cumplido, si de la valoración del material probatorio el juez llega a la conclusión que el demandado adquirió la propiedad por prescripción adquisitiva al haber cumplido con

7. La Cruz Berdejo, José Luis y otros. Derechos Reales. Volumen primero. Editorial Bosch. Barcelona 1991. Pág. 191.

8. Gonzáles, Barrón, Gunther. Curso de Derechos Reales. Jurista Editores. Lima 2003. Pág. 548.

9. Ramírez Cruz, Eugenio María. Op. Citada. Pág. 244.

todos los presupuestos exigidos y **ello se produjo antes de que se le exija la restitución del predio**, entonces el actor obtendrá una sentencia desestimatoria y no será posible ordenar la restitución, ya que el demandado posee como *domine*, pero si el poseedor no ha logrado cumplir con los presupuestos exigidos o el plazo para prescribir no ha vencido, entonces la pretensión de desalojo será estimatoria, sancionando al demandado con la imposición de una multa por temeridad procesal.

c) Puede ser que una vez emplazado el demandado en el proceso de desalojo inicie el proceso de prescripción adquisitiva, esta es una respuesta común del demandado del desalojo por precario, buscando consolidar su condición de propietario con una sentencia judicial, aunque en otras oportunidades lo hacen para bloquear u obstruir el proceso de desalojo. En tal caso corresponderá al juez del desalojo determinar si suspende el proceso de su competencia (aunque no es una medida recomendable en el sentido a que renuncia a resolver el conflicto de intereses) o emitir sentencia en la que resuelva la situación del demandado frente al actor con respecto al bien, sin perjuicio del resultado del proceso de prescripción. Es admisible la acumulación a fin de evitar sentencias contradictorias, aun si las vías procedimentales no son idénticas.

En el proceso de reivindicación la situación puede presentarse distinta, en el sentido que en este proceso si hay posibilidad de que el demandado proponga contrademanda, propiciando una acumulación objetiva sucesiva de pretensiones, la del actor: reivindicación, y la del demandado: usucapión. No hay impedimento para acumular estas dos pretensiones, aunque algunos propondrán la tesis inaceptable que no se puede acumular por la vía procedimental, argumento meramente formal y deleznable, porque hay principios más importantes en juego como son los de celeridad y economía procesal, tutela jurisdiccional efectiva, evitar sentencias contradictoria, entre otros. En este caso en concreto el juez tendrá si la oportunidad de ver la prescripción adquisitiva no un mero argumento de defensa sino como una pretensión, entonces obligado a resolverla de manera expresa en la sentencia como tal a fin de evitar sentencia incongruente. Sólo una de las pretensiones debe tener éxito, la otra debe ser desestimada, así si el demandado reconviniente logra probar que obtuvo la propiedad por prescripción y demuestra el cumplimiento de todos los presupuestos exigidos por el dispositivo legal pertinente antes de ser citado con la demanda, entonces la pretensión del demandado debe estimarse y la del actor desestimarse, pues se trata de pretensiones incompatibles entre si.

En el caso concreto (Casación No. 2318-2005-SANTA) al parecer – no se dice nada sobre el particular pero se infiere – el demandado no hizo uso de la contrademanda o es posible que haya sido desestimada con el argumento antes citado, por lo cual debió formularla y proponerla a debate en el proceso como argumento de defensa, sosteniendo la tesis de que es propietario por prescripción, lo cual se grafica en el contenido de los fundamentos del recurso de casación¹⁰. Este argumento finalmente fue recogido por la Sala Suprema y declaró fundado el recurso de casación y anuló la sentencia de vista, cuando lo correcto no era el reenvío sino el pronunciamiento sobre el fondo, como lo sostuvo en su voto del Dr. Carrión Lugo.

10. "...no es posible reivindicar un inmueble cuando este se adquiere por prescripción, cuando debió interpretarse la norma en el sentido que la acción reivindicatoria no procede cuando el inmueble se adquiere por prescripción, entendiéndose esta adquisición por el mérito de haber cumplido con el transcurso del tiempo y exigido por la ley, y cumplir con los requisitos de poseer como propietario, haberla adquirido de modo pacífico, ininterrumpido y público por más de diez años, elementos que constituyen título suficiente para la adquisición de la propiedad por usucapión..."

En consecuencia podemos colegir que la prescripción adquisitiva puede ser tema de debate en un proceso de desalojo por precario o reivindicación, cuando el demandado lo propone como argumento central de defensa de sus intereses y merece pronunciamiento expreso en la sentencia, pues forma parte de la controversia suscitada. Pero igualmente puede ser materia de discusión formal cuando se propone como reconvencción en los procesos de reivindicación. De otro lado, la argumentación respecto al derecho de propiedad obtenido por usucapión (cuando es invocada por el demandado sin reconvencción) debe ser el contenido fundamental de la sentencia para desestimar la pretensión de desalojo por precario o reivindicación, cuidando de no emitir pronunciamiento para declarar propietario al demandado, pues ello escapa de lo pedido por las partes en el proceso. El fundamento central de este argumento debe ser siempre que el derecho de propiedad por prescripción se obtiene por el cumplimiento del plazo establecido en la ley además de satisfacer los otros presupuestos para su acceso, sin que sea necesario que previamente el demandado obtenga sentencia judicial firme que lo reconozca como tal.

2. El derecho a reivindicar se pierde por prescripción adquisitiva:

Nuestro sistema parte de un principio fundamental: **no es posible la existencia de dos sujetos de derecho como propietario de un mismo bien, salvo que se de la figura de la copropiedad**. Entonces, el derecho de reivindicar un bien nace como natural del derecho de propiedad, este derecho no se extingue por el transcurso del tiempo, pues la pretensión de reivindicación tiene además la condición de imprescriptible, es decir el paso del tiempo no la afecta en absoluto, la tiene siempre expedita el sujeto que ejerce el derecho de propiedad, esta facultad perdura aun que titular del derecho cambie en el tiempo (por acto intervivos, mortis causa, etc.).

Pero como ningún derecho es absoluto, y la propiedad es un derecho, el mismo que aunque protegido por la Constitución tiene limitaciones y hasta puede ser privado su titular de él. Entonces, la facultad que tiene el titular del derecho de propiedad de reivindicar el bien tiene una limitación de orden legal en nuestro sistema, por el cual el titular del derecho de propiedad no puede reivindicar el bien de quien obtuvo el derecho de propietario por prescripción adquisitiva. La premisa en este caso sería la siguiente: **quien tiene el derecho de propiedad sobre un bien tiene también la facultad para reivindicarlo, quien pierde este derecho pierde también la atribución del *ius vindicandi*. La prescripción adquisitiva obtenida de forma automática por el transcurso del tiempo y el cumplimiento de todos los presupuestos establecidos en la ley hace que el poseedor se convierta en propietario con retroacción al momento en que comenzó a poseer, pulverizando el derecho que tenía el anterior propietario.**

El maestro Castañeda precisa que el dominio a diferencia de otros derechos reales, no es susceptible de extinguirse pura y simplemente. La pérdida del derecho de propiedad sólo opera como consecuencia de que un nuevo titular lo adquiera; el dominio no se acaba por el no uso, por el no ejercicio. El propietario no está constreñido a usar de su cosa, so pena de que el derecho de propiedad sobre la misma se extinga; **ese derecho habrá de extinguirse sólo si un tercero se apodera de la cosa y la posee por el tiempo exigido por la ley para la usucapión¹¹.**

Castañeda, Jorge Eugenio. Los derechos reales. Tomo I, cuarta edición. Talleres Gráficos Villanueva. Lima 1973.

Si el derecho de propiedad se pierde por usucapión de un tercero entonces se pierde también la pretensión reivindicatoria esta es la conclusión a la que llegan con absoluta lucidez los Mazeaud dando respuesta precisa a nuestro tema de análisis "si el derecho de propiedad no se pierde por el no uso, su titular puede, no obstante, ser privado del mismo porque un tercero haya adquirido el mismo derecho por el efecto de su posesión. **El propietario pierde entonces la acción reivindicatoria al mismo tiempo que el derecho de propiedad; pero esa acción no desaparece; cambia de titular con el derecho de propiedad, del que no es sin su aplicación práctica**¹².

Entonces, si en el proceso de reivindicación (con reconvenición o sin ella) o en el de desalojo por precario el demandado alega haber obtenido el derecho de propiedad por usucapión, el juez no debe exigirle título suficiente que lo acredite como tal (sentencia firme), debe más bien verificar en autos la afirmación del demandado valorando adecuadamente los medios de prueba incorporados al proceso y resolver este punto altamente controvertido, **recordando siempre que la restitución del predio en ambos procesos sólo es posible atenderla a favor del actor cuando éste pruebe indubitablemente el derecho propiedad vigente sobre el predio sub litis y si ya se produjo la usucapión a favor del demandado y ésta es automática, el actor perdió el derecho a restituir el predio**¹³.

Siendo ello así, tenemos entonces que el resultado del proceso (reivindicación o desalojo por precario) en el cual el demandado invoque el derecho de propiedad adquirido por usucapión y lo prueba suficientemente la pretensión de reivindicación o desalojo debe ser rechazada, por tratarse de una atribución que el actor ya perdió (la de restituir el bien). Por lo cual en el caso de análisis consideramos que si hubo una interpretación errónea del juzgador de los artículos 927¹⁴ y 950 de nuestro CC al exigir al demandado tener sentencia judicial firme de prescripción adquisitiva y por considerar que el derecho de propiedad no se obtiene por el transcurso del tiempo y cumplimiento de los presupuestos establecidos en la Ley, generando una situación absolutamente injusta.

Por cierto la *carga de la prueba* debe distribuirse en estos casos de la forma siguiente: cuando el demandado invoca ser propietario por prescripción, debe probar

12. Mazeaud, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Segunda Parte Volumen IV. Editorial EJEA. Bs. As. 1978. Pág. 49.

13. Hace bien la Sala equiparar a la reivindicación con el desalojo por precario, pues ambas corresponden sólo al propietario y buscan la restitución del predio de alguien que lo posee sin título alguno, sin justificación alguna: "al respecto, si bien la demanda de desalojo importa en el fondo el ejercicio de la potestad reivindicatoria que es inherente al propietario conforme al artículo novecientos veintitrés del Código Civil, sin embargo..." (considerando noveno de la Casación No. 1166-06-LIMA).

14. En la exposición de motivos del Libro de Derechos Reales a cargo de Lucrecia Maisch Von Humboldt compilada por la doctora Delia Revoredo se expresa sobre el artículo 927 del CC lo siguiente: aquí -para referirse al citado dispositivo- el error conceptual es evidente "aquel que adquirió el bien por prescripción" es sin lugar a dudas el nuevo propietario, ya que el verbo está en pasado: "adquirió", en consecuencia el que perdió el bien se convierte simplemente en un "expropietario" quien lógicamente, ya no tiene ni los derechos que otorga la propiedad, ni las acciones que la tutelan. Ahora bien, ¿quién es el titular de la acción reivindicatoria? Indiscutiblemente el nuevo propietario, es decir el que adquirió el bien por usucapión. Se agrega no es que la reivindicación "no proceda contra aquel que adquirió el bien por prescripción" sino que, muy por el contrario, es la persona que se ha beneficiado con la usucapión y se ha constituido en propietario quien puede de ser el caso, reivindicar su bien incluso del expropietario, es decir del que lo perdió por prescripción". Código Civil V, exposición y comentarios. Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Debakey. Pág. 176.

de forma suficiente haber cumplido con todos los presupuestos contenidos en el artículo 950 del CC (cumplimiento del plazo, posesión pacífica, continua y pública), no siendo exigibles todos los engorrosos trámites y requisitos exigidos por el artículo 505 del CPC, pues no se trata de un proceso de prescripción adquisitiva pedido de forma voluntaria por el demandado sino que se trata de una invocación que hace en el proceso para protegerse del peligro de que se le desconozca un derecho ya ganado, por un sujeto que ya perdió el derecho a reivindicar. Si el demandado niega la posibilidad que el demandado haya adquirido el derecho de propiedad por prescripción, entonces está obligado a acreditar que no cumplió el plazo, que éste tuvo interrupciones, que la posesión no es pacífica, etc. Es decir destruir cualquier posibilidad de que juez llegue a la conclusión que ha obtenido el derecho de propiedad.

El funcionamiento procesal de la usucapión lleva a la consecuencia de que la carga de suministrar la prueba de los hechos constitutivos de la usucapión incumbe a quien alegue este tipo de modo adquisitivo. Por el contrario, la prueba de que existieron hechos obstativos o impeditivos de la usucapión (p. ej., vicios de la usucapión, incumbirá a la contraparte¹⁵.

3. La sentencia que se dicta en el proceso de prescripción adquisitiva tiene naturaleza declarativa:

Conforme a lo sostenido en la resolución materia de análisis (Casación No. 1166-06-LIMA) *“la sentencia que declara propietario al poseedor, no es declarativa sino constitutiva del derecho, pues es a partir de la sentencia firme que se genera una nueva situación jurídica respecto de la propiedad del bien y su titular”*, lamento discrepar con esta tesis – dejando constancia que lo hago con el mayor respeto a los magistrados que suscriben la resolución – pues como veremos la doctrina ha establecido posición sobre el particular, estableciendo que las sentencias estimatorias que se dictan en el proceso de prescripción adquisitiva son declarativas, veamos:

Dentro de la clasificación de sentencias vinculadas a los procesos de cognición, encontramos a las sentencias **declarativas** (tienen por objeto dar claridad a una situación incierta o dudosa, busca la declaración judicial e existencia o inexistencia de una relación jurídica o falsedad de algún documento), ejemplo la nulidad de acto jurídico, nulidad de título valor, nulidad de escritura pública; de otro lado tenemos las sentencias **constitutivas** (cuyo objetivo es crear, modificar o extinguir una relación jurídica con la sentencia. Sin esta sentencia no se produce ni la creación, modificación o extinción de la relación jurídica. Ejemplo la sentencia de divorcio, resolución de contrato, sentencia de filiación etc.); por último encontramos a las sentencias de **condena** (busca condenar al demandado a cumplir una prestación debida o para abstenerse de realizar una conducta, obligación de dar suma de dinero, obligación de hacer o de no hacer). Ejemplo sentencia de indemnización por responsabilidad extracontractual, sentencia que ordena el pago de una suma de dinero, sentencia que dispone la división y partición de bienes que forman parte de una masa hereditaria, etc.

Existe acuerdo unánime precisa Ramírez Cruz en que el fallo **que declara la usucapión no es constitutivo del derecho de propiedad, sino meramente**

15. Díez-Picazo Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. Op. Citada. Pág. 742.

declarativo, puesto que solamente se limita a declarar la existencia o inexistencia del derecho petitionado. Agrega quien adquiere un bien por usucapión con todas las formalidades legales y procesales, se halla protegido por la ley, es decir que no prosperará la reivindicación que contra él promueva el antiguo propietario¹⁶.

La sentencia estimatoria obtenida en un proceso de prescripción adquisitiva es declarativa, debido que el juez tiene por función esencial ante esta pretensión la de verificar que el actor haya cumplido con todos los presupuestos exigidos por la ley: cumplimiento del plazo, posesión pacífica, continua y pública.

El fin de este proceso consiste en que el actor busca se le **reconozca judicialmente** como propietario del bien, alegando el cumplimiento de todos los presupuestos necesarios para dicha declaración, los cuales están vinculados a una situación que se debió producir en el pasado, que es pretérita, como por ejemplo el plazo de posesión exigido por la ley debió haberse cumplido en fecha anterior a la presentación de la demanda, el juez debe verificarlo. Como también debe verificar si esta posesión no fue perturbada en ningún momento antes del cumplimiento del plazo, si el ejercicio de la posesión tuvo alguna interrupción, si el actor fue desposeído en alguna oportunidad y si además se hizo pública. La etapa de verificación de estos presupuestos no debe ser actual, sino que corresponda al espacio de tiempo exigido por la disposición legal, pues su derecho a la propiedad lo obtuvo al cumplimiento del plazo escoltado con los otros presupuestos señalados, lo único que le falta al actor es consolidar su derecho con una decisión judicial, meramente declarativa.

Cuando el actor va al proceso judicial peticionando prescripción adquisitiva de un bien, tiene en realidad ya ganado el derecho extraproceso (cumpliendo con todas las exigencias de la norma sustantiva), el juez simplemente va a declarárselo judicialmente y ratificar su condición de nuevo *dominus* del bien, generarle así un título judicial que le sirva para acreditarlo documentalmente, posiblemente también para inscribirlo, pero nada más.

De lo que tenemos que esta sentencia no tiene nada de constitutiva, pues este tipo de sentencias buscan fundamentalmente el nacimiento, extinción o modificación de una relación jurídica, lo cual no ocurre en el proceso de prescripción adquisitiva, pues la relación jurídica entre el sujeto y la cosa: la posesión (tesis que explica la relación jurídica real) la tiene el actor con relación al bien desde el momento en que tomó posesión del mismo con fines de prescripción y su objetivo está centrado en pasar de poseedor con fines de usucapión a propietario. No es que la sentencia de prescripción adquisitiva haga nacer el derecho de propiedad a favor del actor, este derecho ya lo obtuvo antes de iniciar el proceso, es decir la sentencia no da nacimiento a una nueva relación jurídica, ésta ya existe antes de iniciarse el proceso, solo hay que declararla¹⁷.

16. Ramírez Cruz, Eugenio María. Tratado de los Derechos Reales. Editorial Rodhas. Lima 2003. Tomo II. Pág. 250.

17. Aquí encontramos la opinión de Beatriz Jiménez la cual señala que "los efectos de la sentencia declarativa son retroactivos. El derecho existía con anterioridad a la sentencia y ésta no lo afecta en ningún sentido, sólo que con ella adquiere una prueba perfecta de su certidumbre. Se trata de declarar la existencia del derecho, sin la finalidad de preparar la adquisición de ningún bien, a no ser el de la certidumbre jurídica". Jiménez, Beatriz. "Consideraciones sobre la sentencia civil" citado por Hinostroza Minguez, Alberto. Resoluciones Judiciales y cosa juzgada. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2006. Pág. 131.

Nuestra posición no es aislada tiene pleno respaldo en la doctrina, Couture¹⁸ por ejemplo precisa que son sentencias declarativas, o de mera declaración, aquella que tienen por objeto la pura declaración de la existencia de un derecho. Considera como sentencias declarativas las que se emiten en los procesos de falsedad de documento, inexistencia de obligación, **adquisición de la propiedad por prescripción**. Llámese sentencias declarativas, o de mera declaración conforme sostiene Palacio¹⁹ a aquellas que eliminan la falta de certeza acerca de la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico, menciona en este tipo de sentencia a la inconstitucionalidad de una norma, la nulidad o la simulación de un acto jurídico, la falsedad de documento, el alcance de una cláusula contractual, **la adquisición de la propiedad por prescripción**. Falcón precisa que todas las sentencias importan una declaración y en ese sentido son declarativas, pero se dicen que son exclusivamente declarativas aquellas cuyo único objeto es establecer la existencia o inexistencia, alcance o modalidad de una relación jurídica, como por ejemplo, **la declaración de prescripción**²⁰.

5. Sobre la predictibilidad:

Según el Diccionario de la Lengua Española el vocablo **predictibilidad** es cualidad de predecible. Lo **predictible** es lo que se puede predecir y **predecir** es anunciar por revelación, ciencia o conjetura algo que ha de suceder.

En esencia la predictibilidad judicial debe dar seguridad al ciudadano de a pie como a la comunidad jurídica, que el órgano jurisdiccional cualquiera sea su jerarquía debe resolver de la misma forma los conflictos donde se presentan cuestiones de hecho y derecho idénticas.

La predictibilidad en la función judicial²¹ es esencial para la seguridad jurídica de un país y propicia mayor inversión en el aspecto económico, por el impacto que pueden generar las decisiones judiciales en la economía, constituyéndose además en pilar fundamental para generar la confianza de la ciudadanía en sus jueces.

Luis Diez Canseco y Enrique Pasquel²² precisan sobre este particular partiendo de la institución del derecho anglosajón del *stare decisis* o fuerza obligatoria del precedente, que este supone que una vez resuelta una cuestión mediante una sentencia, se establece un antecedente que, en principio no puede variar posteriormente. La regla obliga a que se acaten los precedentes cuando en una controversia se susciten cuestiones de hecho y derecho idénticas. Ello se hace para mantener equilibrada la balanza de la justicia a fin de que esta no oscile con cada una nueva interpretación de un juzgador. La balanza de la justicia se supone que se inclina por el peso de los hechos y no por el peso que le confiere la interpretación antojadiza del juez. Es más "una vez definido y declara solemnemente el derecho en el caso concreto, lo que antes era incierto y quizá indiferente, se convierte en una norma y que no esté al arbitrio de un juez

20. Falcón, Enrique M. Manual de derecho procesal. Editorial Astrea. Buenos Aires 2005. Tomo I. Pág. 469

21. Sobre el particular recomendamos el artículo de Luis Diez Canseco y Enrique Pasquel profesores de la UPC intitulado "Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad. Una propuesta para enfrentar la reforma judicial". Versión digital en www.ufle.edu.

22. Diez Canseco, Luis y Pasquel, Enrique. "Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad. Una propuesta para enfrentar la reforma judicial". Op. Citada.

el desdeñarla o modificarla según sus concepciones personales". En suma, se pretende brindar seguridad jurídica mediante un sistema jurídico predecible.

Sabemos del esfuerzo de muchos magistrados de la Corte Suprema (incluyendo a los magistrados honorables que suscriben la resolución en comento, a quienes me digno en conocer sus atributos profesionales y personales, directa e indirectamente) por lograr la tan anhelada predictibilidad en el pronunciamiento judicial, sin embargo debemos seguir uniendo esfuerzos para lograrlo y mejorar en algo la alicaída imagen de nuestro Poder Judicial del cual con mucho orgullo formo parte. De ahí mi preocupación con este tema, pues las sentencias con contenido contradictorio no apoyan a lograr la tan ansiada predictibilidad. La predictibilidad no se construye con fallos contradictorios.

Esta situación en análisis se ha producido seguramente por la excesiva carga procesal que soporta nuestra Corte Suprema, pero, soy optimista que la situación mejorará y que nuestros magistrados seguirán haciendo su mejor esfuerzo para emitir decisiones en temas trascendentes como el analizado a fin de ir sentando las bases de la predictibilidad. Tarea poco sencilla.

Conclusiones:

1. La predictibilidad en las decisiones judiciales es base fundamental de la seguridad jurídica y genera confianza en la actividad jurisdiccional. Debemos hacer nuestro mejor esfuerzo para evitar sentencias contradictorias y sentar las bases para ir generando principios jurisprudenciales que orienten la predictibilidad en las decisiones judiciales. El ciudadano al recurrir al órgano jurisdiccional ya debe saber por anticipado cómo y de que forma se viene resolviendo en casos similares.
2. La pretensión procesal entablada con el objeto de obtener declaración judicial de prescripción adquisitiva por parte del poseedor del bien con fines de usurpación *es facultativa*, corresponde a su autonomía privada en recurrir al órgano jurisdiccional para que sea declarada judicialmente. El acceso a la tutela jurisdiccional efectiva en materia civil siempre depende del actor el juez no la puede otorgar oficiosamente sin el pedido expreso del justiciable.
3. La sentencia estimatoria en el proceso de prescripción adquisitiva es *declarativa*, en ella el juez declara que el actor ha cumplido con el plazo y presupuestos establecidos en la ley antes de la presentación de la demanda y que por tanto se ha convertido con efecto retroactivo a la fecha en la que empezó a ejercer la posesión en propietario por usucapión. Esta sentencia es título suficiente para que el beneficiario acceda al Registro Jurídico correspondiente y desplace a quien tenga derecho inscrito con anterioridad.
4. El derecho de propiedad por prescripción adquisitiva lo adquiere el poseedor *de forma automática y con efecto retroactivo* por el cumplimiento del plazo y los presupuestos señalados en la ley, *sin requerir declaración judicial*. En el proceso judicial todo sujeto que haya adquirido el derecho de propiedad por prescripción sin contar con sentencia judicial firme que ratifique su condición de propietario *puede invocarla* como argumento de defensa (en desalojo por

ocupante precario) o reconvención (en reivindicación) en el ejercicio del contradictorio, el juez se encuentra obligado a determinar si ésta se ha producido y resolver la pretensión contenida en la demanda a la luz de la valoración que haga sobre la adquisición o no del derecho de propiedad del demandado por el mecanismo de la usucapión.

5. Es admisible que el demandado al ejercer el contradictorio no invoque la adquisición por prescripción del bien sobre el cual se discute la restitución, con lo cual tenemos que tácitamente estaría renunciando al derecho ganado (la prescripción es renunciable), por lo tanto no estará protegido contra el reivindicante, ya que el juez no se puede pronunciar oficiosamente sobre ella. Siendo ello así la prescripción adquisitiva para que forme parte de la materia controvertida debe ser invocada expresamente por el demandado.
6. El derecho de propiedad del demandante en la reivindicación o en el desalojo por ocupación precaria queda extinguido si en el proceso se verifica que el demandado adquirió el mismo derecho por prescripción adquisitiva, generando la improcedencia de la pretensión contenida en la demanda por falta de legitimidad para obrar del actor, pues constituye presupuesto *sine quanon* en este tipo de procesos que el actor acredite tener el derecho de propiedad del bien y al haberse extinguido el derecho del *vetus dominus* la pretensión no debe prosperar.
7. El derecho de propiedad otorga a su titular (entre otros) el *ius vindicandi*, sin embargo ésta se extingue para el sujeto que invoca la restitución del bien cuando éste derecho es adquirido por otro a través de la prescripción adquisitiva, produciéndose la transmisión de esta facultad al adquirente por usucapión.

USO INADECUADO DE LAS TERCERÍAS DE PROPIEDAD COMO CAUSAL DE EVASIÓN DE CRÉDITOS

Dra. Estrella Armas Inga
Juez del 3er. Juzgado de Paz Letrado de Huancayo

1.- Fundamento de las tercerías de propiedad: Radica en la concepción misma del derecho de propiedad: derecho real por el cual un bien se encuentra sometido a la voluntad y acción de una persona en forma exclusiva, pudiendo el dueño impedir a los demás su uso, goce o disposición. En consecuencia, el proceso de tercería se basa en la protección del indicado derecho real, significando el ejercicio de la acción reivindicatoria cuando en alguna litis se afecten los derechos del titular. Es de resaltar que si el bien sobre el cual recae la medida precautoria fuese solo poseído por el sujeto procesal que la sufre en forma inmediata, será el propietario quién podrá reivindicarlo haciendo uso de la tercería de propiedad.

Posición semejante es la que adopta Podetti cuando asegura que el fundamento de la tercería de propiedad "... surge de la garantía constitucional de la propiedad (...) cuando en la ejecución seguida contra una persona, se embarga un bien cuyo dominio pertenece o se atribuye a un tercero..." (PODETTI, 1949:62)

Así también lo deja entrever Rodríguez Garcés al expresar lo siguiente: "La tercería de dominio reconoce como primer fundamento jurídico el derecho de propiedad, procedimiento mediante el cual se trata de dar, en forma expeditiva y rápida, aplicación al principio de la inviolabilidad que caracteriza este derecho. Por ello que la tercería de dominio tiene el carácter especial de juicio de dominio que incide en un juicio ejecutivo pendiente y que se tramita entre tres personas: tercerista, que define su derecho de propiedad; ejecutado, que alega dominio sobre la cosa y ejecutante, que sostiene que los bienes son de dominio del ejecutado con el fin de hacerse pago por medio de ello¹.

2.- Tercería de propiedad en el Código Procesal Civil: La tercería tiene por objeto evitar que se lleve adelante una ejecución con un bien que no tiene qué responder por determinada deuda, el tercero deba hacer valer sus razones ante el Juez que está llevando (o llevará) adelante la ejecución... El Código Procesal Civil, llega a una burda solución: condiciona la admisión de la tercería a la existencia de un documento público o privada de fecha cierta, o, en alternativa, al otorgamiento de una garantía a criterio del Juez (con lo que se abre un inevitable bache temporal entre la interposición y la admisión), y por el otro, se establece que es sólo la admisión la que produce suspensión del proceso si estuviera en la etapa de ejecución, sin precisar que del proceso en la etapa de ejecución se suspende..."

Para que pueda darse lugar a un proceso de tercería de propiedad, necesariamente tiene que existir la figura jurídica del embargo que es la afectación por orden del órgano judicial dentro o fuera del proceso ejecutivo, de uno o varios bienes del deudor, o presunto deudor, para el pago del crédito sobre el cual versa un proceso de ejecución, o

1. Hinostroza Minguez, Alberto. *Procesos Abreviados*. 2da. Edición. Lima 2002. Pág. 395.

de un crédito, no obstante, el embargo es quizá uno de los temas más polémicos y poco claros en el Derecho Procesal Civil, al punto que en doctrina no ha merecido su explicación uniforme. Otra discusión no terminada sobre la institución del embargo subyace en determinar si en realidad el embargo constituye una medida cautelar o simplemente es un acto procesal que forma parte del proceso de ejecución.

Al respecto, nuestra legislación procesal civil, dentro de los requisitos que exige para iniciar un proceso de tercería es, que la parte accionante debe presentar como elemento probatorio un documento público o privado de fecha cierta, la misma que, al cumplir este requisito es admitida por el principio de tutela jurisdiccional, ordenando el Juez suspender el proceso si estuviera en la etapa de ejecución.

1.3.- Realidad socio - económico y cultural de los acreedores: Desde una perspectiva económica, podemos señalar que el incumplimiento de las obligaciones dinerarias ocasiona en los acreedores un riesgo en sus economías, toda vez que el dinero como medio de cambio y medida del valor facilitan el intercambio de bienes y servicios y la especialización de la producción. Constituyéndose el dinero en pieza clave de la economía nacional y en ello, los procesos de tercerías limitan o, muchas veces, impiden la circulación de la moneda nacional.

Desde una óptica socio – cultural; nuestro sistema de administración de justicia lento y débil ha generado una desconfianza de la población, la misma que tiene una actitud pasiva frente a las decisiones que emanan de parte de los Jueces respecto a los diferentes procesos; ocasionando una cultura de fraude, la misma que perjudica directamente a quienes ven al Poder Judicial como el único medio para hacer valer sus derechos. Por otro lado, nuestro sistema de justicia tampoco, aplica sanciones drásticas a quienes actúan temerariamente.

El aplicador e intérprete por excelencia es el Juez, él convierte la ley en realidad; por lo tanto su responsabilidad en el funcionamiento del sistema económico y social es determinante. Su responsabilidad en el devenir del mundo real es inconvertible, pero los jueces no son aún concientes que son tantos o más responsables de la economía de un país que el mismo Ministerio de Economía. Reglas claras y adecuadas que faciliten la convivencia y que incentiven conductas deseables para la sociedad en su conjunto, generan confianza y a su vez ésta confianza genera riqueza. Los jueces son una suerte de generadores de bienestar y por ello sus decisiones no sólo deben considerar la justicia del caso concreto, sino el bienestar o malestar social que generan.

Cuando deba aplicarse un principio tuitivo (por ejemplo proteger al acreedor o deudor) debe analizarse cuál es el efecto de la aplicación de dicho principio en la situación futura de otras personas que pertenecen a la misma categoría que se piensa proteger, siendo necesario formularse como pregunta: ¿Los acreedores estarán dispuestos a seguir prestando dinero con esa nueva condición? Es importante por ello visualizar o imaginar que el fallo va a ser leído por todos; también es fundamental cuál será el efecto de tal lectura en la conducta².

2. Bullard Gonzáles Alfredo. *Los efectos económicos y sociales de los fallos judiciales*. Perú 2000. Pág.85-93.

1.4.- Abuso de las tercerías de propiedad como formas de evasión de los créditos:

Tanto en los Juzgados de Paz Letrado y Juzgados Civiles se puede observar con cierta frecuencia, procesos de tercerías de propiedad provenientes de incumplimientos de obligaciones de dar sumas de dinero, donde se ha podido constatar que existe aproximadamente un 60% de procesos de tercerías de propiedad fraudulentas, los mismos que han sido interpuestos con la finalidad de dilatar los plazos, pretendiendo evitar el pago de una deuda y, haciendo que el proceso tenga una duración mayor a la prevista en la normatividad vigente, ya que por un parte ocasiona malestar al sistema jurídico y por otra parte, el acreedor ve lejana su posibilidad de recuperación de su dinero, trayendo como consecuencia el incrementado de la carga procesal e incumplimiento de los principio de economía y celeridad procesal.

Después de un proceso lato se emite sentencia final, donde recién se denota la falsificación o nulidad de los documentos que sustentan las tercerías de propiedad, ocasionando una carga procesal innecesaria y burla al sistema de justicia, estas conductas tienen como elemento facilitador al profesional abogado quien olvidándose de su rol en la sociedad se hace cómplice del deudor en el objetivo de inducir a error al juzgador y, en los casos que éste propósito prospera lo que se logra, al margen de no cumplir con el pago de la deuda, es el desprestigio del sistema judicial, lo cual, se ha visto acrecentando en los últimos tiempos, motivo por el cual, muchas empresas para evitar este tipo de circunstancias estipulan en sus contratos la opción de recurrir a la conciliación extrajudicial o arbitraje.

“... La impresión que tiene el profano de la tercería de propiedad es que ella constituye una táctica dilatoria empleada como medio de defensa para evitar el remate de los bienes del deudor. Quizás esa haya sido la idea que nutrió a los autores del Código Procesal Civil de 1993, de allí que solo para admitir la tercería haya establecido el requisito de la prueba *in limine* del derecho invocado por el tercero con documento público o privado de fecha cierta, en su defecto, el otorgamiento de una garantía, pensando que así se evitará tercerías maliciosas. Sin embargo, tal exigencia por un lado, no ha evitado las tercerías maliciosas, ni, por el otro, le ha dado mayor racionalidad al mecanismo, en cuanto por lo general, el tema de fondo en una tercería no es el relativo a la prueba del derecho alegado por el tercerista, sino, fundamentalmente si ese derecho, de haberlo, es opinable o no al acreedor ejecutante (o futuro ejecutante). Lo sensato es que el ordenamiento establezca cuando el derecho que pudiera tener el tercero sobre el bien es oponible frente al acreedor que pretende satisfacer tal derecho de crédito con el producto de la enajenación forzada de ese bien...”³

“La tercería es un proceso judicial abreviado por el cual el propietario busca acreditar la titularidad del bien afectado para que luego de ello se levante la medida cautelar. Sin embargo, adicionalmente la ley franquea al propietario la posibilidad de emplear un mecanismo más expeditivo para recuperar el bien del cual se vio despojado. Este mecanismo es conocido como desafectación e importa el pedido directo al Juez para que levante sin más demora la medida cautelar, acreditándose la propiedad con un título fehaciente...”

La connivencia es el disimulo o tolerancia en el superior acerca de las transgresiones que cometen sus súbditos, y también acción de confabularse.

3. Ariano Deho, Eugenia. “*Las Tercerías de Propiedad*”. Gaceta Jurídica. Lima 2004. Pág.3-17.

Jurídicamente tiene importancia en el derecho penal y con principal referencia a los delitos de robo, hurto, traición, espionaje, rendición al enemigo, así como en la quiebra⁴. La malicia es una situación anímica en que se encuentra el que litiga a sabiendas de su falta de razón asumiendo actitudes procesales temerarias o conducentes a entorpecer la marcha del litigio. Algunos códigos de procedimientos facultan a los jueces para imponer multas a los litigantes o a sus letrados patrocinantes cuando se hayan validos de malicia temporal⁵.

El Código Procesal Civil establece que, si se aprueba la connivencia entre tercerista y demandado se impondrá a ambos y a sus abogados, solidariamente, una multa no menor de cinco ni mayor de veinte unidades de referencia procesal, mas la indemnización de daños y perjuicios, costos y costas. Además, el Juez remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes, para el ejercicio de la acción penal correspondiente.

La misma sanción se le impondrá a quien haya solicitado y ejecutado maliciosamente una medida cautelar. (art. 538)⁶.

El proceso de ejecución dineraria no constituye otra cosa que el aspecto dinámico del principio de responsabilidad patrimonial, en donde frente a la crisis de la obligación provocada por el incumplimiento de la prestación debida, éste encontrará su concreta plasmación, operándose sobre los bienes – instrumento (ya sean del propio deudor o de terceros responsables) con la finalidad de satisfacer al acreedor ejecutante.

Así las cosas, cuando se inicia el proceso de ejecución dineraria lo primero que se debe hacer es seleccionar dentro del conjunto de bienes (el activo) del patrimonio del deudor ejecutado los bienes que efectivamente servirán de instrumento para la satisfacción del acreedor. Ésta operación de selección se realiza a través del embargo, acto con el cual se le imprime al bien seleccionado un vínculo de destinación: en principio, ese bien y no otro, responderá en concreto y en ese proceso, por una determinada deuda.

Pues bien, en nuestro sistema la selección de bienes a embargar le corresponde al acreedor y dada la carencia entre nosotros de la institución de la manifestación de bienes o de cualquier otro mecanismo de indagación oficial de la composición del patrimonio del deudor, la consecuencia es que el acreedor para la indicación de los bienes a embargarse se deba basar en meras apariencias externas de pertenencia de los bienes al deudor ejecutado: así lo que aparece en un registro público, los bienes que se encuentran en el domicilio del deudor. Luego existe la no rara posibilidad de que esos bienes no pertenezcan efectivamente al deudor sino a un tercero, que siendo tal, frente a la relación obligatoria no tendría porqué responder con sus bienes por una deuda que es ajena.

1.6.- Mecanismos que impedirían el abuso de las tercerías de propiedad: Los artículos 535 y 538 del Código Procesal Civil establece que “La demanda de tercería no

4. Hernández Lozano. Op. Cit. Pág. 1851

5. Ibidem. Pág. 1851

6. Hernández Lozano. Código Procesal Civil III. Ediciones Jurídicas. Lima. Perú. 1995. Pág. 1820.

será admitida si no reúne los requisitos del Artículo 424 y, además, si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta; en su defecto, si no da garantía suficiente a criterio del Juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar. Si se prueba la connivencia entre tercerista y demandado, se impondrá a ambos y a sus Abogados, solidariamente, una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal, más la indemnización de daños y perjuicios, costos y costas. Además, el Juez remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes, para el ejercicio de la acción penal correspondiente”.

Al respecto pienso que se debe aplicar las normas de la desafectación, en el sentido de exigir la presentación de un documento debidamente inscrito o en todo caso el documento público o privado adjuntado debe ser de fecha anterior a la medida cautelar, toda vez que el tercero en connivencia con uno de los deudores, muchas veces, con el mal actuar de los notarios, redactan un documento fraudulento, lo que muchas veces da lugar al no cobro de la deuda, todo en perjuicio del acreedor que muchas veces no puede hacer efectivo el cobro de la deuda.

Así mismo se debe establecer una sanción tanto para los Magistrados que no imponen multa alguna cuando una demanda es declarada infundada, como para abogados, en el caso del primero hacer uso de la figura de responsabilidad civil o aplicar alguna medida disciplinaria, y para los segundos una inhabilitación, cuando se determine la malicia y la connivencia, ya que mucho de los abogados se prestan para estos trámites, sabiendo que el bien es propiedad del deudor, sin embargo buscan a una tercera persona (tercerista) para tramitar un proceso, con la única finalidad de dilatar el proceso ejecutivo y en otros casos consiguen el amparo de un proceso de tercería sin tener razón.

Daño Moral a la Persona

(Apuntes sobre el Mobbing)

Dra. Rossanna Ramos Reymundo

Juez del 2ª Juzgado de Paz Letrado de El Tambo

Introducción.

El presente trabajo pretende ofrecer al lector un breve análisis de una de las más claras y preocupantes expresiones de la agresión del derecho a la integridad moral de la persona conocida como el fenómeno del *Mobbing*, y a partir de ello, establecer cual es el tratamiento legal que desde área civil se le otorga, específicamente el de la responsabilidad civil.

Desde nuestro punto de vista, la aplicación del Derecho exige una tarea compleja de interpretación no solo de la ley, sino de la realidad social bajo el prisma jurídico, por tanto este trabajo no es solo un estudio de la norma aplicable al hecho social del *Mobbing*, lo que se intenta es describir, jurídicamente, esa realidad.

1.- El Mobbing; El Acoso moral en el trabajo.

Para Leymann, el *Mobbing*, es un proceso de destrucción del trabajador, compuesto por una serie de acciones hostiles que, tomadas en forma aislada, podrían parecer anodinas, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos¹, o bien "un comportamiento que apunta a privar de toda posibilidad profesional y social a un víctima elegida. Se hace de todo, con tenacidad y persistencia, para destruir directamente toda posibilidad que la víctima tendría para expresarse o comunicarse eficientemente, de mantener buenas relaciones con su entorno, de ejercer su actividad profesional y de mantener una buena salud"².

Según Pizzoferrato, el *Mobbing* consiste en una actitud hostil, de persecución psicológica y violencia moral, llevada a cabo de manera sistemática y duradera, a través de practicas vejatorias de distinto tipo, por parte de uno o de mas sujetos, en contra de la víctima previamente elegida"³.

El concepto legal de *Mobbing* recientemente ha sido descrito por un grupo de expertos de la Unión Europea como "un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado/a es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío, es decir provocar su humillación y definitivo alejamiento del lugar de trabajo"

1. La referencia es de RODRIGUEZ I. y A. COLLAZOS. *Acoso moral en el trabajo: el fenómeno del mobbing*, en <http://www.mobbing.nu/estudios-EandY-Notainformativa4-2002.htm>.

2. La cita es de BANCHETI, S, *Il mobbing*, en *Trattato breve dei nuovi dan*, cit, vol III pág 2081.

3. La cita es de LEYSSER L. LEON. "Supestos especialesde Responsabilidad Civil" pág. 428-

Cabe señalar que el origen o el por qué del problema puede ser muy diverso. Las hipótesis apuntan a motivos de distinta índole que van desde fuertes desencuentros, diferencias o conflictos de cualquier naturaleza entre hostigadores y hostigado, hasta que este tipo de comportamientos constituyan una especie de “distracción” para los hostigadores. Pero básicamente, el substrato que favorece la aparición de este tipo de conductas se encuentra ligado a dos aspectos: una pobre organización del trabajo y la gestión de los conflictos por parte de los superiores (hay dos posiciones que pueden adoptar los superiores que ayudan a incrementar la escala del conflicto: de un lado, la negación del mismo y, del otro, la implicación y participación activa en el conflicto con el fin de contribuir a la estigmatización de la persona hostigada).

Para Leymann⁴ la diferencia entre el mobbing y cualquier otro conflicto entre personas en el mundo laboral es que el mismo no se desarrolla entre iguales sino que la víctima ocupa una posición de inferioridad, bien ya sea jerárquica o de hecho, respecto del agresor. O en otras palabras, se suele describir la relación entre el agredido y el agresor como “asimétrica”.

Por lo tanto son tres los principales rasgos que diferencian el mobbing o acoso moral de cualquier otro tipo de conflicto interpersonal en el medio laboral: la duración, la repetición y la relación asimétrica o desigual entre las dos partes del conflicto.

1.1. Elementos

Tenemos la presencia de **un individuo** que asume el papel de **perseguidor** principal, generalmente una persona con la suficiente autoridad jerárquica como para movilizar las dinámicas grupales de acoso, poseedor de una personalidad en la que predomina una peculiar combinación de rasgos narcisistas y paranoides, lo que le permite autoconvencerse de la razón y justicia de su actividad destructiva.

La presencia de **otro individuo** que asume el papel de **perseguido**; podemos clasificar a los sujetos con riesgo de padecer acoso en tres grandes grupos: i) Los envidiables: personas brillantes y atractivas, pero consideradas como peligrosas y competitivas por los líderes implícitos del grupo que se sienten cuestionados por su mera presencia; ii) Los vulnerables: individuos con alguna peculiaridad o defecto físico o simplemente depresivos necesitados de afecto y aprobación, que dan la impresión de ser inofensivos e indefensos, y iii) Los amenazantes: activos, eficaces y trabajadores, que ponen en evidencia lo establecido y pretenden imponer reformas o implantar una nueva cultura. Así cuando una persona parece peculiar, generalmente resulta el blanco perfecto de burlas y escarnios que magnifican su defecto, diferencia u orientación, y

La **colaboración permisiva del resto del personal de la organización**, ya que la persecución psicológica se realiza en medio de un sorprendente silencio e inhibición de los observadores.

4. “The Mobbing Encyclopaedia” Bullying. The Definition of Mobbing at Workplaces. Heinz Leymann. La referencia es de RODRIGUEZ I. y A. COLLAZOS. *Acoso moral en el trabajo: el fenómeno del mobbing*, en <http://www.mobbing.nu/estudios-EandY-Notainformativa4-2002.htm>

1.2. Fases del Mobbing

Leymann llegó a identificar cinco etapas o fases a través de las cuales se concretiza el *Mobbing*, y estas son:

- Acciones contra el ejercicio de su trabajo, se encomienda trabajo en exceso o difícil de realizar cuando no innecesario, monótono o repetitivo, o incluso trabajos para los que el individuo no está cualificado, o que requieren una cualificación menor que la poseída por la víctima (shunting); o, por otra parte, privándole de la realización de cualquier tipo de trabajo; enfrentándole a situaciones de conflicto de rol (negándole u ocultándole los medios necesarios para realizar su trabajo, solicitándole demandas contradictorias o excluyentes, obligándole a realizar tareas en contra de sus convicciones morales, etc.).

- Acciones contra el ejercicio de su trabajo, se encomienda trabajo en exceso o difícil de realizar cuando no innecesario, monótono o repetitivo, o incluso trabajos para los que el individuo no está cualificado, o que requieren una cualificación menor que la poseída por la víctima (shunting); o, por otra parte, privándole de la realización de cualquier tipo de trabajo; enfrentándole a situaciones de conflicto de rol (negándole u ocultándole los medios necesarios para realizar su trabajo, solicitándole demandas contradictorias o excluyentes, obligándole a realizar tareas en contra de sus convicciones morales, etc.).

- Acciones contra la reputación o la dignidad personal del afectado; por medio de la realización de comentarios injuriosos contra la persona del acosado, ridiculizándolo o riéndose públicamente de él, de su aspecto físico, de sus gestos, de su voz, de sus convicciones personales o religiosas, de su estilo de vida, o contra la reputación del afectado como trabajador, etc.

- Acciones que comprenden una manipulación de la comunicación o de la información con la persona afectada que incluyen una amplia variedad de situaciones; manteniendo al afectado en una situación de ambigüedad de rol (no informándole sobre distintos aspectos de su trabajo, como sus funciones y responsabilidades, los métodos de trabajo a realizar, la cantidad y la calidad del trabajo a realizar, etc., manteniéndole en una situación de incertidumbre); haciendo un uso hostil de la comunicación tanto explícitamente (amenazándole, criticándole o reprendiéndole acerca de temas tanto laborales como referentes a su vida privada) como implícitamente (no dirigiéndole la palabra, no haciendo caso a sus opiniones, ignorando su presencia); utilizando selectivamente la comunicación (para reprender o amonestar y nunca para felicitar, acentuando la importancia de sus errores, minimizando la importancia de sus logros). Otras acciones muestran la característica de que son situaciones de inequidad mediante el establecimiento de diferencias de trato, o mediante la distribución no equitativa del trabajo, o desigualdades remunerativas, etc.

- Fase de marginación o exclusión de la vida laboral Obviamente, el desarrollo de todas estas fases implica la no resolución del problema en ninguna de ellas. Una vez que las críticas empiezan a sistematizarse, éstas son acompañadas de rumores, mentiras, burlas, ... y todo ello con el único fin de denigrar la imagen del acosado. Conseguido el objetivo de deteriorar su imagen, el acosado se encuentra aislado, nadie

se comunica con él, las actividades sociales que el resto de sus compañeros realizan, se hacen ahora a sus espaldas aunque sin ningún tipo de disimulo y, en cuanto a sus actividades laborales, éstas se tornan muy duras ya que o bien se le obliga a realizar trabajos imposibles (proporcionándoles escasos recursos, breves períodos de tiempo, etc.) o bien se le ofrecen trabajos de menor categoría a los que usualmente realiza.

1.3. Consecuencias

Para **el afectado**; A nivel psíquico; la sintomatología puede ser muy diversa. El eje principal de las consecuencias que sufre el sujeto afectado sería la ansiedad: la presencia de un miedo acentuado y continuo, de un sentimiento de amenaza. La ansiedad que manifiestan estos sujetos en su tiempo de trabajo, puede generalizarse a otras situaciones. Pueden darse también otros trastornos emocionales como sentimientos de fracaso, impotencia y frustración, baja autoestima o apatía. Pueden verse afectados por distintos tipos de distorsiones cognitivas o mostrar problemas a la hora de concentrarse y dirigir la atención y la excesiva duración o magnitud de la situación de mobbing puede dar lugar a patologías más graves o a agravar problemas preexistentes. Así, es posible encontrar cuadros depresivos graves, con individuos con trastornos paranoides e, incluso, con suicidas. A nivel físico, podemos encontrarnos con diversas manifestaciones de patología psicosomática: desde dolores y trastornos funcionales hasta trastornos orgánicos; y A nivel social, es posible que estos individuos lleguen a ser muy susceptibles e hipersensibles a la crítica, con actitudes de desconfianza y con conductas de aislamiento, evitación, retraimiento o, por otra parte, de agresividad u hostilidad y con otras manifestaciones de inadaptación social.

Para la **organización de trabajo**; Sobre el rendimiento: Es un hecho cierto que tener trabajadores con este tipo de problemas afecta al desarrollo del trabajo, pues al distorsionar la comunicación y la colaboración entre trabajadores, interfiere en las relaciones que los trabajadores deben establecer para la ejecución de las tareas. Así, se producirá una disminución de la cantidad y calidad del trabajo desarrollado por la persona afectada, el entorpecimiento o la imposibilidad del trabajo en grupo, problemas en los circuitos de información y comunicación, etc. Por otra parte, se producirá un aumento del absentismo (justificado o no) de la persona afectada. Es posible también que se produzcan pérdidas en la fuerza de trabajo ya que previsiblemente, el trabajador intentará cambiar de trabajo. Sobre el clima social: Distintos conceptos (como la cohesión, la colaboración, la cooperación, la calidad de las relaciones interpersonales) que señalan el clima social en una organización de trabajo se verán afectados ante la existencia de problemas de este tipo.

Para **la comunidad**; Según los estudios de Leymann sobre el impacto económico de este tipo de problema para la comunidad, no hay que menospreciar las consecuencias que a este nivel se producen: la pérdida de fuerza de trabajo, costes de asistencia a enfermedades, costes de las pensiones de invalidez, etc.

Desde el punto de vista económico, y así concluyo ésta parte de éste trabajo, Pier Giuseppe Monateri afirma, de modo categórico la ineficiencia del *Mobbing* "La situación de agresión, de exclusión, de marginación de un trabajador por parte de sus colegas o de sus superiores, significa sobre todo, que muchos recursos -tiempo, inteligencia, informaciones- son despreciados y destruidos. Una organización en la cual se instaura el *mobbing* es una organización destinada al fracaso y a la disgregación. Es en último análisis, una organización costosa, y no competitiva⁵

5. Citado por LEYSEERL. LEON Monateri, *El costo social del mobbing*, en MONATERI, BONA Y OLIVA

2. Afectación del derecho a la integridad moral

De lo expuesto hasta aquí, que duda cabe que éste proceso de violencia psicológica importa la extralimitación del abuso del poder donde la otra parte deja de ser considerada como persona, para ser concebida como una cosa susceptible de dominación. Al cosificar a un ser humano, se está atentando contra la integridad moral, y con ello se están produciendo daños morales, que son todas esas alteraciones psicológicas, esa alteración del equilibrio psicofisiológico, que constituyen los daños a la integridad moral y que, según las circunstancias, pueden convertirse en alteraciones patológicas, esto es, en lesiones psíquicas.

Por otra parte, y estés un matiz muy importante, el *Mobbing* atenta como ya lo dijimos contra la "integridad moral". El problema es que gran parte de la sociedad desconoce este concepto. Se confunde con el honor, con la ética, con "la moral" o con la dignidad. Por ello, el establecimiento de la estrategia de la defensa de una víctima de *Mobbing* exige distinguir entre dignidad e integridad moral.

"La dignidad" es un valor superior del ordenamiento jurídico reconocido en el Art. 10 de la Constitución. No es uno de los derechos fundamentales, los cuales se enuncian entre los artículos 14 al 30 de la Constitución. La dignidad es el derecho a ser respetado como ser humano, como ser perteneciente a la especie humana. Es el núcleo de todos los derechos fundamentales.

"La integridad moral" es el derecho a la identidad individual, a la autoestima, al equilibrio bio-psico-social de cada ser humano en atención a sus propias circunstancias, es el derecho a vivir como ser humano. La integridad moral es lo que da sentido al derecho a la vida de cada individuo. El ser humano tiene derecho a una vida digna, que implica ser respetado como un ser vivo de la especie humana. Tiene derecho a su incolumidad física y psíquica.

El ser humano tiene derecho al honor, esto es, a la autoestima personal y a que la misma sea respetada por los demás. Tiene derecho a la propia imagen, a la libertad ideológica, religiosa, a expresar libremente sus opiniones y a recibir información veraz. El ser humano tiene derecho a la vida para vivirla en su plenitud. Pero el derecho a la vida de una persona sería homogéneo, casi algo robotizado, si no fuese porque tiene también derecho a su integridad moral, lo que significa derecho a su unicidad como persona, esto es, a desarrollar su personalidad y al complemento de todas sus limitaciones por parte de la sociedad para que, con arreglo a sus coordenadas, pueda finalmente ser un individuo único e irrepetible.

Culminamos sosteniendo que "el acoso moral en el trabajo" es un proceso psicológico de violencia que atenta contra la integridad moral de la víctima en el intento de destruirla y aislarla del entorno laboral y social. Por eso cuando se atenta contra la integridad moral se pone en peligro la salud en su sentido más amplio.

3. El daño moral y el derecho a una indemnización

Lo moral, quien lo duda, es el conjunto de principios que posee toda persona. No constituye un específico aspecto de la estructura psicosomática del ser humano. Lo que ocurre es que cuando se agravan éstos principios se lesiona la estructura psíquica de la persona.

Y es el que el daño moral no es otra cosa que un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona ocasionándole una perturbación psicológica, malestar, rabia, indignación, incomodidad, frustración. Es decir se trata de expresiones de carácter psicológico. Lo que se ha dañado es pues, la estructura psíquica del ser humano a raíz de un agravio a sus principios morales la persona, por tanto no tiene sentido seguir otorgando autonomía jurídica del daño a la persona.

Nótese que las consecuencias del daño moral, que hieren los sentimientos y los afectos de la persona, por hondos que pueden ser, no suelen acompañar al sujeto, al menos con la intensidad inicial, durante su transcurrir vital. La tendencia general es que dichas consecuencias, los dolores y sufrimientos, las perturbaciones psíquicas y no patológicas, cualquiera sea su origen, suelen disiparse, disminuir, transformarse o atenuarse con el pasar del tiempo.

Entendido el daño moral en cuanto lesión psíquica no patológica, dentro del amplio y comprensivo concepto de daño a la persona. Estimamos que sobran argumentos para ello y que para el efecto, bastaría conocer la estructura antológica del ser humano y observar que aspecto de él han sido lesionados para comprender lo antes afirmado. Estamos convencidos que con el transcurso del tiempo y la necesaria sedimentación de las ideas, se logrará, no sin esfuerzo, desterrar del léxico jurídico el supuestamente autónomo concepto de daño moral para su incorporación dentro de la genérica noción de daño a la persona.

Desde el punto de del derecho, es lógico apelar a la responsabilidad civil, puesto que ésta es entendida como reacción frente a la lesión de la integridad de las situaciones jurídicamente protegidas⁶. Los intereses en juego son identificables, incluso el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que reza "Nadie será sometido a tortura o a ningún tipo de trato, castigo que resulte cruel, inhumano o degradante" puede servir de base para la creación de una conciencia creciente sobre la importancia del problema y la necesidad extrema de luchar contra él. Al igual que puede servirnos de punto de apoyo a nivel de una defensa individual.

En la Constitución Política del Perú donde el trabajo es reconocido como "un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona (artículo 22) y donde se establece así mismo, que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer ni rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23). Asimismo, nuestra Constitución, reconoció por otro lado, el derecho de toda persona a la vida, a la identidad, a la integridad moral psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (artículo 2 inciso 1)

6. Vease CORSARIO LUIGI *Neminem laedere* y derecho a la integridad personal, trad. del italiano por Leyseer L. León, en "Proceso & Justicia", num. 3, Lima 2002, pgs. 146 y sgts.

Bajo este panorama carece de sentido el debate sobre la reglas de incumplimiento de las obligaciones o de las reglas de responsabilidad extracontractual, porque es claro que las hostilidades y las prácticas de *Mobbing* ejercidas por el agresor (cuando se trata del mismo empleador) no tiene nada que ver con el cumplimiento de las obligaciones ni con el llamado "programa" que es característico de este tipo de relaciones jurídicas, nacidas de negocio jurídico. Aquí entra a tallar pura y simplemente, nuestra cláusula normativa general de la primera parte del artículo 1969 del Código Civil, donde se establece "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro será obligado a indemnizarlos"

Téngase presente, así mismo que estamos ante un supuesto de daño a un derecho de la personalidad. Nuestro Código Civil, como es bien sabido, incluye, además la figura clásica del daño moral (artículo 1984: El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o su familia y en materia de inexecución de obligaciones, (artículo 1322: El daño moral, cuando el se hubiera irrogado también es susceptible de resarcimiento) la aun oscura figura del daño a la persona (artículo 1985: La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño. Incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir un relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido)

Bibliografía

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Responsabilidad Civil II-Hacia una Unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Materia Civil, Penal y Laboral*. Editorial Rodhas Sac. Lima-Perú. 2006. 447 pp.

LEON, Leysser L. *La Responsabilidad Civil-Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*. Jurista Editores Eirl. 2da. Edición. Lima-Perú. 2007. 857 pp.

OSTERLING PARODI, Felipe y Otros, bajo la dirección de Juan Espinoza Espinoza. *Responsabilidad Civil-Nuevas Tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*. Palestra Editores Sac. 1ra. Edición. Lima-Perú. 2005. 359 pp.

Acoso moral en el trabajo: el fenómeno del mobbing, en <http://www.mobbing.nu/estudios-EandY-Notainformativa4-2002.htm>

FORMALIDADES EN ACTAS DE CONCILIACIÓN DE LOS JUECES DE PAZ

Dra. María Elena Aquino Ojeda
Jefe de la Oficina Distrital de Apoyo a la Justicia de Paz.

En el ámbito jurisdiccional se han presentado casos en que actas de conciliación emitidas por Jueces de Paz han sido rechazadas por instancias superiores, alegando que estas no cumplen con los requisitos estipulados en el artículo 16 de la ley de conciliación (extrajudicial No. 26872) precisamente en lo relativo a la solicitud de firma y huella digital del conciliador, de las partes o de sus representantes legales, cuando asistan a la audiencia. Por ello, los Jueces de Paz tendrían que cumplir con los procedimientos que la mencionada ley señala; ya que así lo ordena taxativamente el artículo 34 de la referida ley.

Frente a ello quedaría la opción de que los Jueces de Paz se les inste a cumplir con dicha formalidad, *lex dura lex* (la ley es dura, pero es la ley) , pero ¿quedarían sin valor todas las actas emitidas en el país que no cumplen esta formalidad? Lo cual generaría inseguridad jurídica justamente en el sector rural donde los medios económicos escasean para hacer valer sus derechos ya que son más notorias las barreras de acceso a la justicia; donde muchas veces el Juez de Paz, por no estar obligado a conocer las formalidades ignora estos requisitos y al ser incumplidos traen la nulidad del documento.

Algunos opinarían que es la responsabilidad el Juez de Paz; éstos alegarían en los cursos de capacitación los “Jueces de carrera” nunca me han capacitado según esa ley, y más aun si podemos emitir sentencias sin los requisitos obligatorios de forma; entonces lo mismo puede aplicarse a las actas de conciliación.

Para dilucidar qué criterio debe primar, pasamos a analizar las soluciones del caso desde una interpretación meramente literal (sólo a manera de comentario: cuando se interpreta es porque de literalidad de la norma no es suficiente, entonces leer la norma no es interpretar) se exigiría, bajo sanción de nulidad el cumplimiento estricto de las formalidades de la citada ley de conciliación y como vimos la solución sería capacitar a los jueces en este requisito, es el cumplimiento de la ley diríamos y punto.

Previamente aclaremos los tipos de acta de conciliación emitidas por el Juez de Paz. Son de carácter extrajudicial cuando las partes acuden al juzgado para que sólo se formalice el acuerdo; a ello se refiere la ley de conciliación en su artículo 4 que esgrime: “ Función no jurisdiccional.- la conciliación no constituye acto jurisdiccional”, que hay que concordarla con el artículo 34 que sostiene: “El procedimiento de Conciliación que se sigue ante los Juzgados de Paz, es la que establece la presente la ley”; Quedando sobre entendido que el acta es de carácter extrajudicial por su naturaleza, no por el tipo de autoridad que la expide.

Los Jueces de Paz, realizan actas de conciliaciones judiciales cuando una de las partes presenta una incertidumbre jurídica, y el Juez logra conciliar o resolver el conflicto de intereses plasmándose ello en el acta respectiva.

El artículo III del Código Procesal Civil nos permite entender que la “finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia”

El artículo 59 de la Ley Orgánica del Poder Judicial expresa en su segundo párrafo: “Las **resoluciones** emitidas por los Juzgados de Paz serán examinados tomando en cuenta también las **particularidades culturales y sociales, así como el criterio justificable del Juez de Paz**” en función de este artículo alegamos que el A-quo no puede rechazar la validez de un acta de conciliación que carece de la huella digital, para surtir sus efectos, la misma que en concordancia con el artículo 66 en su segundo párrafo expresa algo similar: “La sentencia la pronuncia según su leal saber y entender, debidamente motivada, no siendo obligatorio fundamentarla jurídicamente”. Los efectos del acta son igual al de la sentencia, que tiene la autoridad de cosa juzgada¹; por lo cual, su rechazo por la instancia jurisdiccional trae un perjuicio a las partes.

A nuestro criterio, la ausencia de la formalidad de la huella digital en un acta de conciliación será motivo de rechazo si es que se hace una interpretación literal a pie juntillas de la ley de conciliación, la que será insuficiente para el caso respectivo. Dicha interpretación es insuficiente, debiéndose de acudir a los fines del proceso². Cuando un acta de ejecución carezca de la formalidad de la huella digital, el Juzgador debe tener en cuenta la jurisprudencia siguiente: Las normas procesales no pueden ser aplicadas ni interpretadas rígidamente porque se estaría omitiendo el principio procesal previsto en el artículo tercero del título preliminar del Código Procesal Civil, según el cual, la finalidad del proceso es la de resolver un conflicto ínter subjetivo de intereses o la eliminación de una incertidumbre jurídica³. Así queda claro cuales serían las medidas a adoptar en situaciones como las descritas.

1. Artículo 328 del C.P.C.

2. El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

3. Cas. N° 454-01Tacna, El peruano, 5-11-2001

LA FINALIDAD DE LA SANCIÓN PENAL¹

Dr. Iván Salomón Guerrero López.
Vocal Superior Titular de la 3ra. Sala Penal de Huancayo

**“No hay leyes, ni tradiciones, ni reglas que se puedan aplicar universalmente;
incluyendo ésta”
Anónimo.**

**“Solamente aquél que construye el futuro tiene derecho a juzgar el pasado”
Friedrich Nietzsche**

**“El hombre justo es aquél que mide sus derechos con sus deberes”
Jean Baptiste Lacordaire**

**“No se puede ser justo si no se es humano”
Vauvenargues**

SUMARIO

I. introducción. II- Precisiones previas.- La teoría de la ley penal.- La teoría de la pena. La teoría del delito.- III. Concepto de sanción penal ¿Es lo mismo que la “pena”?.- IV. Las teorías sobre la pena.- 4.1. Las teorías absolutas.- La Retribución.- 4.2. Las teorías relativas.- 4.2.1. La teoría de la prevención general. Prevención general positiva y prevención general negativa. 4.2.2. Las teorías de la prevención especial. 4.2.3. Las teorías unitarias, mixtas o eclécticas.- V.- ¿Es posible una nueva perspectiva sobre los fines de la pena? 5.1. Crítica y agnosticismo de Eugenio Raúl Zaffaroni.- 5.2. La famosa polémica Zaffaroni versus Carlos Nino, sobre los fines de la pena.- 5.3.- Algunas coincidencias entre John Rawls y Zaffaroni.- 5.4. Rawls ¿Gurú de la izquierda o filósofo del individualismo liberal? 5.5.- La teoría de la justicia de John Rawls y los fines de la pena.- VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

Estoy trabajando en el obsoleto sistema penal peruano, desde hace más de veinte años. Egresé de la Universidad en 1986 y desde hace mucho tiempo quise profundizar sobre algo que siempre ha estado en nuestros arduos debates e inquietudes y que tiene que ver, con nuestra propias coherencias o incoherencias, respecto a nuestro desempeño como Jueces, teniendo en cuenta una gran cantidad de paradojas y situaciones polémicas, que muchas veces han llegado a situarnos entre el entusiasmo por la refundación del sistema de justicia, la frustración, la incredulidad y acaso, hasta

1. Este trabajo ha sido presentado en el curso de teoría de la Justicia, en la maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en convenio con la Universidad Castilla La Mancha, España.

los desencuentros existenciales.

En el mundo del sistema penal peruano, e incluso latinoamericano, profesores universitarios, abogados, fiscales, jueces, investigadores, en algún momento nos hemos sentido como los "pontífices" de una religión en la que no creemos, como decía Zaffaroni², y eso evidentemente, en pleno siglo XXI, constituye la más clara demostración de que existe aún mucho por hacer.

Acaso ésta sea de algún modo, la explicación muy somera del desprestigio secular de todo el sistema, lo que se refleja en la literatura, en la sátira popular e incluso en la disminuida y siempre criticada imagen del referido sistema.

En efecto. Para ir directamente al problema, nos encontramos con una contradicción propia de los sistemas penales latinoamericanos.

Nuestras sociedades admiten silenciosa e hipócritamente el discurso de la filosofía de la reinserción como fin constitucional de la pena, mientras, la realidad y el tráfigo violento de las cárceles, caracterizan a éstas como verdaderas "universidades" de la delincuencia.

En realidad el problema va mucho más allá de las cárceles, pues, la violencia del Estado, en el contexto de las contradicciones sistémicas, ha sido el fundamento preferido para sustentar una auténtica "deslegitimación" del sistema penal en su conjunto.

Esta situación además ha venido condicionando el surgimiento de nuevas tendencias y discusiones, como por ejemplo el llamado "derecho penal del enemigo" de un lado, frente a otros que más bien hablan del "enemigo del derecho penal".

Si a este panorama se agrega la cotidiana predilección de los gobiernos de turno, por tratar de solucionar los problemas sociales con leyes draconianas y represivas o con el denominado "inflacionismo penal", que no es otra cosa que la inclusión de más conductas al sistema penal, entonces podemos advertir que el tema es tremendamente actual y de la máxima importancia, incluso para una ubicación filosófico existencial, pero sobre todo, se nos presenta como un reto ineludible, fundamentalmente, ponderando lo que debe entenderse por un Estado Constitucional de Derecho, sin perjuicio del propio plan penal plasmado en la Carta Magna.

A esa aventura, nada fácil desde luego, nos lanzamos en este pequeño estudio, con la esperanza desde luego, de avizorar un mínimo de coherencia dogmática y filosófica, y de ser posible, por lo menos el tratar de aportar algún criterio para que esa coherencia

2. Zaffaroni, Eugenio Raúl. "En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal". Tercera reimpresión. Editorial EDIAR. Buenos Aires Argentina. 2003. P. 18. en esta obra, Zaffaroni compara la situación del sistema penal con la de éste ex sacerdote, al sostener: "Esta contradicción a la difícil situación "espiritual" del penalismo latinoamericano, que guarda estrecha vinculación con la trágica vivencia de "San Manuel" de Unamuno. A pie de página explica que, se refiere al clásico y discutidísimo cuento cuyo personaje central es el sacerdote que se vuelve ateo, pero sigue ejerciendo su ministerio como si Dios existiese, con la firme convicción de que era lo mejor para todos (San Manuel Bueno, Mártir, en "Antología" México, 1964, Pags. 59 y Sgts)

se produzca mínimamente también desde el propio Estado y la sociedad civil, por ser un tema que nos involucra a todos, lo que también representa una oportunidad por lo valioso de las lecturas que hemos tenido la oportunidad de disfrutar en el curso de "Teoría de la Justicia" ..

II- Precisiones previas.-

Creo que será útil aclarar en primer lugar, que el debate sobre la sanción penal y su finalidad, no es un capítulo o tema aislado del derecho penal, en realidad es mucho más. Desde que apareció el hombre, ha tenido la idea de la necesidad de protegerse o proteger a su familia y a su comunidad para evitar las lesiones morales o materiales de sus propios semejantes. Y es así que surge el Derecho Penal. Pero, dentro de la evolución del derecho penal y toda su historia, existen precisamente tres grandes teorías, que son a saber:

- a) **La teoría de la ley penal.-** Que intenta establecer los principios y parámetros sobre los cuales debe existir y aplicarse la ley penal, definiéndose los términos de espacio y tiempo, entre otros aspectos;
- b) **La teoría de la pena.-** Se preocupa de determinar cuál es el fundamento de la pena, porqué se impone una sanción penal. La concepción que se tenga sobre la pena tiene meridianamente importancia en la medida en que determinará el tipo de soluciones para cada caso concreto, pues, no es lo mismo, por ejemplo, concebir que el fin de la pena es el castigo (retribución) y entender que, el fin de la pena es prevención especial, es decir, que el sujeto no vuelva a cometer un delito.
- c) **La teoría del delito.-** Es la forma cómo se entiende el delito. Es un modelo. La teoría del delito nos permite tener un conjunto sistemático de conceptos para tomar decisiones racionales en función a un caso concreto.

Ahora bien, la historia de estas tres grandes teorías, es la historia misma del derecho penal, lo que ha sido materia de millones de publicaciones y estudios que se encuentran en todo el mundo.

El tema de la sanción penal o de la pena, es pues uno de los grandes temas del derecho penal, por lo que nuestro estudio, no pretende abordar exhaustivamente lo dicho y estudiado, sino, realizar un "abordamiento" crítico mínimo, a partir de las percepciones personales de la problemática, teniendo en cuenta las importantes reflexiones de los materiales estudiados en nuestro curso y, acaso, la peculiar realidad judicial peruana, que de alguna manera conocemos por ser actores directos.

III. Concepto de sanción penal ¿Es lo mismo que la "pena"?.-

Si bien en la propuesta de trabajo se ha elegido el concepto "sanción penal", los estudiosos del derecho penal lo denominan mayoritariamente "pena". Hurtado Pozo, sostiene, que "La sanción penal, consecuencia de la infracción, implica la restricción o la privación de derechos fundamentales. Cuando se busca establecer los fines de la pena (la más importante de las sanciones penales), y, de esta manera justificar un sistema represivo, se plantean, en buena cuenta, las cuestiones del sentido y finalidad

del derecho penal”³.

Nótese la magnitud de la reflexión: hablar de la sanción penal es en realidad, hablar del objeto del derecho penal, ¿para qué nos sirve el derecho penal? Pero, si tratamos de precisar el concepto y alcances de “sanción penal” y “pena”, veamos lo que dicen otros autores.

En nuestro medio, Villavicencio Terreros, citando a Berdugo dice que, “La pena es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad”⁴.

Más adelante, avalando a Eugenio Raúl Zaffaroni, reconoce que, en realidad “toda concepción de la pena es, necesariamente una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esa función”. Por ello, cualquier rol que señale el Estado para la pena, lo señala también para el derecho penal”⁵.

Cerezo Mir, nos dice que, “las consecuencias jurídicas del delito en el Derecho penal moderno son las penas y las medidas de seguridad. La pena es la más antigua e importante de las consecuencias del delito. Su aparición coincide con la del Derecho Penal”⁶.

La definición de Berdugo y Villavicencio nos parece acertada, porque si la pena sólo es “la más importante de las sanciones penales”, entonces otras sanciones como la multa, la prestación de servicios a la comunidad o la inhabilitación, no serían pena, en cambio, la definición o concepto que ellos proponen habla de “el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado”.

Bajo esta concepción, cualquier sanción penal equivale a la pena, pues, el denominador común sería la potestad de su imposición como consecuencia jurídica del delito.

Este concepto más amplio está recogido en nuestro Código Penal de 1991, que regula en el Título III “DE LAS PENAS”, Capítulo I “CLASES DE PENAS”; y en el artículo 28, establece que “Las penas aplicables de conformidad con éste Código son:

- Privativa de libertad;
- Restrictiva de Libertad;
- Limitativas de Derechos; y,
- Multa.

En consecuencia, para efectos metodológicos y prácticos, nosotros equiparamos el concepto de “sanción penal” al de “pena”, es decir, cuando hablamos de pena no sólo

3. Hurtado Pozo, José. “Manual de Derecho Penal Parte General I. Editora Jurídica GRIJLEY Lima Perú. 2005. P. 34.

4. Villavicencio Terreros, Felipe. “Derecho Penal Parte General”. Editora jurídica GRIJLEY. Lima Perú. 2006 P. 45.

5. Villavicencio T. Ob. Cit. Ibidem.

6. Cerezo Mir. José. Obras Completas Derecho Penal Parte General. ARA Editores. Lima Perú 2006. P. 35

hablamos de pena privativa de la libertad, sino también de toda otra forma de sanción penal.

IV. Las teorías sobre la pena.-

No podemos soslayar la mención de lo que los grandes juristas del derecho penal han mencionado como los fines de la pena, por lo menos esquemáticamente, para ubicarnos en el estado actual de la cuestión y evaluar hasta qué punto puede efectuarse un aporte significativo al respecto.

Bacigalupo, en forma muy interesante, al inicio de su obra "Derecho Penal Parte General" sostiene que "La primera cuestión que debe abordar el estudio del Derecho Penal vigente, es decir del que surge básicamente del código Penal, es la concerniente a la función de las normas que lo integran. Se trata de responder a la pregunta: ¿para qué establece la sociedad organizada en el estado un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena la ejecución de determinadas conductas? En este sentido, función del derecho penal y teorías de la pena tienen una estrecha relación: toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho Penal"⁷.

A continuación menciona que, "De una manera simplificada en el pensamiento clásico existen dos líneas de pensamiento que procuran una respuesta a estas cuestiones; por un lado se sostiene que el Derecho penal tiene una función metafísica, consistente en un ideal de justicia; por otro, que el derecho penal tiene una función social, caracterizada por unos como la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el Derecho positivo (bienes jurídicos) y por otros como la prevención mediante la ratificación de la norma vulnerada a través de la desautorización del comportamiento infractor de la misma"⁸.

Vemos así que, las diferencias de planteamiento implican incluso diferentes formas de concebir al Estado y por ende, a la legitimidad del sistema penal en su conjunto.

Establecida la meridiana importancia del tema y su relación con el Derecho Penal así como, con la propia concepción de Estado, nos permitimos presentar las principales tendencias teóricas que sobre la finalidad de la pena se han esbozado en la doctrina. En realidad, la pregunta sobre el sentido de la sanción penal, ha merecido diferentes planteamientos que, de acuerdo a la opinión mayoritaria, pueden sistematizarse en tres grandes grupos. Así tenemos:

4.1. Las teorías absolutas.- La Retribución.-

Para este grupo de teorías, la pena es fundamentalmente, retribución, o sea, la respuesta del Estado frente al delito a manera de "castigo" por el mal comportamiento, por haber transgredido una prohibición con la conducta realizada. Para este grupo de teorías no es importante la búsqueda de "fines fuera de la propia pena; la pena se agota

7. Bacigalupo, Enrique. "Derecho Penal Parte General. ARAEditores. Lima Perú. 2004. Primera Edición. P. 29.

8. Bacigalupo, Enrique, Ob. Cit. Ibidem.

en si misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo”⁹, por ende la pena sería simplemente un acto de justicia.

Según Bramont-Arias Torres, “sus principales representantes son Kant y Hegel (...). Para Hegel la pena es la afirmación del derecho que, fue negado por el delito, negación que sólo se contesta con otra negación, que es la pena; en otras palabras, la pena es la negación de la negación del Derecho. En estas teorías la pena es retributiva: “ojo por ojo y diente por diente (ley del taleón)”¹⁰. Como vemos, Hegel le imprime esa visión dialéctica del tema

Cerezo Mir, expresa que “La ley es para Kant un imperativo categórico (teoría de la retribución moral) (...), para él la aplicación de la pena es una necesidad ética...”¹¹.

Como vemos, la mera retribución implicaría la exclusión de la posibilidad de asignarse otros fines a la pena, sólo se trataría de “darle lo que merece” a la persona que transgredió una norma penal, lo que significaría que, “pretender lograr fines distintos a la mera retribución del hecho cometido supone una utilización del hombre que contradice el valor que el tiene en si mismo al implicar equipararse a una cosa”¹².

Según Bacigalupo, “las teorías absolutas, (...) legitiman la pena si ésta es justa. La pena necesaria, para estas teorías, será aquella que produzca al autor un mal (una disminución de sus derechos) que compense el mal que ha causado libremente”¹³.

Berdugo y sus colegas, expresan finalmente, que, “...las teorías absolutas, en cuanto tales, carecen de vigencia en la actualidad y, con razón, se estima que aportan exclusivamente una explicación al por que se castiga, al fundamento de la pena, pero no aclaran el contenido de los fines”¹⁴; y que, “...un sector de la doctrina – Roxin – ha señalado razones para rechazar la consideración de la retribución como fundamento de la pena o como rasgo esencial de ella. En primer lugar hay que abordar si la retribución se acomoda a nuestro actual modelo de Estado y, estrechamente unido a ello, si es compatible afirmar que la justificación de la pena esta en posibilitar la existencia de la comunidad y mantener que el fundamento de la pena es la retribución y, a través de ella, la realización de la justicia”¹⁵.

Bacigalupo sintetiza también las ideas en contra y a favor de las teorías absolutas. Expresa al respecto:

“**Contra** las teorías absolutas (o de la retribución) se argumenta básicamente que: a) carecen de fundamento empírico y son, por lo tanto, irracionales, y b) que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito”

9. Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio; Arroyo Zapatero, Luis; García Rivas, Nicolás; Ferré Olivé, Juan Carlos; Serrano Piedecabras, José Ramón. “Lecciones de Derecho Penal Parte General”. Segunda Edición. Editorial PRAXIS. Praxis Universidad. Segunda Edición Barcelona España 1999. P.24.

10. Bramont-Arias Torres, Luis Miguel. “Manual de Derecho Penal Parte General. Editorial y distribuidora de Libros S.A. EDDILI. Lima Perú Segunda Edición. 2002. P. 96-97.

11. Cerezo Mir, José. Ob. Cit. P.36.

12. Berdugo Gómez De La Torre y otros. Ob. Cit. P. 24

13. Bacigalupo, Enrique, Ob. Cit. P. 31.

14. Berdugo Gómez De La Torre y otros. Ob. Cit. P. 24.

15. Berdugo Gómez De La Torre y otros. Ob. Cit. P. 24

"En favor de las teorías absolutas se puede sostener sin embargo, que impiden la utilización del condenado para fines preventivo generales, es decir, para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de penas ejemplares al que ha cometido un delito (finalidad para cuya realización la pena no necesitaría guardar relación de proporcionalidad con la gravedad del mismo) y que, por tanto, no deben estar condicionadas por la tendencia general a delinquir a la que el autor del delito es ajeno. En otras palabras, impiden sacrificar al individuo en favor de la generalidad".

"En la actualidad las teorías absolutas sólo pueden ser defendidas sobre estas bases, es decir, por su sentido limitador de la gravedad de la pena aplicable. La necesidad de ejecución de la pena sin ninguna consideración de sus consecuencias sociales, por el contrario, choca con el sentimiento jurídico moderno"¹⁶.

4.2. Las teorías relativas.-

Siempre que el ser humano se ha puesto a reflexionar sobre la pena, ha estado latente la preocupación de cómo evitar, cómo disminuir, cómo solucionar la acción delictiva. Según Peña Cabrera, "las teorías relativas son totalmente opuestas a las teorías absolutas, pues, según las teorías relativas la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger a la sociedad y, por tanto, no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención"¹⁷. Puede apreciarse entonces, que lo que se busca es que no se cometan nuevos delitos, es decir, la pena debe ser una forma de prevenir tanto a la sociedad en su conjunto como a la persona que alguna vez cometió ese error, en particular.

La "relatividad" de estas teorías está dada por un conjunto de condiciones históricas en tiempo y espacio sobre las que se pretende "prevenir"; como dice Berdugo, "En ambos casos (prevención general o especial), la pena está orientada hacia el futuro, pretende prevenir determinadas conductas y, de este modo, mantener la convivencia social, que a diferencia del carácter absoluto de la justicia, es algo históricamente determinado y, por tanto, relativo"¹⁸.

Como quiera que las teorías relativas tienen como común denominador el tema de la prevención, se dividen en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial¹⁹.

4.2.1. La teoría de la prevención general

Nosotros entendemos que la prevención general es una suerte de advertencia general a los miembros de la sociedad en su conjunto, en el sentido de que, si cometen un acto delictivo, tal o cual será la consecuencia, lo que implica una forma de violencia del Estado sobre el individuo. Berdugo y sus coautores, lo conceptualizan así: "Según esta finalidad, la pena se dirige a los miembros de una colectividad para que en el futuro, ante la amenaza de la pena, se abstengan de delinquir. En su concepción primera fue entendida como la coacción que a través de

16. Bacigalupo, Enrique, Ob. Cit. P. 32.

17. Peña Cabrera, Raúl. "Tratado de Derecho Penal Estudio Programático de la parte general". Editora Jurídica GRIJLEY. Primera Reimpresión actualizada mayo de 1999. Lima Perú. P. 104.

18. Berdugo Gómez De La Torre y otros. Ob. Cit. P. 25.

19. Así lo conceptualiza Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. "Derecho Penal Bacigalupo, Enrique, Ob. Cit. P. 31.

la ejecución de la pena se realizaba sobre los miembros de una comunidad, lo que de hecho llevó a cometer excesos en la ejecución²⁰.

En una forma más puntual, Peña Cabrera nos dice: Se podría definir a la prevención general como la teoría que busca prevenir la perpetración de delitos a través de la amenaza de la pena. Es el efecto que esta amenaza pueda causar en la sociedad la que va a determinar que se respeten los mandatos legales y renuncien a vulnerarlos²¹.

Si repasamos la historia, podrá advertirse que “la evidencia de la repercusión de la amenaza penal sobre los integrantes de la comunidad fue utilizada en sus construcciones por los pensadores ilustrados, entre otros por Beccaria, por Bentham y por Feuerbach. Este último, con su conocida tesis de la “coacción psicológica”, establece las bases teóricas del moderno contenido de la prevención general. En época mas reciente debe resaltarse la importancia de las aportaciones que, autores como Gimbernart, Muñoz Conde, Mir Puig o Luzón, han hecho en el desarrollo de esta concepción, las conexiones de la prevención general con el sistema social²²”.

En realidad, la gran mayoría de operadores jurídicos de la actualidad reconocen que el derecho penal y la pena en particular, debe tener un mínimo de prevención general como objetivo, es decir, que cumpla la función de que se comunique a los grupos sociales, que ante la comisión de tal o cual hecho delictivo habrá una sanción específica. El gran problema y lo que se cuestiona a esta teoría son los límites, o sea, ¿hasta donde puede llegarse para ejemplificar ante la sociedad? El gran riesgo es que pueda llegarse hasta el terrorismo penal ya desvirtuando el sentido de la prevención.

Al respecto, Berdugo dice “La prevención general nunca ha sido cuestionada en cuanto tal, sino siempre en cuanto se entiende que presenta un grave problema, su falta de límites. Esta objeción aparece reforzada por la abundancia de ejemplos históricos de utilización del Derecho penal con fines intimidatorios. Todo ello lleva a la afirmación de que “la prevención general puede conducir al terror penal”. El problema básico a afrontar consiste, por tanto, en establecer el criterio de limitación de la prevención general: si han de incorporarse limitaciones que provengan de otros fines de la pena, o si, por el contrario, la profundización del propio contenido satisface ya las exigencias de limitación de la actuación del Estado y evita una utilización pervertida de la sanción penal, o finalmente si esos límites provienen de la proyección sobre la pena de las garantías incorporadas al propio núcleo del Derecho penal²³”.

De otro lado, Peña Cabrera, puntualiza que, “la tesis preventivo-general se cimienta en dos premisas: primero, que el miedo a la sanción motive al sujeto a que no cometa delitos; y, segundo, que ese sujeto se encuentre en capacidad de comprender dicha amenaza²⁴” Es decir, la pena – y por ende el derecho penal– tendría una función de motivación del sujeto. Esta motivación se realizaría

20. Berdugo Gómez De La Torre y otros. Ob. Cit. P. 25.

21. Peña Cabrera, Raúl, Ob. Cit. P. 106.

22. Berdugo Gómez De La Torre y otros. Ob. Cit. P. 25

23. Berdugo Gómez De La Torre y otros. Ob. Cit. P. 25-26

24. Peña Cabrera, Raúl, Ob. Cit. P. 106.

mediante la intimidación, para lo cual es necesaria la comprensión.

Por eso este autor dice: “la finalidad preventivo-general ha de realizarse mediante la intimidación, y esto era lo que fundamentalmente tenía en mente BECCARIA al proclamar: ¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras, sencillas y que toda la fuerza de la nación esté concentrada en la defensa y ninguna parte de aquélla sea empleada para destruirla. Haced que los hombres las teman sólo a ellas”²⁵. En resumen, la prevención general aspira a que la amenaza de pena y su efectiva aplicación tenga una directa influencia sobre aquél que cometió el acto y sobre el resto que tenga conocimiento llegando a intimidarlos para que no delincan.

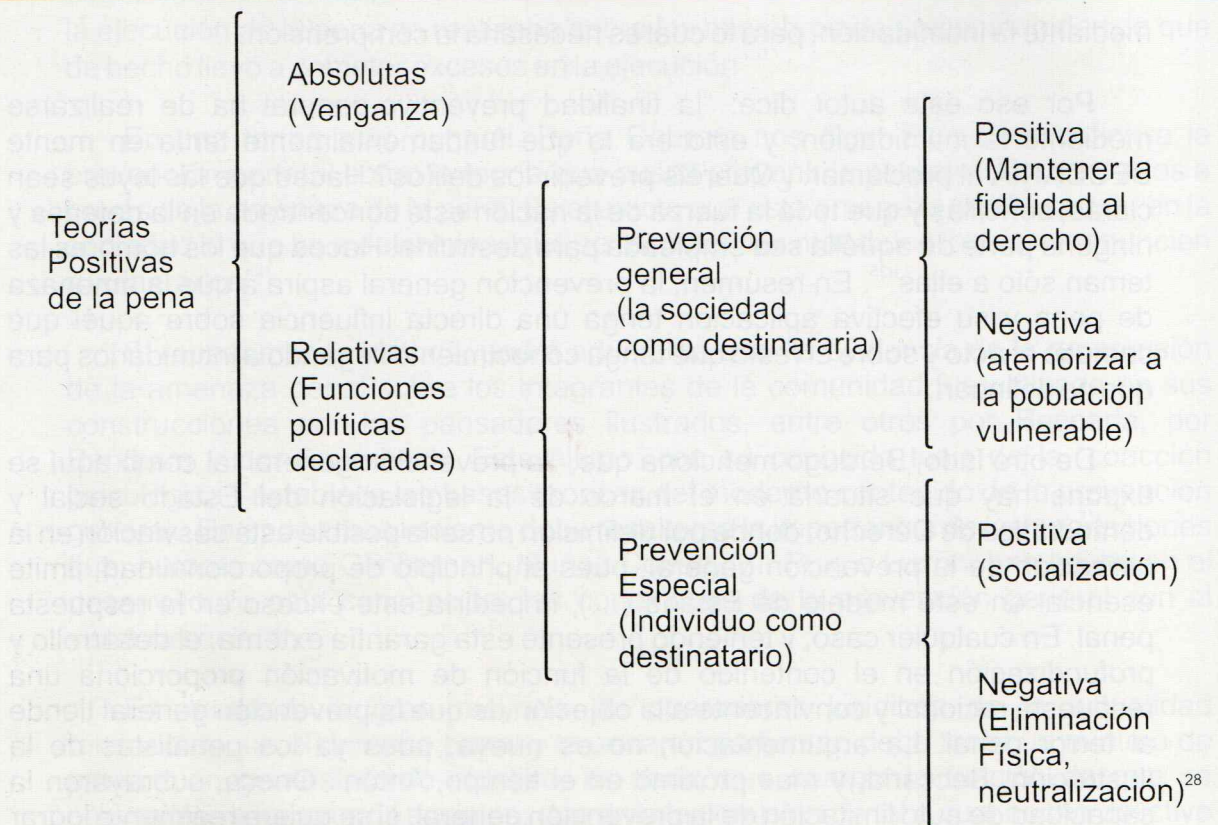
De otro lado, Berdugo menciona que, “la prevención general tal como aquí se expone hay que situarla en el marco de la legislación del Estado social y democrático de Derecho, donde por definición no sería posible esta desviación en la utilización de la prevención general, pues el principio de proporcionalidad, límite esencial en este modelo de Estado (...), impediría este exceso en la respuesta penal. En cualquier caso, y teniendo presente esta garantía externa, el desarrollo y profundización en el contenido de la función de motivación proporciona una respuesta racional y convincente a la objeción de que la prevención general tiende al terror penal. La argumentación no es nueva, pues ya los penalistas de la Ilustración, Beccaria, y más próximo en el tiempo, Antón Oneca, subrayaron la capacidad de auto limitación de la prevención general, si se quiere realmente lograr mediante ella un fin preventivo. “ Si la tarea que la pena tiene que cumplir” – afirma Gimbernat – “ es la de reforzar el carácter inhibitor de una prohibición, la de crear y mantener en los ciudadanos unos controles que han de ser más vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento, será por ejemplo absolutamente injustificable que se castigase más severamente un delito contra la propiedad que uno contra la vida”, pues se alterarían los mecanismos inhibitorios y se produciría un aumento de los delitos de más gravedad”²⁶.

Según Peña Cabrera, “en la actualidad se señala que la intimidación no es la única vía de la prevención general. Una corriente doctrinal sostiene que esta prevención no debe buscarse a través de la pura intimidación negativa, sino también mediante el asentimiento positivo del Derecho Penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales de la conciencia social de la norma (Hassemer). P de una actitud de respeto por el derecho (Kauffman)”²⁷. A estas dos formas de prevención general se les denomina, PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA Y PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA, respectivamente. Para una mejor apreciación de la ubicación y sentido de lo que es la prevención general positiva y la prevención general negativa, podemos apreciar el cuadro propuesto por Eugenio Raúl Zaffaroni:

25. Peña Cabrera, Raúl, Ob. Cit. P. 106.

26. Berdugo Gómez De La Torre y otros. Ob. Cit. P. 26.

27. Peña Cabrera, Raúl, Ob. Cit. P. 107.



Como vemos, Zaffaroni, considera a todas teorías “positivas” porque supuestamente todas tienen algo de positivo, aportan algo a la sociedad. Sin embargo, su percepción es sumamente crítica, pues considera que todas estas son falsas porque están llenas de ilusiones²⁹.

Bramont-Arias Torres nos da una muy precisa idea, a su vez, de lo que es la prevención general positiva o integrada y la prevención general negativa o intimidatoria. Nos dice que la prevención general positiva o integrada se da “cuando la misión de la pena es prevenir delitos mediante la afirmación de los valores que se establecen en una sociedad. Hay que remarcar en la persona los valores de la sociedad. Es decir, se persigue la estabilización de la conciencia del derecho, con lo cual se afirma al derecho penal como un medio de control social más, pero formalizado y por ello sujeto a la protección de los derechos fundamentales del desviado³⁰; en tanto que, la prevención general negativa o intimidatoria “pretende coaccionar o intimidar psico-lógicamente a los miembros de la sociedad para que no cometan delitos³¹”.

Empero, la prevención general también tiene críticas. Por ejemplo se dice que, “La fundamentación de la pena en la prevención general positiva, defendida entre otros por autores como Jakobs, ha sido criticada con razón en nuestra doctrina por

28. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Slokar Alejandro y Alagia, Alejandro. Manual de Derecho Penal, Parte General. Editorial EDIAR. Buenos Aires Argentina 2005.P.38.

29. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Slokar Alejandro y Alagia, Alejandro. Ob Cit. P. 37.

30. Bramont-Arias Torres. Ob. Cit. P.100

31. Bramont-Arias Torres, Ob. Cit. P. 101

Luzón y por Silva, al estimar que en realidad estamos en una actualización del pensamiento retribucionista, sustituye la exigencia de justicia por la desnuda exigencia funcionalista derivada del orden social vivido. Frente a esta posición no es renunciable la introducción de elementos de valoración vinculados al orden social no vivido, pero que aspira a ser logrado por el texto constitucional³².

4.2.2. Las teorías de la prevención especial

Esta teoría se dirige directamente al que ha infringido la ley penal. Su objeto es que éste sujeto no vuelva a delinquir, mientras que en la prevención general como ya lo hemos dicho, el objetivo es que toda la colectividad entienda que no debe delinquir.

Sobre esta teoría, Cerezo Mir, nos dice: "La prevención especial implica, en cambio, una actuación sobre la persona del delincuente, para evitar que vuelva a delinquir en el futuro. En la prevención especial suelen distinguirse en la doctrina moderno los aspectos de la advertencia o intimidación individual, la corrección o enmienda del delincuente o al menos su readaptación social, y la separación o inocuización, cuando se trate de delincuentes incorregibles o de corrección prácticamente imposible. Las teorías relativas, son, pues, concepciones utilitarias de la pena"³³.

Muñoz Conde nos dice que estas teorías, "... ven el fin de la pena en apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, bien a través de su corrección o intimidación, bien a través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad. Su gran representante fue otro gran penalista alemán, Franz Von Liszt quien consideró al delincuente como el objeto central del derecho Penal y a la pena como una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento"³⁴.

Según Berdugo, "el origen moderno de esta finalidad esta en la aportación del positivismo criminológico (...). El estudio de las causas de la criminalidad llevó a centrar los efectos de la reacción penal sobre el delincuente y, en concreto, sobre la peligrosidad por él manifestada. Tomando como punto de arranque las aportaciones del positivismo, la elaboración definitiva de esta finalidad aparece vinculada a la obra de Von Liszt. En su conocido programa de Marburgo distinguía con claridad entre la corrección del delincuente no ocasional pero corregible y la inocuización del delincuente habitual incorregible"³⁵.

Todo el movimiento de reforma que se produce en Europa a principios del siglo pasado tuvo como eje el tema de la prevención especial y, dentro de ella, surge la filosofía de la reinserción también conocida como la doctrina "re", en la medida en que propugnaba la resocialización, la reinserción, la rehabilitación, la reeducación. Esa nueva visión traía consecuencias en la dogmática en general como por ejemplo, la necesidad de evitar las penas cortas en prisión que lejos de contribuir a la formación de una persona, la estigmatizan y la hacen propensa a la delincuencia.

32. Berdugo Gómez De La Torre y otros. Ob. Cit. P. 26.

33. Cerezo Mir. Obb. Citada. P. 38

34. Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes. Derecho Penal, Parte General. Tirant lo Blanch. Segunda Edición. Valencia España. 1996

35. Berdugo Gómez De La Torre y otros. Ob. Cit. P. 27.

Por eso, llega a sostener Berdugo que, “el auge de la ideología de la resocialización y de su materialización o intentos de materialización en Derecho positivo tiene lugar en la década de los sesenta y una de sus exteriorizaciones más elaboradas la constituye la publicación en Alemania del conocido Proyecto Alternativo. El posibilitar la vida en sociedad a través de la protección de bienes jurídicos realizada mediante la actuación encaminada a que no delincan aquellos que no son hipotéticos delincuentes sino, que ya han cometido un delito, constituye una finalidad necesaria y racional a realizar por el Estado social y democrático de Derecho”³⁶.

Según Bacigalupo, para la teoría de la prevención especial, “la pena, (...) es prevención mediante represión”. Pero la manera de llevar a cabo este programa requiere que la finalidad preventivo-especial de la pena se investigue en función de las distintas categorías de delincuentes y no, como hasta entonces, de manera uniforme a para cualquier autor. Para ello la ciencia del Derecho Penal debía atender a los resultados de las investigaciones antropológicas y sociológicas referentes a los delincuentes. Si se parte de la base de que la protección de bienes jurídicos mediante la pena requiere tres finalidades diversas: corrección, intimidación e inocuización, cabría poner en relación estos fines con las tres diferentes categorías de delincuentes que proporcionaba la antropología criminal, sobre todo a través de las investigaciones de LOMBROSO Y FERRI. El resultado de esta combinación de los fines de la pena con la clasificación de los delincuentes en diversas categorías empíricamente formuladas fue el siguiente:

La pena debía servir para:

- a) **Corrección** del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección;
- b) **Intimidación** del delincuente que no requiere corrección;
- c) **Inocuización** del delincuente que carece de capacidad de corrección”³⁷

Empero, como la ciencia no es estática, se produjeron grandes avances hasta 1960 en lo que a la concepción de la persona se refiere. El mismo Bacigalupo lo plantea así: “A partir de la década de los 60 la prevención especial experimentó una nueva transformación de su fisonomía. Las clasificaciones de delincuentes que habían guiado la definición de los fines preventivo-individuales de la pena fueron abandonadas y dieron paso a conocimientos pedagógico-sociales mucho más evolucionados. En primer lugar, el fin de la pena se definió de una manera uniforme a través del concepto de **resocialización**. Se procuró dar cabida, en segundo lugar a las consideraciones que ponen de manifiesto la **corresponsabilidad** de la sociedad en el delito, abandonando el causalismo antropológico y biológico de la época anterior, cuyo déficit de verificación empírica lo hacía científicamente insostenible. En tercer lugar, se subrayó la importancia de la ejecución penal basada en la **idea de tratamiento**”³⁸.

A la fecha estas ideas tienen indudable actualidad y vigencia no obstante su carácter aún profundamente polémico. Por ejemplo el artículo 139 de la Constitución Peruana en su inciso 22 contempla como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, “**el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad**”. Similar contenido tiene el artículo IX

37. Bacigalupo, Enrique, Ob. Cit. P. 34.

38. Bacigalupo, Enrique, Ob. Cit. P. 34, 35

del Título preliminar del Código Penal Peruano que establece, **“La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”**; así mismo, a propósito de la corresponsabilidad del Estado podemos apreciar que el artículo 45 inciso 1 prescribe que el Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta, **“las carencias sociales que hubiera sufrido el agente”**, consagrando así el principio de codelabilidad de la sociedad.

Ahora bien, “el contenido que debe tener la resocialización en el marco del Estado social y democrático de Derecho, como se vera en la lección 4, no puede ser la asunción coactiva por parte del reo de un determinado orden moral. La imposición de un orden ético de valores choca frontalmente entre otros principios contra el pluralismo y con el libre desarrollo de la personalidad, valor básico en un Estado de Derecho. Esta poderosa razón lleva a un importante sector de la doctrina a afirmar, tal como hace Barbero Santos, que “socializar significa, no otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar”³⁹.

Este autor efectúa un interesante resumen sobre el tema de la prevención especial:

- * “La prevención especial es una finalidad acorde con las exigencias del Estado democrático de Derecho.
- * La consideración crítica del optimista concepto de resocialización conduce a intentar una nueva formulación del mismo sobre la base del objetivo de vida sin delito y tratamiento libremente aceptado que desarrolle la personalidad del reo.
- * La privación de libertad esta en relativa contradicción con la idea de resocialización, pero a pesar de ello no es pensable, en nuestro momento histórico, la renuncia a la prisión como pena. Tal contradicción ha de ser paliada a través de una utilización mas restringida y a través de variaciones sustanciales en su contenido”⁴⁰.

4.2.3. Las teorías unitarias, mixtas o eclécticas.-

Como es lógico, las teorías unitarias reconocen que tanto las teorías absolutas como las relativas tienen algo de cierto. Según Cerezo MIR, “las teorías unitarias reconocen que la retribución constituye la esencia de la pena, pero consideran que ésta ha de perseguir al mismo tiempo los fines de la prevención general y la prevención especial”⁴¹.

Según Verdugo, “...en general, todas estas teorías adolecen de una fragilidad básica derivada del carácter opuesto de las ideas de retribución y prevención. Mas aun, la primacía que se asigna a la retribución - es la esencia, es el fundamento de la pena -, hace que realmente estemos ante la puesta al día de esta teoría”⁴².

Para Bramont-Arias Torres, “al llegar a las teorías eclécticas se deduce que la pena desempeña una pluralidad de funciones. Conforme dice Jescheck, tal unificación se intenta no como una elemental superposición de principios, en tanto

39. Berdugo Gómez De La Torre y otros. Ob. Cit. P. 29.

40. Berdugo Gómez De La Torre y otros. Ob. Cit. Ibidem.

41. Cerezo Mir. Ob. Citada. P. 40

42. Berdugo Gómez De La Torre y otros. Ob. Cit. P. 30

puntos enfrentados y de tan diferente genealogía, sino a partir de la reflexión práctica de que la pena desempeña una pluralidad de funciones. No cabe duda de que en las teorías mixtas puede detectarse fácilmente la presencia de una tensión interna entre sus componentes. Así se pueden dar las llamadas antinomias de los fines de la pena, en este sentido dice Roxín que, la mera adición no sólo destruye la lógica inmanente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo”⁴³.

Como vemos, no se trata simplemente de unir las ideas, ello tiene implicancias porque existen aspectos que resultan hasta cierto punto incompatibles.

Por esa razón, como muy pocos autores lo hacen explica con meridiana claridad:

“Bajo esta perspectiva, la pena traduce una retribución de la culpabilidad –**idea de pena justa**- pero, al mismo tiempo, sirve a la prevención del delito –**idea de pena útil**- en consecuencia, la única pena legítima sería aquella que, al mismo tiempo, reúna ambas características: ser a la vez, **pena justa y pena útil**”⁴⁴.

Y a propósito del contenido de esas ideas, expone que existen dos direcciones:

- “La primera, remarca la idea de justicia por encima de prevención o utilidad. Lo principal es la defensa del bien jurídico, al afectarlo se debe dar una retribución justa, limitando la determinación de la pena de acuerdo a los principios de la prevención. (...)
- La segunda, se orienta a la utilidad –la prevención-. Ala retribución sólo le corresponde servir de límite máximo de las exigencias preventivas impidiendo así que las mismas conduzcan a una pena superior a la merecida (soluciones útiles que no sean injustas)”⁴⁵.

Dentro de las teorías unitarias, es destacable la denominada “teoría unificadora dialéctica” o “teoría dialéctica de la Unión” de Claus Roxín. Este autor sostiene que no puede evaluarse el tema de la pena aisladamente, sino, que tiene que realizarse por lo menos en tres momentos:

- El momento de la conminación legal: Es decir el momento en el que el legislador calcula cuál es el mínimo y cuál es el máximo para determinado delito. En este momento prima la prevención general;
- El momento de la determinación judicial. En esta etapa se individualiza la pena de acuerdo a los parámetros y límites de la norma y del hecho concreto. La pena no puede sobrepasar la culpabilidad. En este momento se usa la prevención especial;
- El momento de la ejecución de la sentencia.- En esta etapa ya se busca propiamente la rehabilitación.

43. Bramont-Arias Torres, Ob. Cit. P. 103

44. Bramont-Arias Torres, Ob. Cit. P. 103

45. Bramont-Arias Torres, Ob. Cit. P. 103, 104

V.- ¿Es posible una nueva perspectiva sobre los fines de la pena?

5.1. Crítica y agnosticismo de Eugenio Raúl Zaffaroni.-

En el escenario latinoamericano una de las obras de mayor envergadura y objetividad ha sido la de Eugenio Raúl Zaffaroni, denominada "En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal", obra en la que intenta una reinterpretación del derecho penal a partir de la constatación de la deslegitimación del sistema penal.

Villavicencio efectúa una visión muy concreta respecto a este importante jurista argentino, en relación a su obra al decirnos: "Zaffaroni formula una teoría negativa y agnóstica de la pena, que entiende que la pena es una coerción, que impone una privación de derechos o un dolor y que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. Así la pena es un ejercicio de poder. Es negativo porque no le asigna ninguna función positiva de la pena y se obtiene por exclusión. Es agnóstico en cuanto a su función porque parte de su desconocimiento"⁴⁶.

5.2. La famosa polémica Zaffaroni versus Carlos Nino, sobre los fines de la pena.-

Fue otro jurista argentino quien primero reaccionó ante los argumentos de Zaffaroni, en el famoso debate que se publicó y que quedó como un acto académico de obligada consulta en el debate sobre este tema: Carlos Nino⁴⁷.

Este debate se produce entre ellos entre 1988 y 1995 en la revista argentina "No hay derecho".

Carlos Nino critica radicalmente a Zaffaroni y afirma que, aunque comparte su análisis realista, la abolición que él propone es un salto al vacío en vista de que implica una situación de indefensión social, finalmente lo acusa de usar "metáforas excesivas" y "significados emotivos"; ante ello Zaffaroni aclara que no se trata de desaparecer el sistema penal, sino, de "buscar diferentes modelos de solución de conflictos"⁴⁸.

En este debate Zaffaroni también reconoce que "la pena puede tener algo positivo porque no hay nada absoluto"⁴⁹; luego aclara, "no soy abolicionista, sino agnóstico"⁵⁰; frente a estos argumentos, Nino replica estar sorprendido por el desconocimiento de su oponente sobre el efecto preventivo general de la pena⁵¹ y luego afirma que tiene pruebas de la utilidad del fin preventivo general positivo, pues, en una encuesta sobre si las personas habían dejado de cometer delitos alguna vez por temor a la sanción el 37 % por ciento había respondido que sí.

Zaffaroni vuelve a replicar aclarando que si cree en la finalidad preventivo general y por eso paga el teléfono puntualmente⁵² aclara que lo que se niega a creer es que porque existen leyes penales todos estén tranquilos⁵³. Finalmente, Zaffaroni expresa:

48. Carlos S. Nino vs. Eugenio R. Zaffaroni. Ob. Cit. P. 52.

49. Carlos S. Nino vs. Eugenio R. Zaffaroni. Ob. Cit. P. 55.

50. Carlos S. Nino vs. Eugenio R. Zaffaroni. Ob. Cit. P. 55.

51. Carlos S. Nino vs. Eugenio R. Zaffaroni. Ob. Cit. P. 72.

52. Carlos S. Nino vs. Eugenio R. Zaffaroni. Ob. Cit. P. 80.

53. Carlos S. Nino vs. Eugenio R. Zaffaroni. Ob. Cit. P. 80.

"Creo que se debe reconstruir el derecho penal liberal, pero por un camino inflexiblemente claro, que no deje espacio para las racionalizaciones. No es cuestión de "seducción del discurso", porque en este momento es más "seductor" (al menos para algunos sectores) el discurso más "mesurado". La cuestión es dejar de lado las especulaciones políticas inmediatistas y no dejarle ningún espacio al Frankenstein positivista, peligrosista, es decir, al derecho penal autoritario"⁵⁵.

Si nosotros evaluamos estos argumentos, en la actualidad el tema no se ha resuelto, la problemática permanece intacta.

5.3.- Algunas coincidencias entre John Rawls y Zaffaroni.-

Al igual que John Rawls, en el fondo Zaffaroni propugnaba ya un nuevo contractualismo⁵⁶, proponiendo la reducción de la violencia estatal en un estado social y democrático de derecho, sin embargo, más que en un contractualismo constitucional, yo ubicaría su pensamiento en un contractualismo moral en vista de que, tiene como "característica la idea de la maximización de los beneficios como resultado de la cooperación social"⁵⁷.

Otra coincidencia entre Zaffaroni y Rawls, es que ambos critican el utilitarismo.

Como podemos recordar, pues lo hemos mencionado antes, Zaffaroni considera que las teorías positivas son "falsas" y dentro de ellas se encuentran las utilitaristas, incluso, las que priorizan la prevención.

Rawls también es crítico del utilitarismo. Como lo explica el profesor Guzmán, "en cuanto a la relación entre utilitarismo e intuicionismo y la justicia como equidad, debemos señalar que Rawls (...) lo critica por varias razones. A nuestro modo de ver, las principales serían: por su carácter consecuencialista, pues el utilitarismo es una teoría teleológica que, en este aspecto, se contraponen a su concepción no consecuencialista, de naturaleza deontológica; y porque resulta ilegítimo que cálculos que pueden resultar aceptables a nivel personal sean trasladados a una pluralidad de individuos"⁵⁸.

5.4. Rawls ¿Gurú de la izquierda o filósofo del individualismo liberal?

Pero, encuentro aún más coincidencias. Tanto Zaffaroni como Rawls son sumamente sensibles con los sectores menos favorecidos de la sociedad y efectúan un profundo diagnóstico de las profundas desigualdades e injusticias que subsisten.

A tal extremo llega esto que, Rawls ha sido calificado como el "gurú de la izquierda"⁵⁹

55. Carlos S. Nino vs. Eugenio R. Zaffaroni. Ob. Cit. P. 83, 84.

56. Carlos S. Nino vs. Eugenio R. Zaffaroni. Ob. Cit. P. 24 y 34.

57. Guzmán Jonquera, Arsenio. Tema 1 Antecedentes. La idea de justicia algunos conceptos fundamentales. Materiales de enseñanza preparados para la Maestría en derecho con mención en política jurisdiccional Modalidad virtual. Curso: Teoría de la Justicia. Pontificia Universidad Católica del Perú. P.5.

58. Guzmán Jonquera, Arsenio. Ob. Cit. P. 18

59. <http://www.liberalismo.org/articulos/31/>, Así lo califica también Gorka Etkebarria en <http://www.liberalismo.org/articulo/40/>. Esta autora además expresa que "Pese a que Rawls recoge la idea kantiana de que el hombre es un fin y no un medio para ser utilizado en beneficio de los demás, su teoría dista bastante de ser coherente con esa idea"

; es más, una de las más duras críticas la ha efectuado Ayn Rand, quien dice: "Ciertas maldades están protegidas por su propia enormidad: Hay gente que, leyendo esa cita de Rawls, no podría creer que realmente quiere decir lo que dice. Pero lo hace. No es contra las instituciones sociales contra las que Rawls (y Mr. Cohen) se rebela, sino contra la existencia del talento humano. No contra los privilegios políticos, sino contra la realidad. No contra los favores gubernamentales, sino contra la naturaleza (contra aquellos que "han sido favorecidos por la naturaleza", como si un término como "favor" pudiese ser aplicado aquí). No contra la injusticia social, sino contra el hecho de que algunos hombres nacen con mejores cerebros y hacen mejor uso de ellos que otros. La nueva "teoría de la justicia" exige que los hombres contrarresten la "injusticia" de la naturaleza mediante la institucionalización de la más obscenamente impensable injusticia: De privar a aquellos "favorecidos por la naturaleza" (esto es, las personas con talento, inteligentes, creativas) del derecho al fruto de su trabajo (esto es, el derecho a la vida)- y conceder a los incompetentes, los estúpidos, los vagos el derecho al disfrute de bienes que no podrían producir, no podrían imaginar y ni siquiera sabrían qué hacer con ellos"⁶⁰.

Desde la perspectiva de la Economía, también ha sido blanco de críticas muy puntuales:

"Rawls cree que hay que restringir el desarrollo individual a favor de los menos favorecidos, vulnerando de este modo la libertad de unos en beneficio de otros. Lo que no ve es que en un ambiente menos propicio para la libertad la capacidad creativa del individuo se ve coartada, ya que con tantas limitaciones a las posibilidades de actuar y con el incentivo a hacerse pasar por menesteroso, incapaz o parado, a nadie le apetecerá trabajar más para la sociedad. El trabajo se sustituirá por el pillaje y la creación de empresas por la fundación de grupos de presión dispuestos a presentar sus intereses como los de la gran mayoría, cuando no es así. Aparte de este argumento, podemos añadir que el que la mayoría decida el destino de la minoría conlleva no respetar los derechos inalienables del individuo y eso es despótico. Como irónicamente comenta Nozick, "mi vida mejoraría de diversas maneras si usted decidiera convertirse en mi devoto esclavo, suponiendo que yo pudiera superar la incomodidad inicial. ¿Es la causa de mi estado actual el que usted no se convierta en mi esclavo?"⁶¹.

Como vemos, se le atribuye una suerte de "despotismo" en sus ideas, pero no es sólo eso. Esta autora dice a continuación:

"El capitalismo encaja mejor que la economía intervenida de Rawls en el respeto a la dignidad de cada uno (no sacrificándonos en pro de la mayoría) y permite a cada cual utilizar su mente y su trabajo para vivir de forma independiente, como les plazca, no pidiendo autorización a nadie para dirigirse como más le convenga. El libre mercado crea, en suma, un ambiente propicio para la autorrealización personal. Desgraciadamente las regulaciones gubernamentales sobre la sociedad siguen patrones rawlsianos limitando estas ricas posibilidades. Rawls pretendía superar el utilitarismo, pero ha caído en él aun sin proponérselo yendo contra el derecho de propiedad de uno sobre su persona y los resultados de su trabajo"⁶².

Esto es paradójico porque mientras algunos le atribuyen esta calidad de "gurú de la

60. http://es.wikipedia.org/wiki/John_Rawls

61. Gorka Etkebarria en <http://www.liberalismo.org/articulo/40/>

62. Ibidem.

izquierda", otros lo consideran como el más excelso de los filósofos del individualismo liberal"⁶³.

La citada autora concluye en que la "teoría de la Justicia de Rawls ha sido considerada como una obra maestra en la materia y como la contrapartida a Sobre la Libertad de J. Stuart Mill. Ni lo uno ni lo otro. Rawls no ha podido evitar caer en contradicciones y volver al contractualismo de Rousseau, en el que a la gente se le podía obligar a ser "libres" y someterse a la voluntad general, que era verdadera por ser fruto del consenso (¡y a la que nadie podía cuestionar!). No olvidemos que trata de organizar la sociedad a su gusto y como Hayek resaltó, así se cae en la fatal arrogancia"⁶⁴.

No está demás señalar que, como es normal, también en el campo de la filosofía ha tenido sus detractores. Un claro ejemplo de ello es el trabajo de Melkevik, quien sostiene al final de su interesante monografía: "En cuanto a la cuestión del derecho, situándonos en la modernidad jurídica, no tenemos otra opción que la de alejarnos de la obra de Rawls"⁶⁵. Luego en su postfacio dice: "Una última reflexión se impone. Se trata de finalizar y de insistir en nuestro rechazo a la filosofía de Rawls y en la necesidad de promover, por el contrario, la filosofía del derecho a partir de las exigencias de los sujetos del derecho moderno. Esto es lo que nos ha llevado a preferir el modelo deliberativo de Habermas en lugar de aquello que hemos calificado como el pantano moral de Rawls"

5.5.- La teoría de la justicia de Jhon Rawls y los fines de la pena.-

No obstante lo duro de las expresiones antes mencionadas, considero que, al proponer nuevos derroteros en lo que se refiere a los fines de la sanción penal, no puede soslayarse lo que puede considerarse como el "sistema de ética más importante del pensamiento contemporáneo"⁶⁶. En ese sentido, acudimos directamente a los dos principios de justicia reformulados por el propio Rawls:

- a) Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos;
- b) Las desigualdades sociales y económicas tiene que satisfacer dos condiciones: en primer lugar tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades ; y en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de diferencia)⁶⁷.

Creo definitivamente que estos principios deberían ser asimilados como líneas de política gubernamental y jurisdiccional, pero definitivamente, va a resultar muy incómodo para las clases políticas gobernantes porque parten de una lacerante realidad: Subsisten las grandes desigualdades y la injusticia social.

En lo que se refiere a los fines de la pena, específicamente, la tesis de Rawls

63. Por ejemplo, Giménez Pérez, José, en <http://www.nodulo.org/ec/2002/n010p12.htm>

64. Gorka Etkebarría <http://www.nodulo.org/ec/2002/n010p12.htm>

65. Melkevik, Bjarne. "Rawls o Habermas Un debate de filosofía del Derecho". Universidad externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Nro. 42. Primera Edición 2006 Impreso en Perú. Editorial Cordillera S.A.C. P. 235, 236.

66. Giménez Pérez, José, en <http://www.nodulo.org/ec/2002/n010p12.htm>

67. Guzman Jonquera, Arsenio. Ob. Cit. P. 24.

constituye un instrumento válido adicional para desnudar la "falsedad" de los fines de la pena de las teorías tradicionales llamadas "positivas" por Zaffaroni y denunciada de ese modo por él. A pesar que las constituciones (incluida la nuestra) así lo declaran, nadie puede defender en forma persuasiva ni mucho menos objetiva, que la CARCEL, rehabilita, reeduca, resocializa, reincorpora y es por eso que el "inconsciente colectivo" las califica como las "universidades de la delincuencia".

Empero, tampoco resulta convincente el retorno a la mera retribución (castigo, expiación, venganza), ni mucho menos la neo retribución (derecho penal del enemigo, regímenes fuertes, autoritarios), creo que pueden incorporarse paulatinamente, a partir necesariamente del llamado "equilibrio reflexivo"⁶⁸ de Rawls.

Según él debe entenderse por tal, el hecho de que una teoría política para que sea aceptable, "debe concordar con nuestras convicciones meditadas, en todos los niveles de la generalidad, fundamentales en la debida reflexión", con lo que está aludiendo indudablemente al logro de los grandes consensos que la sociedad actual demanda, caracterizando dicho consenso como "consenso traslapado" en la medida en que debe surgir no obstante las diferencias de las "doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales"⁶⁹.

Ahora bien, esto está ligado a una concepción política, para la institucionalidad democrática constitucional, libremente aceptada.

Como ideario, incluso para ser incorporado al debate sobre los fines de la pena, creo que es un nuevo elemento de gran valía social lo que, dependiendo de los consensos que se logren y la voluntad política, puede tener indudables efectos pragmáticos y concretos, a propósito de admitir las desigualdades, sólo en la medida en que redunden en beneficio de los menos favorecidos en la sociedad como lo son los presos.

Yo considero que la tesis de Rawls fortalece la nueva ideología que sustenta un Estado Constitucional de Derecho donde una de las columnas es el principio de proscripción de la arbitrariedad que es de aplicación inmediata y verificable, más allá de los aún permanentes debates filosóficos.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA: La discusión sobre los fines de la pena a nivel universal es uno de los capítulos de mayor relevancia en el derecho penal, en la medida en que discutir sobre ello, es discutir sobre los mismos fundamentos y fines del derecho penal. (Los otros dos grandes temas son la teoría del delito y la teoría de la ley penal);

SEGUNDA: Históricamente existen tres grandes corrientes sobre los fines de la pena. Las teorías absolutas, para las que la pena sólo tiene fin retributivo, expiatorio; las teorías relativas, para las que la pena tiene fines de prevención más que de castigo. La prevención puede ser general (para la sociedad en su conjunto) o especial (para aquél que ha delinquido); finalmente existen las teorías de la unión o eclécticas, que intentan

68. Rawls, Jhon "liberalismo Político". Lectura perteneciente al tema 2. La teoría de la Justicia de Rawls. Materiales de lectura del curso de Teoría de la Justicia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en derecho con mención en Política Jurisdiccional. Modalidad Virtual. P. 5.

69. Rawls; Jhon. Ob cit. P.6

armonizar ambos aspectos y son las más admitidas en la doctrina actual, no obstante lo complejo de su planteamiento. A su vez, dentro de las teorías de la Unión, la “teoría dialéctica de la unión” de Claus Roxin es una de las más aceptadas en la doctrina internacional, porque sustentan hasta tres momentos en los fines de la pena: En la conminación, la aplicación personal y la ejecución.

TERCERA: En el esfuerzo por la reflexión para incorporar nuevas ideas sobre los fines de la pena, vemos que, éstas teorías han sido calificadas como “positivas” y caracterizadas como “falsas” por el jurista Eugenio Raúl Zaffaroni entre otros críticos, quienes han sustentado una “deslegitimación” del sistema penal y proponen una teoría negativa, a partir de grandes constataciones sobre las clases sociales y el poder en la sociedad latinoamericana, así como la violencia del Estado, habiendo protagonizado inolvidables y antagónicos debates en el escenario latinoamericano. El fracaso de la llamada “filosofía de la reinserción”, no obstante encontrarse en las constituciones latinoamericanas, es algo que todos admiten, empero, resulta una admisión hipócrita como fin de la pena, porque no es real.

CUARTA: Encontramos una serie de coincidencias entre Zaffaroni y Rawls, en la medida en que ambos propugnan un neo contractualismo, a partir de una sensibilidad por las aún profundas desigualdades sociales e injusticias que existen en la realidad actual. Ambos recusan además el mero utilitarismo.

QUINTA: Paradójicamente Rawls ha sido caracterizado como “gurú de la izquierda” y como un conspicuo representante del “individualismo liberal”. Consideramos que sus principios para un concepto político de justicia, a partir del “equilibrio reflexivo” y la búsqueda del “consenso traslapado” que debe surgir no obstante las diferencias de las “doctrinas razonables, religiosas, filosóficas y morales” está ligado a una concepción política, para la institucionalidad democrática constitucional, libremente aceptada y como ideario, es un nuevo elemento de gran valía social que puede tener indudables efectos de aplicación práctica en el debate sobre los fines de la sanción penal o de la pena, a propósito de la lucha por la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho, en el que debe primar el principio de proscripción de la arbitrariedad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. Bacigalupo, Enrique. “Derecho Penal Parte General”. ARA Editores. Lima Perú. 2004. Primera Edición.
2. Bacigalupo, Enrique. Delito y Punibilidad. Editorial Hammurabi. Madrid 1999.
3. Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio; Arroyo Zapatero, Luis; García Rivas, Nicolás; Ferré Olivé, Juan Carlos; Serrano Piedecasas, José Ramón. “Lecciones de Derecho Penal Parte General”. Segunda Edición. Editorial PRAXIS. Praxis Universidad. Segunda Edición Barcelona España 1999
4. Bramont-Arias Torres, Luis Miguel. “Manual de Derecho Penal Parte General. Editorial y distribuidora de Libros S.A. EDDILI. Lima Perú Segunda Edición. 2002.
5. Carlos S. Nino vs. Eugenio R. Zaffaroni “Un debate sobre la pena”. Copyright 1999. Lima Perú
6. Castañeda Otsu Susana, Derechos Constitucionales y Defensoría del Pueblo, edición 2001.
7. Castro San Martín César, tratado de Derecho Procesal Penal, edición 2001.

8. Catacora Gonzáles Manuel, Derecho Procesal Penal, edición 2002.
9. Catacora Gonzáles Manuel S., Código de Procedimientos Penales, edición 1998.
10. Catacora Gonzáles Manuel, Código de Procedimientos Penales, edición 1999.
11. Cerezo Mir. José. Obras Completas Derecho Penal Parte General. ARA Editores. Lima Perú 2006
12. Decretos Legislativos, Nuevas Leyes de Cadena Perpetua por delitos agravados, edición 1998.
13. Ezaine Chávez Amado, Diccionario del Derecho Penal Tomo I, edición 1989.
14. Guzmán Jonquera, Arsenio. Tema 1 Antecedentes. La idea de justicia algunos conceptos fundamentales. Materiales de enseñanza preparados para la Maestría en derecho con mención en política jurisdiccional Modalidad virtual. Curso: Teoría de la Justicia. Pontificia Universidad Católica del Perú
15. Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición. GRIJLEY. Lima 2005.
16. Jakobs, Gunther. Estudios de Derecho Penal. Editorial civitas. Madrid 1997.
17. Melkevik, Bjarne. "Rawls o Habermas Un debate de filosofía del Derecho". Universidad externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Nro. 42. Primera Edición 2006 Impreso en Perú. Editorial Cordillera S.A.C.
18. Mir puig, Santiago. Derecho Penal Parte General Setima Edición. Euros Editores. Buenos Aires 2004.
19. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. "Derecho Penal Parte General". Tirant Lo Blanch. Valencia España. Segunda Edición. Mayo de 1996
20. Peña Cabrera, Raúl. "Tratado de Derecho Penal Estudio Programático de la parte general". Editora Jurídica GRIJLEY. Primera Reimpresión actualizada mayo de 1999. Lima Perú.
21. Reyna Alfaro, Luis Miguel. Jurisprudencia Penal constitucional. Selección de Sentencias del tribunal Constitucional. Jurista Editores. Lima 2005.
22. Revista Peruana de Ciencias penales. Edición Especial sobre el Código Penal Peruano. Número 12. Lima setiembre del 2002. IDEMSA.
23. Rojas Vargas, Fidel S. Estudios de Derecho Penal. Jurista Editores. Lima 2004.
24. Roxín Claus. Problemas Actuales de dogmática Penal. Ara Editores. Lima 2004.
25. Sancinetti, Marcelo. Casos de Derecho Penal. Editorial Hammurabi SRL. Buenos Aires. 2003.
26. Salinas S. Ramiro, Curso de Derecho Penal Peruano, editorial Palestra, edición Lima 2000.
27. Sanchez Vera Gonmez Trilles. Los delitos de infracción del Deber.
28. Rawls, Jhon "liberalismo Político". Lectura perteneciente al tema 2. La teoría de la Justicia de Rawls. Materiales de lectura del curso de Teoría de la Justicia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en derecho con mención en Política Jurisdiccional. Modalidad Virtual.
29. Reaño Pesciera, José Leandro: "Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias. Jurista Editores E. I.R.L. Primera Edición. Lima 2004.

30. Serrano Maillo, alfonso. Introducción a la Criminología.
31. Torres Oswaldo: JUSTICIAANDINA: Hacia una Antropología Andina. Impreso en el Perú 1995.
32. Urquizo Olaechea, José, Revista Peruana de Ciencias Penales, edición 2002, editorial IDEOSA.
33. Vicente Garrido, Per Stangeland y Santiago Redondo. PRINCIPIOS DE CRIMINOLOGÍA: Tirant Lo Blanch Valencia, España 1999. página 547-548.
34. Villavicencio Terreros, Felipe. Curso de derecho penal peruano parte especial. PALESTRA EDITORES. Lima 2000. Primera Edición. Página 385.
35. Villavicencio Terreros, Felipe. "Derecho Penal Parte General". Editora jurídica GRIJLEY. Lima Perú .2006 P. 45.
36. XVI congreso Latinoamericano, VIII iberoamericano y I Nacional de derecho Penal y Criminología. UNMSM Lima 2004
37. XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano y I Nacional de derecho Penal y Criminología. Universidad de Guayaquil. 2005.
38. ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediar Buenos aires 2005.
39. Zaffaroni, Eugenio Raúl. "En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal". Tercera reimpresión. Editorial EDIAR. Buenos Aires Argentina. 2003
40. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Slokar Alejandro y Alagia, Alejandro. Manual de Derecho Penal, Parte General. Editorial EDIAR. Buenos Aires Argentina 2005

FUENTES EN LA WEB:

- Gorka Etkebarría <http://www.nodulo.org/ec/2002/n010p12.htm>
- Giménez Pérez, José, en <http://www.nodulo.org/ec/2002/n010p12.htm>
- <http://www.liberalismo.org/articulos/31/>;
- <http://www.liberalismo.org/articulo/40/>.
- http://es.wikipedia.org/wiki/John_Rawls
- <http://www.nodulo.org/ec/2002/n010p12.htm>
- http://es.wikipedia.org/wiki/John_Rawls
- <http://www.eumed.net/cursecon/economistas/Rawls.htm>
- <http://www.conocimientosweb.net/dcmt/ficha3975.html>

LA PRUEBA INDICIARIA Y LA PRESUNCION DE INOCENCIA

Dr. Teófilo Atilio Terrazos Bravo
Vocal Superior (p) de la 3ra.
Sala Penal de Huancayo

La vida moderna nos ha llevado a replantear un tipo de prueba que se usó en épocas primitivas y que ahora vuelve a presentarse tímidamente y con la necesaria precaución en el derecho moderno: LA PRUEBA INDICIARIA; Existen algunos campos en los cuales la prueba directa de los hechos, que dan lugar a la aplicación de una norma se hace muy difícil y es por ello que para garantizar el orden, se hace necesario el intento de conocer la verdad a través de indicios. Pero en realidad la prueba indiciaria también llamada prueba de presunciones, indicios, conjeturas o señales más o menos decisivas aceptadas por el Juez como conclusión de orden lógico y por derivación o concatenación de los hechos, no es una mera aplicación de la amplia discrecionalidad y consiguiente arbitrariedad del juzgador, sino una recreación de la institución dentro de un marco moderno, asentándola sobre ciertos requisitos "sine qua non" muy severos, que eviten caer en la arbitrariedad tan contraria a la seguridad y previsibilidad que exige la sociedad moderna.

Desde la antigüedad las legislaciones de los países civilizados han considerado la prueba, concebida de acuerdo a sus creencias religiosas, políticas y forma de gobierno, desde los absolutistas hasta los democráticos, como un medio de alcanzar la justicia y sancionar al culpable o absolverlo, según sus propios métodos. En la época moderna el derecho comparado nos indica de que en todos los países democráticos y que se rigen por una constitución, como el nuestro se rigen por principios constitucionales, como la presunción de inocencia, la motivación obligatoria de las resoluciones entre otras de imperioso cumplimiento.

Las exigencias de la prueba indiciaria o por presunciones según las enumera Casado Pérez, valiosas por su autoridad científica fundadas en la jurisprudencia española dice **"cuando la única prueba disponible tras la celebración de un juicio es la prueba de indicios o circunstancial, el tribunal debe asegurarse de que se cumplan los siguientes requisitos:**

- a.- Que, los hechos base o delictivos estén acreditados por prueba directa.
- b.- Que, los hechos indiciarios o indicios estén plenamente probados y perfectamente relacionados con los hechos delictivos, debiendo excluirse las meras sospechas o conjeturas.
- c.- Que, no se trate de un único indicio, sino de una multiplicidad de ellos, en función de las circunstancias de cada caso en concreto, aunque podrían darse casos excepcionales en los que valdría un único indicio: intervención policial de una gran cantidad de droga mientras la lleva personalmente el imputado, o la prueba de ADN.
- d.- Que, no existan "contraindicios" (coartadas) que hagan dudar de la virtualidad incriminatoria del indicio.
- e.- Que, el tribunal sentenciador, por último exponga el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho punible y de culpabilidad del acusado.

Ese juicio de inferencia no ha de ser absurdo, irracional o arbitrario, sino que debe realizarse según las reglas de la lógica y del criterio humano, es decir, según las reglas de la sana crítica”.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.-

En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de Inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio Público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (...)”. De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, “(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada”¹.

En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos el artículo 2°, inciso 24, de nuestra Constitución Política del Estado establece que “Toda Persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. De esta manera, el constituyente ha reconocido la Presunción de Inocencia como un derecho fundamental. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio – derecho de dignidad humana “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” artículo 1° de la Constitución; así como en el principio “pro hómine” del Tribunal Supremo Contralor de nuestra Carta Magna, que en reiteradas ejecutorias supremas ha resuelto, así:

Se ha señalado en anterior oportunidad (cf. STC 0618-2005-PHC/TC, FF.JJ. 21 Y 22) que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que presunción iuris tantum, implica que “(...) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva”. De igual forma, se ha dicho (vid. STC 2915-2004-PHC/TC, FJ 12) que “la presunción de inocencia se mantiene viva en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigador llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (...)”

En cuanto a su contenido, se ha considerado que el derecho a la presunción de inocencia (cf. STC 0618-2005-PHC/TC, FJ 22) comprende: “(...) el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción”.

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador (Sentencia de 12 de noviembre de 1997). Párr. 77

No obstante el desarrollo del derecho fundamental a la presunción de inocencia, es pertinente hacer algunas precisiones adicionales a efectos de una cabal comprensión y tutela del derecho en mención. En primer lugar, se quiere decir que, como todo derecho fundamental, el derecho a la presunción de inocencia tiene un doble carácter, esto es, que no solamente es un derecho subjetivo, sino también una institución objetiva dado que comporta determinados valores inherentes al ordenamiento constitucional.

Por otro lado, el derecho fundamental a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto sino relativo. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se admitan determinadas medidas cautelares personales – como la detención preventiva o detención provisional - sin que ello signifique su afectación, "(...) porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en principios propios de un estado de derecho"²; siempre, claro está que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Parte de esa relatividad de derecho a la presunción de inocencia se vincula también con que dicho derecho incorpora una presunción iuris tantum y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva la lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria, pero idónea.

PRINCIPALES CAUSAS DE LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA COMO CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA.-

Existe diferencia entre el indicio y la presunción. El indicio como se ha visto, esta constituido por hechos, datos o circunstancias que aportan al conocimiento de un hecho real. La presunción en cambio, denota un juicio incompleto o sin motivo suficiente y puede derivar muy bien del indicio. Esta basada en la deducción. Dice Mixan Mass "la denominación presunciones o pruebas por presunciones carece de rigor y es equívoca, ya que puede ser confundida con la idea de una mera sospecha como era conceptuada antiguamente, de mera suposición, o puede ser confundida por muchos con las presunciones legales"³. Desde el punto de vista epistemológico son diferentes, indicio (dato significativo), presunción (suposición). La superstición y la fantasía, fueron las presunciones, basadas en principios fantasmagóricos, las que originaron las ordalías y los juicios de Dios, como verdadera significación del acto delictuoso. Dentro de este contexto, en las antiguas legislaciones era lógico que se considerara culpable al prófugo del proceso, así como fue estimado como culpable de infanticidio el que ocultaba el parto fallido. Se hace necesario advertir que en cuanto a las presunciones no se debe confundir con las presunciones legales o jurídicas que a saber son la presunción iuris et de jure y la presunción iuris tantum. En el primer caso se excluye del thema probandum, no ocurriendo lo mismo con la segunda, en la que esta permitido probar, esto es demostrar lo contrario de lo de la presunción de inocencia, cuyo tema debe ser tratado aparte.

En suma, no se debe confundir ni considerar como sinónimos al indicio y a la presunción, y menos con la prueba indiciaria. La prueba indiciaria tiene conexión con

2. HAAS, Evelyn. "las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán". Ponencia presentada en el XII encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina, realizado en Punta del Este (Uruguay), del 10 al 14 de octubre de 2005. pp.4-5

3. Florencio Mixan Mass, Manual de Derecho Procesal Penal, edición 1998

la presunción de inocencia que consagra nuestra Constitución Política, pues en razón de esta presunción, entre la resolución de apertura de investigación y la ulterior resolución final a expedirse declarando la culpabilidad o la inculpabilidad del inculcado, se genera un estado de sospecha que determina inexorablemente la necesidad del advenimiento de la actividad probatoria y solo mediante esta pueda acentuarse o desvanecerse esa sospecha. Sólo al concluir la actividad probatoria se sabrá si la citada presunción resulta descartada. Quispe Farfán nos dice que es doctrina constante y reiterada, para que la denominada prueba indiciaria pueda desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen en hechos bien acreditados y que el órgano judicial explicite el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los datos probados, llega a la conclusión de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito. Según Miranda Estrampes, a la luz de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de España, para que la prueba indiciaria tenga la consideración de prueba de cargo suficiente y apta para destruir la presunción iuris tantum de inocencia, se requiere la concurrencia de los requisitos siguiente:

- 1.- La concurrencia de una pluralidad de indicios; es imprescindible que los indicios, para que pueda legitimar una condena penal, sean varios, no siendo suficiente un indicio aislado, al considerarlo inconsistente y ambiguo. Defienden esta tesis Jorge Carreras Llansana, Miguel Fenech, Enrique Ruiz Vadillo, Juan R. Berdugo Gómez de la Torre, Andrés Martínez Arrieta, entre otros. Por otro lado, nos dice Miranda Estrampes, no existe ningún obstáculo para que la prueba indiciaria se pueda formar sobre la base de un solo indicio. Nosotros consideramos que no en todos los casos resulta necesaria la presencia de múltiples indicios.
- 2.- Los indicios deben estar plenamente acreditados, esto es, que el indicio o hecho-base debe estar suficientemente probado, toda vez que no cabe construir certezas sobre la base de simples probabilidades.
- 3.- El enlace entre hecho-base y el hecho-consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia, vale decir, que debe existir un proceso mental razonado coherente con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito.
- 4.- La necesidad de explicación en la sentencia del razonamiento utilizado por el juzgador. Conforme sigue explicando el autor, la utilización de la prueba indiciaria en el proceso penal exige que el juzgador explicite en la sentencia el razonamiento lógico utilizado para obtener de la afirmación base la afirmación presumida, esto es, la expresión del razonamiento deductivo y del iter formativo de la convicción, pues en este tipo de prueba es imprescindible una motivación expresa para determinar, como antes se ha dicho, si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, aunque sea indiciaria o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades, que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia.

La Valoración de la prueba es una actividad procesal eminentemente racional y necesaria. En el caso de la valoración de la prueba indiciaria existen hasta dos posiciones en la doctrina.

- 1.- La prueba indiciaria como de carácter secundario o supletorio: algunos autores (Pisan, Siracusa, Florián) otorgan a la prueba indiciaria un valor subsidiario. Otras afirman que son idóneos para complementar la prueba de la autoría. Finalmente, se

dice que esta tiene un valor probatorio relativo, al afirmarse que se trate de una prueba sujeta a una graduación, por ser indirecta.

- 2.- La prueba indiciaria tiene el mismo valor que se le otorgan a las otras pruebas: es la doctrina dominante (Luchini, Manzini, Mittermaier, Silva, Melero) que la consideran como una de las pruebas de mayor importancia dentro del proceso penal. Se dice que la prueba indiciaria rechazada por imperfecta, en contraposición a las llamadas pruebas legales es, no obstante lo más razonable cuando el nexo que debe mediar entre los dos supuestos conocidos y el hecho que se quiere demostrar es tan íntimo, que el raciocinio cree ver entre lo que aspira a probar y los medios de prueba una verdadera relación de causa efecto. En suma, el Valor de la prueba indiciaria es igual al de las pruebas directas.

EL CASO GIAMPIETRI. LA INTOLERANCIA Y CONSECUENCIAS PERNICIOSAS PARA EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO¹

Asto Bonilla, Rosario de Jesús (Juez Civil)
Camarena Castillo, Rubén (Juez Mixto Concepción)
Cárdenas Villlega, Miriam Luz (Juez de Familia)
Guerrero López, Iván Salomón (Vocal Superior)
Herrera Espinoza, Pedro Nicolas (Fiscal de Familia)

“La tolerancia es la auténtica prueba de civilización”

Arthur Helps.

“la tolerancia es madre de la paz”

Gaetano Filangieri

“La sabiduría humana consiste en ser tolerantes”

C. Bini.

“Tolerancia es la mejor religión”

Víctor Hugo.

“No es tolerante quien no tolera la intolerancia”

Balmes.

“El único y verdadero espíritu de tolerancia consiste en tolerar conscientemente la mutua intolerancia”

Samuel T. Coleridge.

“Tolerancia es esa sensación molesta de que al final el otro pueda tener razón”

Anónimo.

SUMARIO

I. Introducción.- II. el caso giampietri en el espectro político – judicial nacional. III. Ideas básicas sobre la tolerancia para un análisis imparcial del caso. IV. importancia de la comunicación y el lenguaje, para evaluar la tolerancia o intolerancia. V. Evaluación del caso Giampietri, a propósito de la necesidad de tolerancia en un Estado Constitucional de Derecho. 5.1. El sentido teleológico de las prerrogativas de los congresistas y las precisiones del Tribunal Constitucional como máximo y supremo intérprete de la Constitución. 5.2. Otras normas constitucionales y legales que corroboran la tesis de que un Congresista no puede eximirse de ser testigo. Deberes ciudadanos. 5.3.- La conducta de Giampietri y el Estado Constitucional de Derecho. 5.4. El caso Giampietri y el principio de independencia judicial. 5.5 Una muestra de intolerancia y efectos perniciosos en la sociedad.- VI. CONCLUSIONES, VII BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCIÓN

Muchas veces nos rasgamos las vestiduras y nos lamentamos por la escasa conciencia del deber y de la vocación del cumplimiento de las normas que permitan la convivencia humana en el Perú. Entre los países de Latinoamérica, nuestro país tiene el

1. El presente trabajo ha sido presentado como un ensayo grupal en el curso de Comunicación y Derecho de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, de la Pontificia Universidad Católica del Perú en convenio con la Universidad Castilla La Mancha, Profesor Giovanni Priori Posada.

raro lugar destacado de ser el que más rápido rompe los mecanismos de seguridad de los softwars y la piratería campea. El que respeta una luz roja, no siempre es visto como una persona con vocación cívica, sino, como alguien que no es “vivo” o “hábil”. Si evaluamos los hábitos de tránsito, veremos que muchos hacen lo que quieren y no obstante las campañas y sanciones, cuesta generar una cultura del cumplimiento del deber. Ni se diga del respeto a la propiedad ajena. En Lima, por ejemplo, cualquier mínimo descuido implica la pérdida de los bienes de la casa o del auto.

Creemos que muchas de las actitudes negativas, reñidas con la moral o con la ley, son el resultado de una conducta arraigada en el “inconsciente colectivo”, de tal manera que, a los niños les parece normal llevarse algo que no es suyo, o asumir una actitud desdeñosa, temeraria o desafiante respecto a las normas y esto viene, en gran medida de la propia familia o de los padres, que más allá de las palabras que pronuncien positiva o negativamente, predicán con el ejemplo. Un padre que dice a sus hijos que es malo mentir, pero que miente en la primera oportunidad en que encara una dificultad, trasmite un mensaje pernicioso de doble moral y de desprecio por los principios y normas que son básicas para la convivencia humana. La consecuencia es la que hemos mencionado en el exordio.

Pero así como los padres de familia educan o maleducan con sus actos, los políticos y funcionarios de primera importancia, tienen también el deber constitucional de cumplir deberes elementales y EDUCAR a la población con su propia conducta.

Creemos que de este tipo de acciones se generan grandes consecuencias positivas o negativas para la sociedad. El día once de marzo del 2007, en la página 36 se comentaba por ejemplo cómo el Presidente García, en una “actitud intolerante e irrespetuosa, inapropiada en un jefe de Estado”, en plena sesión del Consejo de Ministros pide un ejemplar de La República, “sonríe, ironiza con el apellido Mohme, frunce el ceño mientras se detiene en la noticia de la renuncia del premier, luego lo lleva a la derecha, luego a la izquierda y lo suelta al piso”.

Estas imágenes fueron difundidas en todo el país y el mensaje de intolerancia que se ha trasmitido lo consideramos realmente lamentable. El gran problema es que no se practica precisamente una pedagogía social con ese tipo de actitudes.

El caso Giampietri, contiene un paradigma similar. De su análisis nos encargaremos en el presente trabajo. Para ello, debemos partir esbozando que la tolerancia es una virtud, conforme preconiza Kauffman que es “...una aceptación franca del otro –precisamente también en los problemas de la verdad- como un ser humano igualmente respetado”; así mismo, bien señala CISNEROS que “La primera distinción conceptual que la tolerancia nos plantea esta representada por el valor democrático de la pluralidad de puntos de vista. Concebir la tolerancia como un “valor” nos remite al problema de la “verdad” o, más concretamente, de la “relatividad de la verdad...”; “en democracia “la verdad” sólo puede ser alcanzada por la confrontación o la síntesis de diversas verdades parciales...”. Es realmente cierto, los seres humanos por la potestad de ser concebidos seres racionales y mucho más aun seres con dignidad, tenemos a bien el de hacer uso estricto de los grandes dones expuestos poniendo en buen cauce lo que significa la virtud de la TOLERANCIA.

II. EL CASO GIAMPIETRI EN EL ESPECTRO POLÍTICO – JUDICIAL NACIONAL

En el mes de agosto de 2005, la Primera Sala Penal Anticorrupción inició la etapa del juicio oral en el proceso penal seguido contra los integrantes del grupo Colina por la detención y desaparición de 9 estudiantes y un profesor de la Universidad La Cantuta. En ese momento, el expediente por el caso La Cantuta (Exp. N° 03-2003) se encontraba acumulado con los procesos penales seguidos por los casos Barrios Altos, la desaparición del periodista Pedro Yauri y la desaparición de campesinos de El Santa.

Luego de la instalación de la audiencia, el Fiscal Superior formuló la acusación oral en donde señaló cada uno de los cargos contra los integrantes del destacamento Colina y las pruebas que sustentan dicha acusación. Tras ello, los acusados Julio Chuqui Aguirre, Marcos Flores Albán e Isaac Paquiyauri Huaytalla solicitaron la terminación anticipada del proceso al haber aceptado los cargos formulados por el Fiscal. Así fue que la Sala Anticorrupción, presidida por la jueza Inés Villa Bonilla, procedió a emitir sentencia contra estos tres acusados.

La primera parte del proceso se vio seriamente obstaculizada debido a las innecesarias dilaciones por parte de la defensa de los acusados. La estrategia impulsada, en forma conjunta, por los procesados consistió en alargar –lo más posible– el juicio. Ello a fin de quebrar la audiencia y lograr el plazo máximo de detención para así obtener la libertad o detención domiciliaria. En efecto, transcurrió cerca de un mes sin que la fiscalía, la parte civil y los propios acusados pudieran ofrecer sus pruebas.

Conforme se desarrolló el juicio, cada uno de los procesados presentó la relación de sus testigos. Fue así como el acusado José Tena Jacinto presentó al señor Luis Giampietri Rojas como testigo de descargo. La pertinencia de la prueba se sustentó en la experiencia de Giampietri en la vida militar, su conocimiento de las reglas y de la prohibición de desobedecer las órdenes impartidas, así como su pericia en la lucha contra la subversión y los estragos que los grupos terroristas ocasionaron a la sociedad.

Si bien es cierto que la Fiscalía y la parte civil pudieron oponerse a esta solicitud no lo hicieron, ya que con ello los acusados podrían argumentar que no se les respetaba el derecho a presentar los testigos de descargo. Por eso, al no existir oposición de ninguna de las partes y conforme lo establece el Código de Procedimientos Penales, la Sala admitió a Giampietri como testigo.

Posteriormente, el caso La Cantuta fue desacumulado de los casos Barrios Altos, Pedro Yauri y Santa, por lo que las audiencias continuaron desarrollándose, pero de manera separada. En el caso de José Tena Jacinto, acusado en el caso La Cantuta, los testigos solicitados por él, se consideraban testigos para dicho caso. Durante el transcurso del juicio, el acusado Tena Jacinto se declaró confeso, narrando con lujo de detalles su participación, como miembro del destacamento Colina, en los hechos del caso La Cantuta. Al momento de iniciarse los interrogatorios a los testigos, algunos de los acusados, que al igual que Tena Jacinto se declararon confesos, desistieron de llamar a los testigos que habían solicitado anteriormente, puesto que al asumir su responsabilidad por los hechos de La Cantuta ya no era necesario. Sin embargo, los procesados no confesos se opusieron a que, los ahora confesos, desistieran de los testigos que habían ofrecido al inicio del juicio oral, más aún cuando los plazos establecidos por ley para presentar la relación de testimoniantes habían

culminado. Ante ello, la Sala determinó que si bien el acusado podía desistirse de un testimonio, ella podía llamar al testigo para interrogarlo, a fin de no perjudicar a ninguna parte.

Es así que en febrero de este año, la Sala Anticorrupción llamó a testimoniar al señor Luis Giampietri. Frente a ello, el actual Vicepresidente de la República presentó un escrito solicitando que su abogado tenga, previamente, acceso al expediente, lo cual no está permitido por la norma procesal ya que el testimoniante solo debe declarar lo que sabe y lo que le conste como testigo del hecho. Si la Sala accedía a tal pedido, todos los llamados a testimoniar en cualquier proceso podrían invocar este supuesto derecho. Lo más grave aún es que frente a un hecho de esta naturaleza, la fiscalía, la parte civil, la defensa de los procesados podrían quejar a la Sala por una conducta no ajustada a la norma de procedimientos penales.

Posteriormente, el señor Luis Giampietri Rojas solicitó por escrito a la Sala Penal que se prescindiera de su declaración testimonial por ser impertinente e inútil. Asimismo, señaló que no se le ha permitido conocer los cargos y que, dentro de sus prerrogativas como Congresista y Vicepresidente, está el decidir el lugar donde se le tome la declaración. Esto, además de afirmar que, con la citación, se está afectando su libertad personal e inmunidad parlamentaria.

En la sesión del 27 de marzo, la Sala leyó la resolución que emitió respecto al pedido de Giampietri. Lo declaró inadmisibles ya que el escrito no invocaba ninguno de los presupuestos señalados por la ley para no ser convocado como testigo. En efecto, Giampietri no ha aducido enfermedad o desconocimiento, los cuales sí serían argumentos que podrían desestimar su presencia, mas no su calidad de Congresista y Vicepresidente de la República.

En cuanto a su prerrogativa sobre el lugar en donde sea tomada su declaración, la Sala ha desestimado este privilegio ya que no se encuentra contemplado en el ordenamiento procesal penal. Basa además su resolución en el fundamento 10 del Tribunal Constitucional, en donde el expediente 00008-2003-AI-TC del 11 de noviembre de 2003, señala que: "El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3° y 43° de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado." De otro lado, la Sala ha señalado que admitida la prueba, es decir, el testimonio de Giampietri, esta deja de ser patrimonio de quien la ofrece y debe ser actuada en audiencia. Incluso señala como antecedente el incidente resuelto en mayo de 2006 sobre el pedido de nulidad planteado por la ex primera dama, Eliane Karp, en torno a otro caso.²

La Sala que preside Inés Villa dispuso la formación y remisión del cuaderno correspondiente, a fin de que el Legislativo autorice la conducción de grado o fuerza de Giampietri para que brinde su manifestación por la detención, secuestro y ejecución de

2. Gloria Cano, abogada de APRODEH Área de Comunicación APRODEH prensa@aprodeh.org.pe

nueves estudiantes y un profesor de la Universidad La Cantuta, en julio de 1992. En otro punto de su resolución, declaró inadmisibles el recurso de apelación planteado por la defensa de Giampietri sobre la resolución que rechaza la solicitud para prestar su declaración testimonial mediante una videoconferencia. Rechazó, además, el pedido del almirante en retiro para dejar sin efecto la citación cursada a su persona "hasta la expedición de la resolución de la instancia superior", debido a que es citado como testigo y no forma parte del proceso.

La Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), como consecuencia de la queja interpuesta por el citado testigo, aun cuando declara infundada la queja, exhorta a la Sala a usar medios alternativos como la video conferencia, a fin de llevar a cabo la declaración testimonial, y considera un exceso de la Sala Anticorrupción, el hecho de haberlo citado y le instó a que se rectifique³. También debe señalarse que, el propio parlamento interviene, pudiendo constatarse que el congreso⁴ aprobó una moción de protesta contra el poder judicial, e incluso, el congresista Javier Valle Riestra, solicitó al Congreso que inicie acciones penales contra la Sala⁵, la segunda vicepresidenta del Parlamento y congresista aprista Lourdes Mendoza señaló –al diario Expreso– que la Sala Anticorrupción debería pedir disculpas por citar de grado o fuerza al Congresista Luis Giampietri⁶, el presidente del consejo de Ministros Jorge Castillo señaló que era "una prueba impertinente ya que Luis Giampietri no tenía nada que ver"⁷; finalmente, un comandante General del ejército Peruano dio su adhesión a Luis Giampietri y señaló que su actuar era "heroico"⁸.

Por otro lado el testigo interpuso un Hábeas Corpus, ante la Tercera Sala Penal del Callao, la misma que fue declarada fundada.

3. El Poder Judicial, a través de su Oficina de Control de la Magistratura (Ocma), emitió una resolución en la que señaló que la sala Villa Bonilla había pasado por encima de las normas constitucionales y del fuero parlamentario al citar de grado o fuerza a Giampietri, y la instó a que se rectifique. www.projusticia.org.pe/pdf/Noti20070404.doc

4. Lima, 29 mar (EFE).- El pleno del Congreso peruano aprobó hoy una moción en la que expresa "su más enérgica protesta" contra la Judicatura por citar "de grado o fuerza" al vicepresidente primero y también congresista, Luis Giampietri, como testigo en un caso de delitos de lesa humanidad. La moción contra la Primera Sala Penal Anticorrupción, que dirige la magistrada Inés Villa Bonilla, fue aprobada con 55 votos a favor, 35 en votos contra y 5 abstenciones. peru.notiemail.com/noticia.asp?nt=10780799&cty=10 - 38k

5. El primer vicepresidente de la República, Luis Giampietri, expresó su adhesión a la moción presentada por el congresista Javier Valle Riestra para que el procurador del Parlamento inicie acciones penales contra la sala que preside la vocal Inés Villa Bonilla, por haberlo citado de grado o fuerwww.larepublica.com.pe/content/view/153757/483/ - 48k

6. La Primera Sala Penal Especial Anticorrupción, que encabeza la juez Inés Villa, debería por lo menos ofrecer disculpas por citar de grado o fuerza al congresista Luis Giampietri, sostuvo ayer la segunda vicepresidenta de la República y legisladora del APRA, Lourdes Mendoza. "Sí estoy de acuerdo que se respete y se haga respetar los fueros", indicó. EXPRESO.

7. El presidente del Consejo de Ministros, Jorge del Castillo, apoyó la moción contra el Poder Judicial con el argumento de que "si él (Giampietri) no tiene nada que ver, la sala anticorrupción pudo dejar de atender el pedido de una prueba testimonial impertinente ya que su testimonio no viene al caso". peru.notiemail.com/noticia.asp?nt=10780799&cty=10 - 38k

8. El Comandante General del Ejército, Edwin Donayre, expresó su respaldo al primer vicepresidente Luis Giampietri, por negarse a declarar como testigo ante la Primera Sala Anticorrupción en el caso La Cantuta. "Quiero expresar mi agradecimiento (...) a mi entrañable primer vicepresidente, nuestro almirante Giampietri, por su heroísmo, su valor, su arrojo ante ciertos vientos que soplan de guerra, pero usted se mantiene siempre firme", señaló. www.agenciaperu.com/archivo/actualidad/act2007_mar.html - 216k

III. IDEAS BÁSICAS SOBRE LA TOLERANCIA PARA UN ANÁLISIS IMPARCIAL DEL CASO.-

La concepción de la tolerancia se inicia en el ámbito de la religión, ante el conflicto de una iglesia católica dominante y sus disidentes, donde se destaca "La Reforma" liderada por Martín Lutero y J. Calvino, quienes propiciaban la renovación de la iglesia que a la postre conllevó a la libertad religiosa con la consecuente creación de nuevas iglesias independientes del papado¹. Ante tal situación, partiendo la iglesia católica de un dogmatismo doctrinario cerrado, sustentado en "la pureza de la doctrina", cual dueño de la verdad absoluta e incuestionable, donde evidentemente la "Santa" Inquisición ha sido la cúspide de esta intolerancia religiosa², realiza una "bondadosa" concesión para los "equivocados" y deciden, antes que aceptarlos, indulgentemente "tolerarlos", "soportarlos", surgiendo así una primera concepción negativa de la tolerancia³.

Es esta una tolerancia de significación peyorativa, de un trastocado reconocimiento del otro en su inferioridad, en el que no se valora ni racionaliza la menor posibilidad de conocimiento y verdad que pueda poseer el otro, se parte de una única y superior verdad, la propia, a la que deben acogerse sin más murmullo los otros, que molestan y perturban con su supuesta verdad a la única verdad existente, pero que por una cuestión de compasión misericordiosa hacia el equivocado se le tolera con sus errores, se le soporta aún sabiendo que no están en la verdad.

Si bien esta posición resulta un poco menos perniciosa frente al dogmatismo y fundamentalismo de no tolerar, ni aún de modo compasivo, de modo alguno otra verdad que no sea la propia, y que fue y es aún causante de tanta violencia, muerte, destrucción y pobreza material y espiritual en el mundo, al tratar de hacer valer esta asumida única verdad, utilizando infinidad de banderas definitivamente opuestas a lo que éstas en realidad representaban, como el de matar para defender la vida, o el de la tiranía dictatorial en pro de la libertad, violentar para defender la paz, entre otros, no representa este posterior desarrollo hacia la tolerancia compasiva un reconocimiento genuino hacia el otro en su dimensión igualitaria, como ser que también tiene una verdad propia y respetable, con quien tenga que llegarse a un determinado consenso en un intercambio de propuestas todas valederas.

Así, en sentido contrario, la tolerancia de la que pretendemos hacer gala, que trascendió más allá del tema religioso, y que se desarrolla en lo social y en lo político, es la tolerancia en sentido positivo, de la que Kauffman dice que es "...una aceptación franca del otro –precisamente también en los problemas de la verdad- como un ser

1. Cfr. TEJEDA GONZALES, José Luis. "La política de la tolerancia". Universidad Autónoma Metropolitana. México. <http://polcul.xoc.uam.mx/pyc21/02-tejeda.pdf>; KAUFMANN, Arthur, "Filosofía del derecho", Capítulo Vigésimo, "El principio de tolerancia: Filosofía del derecho en una sociedad pluralista de riesgo", pp. 35-38. En materiales de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, recopilado por el profesor Giovanni Priori, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007; "La tolerancia como presupuesto fundamental para la construcción de una cultura de la democracia en América Latina". <http://www.monografias.com/trabajos11/tole/tole.shtml>.

² LOCKE puntualizó "Tolerar a aquellos que difieren de los demás en asuntos de religión es asunto que concuerda con el Evangelio y con la razón, y extraña que ciertos hombres cieguen antes esta luz. Sin censurar el orgullo de algunos, el celo incompasivo de otros, sino remitiéndome a los defectos en sí, son éstos inherentes a lo humano, y nada humano queda exento de defecto...". LOCKE, John. "Carta sobre la tolerancia y otros escritos", México 16, D.F.: Editorial Grijalbo S.A., Primera Edición 1969. pp. 20.

³ Cfr. KAUFMANN, Arthur. Ob. Cit. pp. 35-38.

humano igualmente respetado"⁴, del respeto a la diversidad y al pluralismo, que se sustenta en "una actitud de consideración hacia la diferencia, de una disposición de admitir en los demás una manera de ser y de obrar distinta de la propia, de la aceptación del pluralismo. Ya no es permitir un mal sino aceptar puntos de vista diferentes y legítimos, ceder en un conflicto de intereses justos. Y como los conflictos y las violencias son la actualidad diaria, la tolerancia es un valor que necesaria y urgentemente hay que promover"⁵, estamos así ante una tolerancia que se sustenta en verdades relativas por ser éstas diversas y variadas⁶.

Como acertadamente señala Kaufmann cuando trata de la tolerancia-verdad-libertad-error que "...esto es lo esencial- en que el conocimiento es siempre *limitado*, y en verdad en un doble aspecto: es *inadecuado e incompleto*, es decir, toca la verdad siempre aproximada y fragmentariamente, jamás con entera exactitud y sobre todo nunca en forma absoluta. En cada conocimiento hay también una parte -y en la mayoría de los casos una buena parte- de no conocimiento ... Toca sólo recordar una vez más que el servicio de la teoría del consenso reside sobre todo en la comprobación de que el conocimiento científico no es monológico, que no se logra solitariamente sino que requiere mucho más esfuerzo cooperativo ... El hombre tiene parte en la verdad, pero esto significa al mismo tiempo que él, en el mejor de los casos, sólo tiene una *parte* de la verdad ... La relación de verdad y libertad es otra, y en consecuencia es también el error cometido en la búsqueda de la verdad algo no completamente negativo ... Que nosotros estemos en capacidad de detectar errores como tal es un indicio muy fuerte de que estamos habilitados para la verdad ... lo que se opina es que el otro, por que está como yo, construido para la verdad, también en el error es mi hermano ... No es el error el que carece de todo derecho, sino sólo el mal, y naturalmente también la mentira ... Verdad y libertad se condicionan recíprocamente y el volverse hacia ambas es el presupuesto de una verdadera tolerancia. Sólo en la libre controversia de muchas opiniones tiene la verdad una oportunidad... La razón, no la indulgencia, es el verdadero móvil de la tolerancia... la tolerancia es un *obrar activo*, no simplemente un sufrir y soportar pasivo. Y con esto se ha dicho igualmente que verdadera tolerancia sólo se puede dar en una *sociedad abierta*. La sociedad cerrada, estática, al estilo del medioevo cristiano, no fue precisamente tolerante⁷".

Estamos pues, ante una nueva concepción de la tolerancia, en la que se predica un genuino reconocimiento del otro, en su verdad y en sus posibles errores, tan posibles como los nuestros, existe ahora una aceptación equitativa del otro, como alguien que contribuye en la obtención de una determinada verdad al igual que la nuestra, se basa en el pluralismo y la diversidad del ser, de su interrelación con otros, y de la particular percepción que cada uno tiene del conocimiento, así como de la toma de conciencia de la imposibilidad del conocimiento absoluto. Bajo esta propuesta se restablece la real

4. Ib; pp.35.

5. RAMÓNAYLLÓN, José. "Desfile de modelos", <http://www.jrayllon.com/> y <http://www.ecojoven.com/02122000/tolerancia1.html>

6. Bien señala CISNEROS que "La primera distinción conceptual que la tolerancia nos plantea esta representada por el valor democrático de la pluralidad de puntos de vista. Concebir la tolerancia como un "valor" nos remite al problema de la "verdad" o, más concretamente, de la "relatividad de la verdad" ... "en democracia "la verdad" sólo puede ser alcanzada por la confrontación o la síntesis de diversas verdades parciales...". Cfr. CISNEROS, Isidro H. "Tolerancia y Democracia". México, Instituto Federal Electoral, Tercera Edición, diciembre 2001, pp. 12. www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?m=505.

7. KAUFMANN, Arthur. Ob. Cit. pp. 42-45.

dimensión el contenido esencial de la dignidad de la persona humana, del respeto de su ser muy al margen de su condición material, cognoscitiva, o espiritual.

Es la tolerancia que no se condice con la compasión del que se cree superior en su verdad y que deba únicamente soportar la verdad del equivocado, sino del que acepta la verdad del otro de manera abierta, considerando la verdad del otro tan legítima como la suya, lo mismo que le condiciona a buscar consensos tendientes al logro de una verdad concertada más fidedigna para ambos, es bajo este tipo de tolerancia que puede evitarse las imposiciones arbitrarias y violentas de ciertas verdades, pues desaparece la necesidad de hacer prevalecer una verdad supuestamente superior, se desvanecen así las propuestas dogmáticas, y se propicia una mayor y más activa participación de los involucrados en una determinada situación, no sin razón se señala que el medio en el que mejor se desarrolla la tolerancia es en la democracia⁸.

Ahora bien, es necesario precisar que esta tolerancia no puede ser confundida con la indiferencia o la neutralidad, que se sustenta en la absoluta "relatividad" de la verdad, y como tal, ante la creencia de la inexistencia de la verdad o duda permanente del alcanzar esa verdad, hace relativa toda cuestión que se le plantea, sea de tipo puramente cognoscitivo, e incluso moral, como bien señala Kaufmann "El indiferente, el neutral, incluso el resignado que duda de la verdad, no puede ser realmente tolerante. El indiferente no se puede decir, es incapaz de "soportar" y "sobrellevar", vacila entre las diferentes opciones aquí y allá y por eso no está en posición de controvertir con otros y contribuir así al encuentro de la verdad. Tolerancia supone por ello que la verdad no es completamente subjetiva, relativa, procesal, y que ella, a lo menos parcialmente, puede ser descubierta. Pilatos no era tolerante sino neutral, indiferente. Goethe, por el contrario era tolerante, y esto no por debilidad sino por fortaleza... un "relativismo absoluto" no puede en consecuencia ser conforme con el concepto de que todos los conocimientos tendrían sólo carácter hipotético. Únicamente es admisible un "relativismo relativo", lo cual no es una contradicción porque la concepción sobre el carácter hipotético de todos los conceptos puede ser vista ella misma como una hipótesis"⁹.

Por último, es necesario precisar que la tolerancia tiene sus límites¹⁰, como bien dice Kaufmann "La tolerancia no es *ilimitada*, ella no es soportar a cualquier precio. Que las leyes válidas tienen que seguirse, que la infracción del derecho, con mayor razón el delito, no pueden ser soportados, que no se puede sostener la inhumanidad se entiende por sí mismo. Muy a menudo se puede leer que la tolerancia está prohibida; así, por ejemplo, Gustav Radbruch: tolerancia sí, "pero no tolerancia frente a la intolerancia"¹¹.

8. BERNALES, estando como Director Ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas dijo que "A diferencia de los despotismos, la democracia es tolerancia, convivir y respetarse aún en el desacuerdo...". BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "Sin tolerancia no hay democracia". www.cajpe.org.pe/nuevoddhh/sintolerancianohaydemocracia.pdf.

9. KAUFMANN, Arthur. Ob. Cit. pp. 41 y 42.

10. Con las salvedades que puedan hacerse al respecto, el propio LOCKE que nos habla sobre la tolerancia religiosa en su ya citada "Carta sobre la tolerancia" (1689) cuando dice "ya que os espreciado, ilustrísimo señor, saber lo que pienso sobre la recíproca tolerancia entre los cristianos, habré de contestaros brevemente que considero que es ésta la característica primordial de la verdadera iglesia..." más adelante señala "...no han de ser tolerados de ningún modo a quienes niegan la divinidad, pues para el ateo los juramentos, pactos y promesas, que son lazos de la sociedad humana, no pueden ser algo estable y santo. Al apartar a Dios, aunque sólo sea en pensamiento, se disuelven todas las cosas. Y quien por su ateísmo destruye de raíz toda religión no puede pedir para sí privilegios de tolerancia en nombre de otra religión". LOCKE, John. "Carta sobre la tolerancia y otros escritos", México 16, D.F.: Editorial Grijalbo S.A., Primera Edición 1969. pp. 17, 50 y 51.

11. KAUFMANN, Arthur. Ob. Cit. pp. 40.

Ahora bien, hay casos donde es evidente la delimitación de la verdad y de la tolerancia respecto a ésta, cuando Kaufmann nos da el ejemplo del ingeniero constructor cuyo axioma matemático indica que 2 por 2 es igual a 5, o del médico que considera que la temperatura normal del cuerpo humano esta en 41°C, claramente en estos casos se puede determinar sin discusión que estas propuestas son inaceptables, sin embargo, en otros casos las situaciones son mucho más complejas, aún en los casos de cuestiones normativas, que hacen difícil determinar cual es la posición verdadera o más verdadera, para de ahí asumir puntos de tolerancia, así Kaufmann, siguiendo con sus ejemplos, señala el caso del parlamentario que considera inaceptable la interrupción del embarazo por una cuestión social, y como tal, busca una modificación legislativa, no se encuentra en la misma disyuntiva de los casos anteriormente planteados, del ingeniero y del médico, ¿quien podría decir con seguridad incontestable, y probar, que su propuesta es verdadera, o falsa?; en estos casos, habría que considerar lo señalado también por el propio Kaufmann y Rawls, de que la tolerancia tiene su fundamento en la libertad, y mientras que el intolerante no ponga en peligro esta libertad, no hay ningún fundamento para negarle a él la libertad, o como también se dijera, a propósito de la bioética, que "Si la ética y el derecho no están en condiciones de suministrar criterios de decisiones racionales para tales casos de conflicto, entonces tendrá que tolerarse la correspondiente decisión, así como se tome"¹².

IV. IMPORTANCIA DE LA COMUNICACIÓN Y EL LENGUAJE, PARA EVALUAR LA TOLERANCIA O INTOLERANCIA.-

Es por demás evidente la fluida relación de interdependencia que existe entre el lenguaje y la tolerancia, no puede existir forma alguna de tolerancia, en sentido positivo, que haya sido adoptada en forma aislada, sin interrelación con otro sujeto, como ya se tiene puntualizado, la tolerancia se genera en la genuina aceptación del otro, con sus verdades propias, en su diversidad y pluralismo, y no podría lograrse tal aceptación sino por medio de una efectiva comunicación que posibilita el lenguaje, tanto más que en el paradigma de la filosofía contemporánea, en idéntico sentido, se trata al lenguaje como un medio de entendimiento, de generación de consenso, superando ya la actitud del conocimiento por medio de la razón y de la abstracción, como enseña Habermas¹³.

Para que ocurra la tolerancia entre dos sujetos, es necesario que se comuniquen, en la procura de la satisfacción de sus diversas necesidades, materiales, cognoscitivas, entre otras, ambos deben adoptar una posición igualitaria, de reconocimiento mutuo, de aceptación de sus diferencias, que se traduce, en lo cognitivo, en la llamada *acción comunicativa* de la que habla Habermas, "Que el entendimiento funcione como

12. Cfr. Ib; pp.21, 40 y 41.

13. "La razón instrumental es una razón "subjetiva" también en el sentido de que expresa las relaciones entre sujeto y objeto desde la perspectiva del sujeto cognoscente y agente, pero no desde la perspectiva del objeto percibido y manipulado ... mimesis, imitación, designa un comportamiento entre personas en que la una se asimila a la otra, se identifica con ella, se introyecta afectivamente a ella ... ahora bien el núcleo racional de estas operaciones miméticas sólo podría quedar al descubierto si se abandona el paradigma de la filosofía de la conciencia, es decir el paradigma de un sujeto que se *representa* los objetos y que se *forma* en el enfrentamiento con ellos por medio de la acción y se los sustituye por el paradigma de la filosofía del lenguaje, del entendimiento intersubjetivo o comunicación, y el aspecto cognitivo - instrumental queda inserto en el concepto, más amplio, de racionalidad comunicativa". HABERMAS, Jürgen, "Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social", Capítulo IV, "de Luckas a Adorno: La racionalización como cosificación", pp. 4 y 5. En materiales de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, recopilado por el profesor Giovanni Priori, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

mecanismo coordinador de la acción sólo puede significar que los participantes en la interacción se ponen de acuerdo acerca de la *validez* que pretenden para sus emisiones o manifestaciones es decir, que reconocen intersubjetivamente las *pretensiones de validez* con que se presentan unos frente a otros ... El concepto de acción comunicativa presupone el lenguaje como un medio dentro del cual tiene lugar el tipo de procesos de entendimiento y cuyo transcurso los participantes, al relacionarse con un mundo se presentan uno frente a otro con pretensiones de validez que pueden ser reconocidas o puestas en cuestión ... Son los propios actores los que buscan un consenso y lo someten a criterios de verdad, de rectitud y de veracidad es decir, a criterios de ajuste o desajuste entre los actos de habla, por un lado, y los tres mundos con que el actor contrae relaciones con su manifestación, por el otro”¹⁴.

Cisneros nos habla de la importancia del lenguaje en el entorno social, como algo natural al mismo, cuando señala “La vida lingüística en que estamos inmersos supone un imprescindible correlato social. Hablo porque vivo en sociedad con otros, y advierto esos vínculos (y el progreso que ellos garantizan) se han ido afianzando a través de la comunicación ... Hablando se entiende la gente: Esta afirmación escolar trasunta una larga experiencia humana. Esta en la frontera de la barbarie: Las guerras lo prueban un día y otro día. Mas allá del lenguaje, la hostilidad, lo oscuro: hic sunt leones ... Este hablar esta motivado por las distintas razones que lo llevan a estar en el mundo. Para vincularme con los unos, para afianzar el vínculo; para defenderme de los otros, para atacarlos, para afianzarme a mi mismo. El lenguaje (y la comunicación en sí) es mi arma y mi escudo. No es necesario, y no hay modo de vivir sin el”¹⁵.

Ahora bien, este lenguaje, que permite una interrelación eficaz del uno con el otro, no puede prosperar positivamente si no trasunta en un reconocimiento y aceptación auténtica de las verdades del otro, y partiendo de ello, se procura buscar un consenso de una verdad más aceptada por ambos; pero, para que ello realmente suceda tiene que existir una tolerancia positiva, de aceptación de distintas verdades, cada cual legítima, pues de lo contrario, no es ya necesario contar con el lenguaje, como medio de entendimiento, bastaría sólo con imponer una posición por encima de la otra, con la falsa creencia de contar con la verdad superior, que debe ser defendida e impuesta al otro. Lo que final y resumidamente demuestra la necesidad del lenguaje para la tolerancia, así como la interdependencia de ambos conceptos.

V. EVALUACIÓN DEL CASO GIAMPIETRI, A PROPÓSITO DE LA NECESIDAD DE TOLERANCIA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

Corresponde ahora analizar, si la renuencia del Primer Vicepresidente de nuestro país, Giampietri, a concurrir al llamado de los magistrados del Poder Judicial, para que declare como testigo, responde a una actitud intolerante de su parte o si resulta legítima tal postura y que más bien podríamos estar hablando de un caso de intolerancia de los

14. HABERMAS, Jürgen, “Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social”, Capítulo I, “Introducción: Accesos a la problemática de la racionalidad”, pp. 15. En materiales de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, recopilado por el profesor Giovanni Priori, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

15. CISNEROS, Jaime. “El funcionamiento del lenguaje” – “Alea jacta est”, pp. 2. En materiales de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, recopilado por el profesor Giovanni Priori, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

Fundamento Nro. VI. A. 2 de la sentencia citada, publicada en el diario oficial El peruano el 18 de marzo del 2007. Pág. 341776.

referidos magistrados. Para ello, debe tenerse presente no solamente los aspectos sociales y filosóficos de la tolerancia sino también otros aspectos e instituciones relacionadas con el caso, estos es, lo tratado respecto al Estado Constitucional de Derecho, la independencia del Poder Judicial, y las particularidades propias del caso antes descrito, así como los elementos conexos con el mismo.

5.1. El sentido teleológico de las prerrogativas de los congresistas y las precisiones del Tribunal constitucional como máximo y supremo intérprete de la Constitución.-

Lo primero que debemos evaluar es el sentido del mandato constitucional en lo que se refiere a “no estar sujetos a mandato imperativo” y que “no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones”

Repasemos lo que dice el artículo pertinente:

ARTÍCULO 93°.- “Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación. No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones. No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento”.

En relación a este tema, creemos que es insoslayable citar la sentencia recaída en el expediente Nro. 0026-2006-PI/TC, que declara infundada la demanda de inconstitucionalidad contra las modificatorias del Reglamento del congreso, publicada en el diario Oficial “el Peruano” el día 18 de marzo del 2007, donde se analiza in extenso la institución de la inmunidad parlamentaria, reafirmandose que:

“El ejercicio del poder demanda de las autoridades que lo ostentan la mayor responsabilidad. El poder no es sólo una prerrogativa. También es deber. Como parte de su actividad reconocida constitucionalmente, todos los altos funcionarios del Estado (...) están en la capacidad de lograr el desarrollo del país y para ello se les debe exigir el máximo compromiso con el cumplimiento de sus funciones. Por ello es que nuestra norma fundamental ha señalado como parte del artículo 45 que “el Poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que las leyes establecen. Para que los altos funcionarios ejerzan el poder de la manera más adecuada, se ha creído conveniente protegerlos ante cualquier tipo de ataques injustificados que puedan hacerlos desatender sus principales cometidos funcionales. En el texto constitucional se han establecido diversas formas de inmunidad para los detentadores de poder, como la exención de arresto y juzgamiento para los congresistas (artículo 93), la acusación constitucional por delitos de función o infracción constitucional (artículos 99 y 100)...”⁹

Como vemos pues, la inmunidad está básicamente relacionada a

9. Fundamento Nro. VI. A. 2 de la sentencia citada, publicada en el diario oficial El peruano el 18 de marzo del 2007. Pág. 341776.

responsabilidades penales por actos de función, lo que no sería admisible teniendo en cuenta la importante labor que realiza un congresista. Pero ello no lo exime de responder frente a otro tipo de responsabilidades, tan es así que precisamente la acción de inconstitucionalidad se interpone por el 25 % del número legal de miembros del congreso, contra el segundo párrafo del artículo 16 del Reglamento del Congreso que establece: "La inmunidad parlamentaria no protege a los Congresistas contra las acciones de naturaleza diferente a la penal, ni respecto de los procesos penales iniciados ante la autoridad judicial competente, con anterioridad a su elección, los que no se paralizan ni suspenden".

Precisamente, consideramos que el declarar como testigo es una responsabilidad diferente a la penal y por ende, la inmunidad no implica que un congresista este eximido de declarar como testigo, lo que se corrobora por el propio hecho de que esa demanda de inconstitucionalidad ha sido declarada INFUNDADA.

La decisión glosada tiene meridiana importancia porque la propia constitución otorga al Tribunal constitucional la condición de máximo y supremo intérprete de la Carta Magna.

Finalmente, no está demás señalar que, parte del grupo considera incluso que, la facultad de los altos funcionarios de declarar en su trabajo o domicilio contraviene toda la sistemática del tema de la independencia, porque no imaginamos a un Juez independiente sometido a la voluntad del alto funcionario quien elegirá si declara en su domicilio o en su Despacho. Simplemente, inclusive la imagen de un Juez acudiendo con su expediente y secretario a tomar una declaración de suyo menoscaba el poder del que se encuentra investido, y lo somete a un poder no solamente político, sino hasta eclesiástico. Desde esa perspectiva, simplemente, esta norma, que además data del año 1929, sería un resabio de un sistema en que no se había comprendido en nuestro país la importancia de la actividad jurisdiccional en el desarrollo de los pueblos.

5.2. Otras normas constitucionales y legales que corroboran la tesis de que un Congresista no puede eximirse de ser testigo. Deberes ciudadanos-

Adicionalmente a lo expuesto, existen una serie de normas que corroboran la posición que sustenta la decisión de la Sala anticorrupción. Así tenemos:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole".

Artículo 3°. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Artículo 38. "Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el Ordenamiento Jurídico de la Nación".

Artículo 39.- Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. (Esto incluye textualmente a los congresistas y ministros de Estado);

Ahora bien, el Código de Procedimientos Penales en su artículo 138 indica a quienes puede el Juez citar como testigos, y el artículo 148° **corroborar esa posibilidad legal al establecer que** "El Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, los miembros del Directorio del Banco Central de Reserva, el Superintendente de Banca y Seguros, los Magistrados de la Corte Suprema y Cortes Superiores, el Fiscal de la Nación y Fiscales ante la Corte Suprema y Cortes Superiores, los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Consejo Supremo de Justicia Militar, los Arzobispos y Obispos, declararán, a su elección, en su domicilio o en el local de su Despacho". Ahora bien, la posibilidad de elección del lugar de la declaración en el domicilio o en el local de su despacho, esta prevista para la instrucción más no para el Juzgamiento, tan es así que el artículo 140 establece que cuando se trata de un testigo funcionario público debe comunicarse al superior para que disponga la comparecencia..

Nosotros creemos que, en cumplimiento de estas normas constitucionales, indiscutiblemente claras, lo más digno que podría haber hecho el congresista Giampietri, era acudir cívica y respetuosamente como cualquier persona, al órgano jurisdiccional que lo citó, para cumplir con su deber ciudadano de atestiguar frente a la justicia, pues, la función jurisdiccional, es una función esencial del Estado y por lo tanto, servirla, es servir "los intereses de la Nación y el ordenamiento jurídico de la Nación", máxime si ante todo el país ha prestado un juramento.

5.3. La conducta de Giampietri y el Estado Constitucional de Derecho.-

Podemos advertir que, por lo menos en la última década se escucha en el escenario político jurídico con mucha frecuencia, opiniones en función a un Estado de derecho, a un Estado social de derecho, a un estado democrático de derecho, a un Estado liberal de derecho, a un estado social y democrático de derecho y también, alusiones, por supuesto a un Estado Constitucional de Derecho.

¿Son expresiones sinónimas?. ¿Reflejan sustancialmente lo mismo más allá de destacar algunas ideas particularmente centrales?. Creemos que, en cualquier estudio actual de naturaleza jurídica, debe necesariamente partirse por esa precisión.

Cuando Jhon Locke se refirió a los "tipos de Estado", sostenía que el poder de una sociedad reside en las mayorías y "ésta puede emplear todo ese poder en hacer leyes para la comunidad que si se ejecutan estamos ante una democracia perfecta". Precisaba que, si el poder esta en unos pocos hombres selectos estamos ante una oligarquía, si está en manos de un solo hombre, es una monarquía, que a su vez, o puede ser hereditaria o electiva, según su origen. Finalmente expresa que, "el tipo de Estado dependerá de donde se deposite el poder de legislar"¹⁰.

Esa conceptualización en su momento fue muy buena pero ha evolucionado. Lo que primero podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, es que no estamos ante términos sinónimos o que tienen igual significado. Según Gustavo Zagrebelski, "...el

10. Locke, Jhon. "Segundo Tratado sobre el Gobierno civil" 1990. Tomo I de los materiales de lectura de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional, de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Modalidad virtual. Lectura perteneciente al tema 1. "Concepciones de Juez y Judicatura en los modelos clásicos". Pág. 2

siglo XIX es el siglo del “Estado de Derecho”, o según la expresión alemana, del *Rechtsstaat*¹¹. La significación de ésta expresión debe entenderse por oposición al Estado de fuerza o al Estado autoritario propio de la edad media, es decir los regímenes absolutistas en los que no había separación de poderes.

Si bien es cierto que se reconoce que la expresión “Estado de Derecho” por sí sola trasunta la convicción de que debe imperar el derecho antes que la fuerza o la soberbia, y, por ende, es una expresión con fuerte peso axiológico agregado, también es cierto que contiene aún una “noción genérica y embrionaria”¹², tan es así que resultaba aún tan abierto que diferentes regímenes, en incluso el nazismo lo utilizaron para justificar un orden imperante injusto y sobretodo, pese a haber materializado las más horribles violaciones a los derechos humanos al exterminar a millones de ciudadanos, sólo por su condición de judíos, homosexuales o gitanos.

Originalmente, el concepto de Estado de derecho fue acuñado como sinónimo de “Estado de razón” o “Estado gobernado según la voluntad general y orientado sólo a la consecución del mayor bien general”, idea perfectamente acorde con el despotismo ilustrado¹³. El tema llegó a tal extremo por la imprecisión conceptual que, un sector posteriormente, llegó a sostener que, “Los regímenes totalitarios eran la “restauración” –tras la pérdida de autoridad de los regímenes liberales que siguió a su democratización”- del Estado de Derecho como Estado que, según su exclusiva voluntad expresada en la ley positiva, actuaba para imponer con eficacia el derecho en las relaciones sociales, frente a las tendencias de ilegalidad alimentadas por la fragmentación y la anarquía social¹⁴.

Ahora bien, esa ideología favorece un rol del juez como “boca de la ley”. Sin embargo, las características del Derecho en la actualidad en la que ya nadie considera que el derecho es perfecto, y, por el contrario, es un instrumento permanentemente cuestionado en el que la figura del juez “boca de la ley” ya no satisface las expectativas de ninguna sociedad.

El Tribunal Constitucional Peruano, ha dejado establecido en diferentes resoluciones que, el Estado Peruano es un Estado social y democrático de Derecho, lo que se desprende del artículo 43 de la Carta Magna. Así por ejemplo, en el expediente Nro. 4677-2004-PA/TC procedente de Lima¹⁵, donde además sostiene que la democracia se fundamenta en la aceptación de que la persona humana y su divinidad son el inicio y el fin del Estado; así mismo, indica que, consustancial a tal cometido es “el reconocimiento de un gobierno representativo y del principio de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31 de la constitución), de instituciones políticas (artículo 35 de la Constitución), del principio de

11. Zagrebelski, Gustavo. “El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia”. 1995. Tomo I de los materiales de lectura de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional, de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Modalidad virtual. Lectura perteneciente al tema 2. “La función jurisdiccional en el Derecho contemporáneo”. Curso función jurisdiccional Pág. 3.

12. Zagrebelski, Gustavo. Ob. Cit. P. 3.

13. Zagrebelski, Gustavo. Ob. Cit. P. 3.

14. Zagrebelski, Gustavo. “El Derecho Dúctil”. 2005. “del Estado de Derecho al Estado constitucional”. Tomo I de los materiales de lectura de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Modalidad virtual. Lectura perteneciente al tema 1. “Constitucionalismo y argumentación jurídica”. Curso Razonamiento Jurídico. Pág. 3.

15. Puede verse esta sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04677-2004-AA.html>

alternancia en el poder y de tolerancia, así como de una serie de derechos fundamentales...¹⁶.

Empero, debemos destacar que en un Estado Social y democrático de derecho, no sólo deben anotarse esas características relevantes, sino, también es necesario precisar que a ese tipo de Estado corresponde la figura de un JUEZ que cumpla un rol "expansivo" de los valores constitucionales¹⁷ y por ende alejado de la ideología eminentemente positivista.

Y es por esto que muchos autores califican a ese nuevo Estado como Estado Constitucional de Derecho, una de cuyas principales características es el **principio de proscripción de la arbitrariedad**.

El otro tema es que, el modelo constitucional, "es un modelo principialista en el sentido de que las normas constitucionales no tienen la estructura normativa de las reglas (presupuesto-consecuencia), sino que son básicamente principios, donde muchas veces ni el presupuesto ni la consecuencia aparecen con claridad para el intérprete"¹⁸. Como podemos advertir esta nueva concepción implica prácticamente una nueva forma de entender el derecho pues, "el derecho que emerge de un modelo como el derecho por principios, permite que la práctica social sea incorporada al fenómeno jurídico y, de este modo tiende vasos comunicantes entre derecho, ética y política"¹⁹. Podemos advertir entonces con meridiana transparencia, que, la tesis de Kelsen en su teoría pura del derecho, es insostenible por la contundencia de la realidad de las demandas de la sociedad actual.

Pues, bien, más allá de las diferentes concepciones del estado de derecho, como estado liberal de derecho, estado social y democrático de derecho, estimamos que la conceptualización más aceptada es la del Estado Constitucional De Derecho en tanto se priorizan los principios frente a las reglas y no se soslayan los valores (con evidente carga moral) como podía suceder en la ideología positivista o incluso neo positivista.

Una actitud como la del señor Giampietri, creemos que se condice con los valores contenidos en la Carta Magna, pues, lejos de dar un gran ejemplo a toda la ciudadanía, ha proliferado más bien un antivaleor, es decir, la renuencia a acatar los mandatos judiciales en los esfuerzos por realizar la justicia.

En ese sentido no puede soslayarse que el artículo 43° de la Carta Magna establece que "La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes", así mismo, el artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente..."., de lo cual no queda duda de que el Estado Peruano

16. Fundamento Nro. 12 de citada sentencia.

17. Taruffo, Michele. La Experiencia jurisdiccional. 1998. La ley y juez en rule of law y en el constitucionalismo americano. Lectura perteneciente al tema 1 del curso Función jurisdiccional. Tomo 1 de los materiales de lectura de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional, de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Modalidad virtual. Pág. 7.

18. Grandes Castro, Pedro. "Orden Jurídico, articulación de fuentes y función racionalizadora de la jurisprudencia (notas a propósito de la sentencia 047-2004-AI/TC). Lectura perteneciente al tema 4. curso razonamiento jurídico. Tomo 1 de los materiales de lectura de la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional, de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Modalidad virtual. Pág. 4.

19. Grandes Castro, Pedro. Ibidem.

es constitucionalmente definido como un Estado Constitucional de Derecho.

5.4. El caso Giampietri y el principio de independencia judicial.-

El artículo 139° numeral 2 de la Constitución establece como un principio y derecho de la función jurisdiccional, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

A lo largo de nuestra historia, siempre se ha insistido en el interés del poder político, y económico en controlar al judicial, a pesar de que en la constitución se ha proclamado que el Poder Judicial es independiente, pero nunca hubo preocupación en concretarla, y como diría Juan Monroy Gálvez, -lo trascendente es si tales situaciones son causas o consecuencias de lo que se da en llamar la "crisis Judicial"²⁰.

Existen muchas formas de afectar la independencia judicial, cuando por ejemplo se le otorga un presupuesto bajo, un superior le dice al inferior cómo debe resolver determinado caso.

El llamado caso Giampietri, que llegó a las instancias judiciales e inclusive a las de control de la magistratura, renueva la vieja discusión sobre la justificación de la existencia de prerrogativas a favor de los altos funcionarios, frente a la actividad judicial.

Lo que este caso nos ha permitido observar con meridiana transparencia, es que en nuestro país todavía no se ha llegado a comprender con madurez jurídica que la independencia judicial es uno de los principios básicos para la consolidación de las instituciones democráticas. Al respecto, es preciso tener en cuenta que el Estado tiene la obligación indelegable e irrenunciable de asegurar la independencia del Poder Judicial.

Hamilton, en el *Federalista*, advertía algo que a la postre iba a ser una verdad tan luminosa que nuestra sociedad no alcanza aún a comprender, aceptar y cambiar el rumbo, enderezando la distorsión originada en la miopía de Montesquieu: "no hay libertad, si el poder de la justicia no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo. La libertad no tendrá nada que temer de la judicatura sola, pero sí tendrá todo que temer de la unión de ésta con cualquiera de los otros departamentos"²¹. Este argumento general, inclusive puede prescindir diferencias que existen entre los sistemas judiciales de las naciones. Es que solamente mediante esta independencia que la realidad y la apariencia de una adhesión incondicional al imperio de la ley se le puede garantizar al pueblo.

Una judicatura independiente requiere la independencia de cada juez en el ejercicio de sus facultades y del pleno de la judicatura para que su esfera de autoridad esté protegida de influencias, evidentes o solapadas, de otros actores del gobierno.

Lamentablemente, la inmadurez de nuestra judicatura, con relación al tema que nos ocupa, sin embargo, se ha plasmado en una resolución jurisdiccional, dictada por la Tercera Sala Penal del Callao, que declaró fundado el hábeas corpus presentado por el almirante (r) y vicepresidente de la República Luis Giampietri Rojas, contra las

20. Juan Monroe Gálvez, *La Constitución Comentada*, Gaceta Jurídica, tomo II pag.490.

21. HAMILTON, Alexander... *El Federalista*. Documento No. 78 , p. 68, en la versión electrónica http://www.senado.gob.mx/comisiones/directorio/federalismo/assets/documentos/bibliografia/hamilton_madison.pdf

magistradas de la Primera Sala Penal Especial Anticorrupción Inés Villa, Inés Tello e Hilda Piedra. El argumento del Habeas Corpus fue que el requerimiento para que se presente como testigo atentaba contra la libertad de su defendido, toda vez que la citación del tribunal contiene la disposición de que en caso de no presentarse será conducido de grado fuerza ante la sala para que preste su declaración testimonial.

En esta resolución de la Tercera Sala Penal del Callao, de fecha 15 de mayo del 2007, señala textualmente que "...es deber para con la justicia, que toda persona llamada como testigo en un proceso penal, cumpla con prestar la declaración que se ha sido solicitada..."; sin embargo, la misma resolución considera que "...el Código de Procedimientos Penales precisa algunas excepciones a lo ya señalado y también que el Juez puede utilizar la conducción compulsiva, cuando aquel es renuente a comparecer al lugar que se le ha citado...". Ciertamente, como ya se ha glosado precedentemente, la norma procesal, señala con claridad que existe una regla especial para los altos dignatarios en cuanto al lugar en que estos pueden declarar, pero además de su manifiesta inconstitucionalidad frente al conflicto que genera en la relación de poderes, e importancia de la actividad jurisdiccional y de la independencia, esa disposición se encuentra contenida en el Libro II del Código de Procedimientos que regula exclusivamente la etapa de la instrucción, en la cual el juez penal asume la condición de investigador. A diferencia de ello, en el Libro III del mismo cuerpo de leyes que regula el juicio oral, existen disposiciones claras y expresas para el ofrecimiento e interrogatorio de los testigos, que no contemplan tal prerrogativa.

La Sala Penal del Callao, atendiendo las exigencias de Giampietri Rojas, considera que su declaración puede ser prestada utilizando los avances de la tecnología moderna, es decir, la video conferencia. Esta argumentación la expone desconociendo que el verdadero valor de la prueba testimonial subyace en el hecho de que se produce ante la presencia del tribunal sentenciador. Para el tribunal resulta esencial, para mejor valorar, tener en forma directa y personal a la persona que debe interrogar, en atención al principio de intermediación.

Para la Sala Penal del Callao, la reiteración de la citación a Giampietri como testigo significa que la "...amenaza indebida e inminente se ha materializado al disponer la Sala en cuestión, la conducción de grado o fuerza del beneficiario, condicionándolo únicamente a la autorización del Congreso...". Esta afirmación, emitida en un proceso jurisdiccional, ciertamente resulta un argumento que no es cabal, ya que no solo atenta contra la independencia jurisdiccional, sino también puede considerarse una amenaza indebida e inminente el mandato judicial emitido por la judicatura para que un ciudadano cumpla con su deber de prestar declaración testimonial, cumpliendo las reglas del Código de Procedimientos Penales, en el curso regular de un proceso penal por una autoridad judicial competente, en el que justamente aquella citación al testigo se efectúa con la finalidad de dar cumplimiento a una norma esencial del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, como es el garantizar y respetar el derecho a la defensa de los acusados.

5.5. Una muestra de intolerancia y efectos perniciosos en la sociedad.-

Como puede advertirse, la citación judicial efectuada a Giampietri no responde a un arrebató arbitrario de los magistrados, ésta ha tenido un sustento en la necesidad de contar con su declaración, como testigo, para el esclarecimiento de un caso que venían

conociendo anteladamente, y así, los magistrados han requerido su presencia en pleno uso de sus atribuciones, de la prerrogativa de la independencia del Poder Judicial, propia de todo Estado Constitucional de Derecho, y del Principio de Unidad y Exclusividad de la función jurisdiccional, normada en nuestra Constitución Política del Estado, sobre lo cual no puede establecerse excepciones o prerrogativas especiales para determinadas personas, tanto más que el requerimiento de la concurrencia personal de Giampietri respondía a criterios de razonabilidad, de recibir su declaración atendiendo al Principio de Inmediación, para la apreciación directa e inmediata que debe efectuar el juzgador de las personas que declaran ante su Despacho, lo mismo que constituye un elemento fundamental que sirve para dilucidar el grado de validez de lo declarado.

Entonces, de ningún modo, podríamos decir que los magistrados actuaron con intolerancia al citar a Giampietri, aún cuando ésta citación haya sido reiterativa y pudo además haber devenido en compulsiva, en razón que la misma se efectuó en plena concordancia con los principios constitucionales que sustentan nuestra nación, como bien ha sido puntualizado anteladamente, la tolerancia no es ilimitada, no se puede admitir la intolerancia y no se puede tampoco admitir la vulneración de valores fundamentales que sustentan la existencia de nuestra democracia, el desacuerdo que pueda existir entre las distintas verdades bien pueden ser toleradas siempre que no se vulneren, entre otros, los principios y valores antes descritos.

Esto nos permite concluir que más bien fue intolerante la postura adoptada por Giampietri, al haber hecho una ostentosa cuestión de estado de tal situación, usando la bandera del congreso, de una supuesta invulnerabilidad absoluta de sus fueros, como si la controversia surgida tratara de la delimitación de poderes, o funciones, entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial, nada impedía que Giampietri concurra al llamado de los magistrados, no era sólo su obligación legal, sino también su obligación moral, de dar muestras como hombre público, del círculo de Gobierno, de no rehuir a los mandatos del Poder Judicial, de colaborar en el esclarecimiento de las investigaciones, ya se dijo que la tolerancia es aceptación del otro, colaboración para la búsqueda de un consenso. En tiempos de violencia e intolerancia en los que vivimos¹⁶, es cuando más falta hace actitudes de nuestros líderes que demuestren precisamente lo contrario, tolerancia y humildad.

Lamentablemente, el Congreso de la República acordó aprobar una moción mediante la cual "comunica" al Poder Judicial que, cuando requiera las declaraciones testimoniales de congresistas u otros altos dignatarios, cumpla con los procedimientos establecidos en el artículo 93° de la Constitución y 148° del Código de Procedimientos Penales.

¹⁶ "El Perú vive en medio de un clima nocivamente encrespado. La violencia de la palabra y la obra ha ganado terreno generalizando un clima tenso y de ingobernabilidad que en nada favorece al país. Si el Gobierno comete un error, se exagera éste, mientras se oculta lo bueno, para llegar al sofisma de estar en el peor gobierno de la historia; si un juez muestra incompetencia, todos los jueces son acusados de falta de autoridad ... El país necesita sosiego y concordia. Se trata de buscar diálogos y aproximaciones y de evitar desencuentros. A diferencia de los despotismos, la democracia es tolerancia, convivir y respetarse aún en el desacuerdo. La democracia se construye con tolerancia y respeto, con debate de ideas. Los insultos y las actitudes disolventes cierran el dialogo y sólo aportan a un modelo social en el que las libertades se vulneran y las honras se mancillan." BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "Sin tolerancia no hay democracia". www.cajpe.org.pe/nuevoddh/sintolerancianohaydemocracia.pdf

Con lo aprobado, el Parlamento pide que se tome en cuenta que cualquier detención que se pretenda hacer a un congresista requiere de la autorización del Pleno del Legislativo o de la Comisión Permanente. Asimismo, ratifica que los congresistas tienen la potestad de elegir brindar sus testimoniales, a su elección, en su domicilio o en el local de su despacho. Creemos que estas actitudes son muestras de un exceso de poder que no se condicen con el servicio inherente a todo funcionario público y más bien, estamos ante una distorsión del sentido de la inmunidad parlamentaria, no obstante que ya el Tribunal constitucional había dejado claramente establecido cuando hay derecho a un antejuicio. Evidentemente, lo que menos parece interesar a la clase política que se encuentra en el legislativo, es el juramento de servicio a la Nación, e incluso, tampoco parece importar el análisis costo beneficio de un criterio como el que se encuentra contenido en la referida moción del Congreso de la República. Haciendo gala sin embargo, de un mínimo de tolerancia, lo menos que finalmente podemos expresar que el tema tiene aún ribetes sumamente discutibles, sin embargo, de cara a los valores constitucionales, creemos que son precisamente los grandes funcionarios quienes deben dar el ejemplo en la conducta cívica.

VI. CONCLUSIONES

1. La Intolerancia genera que en los países en que dichas fuerzas se encuentran invertidas, (Montesquieu), no existe seguridad jurídica, sino una serie de trastornos de todo tipo, como las dictaduras, golpes de estado, cambio sucesivo de constituciones, desgobierno, etc. "no hay libertad, si el poder de la justicia no está separado de los poderes legislativo y ejecutivo. La libertad no tendrá nada que temer de la judicatura sola, pero sí tendrá todo que temer de la unión de ésta con cualquiera de los otros poderes del Estado.
2. La tolerancia se sustenta en el reconocimiento del otro, asumiendo sus verdades tan legítimas como la nuestra, para posteriormente lograr una verdad consensuada más óptima, para ello es necesario considerar que la verdad no es absoluta, sino relativa, pero que esta relatividad es también relativa, pues de lo contrario se adoptaría un relativismo extremo que no permitiría establecer posición alguna, cayendo así en la indiferencia, que es muy distinta que la tolerancia; el lenguaje, como instrumento de la comunicación, es el que posibilita la actuación tolerante, en la medida que a través del lenguaje se optimiza la comunicación por un intercambio igualitario de intereses o posiciones.
3. La tolerancia no es ilimitada, existen casos en los que una verdad práctica, técnica o científica nos permiten una evidencia suficiente de ciertas verdades consensuadas cuya contravención no puede ser tolerada, no puede tolerarse tampoco las propuestas que vulneran los valores que coadyuvan hacia la tolerancia, por ejemplo, no se puede ser tolerante con la intolerancia, no se puede ser tolerante con las posiciones que colisionan con valores y principios fundamentales que sustentan la Constitución Política de un Estado, no se puede ser tolerantes con posiciones opuestas a principios e instituciones que sustentan el sistema democrático mismo. Por ello, podemos concluir que la

posición del Vicepresidente Giampietri es intolerante, al resistirse a un requerimiento legítimo del Poder Judicial, con las potestades que le confiere a este poder del Estado nuestra Constitución Política del Estado.

4. Puede considerarse una amenaza indebida e inminente, al mandato judicial emitido por la judicatura para que un ciudadano cumpla con su deber de prestar declaración testimonial, cumpliendo las reglas del Código de Procedimientos Penales, en el curso regular de un proceso penal por una autoridad judicial competente, las prerrogativas que otorga el propio Código de Procedimientos Penales a altos dignatarios.
5. Todo juez tiene la facultad de hacer uso del control difuso de la constitución, y por tanto, simplemente tiene el deber de inaplicar el artículo 149° del Código de Procedimientos Penales, hacer que inclusive los altos funcionarios declaren, ya sea como testigos o como parte, en los procesos judiciales y dentro de los recintos judiciales. Es por esta razón que también llama la atención que el Órgano de Control de la Magistratura, haya exhortado a los jueces que convocaron al señor Giampietri a observar las prerrogativas **constitucionales** establecidas para los altos funcionarios del Estado. Tal prerrogativa, como se puede advertir de la lectura de la Constitución, no existe en este rango. Es una prerrogativa legal, que contraviene la constitución.
6. La inmunidad parlamentaria esta debidamente garantizada a través de la legislación, sin embargo ésta no puede ser mal utilizada o mal interpretada por sus integrantes, pues ellos representan aun país democrático que orienta a un Estado Constitucional de Derecho, donde además están garantizados los derechos de todo ciudadano como el caso que nos ocupa, en el que el acusado José Tena en ejercicio de su derecho a la defensa solicitó la declaración testimonial de descargo, lo cual no ha podido materializarse hasta la fecha, por la actitud intolerante del testigo Giampietri.
7. La orientación dada sobre la aplicación de la inmunidad parlamentaria son un quiebre o una suspensión de la actividad jurisdiccional frente al caso Giampietri. Constituye una suerte de sustracción de una materia determinada del ámbito jurisdiccional de manera temporal, por lo mismo que resulta ser excepcional utilizar restrictivamente la inmunidad, limitándola a los procedimientos judiciales que puedan ocasionar la privación de libertad de los parlamentarios y aplicándola, por tanto, sólo a las causas penales, donde exista mandato privativo de la libertad.
8. Uno de los Principios de la función Jurisdiccional, es el "Principio de Inmediación", por medio del cual el Magistrado tiene de manera directa a los protagonistas del hecho, debiendo a su vez contar con el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos y objetivos que conforman el proceso, de tal manera que permita al Juez resolver con convicción y se logre la anhelada paz social con justicia, aun cuando existan circunstancias como las legisladas por las que también se pueda hacer uso de elementos sofisticados, sin embargo en el presente ensayo y propiamente del caso Giampietri, no existía justificación alguna para que el testigo dejara de asistir. Cabe recordar al respecto, que en una de las obras del escritor Ricardo Palma, relata que el

Presidente de la República Mariscal Ramón Castilla, fue convocado por un Juez de Paz de la Provincia Constitucional del Callao, y éste con total respeto a la Institucionalidad del Poder Judicial, se presentó e indicó "Señor Juez, se hace presente el ciudadano Castilla"; actitud loable que demuestra un acto de Tolerancia y que linda con un Estado Constitucional de Derecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "Sin tolerancia no hay democracia". www.cajpe.org.pe/nuevoddhh/sintolerancianohaydemocracia.pdf.
- CISNEROS, Jaime. "El funcionamiento del lenguaje" – "Alea jacta est", En materiales de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, recopilado por el profesor Giovanni Priori, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.
- CISNEROS, Isidro H. "Tolerancia y Democracia". México, Instituto Federal Electoral, Tercera Edición, diciembre 2001. www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?=505.
- HABERMAS, Jürgen, "Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social", Capítulo IV, "de Luckas a Adorno: La racionalización como cosificación", En materiales de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, recopilado por el profesor Giovanni Priori, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.
- HAMILTON, Alexander... *El Federalista*. Documento No. 78, en la versión electrónica http://www.senado.gob.mx/comisiones/directorio/federalismo/assets/documentos/bibliografia/hamilton_madison.pdf
- KAUFMANN, Arthur, "Filosofía del derecho", Capítulo Vigésimo, "El principio de tolerancia: Filosofía del derecho en una sociedad pluralista de riesgo", En materiales de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, recopilado por el profesor Giovanni Priori, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007
- LOCKE, John. "Carta sobre la tolerancia y otros escritos", México 16, D.F.: Editorial Grijalbo S.A., Primera Edición 1969. pp. 17, 50 y 51.
- MONROY, Juan Gálvez, La Constitución Comentada, Gaceta Jurídica, tomo II.
- MONTESQUIEU... *El Espíritu de las Leyes*. Libro XI "De las Leyes que dan Origen a la Libertad Política en su relación con la Constitución", Ed. Tecnos 1980. En <http://www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/Montesquieu.pdf>.
- RAMÓN AYLLÓN, José. "Desfile de modelos", <http://www.jrayllon.com/> y <http://www.ecojoven.com/02122000/tolerancia1.html>
- TEJEDA GONZALES, José Luis. "La política de la tolerancia". Universidad Autónoma Metropolitana. México. <http://polcul.xoc.uam.mx/pyc21/02-tejeda.pdf>.
- "La tolerancia como presupuesto fundamental para la construcción de una cultura de la democracia en América Latina"
<http://www.monografias.com/trabajos11/tole/tole.shtml>.
- www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/casos/cantuta.htm
- www.larepublica.com.pe/content/view/153757/483
- www.larepublica.com.pe/content/view/153757/483

- www.projusticia.org.pe/pdf/Noti20070404.doc
- www.agenciaperu.com/actualidad/2007/mar/ocma_no_vocales.html - 30k
- peru.notiemail.com/noticia.asp?nt=10780799&cty=10 - 38k
- fuewww.larepublica.com.pe/content/view/full/153757/483/ - 48k
- peru.notiemail.com/noticia.asp?nt=10780799&cty=10 - 38k
- www.agenciaperu.com/archivo/actualidad/act2007_mar.html - 216k
- http://www.senado.gob.mx/comisiones/directorio/federalismo/assets/documentos/bibliografia/hamilton_madison.pdf
- <http://www.teleley.com/articulos/art-inmunidad-parlamentaria.pdf>.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Dra. Karine Castillo Velásquez
Secretaria Judicial del 4to. Juzgado de Familia de Huancayo

Cuando una persona es acusada de algo, normalmente éste reclama su inocencia, sea porque realmente es inocente o porque no acepta la responsabilidad, atribuyéndoselo a un tercero, o cuando a sabiendas, pretende esconder su responsabilidad; pero al margen de que sea inocente o culpable, usualmente siempre nos preguntamos **¿QUE ES LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?** Partamos definiéndola como aquella garantía genérica prevista en la Carta Magna como un Derecho fundamental a la libertad y que este Derecho a la inocencia se halla también en el Principio al Derecho de Dignidad Humana y rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, manteniendo su condición de inocente mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a ley en un juicio público en que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa, y esa culpabilidad se comprueba únicamente con una sentencia firme que así la declare.-

También lo que comúnmente se pregunta es **¿ DEBE EL ACUSADO DEMOSTRAR SU INOCENCIA?**.Dentro del contexto de nuestra sociedad, el pueblo probablemente nos diría que sí; sin embargo, es preciso recordar que, la Constitución establece en su Artículo. 2 numeral 24 literal e) señala: Que, toda persona tiene derecho: A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia: ..."**Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad**",ello significa que nadie tiene por qué probar su inocencia, en vista que, esta se presume en forma total. Consecuentemente subvertir la presunción, es responsabilidad de quien tiene la carga de probar la culpabilidad de los inocentes, esta obligación se encuentra en manos de los acusadores, obviamente en el representante del Ministerio Público, que tienen que convencer a los jueces, que el acusado es responsable de las imputaciones que se le hacen; por supuesto que todo ello debe desenvolverse dentro de los cánones del debido proceso, respetando la dignidad de las personas como derecho fundamental supremo.

Nuestra Constitución establece como derecho fundamental a que nadie pueda ser culpado en forma irresponsable, afectando su dignidad de persona. Se ha dejado de lado: la justicia por propia mano, las ordalías de Dios creadas por el hombre, en donde no era raro sostener que la inocencia venía desde la conciencia, por ende la protección era esencia divina regada por Dios a los justos y a los inocentes. En ese mar de vicisitudes quien se sentía agraviado, no tenía más que señalar con el dedo acusador al presunto responsable con la probabilidad no admitida por el pueblo de equivocarse, pidiendo los castigos que dicho sea de paso cumplían finalidades ejemplificadotas.. En esta situación el atribulado sindicado no tenía más remedio que probar su inocencia. El concepto, ingenuo; pero convincente, era que el inocente no recibiría ningún daño, porque Dios protegía a quienes lo eran. Es fácil imaginar que quien se sometía a "las ordalías de Dios", terminaba condenado inevitablemente. Y aunque posteriormente se encontrara el culpable, el sospechoso quedaba inválido para toda la vida. Aun cuando no es el común denominador de nuestra sociedad, no es raro escuchar y ver escenas de ajusticiamiento por medios televisivos de "justicia por propia mano" y tampoco es raro

constatar que más de una vez el muchedumbre se haya equivocado.

Debemos también indicar que esta garantía ligada íntimamente al Derecho de Defensa puede también ser vulnerada con la prolongación excesiva de la detención preventiva, Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que ésta situación además de lesionar el Derecho a la libertad personal transgrede también el Derecho a la presunción de inocencia del cual goza toda persona que se encuentra involucrada en un proceso de investigación penal, cuando se le priva de una comunicación oportuna de los motivos por los cuales se le inicia tal investigación

¿QUE HACER ANTE TAL SITUACIÓN? Lo cierto es que actualmente, se vulnera fácilmente la disposición constitucional sea por obra del pueblo o por obra de los jueces, especialmente por aquellos que desean justicia por sí y ante sí; olvidando que la presunción de inocencia no solo es un derecho humano y fundamental, reconocido por nuestra carta Magna, que dignifica a la persona humana; sino una garantía del debido proceso por ello debe condenarse actitudes del público que antes de un juicio justo ya sentenciaron al sindicado sustituyéndose así al poder de los jueces, mientras tanto el Juez no tiene a su alcance el mecanismo para oponerse a los entusiasmos del pueblo, por lo tanto se hace necesario - porque no imprescindible una formación jurídica básica desde los niveles primarios de educación, de manera que el pueblo tenga una formación jurídica mínima que le permita reflexionar sobre el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de los que nadie puede ni debe ser privado .

EL DEUDOR ALIMENTARIO MOROSO

Gilmer Alberto Jara Fabián
Secretario Judicial del 4to. Juzgado Civil de Huancayo

En la Enciclopedia Jurídica Omeba se define jurídicamente como ALIMENTOS a *“todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra- por ley, declaración judicial o convenio- para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción.”* Podemos decir entonces que alimentos implica no solamente la palabra propiamente dicha, sino que abarca más allá del significado, en el sentido más extenso, es todo lo que nos ayuda a protegernos para poder vivir y desarrollarnos en forma digna. El Derecho de Alimentos, se encuentra prescrito en nuestra normatividad jurídica nacional, en la Constitución Política en el artículo 6, que indica: (...) *Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres;* en el Código Civil en el artículo 472 y en el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 92.

El Derecho de Alimentos consiste en el derecho de los hijos/as de ser mantenidos económicamente por su padre y/o madre de acuerdo a su posición social y viceversa cuando los padres no puedan por si solos mantenerse económicamente. Si el alimentante (obligado) no da voluntariamente la pensión de alimentos, el alimentista tiene el derecho para interponer una demanda de alimentos en su contra ante el Juzgado de Paz ó Paz Letrado de su domicilio, dando inicio a un juicio por pensión de alimentos, en el cual se fijara una pensión alimenticia, que es el monto periódico en dinero que debe ser pagado por el obligado; ante el incumplimiento del pago de la pensión de alimentos, y después de realizar la liquidación de pensiones devengadas, el Juez, a pedido de parte y previo requerimiento a la parte demandada bajo apercibimiento expreso, remitirá copia certificada de la liquidación de las pensiones devengadas y de las resoluciones respectivas al Fiscal Provincial Penal de Turno, a fin de que interponga la denuncia por Omisión a la Asistencia Familiar.

Ante la excesiva carga procesal producida por el incumplimiento del pago de alimentos, se ha promulgado la Ley No 28970 del 26 de enero de 2007, que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, en el órgano de gobierno del Poder Judicial. Y según Decreto Supremo No 002-2007-JUS de fecha 22 de marzo de 2007 se aprueba su reglamento. Y mediante Resolución Administrativa No 136-2007-CE-PJ, de fecha 26 de junio de 2007, expedida por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, se crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos- REDAM, adscrito a la Gerencia de Servicios Judiciales y Recaudación de la Gerencia General del Poder Judicial, la misma que aprueba la Directiva No 004-2007-CE-PJ, “Normas y procedimientos para el Registro de Deudores Alimentarios Morosos”, ordenando que los Presidentes de las Cortes Superiores de Justicia de la Republica, designen a los responsables de los Registros Distritales de Deudores Alimentarios Morosos- REDIDAM.

El trámite ante dicho registros se inicia cuando el alimentista solicita al Juzgado la declaración de deudor alimentario moroso del obligado, a través de un formato, que presentara a mesa de partes quien derivara al Juzgado correspondiente, recepcionado la solicitud, correrá traslado al obligado por tres días, con la absolución del obligado o sin ella, el Juez evalúa los documentos y determina si se realizo el pago de alimentos,

en el caso que el obligado haya pagado los alimentos en su oportunidad emitirá una resolución declarando infundado el pedido y si no hubiera pagado la pensión de alimentos emitirá una resolución que declara como Deudor Alimentario Moroso (DAM) al obligado y ordena su registro en el REDAM y posteriormente al REDIDAM, quien a su vez comunicara a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, a efectos que se registre la deuda alimentaria en la Central de Riesgos de dicha Institución. Así como en las Centrales Privadas de Información de Riesgos con las que el Poder Judicial mantenga convenio vigente, con el objeto que se registre la deuda alimentaría. El objeto de la presente normatividad es proteger el Derechos Fundamental a los Alimentos, el mismo que debe ser pagado en forma mensual y por adelantado al alimentista; y por ende disminuir la existencia de los procesos de Omisión a la Asistencia Familiar; asimismo sancionar al obligado comunicando su condición de moroso a las centrales de riesgo, por lo cual no será sujeto a crédito y otros benéficos financieros.

DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD DEL HIJO DE MADRE CASADA

Dra. Jackelyn Cáceres Navarrete
Juez (s) del Juzgado de Paz Letrado de Chilca – Huancayo.

El derecho a la identidad es un derecho humano y por tanto fundamental para el desarrollo de las personas y de las sociedades; sin embargo a fin de cumplir con los derechos y deberes que le corresponden a los hijos, debe conocerse previamente quienes son sus padres; siendo así, este derecho resulta comprendido como uno de los atributos de la identidad de toda persona, ello es la identidad de las relaciones familiares.

El derecho de la persona a conocer quienes son sus padres y de llevar los apellidos de éstos, se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que se basa en la procreación humana, es decir establecer la paternidad y maternidad, es por ello que la filiación es aquella que vincula a una persona con sus antepasados, entendiéndose esta en sentido genérico, en cambio la filiación en sentido estricto vincula a los padres con sus hijos, conociéndose a esta relación como paterno – filial; entonces, la filiación presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres, pues cuando está acreditada queda jurídicamente determinada una realidad biológica presunta; es así que, la paternidad o maternidad son elementos en que se basan la relación de filiación la misma que puede ser matrimonial y extramatrimonial.

Dentro de éste contexto la determinación de la filiación puede ser **legal, voluntaria y judicial**; será legal cuando la propia ley la establece, aquí encontramos al artículo 361 del Código Civil el mismo que se sustenta en la presunción pater is de paternidad matrimonial y de concepción dentro del matrimonio, toda vez que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido; asimismo será voluntaria cuando ésta proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento expreso del hijo; y judicial cuando proviene de la determinación de una sentencia que declara la paternidad o maternidad no reconocida.

Las disposiciones contenidas en el Código Civil respecto a la presunción pater is el artículo 362° establece que **“el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido, o sea condenada como adúltera”**, asimismo el artículo 396° dispone **“el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”**, y el artículo 404 Código Civil establece **“Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”**, entendiéndose de esta manera que solamente en el caso de que el marido hubiera contestado la paternidad matrimonial dentro del término que la Ley faculta y dicha acción hubiera sido declarada fundada, recién el hijo podría interponer la demanda de declaración judicial de filiación extramatrimonial.

Frente a ello se presenta un gran inconveniente con relación a quienes podrían ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, toda vez que solamente es al marido a quien faculta la Ley interponer dicha acción conforme señala el artículo 367 del Código Civil; sin embargo sus herederos y sus ascendientes

pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo de caducidad, (noventa días), y en todo caso continuar el iniciado; frente a ello se ve limitado en el ejercicio de dicha acción a la madre, al mismo hijo, o al propio padre biológico.

El problema se plantea cuando la persona no puede reclamar su verdadera filiación con relación a su padre biológico, es decir se encuentra imposibilitado de accionar la filiación matrimonial que desde ya no le corresponde, toda vez que el marido de su madre no impugno en el término que la Ley contempla.

Es así que el hijo ve limitado su derecho a reclamar su verdadera filiación o identidad, ya que no puede impugnar la filiación matrimonial que no le corresponde así como la madre o el propio padre biológico.

La legislación nacional impide pues la posibilidad de que el hijo de mujer casada pueda solicitar, que en proceso judicial se determine quien es su padre biológico, siendo la presunción pater is el primer escollo.

Sin embargo, el Juez no solo debe basar sus decisiones en la norma jurídica que estipula esta presunción, sino que además esta obligado a ponderar los Derechos que se encuentran en conflicto en esta situación: El derecho a la identidad y el derecho a la intimidad.

Por lo cual considero que es viable abrir un proceso judicial en el cual se discuta y resuelva la filiación real del hijo de mujer casada, sin que lo impida la presunción pater is o la falta de impugnación del cónyuge de la madre en el plazo establecido en la Ley, pues lo mas importante en este caso es resolver la incertidumbre jurídica y definir quien es el padre biológico del hijo, haciendo prevalecer el derecho a la identidad frente a cualquier otro.

Consideramos también de que todo operador de la Administración de justicia deberá, en defensa de la supremacía Constitucional, emplear el control difuso inaplicando al caso concreto las leyes u otras normas de menor jerarquía que contravengan la Constitución.

Bibliografía:

- Cornejo Chavez, Hector: Derecho Familiar Peruano 2 Tomos Lima Studium Ediciones 1985.
- Arias –SCHREIBER PESET,Max, Arias –SCHREIBER montero: Exegesis del Código Civil Peruano de 1984 Tomo VIII Derecho de Familia, Lima Gaceta Jurídica 2001
- Placido V., Alex F.: Filiación y patria Potestad en la Doctrina y Jirisprudencia Lima Gaceta Jurídica 2003.
- Placido Alex F.: Manual de Derecho de Familia. Lima Gaceta Jurídica 2003.

La planilla: Nociones fundamentales

Ricardo Corrales Melgarejo¹

Génesis normativa

El antecedente más remoto de la planilla es el recibo, del que deriva este importante libro auxiliar contable-administrativo, y que vendría a ser un recibo pormenorizado que incluye la nómina de los trabajadores que reciben su retribución por la labor realizada en un tiempo determinado.

El primer antecedente que registra la historia, es en el reinado de Juan II de Castilla, en Ayora, pues, al promediar el siglo XV, se encuentra la voz "nómina", término utilizado en España por el de Planilla en el Perú, y que hacía referencia en ese entonces a los oficiales y caballeros que habían de ir con el rey².

Empero, fue en Francia, durante el Siglo XVI, cuando se crea el boletín de pago, documento escrito emitido por el empleador al trabajador, cuya copia firmaba este último en señal de recibo. Esta técnica en la administración de las personas en un centro de trabajo, fue reconocida legislativamente en esa república mediante Ley del 4 de mayo de 1931.

En el Perú, la génesis legislativa de este documento es la Ley 2851 del 23 de noviembre de 1918, Ley de Trabajo de Mujeres y Menores, y que establecía la obligación del empleador de llevar un registro permanente con datos mínimos de identificación de los menores empleados y el tiempo trabajado. Asimismo, por Decreto Supremo del 23 de marzo de 1936, se creó el padrón de empleados de comercio, entre otros dispositivos que normaban la planilla en forma dispersa e incoherente.

Será con la dación del Decreto Supremo N° 015-72-TR del 28 de septiembre de 1972, que los libros de planillas de pagos de sueldos y salarios fueron regulados en forma técnica e integral, constituyéndose desde entonces en el documento jurídico contable central en la administración de personal. Sin embargo, luego de 26 años de vigencia, dicha norma legal fue derogada por el Decreto Supremo N° 001-98-TR, publicado el 22 de enero de 1998, con el objetivo de modernizar, simplificar y acelerar los procesos de pago de remuneraciones. Dicha disposición reglamentaria fue modificada en algunos de sus artículos por el Decreto Supremo N° 017-2001-TR publicado el 7 de junio del 2001, y ahora último por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR.

Significado, Concepto y Fundamentos

Etimológicamente, planilla es un derivado de *plana*, equivalente de *página*, *carilla*; es decir, "cada una de las dos caras de la hoja de papel". El español de América lo renominalizó como planilla, lo que en España se llama plantilla (término derivado, a su vez, de planta y con el mismo sufijo-illa); es decir la nómina³.

1. Vocal Superior Titular de la Sala Mixta Descentralizada de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín.

2. Guillermo Cabanellas: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 27 Ed. Bs. As. Tómo V Pág. 562. Vocablo Nómina.

3. Dice Martha Hildebrandt: Planilla, El Peruano, 02-04-98, pág. A-9 Ibidem

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española del 2001, refiere que la nómina es la “relación nominal de los individuos que en una oficina pública o particular han de percibir haberes y justificar con su firma haberlos recibido”. Ser de *plantilla* es “estar en la nómina”, lo que en el Perú y otros países de América se expresa con la locución verbal estar en *planilla*. El uso peruano de *planilla* por *nómina* se documenta también en Ecuador, Colombia, Argentina, Uruguay y Paraguay, y tiene antecedentes de su uso andaluz de *planilla* por “relación de gastos diarios”⁴.

En cuanto concepto, el Profesor Julio Haro nos dice: “Son documentos (las planillas de pago) de uso obligatorio por parte del empleador, en los que se registran los nombres de sus trabajadores, el tiempo laborado, las remuneraciones pagadas, las retenciones y aportaciones de parte del empleador a la seguridad social y al Estado”⁵.

En mi concepto, **la planilla es la nómina de trabajadores vinculados en un determinado centro de trabajo, llevado a través de medios electrónicos, que contiene los principales datos del contrato de trabajo, y registra las operaciones relativas a las remuneraciones y demás ingresos y egresos** (retenciones tributarias y previsionales, prestamos, cuota sindical, embargo por alimentos, entre otros) **del personal, que suceden durante su vida laboral y en cumplimiento de los dispositivos legales que regulan este importante instrumento informático en la administración de personal, de uso obligatorio a cargo del dador del trabajo, y considerado libro auxiliar en la contabilidad de la empresa, ahora conservado de modo virtual en sus sistemas informáticos..**

La obligatoriedad de registrar y llevar la planilla de pago de remuneraciones, radica en la función formalizadora de la utilización de la fuerza de trabajo del Derecho Laboral, que nos Informa el Tratadista Jorge Rendón, a saber: “El Derecho del Trabajo es, en primer término, el marco normativo de la utilización de la fuerza de trabajo de una persona por otra, en la civilización contemporánea. Sus normas regulan todos los tramos de esta relación cambiaria desde el instante en que las partes se aproximan para constituir la y la inician hasta que ella concluye... Desde que el Derecho del Trabajo se formó, la contratación de la fuerza de trabajo ha debido sujetarse a sus disposiciones”⁶.

Cabe recordar que, la intervención del Estado en las relaciones laborales que es entre “privados”, se fundamenta en la esencia misma del contrato de trabajo, cuyo elemento distintivo y característico es la **subordinación**. Siguiendo al profesor Wilfredo Sanguinetti⁷, etimológicamente, esta palabra proviene del latín *sub-ordine*, que significa estar bajo las órdenes, mando o dominio de otro.

Así entendida, la subordinación ha sido una característica que ha acompañado a la prestación voluntaria de servicios por cuenta ajena desde tiempos remotos, y cuando esta forma de trabajo adquirió una relevancia excepcional con el desarrollo del capitalismo, surge el Derecho del Trabajo, como una disciplina jurídica destinada a su regulación específica. Desde entonces, la prestación de servicios – el trabajo “bajo ordenes” – es objeto de especial protección y tutela por parte del Estado, pues, el hecho

4. Ibidem

5. Julio E. Haro Carranza: Derecho Individual del Trabajo. 1ra. Ed. RAO. 2003. Lima. Pág. 257.

6. Jorge Rendón Vásquez: Derecho del Trabajo. Teoría General I. 2da. Ed. Grijley. 2007. Pág. 70.

7. SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo: El Contrato de Locación de Servicios. Gaceta Jurídica. 2ª Ed. 2000, Lima – Perú. Págs. 104, 122-125.

que un grupo de personas esté subordinada a otra, en relación de dependencia, es para el empleador o sus representantes tentación permanente de abuso del derecho de dirección y control⁸, en perjuicio de sus trabajadores, y que la historia registra como la “cuestión obrera”⁹, expresada en una “lucha de clases” contra los abusos del capitalismo salvaje decimonónico¹⁰, cuyo martirologio recordamos cada 1° de Mayo, y en contra parte debemos memorar todos los días, también, que gracias a la unión justa y fértil de la unión del capital y el trabajo, en paz laboral, tenemos el avance de civilización que ahora apreciamos, y que denominamos capitalismo con rostro humano.

Naturaleza Jurídica

En el Derecho Laboral rige también, la regla del Artículo 1229 del Código Civil, a saber: **“La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado”**. Esta prueba se materializa a través de un documento escrito, que acredita el abono al titular del crédito y la conformidad de éste con el pago recibido, mediante su firma en dicho documento, extinguiendo la obligación.

Este documento escrito debe conservar el deudor, con el objeto de exhibirlo cuantas veces sea necesario probar que no le debe nada al acreedor; ya que en caso que el deudor no pueda acreditar el pago, si éste fuera negado, deberá volver a efectuarlo, salvo que pueda probar dicho pago de otro modo.

En este sentido, la naturaleza jurídica de la planilla y las boletas de pago radica en el valor probatorio –*ad probatione*– del cumplimiento de la contraprestación económica que corresponde al empleador en la ejecución del contrato de trabajo, dado que dichos

8. Artículo 9 DS 003-97-TR.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador esta facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo. (*)

(*) De conformidad con el Artículo 2 del Decreto Supremo N° 013-2006-TR, publicado el 08 julio 2006, se precisa que el presente artículo no puede ser interpretado en el sentido que permita al empleador modificar unilateralmente el contenido de convenios colectivos previamente pactados, u obligar a negociarlos nuevamente, o afectar de cualquier otra manera la libertad sindical.

9. “1. Despertado el prurito revolucionario que desde hace ya tiempo agita a los pueblos, era de esperar que el afán de cambiarlo todo llegara un día a derramarse desde el campo de la política al terreno, con él colindante, de la economía. En efecto, los adelantos de la industria y de las artes, que caminan por nuevos derroteros; el cambio operado en las relaciones mutuas entre patronos y obreros; la acumulación de las riquezas en manos de unos pocos y la pobreza de la inmensa mayoría; la mayor confianza de los obreros en sí mismos y la más estrecha cohesión entre ellos, juntamente con la relajación de la moral, han determinado el planteamiento de la contienda.” Encíclica *Rerum Novarum*. Papa León XIII. Publ. 15/05/1891

10. “Jules Michelet, el gran historiador francés, le atribuyó a Willian Pitt, el primer ministro de Inglaterra, el haber recomendado a los capitalistas el empleo de los niños en las empresas. “En la violencia del gran duelo entre Inglaterra y Francia –escribió Michelet- cuando los manufactureros vinieron a decirle a M. Pitt que los salarios elevados del obrero los imposibilitaban para pagar el impuesto, dijo una frase terrible “Tomad a los niños”. Esa frase gravita pesadamente sobre Inglaterra como una maldición.” Citado por Jorge Rendón Vásquez en su obra citada, Pág. 358.

documentos jurídicos contables son la prueba escrita del pago de la remuneración y del cumplimiento de las obligaciones legales de orden público, por lo menos durante 5 años de cerrada la planilla¹¹. Este documento reviste formas especiales, construida sobre la noción del simple recibo, desarrollada según el principio contable de la partida doble (Debe/Haber) y complementada en función de las necesidades del empleador, del trabajador y del Estado.

Efecto Tridimensional

La Planilla tiene, pues, un efecto tridimensional de valor sobre las partes de la relación laboral y de utilidad pública, por lo siguiente:

En la esfera empresarial, no sólo es un documento de prueba del empleador, con el que demuestra el cumplimiento de su obligación de pago de la remuneración del trabajador, sino un medio idóneo que otorga conformidad a los descuentos y retenciones por él aplicados. Además, acredita el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y previsionales, y como gasto es deducible del Impuesto a la Renta de 3ra. Categoría; y por último, es un documento contable que registra un egreso de la empresa de efecto inmediato sobre su rentabilidad y estructura de costos de los bienes y servicios que oferta en el mercado, siendo por ello, objeto de análisis salarial de directa incidencia en la categorización de los puestos de trabajo en la administración de personal. En las entidades del Estado, las remuneraciones pagadas a los servidores a través de la planilla, deberán estar sustentadas tanto en el Cuadro de Asignación de Personal como el Presupuesto Analítico de Personal, encuadrados en el Presupuesto General de la Institución Pública.

En la esfera del trabajador, la planilla y la boleta de pago es de capital importancia, para que éste acredite su relación laboral y pueda comprobar que la suma de dinero recibida es exacta con la registrada en tales documentos. Adicionalmente, le posibilitará verificar los conceptos abonados y cantidades retenidas o descontadas por fuente convencional, legal o judicial, el tiempo de servicio reconocido, a fin de confirmar si el empleador ha cumplido con lo pactado al inicio o durante la relación laboral. Finalmente, son documentos probatorios para reclamar sus derechos previsionales y de seguridad social, y acreditar el cumplimiento de su obligación tributaria (Impuesto a la Renta de quinta categoría) según las retenciones efectuadas por su empleador en caso de estar afecto, asimismo, respecto a sus aportes al régimen pensionario al que pertenece, y que será de vital importancia probatoria cuando pretenda acceder a la pensión a que tenga derecho, es por ello recomendable que el trabajador guarde las boletas de pago que le entrega su empleador.

En la esfera pública, es el Ministerio de Trabajo el que autoriza la apertura y cierre de las planillas¹²; así también, los empleadores que cuenten con 5 o más trabajadores, están obligados a presentar un resumen de sus planillas de remuneraciones correspondiente al mes de junio de cada año¹³, pues el Estado requiere informarse

11. Por R.J. N° 039-98-Jefatura/ONP del 21-04-98, las empresas que tengan en su poder libros de planillas con una antigüedad mayor de 5 años, contados desde la fecha de cierre de las mismas, procederán a remitirlas a la ONP, adjuntando un formato de Hoja Resumen en la que conste el listado de los trabajadores inscritos en la respectiva planilla, así como la fecha de ingreso y la fecha de cese de ser el caso, incluido el monto de la última remuneración de cada trabajador.

12. DS 001-98-TRArts.6°, 7° y 8 y DS 17-2001-TRArt. 1°

sobre la población laboral y su capacidad de consumo, lo que se traduce en estadísticas de indicadores laborales, y que son herramientas fundamentales de gestión gubernamental, utilizados para delinear políticas económicas y de empleo. Por otro lado, es objetivo de la inspección del trabajo, velar para que el empleador cumpla con emitir boletas de pago y llevar sus planillas en forma legal, entre otros, a fin de facilitar la labor de fiscalización de los entes recaudadores de tributos y aportes sociales o previsionales (Sunat y Afp). Finalmente, en la administración de la justicia laboral, este documento es prueba privilegiada en la solución de conflictos jurídicos emergentes de la relación laboral, es más, el artículo 40° de la Ley Procesal del Trabajo N° 26636, ha establecido la presunción relativa de verdad a favor del trabajador, de tener por cierto los datos remunerativos y de tiempo de servicios que contenga la demanda, cuando el empleador demandado no cumpla con exhibir sus planillas y boletas de pago, y no haya registrado en ellas ni otorgado boletas al trabajador que acredita su relación laboral.

La planilla en la era de la post modernidad

Una de las innovaciones tecnológicas más importantes de la humanidad en los últimos 30 años, y que ha marcado el inicio de la llamada era de la post modernidad, es la creación del ordenador de datos y las redes informáticas electrónicas (la computadora y el internet), acontecimiento histórico que ha traído la globalización de la información, y que ha contribuido significativamente en la celeridad de los procesos y en el abaratamiento de los costos de transacción e información en todo orden de cosas.

Tal innovación tecnológica, ha impactado en los actores del Estado Peruano en proceso de modernización, y gracias a que la SUNAT, una de las primeras instituciones en reformarse -isla de modernidad-, ha desarrollado una importante plataforma informática, ha permitido que el Estado inicie el cambio en el modo de administrar la información contenida en la planilla de pago de remuneraciones, al publicar el D.S. N° 018-2007-TR, el 28 de Agosto del 2007, permitiendo que las empresas pasen del tradicional libro u hojas de planillas a la “**planilla electrónica**”, y que en literal h de su Art. 1, la define como: “Es el documento llevado a través de medios electrónicos, presentado mensualmente a través del medio informático desarrollado por la SUNAT, en el que se encuentra registrada la información de los trabajadores, pensionistas, prestadores de servicios, prestador de servicios – modalidad formativa, personal de terceros y derechohabientes.”.

Asimismo, la regulación en cuanto a la información de la planilla electrónica, las tablas que ha de ser utilizadas para su elaboración, y la estructura de datos requeridas por los archivos de importación de dicho documento, ha sido aprobado por Resolución Ministerial N° 250-2007-TR, publicada el 30 de septiembre del 2007; de este modo las empresas y el Estado hablarán un mismo lenguaje informático en materia de planillas.

Entonces, a partir del 1 de septiembre del 2007, los empleadores se encuentran obligados a llevar la Planilla Electrónica, siempre que cuenten con más de tres trabajadores, entre otros supuestos que prevé el Art. 2 del D.S. N° 018-2007-TR, por lo que cerrarán las planillas tradicionales, las que pasarán a la historia.

En adelante, los empleadores enviarán a la SUNAT, mes a mes, su planilla en medios informáticos (diskette o discos, inclusive se posibilitaría el envío por internet), asimismo, dicho ente recaudador lo pondrá a disposición del Ministerio de Trabajo; por otro lado, se abre la opción de la Boleta de pago digital, esto es, que el empleador podrá entregar al trabajador, dicha boleta por medios electrónicos, reduciendo los costos de su impresión y archivos. Todo lo cual, optimizará la fiscalización laboral, ya que el Ministerio de Trabajo tendrá en tiempo real la información que contiene cada planilla de los empleadores, y podrá analizar si en ella se cumplen debidamente las disposiciones laborales, de lo contrario aplicará las multas correspondientes.

Esperamos que estas experiencias en el uso de la tecnología informática, en los procesos administrativos públicos, sirvan para implementar también en el Poder Judicial el "Expediente Virtual" en el marco de su reforma y modernización, con todos los beneficios de celeridad, acceso a la información y ahorro de costos, a favor de los usuarios del servicio.

Finalmente, todo empleador formal y diligente, y profesionales que brindan asesoría vinculada a la administración de personal o la dirigen, deben tener presente estas nociones que sustentan este fundamental instrumento de gestión del capital humano en las empresas privadas y entidades públicas.

REMUNERACIONES DEJADAS DE PERCIBIR

Tratamiento jurisprudencial, casos de reposición al empleo en proceso de amparo.

Dr. Timoteo Cristoval De la Cruz
Juez Titular del Juzgado Laboral de Huancayo

I. INTRODUCCIÓN

El despido del empleo de un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada o pública, genera que aquel impugne bien en la vía ordinaria laboral, contencioso administrativo o proceso de amparo y, logrado su reposición al empleo, la cuestión en debate es el pago o no de las remuneraciones dejadas de percibir por el tiempo que duró su separación de su centro de trabajo.

En las reposiciones dadas en casos de despidos nulos que son tramitados en la vía ordinaria laboral, la normativa laboral desde hace muchos años es muy clara al disponer su pago y se ejecuta en el mismo proceso; en cambio en las reposiciones logradas vía el proceso contencioso administrativo o proceso de amparo la solución no es uniforme al no existir una normativa expresa que disponga su pago menos esta fijada la vía procesal donde reclamar. Es decir, existe duda si debe ser reclamado en un nuevo proceso ordinario laboral o en un nuevo proceso contencioso administrativo (para el régimen laboral público), o en el proceso civil; situación que se agrava cuando el trabajador repuesto labora en una entidad pública, donde se alegan prohibiciones de orden presupuestal para efectuar pagos por falta de prestación efectiva de servicios, más aún si en los procesos de amparo el Tribunal Constitucional no ordena su pago. En ese sentido, el presente artículo intenta analizar la procedencia y la vía procesal para el pago de las remuneraciones dejadas de percibir o remuneraciones devengadas, desde la vertiente jurisprudencial nacional circunscribiendo a las reposiciones al empleo dados en los procesos de amparo, ya que existe abundante material sobre el particular, como las dadas por la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, y de las Salas Mixtas de la Corte Superior de Justicia de Junín que amparan su pago.

II. REPOSICIÓN EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL

En el proceso ordinario laboral la reposición al empleo se logra únicamente a través del proceso de **nulidad de despido**. Es incuestionable que es un derecho de los trabajadores el pago de las remuneraciones devengadas, tal como lo establece muy claramente el artículo 40° del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 03-97-TR, que prescribe: *“Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes”*.

A su vez, la norma reglamentaria dado mediante Decreto Supremo 01-96-TR, en su artículo 54° indica que *“El período dejado de laborar por el trabajador en caso de despido nulo, será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubieran*

correspondido al trabajador, excepto para el récord vacacional. El récord vacacional que quedó trunco con ocasión del despido, a elección del trabajador, se pagará por dozos o se acumulará al que preste con posterioridad a la reposición”.

De ambas normas se infiere que el tiempo dejado de laborar, esto es, desde la fecha del despido hasta su reposición efectiva al puesto de trabajo, es una suspensión imperfecta del contrato de trabajo que se origina por la voluntad exclusiva y excluyente del empleador al cometer un acto lesivo a los derechos fundamentales del trabajador que están regulados restrictivamente en el artículo 29° del TUO precitado, como la libertad sindical, no discriminación, tutela judicial efectiva, entre otros. De manera que de cara a la lesión de similares derechos fundamentales que la norma constitucional reconoce como derechos específicos (derecho al trabajo, libertad sindical, etc.) o derechos inespecíficos (debido proceso, derecho de defensa, secreto de las comunicaciones, libertad religión, libertad conciencia, etc.), no existe justificación objetiva para no considerar como suspensión imperfecta del contrato laboral y por ende ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

III. REPOSICIÓN EN EL PROCESO DE AMPARO

La restitución de un derecho como la reposición al empleo, logrado a través de esta vía pueden comprender a trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada o pública; en estos procesos no se ampara el *petitum* de pago de remuneraciones devengadas sino que dejan a salvo el derecho del trabajador para que lo haga valer en la forma legal correspondiente. Más abajo se detallan los fundamentos vertidos por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema para disponer el pago de las remuneraciones dejadas de percibir en el caso de trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, las mismas que se tramitan en el proceso ordinario laboral. En el caso del régimen público la reclamación deber ser efectuada en el proceso contencioso administrativo, previo inicio del procedimiento administrativo. Tampoco queda fuera del todo la competencia de tendrían los jueces civiles para conocer estos casos, por falta de regulación expresa, ya que existen no pocos procesos donde actualmente se tramitan ese pago a través de la indemnización por daños y perjuicios (daño emergente, moral, lucro cesante, a la persona).

Seguidamente, pasamos a exponer los criterios dados por la Corte Suprema para estimar el pago de remuneraciones devengadas:

- a) En un inicio la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, no amparaba el pago de remuneraciones dejadas de percibir como las pronunciadas en las Sentencias Casatoria N° 2105-2000-Lima¹, N° 2116-2000-Lima², N° 071-2001-Lima³ y N° 649-2001-Callao⁴; empero, posteriormente a partir de la Sentencia Casatoria N° 1154-2001-Lima⁵, N° 044-2002-Lima, N° 093-2002-Lima⁶, N° 214-2002-Lima⁷, N° 625-2002-Lima⁸, N° 1458-2003-Lima⁹ y N° 740-2002-Puno¹⁰ han variado su criterio, aún cuando lo hace por mayoría y disponen el pago de esas remuneraciones.

1. Jurisprudencia Laboral. Tomo II. Editora Normas Legales. Edición 2003. Página 251.

2. Jurisprudencia Laboral. Tomo I. Editora Normas Legales. Edición 2002. Página 212.

3. Ibid., página 221.

4. Revista Asesoría Laboral. Estudio Caballero Bustamante. Octubre 2004. página 36.

5. Sentencias en Casación del Diario Oficial El Peruano, publicado el 28/02/2003, página 10265.

6. Ibid Revista Asesoría Laboral. Octubre 2004. página 44.

7. Ibid., página 45.

8. Sentencias en Casación del Diario Oficial El Peruano, publicado el 01/07/2004, página 12347.

9. Ibid., publicado el 31/10/2005, página 14912.

10. Ibid., publicado el 04/01/2006, página 15185.

- b) Los fundamentos que esboza para disponer su pago, es asemejar el efecto de la acción de amparo con el acto nulo, el cual según la doctrina procesal trae como consecuencia la *“cesación de los efectos producidos por el acto viciado e invalidación de todos los otros que sean consecuencia directa del declarado nulo”*; se indica que al restituirse el derecho conculcado y reincorporarse al trabajador al empleo se restablece automáticamente la relación laboral entre las partes, como si éste nunca se hubiese interrumpido, pues el acto lesivo sobre el cual ha recaído el pronunciamiento jurisdiccional es el acto mismo del despido.
- c) Agrega que jurídicamente el tiempo transcurrido fuera del empleo debe ser idéntico al transcurrido antes del cese, pues sino se reconoce ningún atributo a la acción de garantía, se le estaría desnaturalizando sus alcances, consagrando el ejercicio abusivo de un derecho. Anota que los artículos 6° y 9° del TUO del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 03-97-TR, deben ser interpretadas en el sentido de considerar que por efecto de la reposición ordenada en la sentencia de amparo, al accionante le corresponde el abono de sus remuneraciones dejadas de percibir por el período comprendido entre la fecha de despido y la de su efectiva reposición.
- d) Indica que al restablecer la relación laboral, existe de hecho un período donde el afectado no realizó ninguna labor efectiva, pero por decisión unilateral del empleador, que jurídicamente es considerado por la doctrina como *“suspensión imperfecta”* del contrato de trabajo. El período no laborado, no está regulado para el caso de reposiciones dispuestas por acción de amparo, por ende debe aplicarse en forma analógica sobre remuneraciones devengadas por despido nulo, lo normado por el artículo 40° del Decreto Supremo 03-97-TR.
- e) Acota que, la tesis del Tribunal Constitucional de que no procede el pago de remuneraciones por trabajo no realizado, no puede decidir el sentido del fallo sobre el fondo de la *litis*, pues dicho órgano de control constitucional ha tenido diversidad de criterios sobre este aspecto en el tiempo; y finalmente agrega que según la finalidad abstracta de todo proceso, sería de difícil acceso si se deja sin tutela jurídica el período objeto de debate y que tácitamente se le estaría autorizando la comisión de los mismos actos en lugar de solucionarlos definitivamente; y que sobre la finalidad concreta del proceso, no se puede dejar de administrar justicia por inexistencia de la norma aplicable, según lo dispone el artículo 139° inciso 8) de la Constitución Política del Estado, en cuyo caso debe constituir una solución específica para el caso sometido a su jurisdicción.
- f) A partir del mes de abril de 2006, la misma Sala Suprema¹¹, mediante sendas sentencias casatorias, que superan la docena, de manera uniforme y reiterada continúa amparado el pago de remuneraciones dejadas de percibir, incorporando a su vez, nuevos fundamentos; como el principio laboral de continuidad, la protección de la remuneración, la prohibición del ejercicio abusivo del derecho y la Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de treinta y uno de enero de dos mil uno, en el caso Tribunal Constitucional contra el Estado Peruano que es vinculante en aplicación a la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución Política, en cuyo ciento diecinueve fundamento alude a la reparación

11. Sentencias en Casación del Diario Oficial El Peruano, publicados los días 31 de octubre y 02 de noviembre de 2006 y 05 de enero de 2007.

del daño ocasionado que requiere plena restitución, disponiendo que a los magistrados cesados les paguen los salarios caídos y demás beneficios laborales durante el período que duró su destitución.

De manera que el autor comparte los fundamentos dados por la Corte Suprema y es ese el sentido en que viene pronunciándose en los procesos que toca resolver, puesto que los efectos del acto nulo declarado en el proceso de amparo es equivalente a una nulidad de despido; *ergo*, procede el pago de remuneraciones dejadas de percibir, el mismo que debe ser substanciado en la vía del proceso ordinario laboral siendo competencia de la justicia laboral por razón de materia.

Se suma a lo glosado, que según la doctrina laboral¹² los salarios "dejados de percibir" como consecuencia de un despido nulo, se le denomina salarios "de tramitación", entendiéndose a ésta como "*una indemnización por daños y perjuicios tasada y cifrada en el importe de los salarios que debieron ser percibidos si se hubiera trabajado y no se percibieron porque injustificadamente se dejó de trabajar*". Por ello el autor considera que cuando el Tribunal Constitucional no ordena el pago de remuneraciones dejadas de percibir porque tiene naturaleza indemnizatoria y deja a salvo el derecho del accionante para que lo haga valer en la vía respectiva, tiene coincidencia con el llamado salario "de tramitación" que la doctrina lo considera con carácter indemnizatorio.

Incluso, si recurrimos al anteproyecto de la Ley General de Trabajo, cuyo debate se prolonga por varios años en la Comisión de Trabajo del Congreso de la República y que se discutió en el Consejo Nacional del Trabajo, en su artículo 132°, prevé extender los supuestos de nulidad de despido al agravio de derechos fundamentales, es decir lo que ahora corresponde a los procesos de amparo; en el futuro abrigamos la esperanza, los procesos de nulidad de despido ventilarán materias que ahora corresponden al proceso de amparo, con lo cual también procedería el pago de remuneraciones dejadas de percibir a nuevos supuestos jurídicos; no existiendo justificación objetiva, por ahora, no disponer el pago de remuneraciones dejadas de percibir.

Finalmente, conviene anotar que el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial, dadas por las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República que son publicadas en el Diario Oficial "El Peruano", las mismas que fijan principios jurisprudenciales que son de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. De ahí que estando al uniforme criterio dado sobre el particular, considero que debe ser solo la justicia laboral (la encargada) de substanciar los procesos de pago de remuneraciones devengadas.

IV. REPOSICIÓN EN PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A partir de la sentencia vinculante del Tribunal Constitucional dado en el Expediente N° 206-2005-PA/TC, los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad pública,

12. Alonso Olea, Manuel y Casas Baamonde, María Emilia. Derecho del Trabajo. 19° Edición revisada. Madrid 2001, paginas 466 y 472.

deben tramitar su reposición al empleo a través del proceso contencioso administrativo, salvo que el derecho reclamado tenga la urgencia o la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. También el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental.

En tal sentido, logrado la reposición del trabajador a través del proceso contencioso administrativo, la pregunta que surge es si, en este mismo proceso puede ordenarse el pago de remuneraciones dejadas de percibir o debería iniciar uno nuevo. En caso que su pago haya formado parte del petitum (acumulación originaria objetiva), es evidente que debe existir pronunciamiento sobre el particular; pero en caso que no haya sido incorporado dentro de petitum no podría el Juez pronunciarse porque incurriría en incongruencia procesal (*extra petitum*), en tal caso debería iniciar un nuevo proceso contencioso administrativo.

En cuanto a la procedencia o no de su pago en esta vía, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, se ha inclinado por disponer su pago con los mismos criterios dados para los procesos de amparo, así lo indica en su sentencia casatoria N° 1154-2001-Lima¹³, en cuyo décimo considerando, indica que el pago de remuneraciones devengadas por trabajo no realizado producto de una suspensión imperfecta está regulado por el artículo 40° del Decreto Supremo 003-97-TR, norma que establece en forma imperativa que el abono por el período no laborado, debiendo aplicarse analógicamente al caso de autos para regular el pago de las remuneraciones devengadas en el sector público a efectos de lograr una solución razonable de la presente controversia.

Similar criterio lo ha vertido en un proceso contencioso administrativo tramitado por un trabajador de la Dirección Regional de Trabajo de Junín contra el Consejo Transitorio de Administración Regional de Junín, hoy Gobierno Regional de Junín, Expediente N° 1422-2002 – Junín, donde la misma Sala Suprema al absolver el grado por recurso de apelación de sentencia, que además de declarar nula la resolución de cese por excedencia, ordena el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

V. RECLAMACIÓN EN PROCESOS CIVILES

Como he indicado líneas arriba, al no existir regulación expresa sobre el particular, existen también pronunciamientos dados por la justicia civil que a través de la pretensión de indemnización por daños y perjuicios (daño emergente, moral, lucro cesante, a la persona) disponen su pago dentro del marco de la responsabilidad civil contractual. En efecto, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en la Sentencia Casatoria N° 3871-2001-HUAURA de fecha 10 de noviembre de 2003, resuelve una demanda de indemnización por daños y perjuicios fijando el monto prudencialmente en S/.3,000.00 que cubre el daño emergente, lucro cesante y daño moral.

De modo que en esta vía no existe impedimento para demandar el pago de daños que pudieran haber surgido con ocasión del despido como el daño moral, daño

13. Publicado en el Cuadernillo Sentencias en Casación del Diario Oficial El Peruano el 28 de Febrero de 2003, pagina 10266.

emergente y quizá daño a la persona, aún cuando éste último según un sector de la doctrina civil solo corresponde la responsabilidad extracontractual. En la Corte Superior de Justicia de Junín, existen pronunciamientos dados en las diversas Salas Mixtas y Salas Descentralizadas que tiene el mismo sentido de la sentencia casatoria de que también puede ser tramitado en los Juzgados Civiles.

VI. CONCLUSIÓN

Es axiomático que ante un despido nulo, incausado, fraudulento o con lesión de derecho fundamentales tramitados en un proceso de amparo, procede el pago de remuneraciones dejadas de percibir y demás derechos laborales en la vía del proceso ordinario laboral, como también procede el pago de indemnización por daños y perjuicios en la vía civil. Osea la competencia por razón de materia para el pago de lo dejado de percibir por el tiempo del despido no está aún del todo clarificado, por lo que urge una regulación expresa y clara que recoja los pronunciamientos de los tribunales de justicia a fin de que los justiciables no tengan duda sobre su trámite. Juzgo que la vía laboral sería la más conveniente para el trabajador por su carácter especializado y de contratante débil, y le permite desenvolverse mejor por la protección tuitiva que le ofrece el Derecho del Trabajo, cosa que no sucede en el proceso civil cuyas reglas permiten considerarlos como iguales cuando en la realidad son desiguales.

EL DERECHO COMO LIBERTAD, EL DERECHO COMO CIENCIA

Dra. Isabel Betty Mendoza Munguía
Relatora 1ra. Sala Mixta de Huancayo

El hombre es libertad. Libertad simplemente para ser, para ser esto o aquello, la conducta es la aparición de la Libertad en el mundo fenoménico, la libertad es como un ave que para volar necesita resistencia del aire. La libertad tiene necesidad ontológica de otras existencias libres y de cosas. La Libertad es coexistencia, compresencia. La libertad es pura decisión. La conducta es su exteriorización, su aparición en el mundo fenoménico.

La conducta humana es objeto de derecho, como tal, vida viviente, dinámica, libertad que se fenomenaliza, acciones y omisiones, exteriorización de la libertad, por ello es importante saber que una de las formas de la libertad es el Derecho, por tanto el objeto de derecho como conducta humana en su relación con otras conductas, mencionada a través de las normas, de lo dicho, cabe resaltar que las normas son los juicios con que pensamos a ese objeto que es la conducta, siendo de carácter imperativo, teniendo como verbo el deber ser, de ahí el objeto del derecho por ser conducta, es vida que se hace a cada instante, vida viviente que puede detenerse al ser pensada como normativamente, que puede esquematizarse como pensamiento, por lo que el Derecho como pensamiento se refiere a la conducta humana en relación con otras conductas humanas, a unas libertades fenomenalizadas al entrar en relación con otras libertades que aparecen en el mundo fenoménico.

Por lo que, el Derecho como objeto es conducta humana en su interferencia intersubjetiva, es decir interferencia de libertades que se exteriorizan y que, por ello, se hacen objetivas, por eso las normas con que pensamos esta conducta en su interferencia intersubjetiva son bilaterales y, al ser ellas objetivas, permiten coercibilidad.

La conducta humana aparece en la dimensión de la coexistencia de la vida humana, en la interferencia intersubjetiva de acciones, siendo importante precisar que no toda conducta en su interferencia es objeto del Derecho, pueden existir acciones humanas de un sujeto en relación con las de otro que no tengan nada de jurídico. La conducta humana es el objeto de las normas jurídicas, pero la conducta humana es también el objeto de otros órdenes normativos.

Toda conducta como libertad que se exterioriza, comporta un preferir valorativo, entonces podemos decir que la conducta humana es objeto de Derecho - vida viviente en su relación intersubjetiva - coexistencia -, mentada por normas coercitivas - representación intelectual de la conducta- que realiza o deja de realizar determinados valores comunitarios.

Ontológicamente el Derecho es Libertad que se exterioriza, conducta humana expresada, que entra en relación con otras conductas realizando valores jurídicos o dejando de realizarlos, aquella conducta al ser Derecho, debe ser aprendida y calificada formalmente necesita ser conocida.

Las normas, elementos lógicos, son el pensamiento de aquella conducta humana, pensamiento que se caracteriza en ciertos casos a una sanción frente a una conducta determinada. La estructura del pensamiento jurídico supone una base ontológica que es, la conducta humana, y es en ésta donde cobra unidad el Derecho, desde que ella es valorativa y dice que la norma como su pensamiento la piensa en tal calidad.

No olvidemos señalar que el valor, es un elemento que integra la realidad que llamamos Derecho, elemento cuya presencia es ineludible desde que se encuentra en el ámbito de la vida humana, haciéndose cargo del estudio de los valores jurídicos, dentro de la Filosofía del Derecho, la Estimativa o Axiología Jurídica.

El problema axiológico se elabora sobre el ontológico; por lo que la vinculación entre conducta y valor es íntima y de necesidad ontológica desde que toda conducta comporta una estimación; siendo así el Derecho es medio de realización social de determinados valores.

El Derecho, es la conducta humana, y el método de acceso la comprensión como objeto cultural que posee un sentido, que es estimativa, que ya está verificada en las normas que representan intelectualmente una conducta "comprendida", que sirven para interpretarla, por lo que la Ciencia del Derecho es una ciencia de experiencia estimativa.

Entonces podemos, decir que el Derecho, ontológicamente conducta humana, comportamiento del hombre, es en si cierta justicia, cierta seguridad, cierto orden y cierta paz.

El Derecho es coexistencia segura, justa y solidaria de libertades para realizar los supremos valores de Caridad y Amor que otorgan a la vida un sentido, de ello todo Hombre de Ley, no debe olvidar la conducta humana como objeto de la ciencia jurídica y a las normas como la estructura lógica – gnoseológica del pensar jurídico, y al Derecho como ciencia de experiencia estimativa. Y que los valores hacen a la persona más digna y, por más digna más persona, en consecuencia su práctica debe estar presente en nuestro diario que hacer.

APUNTES SOBRE LA SOCIEDAD Y EL DERECHO

Dr. Luis Manuel Páucar Bernaola
Juez del 4to. Juzgado de Familia de Huancayo.

Algunos detractores como Julius Von Kirchman en 1847 en su célebre discurso "*La falta de valor de la Jurisprudencia como ciencia*", se niegan rotundamente a reconocer que el Derecho sea una ciencia, ni siquiera que va camino a serlo, argumentando su carácter cambiante, efímero, dependiente del capricho del Legislador que con solo tres palabras puede convertir bibliotecas enteras en basura. Por ello es interesante, como necesario plantear una interrogante ilustrativa al asunto para revertir tan lapidario, como errado criterio, ya que las sociedades, la humanidad misma no serían tal, sin el aporte del Derecho, de la ciencia del derecho:

¿Es necesario el derecho para el desarrollo de la sociedad?

Podemos responder definitivamente sí. Para una mejor comprensión del tema, imaginémonos por un momento una sociedad sin el derecho, sin normas jurídicas que regulen la convivencia social, los comportamientos y conductas humanas y sin sanciones a los que infrinjan los preceptos normativos y sin un poder jurídico que los aplique.

Indudablemente que en la configuración de esa idea, de esos supuestos, rápidamente podríamos avizorar el reino del caos, la barbarie, la anarquía social, la incivilización y por supuesto el de la guerra. Pues cada uno haría, lo que cree tendría derecho hacer, para la satisfacción de sus necesidades, sin límite alguno, sin respeto, ni consideración por los otros. Pudiendo concluir en ese panorama figurado, que no sería posible, factible, ni viable desarrollo alguno de ninguna sociedad.

De lo brevemente expuesto se puede arribar a la conclusión que allí donde exista una familia, un grupo tribal, una nación, una sociedad de los hombres y la coexistencia de dichas sociedades en el orbe, existirá también siempre la necesidad ineludible, imprescindible de que exista un orden, paz, una regulación para la convivencia social de los seres humanos. Donde se establezcan los límites precisos a la actividad individual de cada persona para lograr la satisfacción de sus necesidades, pero con pleno respeto del mismo derecho que tienen los demás. Surge así la necesidad de imponer parámetros, límites, como la regulación jurídica de la libertad del individuo, bajo el razonamiento "*tus derechos terminan, allí donde comienzan los derechos del otro*". Pero como esta regla y otras no son suficientes, ni del todo seguras, el hombre crea ese instrumento formidable de convivencia social con la aspiración de equidad para todos sus integrantes: **El Derecho** entendido con el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones humanas sociales e individuales, cuya infracción acarrea una sanción para el infractor que es impuesta por un soberano (El Estado) a quien el pueblo, la nación ha delegado todo su poder para que en su nombre imponga la sanción y coerción contra aquel o aquellos que no se sujeten al ordenamiento jurídico, como forma eficaz de mantener y restablecer el orden social, surgiendo así el Estado con el ideal de alcanzar libertad, igualdad, dignidad, paz y seguridad para todos y cada uno de

los integrantes de una sociedad, de un país determinado.^{1,2,3.}

Sólo sobre esta estructura, conceptos y conocimientos jurídicos sistematizados sólidos en que se erige el Derecho es posible el desarrollo de una Sociedad en el vasto campo y multilateralidad de sus actividades.

En conclusión y en mi consideración el derecho no sólo ha sido necesario para el desarrollo de la sociedad, puesto que sería impensable su desarrollo sin el, sino también que es imprescindible, puesto que sin esta creación del hombre no hubiera sido posible la convivencia social ordenada, pacífica, equitativa del hombre con el ideal de igualdad de condiciones para todos y con respeto a su libertad, de su dignidad, con el sólo límite del respeto a la libertad de los demás.

¿ Y cómo podría demostrarse ese real, eficaz, incesante e indetenible desarrollo de las sociedades gracias al Derecho en lo que a el concierne por supuesto ?. Lo demuestran la permanente evolución de sus formas de organización, cada vez más racionales, democráticas, respetuosas de la libertad, igualdad de los individuos, en paz, seguridad y con justicia por lo menos con el ideal de alcanzarlos alguna vez, ello también explica la constante evolución del Derecho en ese norte noble y loable. El paso de la barbarie a la sociedad esclavista, a las monarquías absolutas, a la sociedad feudal, a la sociedad moderna, luego a un Estado de Derecho Democrático, sus variantes hacia una Sociedad y Estado liberal, al neo liberalismo, donde lamentablemente hoy por hoy prevalece el tener y no el Ser. Por consiguiente el Derecho en tanto ordenamiento jurídico, como regulador de la conducta humana social ha posibilitado el desarrollo cualitativo, constante e indetenible de las sociedades del orbe, así como el progreso de sus formas de organización política, económica, social, su ciencia, su tecnología, etc, es decir en todo el quehacer de la humanidad que requiera de una regulación, de un ordenamiento para proscribir la barbarie, la guerra y prevalezca la vida en civilización. Esa es la contribución constante del Derecho como ciencia, a favor de la humanidad y por ello es deber de los hombres del derecho desvelarse por su constante cuestionamiento y evolución que permita algún día a los Pueblos desterrar a los usurpadores de su Soberanía y Estado y alcanzar una sociedad más humana y justa.

1. GARCÍA TOMA, Víctor, "Teoría del Estado y Derecho Constitucional" Edit. Palestra, Lima-Perú, 2005, p131.

2. TORRES VÁSQUEZ, Anibal, "Introducción al Derecho-Teoría General del Derecho", Edit. Temis, Bogotá-Colombia, 2001.

3. MANTILLA PINEDA, Benigno, "Filosofía del Derecho", Edit. Temis, Bogotá-Colombia, 1996.

BIOÉTICA

Dr. Freddy Samuel Fernández Huauya
 Secretario Judicial del 6° Juzgado Penal de Huancayo

1.-INTRODUCCIÓN:

Quiero comenzar esta parte del tema con la frase del Doctor en medicina Jean Dausset (Premio Nobel de Medicina). *“La ciencia a dado a los hombres el dominio de la energía, la velocidad de los transportes, la instantaneidad de la telecomunicaciones, la erradicación de las numerosas enfermedades y probablemente el dominio de la vida”*, frase que encierra un verdad real que no podemos dejar de vivirlo, ya que hoy en día la ciencia medica ha avanzado con pasos agigantados que ha trastocado los conceptos básicos del derecho y permitiendo a la vez el surgimiento de nuevas ramas, como la ingeniería genética, la biología molecular y la genómica¹. Sin embargo ésta precipitada carrera de saber y de poder aparece un cuestionamiento, ya que para cambiar al hombre, hay que experimentar con el hombre, a ello se suma un dilema previo: *¿es legitimo alterar la naturaleza originaria del ser humano?*: los fundamentos científicos de estas novedosas tecnologías, la eventual necesidad de vulnerar valores fundamentales para toda la humanidad, la caracterización de los bienes jurídicos en juego, así como el rol que tanto la ética como el derecho deben reclamar en este complicado escenario. El derecho contenido como sistema regulador de conductas humanas, tiene que normar las consecuencias que se derivan del avance de la genética y en especial de la reproducción humana asistida, porque han repercutido considerablemente en los esquemas legales clásicos, que el derecho civil ha establecido para la institución de la familia como célula básica de la sociedad, los cuales tienen que ser regulado por el derecho a fin de evitar abusos y perjuicios futuros contra los seres humanos, y esta regulación debe ir de la mano con los planteamientos éticos morales con respecto a la manipulación del genoma humano y de las distintas técnicas de reproducción humana asistida, no olvidemos que entre la moral y el derecho ha existido, existe y existirá siempre una relación indisoluble porque el derecho es en esencia vida humana regida por normas que encarnan valores; debemos recordar que no sólo la moral debe presidir el uso de los avances científico en materia de biomedicina, tal como ocurre actualmente en nuestro país, sino se debe tener presente que el único punto de encuentro reconocido socialmente vinculante, es el ordenamiento jurídico, es lícito o ilícito lo que esta determinado jurídicamente, por lo que todos los planteamientos que se emitirán deben normarse jurídicamente para tener un control mas adecuado de estos juegos biológicos.

Hasta hace poco tiempo, los problemas éticos que planteaba el ejercicio de la medicina eran fácilmente superables con la aplicación del sentido común de la buena fe², es que la complejidad de los procedimientos y su trascendencia en los seres humanos era mínima, por lo que hoy en día el sentido común y la buena fe están siendo reemplazados por criterios realmente técnico para ordenar la conducta y la labor de sus

1. Es el estudio de la estructura y funciones de los genes. Es diferente a la genética, pues esta trata del estudio de la trasmisibilidad de las características físicas. La suma de ambas ciencias permitirá establecer si existe relación entre la alteración de ciertos genes y la predisposición de una enfermedad. Es para muchos una nueva forma de medicina.

2. Dexus y Calderón, “Legislación técnicas de la fecundación asistida. Punto de vista científico, Barcelona

profesionales. Esto se ha visto corroborado con el establecimiento de sanciones administrativas a fin de frenar las prácticas ocultas, es decir aquellos descubrimientos que han traspasado los linderos del laboratorio, manteniéndose tanto en anonimato como en el desconocimiento de los efectos que producen los experimentos biológicos. Para evitar mayores consecuencias es justo y necesario obligar, bajo moratorias, la publicación de todo descubrimiento médico. Como consecuencia de la especialización de estos tratamientos y habiendo surgido nuevas ramas médicas, **es la necesidad de fijar pautas morales y deberes básicos en el que hacer médico ha dado origen a la BIOÉTICA, en cargada de fijar los patrones esenciales para la correcta aplicación de la medicina y la biología en los seres vivos.**

El sustento central de la bioética es el insoslayable problema de la relación ciencia-conciencia (ciencia razonada), libertad-cautela (hacer con previsión) y desarrollo-protección (Avance con resguardo)³. Siguiendo este criterio Marta Lamas dice que la bioética expresa el dilema moderno entre la libertad individual y la responsabilidad social. Así como la auto determinación y el derecho de disponer nuestro cuerpo son principios de relevancia ética.

La bioética se presenta como una respuesta racional, lógica y equitativa frente a la aplicación, poder y eficacia de la biomedicina. Es una rama de la ética que se encarga de los problemas generados por la aplicación y ejercicio de la biomedicina.

2.- ETIMOLOGIA, DENOMINACIÓN Y DEFINICIÓN.

Bioética es una palabra compuesta que deriva de las voces latinas *BIO* y *ÉTICA*. El diccionario de la Lengua Española define dichos términos de la siguiente manera:

- "bio. (del gr. Bio-) elem. Compos. Que significa vida"⁴.
- "ética. (del lat. *Esthicus*, y éste del griego *ético*) f. Parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre"⁵.

En este sentido ha nacido una nueva reflexión de la ética cuya vinculación está en directa relación con la vida, salud e integridad somática de todo ser vivo, sensibilizado el desarrollo social. El termino *BIOÉTICA* fue propuesto en 1970 por el científico y oncólogo estadounidense *Van Rensselaer Potter*⁶. Su nombre indica una forma especial de ética en la que se conjuga el aspecto biológico y la relación con lo deberes profesionales.

En este sentido, y dada la trascendencia de la misma con la vida, los deberes y valores se le ha dado en llamar *bióderecho* o *derecho biológico*, ya que estudia la relación normativa de la correcta aplicación de los procedimientos biológicos en los seres vivos⁷. Asimismo, como parte de esta disciplina ha surgido el derecho genético que investiga correctamente la influencia de esta rama biomédica en la vida.

La bioética, según el Diccionario de la Lengua Española, es definida: "*bioética*. F. *Disciplina científica que estudia los aspectos éticos de la medicina y la biología en*

3. Derecho Genético, Enrique Farsi Rospligiosi, 4ta. Edc. Edt. Gijley, pag. 52.

4. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 21 av. Ed., Madrid, 1992, p. 293.

5. *Ibiden*, p. 924

6. Potter, V. R., *Bioethicss. Bridge to the future*, Englewood Cliffs, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1971.

7. Derecho Genético, Enrique Farsi Rospligiosi, 4ta. Edc. Edt. Gijley, pag. 53

general, así como de las relaciones del hombre con los restantes seres vivos”⁸.

Podemos entender a la bioética como una aplicación del conconciendo biológico al mejoramiento de la calidad de vida, así como a asegurar la supervivencia. Esta rama de la ciencia reconoce en su origen tres factores fundamentales: Los avances técnicos científicos ya mencionados, los cambios operadores en el concepto de la salud y en la practica medica; y la convulsión de al ética. La pregunta básica que debe responder esta rama de la ciencia es la misma que ha acosado a los científicos a través de los siglos. ¿Resulta éticamente aceptable que un científico lleve a la practica todo lo técnicamente posible?, es decir ¿Existe algún limite?, y si lo hay ¿cuál es?. Una vez que la Bioética encuentre su respuesta los juristas deberán sugerir con que instrumentos legales el estado intentará que la sociedad respeta la parte de ésa ética que ha juicio del legislador resulte obligatoria.

Enrique Varsi Ropigliosi⁹ nos dice que “*la bioética es la ciencia que se encarga de estudiar las relaciones de la ética con la vida, de los procedimientos y políticas vinculadas con la esencia vital y las márgenes en los cuales deben desarrollarse. Se sustenta en la influencia de la medicina y biología en la evolución del hombre de manera tal que, podemos decir, busca mantener, explicar y canalizar la correcta relación entre el hombre, la naturaleza y las técnicas biomédicas*”. El interés de bioética se centra en las consecuencias de las prácticas de los bioprofesionales fomentando el respeto por la vida, la salud, la integridad de las especies y la protección de la humanidad.

3.- CARACTERISTICAS.

La bioética se sustenta en los principios de la ética profesional general. Como tal, es el género dentro de la que se encuentra la ética medica propiamente dicha (medico-paciente).

Entre sus principales características tenemos:

- Nacen de un ambiente biocientífico para proteger la vida y su ambiente;
- Es un esfuerzo interdisciplinario en el que participan médicos, sociólogos, filósofos, teólogos, sicólogos y abogados, entre otros;
- Se apoya mas en la razón y en el buen juicio moral, de allí que sus principios sean de carácter autónomas y universal;
- Comprende los problemas relacionados con los valores que surgen en las profesiones de la saluda en general;
- Protege al ser humano integralmente (física, mental y socialmente);
- Valora la vida como esencia propia de la naturaleza;
- No se limita al campo humano sino que abarca las cuestiones relativas a ka vida de los animales (maltrato y experimentación) y de las plantas (medio ambiente), ofreciéndoles una protección como elemento biológicos, si bien irracionales, merecedores, pertenecientes a la biodiversidad. Es decir protege a los seres vivos en general;
- Busca la armonía en la naturaleza;
- Determina el correcto actuar científico; Se aplica a las investigaciones biomédicas sean o no terapéuticas;

8. Ibidem, p. 293.

9. Derecho Genético, Enrique Farsi Rospligliosi, 4ta. Edc. Edt. Gijley, pag. 54.

- Aborda cuestiones de orden social (salud pública), no se limita al campo estrictamente individual; Establece límites sociales a la ciencia y tecnología;
- Evita la audacia científica en contra de la vida;
- No es una ciencia teórica sino exclusivamente práctica;
- Se sustenta en los derechos humanos y en los derechos de la persona; y
- Busca conciliar el imperio de la libertad de la investigación con la primacía de la protección de la persona y la salvaguarda de la humanidad.

Como refería Noëlle Lenoir, la *"Bioética nos invita en este sentido a ser buenos, honrados y generosos, cualesquiera que sean los intereses económicos y de poder de la competición científica y, por ello, sólo puede ser universal, como ética de la responsabilidad y la solidaridad"*¹⁰.

4.- ANTECEDENTES.

La trascendencia de los dos siglos de la vida espiritual y el rol de la naturalista de la civilización occidental es, sin duda, la base fundamental del inicio de la bioética.

Es una disciplina nueva. Surge no hace más de 30 años, y se desarrolla a partir del estudio y consecuencia de la triple dimensión que tiene la medicina: científica, profesional, y asistencial, ya que estos ámbitos juegan un rol decisivo en el cambio tecnológico y axiológico de nuestra cultura. Sin embargo, Ruiz Reategui¹¹ *"dice que la bioética es un suceso epocal que acoge y expresa una de las características más peculiares de nuestro tiempo, esto es una de las realidades culturales propias de la postmodernidad"*. No obstante, está claramente establecido que la bioética surge de las ciencias biológicas, es sus diversos aspectos y formas en la que se realizan las prácticas de laboratorio y de campo, ya que estas se encargan de estudiar básicamente la vida.

Inicialmente la bioética, como disciplina autónoma, se impartía como cátedra en las facultades de filosofía y teología, luego pasa a difundirse en la medicina y recientemente en las modernas facultades de Derecho. Actualmente constituye algo así como la filosofía de la medicina, pues plantea la enseñanza de la deontología y de la epistemología médica, en términos generales, pero no limitándose exclusivamente a ellos. Su estudio y difusión se ha intensificado a través del desarrollo del análisis del Proyecto del Genoma Humano y de la tecnología del ADN¹² recombinante. Con esta técnica el hombre tiene un poder casi absoluto sobre la naturaleza ya que, actualmente, no es el azar de las leyes de la herencia sino el hombre el que puede determinar la evolución de todos los seres vivos, y por tanto la humanidad.

4.- PRINCIPIOS.

LA TRINIDAD DE LA Bioética, como así se le llama a los principios que inspiran la protección de la vida y el fomento de los métodos de salud, se sustenta en los siguientes postulados:

10. Entrevista realizada por Bahgat Elnadi y Abdel Rifaat, en el correo de la UNESCO, setiembre de 1994, p.5.

11. Tomado del libro de derecho Genético, Enrique Farsi Rospligliosi, 4ta. Edc. Edt. Gijley, Pág. 56.

12. Ácido desoxirribonucleico. Elemento químico que está compuesto por los genes, es uno de los ácidos más importantes, responsable de la transmisión de la herencia a través de la reproducción.

a).- Principio de respeto por las personas.

El Hombre por su esencia y estado natural no puede ser objeto para la ciencia. La libertad de las investigaciones no deben atentar contra la individualidad del mismo, esto en base a los derechos fundamentales de la persona como son el derecho de todo ser humano a la vida, a la integridad física y así como al derecho de la familia y del hijo (Art. 1.1 y 4 de la Cosnt. Política del Estado). Dentro de este principio se incluye los casos de información y el consentimiento que debe permitir al paciente. De allí que sea conocido en la doctrina, también, como el principio de autonomía, significando que debemos tratar a las personas respetando su libertad y autodeterminación.

b).- Principio de Beneficencia.

Todo procedimiento o medida médica aplicada al ser humano debe basarse en la utilidad, beneficio y solidaridad de sus resultados. Es decir, los fines que se busca con las intervenciones medicas con positivas y de orden terapéuticos. Todo acto que tienda a perjudicar la vida debe ser evitado.

c).- Principio de Justicia.

No debe establecerse discriminación alguna en la aplicación y ejecución de los tratamientos médicos. Todos los seres humanos tienen igual derecho a ser asistidos clínicamente y de acuerdo a las necesidades y urgencia que requiera su salud. La igualdad en el tratamiento científico es fundamental.

5.- DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS BIOÉTICOS.

La gran parte de declaraciones Bioéticas se sustentan esencialmente en los siguientes postulados:

- El Embrión es un ser humano y posee todos los derechos necesarios para su protección;
- La ciencia y la técnica no se fundamentan en procedimientos atentatorios contra la dignidad del ser humano;
- El matrimonio y la familia son la esencia de la transmisión y desarrollo de la vida;
- Se prohíbe la manipulación genética.

Las declaraciones en general establecen como principio básico el desechar el *imperativo tecnológico* sustentado en que *se debe hacer siempre todo aquello que es técnicamente posible, de lo contrario se bloquea a la ciencia*¹³. Esto en virtud que la técnica sin la ética atropella al hombre, y el hombre no es sólo una suma de componentes químicos (cuarenta kilos de agua, diecisiete de grasa, cuatro de fosfato de cal, uno de albúmina, cinco de gelatina, carbonato de calcio, almidón, azúcar, cloruro de calcio y sodio) sino que también, es espíritu, razón y libertad¹⁴.

13. No todo lo que se puede fácticamente hacer, es justo. Hay límites humanos, límites éticos, leyes impuestos por las leyes objetivas de la naturaleza. La distinción entre lo que se puede y lo que se debe hacer, entre los compartimientos posibles y los comportamientos justos, parece clara y difícilmente discutible. (Martines Doral, Introducción a la Deontología biológica, Navarra, 1987, p.4).

14. Derecho Genético, Enrique Farsi Rospligliosi, 4ta. Edc. Edt. Gijley, Pág. 60.

La vida no es un asunto de *calidad total* como un proceso productivo o de servicio, no es asunto de *cero defectos*. La vida es lo más sagrado que existe y la esencia vinculante del derecho, como tal se le debe respetar, y no puede ser un objeto de laboratorio.

Ya el estatuto y Protocolo del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología menciona en su preámbulo la necesidad de desarrollar y aplicar la utilización pacífica de la ingeniería Genética y la Biotecnología¹⁵ en beneficio de la humanidad.

Martínez Doral¹⁶ plantea dos proposiciones complementarias que han sido también reconocidas:

- Por muy deseable o convenientes que parezcan determinadas conductas, si hay imperativo ético que la prohíben, no deben ser realizados.
- Por muy penoso o existente que aparezcan determinados comportamientos es preciso realizarlo cuando así lo prescribe un deber ético.

En otras palabras, hay cosas que no pueden hacer desde el punto de vista ético aunque puedan hacer materialmente, y hay cosa que no se pueden dejar de hacer honradamente, aunque si se pueden dejar de realizar fácticamente.

6.- VINCULACIÓN CON OTRAS RAMAS.

La bioética es una ciencia "*pluridisciplinaria*". Los avances biológicos se ven determinados, de manera general, por cuentones certficas, filosóficas sociales, ética, económicas, religiosas y jurídicas sustanciándose un sin número de interrogantes en la medida que las intervenciones atañen a los seres vivos, esencialmente al hombre.

Sin embargo, la relación mas cercana, en lo referente a su aplicación técnica la tiene con la siguiente disciplina biológicas: Genética, Biotecnología, Ingeniería Genética y Biología Molecular. Con estas disciplinas Biocientíficas, cuyos progresos son diarios y por demás vertiginoso, el hombre por vez primera tiene el poder de transformar a los seres vivos de manera programada y con fines predeterminado.

7.- CASOS MÉDICOS DE APLICACIÓN DE INTERES PARA BIOÉTICA.

Los casos más típicos de la incidencia moral en el ejercicio de la medicina y la correspondiente repercusión bioética son:

- El aborto;
- La eutanasia;
- La distanasia;
- Las técnicas de reanimación o resucitación;
- Los métodos anticonceptivos;
- Las técnicas de reproducción humana asistida;
- Las investigaciones genéticas;

15. Suscrito en Madrid el 13 de Setiembre de 1993 y en Viena el 4 de Abril de 1994. Publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, Lima, 8 de Abril de 1995.

16. Op. Cit. P.3.

Varios

- La manipulación genética;
- La selección de sexo en el futuro embrión;
- Los análisis pre y post natal;
- La adecuación del sexo;
- La eugenesia;
- La esterilización;
- La investigación de fármacos en seres humanos;
- El rechazo en hospitales de los enfermos terminales, con ida o que no cancelen su garantía;
- La deshumanización e institucionalización de la atención médica, el suicidio, los trasplantes e general; la implantación de piezas mecánicas, electrónicas o computarizadas en el cuerpo humano (*ciborg o bionics*);
- La creación de nuevas especies ;
- La utilización de órganos, tejidos, sustancias y producto de embriones abortados, etc.

Asimismo, tenemos en el ejercicio de **Ingeniería Genética en microorganismos**:

- Bacterias;
- Plantas y animales;
- El trasplante de células modificadas;
- La tecnología genética aplicada en el hombre;
- La terapia humana por recombinación de ADN;
- La transferencia de genes;
- La creación artificial de genes;
- La manipulación del patrimonio genético humano con fines eugenésico (la creación de superhombres o microhombres).

Estos casos representan un atentado directo contra la dignidad, identidad e integridad del ser humano, por lo que deben ser regulados de inmediato. Estas intervenciones, experimentaciones o manipulaciones "*pueden desencadenar una perturbación irreversible el orden del cosmos*"¹⁷ de allí que es importante fijar las sanciones administraciones, civiles o penales, de ser el caso, a fin de erradicar de deshumanización e imponer la institucionalización e imponerla institucionalización de la correcta práctica médica.

8.- CONCLUSIÓN.

En la segunda mitad de este siglo, la biociencia se ha desarrollado enormemente tanto en beneficio propio como en desmedro del hombre, in medir las consecuencias.

La bioética que vela por la vida, identidad, integridad, y salud de los seres vivientes, trata de frenar a través de normas y principios el vertiginoso desarrollo de la sociedad tecnológica. Vela en otro tanto, porque los progresos científicos y tecnológicos no se vuelvan en contra de la humanidad, asegurando que no se utilicen como arma de destrucción, sino como fuente de bienestar y progreso. En definitiva, busca dar el matiz humano a lo técnico científico.

López Moratalla, N. y Santiago, E., "manipulación genética por trasferencia de genes", en Deontología Biológica, op. Cit., p. 311.

Es prioritario comenzar a difundir los principios conservadores de la bioética como son el respeto a la persona, la beneficencia y la justicia con el objeto de defender a la especie humana, sin perjuicio que ello implique un freno o límite al progreso de las ciencias biológicas. Por el contrario, es necesario lograr un justo y coherente desarrollo en beneficio de la humanidad. Esta, sin ciencia, in avances o descubrimientos científicos, se vería limitada en la satisfacción cada vez mayor de sus necesidades vitales.

Ciencia con conciencia es ideal que, como defensores de la vida y de la especialidad de la misma debemos buscar. En este aspecto las profundas transformaciones de la sociedad tecnocientífica tienen que estar acompañadas de un movimiento ético claro y exacto que proteja lo esencial, la vida.

BIBLIOGRAFÍA.

1. RODRIGUEZ CADIAPONCE, María del Rosario. "Derecho Genético – Técnicas de Reproducción Humana Asistida". Editorial San Marcos. Edición 1997. Páginas de 17 a 33. Lima-Perú
2. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Derecho Genético – Principios Generales. Editorial San Marcos. Tercera Edición 1998. Páginas de 151 a 170. Lima-Perú
3. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Derecho Genético". Editorial Grijley. Cuarta Edición 2001. Lima-Perú
4. RUBIO CORREA, Marcial. "El ser Humano como Persona Natural". Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Edición 1995. Lima-Perú.
5. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "El derecho de las Personas" (en el umbral del siglo XXI). Editorial Ediciones Jurídicas – Printed In Perú. Primera Edición 2002. Lima-Perú.
6. RUBIO CORREA, Marcial. "Reproducción Humana Asistida y Derecho" (Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio). Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición 1996. Lima-Perú.
7. GONZALES MANTILLA, Gorki. "La Consideración Jurídica del Embrión In Vitro". Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición 1996. Lima-Perú.
8. FLINT BLANCK, Pinkas. "La Revolución del Derecho de Seguros y del Derecho Laboral" (Genética y Derecho: El Proyecto Genoma Humano). Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición 1998. Lima-Perú.
9. MORANTE VALVERDE, Ricardo. "Derecho Genético" ("Reflexiones Jurídicas Planteadas por la Técnicas de Reproducción Humana Asistida"). Editorial Grafica Horizonte. Edición 2001. Lima-Perú.
10. MORAN DE VICENZI, Claudia. "El concepto de Filiación en la Fecundación Artificial". Editorial Ara Editores E.I.R.L. Edición 2005. Piura-Perú.
11. MANUEL ATIENZA. "Bioética, Derecho y Argumentación" (Pensamiento Jurídico Contemporáneo). Editorial Temis S.A. Edición 2004. Bogotá - Colombia

REGIMEN JURÍDICO DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS, SEMI LIBERTAD Y LIBERACIÓN CONDICIONAL.

(.) Cristóbal Rodríguez Huamán

Introducción. 1.-La pena y su finalidad. 1.1.- La resocialización. 1.2.- El tratamiento penitenciario. 2.-El régimen penitenciario. 3.- Naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios, referencia a la Semi Libertad y Liberación Condicional. 3.1.- Los beneficios penitenciarios como derechos subjetivos. 3.2.- Otras concepciones. 4.- La aplicación temporal de la ley de ejecución penal y beneficios penitenciarios. 4.1.- Alcances del artículo VIII del título preliminar del Código de Ejecución Penal. 5.- La prohibición de beneficios penitenciarios. 5.1.- Derecho a la igualdad. 6.- El rol del juez en la ejecución penal_ referencia a los beneficios penitenciarios de Semi Libertad y Liberación Condicional. 6.1.- Procedencia por decisión judicial. 6.2.- Improcedencia por decisión judicial. 6.3.- El Habeas Corpus contra la denegación de beneficios penitenciarios por decisión judicial. Bibliografía. Notas.

Introducción.

Para quien es sometido al sistema punitivo, con la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad efectiva terminan algunos de sus problemas; pero después de la condena o con la condena misma comienzan otros; aquellos que surgen de la ejecución penal, de la relación jurídico penitenciaria.

No es propósito del presente trabajo, ocuparse de la ejecución penal y su problemática teórica, penitenciaria, social, política ni siquiera jurídica; sino únicamente de parte de esta, de los beneficios penitenciarios de Semi Libertad y Liberación Condicional, del régimen normativo que a ellos se refiere, tal cual se entiende se encuentra establecido.

Ocuparse del régimen normativo de los beneficios penitenciarios, ya referidos, obliga a que se analice el momento de la producción legislativa, ya que en este momento el legislador acude a criterios como el de la inseguridad ciudadana, o la mayor frecuencia o incidencia de determinados delitos, o cuando la situación del país así lo amerite, por no decir el contexto político en que tenga lugar ese momento legislativo; y la respuesta legislativa será o el sobre penalizar conductas delictivas, o el prohibir beneficios penitenciarios para ciertos delitos o hacer más gravosas las condiciones para concederlos.

En cambio, el momento de la aplicación de las normas referidas a los beneficios penitenciarios, incumbe a los jueces, y estos habitualmente han creado una rutina formalista en el procedimiento de concesión de los beneficios penitenciarios. Por lo general las decisiones de los jueces suelen adoptarse como si dependieran exclusivamente del recuento de los recaudos que trae la solicitud. Si ellos están completos se declara procedente la concesión del beneficio sin más trámite, si los recaudos están incompletos, entonces el beneficio debe ser denegado.

(.) Cristóbal Rodríguez Huamani, Juez Especializado en lo Penal de Huancayo, de Reos en Cárcel, Terrorismo y Derechos Humanos.

El momento y el como actúan los jueces ha cambiado; el presente trabajo, pretende contribuir a ese cambio, en sentido positivo; proporcionando a los operadores jurídicos una visión del programa normativo de los beneficios penitenciarios. Ello en procura de superar las disfunciones que se presentan. Lo que favorecerá fundamentalmente a quienes se encuentran privados de libertad.

Este es sólo una descripción, que lejos de agotar el tema, se limita a exponerlo.

Toda esta exposición, sólo tendrá significación a la luz del derecho propio de un Estado Constitucional, en el cual, los derechos fundamentales, limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho, como lo tiene ampliamente dicho nuestro Tribunal Constitucional.

1.- La pena y su finalidad.

Nuestro momento histórico cultural (cultural jurídico), nos permite afirmar que nuestro Derecho es el de un Estado Social y Democrático de Derecho; y será en la Constitución de ese Estado, donde deba buscarse los fundamentos del Derecho Penal; identificarse el programa penal de la Constitución.

La justificación de la pena, y por ende del Derecho Penal, es tarea acometida históricamente por la Ciencia Penal, específicamente por las Teorías de la Pena; la que se justifica y explica a través de la función social que se le atribuye.

Entonces, ¿que función o cometido se le asigna al Derecho penal y a la pena en nuestro ordenamiento jurídico? A decir de Mir Puig el modelo de Estado impone una función de prevención limitada; es decir, el *Ius Puniendi* estatal debe ser ejercido conforme a ciertos límites. Que el Estado sea de derecho impone los límites derivados del principio de legalidad, en sus aspectos de garantía (*lex scripta, lex stricta*), garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución. Que el Estado sea social le impone la obligación de proteger a la sociedad, a través de la protección de bienes jurídicos, y es esta obligación que fundamenta su intervención; entran en juego los principios de subsidiariedad y el carácter fragmentario. Que el Estado sea democrático, le impone al Estado la obligación de respetar al ciudadano, en su dignidad, asegurarle condiciones para participar en la vida social, realizar sus proyectos de vida. Se fundamentan así principios político criminales, como el de Humanidad, Culpabilidad, Proporcionalidad y Resocialización.

Así se entiende entonces la regulación del artículo uno de la Constitución. "La persona humana y el respecto de su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y el Estado", el artículo 139.22 El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. El artículo I del Título Preliminar del Código penal "Este Código Tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad, el artículo IX.- La pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora..." Estas normas dejan en claro que nuestro sistema normativo le asigna al Derecho Penal y a la Pena una función preventiva general y especial a la vez, habiendo adoptado, siguiendo a Roxin, la llamada teoría unitaria, "El significado de la prevención general y especial se

acentúa también de forma diferenciada en el proceso de aplicación de Derecho Penal. En primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales (...). Por último en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial (...), que sólo menciona la (re) socialización como fin de la ejecución”.

Nuestro Tribunal Constitucional (1), es claro en este punto y lo expone;

“En consecuencia, las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientada a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada.

En primer lugar en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en “(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia(...)” (Artículo 44 de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del art. 2º de la Constitución).

Así mismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de la libertad personal, y su quantum específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la delincuencia (prevención especial de efecto inmediato. Finalmente en el plano de la ejecución de la pena, esta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución).”

El Derecho Penal y la pena en nuestro caso, tienen por función la protección de la persona humana y de la sociedad a través de la protección de bienes jurídicos, para ello se recurre a la prevención tanto general como especial. Esos principios- límites están regulados en la Constitución como en el Código Penal, Código de Procedimientos Penales aún en la transición que vivimos hacia el Código Procesal Penal y en el Código de Ejecución Penal.

1.1.- La Resocialización.

Si lo que interesa es ocuparse de los beneficios penitenciarios de Liberación Condicional y de Semi Libertad; necesariamente existirá un condenado a pena privativa de libertad efectiva, mediante una sentencia firme y que se está ejecutando. Será a este condenado a quien se le aplicará el tratamiento resocializador, como lo regula el artículo II del Título preliminar del Código de Ejecución Penal y es que la resocialización, o prevención especial positiva, tiene lugar durante la ejecución penal.

Al respecto el tribunal Constitucional (2), expone: ***“Al margen de la polémica***

sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el "régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad", en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados." Puede verse de la jurisprudencia del Tribunal, que este criterio es reiterado (3).

Puede advertirse sin embargo, que a diferencia del artículo 139 inciso 22 de la Constitución, concordado con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 5.6. regula que "**Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.**", que aquellos se refieren a los fines del régimen penitenciario, y en esta a los fines de la pena privativa de libertad. Al respecto Bernaldes (4) dice, "**Por régimen penitenciario se debe entender el conjunto de provisiones estatales para la readaptación social de los penados. La pena, en sentido lato, es sinónimo de castigo. Queda entonces la interrogante de si lo que se busca para un delincuente es, en primer lugar, el castigo, para luego reeducarlo.**"

En el sentido que se da al presente trabajo, en describir el programa normativo en materia de ejecución penal y específicamente de beneficios penitenciarios, no corresponde ocuparnos del debate o críticas a los éxitos o fracasos del programa resocializador, es decir, a lo ocurrido en estos últimos años para que desde la creencia optimista, alegre y confiada en la resocialización se haya pasado ahora a un escepticismo amargo, pero realista, que cuestiona las bases mismas de ese programa. Tampoco nos referiremos a nuestra realidad penitenciaria ni a las disfunciones habidas en el tratamiento penitenciario, ni en el régimen penitenciario, ni en la ejecución penal.

1.2.- El Tratamiento Penitenciario.

Si la resocialización es la finalidad de la pena, durante la etapa de ejecución; será el tratamiento penitenciario el medio por el cual se persiga esa finalidad, así lo regula el artículo 60 de Código de Ejecución Penal; "El tratamiento penitenciario tiene como objetivo, la reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad."; que características, modalidades, y principios deban orientarlo, que dificultades presenta, no es algo de lo corresponde ocuparnos aquí. Pero si se puede decir que el tratamiento a de ser progresivo, individualizado y grupal, complejo y voluntario. El carácter progresivo del tratamiento incluye a los beneficios penitenciarios, específicamente a la Semi Libertad y la Liberación Condicional.

Se define el tratamiento penitenciario como el trabajo en equipo de especialistas, ejercido individualmente sobre el delincuente, con el fin de anular o modificar los factores negativos de su personalidad y dotarle de una formación general idónea, para así apartarle de la reincidencia y lograr su readaptación en la vida social; también se le define como una acción individualizada tendente a modificar favorablemente aquel sector de la personalidad del interno que influye, facilitando o provocando, su delincuencia o estado peligroso.

2.-El Régimen Penitenciario.

Este se conforma por el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica, que permita alcanzar el ambiente ordenado para el éxito del tratamiento y retención y custodia de los reclusos. Se le define también como el marco normativo externo necesario para que el tratamiento se produzca; existe una relación entre el régimen como presupuesto y el tratamiento como desarrollo de las medidas resocializadoras. Esta regulado en el Título Preliminar artículo II del Código de Ejecución Penal, y comprende a los beneficios penitenciarios.

A diferencia lo que se entiende por régimen penitenciario la llamada Ejecución penal, es una actividad ordenada y fiscalizada por los órganos jurisdiccionales para lograr el cumplimiento de los títulos de ejecución. Las actividades encaminadas a dar cumplimiento a la sentencia condenatoria o dicho de otro modo, a hacer efectivo el derecho estatal de castigar reconocido en la sentencia. Ello porque corresponde a los jueces hacer ejecutar lo juzgado, fiscalizar la actividad de la administración penitenciaria, salvaguardando los derechos de los internos y corrigiendo los abusos y desviaciones que pudieran producirse en el régimen penitenciario; esto incluye, supuestos de modificaciones de pena por adecuación. De este modo es claro el carácter subordinado e instrumental de la administración penitenciaria a los órganos jurisdiccionales encargados de la ejecución, toda vez que la administración penitenciaria se constituye por el modo y la forma en que las resoluciones judiciales son ejecutadas. En este contexto se enmarca el art. VI del T. preliminar del Código Penal cuando prescribe que no puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que al desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente.

Queda claro entonces que en la fase de ejecución, se le ha asignado a la pena, al régimen penitenciario, al tratamiento penitenciario y a la ejecución penal la función de resocialización del interno.

3.- Naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios, referencia a la Semi libertad y Liberación Condicional.

Estos beneficios penitenciarios permiten seguir el tratamiento penitenciario en libertad y sujeto a reglas de conducta, reducen el tiempo de condena intramuros, pero no reducen ni extinguen la pena; ya que la semi libertad y la Liberación Condicional, permiten cumplir el restante de la pena extramuros. A diferencia de la redención de la pena por el trabajo y la educación, que si permiten la reducción de la pena.

3.1.- Los beneficios penitenciarios como derechos subjetivos.

El Tribunal Constitucional ha definido;

“ Es menester enfatizar que los beneficios penitenciarios pueden ser estimados como **derechos subjetivos** de los internos, ciertamente condicionados, porque su aplicación no procede automáticamente por el solo hecho de que quien lo solicita se encuentre privado de su libertad, sino que están sujetos a presupuestos establecidos en la norma, los que aun si fueran cumplidos por el sentenciado no constituyen un factor

decisivo para su concesión, pues su otorgamiento estará librado a la evaluación judicial de si el condenado se encuentra apto para ser reincorporado a la sociedad,...”(5). Este criterio es mantenido en la Sentencia Expediente N° 1593-2003-HC/TC fundamento 17. Caro Coria es de la misma opinión. (6)

Pero además, según el criterio del tribunal constitucional, son derechos subjetivos que en la etapa de producción legislativa el legislador puede preverlos, no preverlos o incluso prohibirlos y en el momento de la aplicación del derecho, el juez denegarlos; o en fin regularlos de una u otra manera con más exigencias o menores exigencias, y no por ello se afectan los derechos a la igualdad ni el derecho a la libertad personal.

“Dentro de las condiciones como se ejecutará la pena, se encuentra, desde luego, la posibilidad de que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello obedece y es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que estos principios suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los ppositos de las penas hubieran sido atendidos.”

Agrega:

“Sin embargo, la no concesión de beneficios penitenciarios... (...), no es, per se, contrario al inciso 22 del artículo 139 de la Constitución. No se deriva, en efecto de dicho dispositivo constitucional, un mandato al legislador para que los prevea en la ley, en cuya ausencia, negación u omisión, este pueda incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.” (7)

3.2.- Otras concepciones.

En nuestro caso, Brusset Salas, concibe a los beneficios penitenciarios como instituciones penológicas de ejecución, constituyen **mecanismos legales** tendientes a estimular las actitudes readaptativas de los penados, cuya regulación debe guardar congruencia con la función integral que a nuestro sistema penal le asigna la pena, por lo que corresponde al Estado graduarlos adecuadamente en función de sus lineamientos de política criminal.

También Small Arana, los define; como“... los beneficios penitenciarios son verdaderos **incentivos**, concebidos como derechos espectacivos de los internos que le permitirán observar las normas de conducta en el campo penitenciario tendientes a lograr una menor permanencia en el establecimiento penal mediante los mecanismos de la redención de la pena por el trabajo y la educación, para luego alcanzar la semilibertad y la liberación condicional, accediendo paulatinamente a la libertad, por ello es que los beneficios penitenciarios no pueden concebirse como un derecho ni como una gracia;..” Este autor los define también a fojas 66 a 69 les denomina gracias, derechos subjetivos, incentivos,

Por su parte Meini Méndez, refiere que los beneficios son una **prerrogativa**, cuyo titular puede o no ejercer. Su conseción es inexigible por parte del eventual beneficiario. Ya que corresponderá al juez, según su criterio si otorga o no el beneficio. A diferencia del derecho, el cual es exigible, ya que es una pretensión oponible a terceros.

Por su parte el Artículo 165 del Reglamento del CEP, los define como: “...,”

estímulos que forman parte del tratamiento progresivo y responden a las exigencias de individualización de la pena, considerando la concurrencia de factores positivos en la evolución coadyuvantes de su reeducación y reinserción social. Deben ser tramitados y resueltos en los plazos establecidos en el Código”

Refiriéndose a los beneficios penitenciarios que acorten la condena (como en nuestro caso son la Semi Libertad y la Liberación Constitucional), el artículo 202 del Reglamento de Prisiones en España, los define como medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o la del tiempo efectivo de internamiento. En consecuencia, los beneficios penitenciarios en general y los que nos ocupan en particular, *son mecanismos* que persiguen estimular la conducta del interno para contribuir a su reinserción social y mantener un clima positivo de convivencia en el establecimiento penitenciario.

Lo cierto es que los beneficios penitenciarios que permiten cumplir la pena extramuros son instituciones que se relacionan íntimamente con el tratamiento penitenciario; a tal punto que depende del éxito de aquel, ya que para ser otorgados, supone, que el tratamiento penitenciario a logrado su fin resocializador

4.- La aplicación temporal de la ley de ejecución penal y beneficios penitenciarios.

Este quizá sea el tema que con mayor apasionamiento, y mayor interés haya sido tratado, por quienes se han ocupado del tema. Siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, este parte por establecer una diferenciación de las normas en cuanto a que rama del derecho penal corresponde la ley materia de aplicación, si al Derecho Penal material o al Derecho Procesal Penal; expone así: ***“Específicamente, en el ámbito del sistema jurídico penal, el problema de la ley aplicable en el tiempo está supeditado a si la disposición se deriva del Derecho Penal material, del derecho procesal penal o del derecho de ejecución penal; y es que, “Cuando se presenta una sucesión de leyes penales aplicable a un determinado supuesto de hecho en el lapso que va desde la comisión del delito hasta su enjuiciamiento y, más allá, hasta la finalización de la condena impuesta, surge la cuestión relativa a la selección de una de ellas para la resolución del conflicto planteado”.***(8)

4.1.- Alcances del artículo VIII del título preliminar del Código de Ejecución Penal.

El Artículo VIII del Título preliminar del Código de Ejecución Penal, prescribe “La retroactividad y la interpretación de este código se resuelve en lo más favorable al interno.”

Debe diferenciar aquí, dos supuestos de esta norma, primero, la aplicación retroactiva más favorable de la norma, y segundo, la interpretación más favorable de la norma.

Respecto de la aplicación retroactiva más favorable de la norma de ejecución penal, el Tribunal Constitucional dice: “ ..., tomando en cuenta que la ley aplicable es la vigente al momento de presentarse por ejemplo, la solicitud de acogimiento a los beneficios penitenciarios, determina que una nueva ley pueda ser aplicable retroactivamente en aquellos casos en los que, a pesar de que la solicitud se presentó durante la vigencia de una ley anterior, la nueva ley establece condiciones más

favorables para acceder a los beneficios penitenciarios.

De manera que si, prima facie, tal solicitud debe resolverse conforme a la ley vigente al momento de presentarse tal petición, se aplicará la nueva ley, siempre que esta regule tal materia de manera más favorable a las expectativas del interno." (9). Este criterio es reafirmado en el fundamento 13 último párrafo de esta misma sentencia, así como en el fundamento 10 de la Sentencia Exp. N° 2196- 2002-HC/TC.

Respecto a la interpretación más favorable de la norma, el Tribunal Constitucional expone;

"(...) En este último caso, en efecto, ya no se está ante un supuesto de dos o más leyes que pugnan por ser aplicadas para resolver una determinada materia, sino frente a una sola disposición cuyo sentido prescriptivo admite diversas formas de comprensión. En tal supuesto, como dispone el artículo VIII del Código de Ejecución penal, el operador jurídico ha de aplicar dicha disposición en el sentido interpretativo que sea más favorable al interno." (10)

5.- La prohibición de beneficios penitenciarios.

La regulación de los beneficios penitenciarios se ha tornado en un tema cuyo tratamiento depende del contexto político existente, de si hay o no seguridad ciudadana, o si el número de infracciones por determinados delitos ha aumentado. La respuesta del legislador es prohibirlos, o agrava los términos para que se concedan, a tal propósito su regulación es constantemente modificada. En relación a esta práctica, el Tribunal Constitucional, expone;

"Dentro de las condiciones como se ejecutará la pena, se encuentra, desde luego, la posibilidad de que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello obedece y es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que estos principios suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de las penas hubieran sido atendidos."

Agrega: "Sin embargo, la no concesión de beneficios penitenciarios... (...), no es, per se, contrario al inciso 22 del artículo 139 de la Constitución. No se deriva, en efecto de dicho dispositivo constitucional, un mandato al legislador para que los prevea en la ley, en cuya ausencia, negación u omisión, este pueda incurrir en un vicio de inconstitucionalidad." (11).

Será este el criterio a tener en cuenta, para la aplicación de la ley 26320, cuyo artículo 4 **prohíbe otorgar beneficios penitenciarios a los condenados por el artículo 297 y los condenados a más de una vez a pena privativa de libertad. Así como la prohibición dispuesta para el delito de violación sexual de menores de edad previsto en el artículo 173 del Código penal.**

La cuestión aquí es, si al prohibir el legislador la concesión de beneficios penitenciarios o al preverlos en la norma, vulnera el derecho a la igualdad ante la Ley de los condenados, previsto en el artículo 2, inciso 2) de la Constitución.

5.1.- Derecho a la Igualdad.

El Tribunal centra el tema del siguiente modo:

“El problema a juicio del tribunal Constitucional, se presenta una vez que el legislador los ha previsto para el caso de los condenados por determinados delitos, y, no obstante ello, los niega para los condenados por otros delitos. Pero, en ese caso, el problema de la validez constitucional de la prohibición ya no se deriva de su infracción del artículo 139 inciso 22), de la Constitución, sino de su conformidad o no con el artículo 2, inciso 22), de la misma Constitución, esto es, de su compatibilidad (o No) con el principio de igualdad jurídica.

En ese contexto, y recordando una doctrina consolidada por este Tribunal Constitucional, debe señalarse que el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual todos los casos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir, obedezcan a razones objetivas y razonables. Es decir, no está prohibido que el legislador realice tratamientos diferenciados. Lo que si está prohibido es que dicha diferenciación en el trato sea arbitraria, ya sea por no poseer un elemento objetivo que la justifique o una justificación razonable que la respalde.

Desde esta perspectiva, (...), el Tribunal Constitucional no considera que la no concesión de beneficios penitenciarios para los condenados por (...) infrinja, per se, el principio de igualdad, toda vez que se justifican en atención a la especial gravedad del delito en cuestión y a los bienes de orden público constitucional que, con su dictado, se persiguen proteger.” (12).

Debe resaltarse que el Tribunal Constitucional, se refiere al principio de igualdad jurídica, a aquel que en la Constitución esta declarado como derecho a la igualdad, en el artículo 2, inciso 2; el cual no resulta vulnerado, cuando el legislador ordinario (Congreso), no prevé, o prohíbe, la concesión de beneficios penitenciarios; y debe entenderse que tampoco se infringe el principio cuando se establecen condiciones más gravosas para concederlos; por ejemplo cuando para determinados delitos se exige para la semi libertad haber cumplido la mitad de la pena impuesta o para la liberación condicional dos terceras partes de la pena.

Entonces, que el legislador no prevea, prohíba o establezca condiciones más gravosas para conceder beneficios penitenciarios, no son argumentos validos para una demanda de habeas corpus, y en todo caso, tampoco para una acción de inconstitucionalidad, o de control difuso, de conformidad con los artículos 51 y 138 segundo párrafo de la Constitución; ya que en todo, la misma constitución prevé que se pueden dictar leyes especiales porque así lo exigen la naturaleza de las cosas, pero no por diferencia de las personas. (Art. 103 primer párrafo de la Constitución); y tal diferencia por la naturaleza de las cosas, o las razones objetivas y razonables (o elemento objetivo que la justifique), está dado, en el caso de leyes de ejecución penal, por la graveada del hecho delictivo por el que se impuso la pena o por el bien jurídico penalmente tutelado por la norma penal infringida por aquel hecho.

6.- El rol del juez en la ejecución penal. Referencia a los beneficios penitenciarios de Semi libertad y Liberación Condicional.

Como ya quedo dicho, la ejecución penal, es actividad ordenada y fiscalizada por los órganos jurisdiccionales para lograr el cumplimiento de los títulos de ejecución. Las actividades encaminadas a dar cumplimiento a la sentencia condenatoria o dichos de otro modo, a hacer efectivo el derecho estatal de castigar reconocido en la sentencia, es responsabilidad del órgano jurisdiccional. Pero también como parte de la intervención judicial de la ejecución de la pena, está el conocer y resolver las solicitudes de beneficios penitenciarios de semi Libertad y Liberación condicional; en este caso, el juez que conoció del proceso en la etapa de instrucción.

6.1.- Procedencia por decisión judicial.

A la solicitud de semi libertad y de Liberación Condicional, deberán adjuntarse diversos documentos, se denominan requisitos formales, previstos por el legislador, los que aparecen detallados en los artículos 48, 49, 53 y 54 de Código de Ejecución penal, respectivamente..

Al respecto, el Tribunal Constitucional, expone de manera clara:

“No obstante el Tribunal Constitucional considera oportuno precisar que el otorgamiento de beneficios no está circunscrito únicamente al cumplimiento de los requisitos que el legislador pudiera haber establecido como parte de ese proceso de ejecución de la condena.

La determinación de si corresponde o no otorgar a un interno un determinado beneficio penitenciario, en realidad, no debe ni puede reducirse a verificar si aquel cumplió o no con los supuestos formales que la normatividad contempla (plazo de Internamiento efectivo, trabajo realizado, etc.).

Dado que el interno se encuentra privado de su libertad personal por virtud de una sentencia condenatoria firme, la concesión de beneficios penitenciarios está subordinada a la evaluación del juez, quien estimará si los fines del régimen penitenciario (inciso 22) del artículo 139 de la Constitución) se han cumplido, de manera que corresponde reincorporar al penado a la sociedad aún antes de que no se haya cumplido con la totalidad de la condena impuesta, si es que este ya demuestra estar reeducado y rehabilitado.” (13)

Se reafirma el Tribunal Constitucional, al exponer:

“ En resumen, lo verdaderamente trascendental al momento de resolver una solicitud de acogimiento a un determinado beneficio penitenciario, como la liberación condicional, es la evaluación del juez, y no la opinión que sobre este tema tengan las autoridades competentes del Instituto Nacional Penitenciario, la cual solo tienen un valor indiciario. Y es que si se admitiera que lo verdaderamente predominante para la concesión es el informe favorable expedido por el INPE en torno a si se cumplieron los fines de la EPNA, y se redujera la labor del juez a evaluar solo si se cumplió el plazo que la ley exige como mínimo para su otorgamiento, entonces, se desvincularía al juez de la verificación de una tarea que constitucionalmente le compete.” (14)

En la tarea de evaluación que compete al juez deberá cumplirse con lo dispuesto pro el artículo 50 in fine del Código e ejecución penal, "El beneficio será concedido en los casos que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro el establecimiento, permitan suponer que no cometerá nuevo delito."

Además, el Reglamento del Código de Ejecución Penal, prescribe en los artículos 166 y 167. Los internos o internas procesados o sentenciados, podrán acceder; según el caso, a los beneficios penitenciarios siempre que reúnan los requisitos correspondientes: los Informes que emitidos por los profesionales que integran el órgano Técnico de Tratamiento para efectos de solicitar un beneficio penitenciario, deberán expresar criterios que permiten al magistrado sustentar el sentido de su resolución. Los certificados que se expidan sobre computo de trabajo efectivo y educación con notas aprobatorias, así como el de conducta, serán supervisados, verificados y refrendados por el jefe del área respectiva y el director del establecimiento penitenciario, bajo responsabilidad según corresponda.

6.2.- Improcedencia por decisión judicial

El juez penal, no podrá otorgar beneficios penitenciarios, como los que nos ocupan, en casos de que estos estén prohibidos, se limitará a declarar su improcedencia; a menos que por control difuso haya declarado la inaplicación de la norma prohibitiva de un beneficio penitenciario. No cabe aquí acudir a la aplicación del artículo 139 inciso 22 de la Constitución, pues esta establece la finalidad de régimen penitenciario y no es una autorización para conceder el beneficio. Caso distinto se presenta cuando se esta ante supuestos en que no existe norma prohibitiva, es decir deba realizarse la evaluación judicial, y a consecuencia de esta se declara improcedente la solicitud de beneficio penitenciario. Contra la denegación, se podrá interponer apelación. Pero la practica ha consistido que interponer el Habeas Corpus ante la denegatoria del beneficio sea porque esta prohibido o porque la evaluación judicial es negativa.

6.3.- El Habeas Corpus contra la denegación de beneficios penitenciarios por decisión judicial.

Como ha queda dicho precedentemente, el Tribunal Constitucional, define a los beneficios penitenciarios, como derechos subjetivos expectaticios previstos en la ley; no tienen naturaleza constitucional, sino legal en la medida que pueden estar previstos o prohibidos por el legislador, y que no son garantizados constitucionalmente a través del derecho a al libertad.

Por tanto, dice el tribunal Constitucional:

"..., desde que se expide la sentencia condenatoria, el sentenciado se encuentra temporalmente restringido en el ejercicio libre de su libertad locomotora. Tal restricción constitucionalmente ha de prolongarse hasta que se cumpla con la totalidad de la pena impuesta, de manera que una evaluación judicial que considere que el interno no se encuentra apto para ser reincorporado a la sociedad, antes de que venza la pena, a través de la concesión de un beneficio penitenciario, no puede considerarse como violación de dicha libertad personal."(15)

Adviértase que una demanda de habeas corpus contra una resolución que deniega

de un beneficio penitenciario, resultará improcedente, primero, porque el beneficio no es un derecho constitucional, y las acciones de garantía como el habeas corpus protegen derechos constitucionales amenazados o lesionados para reponer las cosas al estado anterior de la amenaza o violación de tales derechos; en segundo lugar porque los beneficios penitenciarios, son derechos subjetivos, de carácter legal condicionados a una evaluación judicial, que deberá ser favorable para ser otorgados.

Bibliografía.

- 1.- Mir Puig Santiago, Derecho Penal – Parte general, editorial IBdeF, Buenos Aires 2004, 7a edición, pp. 111- 138.
- 2.- Bernaldes Ballesteros, Enrique, La Constitución de 1993 Análisis Comparado, Editora RAO, Quinta edición, Lima, 1999, Pág. 663.
- 3.- Código de Ejecución Penal, Jurista Editores, Edición Mayo 2006, 667.
- 4.- Caro Coria, Dino Carlos; Sobre el principio de Irretroactividad de la ley Penitenciaria Perjudicial al Condenado, en Actualidad Jurídica, Tomo 123, Lima Febrero, 2004, Editorial Gaceta Jurídica; Pág., 45 a 56.
- 5.- Brusset Salas, Ricardo A., AAVV, El Contexto jurídico de los beneficios penitenciarios de efectos excarcelatorios en el Perú, en revista de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, doctrina, jurisprudencia, notas institucionales, N° 4, Palestra, Lima, 2002, pp. 40 y 47
- 6.- Small Arana, Germàn, Situación Carcelaria en el Perú y Beneficios Penitenciarios. Editorial GRIJLEY, Lima, 2006. Pág. 68.
- 7.- Meini Méndez, Iván, Aplicación Temporal de la Ley Penal y Beneficios Penitenciarios, CEAS, XIII Taller Nacional sobre Justicia y Derechos Humanos, Lima del 14 al 17 de Octubre del 2004. Documento en folios sueltos.
- 8.- Rojas Vargas, Fidel; AAVV, en Dialogo con la jurisprudencia, año 3, N° 33, editorial Gaceta Jurídica, Lima, Marzo, 2004.
- 9.- La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sentencias vinculadas con los artículos de la Constitución, director Manuel Muro Rojas; Dialogo con la Jurisprudencia, editorial Gaceta Jurídica, primera edición, Lima, 2006
- 10.- Solano Castro, Palmira Antonia, Importancia de la Semi Libertad: Trabajo y Educación Pilares del Régimen Penitenciario Peruano. En AAVV, XII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho penal y Criminología, Guayaquil, 25, 26, 27 y 28 de octubre del 2005, ARA editores Lima Perú, 2005, Pág., 1434
- 11.- Hugo Vizcardo, Wilfredo, Beneficios Penitenciarios en el Sistema Penitenciario Peruano, en AAVV, XIV Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y Criminología, 22,23,24,y 25 de Diciembre de 2004, ARA

editores,, Lima. 2004, Pg., 982.

- 12.-Rosales Ártica, David Enmanuel, Naturaleza Jurídica de los Beneficios Penitenciarios y Aplicación en el Tiempo de las leyes penales penitenciarias, en AAVV, XIV Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y Criminología, 22,23,24,y 25 de Diciembre de 2004, ARA editores,, Lima. 2004, Pg., 990.
- 13.-Zegarra Miranda, Lourdes, ¿Beneficios Penitenciarios o Simples reglas de Juego?, en AAVV, XIV Congreso Latinoamericano VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y Criminología, 22, 23, 24, y 25 de Diciembre de 2004, ARA editores, Lima. 2004, Pg., 999.
- 14.- Nakasaki Servigón, César, Problemas en la determinación de la ley aplicable para la conseción de la Semi libertad, en Actualidad Jurídica, Tomo 123, Lima, 2004, ed, Gaceta Jurídica.
- 15.- Castillo Alva, José Luís, La aplicación favorable de la Ley en materia penal. El problema de la ley N° 27770, en Actualidad Jurídica, tomo 123, Lima, 2004, Ed., Gaceta Jurídica.

NOTAS.

- (1) Expediente N° 0019-2005-AI/TC, en los fundamentos 30, 31,32, 33, 34,35, 36, 37, 38, 39, y 40.
- (2) Expediente N° 0010-2002-AI/TC, fundamento 179.
- (3) Se reafirma el tribunal en este criterio en el fundamento 207; Expediente N° 0010-2002-AI/TC. También en el fundamento 1 del la sentencia Expediente N°. 1607-2003-HC/TC; en el Fundamento 6 de la sentencia Expediente N° 1084-2003-HC/TC.; en el fundamento 15 de la sentencia Expediente N° 1593-2003-HC/TC, y en la Sentencia Expediente N° 0871-2003-HC/TC fundamento 5.
- (4) Bernales Ballesteros, Enrique, Ob. cit. Pág. 663.
- (5) Sentencia, Expediente N° 2196-2002-HC7TC Fundamento 11.
- (6) Sentencia Exp. N° 1593-2003-HC/TC fundamento 17
- (7) Sentencia Expediente N° 010-2002-AI/TC fundamentos 208 segundos párrafo y 209.
- (8) Fundamento 6 primer párrafo y 5, segundo párrafo, Sentencia Expediente N° 2196-2002-HC/TC.
- (9) Fundamento 10 Sentencia expediente 1593- 2003- HC/TC.
- (10)Fundamento 10, ultimo párrafo Sentencia, Expediente N° 1593- 2003/ HC/TC.

- (11) Sentencia Expediente N° 010-2002-AI/TC fundamentos 208 segundos párrafo y 209.
- (12) Sentencia Expediente N° 010-2002-AI/TC fundamentos 210 segundo párrafo y 211.
- (13) Fundamento 14 de la Sentencia, Expediente 1593-2003-HC/TC.
- (14) Fundamento 17 de la Sentencia, Expediente 1593-2003-HC/TC.
- (15) Fundamento 17 segundos Párrafo de la sentencia Expediente N° 1593-2003-HC/TC.

EL MENOR INFRACTOR EN LA LEY PENAL

Hector M. Villalobos Mendoza.
Juez Penal de Huancaayo.

El proceso penal, y en especial los procesos de infracción deben edificarse sobre la base del respeto de la dignidad del ser humano, del debido proceso y del derecho de defensa. Estos Derechos Fundamentales son atributos inherentes a la persona humana y al haber sido plasmados en la Carta Magna deben ser aplicados de manera inmediata y directa por las instituciones tutelares del Estado. Además, el Estado Peruano, ha suscrito y aprobado diversos tratados internacionales; uno de estos es la Convención sobre los Derechos del Niño (La Convención), adoptada el 20 de noviembre de 1989, por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aprobada por el Estado Peruano por Resolución Legislativa N° 25278, de fecha 03 de Agosto de 1990.

El artículo 192 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que *en los procesos judiciales que se sigan al adolescente infractor se respetaran las Garantías de la Administración de Justicia consagradas en la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño,...*. Bajo tal perspectiva, y atendiendo a lo establecido en el artículo 3° y a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, esta última reza: "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". Por su orientación principista y valorativa de la normatividad, es viable su aplicación directa en los procesos de infracción.

El Juzgador, al tener conocimiento que un adolescente ha cometido un hecho delictivo (infracción penal); considero, que deberá aplicar únicamente la medida socio educativa de internación en un centro juvenil, cuando se advierta claras inclinaciones del menor a cometer infracciones y, cuando las otras medidas socio educativas (amonestación, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida y libertad restringida), sean insuficientes para lograr el fin adecuado. De la misma manera, realizara un análisis exhaustivo y minucioso de los hechos; las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, la gravedad de la infracción y la personalidad del menor (edad, educación, situación económica y entorno social y familiar).

La Convención, en su artículo 37.b, prescribe: "...La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevara a cabo de conformidad con la Ley y se utilizara tan solo como medida de ultimo recurso y durante el período más breve que proceda...". Igualmente, el numeral 4, artículo 40, reza: "Se dispondrá de diversas medidas... así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción". Se hace alusión al **Principio de proporcionalidad**, Idea rectora que debe considerarse también al calificar la denuncia formalizada de infracción. En similar sentido, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), en la regla 19.1 señala; que "el confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizara en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible".

No debemos olvidar, que la prisión preventiva en el caso de los adultos, es excepcional, residual y de última ratio. Con mayor razón, la medida de internamiento en el caso de menores, debe ser analizada con mayor celo y detenimiento, e invocarse y aplicar solo cuando existan razones justificadas. La internación quíerese o no, estigmatiza, disminuye y afecta gravemente la autoestima del menor internado.

La Estadística de menores privados de su libertad en la Región Centro Andina; (comprende los Departamentos de Junín, Ayacucho, Huanuco, Cerro de Pasco y Huancavelica). Datos amablemente proporcionados por el Director del Centro Juvenil, Ps. Guillermo A. Cavero Lopez, al 14 de Noviembre del presente año, se encontraban internados 76 menores por infracción a la Ley Penal. 29 menores se encuentran por Violación Sexual, 15 por Robo Agravado, 16 por Hurto Agravado, 5 por Homicidio simple, 4 por Trafico Ilícito de Drogas, 4 por Lesiones Graves y 1 por actos contra el pudor, por Hurto simple y por Asesinato. Las edades de los menores infractores internados oscila entre 14 a 20 años: 7 tienen 14 años, 8 tienen 15 años, 16 tienen 17 años, 23 tienen 17 años, 14 tienen 18 años y uno tiene 19 años y el otro 20 años. Proviene de distintos lugares y de sitios tan alejados como de las Provincias de Chanchamayo, Oxapampa, Pampas-Tayacaja, Satipo, La Oroya, Tarma. Así como de los Departamentos de Ayacucho, Huanuco, Cerro de Pasco y Huancavelica.

Penas muy severas aterrorizan e intimidan, pero no previenen. Más policías, más jueces, más cárceles... tampoco es una solución definitiva, ni a largo plazo: castigando más y con mayor rigor, habrá más jóvenes infractores castigados o detenidos, pero no menos infractores jóvenes. Los mejores éxitos preventivos en el ámbito de la criminalidad de jóvenes y menores se consiguen no incrementando de forma sistemática y progresiva el rendimiento del sistema legal (prevención "terciaria", válida sólo a corto plazo), sino, sobre todo, sincronizando y coordinando el control social formal (sistema legal) y el control social informal (orden social)¹.

El mensaje equivocado y nocivo que refleja actualmente la sociedad, de corrupción, violencia extrema, de pérdida de valores, el quiebre de la familia nuclear y la falta de respeto hacia sus congéneres; genera un efecto negativo en la niñez y adolescencia. El menor realiza la conducta que observa. No tiene la madurez bio-psico social para elegir o desechar ese mensaje.

Debe fortalecerse los valores sociales, la igualdad de oportunidades y el acercamiento del Estado (Instituciones Tutelares), hacia los sectores más vulnerables. Es imperativo el compromiso que debe asumir cada uno de nosotros, con los menores que son el futuro y la esperanza de nuestra patria.

COLOFON:

1. El internamiento solo debe ser considerado, como ultimo recurso, y cuando no exista otra medida socio educativa suficiente o adecuada para el logro de los fines.
2. El internamiento debe tener carácter temporal y provisional y por el plazo más breve posible.

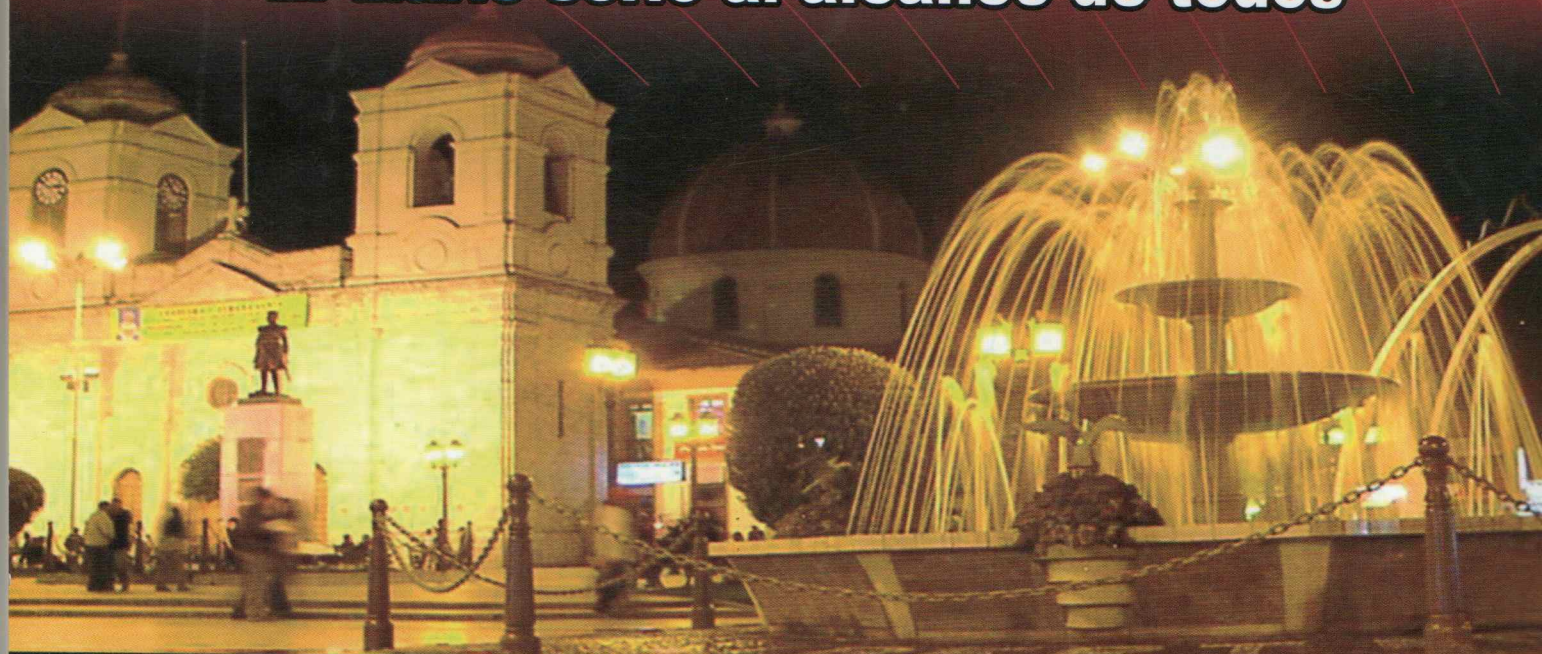
1. García Pablos, Antonio, Presupuestos criminológicos y Político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores, Págs.266 y 267. Artículo en el Libro, Menores Privados de la Libertad, Osezno Editores, España, Consejo General del Poder Judicial, Madrid Julio 2000.

3. No es suficiente, dictar disposiciones punitivas, sino van de la mano, con el acercamiento, compromiso y justificación que debe tener el Estado, con la niñez, el anciano y la mujer principalmente. Mejorar el acceso al servicio básico de la salud, educación y justicia; es primordial en un Estado Democrático de Derecho.
4. Se debe respetar y garantizar los principios sustantivos (presunción de inocencia, principio de legalidad, principio de culpabilidad, el principio de humanidad y orientación a la rehabilitación, etc.) y los principios procesales (derecho de defensa y debido proceso con todos sus atributos).

(1) García Pablos, Antonio, Presupuestos criminológicos y Político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores, Págs.266 y 267. Artículo en el Libro, Menores Privados de la Libertad, Osezno Editores, España, Consejo General del Poder Judicial, Madrid Julio 2000.

Correo

El diario serio al alcance de todos



Jr. Cuzco N° 337 Huancayo
Teléfonos: Central 216820 - Publicidad 212413
www.correoperu.com.pe