

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



IPSO JURE

AÑO 8 NRO. 33, MAYO 2016

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



PRESENTACIÓN



Tras un constructivo y coordinado trabajo, es un placer presentar en esta oportunidad la edición N° 33 de la revista *Ipsa Jure*. El tiempo sostenible en que este importante espacio de debate se ha venido constituyendo merece un especial reconocimiento a todos los colaboradores y al director de la revista, juez superior Dr. Edwin Figueroa Gutarra. Cada una de estas personas ha entregado esfuerzo y dedicación a *Ipsa Jure*, como parte de una labor desprendida de sus conocimientos y análisis académicos.

En la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, donde consideramos a la capacitación como uno de nuestros cinco principales ejes de acción, ésta es una clara muestra de nuestro esfuerzo por mantener mejores herramientas de comunicación para la capacitación no solo de nuestros magistrados o trabajadores, sino también del público entendido en la materia.

Esta revista, como ya lo hemos mencionado en anteriores oportunidades, es una plataforma de discusión académica sobre conocimientos enfocados en materia jurídica, planteando ideas que permitan el desarrollo de mejores

soluciones a los problemas que el sistema judicial enfrenta a diario. De esta forma, *Ipsa Jure*, permite la conformación de nuevos conocimientos, pero también el compartir propuestas y dudas que incentiven el quehacer diario de quienes impartimos justicia.

Cada nueva edición trae consigo diferentes puntos de vista para abordar la realidad, pero siempre llevará en sí el corazón y el deseo en la construcción de un mejor país y una mejor institución. Esperamos que en los años venideros las nuevas generaciones se beneficien de este arduo trabajo. Simultáneamente, agradecemos infinitamente a los lectores que nos han venido acompañando durante estos años, así como a los nuevos lectores que se van sumando con el tiempo y que son el motivo de que en cada edición vayamos mejorando nuestros contenidos.

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



CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

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

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



INDICE

INDUSTRIAS EXTRACTIVAS Y DERECHOS HUMANOS: PROTEGER, RESPETAR Y REMEDIAR EN CONDICIONES DE EQUILIBRIO EDWIN FIGUEROA GUTARRA	7
ÉTICA PARA FISCALES MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ	24
NOTE SULLE FUNZIONI DELLA MOTIVAZIONE MICHELE TARUFFO	37
LOS EFECTOS NOCIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1194 EN EL SISTEMA JUDICIAL PERUANO DEYSY ELIZABETH VÁSQUEZ ROJAS	45



PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

La Corte Superior de Justicia de Lambayeque celebra el 23 de mayo de 2016 su XCVI aniversario y la revista IPSO JURE, órgano académico de esta Corte, se suma a tan importante data, que a su vez pone de relieve la cercanía de nuestra institución al siglo de existencia desde su levantamiento de columnas en el año 1920.

Estos casi 100 años nos llevan pues a esa otra reflexión de suyo también importante y es preguntarnos en qué consiste el servicio de justicia. Se suele asociar esta idea a la administración de justicia, mas es nuestra modesta posición que ese término se ha visto superado por la noción filosófica de *impartición* de justicia, en tanto ésta conlleva un significado mucho más profundo que la simple idea de administrar justicia.

En cierto modo los jueces administramos justicia, es decir, dirigimos un Despacho, conducimos un grupo de personas, en rigor auxiliares, y en adición a ello, aplicamos la ley resolviendo una controversia de relevancia jurídica. Y sin embargo, ésa solo es una expresión de la compleja problemática de la justicia a cargo de los jueces, pues en esencia, y más allá de la noción formal de administración, el juez es depositario material de la confianza ciudadana, a través de los mecanismos de selección y nombramiento respectivos, para precisamente se convierte en la persona que ha de resolver un conflicto o colisión de derechos.

Su posición es ciertamente expectante pues las partes se ven precisadas a aceptar su competencia e intervención. Existe un forma de imposición por parte del Estado, en la medida que el ciudadano se ve sujeto a la aceptación de determinadas reglas de participación de jueces que impone el ordenamiento jurídico, pero por encima de esta salvedad, lo que existe es una intervención mucho más profunda del servicio de justicia, la misma que nos permitimos denominar *impartición*, dentro de esa noción cuasi filosófica de Ulpiano, quien desde el siglo II enunciaba que justicia era la continua y perpetua voluntad dar a cada quien lo que le corresponde.

Y por cierto aseveramos que la trascendencia de la noción de *impartición* es mucho mayor en relación a la simple decisión, pues a través de un complejo proceso argumentativo, el juez adopta una decisión que siguiendo de alguna manera las reglas aproximadas de Reichenbach, hace que el juez se convierta en un jugador racional que hace una apuesta conociendo bien las leyes de la probabilidad, esto es, no se trata de un simple juego pero tiene similitud con esta atingencia, pues finalmente resulta común que haya un parte ganadora y una parte que pierde.

Además, el juez conoce las leyes de la probabilidad pues no adopta una posición decisionista sino que conoce la ley, el Derecho así como la Constitución, y encuentra una posición racional y razonable respecto de los derechos en pugna. Finalmente, su decisión goza de coercitividad en tanto las partes se ven impelidas a aceptar el fallo, salvo los mecanismos formales de impugnación, lo cual en última instancia, impone también la decisión de otro juez revisor.



Señalado lo anterior, precisamente ese grupo de jueces, reunidos en una colectividad jurídica y con competencia territorial, forman una Corte de Justicia, la cual parte de una premisa de territorialidad para dirimir las controversias con relevancia jurídica. En el caso de Lambayeque, el departamento está integrado por las provincias de Chiclayo, Lambayeque, Ferreñafe, y en adición a ello, Jaén, Cutervo y San Ignacio. A su vez, la justicia que imparte se circunscribe a casi 1 millón 500,000 habitantes, lo que es una población considerable y nos convierte en la cuarta Corte de Justicia a nivel nacional, detrás solo de Lima, Arequipa y La Libertad. Y sin embargo, Lambayeque ha tenido picos de producción jurisdiccional considerable que en determinados años, ha logrado se escale posiciones en esta determinación de la importancia de Cortes a nivel nacional.

Celebramos entonces estos 96 años de existencia imbuidos de un espíritu de servicio que nos hace mirar a los jueces hacia una política de respuesta oportuna, eficiente y adecuada del servicio de *impartición* de justicia. Miles de casos esperan solución en el país y creemos que existe un muy importante número de jueces honrados, laboriosos y estudiosos, prestos a solucionar las controversias.

Brindamos pues por ese 96 aniversario.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra

Director



INDUSTRIAS EXTRACTIVAS Y DERECHOS HUMANOS: PROTEGER, RESPETAR Y REMEDIAR EN CONDICIONES DE EQUILIBRIO

Edwin Figueroa Gutarra¹



Sumario

Introducción. 1. Modelo económico, industrias extractivas y conflictos sociales. 2 Ejes para una relación de equilibrio entre industrias extractivas y derechos humanos. 2.1. Democratización de la información sobre actividades extractivas. 2.2. Amplia participación en los mecanismos de consulta previa. 2.3. Impulso de políticas de responsabilidad social empresarial. 3. Balance de la relación industrias extractivas- derechos humanos: proteger, respetar, remediar. 4. Escenarios contrarios a una buena relación entre industrias extractivas y derechos humanos. Ideas finales.

Introducción

Abordar la relación entre industrias extractivas y derechos humanos nos conduce a uno de los campos más complejos en materia de derechos humanos en el panorama contemporáneo de los ordenamientos jurídicos nacionales. La razón de esta contraposición reside en la necesidad de establecer una posición de equilibrio y prudencia entre una situación que se conservó mucho tiempo con holgura en los Estados nacionales- políticas marcadamente extractivistas fundamentalmente en relación a recursos naturales- y de otro lado, el innegable avance de los derechos humanos en sus más diversas generaciones de derechos, imponiendo a las industrias en general obligaciones mínimas de proteger, respetar y remediar eventuales afectaciones al medio ambiente y otros derechos en el marco de su actividad extractiva. Dicho avance no es un exceso propiamente dicho pues puede calificarse de esa forma justificadamente el efecto expansivo de los derechos humanos en sus diversas expresiones.

Es propio afirmar que respecto a la actividad operativa de las industrias extractivas, la tendencia característica respecto de éstas, ha sido la materialización de una vinculación cada vez más constante con los derechos humanos en sus distintas manifestaciones. Éstos han expresado un aspecto distintivo: su marcado carácter de progresividad, es decir, de conquista de nuevos estándares que exigen a los Estados, paso a paso, cuotas mínimas de acción respecto a las industrias extractivas, en tanto éstas tienen la posibilidad de acción y operatividad en el marco de la actividad lucrativa que las identifica pero, de igual modo, existen naturales sujeciones de orden normativo y jurisprudencial, sobre todo en este último ámbito, que es necesario respetar. Más aún, cuando la jurisprudencia de órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aportan un

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



nivel importante de vinculación de estándares hacia los Estados nacionales respecto de sus decisiones y la necesidad, urgente por cierto, de respetar los derechos explícitos e implícitos protegidos por las Cartas de Derechos, en América toda o Europa.

Rescatamos de lo antes expuesto la complejidad de una tarea como la impuesta, pues tanto la actividad normativa y principista en muchos casos en diversos ordenamientos, y la tendencia jurisprudencial de altos órganos de impartición de justicia en materia de derechos humanos, han hecho sólida la propuesta de proteger, respetar y remediar respecto de los derechos humanos en el desarrollo de actividades extractivas. Con mayor énfasis aún, la doctrina generada a este respecto también aporta una sólida construcción de conceptos que apuntan hacia la consolidación de exigencias a las industrias extractivas en su tarea de explotación de los recursos naturales.

De otro lado, no existe hoy ordenamiento nacional, desde perspectivas de razonabilidad, que pueda invocar un margen de apreciación propio, o discordante, para excusarse de respetar los derechos de una comunidad en el ejercicio de las actividades extractivas y como tal, los estándares impuestos implican una forma de *hard law*, o derecho vinculante, frente a los Estados, en el marco de este tipo de actividades.

Sin perjuicio de lo expuesto, fluye una interrogante natural a este respecto y es: ¿cómo compatibilizamos adecuadamente actividades extractivas y derechos humanos? Una primera respuesta extrema a esta interrogante se expresa en el hecho de una necesaria restricción de las actividades extractivas, privilegiando la necesaria protección de una diversidad de derechos, entre ellos, el medio ambiente, la vida, la salud, entre otros. ¿Puede este escenario implicar una dictadura derechos? No lo creemos así mas tendría lugar aquí, podemos denominarlo así, una excesiva política de tutela, quizá un hiperactivismo de carácter protector. Se trata, puntualicemos la idea, de un escenario posible. Una segunda opción es una suerte de vuelta al pasado, escenario de suyo igualmente inviable: actividad extractiva exenta de control, sin fiscalización por parte del Estado o los organismos reguladores de políticas medio ambientales. Ambas opciones pueden convertirse en respuestas extremas frente al problema planteado.

Nos decantamos entonces por una tercera posibilidad: adecuada compatibilidad entre actividad extractiva y derechos humanos, idea que ha de constituir basamento principal de trabajo de este breve estudio sobre el tema en mención. Dicha compatibilidad, a juicio nuestro, se sostiene sobre tres ejes principales: en un primer orden de ideas, creemos necesaria una democratización de la información sobre actividades extractivas, esto es, si las empresas privadas o públicas han de explotar recursos naturales en determinadas circunscripciones territoriales, la actividad de difusión de la información sobre el ejercicio de esta actividad debe tener lugar del modo más amplio posible, a nivel de todos los estamentos de la comunidad jurídica, con especial énfasis respecto a las comunidades en donde ha de desarrollarse la actividad extractiva.

La democratización de esta información constituye un elemento ancla en el esquema de las actividades extractivas pues si una empresa de extracción difunde, a modo de ejemplo, sus estudios de probables impacto en el medio ambiente antes del ejercicio de su actividad, la ciudadanía llega a documentarse respecto del alcance, las consecuencias y los parámetros de esta información, y ha de poder materializarse un segundo paso, que denominamos amplia participación en los mecanismos de consulta previa.

Lo expuesto supra adquiere singular notoriedad: no podemos discutir adecuadamente los términos de



ejecución de una actividad extractiva si antes no disponemos de información respecto a sus implicancias, consecuencias y efectos en la vida de las comunidades. De otro lado, esta discusión debe tener lugar, también, privilegiándose el derecho de participación de la sociedad civil en su conjunto, aspecto que constituye otra concepción angular base en el ejercicio de actividades extractivas. Reiteramos aquí otra especificación necesaria: la consulta no debería implicar derecho a veto salvo circunstancias especialmente focalizadas de graves consecuencias para la vida de las comunidades afectadas. Observemos aquí como idea de avance que consulta previa no equivale necesariamente a consentimiento previo, salvo excepciones trascendentes. Hay matices de diferencia que aquí debemos desarrollar.

Por último, y en un tercer ámbito de estos ejes, convenimos en un relevante impulso de políticas de responsabilidad social empresarial, lo cual para nosotros se traduce en la noción de promover un respeto y cuidado del medio ambiente y otros derechos humanos conexos a través de políticas de las empresas en el ejercicio de sus actividades extractivas.

No basta a juicio nuestro, por sí sola, la autorización estatal, y superar la consulta previa con las comunidades, sino que se impone una actitud de permanente respeto por los derechos involucrados respecto del medio ambiente en su conjunto. Las cuotas de responsabilidad empresarial han de constituir compromisos propios, verificables y cuantificables, de las empresas en general respecto de su actividad extractiva, y por cierto, han de significar, de igual modo, cuotas de legitimidad ante la sociedad civil en su conjunto, esto es, una suerte de aval material para el desarrollo de las industrias extractivas.

Los ejes antes reseñados constituyen un esbozo de nuestro planteamiento y significan una noción de apoyo para una mejor cohesión de las industrias extractivas con los derechos humanos. Buscamos, por consiguiente, una ambiciosa propuesta de cohesión entre los conceptos varios que sustentamos, los cuales no consideramos incompatibles sino proporcionalmente necesarios e interdependientes el uno con el otro. Los extremos en la actividad extractiva ciertamente pueden resultar perjudiciales y de ahí la necesidad de construir una delicada amalgama de conexiones en este complejo campo de los derechos humanos. La necesidad de ello, a juicio nuestro, es insoslayable.



1. Modelo económico, industrias extractivas y conflictos sociales.

Centrando nuestro análisis, principalmente aunque no de modo excluyente, en la realidad de los países latinoamericanos desde la industrialización de actividades, un común denominador en relación a la actividad extractiva de explotación de recursos naturales² en muchas de las denominadas “economías emergentes”, en alusión a países en vías de crecimiento, ha sido la prevalencia de un sinnúmero de conflictos sociales, a partir de un cuestionamiento directo del modelo económico extractivista prevalente en muchos de estos Estados.

En relación a ello, la pugna central es la de un crecimiento a partir de la riqueza propia de estos países, principalmente en los ámbitos de hidrocarburos y minerales, pero, otras tantas veces, sin una contrapartida necesaria por un respeto de los derechos humanos concernidos respecto de muchas comunidades afectadas, principalmente indígenas y tribales, o en algunos casos, de las propias colectividades regionalmente afectadas. Olvidan así los Estados, por comisión u omisión, sus obligaciones

² Según Naciones Unidas, podemos hablar de impactos en la industria petrolera, la minería y la tala de árboles. Vid. CIDSE. Enero 2009. Impactos de la industria extractiva en América Latina. p 1. *Revista CIDSE. Recuperado de <http://www.trocaire.org/sites/trocaire/files/resources/policy/latino-americanos-extractives.pdf> . Fuente visitada con fecha 27 de enero de 2016.*

de proteger, respetar y remediar,³ en relación a los derechos humanos concernidos respecto de actividades extractivas.

El modelo económico entonces generado partió de la noción de maximizar los recursos naturales de los Estados y convertirlos en la base de estamentos primario- exportadores, es decir, con un énfasis marcado en la exportación de productos basados en los recursos naturales, mayormente sin un valor agregado y en condiciones de transferencia de la libre oferta y demanda en los mercados internacionales. El modelo extractivista pone énfasis, de este modo, simplemente en la necesidad de procurar ingresos para hacer sostenible el crecimiento, preocupación de suyo legítima, pero no recalca en la necesaria política de compatibilización de intereses con los de las comunidades vinculadas a estas actividades, cuya primera reacción, muchas veces, es la protesta social y la generación de conflictos sociales.

Y observemos que nos encontramos ante dos realidades legítimas: de un lado, el Estado exige para sí recursos y apela a la riqueza propia de su territorio para explotar, vender y procurar ingresos sostenibles. De otro lado, la protesta social se centra en los efectos primarios y secundarios por la afectación de diversos derechos, entre ellos el goce de un medio ambiente sano y equilibrado.

Apreciemos, entonces, que ante dos posiciones legítimas, se impone la necesidad de ponderar y preferir, racional y razonablemente, una de estas opciones. La cuestión deviene pues compleja y se atiende a inquirir bajo cuáles rangos de acción se implementa una posición sobre la otra, sin que ello signifique un ominoso absolutismo de una tendencia sobre otra. O en ese contexto de prevalencia podemos afirmar, también, la posibilidad de una compatibilización de posiciones, idea que respaldamos en el resto de este análisis.

La abundancia de los recursos naturales en diversos países no ha significado, de otro lado, expresiones concretas de bonanza económica en los Estados emergentes, esto es, no ha implicado ostensiblemente un salto hacia economías desarrolladas, salvo períodos específicos en los cuales el mercado internacional disparó la cotización de las materias primas⁴ y generó, como ha sucedido en Latinoamérica en los últimos 20 años, un crecimiento sostenido de las economías, evolución que hoy no presenta niveles sostenibles en el tiempo.⁵

Lo afirmado supra nos lleva a cuestionarnos si efectivamente existe o no la denominada “maldición de los recursos naturales”,⁶ entendida como una situación de efectos negativos para determinados países

3 KONRAD ADENAUER STIFTUNG. KAS PAPERS. No. 5. Octubre 2009. La responsabilidad empresarial y los derechos humanos p. 3 Recuperado de http://www.kas.de/wf/doc/kas_17957-544-4-30.pdf. Fuente visitada con fecha 27 de enero de 2016.

Los principios rectores de las NNUU sobre empresas y dd.hh. fueron aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el 2011 y giran sobre tres nociones centrales. proteger, respetar y remediar.

4 Los precios de ciertos recursos como el barril de petróleo, por ejemplo, mantienen diferencias históricas considerables. En julio de 2008 llegó a US\$ 145.18 el barril.

5 La desaceleración de China en los últimos años ha significado menores tasas de crecimiento respecto de países que venden sus materias primas al gigante asiático.

6 MORALES, J. R. 2013. ¿Qué hay detrás de la Maldición de los Recursos Naturales? Estudio de Caso: Los Países Bajos. Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación. Universidad Complutense de Madrid. Universidad del País Vasco. Universidad de Murcia. p. 7 https://www.ucm.es/data/cont/docs/599-2013-11-16-Jose_Morales_final.pdf. Fuente visitada con fecha 28 de enero de 2016.



en vías de desarrollo, muchas veces de empobrecimiento económico,⁷ respecto de las actividades extractivas, y que en general involucra la tesis de que a pesar del crecimiento de los países emergentes a raíz de sus recursos naturales, en propiedad se genera un círculo vicioso de no crecimiento y más aún, de marcada dependencia de los recursos naturales, sin una clara política de diversificación productiva y por el contrario, de ralo crecimiento en otros productos de exportación. De esa forma, las economías de estos Estados se vuelven dependientes de sus propios recursos y los ingresos de un país quedan sujetos al vaivén de la evolución de los precios en el mercado internacional.

Los conflictos sociales a que aludimos, constituyen una lectura complementaria del problema expuesto. El impulso de prácticas extractivas sin la consideración de políticas públicas más participativas, generan la afectación de diversos derechos humanos tutelados por instrumentos internacionales, desde el derecho a la vida, cuando las actividades extractivas afectan gravemente los ecosistemas de vida de las comunidades, hasta otros derechos de valía considerable como el derecho a la salud, a un medio ambiente sano y equilibrado, etc.

Dichos conflictos sociales, de otro lado, denotan en parte una cuota de legitimidad en su ejercicio pues efectivamente, si no existe una acción prudente y equilibrada de los Estados frente a prácticas extractivas invasivas respecto de varios derechos, es particularmente relevante que las comunidades recurran a los medios más inmediatos de protesta, como son las simples movilizaciones, en su rango más moderado, hasta los cierres de vías de comunicación y el trastocamiento sustantivo de las condiciones de vida de la colectividad en su conjunto.

No podemos negar la legitimidad de las protestas que entonces se generan si no existe una política proactiva por la defensa de los derechos humanos de las colectividades frente a prácticas extractivas invasivas de diversos derechos. Sin embargo y sin perjuicio de lo afirmado, el mismo ejercicio de las colectividades, en sus acciones de protesta, suele implicar, muchas veces, las lesiones de otros derechos, sobre todo de terceros, y ello motiva reflexiones adicionales desde una perspectiva conjunta de los derechos humanos.

En efecto, si en vía de ejemplo, una carretera es tomada por una población en vía de protesta contra una industria extractiva, cerrándose las vías de comunicación en una determinada localidad, resulta evidente la afectación de derechos de terceros, entre ellos la libre circulación de los ciudadanos. De esa forma, apreciamos una dualidad preocupante pues parte de la reflexión de este estudio se orienta a la legitimidad de las protestas producto de los conflictos sociales respecto de actividades extractivas, mas de igual forma, el ejercicio de ese derecho conlleva, al mismo tiempo, fórmulas lesivas para los derechos de terceros, y en ello debe existir un tipo de conciliación entre los intereses afectados. Se produce, entonces, un escenario de desequilibrio que es necesario delimitar.

En forma complementaria respecto a la ideas expresadas, una cuestión a indagar es cuál otro modelo de desarrollo alternativo⁸ podemos esbozar frente a un modelo prevalentemente extractivista y en ese sentido, puede esbozarse la idea de un modelo que ponga a la persona humana⁹ en el centro de desa-

7 RODRÍGUEZ BARTOLOMÉ, V. SANT GISBERT, J. (2009). Industrias extractivas y Relaciones Internacionales. *Revista Relaciones Internacionales*, núm. 11, junio 2009. Editorial. p 5 Recuperado de file:///C:/Users/usuario/Downloads/169-637-3-PB%20(1).pdf. Fuente visitada con fecha 28 de enero de 2016.

8 CIDSE. Op. cit. p. 2

9 CIDSE. Op. cit. p. 2



rollo de un modelo que asuma las dos dimensiones: una explotación racional de los recursos naturales y que a su vez, compatibilice esa actividad con el conjunto de derechos que tutelan las Cartas de Derechos Humanos, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como los estándares jurisprudenciales que estos altos órganos de impartición de justicia han perfilado en su vasta jurisprudencia.

Precisamente en el ámbito interamericano el caso Pueblo de Saramaka vs Surinam,¹⁰ perfila un conjunto de principios base para una explotación racional de los recursos naturales, modelo en el cual se recogen un conjunto de derechos humanos a ser tutelados. Es de observarse que esta fallo constituye un pronunciamiento que bajo la figura del control de convencionalidad alcanza a todos los Estados parte en el sistema interamericano. Y en síntesis, bajo el estándar Saramaka, los Estados parte del sistema interamericano se ven impelidos, y no simplemente exhortados, a respetar las reglas mínimas de la consulta previa y el respeto de derechos de propiedad,¹¹ al reconocimiento de la personalidad jurídica,¹² y a la protección judicial.¹³

2. Ejes para una relación de equilibrio entre industrias extractivas y derechos humanos

Las industrias extractivas y los derechos humanos demandan construir una relación de equilibrio, ponderación y prudencia. Por ejemplo, frente al lema de batalla “agua, sí; oro, no”, común por cierto en relación a la explotación de metales, creemos que se impone un replanteamiento de dicha fórmula en los términos “agua, sí; y oro también”. Mas esta propuesta, en apariencia simple pero de suya compleja en términos de realización, exige el impulso de reales políticas públicas que impliquen en síntesis, participación activa de la población, vía la construcción de herramientas que faciliten canales de diálogo. No existiría peor escenario, a juicio nuestro, respecto a las actividades extractivas y la defensa de los derechos humanos, que la poco constructiva actitud de cerrar canales de diálogo.

Si muchos Estados en los cuales se impulsan las actividades extractivas, en realidad cumplen un rol función de los beneficios que la naturaleza les asignó, de igual forma, la viabilidad de este tipo de actividades debe encontrar un canal de comunicación fluido, transparente y presto, respecto a las objeciones que eventualmente pudieran formular las comunidades afectadas, con el fin de evaluar daños tangibles, cercanos y más inmediatos que mediatos, frente al desarrollo de las actividades de este tipo.

Bajo dichas circunstancias, creemos que es posible construir un baremo integrado por tres factores cuya vinculación creemos es concurrente, pues unos no deben existir sin los otros; o dicho de otro

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

11 El decisorio del caso Saramaka refiere responsabilidad internacional de Surinam respecto de este derecho “reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

12 De la misma forma, el decisorio del caso en mención alude a este derecho “reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el derecho a la propiedad establecido en el artículo 21 de dicho instrumento y el derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25 de la misma, así como en conexión con las obligaciones de respetar, garantizar y hacer efectivos a nivel interno dichos derechos, de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 159 a 175 (de la) sentencia.”

13 En modo similar, la Corte Interamericana argumenta en relación a este derecho “reconocido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar el derecho a la propiedad reconocidas en los artículos 21 y 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de los miembros del pueblo Saramaka, en los términos de los párrafos 176 a 185(de la) sentencia.



modo, la ausencia de uno de ellos afecta la eficacia de los demás. Estos son: democratización de la información sobre actividades extractivas, amplia participación en los mecanismos de consulta previa, e impulso de políticas de responsabilidad social empresarial. El ejercicio conjunto de estos tres ítems, creemos, sí logra una mejor cohesión entre actividades extractivas y derechos humanos, haciendo compatibles estas dimensiones.

Una cuestión adicional a dilucidar es: ¿por qué la necesidad de estos ejes de equilibrio en la forma propuesta? Creemos que entre varias explicaciones frente a esta propuesta, encontramos la debilidad de los marcos legales para la protección del medio ambiente y los derechos humanos.¹⁴

En efecto, podemos hablar de una ecuación bastante simple: a mayor existencia de marcos legislativos eficaces para la protección integral de los derechos humanos en relación a las industrias extractivas, mayor satisfacción en la tutela de los derechos protegidos por las Cartas Internacionales de Protección de Derechos. De igual forma, a mayor debilidad de ese marco normativo, por ausencia, vaguedad o ambigüedad de las reglas de protección de derechos humanos en relación al medio ambiente, mayor desamparo de las comunidades afectadas por las industrias extractivas.

Aquí se configura la importancia, entonces, de herramientas adicionales para una mejor relación de equilibrio: o tutela el Estado a través de políticas de protección de los derechos humanos en relación al medio ambiente y otros derechos, o cumplen los tribunales de justicia en materia de tutela iusfundamental, su papel de mecanismos integradores del ordenamiento jurídico, es decir, de llenado de aquellos vacíos que dejan las normas y reglas en el ordenamiento, y que precisamente ante la ausencia de las vías de satisfacción legal que les corresponde a los Estados, pone a los jueces en la necesidad, no en estricto de crear nuevos esquemas de aplicación normativa, sino de crear nuevas reglas procedimentales, de orden y de aplicación, respecto de la solución de controversias. En estricto el juez no crearía derecho positivo pero sí pautas de procedimiento, en relación a esos derechos, para operativizarlos y no considerarlos expresiones solo semánticas de la ley.

¿Es posible sumar a este escenario factores de desigualdad, ausencia de voluntad política y debilidad de los sistemas democráticos?¹⁵ Creemos que sí. La desigualdad se expresa, con creces, al no reconocerse los derechos de una comunidad al goce del derecho a un medio ambiente sano, como sí sucede respecto de aquellas otras actividades extractivas respetuosas del marco interno y de las obligaciones que éste impone a las industrias extractivas.

En ese mismo orden de ideas, la ausencia de voluntad política identifica los casos en los cuales el Estado “no hace lo necesario ni suficiente” para un desarrollo armónico de las industrias extractivas con los derechos humanos de las colectividades vinculadas a estos roles de acción. La voluntad política se convierte, de este modo, en el factor de consecución de un activismo medio ambiental que se expresa en suficientes mecanismos de acción por parte del Estado, a ser transmitidos también a los actores privados.

De otro lado, la debilidad de los sistemas democráticos implica un marco de inercia de las comunidades, en tanto dicha debilidad se expresa en la falta de acciones suficientes por parte del Estado para la protección de los derechos humanos que subyacen en la actividad extractiva. Un sistema estatal débil de suyo no estará en condiciones de reaccionar de forma adecuada y presta ante conductas de agre-

14 CIDSE. Op. cit. p. 2

15 CIDSE. Op cit. p.2



sión a los derechos medio ambientales y conexos. Y de suyo esa debilidad del sistema hará exigible la intervención de la justicia supranacional, cuando el caso lo requiera.

2.1. Democratización de la información sobre actividades extractivas

Si determinada actividad extractiva ha de tener lugar en el ámbito territorial de una comunidad, es importante que ésta conozca suficientemente las implicancias del proyecto en mención. Precisamente esta situación subsana lo que podemos denominar ausencia de evaluaciones de impacto y monitoreo,¹⁶ situaciones que representan deficiencias de información respecto a la sociedad civil cuando de futuras actividades extractivas se trata.

La evaluación de impacto tiende, por el contrario, a que todos los ciudadanos previsiblemente afectados puedan acceder libremente a la dimensión de la industria extractiva a desarrollarse y de conocer más sobre sus alcances, consecuencias e impacto en la vida de las comunidades. Es una natural preocupación de todo ciudadano, marquemos ello con énfasis, que si una actividad extractiva va a incidir o no sobre su hábitat de vida, que sean conocidas las condiciones en las cuales ha de desarrollarse dicha propuesta de actividad.

Suele ocurrir que determinada industria extractiva puede impactar en mayor o menor grado en el medio ambiente¹⁷ y al respecto, un modo relevante de determinación del nivel de esa actividad, es precisamente la herramienta que suele denominarse evaluación de impacto.

16 CIDSE. Op cit. p. 4

17 Al respecto, los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional De Derechos Económicos Sociales y Culturales señalan que

Artículo 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.



La evaluación de impacto, adicionalmente, identifica aspectos técnicos relacionados con las consecuencias de la actividad extractiva a determinar, focaliza en qué medida el medio ambiente puede verse afectado por la actividad a ejecutarse y fundamentalmente, constituye una valiosa herramienta de información relevante para Estados, empresas de extracción y sociedad civil en su conjunto, en la mesa de discusión de este tipo de actividades.

Sin embargo, es pertinente preguntarse: ¿ con qué frecuencia esta obligación es cumplida por las industrias extractivas? Podemos distinguir aquí dos niveles de información: de un lado, es exigible la entrega de esta necesaria información respecto a las consecuencias respecto al medio ambiente, mas de otro lado y en un segundo nivel, es necesario un verdadero, tangible y real acceso a dicha información.

Nos explicamos sobre lo manifestado supra. No basta, en propiedad, que exista dicha información. Esto solo nos revela un nivel formal de cumplimiento de la obligación de informar. Se exige un contexto material de acceso, es decir, amplio en todas sus escalas, pues esa información técnica debe ser compartida del modo más amplio posible, creándose canales de discusión no en la perspectiva de imponer un punto de vista, sino para constituir una vía de información amplia que a su vez pueda ser traducida como una plena democratización de la información.

Los términos de una evaluación de impacto deben significar, igualmente, y de cara a una actividad extractiva, un primer bastión de información, y ese acceso debe revestir naturaleza común para toda la colectividad. ¿Por qué? Porque precisamente un ciudadano informado puede indudablemente ejercer mejor sus derechos y está en la posibilidad de decidir en forma voluntaria, si considera viables los lineamientos de la actividad extractiva a iniciar.

Nuestra propuesta de democratización en el acceso a esta información supone, de la misma forma, el cumplimiento de las obligaciones inherentes al Estado en materia de derechos humanos. Una tesis de acceso real, pleno y consensuado de la información sobre actividades extractivas, crea una suerte de ciudadano informado y supera un nivel estático de información. En esa misma línea de razonamiento, muchos ciudadanos informados, plenamente conscientes de sus derechos en juego, y de la dimensión de la actividad extractiva a erigirse, constituyen el medio de expresión legítimo para opinar adecuadamente sobre la viabilidad de las actividades extractivas.

2.2. Amplia participación en los mecanismos de consulta previa

El rango de legitimidad que representa el acceso pleno a la información, lo cual supone una condición de validez de las actividades extractivas, no puede alcanzar plena dimensión de realización, si no aludimos a la importancia de los mecanismos de consulta previa, los cuales suponen, en términos generales, una facultad de participación de las comunidades nativas, indígenas u originarias en la discusión de actividades extractivas en el ámbito de su localidad.

El Convenio 169 de la OIT¹⁸ sobre pueblos indígenas y tribales prevé, en relación a la consulta previa, que las gobiernos asuman un rol proactivo frente a este tipo de comunidades, debiéndoseles consultar

18 Convenio 169 de la OIT. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.

6. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;(...)



a éstas respecto a actividades que pudieran afectar su estatus de vida.

En forma complementaria, y desde una perspectiva jurisprudencial, el caso *Yatama vs. Nicaragua* ha señalado la importancia de que las comunidades indígenas y étnicas tengan acceso a opinar sobre políticas que pudieran afectar sus derechos.¹⁹

La naturaleza de la consulta previa debe admitir, en nuestra posición, mayores niveles de participación, dado que la consulta hacia grupos reducidos y eventualmente afectados por la actividad extractiva, generalmente pueblos indígenas y tribales, no resulta integral. Nos explicamos: el área natural que eventualmente pueda resultar previsiblemente afectada por una actividad extractiva, ¿es solo de la comunidad indígena o tribal afectada? ¿O acaso trasciende su ámbito a todos los niveles de ciudadanos de un Estado?

Nos decantamos por la segunda opción, sin que ello signifique un menor conjunto de atribuciones de la comunidad indígena, nativa u originaria afectada. La democratización de información que hemos reseñado en el acápite anterior, como podemos apreciar, es pues entonces una condición de acceso previo para un resultado como el propuesto: universalización del proceso de discusión, el cual supone satisfacer, de igual modo, el acceso a la discusión de los términos de ejecución de una actividad extractiva.

Ahora bien, en relación a la consulta previa, es importante delimitar dos ámbitos relevantes: de un lado, la consulta previa no debería implicar derecho a veto por parte de los ciudadanos afectados, salvo circunstancias específicas de grave afectación a los derechos de una comunidad determinada. A este respecto, dada su importancia, reproducimos la reflexión válida que CIDSE desarrolla en el siguiente párrafo: “El Banco mundial abordó este tema en su informe de 2003 sobre las industrias extractivas. El informe recomienda que los proyectos mineros puedan seguir adelante sólo en el caso de que las comunidades indígenas, suficientemente informadas sobre cualquier proyecto en particular, manifestaran su acuerdo sin presiones indebidas o interferencia de otras compañías – consentimiento libre, previo e informado. Este principio se vería también aplicado a otras comunidades directamente afectadas por la actividad minera. Sin embargo, bajo la presión de la industria minera y de los gobiernos, la formulación de la recomendación del Banco mundial fue modificada y se reemplazó consentimiento por consulta. No obstante, el derecho a un consentimiento libre, previo e informado está también afirmado en el artículo 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.”²⁰

Ratificamos al respecto nuestra posición en el sentido de que la consulta previa sí implica derecho a veto en casos de circunstancias especialmente graves,²¹ reservándose la decisión sobre la actividad extractiva al Estado, en caso de desacuerdo entre la empresa extractiva, la comunidad afectada y el Estado mismo.

19 Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. 225. *La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención.*

20 CIDSE. Op. cit. p. 5.

21 Vid infra 29 y 30.



De otro lado, la consulta previa, de realizarse con resultados negativos, no debe concluir en la inviabilidad total de la actividad extractiva rechazada, sino debe implicar la generación de condiciones para que en un futuro mediato, superadas las observaciones, sean discutidas nuevas condiciones de acceso e inversión. Creemos que esta fórmula es compatible con el derecho de toda una colectividad al progreso, mas naturalmente, en condiciones beneficiosas y de acceso a su ámbito natural.

Adicionalmente, un medio de impulso de la consulta previa es la creación de mesas redondas. Una experiencia de interés al respecto es la del impulso de mesas redondas en Canadá respecto de las empresas extractivas de ese país. Aún cuando no se llegó a materializar el proyecto propiamente dicho de mesas redondas, sí constituyen un punto de partida para entender la dimensión de la importancia de esta iniciativa.²² En propiedad, estas mesas traducen una mecánica de trabajo que implica dinamismo en la discusión de posiciones y como tales, incluso potencialmente apuntan a que diversas instituciones privadas y públicas puedan participar. Creemos que así, adicionalmente, se democratiza la discusión.

2.3. Impulso de políticas de responsabilidad social empresarial

Si la consulta previa es aprobada, el paso siguiente es la validación de la actividad extractiva. Esto conduce al desarrollo de la explotación de los recursos y a que efectivamente, los derechos involucrados en estas actividades, admitan un nivel de observancia cuando menos compatible con los estándares propios de los derechos humanos prefijados por los sistemas de protección de estos derechos.

Esta atinencia es de relevancia por cuanto dos pasos sólidos han tenido lugar en este iter de relación entre industrias extractivas y derechos humanos. Se ha producido, en un inicio, una democratización en el acceso a la información y sobre la base de ello, se han generado las condiciones mínimas adecuadas para discutir los alcances de las actividades extractivas. De esa forma, se ejerce un derecho a la consulta previa que implica no en propiedad un consentimiento previo, sino la toma de conocimiento, planteamiento y discusión de las condiciones en que se han de ejecutar las actividades extractivas.

Una siguiente cuestión a dilucidar es: ¿cómo logramos una consolidación de la observancia de los estándares de protección de los derechos humanos en la ejecución de las actividades extractivas? A juicio nuestro, a través de la promoción activa, dinámica y conducente de políticas de responsabilidad social empresarial.²³ acción que debe tener un punto de partida, inicio y generación desde la perspectiva propia de los Estados.

En relación a estas ideas, un estudio sobre el tema la Fundación Konrad Adenauer desarrolla ejes interesantes sobre esta materia, en directa referencia a la responsabilidad de las organizaciones frente al ambiente. Indica como concepto de responsabilidad social que : “Es la responsabilidad de cada [organización] para la sociedad y el ambiente (...) •Por el impacto de sus decisiones y actividades [incluyendo productos, servicios o procesos], •Ejercida con una conducta ética y transparente que: –Contribuye al desarrollo sostenible, [la salud y el bienestar de la sociedad]; –Tiene en cuenta las [expectativas] de los stakeholders; –Cumple con la ley [aplicable] y es consistente con las normas internacionales de conducta; –Se integra a través de toda la organización y es practicada en sus relaciones.”²⁴

22 CIDSE. Op. cit. p. 6

23 Vid Guía de Responsabilidad Social, conocida también como ISO 26000. Recuperado de www.iso.org/iso/iso_26000_project_overview-es.pdf. Fuente visitada con fecha 30 de enero de 2016.

24 KONRAD ADENAUER STIFTUNG. KAS PAPERS. Op cit. p. 10.



No obstante ser el Estado un ente promotor de estas políticas, no es una atribución exclusiva de los entes estatales este impulso. Por el contrario, es importante que el sector privado, expresado en las industrias extractivas concernidas para la explotación de recursos sea, también, quien dinamice el horizonte de este tipo de iniciativas.

¿Qué se logra con el impulso de políticas públicas de responsabilidad empresarial? A juicio nuestro, muchísimo. Si bien el lucro constituye el eje motor de las industrias extractivas, las políticas de responsabilidad social empresarial, debidamente fundamentadas desde una visión de respeto por los derechos humanos, nos conducen a la consolidación del Estado democrático y social de Derecho en su manifestación de arquetipo del modelo de Estado que buscamos.

En ese decurso de ideas, la industria extractiva que una determinada empresa representa, reafirma dos planos de acción: de una parte, realiza una función inherente a la razón de existir de una institución que busca el lucro y logra ello con la explotación racional de recursos. Y de otra parte, asume un compromiso de acción de respeto no solo por el medio ambiente sino de identificación con la amalgama de manifestaciones que implica un plan de responsabilidad social empresarial. Ésta se manifiesta, entonces, no solo ante los derechos colectivos que implican las actividades extractivas propiamente dichas, sino también ante los derechos difusos que conciernen a todos los ciudadanos en general, sin distinción de estamentos.

A través de estas políticas de responsabilidad social, las industrias extractivas determinan que el lucro es uno de los ejes de sus actividades, relevante y exigible por cierto, pero del mismo modo, reafirman estas industrias un segundo compromiso por aportar al desarrollo de otros valores necesarios para la consolidación en valores humanos de la comunidad.

¿Cómo se manifiestan en campos de acción específicos estas políticas de responsabilidad social por parte de las industrias extractivas? La diversidad de opciones es enorme y van desde acciones inmediatas en la regeneración de los recursos naturales en la acción extractiva, hasta proponer menores niveles de contaminación en la extracción en rangos de mediano y largo plazo. A este efecto, los planes de acción para reducir las consecuencias nocivas del denominado efecto invernadero, alientan ideas respecto a que el futuro de la humanidad es viable y que no ha de generarse, por ejemplo, un dantesco incremento de temperaturas en los próximos cincuenta o cien años.²⁵

3. Balance de la relación industrias extractivas- derechos humanos: proteger, respetar, remediar.

Expuestas nuestra premisas apuntando a una relación de equilibrio como la propuesta, asumimos un balance de relevancia expresado en las acciones que a su vez representan deberes estatales: proteger, respetar y remediar. ¿Por qué estas obligaciones son imputables al Estado? Por cuanto las industrias extractivas demandan acciones estatales específicas dadas las consecuencias directas de estas actividades en relación al medio ambiente y otros derechos humanos protegidos por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

En relación al deber de proteger, el informe del Consejo de Derechos Humanos de las NN.UU. de 2007 señala: “el derecho internacional establece firmemente que los Estados tienen el deber de proteger a los individuos bajo su jurisdicción contra violaciones de los derechos humanos no atribuibles al Estado

²⁵ Vid. ONU. (2014). *Actuemos. La ONU y la Conferencia Mundial de Cambio Climático. COP 20. Recuperado de <http://onu.org.pe/wp-content/uploads/2014/07/Triptico-COP-20.pdf>. Fuente visitada con fecha 30 de enero de 2016.*

y que esta obligación se extiende a la protección contra los abusos cometidos por entidades comerciales. El deber de proteger existe en el marco de la explicación detallada de los tratados fundamentales de derechos humanos de las Naciones Unidas dada por los órganos creados en virtud de esos tratados y también hay consenso en que existe en el marco del derecho internacional consuetudinario”.²⁶

El informe KAS hace referencia, sumillamos, a tres aspectos importantes en este ámbito de protección: fomento de una nueva cultura empresarial, la debida diligencia de las empresas en su responsabilidad en materia de derechos humanos , y el principio de no complicidad con abusos.

En relación al impulso de una nueva cultura empresarial, la premisa es clara: es importante superar el carácter meramente extractivista de las industrias de este tipo en el pasado, las cuales ponían el respeto por el medio ambiente en un nivel mínimo de importancia. Esto supone atender a una nueva forma de impulso de los valores empresariales, en el cual la protección por los derechos humanos constituya aspecto angular.

De otro lado, la debida diligencia de las empresas en su responsabilidad en materia de derechos humanos, nos conduce a una actitud proactiva por la protección de los derechos humanos. Esto se debe traducir, de la misma forma, en líneas inmediatas de acción por parte de estas empresas en caso de desastres causados por acción de las industrias extractivas. En este ámbito, las industrias de este tipo deben fomentar guías de acción frente a situaciones que eventualmente impliquen daños concretos por su actividad en la vida de las comunidades, reduciendo así los efectos nocivos que pudieren causar este tipo de desastres. Los componentes de este tipo de acciones de debida diligencia han de obedecer a medidas por situaciones de fuerza mayor, esto es, circunstancias causadas por acción del hombre, y caso fortuito, ocurriendo esto último en caso de fenómenos naturales propiamente dichos. La acción de protección por debida diligencia debe buscar el menor efecto en las poblaciones afectadas.

La no complicidad con abusos delimita una acción estatal concreta: interdicción de una coparticipación del Estado en el desenvolvimiento de abusos por parte de las industrias extractivas. Ello puede ocurrir tanto por acción como por omisión. En el primer caso, estamos frente a la falta de acción consciente del Estado frente a determinada situación de afectación del medio ambiente u otros derechos. Simplemente el Estado toma conocimiento de lo ocurrido y ejerce un fiscalización insuficiente, que no aporta nada a su deber de protección. En un segundo caso- de omisión- la figura es aún más grave, pues el Estado conoce determinada vulneración de derechos, y no ejerce acción alguna, por negligencia, dejadez y falta de celo, ocurriendo daños mayores por el transcurso del tiempo.

Respecto al deber de respetar, nuestra fuente de análisis afirma lo siguiente: “El segundo principio es la responsabilidad que tienen las empresas de respetar los derechos humanos. El fundamento de este principio está en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se ha desarrollado cada vez más en tratados y convenios sobre temas como la no discriminación y los derechos laborales y ambientales. “Respetar los derechos humanos significa básicamente no infringir los derechos de los demás, es decir, no causar perjuicios”, dice el citado Representante sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales (NU, 2008).”²⁷

26 KONRAD ADENAUER STIFTUNG. KAS PAPERS. Op cit. p. 6

27 KONRAD ADENAUER STIFTUNG. KAS PAPERS. Op cit. p. 7




En relación a este deber de respetar, podemos identificar tres pautas principales²⁸: Obediencia a la ley por parte de las empresas, respeto de los principios de los instrumentos internacionales, y el principio de la responsabilidad de las empresas de no hacer daño.

En relación a la obediencia a la ley por parte de las empresas, este aspecto reviste una faceta formal: el acatamiento de la normativa en protección del derecho a un medio ambiente sano y otros derechos de las colectividades, de un lado; y de otro lado, debemos hacer referencia a una obediencia material a la ley, entendida ésta como una sujeción en sentido amplio a las leyes de los Estados en materia de los derechos vinculados al medio ambiente.

El respeto de los principios de los instrumentos internacionales se expresa, igualmente, en una conducta de observancia a la evolución de la legislación internacional en materias vinculadas a la actividad de las industrias extractivas. A este respecto, la industria extractiva no constituye una zona exenta de control por parte de los instrumentos internacionales ni resulta ajena al fenómeno de irradiación que proyectan los derechos humanos. Por tanto, las industrias extractivas se ven impelidas a respetar los principios que inspiran los derechos humanos enunciados en relación a actividades de este tipo.

Adicionalmente, el principio de la responsabilidad de las empresas de no hacer daño involucra un deber adicional en la actividad extractiva. Constituye un deber especial de protección imputable a las empresas de este rango en tanto la actividad extractiva debe guardar un rango de mesura en su ejercicio y de no provocación de consecuencias dañosas respecto a los derechos concernidos.



En un siguiente rango, el deber de remediar es expresado de la siguiente forma: “El tercer principio es el acceso a los remedios o recursos. Se refiere a la garantía estatal de protección de los derechos humanos frente a infracciones o abusos, y a la reparación de daños por parte de agentes estatales como empresariales. En este aspecto se identifican mecanismos de investigación, sanción y reparación de los abusos, los que pueden ser estatales de tipo judicial o no judicial, y no estatales. Algunas directrices y disposiciones estatales promueven instancias no judiciales de resolución o arbitraje de conflictos, como ocurre con los Punto de Contacto Nacional (PCN) de la OEDC.”

La vía judicial otorga fórmulas de reparación y resarcimiento, a ser establecidas por los tribunales en materia de derechos humanos. El principio de acceso a la justicia constituye un marco de acción que se extiende a favor de personas naturales y jurídicas eventualmente afectadas por las industrias extractivas. El ámbito de protección es nacional, a cargo de los Estados; y supranacional, caso en el cual la competencia es contenciosa y cuasi contenciosa, como sucede, en el primer caso, con tribunales cuyas decisiones son vinculantes, y en el segundo caso, en cuanto compete a comités técnicos, como por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

4. Escenarios contrarios a una buena relación entre industrias extractivas y derechos humanos

Bosquejados los criterios que aportamos para políticas de cohesión entre industrias extractivas y derechos humanos, conviene pasar revista a los potenciales escenarios de colisión entre ambos conceptos cuando tienen lugar precisamente el desarrollo de estas actividades empresariales sin tamices de regulación, o en su defecto en casos de vulneración sostenida de derechos humanos precisamente a causa de estas actividades.

En un primer estamento de circunstancias, debemos refutar la denominada criminalización de la protesta social,²⁹ en razón de representar prevalentemente la misma una descalificación sesgada de los grupos defensores de los derechos humanos, incluso de las propias colectividades que ejercen su derecho a no concordar con el desarrollo de determinada industria extractiva. Sin embargo, como hemos reseñado supra, aquí hay que introducir necesarios parámetros de calificación pues de ocurrir una manifestación determinada de protesta, puede ocurrir, sucede muchas veces en las protestas sociales, que las vías de comunicación son bloqueadas por los propios pobladores de comunidades afectadas.

Se genera, en relación a lo afirmado, una exigencia de ponderación entre ese derecho a la protesta, y las facultades de terceros, ajenos al conflicto, de desplazarse libremente por el territorio de un Estado nacional. Creemos, por el contrario, en una protesta pacífica, respetuosa del orden jurídico y social, que evalúe el no perjuicio a terceros a causa de su ejercicio, y que identifique un derecho a no concordar pero dentro de los lineamientos del respeto de los derechos de terceros en el Estado democrático y social de Derecho.

¿Entonces cuál ámbito de criminalización debemos desaprobar? Creemos que aquel en el cual se persiga legalmente a las personas o instituciones, simplemente por expresiones de desacuerdo con las actividades extractivas. No procede la descalificación del adversario por la sola condición del mismo en cuanto tal, sino en razón de una adecuada contradicción de los argumentos del mismo. En ese razonamiento, una criminalización de conductas por el hecho de ejercer solo el derecho de protesta, descalifica la persecución de conductas aparentemente punibles.

Las circunstancias de grave afectación a los derechos de las poblaciones ocurren en caso de maximización de un modelo extractivista indolente hacia los derechos humanos protegidos respecto de estas actividades. Ciertamente, si bien el derecho a veto respecto de una actividad extractiva se produce en circunstancias que han afectado la vida de una comunidad, advertimos que existen daños severos que son compatibles con una forma de desplazamiento de estas comunidades. Dichas circunstancias ocurren cuando: 1) Se ejecutan planes de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales; 30 2) Si los proyectos de desarrollo o inversión privan a los pueblos indígenas de su capacidad de usar y gozar de sus tierras y otros recursos naturales necesarios para su subsistencia;31 y 3) En caso de depósito o almacenamiento de materiales

29 CIDSE. Op. cit. p. 6

30 El artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas señala: *“Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios, No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”*

El artículo 16 del Convenio OIT a su vez señala: *“2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos (comunidades indígenas y tribales) se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados”.*

31 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134. *(...) la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta”*



peligrosos en tierras o territorios indígenas.³²

Por último, las agresiones y amenazas hacia defensores de derechos humanos ocurren en situaciones de manifiesta disociación entre actividades extractivas y derechos humanos. En estos casos, se trasciende el plano meramente social de estos conflictos y se subsumen en estas situaciones, figuras de contenido penal que lindan con la realización de conductas ilícitas. Ciertamente las agresiones en cuanto tales han significado atentados contra la vida de defensores del medio ambiente, muchas veces con resultado muerte, y otras tantas han implicado serias lesiones contra la vida, el cuerpo y la salud. De otro lado, las amenazas igualmente persiguen perjudicar las acciones de defensa de los derechos humanos frente a las actividades extractivas.

Ideas finales

Industrias extractivas y derechos humanos representan una relación de suyo compleja y por excelencia conflictiva en la historia de la humanidad en las últimas dos centurias, desde los albores de la Revolución Industrial. El camino que estos conceptos han seguido en la historia de los derechos humanos como tales, ha sido prevalentemente de disociación y prueba de ello es la manifiesta acción de daño del medio ambiente por parte de las actividades extractivas. Y sin embargo, hemos pretendido, en este estudio puntual, darle forma a un tentativo plan de acción para que entre industrias extractivas y derechos humanos, exista, es nuestra propuesta, una relación de inclusión continua y no de exclusión constante.

Los ejes de esa relación que hemos propuesto se han centrado en la democratización de la información sobre actividades extractivas, la amplia participación activa de la comunidad en los mecanismos de consulta previa, y el impulso de políticas de responsabilidad social empresarial, ámbitos que consideramos necesarios para un trabajo cohesionado de observancia de los derechos humanos en las actividades extractivas.

En ese devenir de ideas, es importante realizar un balance de los deberes de actuación estatal resumidos en las acciones de proteger, respetar y remediar, precisamente para no llegar a escenarios de disociación, esto es, contrarios a esa relación de fuerza que deben generar las nociones de industrias extractivas y derechos humanos.

Consideramos que la vinculación conjunta y concurrente de los elementos materiales que defendemos, tiende a identificar supuestos complejos pero no inalcanzables de realización. Para ello, se necesita una conducta proactiva de los entes públicos y privados. Se puede perder muy poco en el camino, pero lograr mucho, en términos de realización de una relación de suyo estrecha entre industrias extractivas y derechos humanos. Es el objetivo que todo Estado democrático y social de Derecho espera alcanzar.

y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis.

32 Declaración de Naciones Unidas, artículo 29.2.:

“Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”

BIBLIOGRAFIA

CIDSE. Enero 2009. Impactos de la industria extractiva en América Latina. p 1. Revista CIDSE. Recuperado de <http://www.trocaire.org/sites/trocaire/files/resources/policy/latino-americanos-extractives.pdf>

Convenio 169 de la OIT. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

KONRAD ADENAUER STIFTUNG. KAS PAPERS. No. 5. Octubre 2009. la responsabilidad empresarial y los derechos humanos p. 3 Recuperado de http://www.kas.de/wf/doc/kas_17957-544-4-30.pdf.

MORALES, José Rodolfo 2013. ¿Qué hay detrás de la Maldición de los Recursos Naturales? Estudio de Caso: Los Países Bajos. Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación. Universidad Complutense de Madrid. Universidad del País Vasco. Universidad de Murcia. p. 7 Recuperado de https://www.ucm.es/data/cont/docs/599-2013-11-16-Jose_Morales_final.pdf.

ONU. (2014). Actuemos. La ONU y la Conferencia Mundial de Cambio Climático. COP 20. Recuperado de <http://onu.org.pe/wp-content/uploads/2014/07/Triptico-COP-20.pdf>.

RODRÍGUEZ BARTOLOMÉ, Virginia. SANT GISBERT, Jordi. 2009. Industrias extractivas y Relaciones Internacionales. Revista Relaciones Internacionales, núm. 11, junio 2009. Editorial. p 5 Recuperado de [file:///C:/Users/usuario/Downloads/169-637-3-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/169-637-3-PB%20(1).pdf).



ÉTICA PARA FISCALES

Manuel Atienza Rodríguez (España)



1. [1]

Hay una anécdota famosa que tiene como protagonistas a Learned Hand y a Oliver Holmes, dos de los jueces más influyentes en toda la historia de los Estados Unidos. Al parecer, después de haber almorzado juntos, Holmes subió a su carruaje para trasladarse al tribunal, pero en seguida oyó los gritos de Hand que, en un arrebatado de entusiasmo, había salido corriendo tras el coche y le animaba así: “¡Haga justicia, señor, haga justicia!” Holmes detuvo el carruaje y le espetó: “Ese no es mi trabajo. Mi trabajo consiste en aplicar el Derecho”. En otra ocasión, Holmes escribió en una carta lo siguiente: “Muchas veces he dicho a mis colegas en el tribunal que odio la justicia, lo que quiere decir que, si alguien empieza a hablar de ella, sé muy bien que por una u otra razón está dejando de pensar en términos jurídicos”.

Una persona leiga en Derecho consideraría, me parece, por lo menos extraño que un juez que ha servido de modelo a tantos jueces (y a tantos juristas) y no sólo en su país[2] tuviera, sin embargo, una opinión tan escéptica a propósito de la justicia. ¿Por qué esa actitud no les resulta, sin embargo, tan chocante a los profesionales del Derecho: a quienes participan en la administración de justicia (como jueces, como fiscales o como abogados) o a quienes elaboran el pensamiento jurídico? La respuesta breve que parece habría que dar a esta pregunta es que, si no todos, la inmensa mayoría o al menos una buena parte de los juristas de un país como el nuestro son positivistas jurídicos, esto es, asumen la tesis de la separación entre el Derecho y la justicia (o la moral) y, en consecuencia, ven el ejercicio de su profesión como una práctica que no tiene que ver en sentido estricto con la justicia. O, quizás mejor, muchas o la inmensa mayoría de las decisiones que ellos toman (o que promueven) las consideran seguramente justas, pero simplemente porque se han producido siguiendo los cauces señalados por el Derecho. La justicia sería así algo que se plantea, si acaso, en el momento de crear las normas (algo que atañe al legislador), pero no cuando se trata de aplicarlas e interpretarlas. El oficio del juez, como diría Holmes, consiste en aplicar el Derecho (y, en ocasiones, en crearlo, pero no abiertamente, sino de una manera que él llamaba “intersticial”: llenando los huecos dejados por las normas) y no en promover una determinada concepción de la justicia y de la moral; una actitud esta última que se habría visto reflejada en muchas de sus sentencias, como en el famoso caso *Lochner*, en el que defendió (frente a la mayoría del tribunal) la constitucionalidad de una ley que limitaba los horarios de trabajo en las tahonas del Estado de Nueva York, a pesar de que la medida – de inspiración socialista- no parecía estar nada de acuerdo con sus concepciones políticas. Y otro tanto habría que decir –o incluso más- de las actuaciones de los fiscales, profesionales que no raramente son definidos con expresiones como la de “guardianes de la legalidad” o alguna otra semejante.

El debate en torno al positivismo jurídico y a la relación entre el Derecho y la moral reviste, como es bien sabido, una considerable complejidad y no es por tanto cosa de referirse aquí al mismo con ningún detalle. Me limitaré a formular, y de manera inevitablemente dogmática, algunas tesis sobre el particular que son importantes para encarar el tema que nos ocupa, el de la ética de los fiscales. Son éstas:

1) No ser partidario del positivismo jurídico, como es mi caso, no significa pensar

que existe algo así como el Derecho natural, o sea, no supone negar que el Derecho sea un fenómeno artificial, una creación humana, un producto histórico y social. Cuando se plantean (al menos hoy) las cosas en términos de una alternativa entre ser iusnaturalista o iuspositivista, se está incurriendo, me parece, en el paralogismo de la falsa contraposición. (Paralogismo que, por cierto, se da con bastante frecuencia en contextos jurídicos; seguramente cualquier lector de este texto tendrá algún ejemplo que poner de ello.)

2) No ser positivista (yo calificaría mi postura de postpositivista o constitucionalista –entendida esta última expresión en el sentido de una teoría general del Derecho-) no significa identificar el Derecho con la moral. Por supuesto, hay ciertas perspectivas desde las que tiene pleno sentido efectuar esa distinción. Y, en todo caso, aunque la argumentación jurídica contenga, en mi opinión, siempre un fragmento de razonamiento moral, eso no quiere decir que el razonamiento jurídico y el moral se confundan: el jurista (juez, fiscal o abogado) que construye una tesis jurídica utilizando razones morales no se convierte por ello en un moralista; o sea, no debe –no puede- argumentar para defender esa tesis de la misma manera que lo haría, por ejemplo, un filósofo moral.

3) El Derecho –esta es la tesis postpositivista o constitucionalista básica- no es sólo un sistema de normas establecidas autoritativamente, sino, además de eso (y sobre todo), una práctica social que persigue obtener ciertos fines y valores dentro de los límites fijados por el sistema (por los materiales jurídicos). En el contexto de esa práctica, el papel de la moral es considerable: por ejemplo, a la hora de identificar qué es lo que tal Derecho establece a propósito de tal cuestión; o de motivar una decisión, de aportar en favor de la misma argumentos de carácter justificativo.

4) El positivismo jurídico no es tanto una concepción falsa cuanto una concepción excesivamente pobre de lo que es el Derecho, especialmente en el contexto de los Estados constitucionales. Una consecuencia de esa pobreza teórica es que los juristas formados en esa cultura no están en las mejores condiciones para poder hacer frente a los problemas que les plantea la práctica, la experiencia jurídica. Así, entre otras posibles deficiencias, el jurista de formación positivista no cuenta con instrumentos adecuados para resolver problemas de interpretación (piénsese en una concepción como la de Kelsen, que de poco ha de servirle al operador del Derecho); ignora casi todo de lo que es la filosofía moral contemporánea; y tiene también ciertas dificultades para comprender el sentido de la ética de los jueces o de los fiscales. Veamos esto último con un mínimo detalle, y permítanme que haga referencia para ello a una experiencia personal.

Hacia mediados de los años 90 fui invitado a participar en algunos foros, con jueces españoles y latinoamericanos, para discutir acerca de la ética judicial. Como se sabe, los primeros códigos de ética judicial surgieron en el mundo anglosajón en los años 70 del siglo pasado y, progresivamente, el tema de la deontología profesional (la ética aplicada a la conducta de los jueces o de los abogados, pero también a la de los médicos, los periodistas, los empresarios...) fue cobrando importancia por diversas razones, entre las que se encuentran la complejidad creciente de esas profesiones y la sensación de vivir en una época de crisis en la que muchas cosas –incluyendo valores y normas de comportamiento- que hasta entonces parecían indiscutibles, habían dejado de serlo. La impresión que entonces tuve fue que los jueces latinoamericanos mostraban, en general, un interés en la materia que era muy superior al de los españoles; y, a su vez, que entre estos



últimos quizás los más escépticos respecto a las virtualidades de la ética judicial eran los jueces progresistas. La explicación no era difícil de encontrar: estos últimos vinculaban el discurso sobre las virtudes judiciales, sobre la moralidad del juez, etc. con el franquismo y, en general, con sistemas autoritarios y antiliberales, enemigos de la independencia judicial; y se temían que la apelación a la moral (a una moral teñida inevitablemente de religión) proporcionase un (indeseable) medio de control ideológico de la profesión que facilitase, entre otras cosas, una (ilegitima) incursión en la vida privada de los jueces. Cuando se profundizaba más en el tema, las dos razones fundamentales que daban para negar la ética judicial (o sea, para poner en duda que tuviera, por ejemplo, sentido embarcarse en la tarea de elaborar un código de ética judicial) podrían resumirse así: no es necesaria y tampoco es posible.

La ética no es necesaria porque, venían a decir, lo que tiene que hacer el juez en cuanto juez es exclusivamente aplicar el Derecho, y en esto consiste su moral: en seguir el Derecho. Pero además es imposible, en el sentido de que no habría forma de saber lo que significa "la" ética judicial, ya que cada juez tiene la suya y no hay criterios racionales que permitan optar en favor de una o de otra. Como se ve, dos argumentos típicamente positivistas (sobre todo, el primero) y, en mi opinión, equivocados. Tampoco aquí voy a entrar en ningún detalle, sino que me limitaré a señalar algunas deficiencias importantes que plantean esos dos argumentos. Sobre el primero de ellos, lo que podía decirse es que, aunque fuera cierto que lo que tiene que hacer un juez siempre es obedecer el Derecho, ocurre que, por un lado, puede ser imposible saber en ocasiones en qué ha de consistir esa obediencia si se prescinde de la moral, pues ¿cómo interpretar si no (si no es recurriendo a una teoría moral) los términos que aparecen en los materiales jurídicos y que tienen una carga explícita o implícitamente moral?; y, por otro lado, la propia opción asumida por ese juez (discutible o no; esa es otra cuestión) tiene un carácter inevitablemente moral: las razones que le llevan a pensar que ha de seguir siempre el Derecho no pueden ser otra cosa que razones morales. Y sobre el segundo de los argumentos, el que suscribe la tesis del escepticismo moral, la razón que me parece de más peso en su contra, y para defender algún tipo de objetivismo moral, podría sintetizarse así: el escepticismo moral es incompatible con la práctica judicial y, en general, con las prácticas jurídicas del Estado constitucional. Si un juez fuera realmente un escéptico en materia moral, entonces no podría propiamente fundamentar (motivar adecuadamente) sus decisiones puesto que, como antes decía, el razonamiento de carácter justificativo incluye siempre un componente moral.

Ésta es seguramente la razón de que los jueces (al igual que muchos ciudadanos) suelen incurrir en esta materia con bastante frecuencia en contradicción pragmática: dicen ser escépticos, relativistas morales, pero su propia práctica, su propio comportamiento, desmiente que lo sean: ¿o acaso no creen los jueces que, al menos en un porcentaje muy alto de los casos que tienen que decidir, sí que son capaces de justificar adecuadamente sus decisiones, de producir argumentos jurídicos que puedan pasar también el test de la moralidad?

Pues bien, lo que vale para los jueces vale también, *mutatis mutandis*, para los fiscales. También ellos parecen ver (al menos, hasta hace poco tiempo), y quizás sobre todos los fiscales de significación progresista, la moral, la deontología profesional, con bastantes dosis de escepticismo y por razones semejantes a las de los jueces. La intervención de José María Mena en este curso me parece que puede servir como un ejemplo de lo que quiero decir. Su planteamiento, al menos en buena parte, parece estar dirigido a mostrar que las normas deontológicas que regulan el comportamiento de los fiscales establecen exigencias de carácter corporativo



(más o menos cuestionables en cuanto a su contenido) centradas en la idea del honor (el honor de un grupo, de una profesión) y son, en cierto modo, una reliquia del pasado: “En el actual contexto histórico democrático la exigibilidad de virtudes específicas debe quedar reducida a las previsiones legales, excluyendo pautas de comportamiento privadas, extraprofesionales”. La razón para pensar así es que el comportamiento de los fiscales (establecer qué es lo correcto o incorrecto de sus actuaciones) no puede venir fijado por normas “extralegales” o “infralegales”, como denomina a las normas deontológicas, sino únicamente por el Derecho, por normas legales que, por lo demás, no tendrían que recurrir tampoco a “conceptos jurídicos indeterminados”: “Los deberes inherentes a la condición de fiscal, para ser auténticos deberes, vinculantes y exigibles, deben estar descritos en la ley. No pueden ser otros que los descritos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, artículos 48, 49 y 50 y Disposición Adicional Primera de supletoriedad de la ley judicial, con una enumeración que no cabe tener por exhaustiva, pero que contiene la única descripción normativa de las virtudes corporativas exigibles a los fiscales. Fidelidad, prontitud, eficacia, dependencia jerárquica, legalidad, imparcialidad, asiduidad profesional, deber de residencia, secreto profesional.” De manera que, cabría concluir, la ética fiscal no es, en sentido estricto, necesaria, puesto que esa ética es precisamente la ya contenida en las normas jurídicas que regulan la profesión; o sea, las normas deontológicas serían las normas disciplinarias y las normas penales que fijan los supuestos de las conductas ilícitas (y las correspondientes sanciones) en las que podrían incurrir los fiscales en el ejercicio de su profesión. Y por lo que se refiere a si es posible o no sostener que existen normas morales que se aplican a una profesión (por ejemplo, a la de fiscal), Mena da una respuesta positiva, pero referida únicamente a las normas de moral social, esto es, a las aceptadas por un determinado grupo social o por una profesión, y no entra en la cuestión de si habría o no normas morales justificadas referentes a cómo debería comportarse un fiscal y que, naturalmente, puede que coincidan o que no (o que en parte coincidan y en parte no) con las normas aceptadas o practicadas por el grupo en cuestión. En seguida vuelvo sobre esto.



Esa misma idea (negativista en el fondo) es la que se encuentra también en uno de los pocos trabajos teóricos que se han escrito en nuestro país a propósito de la deontología del Ministerio fiscal. Muy al comienzo del mismo, la autora, María Leonor Suárez[3], declara ya que “en el marco jurídico la deontología sólo puede referirse al deber ser de las normas del Derecho” (p. 112). Y por si hubiera alguna duda en cuanto a cómo interpretar la anterior expresión, “en el marco jurídico”, el último párrafo de su trabajo deja las cosas claras a este respecto: “Finalmente...y por poner un punto final, vuelvo al planteamiento inicial, esto es, a la necesidad de reconsiderar las normas deontológicas del MF como verdaderas normas jurídicas referidas a una sociedad contextualizada y que deben responder seriamente, máxime en el caso del fiscal como representante público de los intereses sociales, generales y de justicia, a un desarrollo saneado de la actuación judicial y a las exigencias neoconstitucionales, -tal es el único sentido inteligible de la exigencia deontológica de la moralidad del MF-” (p. 140).

Pero realmente no es así. Si uno quiere explicarse el auge que en los últimos tiempos ha cobrado la ética aplicada a las profesiones (jurídicas y no jurídicas), con lo que se encuentra (y de ello ha hablado ya Justino Zapatero en este curso) no es con la exigencia de reglamentar jurídicamente cierto tipo de comportamientos, sino de regularlos en una forma que no cabe dentro de los moldes, digamos, del Derecho oficial, porque no son propiamente reglamentaciones jurídicas, sino morales, aunque sea frecuente hablar al respecto de “códigos”. Y si no pueden consistir en reglamentaciones propiamente jurídicas es porque con las mismas no se trata (o no se trata sólo) de deslindar la conducta lícita de la ilícita, sino,

fundamentalmente, de definir qué es lo que debe entenderse por *excelencia* en la práctica de una profesión. No se trata, dicho de otra manera, propiamente de establecer “prescripciones” (lo que von Wright llamaba así: normas que establecen que, dadas determinadas circunstancias, alguien puede hacer, debe hacer o tiene prohibido hacer una determinada conducta, amenazándosele con una sanción –una consecuencia negativa- en caso de incumplimiento), sino de fijar “normas ideales”: las que definen qué es lo que hay que entender por un buen lo que sea: un buen juez o un buen fiscal.

Es importante, creo yo, darse cuenta de esta diferencia entre prescripciones y normas ideales, para entender el sentido de la deontología, esto es, de las normas éticas que se aplican a las profesiones. Pues hay, por lo menos, dos aspectos en los que los dos tipos de normas mencionados difieren, regulan la conducta de manera distinta. Por un lado, la exigencia de ser un buen (en el sentido de excelente) juez, fiscal o profesor rebasa en algún sentido la idea de lo meramente debido (lo que puede ser regulado mediante prescripciones). Yo no cumplo con los requisitos del concepto de buen profesor simplemente porque no infrinja ninguna de las normas administrativas o de otro tipo (normas jurídicas) que se aplican a mi conducta como profesor, de la misma manera que nadie es un buen juez o un buen fiscal (ni tiene reputación de serlo), simplemente porque no haya cometido ninguna acción delictiva o merecedora de alguna medida disciplinaria. Todos parecemos manejar alguna idea de lo que significa ser un profesor excelente o un excelente juez o fiscal que no se reduce a la del cumplimiento de las normas jurídicas (prescripciones) que son aplicables a su conducta. Naturalmente, para ser un excelente X hay que ser también un aceptable X, y eso explica con facilidad que exista una zona más o menos amplia de solapamiento entre lo regulado por los códigos éticos de, por ejemplo, los jueces o los fiscales y las normas jurídicas que disciplinan esas profesiones. Por otro lado, otra diferencia también de cierta significación es que no cumplir con las normas ideales (con el ideal de buen profesor, buen fiscal, etc.) no puede llevar aparejadas las consecuencias que conlleva la infracción de las prescripciones. Entre otras cosas porque parece bastante razonable pensar que suelen ser muy pocos los miembros de una profesión que realizan de manera completa el ideal de la misma lo que, por cierto, no supone que la plasmación más o menos normativa (en realidad, no sólo normativa; luego hablaré de la ética de las virtudes) de la profesión carezca de sentido. Lo tiene porque (o si) opera como una especie de ideal regulativo que cumple una función de dirección y de justificación de las conductas.

Por supuesto (y me parece que este es el punto –sin duda, importante- de razón que hay que conceder a los escépticos), es bien posible, y en ciertas circunstancias incluso probable, que de la apelación a la moral se haga un uso puramente ideológico, interesado, y que la elaboración de excelsos códigos deontológicos juegue en realidad el papel de embellecer falsamente la realidad (de dificultar la crítica fundada a las profesiones). Ese falseamiento de la realidad se produce, por ejemplo, cuando la elaboración de un código ético se presenta como la mejor medida para resolver un problema que exigiría, sin duda, movilizar otros recursos que resultarían más eficaces para ello. Justino Zapatero trae muy oportunamente a colación una frase de Savater que no puede ser más expresiva: “confiar la solución de todos los males de nuestra sociedad sólo a la ética es como pretender apagar incendios forestales con hisopos de agua bendita”. Si nos trasladamos al campo de las profesiones jurídicas, sin duda el mayor atentado contra la ética es el fenómeno de la corrupción en la administración de justicia. Pues bien, la manera más eficaz de combatirla (y sé que eso no es un problema –me refiero a la corrupción, no a las corruptelas- en España, pero sí en muchos países latinoamericanos) no es a base de prédicas morales o de promulgar y difundir códigos deontológicos, sino introduciendo sanciones efectivas,



llevando a cabo cambios institucionales que garanticen la independencia de los jueces o la objetividad de los fiscales, remunerando decentemente el ejercicio de esas profesiones, etc. Y, desde luego, en el ámbito de nuestra cultura jurídica, hay muy buenas razones (todavía hoy) para mantener cierta actitud de sospecha en relación con los promotores de las diversas éticas profesionales. Una actitud de sospecha, por cierto, que entiendo también se tenga conmigo, puesto que yo soy el primero en practicarla. Pongo un ejemplo de esto último.


Para preparar esta exposición leí, entre otros, un trabajo de Luis Beneytez Merino titulado “Reflexión deontológica sobre el Ministerio fiscal”[4]. Me ha parecido interesante en más de un aspecto (y en alguna medida coincidente con lo que acabo de decir, al destacar la importancia del elemento de valor junto al componente normativo para entender los problemas deontológicos de los fiscales), pero resulta que los ejemplos concretos que pone de comportamientos éticos (modélicos) de los fiscales parecen consistir en una reacción frente a actuaciones (éticamente deficientes) de otros profesionales que el lector adivina fácilmente vienen motivadas por ideologías, digamos, de izquierdas: el fiscal que logra que se acuse por imprudencia temeraria al conductor del tren causante de un accidente –por saltarse un semáforo- y no exclusivamente al ingeniero jefe de señalización, oponiéndose así a los propósitos de un juez de instrucción que actuaba con la finalidad de proteger los intereses de la clase trabajadora; o el que se enfrenta a las órdenes de sus superiores –de la fiscalía- dirigidas a no actuar contra un político que había hecho manifestaciones ofensivas para un sector de la judicatura. Ahora bien, si hay buenas razones para ocuparse de (y para preocuparse por) la ética de los fiscales, parecería que deberíamos buscarlas más bien en otro lado: en otro tipo de delitos (los que verdaderamente ponen en peligro la convivencia social), en otro tipo de actitudes y quizás también en otro tipo de agentes.

Pero, en fin, una cosa es que haya razones para sospechar que en la elaboración de un código de ética profesional pueden deslizarse fácilmente elementos ideológicos, prejuicios, etc.; y otra cosa es que esas sospechas se lleven hasta el extremo de descalificar por completo cualquier iniciativa en ese sentido. Esto último me parece, como digo, equivocado, porque se basa en una idea también equivocada de lo que significa la ética profesional –la deontología- y de lo que significa la ética sin más. Y aquí me parece que conviene hacer de nuevo algunas aclaraciones de carácter conceptual.

Cuando se pretende conocer –o establecer- en qué consiste la ética de los jueces, de los fiscales, de los médicos, de los abogados, de los empresarios o de los banqueros es usual requerir el parecer de los “expertos” en ética. La especialización creciente del saber hace que, cada vez más, estemos en manos de los expertos, lo que, como ustedes saben muy bien, tiene una aplicación en el ámbito procesal, en el que la prueba pericial se encuentra evidentemente en alza: en muchos casos son efectivamente los expertos (médicos forenses, contables, etc.) los que juegan el papel determinante en la resolución de los pleitos. Ahora bien, ¿quiénes son los expertos en ética? Como es bien sabido, la ética es uno de los campos tradicionales de la filosofía, y un campo que tiene su “réplica”, por así decirlo, en el interior de la filosofía del Derecho: supongo que la razón para que yo esté aquí no es otra que la de suponérseme ciertos conocimientos de “experto” en la materia. ¿Pero en qué podría ser yo experto? Desde luego, no en saber mejor que los que ejercen la profesión de fiscal cuáles son las pautas morales de conducta que son aceptadas y seguidas en la práctica; esta es una pretensión de conocimiento que quizás pudiera arrogarme si hubiera hecho algún tipo de investigación empírica sobre la materia,



pero no es el caso. Ni tampoco sería experto a la hora de determinar qué es lo correcto o lo incorrecto, lo que está moralmente bien o no que haga un profesional (con independencia de qué sea lo que suele hacerse en la práctica), o qué cualidades debería tener un fiscal para alcanzar la excelencia y poder considerársele como un modelo para otros. Enténdaseme, puedo tener ideas razonables, bien fundadas, sobre el particular, pero lo que quiero decir es que yo no podría pretender estar en mejores condiciones que los fiscales –por el hecho de que sea un filósofo del Derecho, experto en ética jurídica- a la hora de establecer esos juicios. Sería, casi diría, una idea ridícula por mi parte, dado que no tengo ninguna experiencia en la profesión, no conozco desde dentro ni con detalle los problemas éticos a los que tienen que hacer frente los fiscales, etc. Mi “experticia”, de existir, tendría que consistir en otra cosa; si efectivamente soy un experto en la materia, tendría que estar en condiciones (o en mejores condiciones que quien no tiene esa formación) de aclarar una serie de cuestiones de naturaleza teórica, pero que pueden suponer una ayuda muy significativa a la hora de resolver el segundo tipo de los problemas que acabo de distinguir: los problemas de ética normativa. Los primeros serían cuestiones de ética descriptiva, pues de lo que se trata es de describir y de explicar cuáles son las pautas morales que rigen en una determinada profesión o en una cierta sociedad, cómo evolucionan, cómo se explica que sean esas y no otras, etc. En lo que es experto el filósofo, en definitiva, es en lo que se llama teoría ética o metaética, aunque, como es lógico, no se puede hacer teoría ética de manera competente si se desconoce todo sobre los otros dos niveles de reflexión sobre la ética (la ética descriptiva y la normativa), como no se puede hacer tampoco filosofía del Derecho si se carece de una formación jurídica. De manera que las distinciones que acabo de hacer son seguramente útiles a efectos clarificadores, pero no hay por qué empeñarse en considerarlas como compartimentos estancos.



Pues bien, hablando en términos muy generales, hay un par de clasificaciones que suelen hacerse en el nivel de las teorías éticas y que me parecen relevantes para lo que aquí nos interesa: la deontología de los fiscales. La primera es la clasificación que divide a las teorías de la ética en deontológicas y teleológicas. Sin entrar en muchos detalles: las primeras (como la concepción de Kant) consideran que lo “correcto” tiene cierta prioridad sobre lo “bueno”, lo que quiere decir que uno puede tener ciertos deberes, aunque la realización de los mismos no produzca buenas consecuencias (no persiga lo bueno); la idea que trata de captar esa concepción es que hay deberes morales que son absolutos, en el sentido de que se tienen con independencia de cuáles sean las consecuencias a las que pueda llevar su cumplimiento; pensemos, por ejemplo, en el principio de dignidad humana: la razón para respetar la dignidad de otro no es el beneficio que pueda obtenerse con ello, sino el convencimiento de que la dignidad es un valor último. El segundo tipo de teorías morales (como el utilitarismo de Bentham) invierte las cosas, las prioridades: lo correcto está subordinado a lo bueno. Lo que uno debe hacer es aquello que produzca las mejores consecuencias, como quiera que se entiendan las consecuencias, puesto que hay muy diversas maneras de hacerlo; la fórmula de Bentham, como se sabe (pero sería sólo una de las posibles maneras de ser utilitarista), hace referencia al logro de la mayor felicidad para el mayor número. Pues bien, algo que podría resultar sorprendente y que se desprende de lo anterior es que Bentham, el filósofo que suele ser citado como el introductor del término “deontología”, no sería, sin embargo, un deontologicista en ética, o sea, Bentham no es un partidario de la deontología en el sentido técnico en el que hoy suele emplearse la expresión en la filosofía moral[5]. Pero esto no debe tampoco preocuparnos demasiado, pues no va más allá de constituir un simple problema de ambigüedad: no siempre se entiende “deontológico” o “deontología” de la misma manera. Cuando hoy se habla (en el plano de la ética prescriptiva) de deontología (o de código deontológico) a lo que se hace referencia es a la ética aplicada a una determinada profesión, pero el rótulo no nos dice nada sobre si esa

ética (ese código ético) se inspira en una teoría de la moral deontológica o teleológica. Y, en realidad, me parece que puede afirmarse sin mucho temor a equivocarse que las éticas profesionales (y los correspondientes códigos deontológicos) recogen principios tanto de carácter deontológico como teleológico o consecuencialista.

La otra distinción que nos importa es la que permite diferenciar las teorías normativistas de la ética, de las concepciones de la ética basadas en la virtud. Las primeras tratarían de contestar a la pregunta de qué debe uno hacer para comportarse de manera éticamente adecuada, cuáles son nuestros deberes éticos: por ejemplo, cumplir con el imperativo categórico kantiano o realizar las acciones que produzcan la mayor felicidad para el mayor número. Las segundas (un ejemplo notable de este tipo de concepción es la ética aristotélica) tratan de contestar más bien a la pregunta de cómo construir una personalidad moral, qué rasgos de carácter –qué virtudes– son los que debería esforzarse por adquirir el que aspira a llevar una vida buena, una vida moral. Ahora bien, tampoco esta contraposición hay por qué verla de manera excluyente, sino que podríamos considerar que esas dos concepciones vienen a ser en realidad visiones distintas pero complementarias de la ética. Es lo que parece ocurrir también en relación con la ética de los jueces o de los fiscales: los jueces deben ser independientes y los fiscales imparciales y hay virtudes, como el valor, la honestidad, etc. que, si se poseen, contribuyen efectivamente a que los jueces cumplan con sus deberes de independencia y los fiscales con los de imparcialidad.

2.

El modelo de construcción de la ética judicial, de un código deontológico para los jueces, puede ser de interés para los fiscales, al menos por un par de razones: porque sin duda la ética judicial ha alcanzado un mayor grado de desarrollo tanto teórico como práctico; y porque se trata de dos figuras afines, de manera que mucho de lo que es aplicable al comportamiento de los jueces se podría extender, analógicamente, al caso de los fiscales. Existe sin embargo una dificultad que no se puede soslayar: la institución judicial tiene contornos mucho mejor definidos que la del ministerio público y eso parece tener consecuencias importantes. Si es posible fijar (en un código deontológico) las exigencias normativas que configuran la excelencia judicial, es porque pensamos que hay alguna noción básica y compartida de lo que sería el “buen juez”. ¿Pero cómo construir el concepto del “buen fiscal” cuando resulta que lo que se entiende por fiscal o por ministerio público (las funciones que se le confían) puede(n) variar considerablemente de un sistema jurídico a otro, e incluso puede ocurrir, como en el caso del Derecho inglés, que ni siquiera puede decirse que exista en puridad un ministerio fiscal? ¿Tiene razón uno de los mayores estudiosos de la figura del fiscal cuando, en un escrito reciente, la califica de “misteriosa institución”?[6]

Bueno, el misterio naturalmente no consiste en que no sepamos (y no sepa muy bien el autor citado: Luis María Díez-Picazo) lo que es un fiscal, cuáles son sus funciones (incluyendo las diferencias que pueden advertirse de un país a otro), cómo ha evolucionado la figura en diversos sistemas jurídicos, etc. El misterio, la dificultad, estriba en que parecen existir diversas maneras de concebir el ministerio fiscal, y una de ellas –el modelo norteamericano–, parece estar ganando mucho terreno en los últimos tiempos. Se plantea así una especie de batalla jurídico-cultural que en España se centra sobre todo en la cuestión de quién debe instruir: el juez o el fiscal. No es un debate, por cierto, sólo de dogmática –de técnica– jurídica sino, fundamentalmente, de filosofía moral y política. Por eso, yo creo que casi todos los participantes en el mismo estarían de acuerdo en que (como lo ha sostenido aquí Mena) ambas opciones son constitucional y conceptualmente posibles, de manera



que el debate estriba en realidad en precisar cuáles son los valores a los que se desea dar prioridad en la configuración del proceso y hasta qué punto se lograrían satisfacer según que la instrucción se confiara a los jueces o a los fiscales[7]. Y si planteáramos así las cosas, me parece que podría hablarse de un consenso bastante sólido por lo que hace a los valores a perseguir (los que deberían presidir el proceso penal: valores de tipo garantista), mientras que las discrepancias se concentran más bien en cuestiones de medios, de carácter instrumental: qué cambios institucionales habría que llevar a cabo para conseguir esos fines. Dicho de otra manera, parece indudable que en la cultura jurídica española (incluyendo, claro está la de los propios fiscales) la figura del ministerio público se ve como esencialmente afín a la del juez y alejada en consecuencia de la del abogado, el abogado de parte. Lo cual, naturalmente, tiene consecuencias de cierto relieve en el plano deontológico.

Por supuesto, nadie (cualquiera que sea el sistema jurídico del que parta) piensa que un fiscal deba comportarse exactamente igual que tendría que hacerlo un juez o un abogado. Claramente se trata de una figura distinta: la del acusador público. Pero que, en términos relativos, puede aproximarse más a la del abogado (el caso estadounidense), o a la del juez (el modelo de Europa continental y, en particular, el italiano en el que los fiscales se integran dentro de la magistratura). Y ello, como decía, tiene consecuencias en el plano ético. Así, en el contexto estadounidense, la ética del fiscal (que ocupa regularmente un capítulo en cualquier manual de ética jurídica: ésta es una materia a la que se concede una considerable importancia académica) se centra mucho en la necesidad de subrayar las diferencias entre el fiscal y el abogado de parte: se insiste, por ejemplo, en que el deber del fiscal es el de hacer justicia (actuar de manera imparcial) y no el de lograr condenas (lo que, supongo, no sería necesario subrayar en relación con el fiscal español). Y en la misma cobra gran importancia, por ejemplo, la discusión a propósito de bajo qué condiciones debería un fiscal llevar adelante una acusación: si basta con que considere probable que el acusado es culpable, o debería estar convencido de la culpabilidad “más allá de toda duda razonable” (sí, como exigencia no sólo para condenar, sino para perseguir penalmente a alguien)[8]. Mientras que en contextos como el español, los problemas deontológicos tienen mucho más que ver con la “dependencia jerárquica”, esto es, con un principio organizativo que, al menos potencialmente, podría plantear problemas éticos al fiscal que quisiera actuar con independencia de criterio[9]. De manera que lo que se subraya en un caso es que los fiscales tienen que ser imparciales, a diferencia de los abogados; y en el otro caso, que no son (¿no podrían serlo?) independientes, al menos de la misma manera que lo son los jueces.

Sin embargo, a pesar de esas diferencias de acento, me parece que podría decirse que, cualquiera que sea el modelo de fiscal del que se parta, lo que hace que cobre tanta importancia la ética de los fiscales es el carácter discrecional del poder que, en uno u otro caso, caracteriza a la institución del ministerio público: el poder de acusar. Sin duda, esa discrecionalidad es más patente en el caso del fiscal estadounidense, pero no deja de existir –ni mucho menos- en los fiscales de los sistemas de Derecho continental[10]. En el caso español, como es bien sabido, el fiscal aparece definido en la Constitución y en su Estatuto Orgánico como un órgano que actúa en defensa de la legalidad y con sujeción en todo caso al principio de legalidad. Pero, claro está, si existe política criminal (que es lo que justifica que el fiscal general del Estado sea nombrado por el ejecutivo) es porque se supone que hay un margen de discrecionalidad a la hora de establecer prioridades sobre qué delitos perseguir y sobre cómo utilizar los recursos (escasos: insuficientes para perseguir eficazmente todos los delitos) de los que se dispone. Por eso, ningún fiscal que se plantee con seriedad los aspectos éticos de su profesión puede ignorar un hecho que parece irrefutable: la desproporción existente entre los actos delictivos



cometidos y los efectivamente perseguidos y castigados. Luigi Ferrajoli (refiriéndose básicamente a Italia pero parece claro que sus palabras son también aplicables al caso español, donde en las últimas décadas hemos vivido un proceso incesante de inflación de las normas penales) afirmaba hace años lo siguiente: “Si por ventura todos los delitos denunciados fueran perseguidos y castigados, y no digamos si lo fueran todos los delitos cometidos, incluso los no denunciados, es probable que gran parte de la población estuviera sujeta a proceso o en reclusión”[11]. De manera que el fiscal, por supuesto, tiene que esforzarse por defender la legalidad, pero no puede escudarse en ella y pensar que así ha resuelto todos los problemas éticos que le plantea el ejercicio de su profesión. No puede sentirse justificado para hacer interpretaciones formalistas[12] de las normas que dejen de lado lo que tendría que ser el valor último a perseguir en el ejercicio de su profesión: garantizar los derechos de los individuos, y no solo los de carácter procesal, sino también los de naturaleza sustantiva. Y para ello tendría que hacer, sin duda, un amplio uso de la equidad que, en la célebre formulación de Aristóteles, es una adecuación de la ley a las circunstancias de la realidad para evitar un resultado injusto: un castigo desproporcionado para algunos (para algunos delitos) y la impunidad para otros. Si se quiere decirlo de otra manera: el fiscal no puede (ni debe) evitar cierto ejercicio de la discrecionalidad[13]. Lo que le está vedado es hacerlo de manera arbitraria.

Como es sabido –y nos recordó Miguel Carmona en su exposición- en España (a diferencia de lo que ocurre ahora en muchos países europeos y americanos) no existe un código propio de ética judicial. Sin embargo, en el año 2006 se aprobó, en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, un Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial en cuya elaboración participó activamente el Consejo General del Poder Judicial y que, en algún sentido de la expresión, podríamos considerar “vigente”. Merece la pena, en mi opinión, prestar alguna atención al mismo, porque podría ser una referencia de cierto interés de cara a elaborar un código de ética del Ministerio fiscal o algún otro documento por el estilo.

El Código consta de una (extensa) exposición de motivos y de casi un centenar de artículos divididos en dos partes: en la primera se desarrollan los “principios de la ética judicial iberoamericana” (independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional), y la segunda está dedicada a regular la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial. Es importante subrayar que se trata de un código sin sanciones, pero no creo que por ello deba considerarse carente de eficacia. En realidad, las funciones que el mismo trata de cumplir son las de facilitar a los jueces la reflexión sobre su propia práctica, orientar esa práctica al explicitar los criterios que la guían (o que debieran guiarla) y facilitar a otros la crítica justificada de la profesión. Lo que quiere decir (y me parece que es importante subrayarlo) que los destinatarios de un código deontológico no son sólo los miembros de una determinada profesión. Si se piensa, por ejemplo, en los casos de actuaciones judiciales que, en los últimos años, han sido objeto de polémica, no me parece exagerado afirmar que la opinión pública podría haber encontrado en ese código una orientación útil. Más útil que limitar la discusión a si tal determinada conducta de un juez está o no prohibida por el Derecho positivo. Repitémoslo una vez más: un código deontológico no es una alternativa al código penal o a las normas disciplinarias. Un juez, al igual que un fiscal, puede actuar mal en el ejercicio de su profesión (o no de la mejor manera posible), aunque no haya cometido un ilícito jurídico.

Pues bien, ese conjunto de principios podría suministrar seguramente un esquema útil de cara a elaborar un código deontológico para los fiscales si bien, como es



lógico, no se trataría tampoco de seguirlo mecánicamente. Puede que haya que introducir algún nuevo principio; desde luego, habrá que reinterpretar los antes mencionados al aplicarlos a la conducta de los fiscales; y algo parecido a esto último habría que hacer también en relación con las virtudes: las de los fiscales tendrían que ser, por así decirlo, más “activas” que las de los jueces[14]. Pero, con todo, me parece que lo más interesante no se encontraría tanto en el contenido, cuanto en el método seguido para su elaboración. En líneas generales, podría decirse que se trató de alcanzar una especie de “equilibrio reflexivo”, o sea, se procuró explicitar primero las pautas que los profesionales consideraban adecuadas en relación con cada uno de esos principios, para confrontarlas luego con los criterios que cabría obtener de una teoría ética justificada y proceder entonces a un ajuste mutuo: en algún caso, un principio general de la ética tuvo que ser “modulado” al aplicarlo a las circunstancias de la conducta profesional de los jueces, y en otras ocasiones hubo de reconocerse que ciertas prácticas más o menos consagradas de la profesión no eran justificables desde un punto de vista ético. A su vez, la articulación de cada uno de esos principios sigue una cierta lógica interna: se comienza señalando su finalidad, lo que sirve de justificación para el principio en cuestión; se procede luego a dar una definición del principio; se incluyen a continuación algunas reglas específicas que resultan significativas; y se termina señalando ciertas actitudes, ciertos rasgos de carácter o virtudes que favorecen el cumplimiento del principio en cuestión[15]. Creo que fue un método en líneas generales acertado, pero que se mejoraría si al mismo se incorporara un ingrediente más: ejemplos de conflictos éticos reales con una (o, ¿por qué no?, varias) propuesta(s) de solución. Al respecto hay una reciente iniciativa que ha puesto en práctica la Escuela Judicial de Barcelona y que me parece de sumo interés: consiste en confeccionar, como base para una posterior discusión, una serie de micro-relatos, a partir de noticias de prensa, sentencias del Tribunal Supremo, o de la propia experiencia de los autores, en los que se plantean problemas conectados con los distintos principios, valores o virtudes de la ética judicial. En fin, si ese elemento más práctico haya de formar parte de un “código” o debiera incorporarse en algún otro tipo de documento es una cuestión que no debe preocuparnos mucho.



Termino mi exposición con una reflexión a propósito de la anécdota con la que la empecé. Mi admiración por el juez Holmes es inmensa y no tengo ninguna duda de que en muchísimos aspectos sigue siendo un modelo a seguir. Pero yo no le seguiría en su crudo positivismo. Me imagino, por eso, una escena en la que un fiscal experimentado acaba de comer con un recién licenciado que quería conocer las interioridades de la carrera fiscal, de cara a encaminar o no hacia ahí su futuro profesional. Cuando ya se han despedido y el fiscal está saliendo del restaurante en dirección a su coche, el joven exclama en alta voz: “¡Siga haciendo justicia!”. El fiscal se da la vuelta y en tono reflexivo le dice: “No es fácil hacer justicia. Requiere mucho esfuerzo y a veces estar dispuesto a aceptar algo más que incomodidades. La verdad es que casi siempre he tenido muy claro cuál habría sido la decisión justa a tomar en el caso. Pero a veces hay obstáculos insalvables; y no todo depende de uno... En fin, por lo menos estoy seguro de haber contribuido a evitar algunas clamorosas injusticias”.

Que no es poco.

[1] Ponencia presentada en el curso “Ética y Deontología en el Ministerio Fiscal”, Madrid, noviembre de 2013.

[2] La primera de las anécdotas la refería hace unas semanas un juez español –Carlos Gómez– en una conferencia sobre ética judicial en la Escuela Judicial de Barcelona. Y tengo en mis manos un artículo sobre la reforma de la administración de justicia escrito por el actual fiscal general del Estado que arranca para su reflexión del “concepto positivista” pero, aclara, “también profundamente liberal de lo que significa el Derecho y la justicia” de Holmes; Eduardo Torres-Dulce (en “La inevitable reforma de la administración de justicia”, *El Notario del siglo XXI*, nº 50, julio/agosto 2013, p. 10) se refiere en concreto a la convicción del jurista estadounidense de que el bien común siempre se alcanza mejor mediante el libre intercambio de ideas.

[3] Maria Leonor Suárez Llanos, “Deontología del Ministerio Fiscal. Descripción normativa y crítica. O de ¿para qué necesitan los fiscales ser morales?”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XXV, enero de 2008.

[4] En *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, UCAM-AEDOS, Murcia, 2000.

[5] Sobre esto puede consultarse, por ejemplo, el *Diccionario de filosofía* de Ferrater Mora; pero, por lo que he podido ver, los jueces y los fiscales que se interesan por averiguar el significado de “deontología” suelen quedarse en el Diccionario de la Real Academia.

[6] Vid. L.M. Díez-Picazo, “Siete tesis sobre la idea de fiscal investigador”, en *Teoría&Derecho*, 1/2007, p. 33 y 29. No falta, sin embargo, quien califica la institución del fiscal como “de derecho natural”, aunque con ello lo único que pretende decir es que en nuestros sistemas jurídicos “no se concibe ya que la función de acusar quede en manos de los particulares” (Luis Pacheco Carve, “El fiscal en el Derecho comparado”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio fiscal*, VI, 2001, p. 133).

[7] La representante de la Asociación Profesional de Fiscales dijo en su presentación algo importante y en lo que parece existir un consenso amplio: en todo caso, antes de convertir a los fiscales en instructores habría que modificar su estatuto orgánico, precisamente para asegurar que no se pondrían en riesgo los valores característicos de un proceso garantista. Y, desde el otro lado, parece existir también un amplio consenso en que la instrucción por parte de los jueces plantea ciertas disfunciones bastante obvias; las discrepancias estarían en si las mismas podrían corregirse (o aminorarse significativamente) continuando con el modelo del juez instructor.

[8] Vid., por ejemplo, Monroe H. Freedman, *Understanding Lawyers’ Ethics*, Matthew Bender, New York, 1990, pp. 218 y ss.

[9] O, en el caso extremo, que plantee una objeción de conciencia para no intervenir en un caso. Antonio del Moral (en “La objeción de conciencia de los miembros del ministerio fiscal”, en *Objeción de conciencia y función pública*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007) entiende que podría admitirse la objeción (está pensando en casos en que la ley impusiera la pena de muerte, en los que se autorizase el aborto a practicar por una menor o se impusiera la expulsión a un extranjero “en medida que se le presenta [al fiscal] como inhumana y patentemente injusta”) si se dieran ciertas circunstancias: sinceridad de la objeción, sustituibilidad fácil y disposición a asumir otros asuntos en compensación (p. 279). Al respecto, trae a colación el artículo 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que, aunque no establezca una previsión “que sirva para afrontar la objeción de conciencia frente a una norma legal, sino frente a órdenes o indicaciones concretas”, en su opinión, “mitiga los efectos de una dependencia jerárquica entendida como obediencia ciega “ y “estimula el debate interno”. Todo lo cual le lleva a lamentar el escaso uso que se hace de ese artículo 27: “El mecanismo allí previsto debiera ser algo de administración ordinaria –es normal que existan esas discrepancias y no debe ser insólito que en determinados casos se desencadenen esas fórmulas para provocar el debate y, como fruto del mismo, la decisión adecuada-. Sin embargo se ha convertido en algo excepcional, cuya utilización parece requerir ciertas dosis de heroísmo o estar reservada a fiscales “rebeldes”. En eso creo que los fiscales tenemos una importante cuota de responsabilidad” (p. 298).

[10] Resulta por ello absurdo que alguien pueda pensar (pero me temo que así ocurre a veces) que la diferencia entre los jueces y los fiscales radica en que los primeros toman decisiones, mientras que los segundos se limitan a aplicar la ley.



[11] Luigi Ferrajoli, "Criminalidad y globalización", en *Claves de Razón Práctica*, nº 152, mayo 2005, p. 23.

[12] He aquí dos ejemplos de formalismo y, en mi opinión, de comportamientos contrarios a la ética. El primero tendría lugar si, dado que un fiscal no puede retirar las acusaciones en juicio sin pedir permiso y realizar luego un informe, para evitarse las incomodidades que eso supondría, mantiene su posición "pro forma", incluso en casos de absoluta falta de pruebas. Y el segundo sería aquel en el que, existiendo antecedentes que tendrían que haber sido cancelados, mantiene sin embargo la solicitud de aplicación de la agravante de reincidencia por considerar que la petición de que no se aplique la agravante concierne sólo a la defensa.

[13] En una reciente tesis de doctorado leída en la Universidad de Valencia (Arturo Todolí, "La potestad de acusar del Ministerio Fiscal en el proceso penal español: Naturaleza, posibilidades de su ejercicio discrecional, alcance de sus diferentes controles y propuestas de mejora del sistema") hay todo un capítulo, el VI, dedicado a los "Supuestos de discrecionalidad en el funcionamiento real del sistema".

[14] Por ejemplo, la perseverancia y la indignación ante la impunidad de ciertos comportamientos socialmente muy nocivos bien podrían ser consideradas como virtudes características de los fiscales, pero seguramente no de los jueces (o, al menos, no en el mismo grado). Me parece que es ilustrativo al respecto el relato de Giancarlo De Cataldo que forma parte del libro *Giudici*, publicado por Einaudi en 2011 (y cuya traducción al castellano aparecerá pronto en Marcial Pons); a diferencia de las otras dos narraciones, de Andrea Camilleri y Carlo Lucarelli, que componen el libro, la de De Cataldo no tiene como protagonista a un juez, sino a un fiscal.

[15] Una exposición más detallada puede verse en Manuel Atienza, *Reflexiones sobre ética judicial*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.



NOTE SULLE FUNZIONI DELLA MOTIVAZIONE

Michele Taruffo

C tedra de Cultura Jurídica, Girona



- **Qualche premessa**

Prima di affrontare il tema delle funzioni della motivazione   opportuno stabilire alcune premesse, per spiegare la prospettiva che si seguir  nel seguito del discorso, ed anche per eliminare alcuni equivoci che si incontrano frequentemente nella letteratura e nella giurisprudenza che si occupano della motivazione.

Una premessa essenziale riguarda proprio ci  che si intende quando si parla di “motivazione” della sentenza. Sembra infatti diffusa l’idea che la motivazione sia una descrizione, un resoconto o addirittura una registrazione del procedimento che il giudice ha seguito per giungere alla decisione. Questa idea   completamente sbagliata. Da un lato, sembra impossibile che il giudice dia conto di tutto ci  che ha pensato da quando ha cominciato ad occuparsi del caso (e quindi magari dall’inizio del processo) sino al momento in cui ha deciso. In altre parole, questa sarebbe una mera *descrizione* di ci  che   passato per la mente del giudice durante tutto il tempo in cui egli ha rivolto la sua attenzione al caso che doveva decidere. Questa descrizione   impossibile, ma quand’anche fosse possibile descrivere qualche momento del ragionamento decisorio, ci  sarebbe *inutile*. Se anche il giudice dicesse, ad esempio “ho pensato che il testimone Pedro era credibile alle 4 di mattina uscendo ubriaco da una discoteca”, avremmo forse una descrizione veritiera, che per  sarebbe del tutto irrilevante. In sintesi: una descrizione di ci  che il giudice ha pensato potrebbe costituire una specie di *spiegazione* del come ha formulato la decisione, ma ci  potrebbe avere qualche interesse sul piano dell’analisi psicologica, non su quello della struttura della sentenza.

Al riguardo il punto fondamentale   che la motivazione   un discorso argomentativo con il quale il giudice adduce *buone ragioni* a sostegno della sua decisione, ossia *giustifica* la decisione. In sostanza, il ragionamento del giudice consiste essenzialmente di tre parti: una prima parte in cui il giudice ragiona al fine di giungere alla decisione, una seconda parte in cui egli formula la decisione, e una terza parte in cui egli giustifica la decisione. Non   il caso di discutere qui se sia applicabile alla decisione giudiziaria la discussa distinzione tra *context of discovery* e *context of justification*, ma credo che non si possa comunque negare la distinzione tra il procedimento con cui il giudice arriva a formulare la decisione e il ragionamento con cui, presa la decisione, egli svolge gli argomenti che servono a giustificarla. In altri termini, esiste un *ex ante* ed esiste un *ex post* rispetto alla decisione, ma l’*ex post* non *riproduce* l’*ex ante*. Per rendersi conto di ci  bastano poche osservazioni.


Da un lato, accade spesso che la motivazione della sentenza venga redatta da un giudice diverso da quello che ha seguito il processo, e nel caso di tribunale o corte collegiale   di regola un solo membro del collegio che redige la motivazione, anche “per conto” degli altri membri, dei quali non pu  evidentemente riprodurre i singoli ragionamenti che li hanno portati alla decisione.

Dall’altro lato, tra ragionamento decisorio e motivazione esistono importanti differenze *strutturali*. Il ragionamento decisorio si svolge essenzialmente mediante un procedimento di *trial and error*, ossia di formulazione di ipotesi che a seconda dei casi vengono poi



confermate o falsificate. In questo contesto la logica fondamentale è quella dell'*abduzione*, ossia dell'inferenza con la quale si formulano ipotesi esplicative dei fatti che vanno accertati. All'abduzione segue la verifica probatoria dell'ipotesi, che quindi può essere accettata o scartata. Nella motivazione non esiste nulla di tutto ciò: il giudice ha già stabilito qual'è l'ipotesi che rappresenta il contenuto della sua decisione, e deve giustificare *questa* ipotesi, senza tener conto delle ipotesi che prima aveva preso in considerazione e che poi per qualunque ragione ha scartato. In altri termini, nella motivazione non c'è spazio per l'abduzione, e neppure per il *trial and error*. La logica della giustificazione include vari argomenti e vari tipi di inferenze, ma è comunque una logica diversa da quella della scoperta. E' analizzando queste inferenze e la struttura degli argomenti che si giunge a stabilire se la giustificazione adottata dal giudice a sostegno della sua decisione risponde ai canoni della *razionalità*.

Tutto ciò non esclude, tuttavia, che tra ragionamento decisorio e motivazione possano esservi dei punti di contatto, e magari anche delle *parziali analogie*. Il giudice che sa di dover giustificare razionalmente la sua decisione può essere indotto -ed è auspicabile che lo sia- a non decidere sulla base di scelte o valutazioni irrazionali, casuali o puramente soggettive, ma può essere indotto, già nella fase di formulazione della decisione, a controllare il suo ragionamento sotto il profilo logico, in qualche modo "anticipando" le argomentazioni di cui potrà servirsi quando redigerà la motivazione. Ciò non significa -come si è detto- che venga meno la differenza strutturale tra le due fasi del ragionamento del giudice: significa solo che il giudice *razionale* può cercare di controllare logicamente anche il ragionamento che svolge per giungere alla decisione.



Un'altra premessa importante riguarda, per così dire, il *contenuto* della motivazione. Quando si dice che in essa il giudice deve giustificare razionalmente la sua decisione, si dice che egli deve giustificare *tutta* la decisione. In altri termini, la motivazione deve essere *completa*, e ciò significa che essa deve investire *tutti* gli aspetti rilevanti della decisione. In particolare, essa deve contenere un'adeguata giustificazione della decisione relativa alla verità o falsità delle dichiarazioni relative ai fatti della causa. Giustificare una decisione relativa alla verità di un enunciato fattuale significa indicare quali sono gli elementi di conoscenza forniti dalle prove che confermano la corrispondenza al vero di quell'enunciato. Ciò implica che il giudice deve prendere in considerazione *tutte* le prove che sono state acquisite al giudizio: non solo quelle che confermano la sua decisione, ma anche -e forse soprattutto- quelle contrarie a tale decisione, e deve esprimere una valutazione relativa all'attendibilità di ogni singola prova, oltre che una valutazione relativa all'insieme delle prove disponibili. Queste valutazioni debbono, inoltre, fondarsi su inferenze logiche che consentono di stabilire se esse sono o non sono razionalmente fondate. Così, ad esempio l'art.192 c.1 del codice di procedura penale italiano dice che la motivazione deve indicare i criteri di inferenza che giustificano la decisione in fatto con riferimento alle prove. In sostanza, una motivazione in fatto completa implica lo svolgimento di un'analisi logica relativa a tutte le informazioni, positive e negative, sulle quali si fonda il giudizio finale relativo ai fatti della causa. Vale la pena di insistere su questo requisito della completezza analitica della motivazione in fatto perchè molto spesso si dice, fraintendendo il necessario contenuto della giustificazione, che il giudice potrebbe limitarsi ad indicare le prove favorevoli alla versione del fatto che egli accoglie, senza neppure far cenno alle informazioni che contraddicono questa versione. Si tratta di una fallacia molto diffusa, e conosciuta come *confirmation bias*, che il giudice "razionale" dovrebbe evitare. Giustamente, allora, l'art.546 c.1 lett. e) del codice italiano di procedura penale dice che il giudice deve indicare nella motivazione le ragioni per cui ritiene non attendibili le prove contrarie alla sua decisione.

La completezza della motivazione relativa agli aspetti giuridici della decisione non è meno importante ma non richiede particolare attenzione, dato che nella dottrina processualistica, oltre che nella teoria generale del diritto, sono noti i problemi relativi alla scelta e all'interpretazione

delle norme che vengono applicate nella decisione giudiziaria. Senza ripercorrere qui questi problemi, è forse sufficiente sottolineare che tutte le scelte interpretative che il giudice compie nel configurare la decisione in diritto debbono essere analiticamente giustificate attraverso l'impiego dei noti canoni dell'interpretazione giuridica.

Queste osservazioni riguardano quella che si usa definire come la *giustificazione esterna* della decisione, ossia la giustificazione delle premesse di fatto e di diritto su cui la decisione si fonda. E' appena il caso di sottolineare qui che deve sussistere anche la *giustificazione interna* della decisione, ossia la connessione logica in funzione della quale la premessa di diritto si *applica* alla premessa di fatto, e la combinazione delle due premesse giustifica la decisione conclusiva. Si tratta di un tema fondamentale della teoria della decisione, che non può essere qui discusso come meriterebbe. Basti dire che la c.d. *sussunzione* del fatto nella norma rappresenta un passaggio fondamentale nella giustificazione della decisione: è evidente che se viene meno questa connessione tra le due premesse la decisione risulta erronea, insostenibile e priva di fondamento razionale.

Bisogna tuttavia sottolineare che queste considerazioni valgono negli ordinamenti, come quelli di *civil law*, nei quali -come si vedrà- la motivazione è necessaria in tutte le sentenze, e quindi anche in quelle di primo grado, nelle quali si decide sui fatti. Esse non valgono invece per gli ordinamenti che -come quello degli Stati Uniti- non conoscono l'obbligo generale di motivazione ed ammettono che le sentenze di primo grado non vengano motivate, soprattutto con riferimento alla decisione sui fatti. Ciò vale in particolare quando sui fatti decide la giuria, dato che il suo *verdict* non è mai motivato.

• **Cenni storici**

Nella lunga storia degli ordinamenti processuali europei la motivazione della sentenza conosce sorti diverse. In molti casi i giudici spiegano, magari sinteticamente, le ragioni delle loro decisioni, anche se non sono obbligati a farlo. Ad esempio, già i giudici longobardi e franchi del *Regnum Italicum* motivavano le loro sentenze in un buon latino, e siamo nei secoli VII e VIII. La prassi della motivazione si diffonde poi nei tribunali di vari Stati, in Italia come in Francia e in Spagna. Si tratta solo di prassi non generalizzate, ma sono esempi significativi della concezione per cui la sentenza deve indicare in qualche modo le ragioni della decisione. In qualche caso, poi, come nella Firenze del '500, si prevede che i giudici debbano motivare in forma scritta le loro sentenze, che vengono depositate presso un ufficio pubblico.

Altre volte, invece, accade che la motivazione manchi del tutto, ma talvolta esiste addirittura un *divieto* di motivazione. E' il caso del processo canonico, in cui i giuristi dicono -e siamo già nel '700- che i giudici devono fare attenzione a non indicare i motivi delle loro decisioni. La spiegazione che viene data è che se il giudice giustifica la sua decisione la sentenza perde la sua autorità: l'idea fondamentale è che il vero potere, soprattutto se è un potere assoluto, non si giustifica, si impone all'obbedienza senza nessuna spiegazione.

Queste differenze di atteggiamento nei confronti della motivazione durano a lungo. In proposito una situazione abbastanza curiosa si verifica negli ultimi anni del diritto comune, ossia verso la fine del secolo XVIII. Per un verso, nel 1774 una "prammatica" del re di Napoli, in realtà dovuta al ministro-filosofo Filangieri, introduce l'obbligo di motivazione per tutti i giudici del regno. E' evidente che nell'ambito del c.d. dispotismo illuminato si vuole introdurre una forma di controllo, da parte del sovrano, su ciò che i giudici fanno e sul modo in cui giustificano le loro decisioni. Si tratta di una novità importante, che però fallisce a causa della decisa opposizione dei giudici, che non intendono spiegare le ragioni per cui decidono. La



conseguenza è che dopo pochi anni di un evidente insuccesso la prammatica viene revocata e si torna ad un sistema in cui la sentenza non viene motivata.

Quasi nello stesso momento, ossia nel 1778, una *Real Cédula* di Carlos III proibisce ai giudici spagnoli di motivare le loro decisioni, contrastando la prassi di alcune corti, come la Audiencia de Mallorca, che motivavano le loro sentenze. La ragione che viene adottata per giustificare questo divieto è che redigere la motivazione della sentenza fa perdere tempo ai giudici e favorisce le *cavilaciones* delle parti.

In realtà la sola vera novità, assai importante, che si verifica in questo periodo è una legge francese del 1790 -siamo quindi all'inizio della Rivoluzione- con cui si prescrive che tutte le sentenze siano motivate. Si tratta di una novità decisiva per varie ragioni. Da un lato, la legge del 1790 distrugge le istituzioni, ed in particolare le istituzioni giudiziarie, dell'*Ancien Regime*, e segna l'inizio della concezione moderna del giudice e del potere giudiziario, che poi verrà attuata dalle leggi napoleoniche. Dall'altro lato, l'obbligo di motivazione delle sentenze verrà recepito da tutte le legislazioni successive, in Francia come nel resto d'Europa, e quindi anche in America Latina, sino a diventare un principio generale relativo alla struttura della sentenza e al relativo dovere del giudice di spiegare le ragioni che giustificano la sua decisione.

- **Le funzioni di controllo endoprocessuale.**

Come si è accennato, i codici processuali del secolo XIX, che in larga misura si ispirano alla codificazione francese, recepiscono il principio per il quale la motivazione si configura come una parte essenziale della sentenza. In sostanza, sia pure con varie formulazioni si prevede che la sentenza sia motivata, normalmente a pena di nullità del provvedimento.

La funzione fondamentale che la motivazione svolge in questa prospettiva si può definire di *controllo endoprocessuale*. Il riferimento al controllo si spiega in quanto la necessità della motivazione viene giustificata in base a due ragioni principali. La prima ragione è che occorre concedere alle parti la possibilità di verificare la giustificazione della decisione, soprattutto perchè esse possano decidere se, e per quali ragioni, vale la pena di impugnare la sentenza. In proposito un sistema curioso si trova nel codice processuale austriaco del 1815 (che è rimasto a lungo in vigore nei domini austriaci del Nord Italia, fino al 1860), dove si prevede che il giudice non debba sempre motivare la sentenza, ma debba farlo (entro tre giorni!) se una delle parti lo richiede al fine di decidere se e come impugnare la sentenza.

Il secondo aspetto del controllo deriva dal fatto che, quando la sentenza viene impugnata, il giudice dell'impugnazione deve essere in grado di valutare se l'impugnazione è fondata e se la sentenza merita di essere confermata o di essere annullata, e ciò sulla base delle giustificazioni che il giudice ha adottato nella motivazione.

In alcuni casi la previsione del controllo sulle ragioni della decisione ha uno sviluppo ulteriore, in quanto a volte (come ad es. nell'art.360 n.5 del codice di procedura civile italiano, modificato in senso diverso da una riforma recente, e l'attuale art.606 del codice italiano di procedura penale) si prevede che il giudice di ultima istanza (normalmente la Corte di cassazione) svolga un controllo sulla esistenza, la sufficienza e la logicità della motivazione della sentenza impugnata. Va comunque sottolineato che anche dove questo controllo sulla motivazione non viene espressamente previsto, le corti di impugnazione e le corti supreme lo svolgono ugualmente, anche se in modo indiretto: se, infatti, come accade di regola, la



motivazione è richiesta a pena di nullità della sentenza, il giudice dell'impugnazione che deve stabilire se la sentenza è nulla o è valida ha il potere di giudicare se la motivazione esiste, è sufficiente a giustificare la decisione e non è contraddittoria, perchè se la motivazione è in qualche modo viziata la sentenza è nulla.

Si tratta comunque di un controllo *endoprocessuale*, poichè esso a luogo, per iniziativa delle parti o per intervento del giudice dell'impugnazione, *all'interno* del processo e delle sue varie fasi.

3.1. L'oggetto del controllo sulla motivazione.

Chiarite le modalità con cui può svolgersi il controllo endoprocessuale sulla motivazione, vale la pena di indicare quale può essere l'oggetto di questo controllo. Al riguardo occorre partire da quel requisito della completezza della motivazione di cui si è parlato all'inizio. Si possono allora distinguere due aspetti della motivazione su cui verte essenzialmente il controllo.

Il primo aspetto riguarda la giustificazione della decisione sui fatti rilevanti della controversia quando -come si è detto più sopra- la sentenza di primo grado è motivata. La premessa fondamentale è che tra le varie finalità del processo va anche considerato che una condizione necessaria di giustizia della decisione, e di corretta applicazione della norma che determina la decisione in diritto, è che si accerti la verità degli enunciati di fatto che stanno alla base della controversia. Poichè il giudizio sulla verità degli enunciati di fatto dipende dalle prove acquisite al processo, e dalla correttezza logica della loro valutazione, il controllo sulla motivazione "in fatto" riguarda tutte le prove acquisite al processo (sia quelle favorevoli sia quelle contrarie all'ipotesi che il giudice adotta come "vera" in sede di decisione), e riguarda inoltre le inferenze che il giudice formula per giustificare, in base alle prove, la sua decisione sui fatti. Si tratta, dunque, anzitutto, di un controllo sulla *completezza* e sulla *logicità* degli argomenti che il giudice adduce per giustificare razionalmente la sua decisione.

Il secondo aspetto riguarda la giustificazione della decisione in diritto. Essa deve comprendere da un lato l'indicazione delle ragioni per cui il giudice fa riferimento alla norma A invece che ad altre norme ipoteticamente applicabili al caso, e dall'altro lato gli argomenti in funzione dei quali egli adotta una determinata interpretazione di tale norma, scegliendola -soprattutto con riferimento ai fatti sui quali verte la decisione- con preferenza rispetto ad altre interpretazioni possibili. Questo aspetto è molto rilevante poichè il relativo controllo verte, oltre che -anche qui- sulla sufficienza e sulla logica delle argomentazioni, sulla verifica del se il giudice ha rispettato il fondamentale principio di legalità.


Se si tiene conto del fatto che -come si è detto già varie volte- una "buona" motivazione deve consistere di un insieme di argomenti giustificativi logicamente strutturati e tali da costituire una giustificazione *razionale* della decisione, si può allora osservare che la motivazione svolge anche una funzione essenzialmente *razionalizzatrice*. Essa, infatti, induce il giudice a ragionare, e a non affidarsi solo ad intuizioni soggettive non giustificabili. Come si è detto più sopra, se il giudice intelligente sa che dovrà giustificare razionalmente la sua decisione, si può pensare che anche per giungere alla decisione egli faccia uso dei criteri logici e di razionalità che poi dovrà impiegare nella motivazione.



Ciò presuppone, naturalmente, che si adotti una concezione razionale della decisione e della sua giustificazione. Il discorso cambia invece completamente se, come accade in Francia soprattutto nel processo penale (a partire da una legge del 1793 che istituiva una giuria “speciale”) si ritiene che la decisione del giudice sui fatti dipenda soltanto dalla sua *intime conviction* e non implichi nessun ragionamento e nessun criterio di razionalità intersoggettiva. Non a caso, infatti, si esclude che il giudice motivi la propria decisione. Più in generale, anzi (e qualcosa di simile accade in Spagna), si può dire che ogni discorso sulla motivazione della sentenza perde di senso, e la motivazione diventa sostanzialmente inutile, se la premessa consiste nell’idea che la decisione non sia altro che il risultato di una specie di intuizione soggettiva non riconducibile a nessun criterio di ragione.

- **Il controllo extraprocessuale**

Un momento di grande e decisiva importanza nella vicenda della motivazione della sentenza e del relativo obbligo è quello in cui la necessità della motivazione della sentenza viene configurata come una garanzia costituzionale dell’amministrazione della giustizia. E’ quanto accade nella Costituzione italiana (art.111), ma poi anche nella Costituzione spagnola, in quella portoghese e in varie costituzioni di diversi paesi. La Costituzione tedesca non prevede esplicitamente un obbligo di motivazione delle sentenze, ma l’interpretazione delle garanzie costituzionali dell’amministrazione della giustizia è costante nell’affermare che tali garanzie includono anche l’obbligo di motivazione delle sentenze.



L’importanza della formulazione costituzionale dell’obbligatorietà della motivazione si intuisce facilmente. Nell’ambito della funzione endoprocessuale della motivazione non vi era alcun bisogno di configurare una ulteriore garanzia, dato che -come si è visto- il relativo obbligo era già previsto da tempo dai vari codici processuali civili e penali. Il significato della previsione costituzionale dipende allora da un mutamento di grande rilevanza nella concezione della motivazione. Essa continua bensì a costituire uno strumento per il controllo endoprocessuale del fondamento della decisione, ma il relativo obbligo costituzionale implica che si faccia riferimento ad una funzione *ulteriore* della motivazione, funzione che può essere definita come di *controllo extraprocessuale* sulla giustificazione della decisione. Ciò implica un mutamento radicale di prospettiva: mentre il controllo endoprocessuale fa riferimento soprattutto alle parti, anche dal punto di vista del controllo in sede di impugnazione, la possibilità del controllo extraprocessuale fa riferimento soprattutto ad una garanzia *democratica* dell’amministrazione della giustizia, ossia alla possibilità che il popolo, nel cui nome la giustizia viene amministrata, abbia la possibilità di verificare il fondamento delle decisioni giudiziarie. Si fa quindi riferimento ad una diversa concezione del potere, nelle sue manifestazioni che riguardano l’amministrazione della giustizia: mentre il potere autoritario -come si è visto- è un potere che non si giustifica e che si impone solo in virtù dell’autorità, il potere democratico è un potere che “si giustifica” e si legittima attraverso la possibilità generale di controllare le “buone ragioni” per le quali viene amministrato in un determinato modo. In altri termini: nello stato democratico che si fonda sulla Costituzione l’amministrazione della giustizia si legittima in quanto è possibile conoscere e valutare le ragioni per cui vengono prese le relative decisioni. E’ dunque l’opinione pubblica che ha il diritto di controllare l’operato dei giudici così come esso viene giustificato nelle motivazioni delle sentenze.

In proposito non vale la corrente obiezione per cui non è possibile che i cittadini leggano migliaia di sentenze per stabilire se approvano o non approvano le ragioni che vengono indicate nelle loro motivazioni. Le garanzie fondamentali non richiedono di essere effettivamente applicate in ogni singolo caso, ma impongono necessariamente la *possibilità* che esse trovino applicazione in qualunque caso. Dunque la garanzia della motivazione non significa che tutti debbono leggere tutte le sentenze che vengono pronunciate: essa

significa che tutti *debbono poter* leggere qualsiasi sentenza per giudicare se essa è o non è giustificata.

D'altra parte, non bisogna dimenticare che vari controlli extraprocessuali esistono e vengono attuati concretamente: non solo l'opinione pubblica può essere adeguatamente informata e quindi è possibile che si formino opinioni diffuse sulla giustizia; un compito importante di controllo extraprocessuale viene svolto anche dai giuristi, nei commenti che essi formulano e pubblicano in libri e in riviste giuridiche nelle quali le decisioni dei giudici vengono analizzate e criticate.

Il controllo extraprocessuale sulla motivazione delle sentenze implica che si verifichi il fondamento fattuale e giuridico della decisione, come già avviene nell'ambito del controllo endoprocessuale, ma nella dimensione extraprocessuale il controllo si estende anche ad altri aspetti delle decisioni giudiziarie. Si tratta, in sostanza, del controllo sull'attuazione delle altre garanzie generali dell'amministrazione della giustizia. E' attraverso la motivazione della sentenza che è possibile verificare se si sono applicate le altre garanzie costituzionali, dall'indipendenza e imparzialità del giudice alle garanzie dell'azione e della difesa nelle loro varie manifestazioni. In questo senso il controllo esterno sulla motivazione è *strumentale* rispetto alla verifica del rispetto delle altre garanzie fondamentali della giustizia.

La diversa dimensione del controllo extraprocessuale consentito dalla necessaria motivazione risulta d'altronde evidente, rispetto al controllo endoprocessuale, considerando che a livello costituzionale l'obbligo di motivazione si configura in termini generali e riguarda ogni tipo di sentenza ("Tutti i provvedimenti giurisdizionali debbono essere motivati" dice l'art.111 della Costituzione italiana), indipendentemente dal fatto che essa possa o non possa essere impugnata, come accade per le sentenze delle corti supreme e delle corti costituzionali.

- **La motivazione e il precedente..**

Una diversa funzione della motivazione emerge in una prospettiva ulteriore, e per certi aspetti più limitata, rispetto alle osservazioni svolte finora. Tale prospettiva si connette ad un tema che negli ultimi anni ha attratto l'attenzione di molta parte della dottrina processualistica, e che riguarda l'uso e l'efficacia dei *precedenti*. In proposito è peraltro opportuna una duplice precisazione.

Anzitutto, va rilevato che lo *stare decisis* è fenomeno tipico dei sistemi processuali di *common law*, e riguarda in particolare gli effetti delle decisioni di corti superiori e di corti supreme. Vale la pena di osservare che mentre in Inghilterra la prassi è nel senso che pure il giudice di primo grado motiva le sue decisioni, anche se manca qualunque obbligo di motivare a livello normativo, negli Stati Uniti -come si è detto- manca qualunque obbligo normativo di motivazione e normalmente la decisione di primo grado non viene motivata. In questi sistemi sono normalmente motivate le sentenze delle corti di secondo grado e di ultima istanza: si tratta dunque di decisioni che riguardano essenzialmente le *questioni di diritto*, dato che a questi livelli le questioni di fatto non vengono più affrontate. Quindi, in questi casi, la motivazione in diritto non è funzionale ad un controllo -endoprocessuale o extraprocessuale- sul fondamento della decisione, ma si riconnette al fenomeno, tipico di questi ordinamenti, del *precedente*. Ciò accade in un duplice senso: da un lato, la motivazione della sentenza serve a stabilire se la corte ha seguito o non ha seguito un precedente, e nell'ipotesi negativa serve a far capire per quali ragioni il precedente non è stato applicato.



Dall'altro lato, la motivazione serve a stabilire qual'è il precedente che la corte enuncia pensando *al futuro*, ossia all'eventualità che la medesima *ratio decidendi* venga applicata anche in casi successivi che riguardano fatti analoghi a quelli del caso deciso.

Questo aspetto del problema, che -si ripete- è originariamente tipico dei sistemi di *common law*, da qualche tempo ha cominciato ad essere rilevante anche per quanto riguarda i sistemi processuali di *civil law*, poichè anche in essi si parla ormai comunemente dell'efficacia del precedente giudiziale. In questi ordinamenti il discorso sul precedente è estremamente complesso e non può essere approfondito in questa sede. Basti allora rilevare che, se e nella misura in cui si ammette che anche in *civil law* si possa parlare del precedente, il fenomeno non riguarda in generale tutte le sentenze, ma solo le sentenze delle corti supreme, e talvolta anche decisioni delle corti di secondo grado. In questi casi, infatti, si può dire che la possibile efficacia di precedente di una decisione rispetto alle decisioni successive dipende non tanto e non solo dal contenuto specifico della decisione in diritto, ma anche e soprattutto dagli argomenti che giustificano questa decisione. In altri termini, è la motivazione della decisione che serve ad intendere il contenuto specifico di essa, e quindi rende possibile il successivo riferimento a tale decisione come precedente capace di servire -per così dire- da *modello* per decisioni successive.

In particolare, la funzione della motivazione in rapporto al precedente si realizza da un duplice punto di vista. La motivazione della decisione sui fatti è rilevante perchè -almeno secondo la teoria classica- è l'analogia tra il fatto della decisione anteriore e il fatto della decisione successiva che giustifica l'applicazione, nella decisione successiva, della *ratio decidendi* sulla quale si è fondata la decisione precedente. Quindi la motivazione in fatto di questa decisione è essenziale per determinare esattamente i fatti e le prove su cui il giudice anteriore ha deciso, e quindi per stabilire se esiste analogia adeguata con i fatti del caso successivo. Se tale analogia non esiste il secondo giudice si serve del *distinguishing* per dimostrare che il precedente non è applicabile a causa della diversità dei fatti dei due casi.

Anche la motivazione della decisione in diritto, che spiega e giustifica la *ratio decidendi* su cui il giudice del caso anteriore ha fondato la sua decisione, è rilevante nella prospettiva del precedente. E' chiaro, infatti, che il giudice del caso successivo deve valutare anche le ragioni giuridiche che giustificano la decisione in diritto del caso anteriore, e decide di applicare il precedente se ritiene che esso si fondi su "buone ragioni" giuridiche. Solo in questo caso, infatti, applica la medesima *ratio decidendi*, e non si serve di nessuno degli argomenti che potrebbe usare per non seguire il precedente.



LOS EFECTOS NOCIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1194 EN EL SISTEMA JUDICIAL PERUANO

Deysy Elizabeth Vásquez Rojas ^{1*}



Resumen.

La promulgación y entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1194, y con ello la creación de los Juzgados de Flagrancia, no es una política de Estado, cuya finalidad perseguida sea el mejoramiento en el servicio de la Administración de Justicia en el Estado Peruano, es solo un trabajo más encargado tanto al Poder Judicial como al Ministerio Público, para disminuir el índice de delincuencia y la criminalidad organizada, por consiguiente al no ser una política estatal los resultados no serán los esperados porque tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público no cuentan con un presupuesto propio para invertir en mejoramiento de infraestructura, logística e incremento en la contratación de personal.

Palabras claves: Flagrancia, inmediato, Fiscal, Juzgamiento, detención.

Sumario: I.- A manera de introducción, II.- El proceso inmediato: Supuestos de aplicación, III.- Vacíos legales que se advierten, IV.- Problemas en la aplicación del proceso inmediato, V.- A modo de conclusión.

I.- A manera de introducción

El treinta de agosto del año dos mil quince, se publicó en el diario oficial “El Peruano”- el Decreto Legislativo N° 1194 – Decreto Legislativo que regula el proceso inmediato en casos de flagrancia, normativa que ha traído como consecuencia la conversión de Juzgados de Investigación Preparatoria y unipersonal, para atender casos estrictamente de flagrancia, cuya finalidad es obtener resultados positivos en la lucha contra la delincuencia, el crimen organizado y otros beneficios para la comunidad en general.

El Código Procesal Penal en el Perú viene implementando nuevas instituciones procesales, cuya finalidad es dotar de agilidad, flexibilizar y eficiencia en la resolución de los procesos judiciales. Sin embargo a pocos meses de la implementación del famoso Decreto legislativo 1194, norma que entró en vigencia a nivel nacional el veintiocho de noviembre del año dos mil quince, se viene advirtiendo el surgimiento de una serie de problemas que hasta la fecha no han podido ser solucionados.

II.- El proceso inmediato: Supuestos de aplicación

El proceso inmediato es aquel que atiende a criterios de simplificación procesal, pues busca abreviar al máximo el procedimiento.

²La finalidad de este proceso especial es evitar que la etapa de investigación preparatoria sea una etapa ritualista e innecesaria, dándole la oportunidad al representante del Ministerio Público de formular directamente acusación y que esta sea aceptada sin la necesidad de realizar la audiencia preliminar de la etapa intermedia.

1 Abogada por la Universidad Señor de Sipán – Chiclayo, Magister en Derecho Procesal por la Universidad César Vallejo - Trujillo, Juez de Paz Letrado Titular de la Provincia de Alto Amazonas – Corte Superior de Justicia de San Martín.

2 Freddy Rojas López. Recientes Modificaciones a la Ley Penal y Procesal Penal. Artículo denominado “comentarios al Decreto legislativo N° 1194 – Sobre Proceso inmediato”. Gaceta Penal y Procesal Penal N° 77. Primera edición. 2015. Pág. 230- 237.



2.1.- Obligatoriedad del proceso inmediato:

Esta ha sido la principal modificatoria realizada por el Decreto Legislativo N° 1194 en el Proceso Penal Peruano, mientras que en el Código Procesal Penal del año 2004 – ello constituía una facultad “**podrá**” hoy en día constituye una obligación “**debe**”, **bajo responsabilidad funcional**.³ Sin embargo no debe realizarse una interpretación literal de la norma, sino en base a la finalidad perseguida por este proceso especial, cuyo objetivo es lograr la celeridad en las investigaciones sin utilizar plazos innecesarios con miras a lograr una sentencia condenatoria. A continuación se abordará cada uno de los supuestos establecidos en el artículo 446 del Código Procesal Penal modificado por el Decreto Legislativo en estudio.

- a) **El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito.** El proceso inmediato se aplica en cualquiera de los supuestos de flagrancia establecidos en el artículo 259 del Código Procesal Penal.

a.1) Flagrancia tradicional: El agente es descubierto en el mismo acto de la realización del hecho punible.

a.2) Cuasiflagrancia: El agente acaba de realizar el hecho punible y es descubierto.

a.3) flagrancia por sindicación: El agente ha huido del lugar de la comisión de los hechos, pero ha sido identificado durante o después de la perpetración de dicho hecho punible, ya sea por el mismo agraviado o por un tercero que estuvo presenciando los hechos, o por intermedio de un medio audiovisual o equipos cuya tecnología hayan registrado la imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro horas de cometido el hecho punible.

a.4) Flagrancia presunta: El agente es encontrado dentro de las veinticuatro horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes o que hubieran sido utilizados para la comisión de dicho evento delictuoso.

- b) **El imputado ha confesado la comisión del delito.**

La ⁴confesión sincera debe de entenderse como un acto procesal que consiste en la declaración de carácter personal, libre, consiente, verosímil y circunstanciada, ya sea durante la investigación o el juzgamiento, aceptando total o parcialmente su real autoría o participación en la perpetración del hecho delictuoso que se le sindicó. En palabras del jurista César San Martín: “*La confesión es la declaración que en contra de sí mismo hace el imputado, reconociéndose culpable del delito y demás circunstancias*”.

3 José Antonio Huaylla Marín. Recientes Modificaciones a la Ley Penal y Procesal Penal. Artículo denominado “el Proceso inmediato: A propósito de su modificación por el Decreto Legislativo N° 1194”. Gaceta Penal y Procesal Penal N° 77. Primera edición. 2015. Pág. 223.

4 **Artículo 160. Valor de prueba de la confesión**

1. La confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión por el imputado de los cargos o imputación formulada en su contra.

2. Solo tendrá valor probatorio cuando:

a) Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción;
b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas;
c) Sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado; y,
d) Sea sincera y espontánea.

5 San Martín Castro, César: Derecho procesal penal. Volumen II, Grigley, Lima. Pag. 620.

c) Elementos de convicción suficientes:

Cuando los elementos de convicción acumulado durante la etapa preliminar, previa declaración del imputado con evidentes. Es decir es posible iniciar proceso inmediato dentro de los sesenta días, plazo en el cual la parte persecutoria del delito ha reunido suficientes elementos de prueba respecto del delito como la vinculación con el imputado, lo cual la permitirá sustentar la acusación y con ello una eventual sentencia condenatoria.

d) El fiscal deberá solicitar la incoación del proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad y drogadicción.

Es bastante razonable que se haya pensado en la aplicación obligatoria para este tipo de delitos de vágatela, teniendo en cuenta además su alto índice en la carga procesal a nivel Nacional.

2.2.- Tramitación.

La gran novedad en la tramitación de esta figura jurídica procesal es:

2.2.1.- Existencia de una audiencia única para determinar la procedencia o no del proceso inmediato.

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal del año 2004, se estableció que para incoar el proceso inmediato – el requerimiento del Ministerio Público debería correrse traslado a las partes procesales por el término de tres días – vencido dicho plazo el Juez de Investigación preparatoria sin convocar audiencia decidía si optaba por incoar o no el proceso inmediato, sin embargo con la promulgación del Decreto Legislativo en estudio – en el artículo 447 numeral 1, el legislador ha establecido que la procedencia del proceso inmediato se resuelve en audiencia única celebrada ante el Juez de Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas de presentado el requerimiento del señor Fiscal.



2.2.2.- La detención policial del Imputado.

Que, con el único objetivo de garantizar la presencia del imputado en la audiencia única de procedencia de proceso inmediato, el legislador ha establecido que se mantenga hasta la realización de dicha audiencia, esto es hasta las cuarenta y ocho horas. Sin embargo, en el mismo decreto en análisis, se establece que vencida la detención policial, es decir transcurrida las veinticuatro horas de detención policial, el fiscal decide si solicita incoación de proceso inmediato, recibido dicho requerimiento el Juez de Investigación Preparatoria dentro de las cuarenta y ocho horas convoca a audiencia de incoación de proceso inmediato, lo que implica una restricción evidente a la libertad ambulatoria del investigado y posterior imputado.

2.2.3.- Mecanismos alternativos de solución de conflictos

En inciso 3 del artículo 447 del Código Procesal Penal modificado por el Decreto Legislativo en estudio, señala que las partes pueden instar en la misma audiencia de procedencia de

proceso inmediato, la aplicación de soluciones alternativas como: Principio de oportunidad, criterio de oportunidad, y terminación anticipada, debiéndose considerar ello como un acierto del legislador al privilegiar no solo el proceso penal sino el hecho de resolver con agilidad y celeridad procesal una incertidumbre jurídica, conllevando ello a mejorar la imagen mellada del poder judicial en la ciudadanía, aumentando de alguna manera la credibilidad tan disminuida de dicha institución.

2.2.4.- La obligatoriedad de la aplicación del proceso inmediato en los delitos de omisión de asistencia familiar y conducción en estado de ebriedad o drogadicción.

De acuerdo a las estadísticas del Poder Judicial, casi un cuarenta por ciento (40%) de la carga procesal a nivel nacional está constituida por estos delitos de vágatela, ello por el incumplimiento del pago de las pensiones de alimentos lo que conlleva a la comisión del delito de omisión de asistencia familiar y por otro lado la conducción en estado de ebriedad. Antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1194, el Ministerio Público como ente persecutor de la acción penal lo tramitaba como requerimiento de acusación directa, sin embargo actualmente dichos delitos en su mayoría se resuelven a nivel fiscal, salvo excepciones en los casos de conducción en estado de ebriedad que por la imposibilidad de obtener los resultados de las periciales dentro de las veinticuatro horas, se tramitan bajo las reglas de los procesos comunes.

III.- Vacíos legales que se advierten

En ningún extremo del Decreto Legislativo en estudio, se hace referencia a la posibilidad que la parte agraviada pueda constituirse en actor civil, y con ello otorgarle la posibilidad de tener participación e intervención en las audiencias tanto a nivel preliminar como de juzgamiento, y además de interponer los medios impugnatorios que crea conveniente, si considera que las diversas resoluciones que se emite son contrarias a sus derechos. Asimismo en qué momento se lleva a cabo el control de la acusación, si se advierte que en un proceso normal dicho control se lleva a cabo en la etapa intermedia a cargo del Juez de Investigación preparatoria, en esta figura jurídica de la flagrancia, está a cargo del Juez del Juzgamiento o fallo, porque en el proceso inmediato no existe dicha fase, será entonces en la audiencia de saneamiento que las partes pueden formular las observaciones formales que crean convenientes a la acusación, sin embargo el Decreto legislativo en estudio no lo dice de manera expresa, por ende los Jueces deben realizar una interpretación sistemática y sobreentender que es en la audiencia única de saneamiento que deben formularse excepciones, cuestiones previas, solicitar el sobreseimiento y realizar otros medios de defensa para garantizar el derecho a la defensa del imputado. Finalmente no existe una precisión exacta del plazo para el juzgamiento, pero debe sobreentenderse en base a una interpretación sistemática, que será conforme a lo dispuesto en el artículo 355 del Código Procesal Penal.

IV.- Problemas en la aplicación del proceso inmediato.

Con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1194 y con ello la creación de los juzgados de flagrancia, se requiere jueces y operadores que laboren las veinticuatro horas del día, algo que resulta ser inconstitucional e inhumano.

4.1.- Al no ser dicha implementación una política de Estado, sino un proyecto del Poder judicial – resultaría casi imposible obtener grandes resultados, teniendo en cuenta que tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público, son instituciones que no cuentan con un sistema administrativo moderno y una logística equipada.

4.2.- La policía nacional debe de especializarse y también equiparse a nivel de logística para poder entregar antes de las veinticuatro horas los resultados de los exámenes periciales que se requiera,

siendo ello la principal razón por la cual desde la entrada en vigencia del decreto legislativo en análisis, ante la imposibilidad de poder obtener pruebas o resultados en el plazo de veinticuatro horas – especialmente en los procesos de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, los señores fiscales están tramitando la causa bajo las reglas del proceso común, pese a que el Decreto Legislativo establece que la incoación en dicho proceso es obligatorio, advirtiéndose dichas anomalías, por la sencilla razón que como no es una política de estado – las instituciones que deben de trabajar como un sistema integrado para obtener un solo objetivo, carecen de los elementos logísticos primordiales a nivel nacional, por ello los procesos deben seguir su curso como siempre se ha venido trabajando.

V.- A modo de conclusión

1. Se ha visto, que el Perú es y ha sido un país que está acostumbrado a implementar normas – sin analizar su propia realidad, sin tener el cuidado debido y la idiosincrasia propia de la población. La implementación de los famosos Juzgados de Flagrancia en nuestro territorio, es una copia fiel del sistema Penal Chileno, con la única diferencia que en Chile – dicha problemática fue adoptada como una política de Estado.
2. El Perú a través de sus máximas autoridades judiciales exponen los triunfos logrados a los pocos meses de haberse implementado los Juzgados de Flagrancia, sin embargo muchos de esos famosos Juzgados a nivel judicial ya están exponiendo sus molestias en la excesiva carga procesal lo cual está conllevando al incumplimiento de los plazos procesales, generando nuevamente casos.
3. En el sistema Penal Peruano no va a funcionar las implementaciones de experiencias exitosas penales realizadas en otros países, hasta el día que logremos entender nuestras deficiencias. A nivel jurídico, el Sistema Penal Peruano es uno de los mejores a nivel Latinoamericano, sin embargo tenemos algunos defectos que impide alcanzar nuestros objetivos perseguidos, el principal y más importante es el **“PODER”**, mientras no logremos sacudirnos de los hombros ese término, de sentirnos unos más poderosos que otros, nunca vamos a obtener los resultados esperados. La pregunta más frecuente que uno se hace ¿Por qué este mismo sistema de flagrancia funciona a la perfección en el sistema penal chileno?, la respuesta es muy sencilla – ellos trabajan realmente como un sistema, tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público, la Policía Nacional (Gendarmería) y la defensoría pública, son un solo sistema y buscan objetivos comunes, los integrantes de una institución no se sienten más importantes que los integrantes de la otra institución, y sobre todo prima el principio de confianza y buena fe, algo que es muy difícil conseguir en nuestro País. La otra deficiencia por la cual el sistema de flagrancia va a colapsar en nuestro territorio nacional, será porque a nivel administrativo contamos un pésimo sistema logístico, por consiguiente para implementar experiencias exitosas previamente debe conseguirse que todas las sub. Sedes tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial a nivel nacional se encuentren interconectados con un software de última generación, sin embargo si analizamos la realidad de cada una de nuestras treinta y tres Cortes a nivel nacional, vamos a encontrar un clima desolador.
4. El poder Judicial y el Ministerio Público, deben establecer mecanismos estratégicos para mejorar la organización del Despacho Judicial y Fiscal, obteniendo resultados exitosos en el desarrollo de este procedimiento especial, debiendo evitar a como dé lugar - el congestionamiento del Sistema Penal, porque ello conllevaría al incumplimiento de los plazos procesales, y a su vez el incumplimiento de la tan ansiada finalidad de disminuir los plazos en la investigación, lo que afectaría más la poca credibilidad de las instituciones en la población.



5. Al no contar con la logística apropiada e idónea como si lo tiene por ejemplo el estado Ecuatoriano y Chilero en sus instituciones del Poder Judicial y Ministerio Público, el congestionamiento procesal ya se está advirtiendo en la mayoría de los juzgados a nivel nacional en el Estado Peruano, teniendo en cuenta que los famosos juzgados de flagrancia a dedicación exclusiva solo funciona en las sedes de Corte, en las sub. Sedes los Juzgados de Investigación Preparatoria y Juzgamiento, tienen que realizar en adición sus funciones, actividades de los Juzgados de flagrancia, por ende ya se viene advirtiendo el congestionamiento en los Juzgados de Juzgamiento, toda vez que el Magistrado, una vez instalado juicio por proceso inmediato, no podrá conocer otros juicios hasta su culminación, lo que significa que tiene que aplazar otros procesos que pudiera merecer mayor atención por su naturaliza o complejidad.

6. En los Juzgados de Flagrancia, como aún no se advierte trabajo en sistema entre el Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Pública y Policía Nacional, debe de laborarse las veinticuatro horas del día, algo que a grandes rasgos implica vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo en nuestro vecino país Chileno, los Jueces y el personal jurisdiccional y administrativo bajo el mismo Sistema Penal de Flagrancia, trabajan desde las ocho de la mañana hasta las dos de la tarde – que **IRONÍA**, y con ello refleja que son realmente un sistema, nadie es más importante que otro, todos buscan una finalidad conjunta.

7. Finalmente el proceso inmediato no busca de ninguna manera disminuir la delincuencia o la criminalidad organizada como se ha venido expresando, la finalidad perseguida es la simplificación procesal, es decir darle solución a una controversia jurídica penal a la brevedad posible, generando con ello satisfacción en la víctima y de alguna manera recuperar credibilidad en la ciudadanía.

-



IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2016