

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



IPSO JURE

AÑO 6 N° 24 FEBRERO 2014

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



PRESENTACIÓN



“El derecho se transforma constantemente, si no sigues sus pasos, serás cada día menos abogado (...)”, expresa el adagio del Decálogo de Abogado según Couture y en la misma línea de ideas se afirma “El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando”. En virtud de esta ideas, coherentes con mi labor de Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, me complace presentar la edición N° 24 de la Revista Jurídica “IPSO JURE” en su versión virtual, pues permite conocer lo valioso y extenso que es el derecho, abordado y apreciado por esta Revista, preocupada en la problemática judicial y social, contribuyendo así en su tratamiento, enriquecimiento y obviamente alternativas de solución.

Esta Corte Superior se enaltece al tener en su seno esta producción jurídico - académica, cuyos lauros se vienen

palpando desde todos los lares del mundo, al saber que renombrados juristas de la Región Lambayeque, el Perú, y de otros hermanos países también escriben para nuestra Revista, mereciendo reconocerse sin lugar a dudas, también, las ilustres intervenciones de los más destacados estudiosos del derecho, como son los señores Jueces y servidores judiciales de nuestra institución.

La gestión que me honro en dirigir cifra también su éxito en la prioridad, constancia y dirección que se le imprime al rubro académico, de allí, el más incondicional apoyo a órganos de difusión jurídica, como el que hoy nos ocupa, contribución que sumada a las actividades de capacitación a cargo de diversos entes de esta sede judicial, nos permiten seguir creciendo en esta amplia línea cultural, con nítido acercamiento a la ciencia jurídica y por ende coadyuvando también con el desarrollo de ésta.

Asimismo debemos resaltar que esta Revista ha calado en la toda la comunidad, ganándose un merecido reconocimiento, gracias a sus publicaciones que constituyen

una instancia de abierto debate jurídico, tanto en su presentación virtual, así como en presentación física o impresa. También se guarda la certeza que los destinatarios de esta Revista encontrarán, nuevamente, la satisfacción de sus expectativas, con el contenido de alta calidad con que llega a todos ellos.

Finalmente debo reiterar mi saludo y sincera felicitación a quienes han colaborado con sus artículos en esta nueva edición, especialmente a su señor Director, Juez Superior, Dr. Edwin Figueroa Gutarra, formulando votos para que en esta y venideras publicaciones, sus metas se cristalicen plenamente en beneficio de la Corte, la cultura jurídica y el buen nombre de nuestro país.

DR. MIGUEL ÁNGEL GUERRERO HURTADO

Presidente de la Corte Superior de Justicia Lambayeque



CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dr. Miguel Angel guerrero Hurtado, **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.**
- Dras. Carmen Ravines Zapatel y Lita Paola Regina Alvarado Tapia, en representación de los señores **Jueces Civiles.**
- Dres. Jovanny Vargas Ruiz y Oscar Burga Zamora, en representación de los señores **Jueces Penales.**
- Dras. Clara Odar Puse y Esmeralda Carlos Peralta, en representación de los señores **Jueces de Paz Letrados.**

Auxiliares jurisdiccionales de apoyo:

Sara Véronica Vera Zuloeta.



INDICE

DILEMAS DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES: NECESARIAS ACLARACIONES A LOS ROLES DE LEGISLADOR POSITIVO Y NEGATIVO EDWIN FIGUEROA GUTARRA	8
¿ES POSIBLE QUE LA NUERA SIN HIJOS PUEDA SOLICITAR LA SUCESIÓN INTESTADA DE SUS SUEGROS, SEGÚN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA? MG. ELIZABETH VÁSQUEZ ROJAS	21
¿ES POSIBLE LA PROLONGACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA DE UN PROCESO QUE HA SIDO DECLARADO COMPLEJO? HEBERT JOEL PIZARRO TALLEDO	33
LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS LEGALES ABSOLUTORIAS MARÍA ELENA CONTRERAS GONZALEZ	37
EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA: UN ENFOQUE JURIDICO SOCIAL BADY OMAR EFFIO ARROYO	50
EL FISCAL DE FAMILIA COMO COADYUVANTE EN EL PROCESO DE VIOLENCIA FAMILIAR. LUIS ALBERTO HERNANDEZ REVILLA	56
SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. MARTIN TONINO CRUZADO PORTAL.	63
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CINTHIA KATHERIN BARBOZA ROJAS YURIKO INGRID LUZVI ESPINO JOO	80



PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Comenzamos este año 2014 en IPSO JURE, imbuidos de la fuerza propia de que ha de ser un mejor año para todos nuestros lectores en todos los modos posibles pues el inicio de un nuevo período nos permite precisamente esbozar siempre la esperanza de un mejor porvenir.

En ese espíritu y en especial en este número, al considerar estas breves palabras de bienvenida a una nueva edición, recalamos con fuerza en el concepto matriz de distintas formas en las cuales puede hacerse más eficiente el trabajo de los jueces en su quehacer cotidiano. Nuestra revista en cierta forma apunta a ello. Ya hemos comentado que nos parece relevante, dicho con toda modestia, la idea de que nuestros jueces escriban no solo sus sentencias, sino abrir en estas páginas ese necesario espacio para nuestro mensaje a la Academia. Y sin embargo, no bastará, convengamos en eso, en solo proyectar aquello que implica el raciocinio intelectual sino destacar aquellas otras acciones que implican buenos resultados de gestión.



Nos referimos a la importante noticia, permítannos decirlo de ese modo, de la obtención de los registros ISO 9001-2008 del Poder Judicial del Perú en cuanto se refiere a la actividad del Registro Central de Condenas, el Sistema Biométrico para personas procesadas sin prisión y el trámite de obtención de Antecedentes Penales, distinciones que ponen de relieve que existen procedimientos que se ejecutan muy bien en el ámbito de la función judicial, en contraposición a la eventual baja aprobación de la labor del juez en la sociedad civil.

Efectivamente, el juez en el sistema de Derecho Continental, al cual nos adscribimos, usualmente no logra un alto índice de aceptación por diversas razones más de orden consuetudinario que de real alcance material, y dato curioso, el juez anglosajón generalmente goza de una alta reputación en la sociedad civil. Sin embargo, no podemos encajonar la idea de que una baja aprobación no puede implicar buenos resultados de gestión. Podríamos quizá argüir, en otro sentido y *a contrario*, que la impartición de justicia solo implica otorgar la razón a quien la tiene y sancionar, en el modo que prescribe la ley, a quien no la tiene. Podríamos, en otro norte de ideas, esbozar que un servicio no prestigiado como el de la actividad judicial no lograría un reconocimiento

ISO simplemente porque la actividad judicial en el sistema continental no goza de legitimidad real ante la ciudadanía.

Y sin embargo, observemos que éstas no pueden constituir cláusulas absolutas: progresivamente se van logrando en los procedimientos descritos estos importantes estándares de calidad, los cuales describen con certeza que existe una mejora de gestión en las tareas de los jueces pues la certificación ISO objetivamente apunta a eso.

Esto permite una visión más allá que estimamos no tendría por qué ser en exceso ambiciosa: que hemos de lograr un momento, quizá todavía en un futuro lejano, en el cual los usuarios de los servicios del Poder Judicial se sientan satisfechos de utilizar un óptimo y eficiente servicio de impartición de justicia, en el cual el litigante que obtuviera la razón, se precie de haber logrado un resultado legítimo en justicia, y quien pierde un proceso, que advierta que las razones y justificaciones de los jueces, efectivamente dilucidan adecuadamente que el derecho no le asistía. Entonces el juez puede sumar méritos a su gestión simplemente porque puede hacer bien las cosas.

Cuatro características, decía Sócrates, corresponden al juez: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente. Esto excede de suyo las capacidades ordinarias del ser humano y hasta el juez Hércules de Ronald Dworkin difícilmente satisfaría de modo idóneo todos estos requisitos. Pero observemos que estamos en el camino, en el propósito de lograr buenos resultados de gestión, pues no solo basta apuntar a gozar de la meta obtenida, a la satisfacción de llegar al punto de destino, sino de disfrutar plenamente el camino vivido, con todas sus vicisitudes, circunstancias y complejidades, y en ese orden de ideas, es de suyo importante gestionar bien para un fin último mayor. Cuanto queremos decir es simplemente es que así como es una satisfacción llegar a la meta, más importante aún es vivir plenamente ese camino que conduce a la meta. Ése debe ser el *ethos* y el *pathos* de la labor judicial.



Hasta la próxima edición
Edwin Figueroa Gutarra
Director



DILEMAS DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES: NECESARIAS ACLARACIONES A LOS ROLES DE LEGISLADOR POSITIVO Y NEGATIVO



Edwin Figueroa Gutarra¹

Introducción. I. Ordenamiento y legislador positivo II. Insuficiencia y no deficiencia de la norma III. El Poder Legislativo como legislador positivo IV. Jueces constitucionales y creación del derecho V. Jurisprudencia constitucional: ¿contravención al principio de legalidad? VI. ¿Solo funciones de simple anulación? VII. Jueces constitucionales: ¿solo el Tribunal Constitucional? VIII. Derivación de roles: inaplicación y expulsión. IX. Self restraint y sociedad civil. A modo de conclusión.

Introducción

Las relaciones entre la justicia ordinaria y la constitucional presentan una situación de permanente conflicto que nos conducen a diversos cuestionamientos, uno de los cuales se centra en el rol de los jueces constitucionales en el sentido de si acaso les corresponde la tarea de legisladores negativos, desde la visión kelseniana de exigencia de expulsión del ordenamiento jurídico de aquellas normas incompatibles con la Constitución misma, o si bien acaso en alguna forma se pudieran constituir en legislador positivo, a propósito de la idea fuerza de ser creadores del derecho.

Fijamos posición por una alternativa esencialmente dual: los jueces constitucionales, en especial aquellos que imparten justicia constitucional a partir de la tarea interpretativa última de las Cortes y Tribunales Constitucionales, identifican una condición objetiva de legisladores negativos, en tanto una de sus funciones es precisamente la expulsión de normas del ordenamiento jurídico, contexto que les asigna a estos jueces la condición de legisladores *prima facie* negativos.

De otro lado es viable, sin embargo, construir la noción de que si bien no representan los jueces constitucionales en estricto una función de legisladores positivos, sí es importante advertir ese rango de construcción del Derecho, a partir de la idea misma de determinación de reglas sobre la creación y aplicación del Derecho.

Nos referimos de este modo a la vieja pregunta planteada por Eugenio Bulygin,² quien en algún momento indagaba, como añeja reflexión positivista, respecto a si los jueces creaban derecho o no, orientándose la respuesta del autor ruso-argentino mas bien por la idea de que los jueces creaban, en los procesos a su cargo, reglas a partir del derecho, lo cual implicaba construir soluciones propias respecto de la aplicación de la norma, mas siempre bajo ese halo positivista de la regla de reconocimiento en el sentido de adoptar una posición lo más cercana posible al enunciado normativo. Ese esfuerzo de la regla de

¹ Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Lambayeque, Perú. Profesor Asociado Academia de la Magistratura del Perú. Profesor Visitante de la Universidad de Medellín, Colombia. 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

² BULYGIN, Eugenio. *Los jueces, ¿crean derecho?* Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 18. abril 2003, pp.6-25

reconocimiento debía desarrollarse inclusive frente a las lagunas, a efectos de proyectar la posibilidad de alguna forma de respuesta al problema dentro de las líneas del derecho positivo, a fin de evitar esa innoble pesadilla hartiana³ de los jueces aplicando el Derecho en oposición a las reglas y contra el ordenamiento regulado.

La alegoría hartiana resulta pues muy útil para la reflexión que planteamos, en tanto los roles de legislador negativo sí implicarían una función de la justicia constitucional respecto al control constitucional de las normas y su compatibilidad con la Carta Fundamental, en tanto que esa perspectiva de creación del derecho, o determinación *ex novo*, significaría un apartamiento de la línea formal de razonamiento respecto a la norma como tal, y por tanto involucraría una desviación del noble sueño de la aplicación de la ley. A su vez, esta misma figura expresaría la incómoda pesadilla de no aseguramiento del Derecho sobre las bases firmes que el Derecho Positivo representa, y por tanto, bajo la égida de los principios, el ordenamiento ya no sería seguro para nadie, menos aún para la justicia constitucional.

Lo antes afirmado constituye un dilema para los jueces constitucionales, pues en rigor no son solo el legislador negativo kelseniano de comienzos del siglo XX ni tampoco son el legislador positivo que rebasa las facultades del Poder Legislativo. Por tanto, su función es la de asimilar sus ideas a la nota distintiva de creación del derecho.

I. Ordenamiento y legislador positivo

Desde la tragedia de Antígona desafiando la autoridad del Rey Creonte⁴ y desde la misma aceptación de Sócrates para recibir la injusta sanción de beber la cicuta por haber supuestamente envenenado las mentes de la juventud ateniense con sus ideas,⁵ escenarios de esa misma naturaleza nos refieren una visión del respeto por las normas del legislador positivo.

La idea de Bobbio⁶ del ordenamiento jurídico en la visión perfecta de un haz de caracteres como la unidad, la coherencia y la plenitud,⁷ refleja y comparte caracteres con la visión de Montesquieu de una separación de poderes, concepto que hoy puede ser materializada, desde una óptica de mayor rigor, bajo la visión de un concepto de equilibrio de poderes.

Ciertamente que la noción primera que identifica la posición de Montesquieu es la separación en estricto de los poderes, uno de los cuales- el Poder Judicial- era esencialmente

3 HART, Herbert. *Una mirada inglesa a la teoría del derecho americano: la pesadilla y el noble sueño*. En AA.VV. El ámbito de lo jurídico. Barcelona. Crítica, 1994. p. 327-330. En LANDA ARROYO, César. *Los precedentes constitucionales*. JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Revista de jurisprudencia y doctrina. Año VIII. No. 5, enero- junio. Lima, 2007. p. 34

4 Tragedia de Sófocles, proyectada hacia el año 442 A.C. Al recoger Antígona el cuerpo de Polinices, cuyo cuerpo no podía ser enterrado por supuesta traición, desafía la autoridad del Rey Creonte. La dicotomía de esta tragedia rescata, en mucho, la dualidad entre la orden del Rey, aunque ciertamente ilegítima, y el deber moral nacido del vínculo familiar entre Antígona y Polinices. Antígona es finalmente condenada a muerte. Esta tragedia grafica el desobedecimiento a la ley aunque bajo un imperativo moral.

5 Platón narra en su *Apología de Sócrates* que pudo evitar el condenado la sentencia de muerte impuesta pero en señal de acatamiento, Sócrates acepta la pena impuesta. Esta figura debe contextualizarse en el sentido esbozado por Sócrates pues si las leyes de una Ciudad Estado no son obedecidas, y por ende no se acatan las decisiones de los jueces (360 jurados votaron por la pena de muerte y 141 por una multa), entonces no hay Ciudad Estado.

6 BOBBIO, Norberto. *Teoría del Ordenamiento Jurídico*, 1960. En *Introducción al Derecho* de José Luis del Hierro. Editorial Síntesis, Madrid, 1997. p. 95.

7 Esta noción de Bobbio indica que en un ordenamiento no pueden normad dispersas con sus propios contenidos y por tanto, se traducen en una sola *unidad*; a su turno, no pueden haber incompatibilidades diversas o antinomias sino todas deben solucionarse para un esquema de *coherencia*; finalmente, tampoco hay lagunas definitivas, imponiéndose la idea de colmar las mismas, configurándose un carácter de *plenitud*.



nulo pues su competencia solo residía en la aplicación de la ley. Y era tal esa visión de mera aplicación que los jueces, en esa perspectiva, solo eran identificados como seres inanimados y hasta inertes en su reflexión, pues solo eran aplicadores de la ley, sin mayor función que la de administrar justicia desde los verbos rectores de la norma, sin atribución alguna de interpretarla pues ella era palabra del legislador.

La idea de Montesquieu, muy fuerte en la Francia del siglo XIX, se ceñía pues a una concepción del derecho como enteramente artificial. Y efectivamente, si el derecho era artificial en el sentido de que la ley existía por voluntad del legislador, en definitiva no era viable que se configurara una figura distinta a la aplicación de la ley pues ése no era el rol del juez.

Por tanto, en esa visión de aplicación mecánica, en la misma característica de transposición del logos matemático al derecho que enuncia Recasens Siches al analizar la Francia revolucionaria del siglo XIX,⁸ al juez no le competía otra tarea que ser meramente aplicador de la norma, e inclusive se arriesgaba a ir a prisión si pretendía “insubordinarse” frente al legislador.

En esa mecánica de razonamiento, el juez era un aplicador de la ley y bien podríamos referirnos a este juez como un referente de antigua raigambre respecto al juez kelseniano que a su vez identificaba la sola expresión del derecho positivo como consecución del razonamiento respecto a la norma, sin más atribución de roles que identificar los elementos fácticos del problema para subsumirlos en el enunciado normativo que la regla como tal representaba.

II. Insuficiencia y no deficiencia de la norma

Lo antes esbozado, idóneo en un escenario positivista, pudo mantenerse como tesis aplicativa desde la dimensión enteramente artificial del Derecho en un sentido meramente silogístico y subsuntivo.

Sin embargo, escenarios como los de las grandes conflagraciones del siglo XX, plantearon una seria disyuntiva: ¿no eran los modelos de Estado de Derecho de entonces y su visión del Rule of Law, Etat de Lois, o Rechtsstaat,⁹ una figura deficiente que no impidió un resultado tan siniestro como la pérdida de tantas vidas humanas? ¿O a su turno estos modelos denotaban mas bien un matiz de insuficiencia que condujo a preocupantes vacíos en el derecho y que fueron a su vez aprovechados por ideologías belicistas, como la maquinaria nazi, que súbitamente lograron el poder?

8 Cfr. RECASENS SICHES, Luis. *La concepción mecánica de la función jurisdiccional, especialmente en Francia y otros países latinos durante el siglo XIX*, extraído de *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, México, Ed. Porrúa S.A., 1980. p. 190.

Las ideas gráficas de Recasens Siches se acercaban en mucho a una especie de transposición matemática del razonamiento meramente aplicativo de la ley. La visión del legislador apuntaba a una idea de exactitud, en tanto los hechos debían ser subsumidos en la norma, sin más opción para el juez que la única aplicación de la ley. Desaparecía así la arbitrariedad de los tribunales del *Ancien Régime* o antiguo régimen, para dar lugar a un nuevo criterio de fuerte vinculación: la aplicación de la ley. De esta forma, desaparecía el abuso del juez anterior a la revolución francesa.

9 Vid. GROTE, Rainer. *Rule of Law, Rechtsstaat, y État de Droit*. Materiales de enseñanza 2010. Teoría constitucional. Universidad Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque.

Advirtamos que los términos referidos- secuencialmente en inglés, alemán y francés, respectivamente- se refieren a un mismo concepto: Estado de Derecho.



Nos explicamos: es en el complejo marco de los modelos de Estado de Derecho que el desarrollo de los derechos fundamentales- los cuales inician una acalorada fiebre de crecimiento material en muchas Constituciones desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial- comienza a denotar una idea fuerza ciertamente cognoscible: las normas hasta entonces existentes antes que deficientes fueron insuficientes para explicar tantos escenarios complejos en relación al no respeto de derechos fundamentales básicos como el derecho a la vida, a la libertad individual y otros tantos derechos inalienables del ser humano.

Fueron las normas insuficientes y no deficientes para aspirar a una solución a estas complejas cuestiones humanas en tanto es propio partamos de una presunción muy *prima facie* de constitucionalidad de la norma. Es aquí donde el legislador goza de una confianza *ex ante* en el perfeccionamiento de la norma jurídica, mas observemos que el complejo mundo de las relaciones jurídicas, tan variado en sus contenidos y consecuencias, bien consolida que la norma tienda a satisfacer una realidad jurídica determinada que exige repuesta, o bien que devenga en propiedad insuficiente, en cuanto no puede regular todos los supuestos de la realidad, y por tanto, presenta un escenario de insuficiencia frente al cual la respuesta del Derecho Constitucional es la de un efecto de integración permanente de los vacíos que la insuficiencia acusa, más aún si se trata de derechos fundamentales.

En consecuencia, la justicia constitucional satisface en ese rol integrador esa exigencia de realidad que las normas deben trasuntar pues completan los jueces constitucionales aquellos contenidos que aquellas no están en posición de manifestar.



III. El Poder Legislativo como legislador positivo

El reparto de competencias que reconoce la doctrina constitucional al Poder Legislativo como único creador positivo de la norma, es un rol que corresponde ser puesto de relieve.

En efecto, si alguna vez Carl Schmitt¹⁰ quiso referir la tesis del “Estado jurisdiccional” como aquel escenario en el cual los jueces, sin ser gobernantes, ejercen actos de gobierno, en referencia al rol corrector de la justicia constitucional, es necesario poner de relieve que es solo el Poder Legislativo quien se constituye en creador objetivo de la norma, quedando vedadas estas potestades para los jueces constitucionales, cuyo rol apuntaría hasta una función de legislador negativo mas no en modo alguno de legislador positivo.

Ahora bien, esa presunción de legalidad de la norma ha de funcionar, idóneamente, en tanto exista un respeto afianzado por el orden constitucional, en tanto ese papel de regulador positivo del derecho, exige ir de la mano con un respeto por los principios, valores y directrices que alberga la Norma Fundamental.

10 PLAZAS VEGA, Mauricio. *Ideas políticas y teoría del derecho*, Bogotá, Temis y Universidad del Rosario, 2003, p. 263., en referencia a *La defensa de la Constitución de Karl Schmitt y la réplica de Hans Kelsen, Quién debe ser el defensor de la Constitución*.

A juicio nuestro, el debate, generado durante la crisis de la República de Weimar en Alemania, giraba en torno a un mismo punto en cuanto al *Hutter der Verfassung* (o defensor de la Constitución): tanto un Tribunal Constitucional como los jueces del Poder Judicial resultaban sujetos implícitos en la defensa de la Constitución. Por tanto, el distingo solo era de forma, no sustantivo. La polémica se extendió a la concepción del Estado y las formas jurídicas democráticas.

Vid también SCHMITT, Carl y KELSEN, Hans. *La polémica Schmitt-Kelsen sobre la justicia constitucional. El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Estudio Preliminar de Giorgio Lombardi. TECNOS. Madrid, 2009. p. I- LXXII

Es propio el ejemplo, a propósito de esta mención, de la condición de “intérprete auténtico de la Constitución”, función asignada en un primer estadio al legislador, pues asumimos, prevalentemente, que es el legislador quien interpreta la norma de su creación.

Sin embargo, esa tarea acusa una tesis de excepción: si en esa interpretación de la norma se infringe valores constitucionales consolidados, entonces es la tarea correctora de los jueces constitucionales, la que debe enmendar aquellas incompatibilidades con la Carta Fundamental. Por lo tanto, la lógica del legislador como intérprete auténtico de ha de ser respetado en tanto no sean vulnerados ostensiblemente derechos fundamentales.

Materializada pues esa infracción a la Constitución, creemos que se deshabilita esa exigencia de no revisión de las decisiones del Poder Legislativo, en tanto se rompe el concepto de equilibrio de poderes al existir una norma incompatible con la Constitución, respecto a la cual se habilita la necesidad de una función de control.

Resulta meridianamente cierto, sin embargo, que esa tesis de control debe ser de suma excepcionalidad. Las competencias del Poder Legislativo en la creación, expedición y derogación de normas de derecho positivo son incuestionables. Este Poder del Estado existe para esa delicada función y como tal, difícilmente podrá revisar sus propias normas, siendo pertinente que un Poder ajeno, en el cual resultan naturales las funciones de control, sea quien determine si determinada norma es proporcional o no con relación a la *Lex Legum*.

IV. Jueces constitucionales y creación del derecho

La función de creación del derecho, en relación a los derechos fundamentales, indica un rol que no puede establecerse entre las funciones de legislador negativo ni positivo.

En efecto, siguiendo las ideas de Pattaro y García Figueroa,¹¹ y diferenciando los ámbitos de creación y aplicación del derecho, podemos reinterpretar, de modo particular nuestro, la propuesta de los autores referidos identificando los razonamientos dogmático y por derechos fundamentales.

El primero de ellos - el razonamiento dogmático- ha de ser fuerte en su creación pero débil en su aplicación, en específico en el desarrollo de las conclusiones de los procesos argumentativos. La tesis de la fe representa un insumo esencial en el acto volitivo de aceptar las concepciones religiosas como actos de expresión de la creencia. Creer con convicción es una condición necesaria del razonamiento dogmático y por tanto esa actitud de profundo respeto a una concepción religiosa no es sino una forma de razonamiento dogmático ante el cual no hay mayor rigurosidad que la creencia *per se*. Sin embargo, no es posible demostrar la convicción de las conclusiones pues el acto de fe no necesariamente puede reflejar las conclusiones de la creencia.

11 GARCIA FIGUEROA, Alfonso y GASCON ABELLÁN, Marina. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores, Lima, 2003. p. 68.

El esquema presentado por Enrico Pattaro, profesor de Bolonia, del cual se sirve García Figueroa para desarrollar su planteamiento, reside en 4 modelos: los de Kant, Tomás de Aquino, Viehweg y Perelman, y la Teoría de la Argumentación Jurídica TAJ estándar. Distingue las fases de creación del derecho y aplicación del derecho, y los sentidos asignados son: Kant (modelo fuerte- fuerte), Santo Tomás de Aquino (fuerte. débil), Viehweg y Perelman (débil- débil); y TAJ estándar (débil- fuerte)

Distinto es el escenario de un razonamiento por derechos fundamentales, ámbito en el cual la fase de creación del Derecho es débil mas el ámbito de aplicación del Derecho es fuerte. La diferencia es ostensible y se explica por cuanto la configuración inicial de los derechos fundamentales, al partir de principios, y muchas veces de enunciados que en suma constituyen punto de partida para la configuración de los derechos, no expresan una razón en rigor fuerte.

Por ejemplo, el derecho a la verdad¹² parte de una exigencia de respeto por la dignidad de la persona y como tal, identifica el respeto por un valor moral. No puede haber dignidad si no se sabe la verdad. Y sin embargo, partir de esta tesis representa un escenario débil en su fase de creación, pues concurre la exigencia axiológica de construir el derecho a la verdad como un sucedáneo del derecho a la dignidad y no como una categoría positiva de la misma. Por tanto, hay un punto de partida en la construcción del razonamiento que acusa un matiz de debilidad, fundamentalmente por la indeterminación de los principios, asunto que la teoría constitucional no puede expresamente rechazar.¹³

Sin perjuicio de lo afirmado, esa tesis débil se convierte en fuerte cuando aludimos a la fase de aplicación del razonamiento por derechos fundamentales, ámbito en el cual el mandato jurisdiccional de tutela de un derecho fundamental, se convierte en fuerte.

En efecto, una sentencia que defienda derechos fundamentales ya no constituye una mera construcción axiológica sino se transforma en un mandato ético que exige un respeto por el derecho fundamental vulnerado y afectado en modo ostensible, lo que a su vez traduce una necesidad de resarcimiento desde la perspectiva de respeto en sentido amplio por los derechos fundamentales.

Bajo esa interpretación, podemos conferir una calidad de razón fuerte a los derechos fundamentales en su fase de aplicación, sujetos inclusive a los mandatos coercitivos del juez constitucional respecto de la parte obligada a restituir un derecho.

V. Jurisprudencia constitucional: ¿contravención al principio de legalidad?

Desde esta misma perspectiva de análisis de creación del derecho, actualizamos una pregunta que se mantiene con perfil vigente en la justicia constitucional: ¿pueden los jueces modificar la norma a través de la jurisprudencia? ¿Se convierten con ello en legisladores positivos?

De una lectura del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional,¹⁴ a propósito del precedente vinculante, no apreciamos mayor rango de distinción en cuanto a la obligatoriedad del precedente vinculante y sin embargo, el desarrollo jurisprudencial

12 STC 2488-2002-HC/TC. caso Villegas Namuche. FF.JJ. 8-20.

13. Así, el **derecho a la verdad**, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, **es un derecho plenamente protegido**, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.

13 COMANDUCCI, Paolo. *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. Doxa. N. 21, vol. 2. 1998. p. 89-104

14 Código Procesal Constitucional. Título Preliminar. Artículo VII.

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



al respecto,¹⁵ ha sido enfático desde la condición de obligatoriedad de aplicación del precedente vinculante, inclusive bajo responsabilidad funcional,¹⁶ condición que el órgano contralor ha establecido en caso de no aplicación del precedente vinculante.

La pregunta propia a formularnos desde la Filosofía del Derecho, disciplina de la cual no nos podemos sustraer al hacer un análisis material de la condición del legislador positivo y negativo, es puntual: ¿pueden los jueces constitucionales modificar el derecho positivo desde la resolución de los conflictos jurídicos propiamente dichos?

La pregunta formulada *supra* por Bulygin debe ser complementada con la figura que Guastini¹⁷ invoca como diferencia entre disposición y norma. La disposición, al constituir un enunciado lingüístico, si bien constituye un enunciado sin interpretar, a su vez también identifica la norma en su dimensión formal.

Sin embargo, la asignación que Guastini le confiere al concepto de norma, desde la percepción de un sentido interpretativo, es decir, de un enunciado ya interpretado, constituye una línea de análisis que trasunta la capacidad interpretativa de los jueces constitucionales para entender como noción base la modificación de la regla, no en sentido objetivo, sino desde una visión fundamentalmente interpretativa.

Konrad Hesse¹⁸ ha tratado este tema desde la definición de los alcances de la interpretación constitucional en su sentido más amplio. La noción de mutación constitucional aporta criterios adicionales en la misma línea de análisis en tanto define, de la misma forma, que la norma pueda ser modificada, no positiva sino materialmente, con lo cual se configura un efecto de integración frente a ese escenario de insuficiencia de las normas para responder a controversias concretas.

Es necesario afianzar la idea de que la jurisprudencia no introduce modificaciones formales a la norma sino busca el perfeccionamiento de su aplicación, siempre bajo esa presunción de constitucionalidad que acusa la norma creada por el legislador positivo, en este caso el Congreso.

No es positiva la invasión de funciones por parte de los jueces constitucionales en relación a los efectos de aplicación de la norma. Sería cierta esa acusación de poder contramayoritario que enuncia Gargarella¹⁹ si efectivamente los jueces invadieran sin mayor fundamento los espacios de legislador a propósito de una controversia iusfundamental.

Y sin embargo, es pertinente recoger, nuevamente, la explicación convincente que Hamilton invoca desde el *Federalista 78*²⁰ en relación a la necesidad de un poder corrector

15 Vid STC 3741-2004-AA/TC. Caso Salazar Yarlenque. FF.JJ. 36-49.

16 STC 006-2006-CC/TC. Caso Casinos Tragamonedas. FF.JJ. 53-54.

17 Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Disposición vs Norma*. Lima- Perú.- Palestra Editores, 2011. p. 136.

Llama Guastini "disposición" a cada enunciado que forme parte de un documento normativo y "norma", a cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido.

18 HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 45.

19 GARGARELLA, Roberto. *La dificultad de defender el control de constitucionalidad de las leyes*. Isonomía. 6, abril de 1997. p. 55-57

20 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica. México, 1957. En GARGARELLA, Roberto. Op. cit. p. 56



de las acciones del Poder Judicial frente a la labor en propiedad insuficiente del legislador cuando de elaborar normas legales y constitucionales se refiere.

Pongamos las ideas en su lugar: la entrada en vigencia de una norma cuestionada como inconstitucional supone un primer tramo en el cual el juez constitucional ha de consolidar un primer esfuerzo para salvar, hasta donde fuere posible, la constitucionalidad de la norma, y solo después de ese esfuerzo infructuoso ha de corresponder inaplicar la norma o bien expulsarla del ordenamiento jurídico.

En segundo tramo demanda, con mayor rigor, que la declaración de inaplicabilidad de la norma o su eventual expulsión del ordenamiento se realice, debiéndose poner aquí mucho énfasis, sin que se afecten competencias propias del legislador positivo.

En tal sentido, todo el ámbito interpretativo corrector de la justicia constitucional no podrá aludir, en modo alguno, a una variación formal de la norma, menos aún a una modificación literal de la norma, pues ésa es competencia exclusiva del legislador.

Por tanto, estamos, en términos propios de Guastini, ante una necesaria función correctora extensiva del juez constitucional, quien apelando a ese espíritu de enunciación del sentido interpretativo del enunciado normativo, estará en condiciones de superponer un nuevo significado material de la norma.

Notemos que en este caso no hay corrección formal alguna de la norma, solo una variación material y ahí la clave de bóveda para entender los márgenes y alcances de la justicia constitucional.



VI. ¿Solo funciones de simple anulación?

Las funciones de anulación de sentencias del Tribunal Constitucional con relación a normas incompatibles contra el orden constitucional constituyen la principal de sus funciones. Sin embargo, éstas no quedan allí en tanto se extienden a la expedición de sentencias interpretativas propiamente dichas y sentencias interpretativas manipulativas.²¹

Es aquí donde reside ciertamente una de las cuestiones más complejas de la interpretación constitucional pues desde el modelo kelseniano, quedó afianzada la idea de que un Tribunal Constitucional solo existía como legislador negativo.

21 STC 004-2004-CC/TC. Caso Presupuesto del Poder Judicial. F.J. 3.

3.2. Las sentencias interpretativas propiamente dichas

(...) Dicha modalidad aparece cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado "normas nuevas", distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

3.3. Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas)

En este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva. La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada "eliminando" del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las "expresiones impertinentes"; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley.

La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada "agregándosele" un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.

¿Acaso evolucionó entonces a la categoría de legislador positivo? En modo alguno pues ésa es una competencia delegable solo por excepción del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo e inclusive se trata de una función sujeta a control posterior.

Cuanto sucede es que las sentencias interpretativas constituyen la esencia propia de las funciones de control del Tribunal Constitucional, en la medida que precisamente un conjunto de las mismas, al ser manipulativas, implican la posibilidad de que los jueces constitucionales, como intérpretes autorizados de esa sociedad fraterna haberleana,²² en ese rol que ejercen de lectura autorizada de la Constitución, puedan manejar la percepción de justificación de los contenidos materiales de la Carta Fundamental.

En efecto, las sentencias manipulativas en sus diversas modalidades de sentencias aditivas, reductoras y sustitutivas, otorgan al más alto intérprete de la Constitución, la facultad de determinar los alcances constitucionales de las normas en concordancia con los principios, valores y directrices que alberga la Norma de Normas.

Se trata, portanto, de una función compleja que igualmente demanda un esfuerzo de comprensión por asumir la tesis de que la Constitución no es simplemente nominal o únicamente semántica y que la riqueza de la misma, consiste en la idea de una Constitución viviente o *living Constitution*,²³ en tanto su interpretación debe ser dinámica y no estática, o bien que la Constitución no solo es *ratio* sino también *emotio*,²⁴ en tanto no solo traduce el espíritu formal de la norma sino apunta a descubrir la enunciación más favorable de los derechos fundamentales, en aquello que Lucas Verdú en algún momento llamó "sentimiento constitucional".²⁵

En suma de estas ideas, la función de las sentencias interpretativas no pretende asignarle funciones de legislador positivo, en modo alguno, al Tribunal Constitucional, función que solo le compete al Poder Legislativo. Sin embargo, es importante atender a ese espíritu propio de la interpretación constitucional, similar en alguna forma al *Volksgeist*,²⁶ para entender una posición dinámica en la lectura y justificación de las normas constitucionales. Nos referimos así a que la interpretación constitucional, en sentido amplio, constituye la esencia de un Estado constitucional y representa un modo de vivir bajo reglas de intermediación con los contenidos iusfundamentales de la *Lex Legum*.

VII. Jueces constitucionales: ¿solo el Tribunal Constitucional?

Nuestra interrogante asume cierto matiz de provocación pues nos encontramos frente a 2 posiciones, una de ellas irreductible y la otra amplia.

22 HÄBERLE, Peter. *Métodos y principios de la interpretación constitucional: un catálogo de problemas*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 7. Núm. 13. Enero-junio/2010. Págs. 379-411. p. 695.

Señal el autor alemán en relación al concepto de sociedad abierta de intérpretes:

Todo el que tiene relación con el objeto de regulación de las normas es indirectamente y, llegado el caso, también directamente, intérprete de las normas. El destinatario de las normas participa de una manera más intensa en el proceso de interpretación de lo que generalmente se suele entender 65. Puesto que no sólo los juristas viven las normas, tampoco son ellos sus únicos ni sus principales intérpretes. El concierto de intérpretes en sentido amplio y estricto no sólo tiene lugar allí donde funciona de manera institucionalizada (como en la jurisdicción). (...)

23 LANDA ARROYO, César. *Los precedentes constitucionales*. JUSTICIA CONSTITUCIONAL. Revista de jurisprudencia y doctrina. Año VIII. No. 5, enero-junio. Lima, 2007. p. 32

24 LANDA ARROYO, César. *Op cit.* p. 36.

25 LUCAS VERDU, Pablo. *El sentimiento constitucional*. Edit. Reus. Madrid., 1985

26 Traducido del alemán como "Espíritu del pueblo" en referencia a rasgos comunes de los pueblos a lo largo de su historia. Su origen parte del nacionalismo romántico.



La posición cerrada asume que solo los magistrados del Tribunal Constitucional imparten la justicia de la Carta Fundamental y la que provendría del bloque de constitucionalidad. En una figura irreductible, se podría pensar, hasta de modo radical,²⁷ que los jueces del Poder Judicial, al ejercer sus atribuciones en procesos constitucionales de la libertad, serían prestados temporalmente a la jurisdicción constitucional y por lo tanto tendrían la calidad de “jueces postizos”, dado que no son jueces de origen de la justicia constitucional.

Una segunda acepción, más amplia, implica que los jueces del Poder Judicial antes que jueces de sus propias competencias, son jueces de la Constitución. Esta afirmación es, en propiedad, omnicompreensiva, en tanto identifica una vinculación amplia del concepto de juez constitucional y es hoy una premisa de fuerza: ningún juez penal, civil, de familia, de trabajo, etc., podría resolver solo desde los contenidos formales de los Códigos sustantivos y adjetivos que su materia ocupe, sino necesita desarrollar, con la mayor amplitud posible, la visión de irradiación²⁸ e impregnación de la justicia constitucional, la cual se proyecta a todos los ámbitos del derecho sin que podamos alegar tesis alguna de zonas no exentas de control constitucional.²⁹

En esa línea de ideas, es de suyo pertinente aportar el matiz histórico del caso: existe justicia constitucional desde los primeros fallos del juez Edward Coke³⁰ y John Marshall³¹ en los años 1610 y 1803, respectivamente.

En efecto, Coke no cede ante los arrebatos del Rey Jacobo I de Inglaterra y le da la razón al médico Bonham, en tanto Marshall enfrenta un problema de suyo complejo entre una ley habilitante y la Constitución de los EE.UU., y sin embargo, en ambos casos se reafirman los caracteres de la justicia constitucional.



27 STC 006-2006-CC/TC. Caso Casinos Tragamonedas. Voto aclaratorio.

Señala el voto del magistrado Vergara Gotelli:

(...) es preciso recordar también que el Tribunal Constitucional determinó en dicho precedente (ne referencia a la STC N.º 009-2001-AI/TC y 4227-2005-AA/TC) sobre el proceder de los jueces del Poder Judicial, prestados a la justicia constitucional, para que éstos cumplieran las órdenes que el Tribunal Constitucional como superior jerárquico y como máximo intérprete de la Constitución había determinado, lo que significa que se trataba de una decisión exclusivamente constitucional no obstante que en la jerarquía de la sede constitucional actuaban en los grados inferiores “jueces constitucionales postizos” cedidos exclusivamente para esta labor, vale decir para procesos constitucionales de amparo, cumplimiento, hábeas corpus y hábeas data por el Poder Judicial, lo que significa que para estos casos no era el Poder Judicial el llamado a notificar ni a contradecir lo que se dispuso en sede constitucional.(...)

28 PRIETO SANCHIS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra. Lima, 2007. p. 123.

29 STC 5854-2005-PA/TC. Caso Lizana Puelles.

19. La interpretación aislada de los artículos constitucionales bajo análisis resulta manifiestamente contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201º de la Constitución). En efecto, dicha interpretación confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al (Jurado Nacional de Elecciones) JNE (artículo 177º de la Constitución) con autarquía, pues pretende que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental. Lo que equivaldría a sostener que para el JNE, tales principios y derechos no resultan vinculantes.

30 Caso Bonham vs. Henry Atkins. Sentencia emitida por el juez Lord Edward Coke. 1610.

Parte de la sentencia del juez Coke, ante la pretendida interferencia del Rey Jacobo I en el fallo, señalaba:

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

31 Fallo Marbury vs. Madison. Sentencia del Juez John Marshall. 1803.

Rescatando el concepto de cláusula de supremacía normativa de la Constitución, la sentencia del Juez Marshall señalaba:

“Si una ley es contraria a la Constitución; si tanto la ley como la constitución se aplican a un caso determinado, de modo que el tribunal deba decidir ese caso conforme a la ley, sin tener en cuenta a la Constitución; o bien, conforme a ésta y sin considerar la ley; el tribunal debe determinar cuál de estos ordenamientos en pugna debe normar el caso. Lo anterior radica en la esencia misma del ejercicio de la justicia. Si entonces los tribunales se basan en la Constitución y ésta es superior a cualquier disposición ordinaria de la legislatura, la Constitución, y no ese decreto común, debe regir el caso al cual ambas se aplican...”

De esa forma, correspondía, en el primer caso, que el rey de Inglaterra supiera que la impartición de justicia era una labor que requería largo estudio y preparación, así como debía preferirse, en el segundo caso, la aplicación de la Constitución antes que la de una norma con rango de ley que devenía incompatible con la Norma Fundamental de la justicia norteamericana.

Sin perjuicio de lo expresado, es recién en el año 1919 que es creado el Tribunal Constitucional de Austria, hecho que representa, en propiedad, la partida de inicio de la existencia de un órgano ajeno al Poder Judicial para la dilucidación de las controversias constitucionales. Kelsen le otorga carta de ciudadanía al modelo de control concentrado a partir de un Tribunal con funciones de legislador negativo, en consecución de esa idea positivista de un ordenamiento jurídico con visos de perfección, que a su vez no podía soportar normas incompatibles con la Ley de Leyes.

En ese rigor de argumentos, apreciemos pues que la justicia constitucional no puede desvincularse, históricamente, de la función propia de los jueces del Poder Judicial quienes inclusive le otorgan carta de ciudadanía al control constitucional propiamente dicho. Bajo este mismo concepto, se impone entonces la necesidad de una función de colaboración intra órganos- Poder Judicial y Tribunal Constitucional- a efectos de compartir argumentos en común para una mejor defensa de los derechos fundamentales.

VIII. Derivación de roles: inaplicación y expulsión.

Expuestas las ideas que anteceden, no corresponderá en estricto a los jueces del Poder Judicial sino la inaplicación de normas incompatibles con la Constitución en los casos concretos sometidos a su conocimiento. Un poco más allá, los jueces constitucionales del Poder Judicial podrán aplicar, inclusive, el principio de proporcionalidad, a propósito del necesario control de constitucionalidad de las normas vigentes que a su vez son sometidas a un control de validez y compatibilidad con la Constitución.

A su turno, el Tribunal Constitucional, bajo rezagos kelsenianos, podrá seguir expulsando normas del ordenamiento jurídico en tanto sea determinada la incompatibilidad de un dispositivo con la Constitución.

En ambos casos, queda vedada la función de legislador positivo en tanto ésta es una competencia regular del Poder Legislativo. Y sin perjuicio de lo afirmado, es pertinente poner de relieve un matiz que ambos estamentos comparten: las funciones amplias de interpretación constitucional en sentido material.

En efecto, no podemos soslayar, en modo alguno, que la afirmación que antecede distorsiona, en apariencia, las funciones del legislador positivo. Más aún, nos preguntaríamos una vez más si no es antidemocrático que quienes no han sido elegidos- los jueces- se atribuyan un rol prevalente frente a quienes sí han sido elegidos.

La respuesta es puntual: los jueces constitucionales gozan de una prerrogativa correctora que el Estado Democrático y Social del Derecho, en su máxima expresión- el Estado constitucional-



les asigna para precisamente salvar la democracia de los excesos de los demás poderes, y frente a esto es objetiva la conclusión: no sería esa función correctora atribuible a los Poderes Legislativo ni Ejecutivo pues implicarían concentración de poder. Por tanto, deviene necesario que un órgano ajeno a ellos ejerza esas denominadas funciones de control constitucional.

IX. Self restraint y sociedad civil

Nuestra idea de un concepto dual y de suyo complementario a la noción de legislador positivo y negativo, en aras de una función propia de creación del derecho en la justicia constitucional, no puede contravenir el tratamiento de una idea que la doctrina constitucional ha instado a manejar con cuidado: la necesidad de que los jueces constitucionales se auto controlen, dado lo pernicioso que implicaría impulsar controles formales sobre los roles de legislador negativo del Tribunal Constitucional.

En efecto, la impartición de justicia constitucional parece debatirse entre un rol de activismo judicial restringido e hiperactivismo. Éste último deviene contrario a los derechos fundamentales y el principio de supremacía normativa de la Constitución, en tanto los jueces constitucionales se exceden en sus funciones y van más allá de ese mandato de prudencia que impone la función de justicia.

A su turno, bien puede constituir la idea de activismo judicial restringido un oximorón y sin embargo, no es así, pues no hay una contraposición manifiesta entre la idea de que un juez sea activista, es decir, se preocupe por la defensa de los derechos que gozan de protección constitucional, y de otro lado, que igualmente exista una restricción ponderada en esa delicada tarea de impartir justicia constitucional desde la perspectiva de última instancia de decisión.

Destacada esa idea, creemos pues que una cuestión que ayuda al concepto de autocontrol, que en propiedad permite que ese control asuma una dimensión real, reside, también, en la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, pues la ecuación base a señalar es puntual: a mejor elección de magistrados, mejor panorama de decisiones más sólidas en la justicia constitucional.³²

Es aquí donde nos permitimos anotar un rol de relevancia de la sociedad civil, en la medida que su aporte es fundamental para la consolidación de una mejor justicia constitucional. Nos referimos a que corresponde a la sociedad civil, a la comunidad jurídica en su conjunto, el aporte propio de las mejores fórmulas de elección de magistrados del Tribunal Constitucional.

A este respecto, la elección de un Congreso de primera línea, permitirá un mejor consenso en la determinación de los puestos clave de la justicia constitucional, y de la misma forma, el aporte de mejores formas de elección,³³ evitándose así la elección de puestos de la magistratura constitucional en función a criterios algunas veces políticos,

32 El caso de la Corte Constitucional de Colombia es paradigmático. La composición muy sólida desde el inicio de funciones de esta prestigiada Corte con la Constitución colombiana de 1991, ha permitido la ubicación de este Tribunal como la judicatura líder en la defensa de los derechos fundamentales. Sus sentencias son usualmente invocadas por las Cortes y Tribunales Constitucionales de la región.

33 La experiencia colombiana nos refiere que la rama judicial- el equivalente a nuestro Poder Judicial peruano- también tiene facultades de propuesta de magistrados del Tribunal. En el caso español, inclusive el Rey de España propone 2 plazas para magistrados del Tribunal Constitucional español. En el modelo peruano, el Poder Legislativo asume todas las funciones de propuesta y elección.



dada la necesidad de que la elección sea prevalentemente técnica y de calidad para que precisamente los mejores constitucionalistas del país integren la magistratura del más alto órgano de impartición de justicia constitucional.

A modo de conclusión

Categorizar en estricto las formas de legislador positivo y negativo implica razonamientos excluyentes que no tienen asidero sólido en la justicia constitucional. Ciertamente el legislador positivo por excelencia es el Poder Legislativo, función asignada dogmáticamente desde las posiciones de la Constitución bien equilibrada y los pesos y contrapesos de la teoría inglesa, así como la propuesta de separación de poderes del señor de la Bréde y barón de Montesquieu en el siglo XVIII.

A su turno, el concepto material de legislador negativo representa la tesis primigenia de Kelsen desde la visión de un órgano independiente del Poder Judicial ejerciendo funciones de control concentrado en la justicia constitucional. Sin embargo, tal concepto decimonónico atiende solo a una función de simple anulación de sentencias del Tribunal Constitucional y hoy, en pleno siglo XXI, la función interpretativa asume por cierto dimensiones muy distintas en tanto el ámbito de sentencias interpretativas connota una tarea de lectura material de la Constitución desde perspectivas muy amplias.

Es entonces esa función de creación del Derecho en la justicia constitucional la nota distintiva con relación a los conceptos de legislador positivo y negativo, pues traduce una competencia de los jueces constitucionales- magistrados del Tribunal Constitucional y jueces constitucionales del Poder Judicial- quienes resultan llamados a delimitar, cuando fuere el caso, los excesos de los poderes, en aras de consolidar aquello que no es una quimera sino una realidad tangible y que denominamos el Estado constitucional.

Bajo esas premisas, destacamos el rol creador de la justicia constitucional y la importancia que asume trasuntar estas facultades en una evolución material del rol de legislador negativo.

En aras de una noción de equilibrio, el control a ejercer sobre ese rol creador debe ser prudente, ponderado y adecuado, siendo el *self restraint* una pauta necesaria a trabajar. Y en otra faceta de autocontrol, nos corresponde a los ciudadanos ejercer la exhortación por elegir a los mejores magistrados del Tribunal Constitucional.

Finalmente, los dilemas anotados tienen mucho más un matiz de apariencia que de realidad y sin embargo, es menester asumir las dimensiones de la justicia constitucional como contenidos permanentes a desarrollar, en tanto representan retos de envergadura para quienes ejercen en este ámbito función jurisdiccional.



¿ES POSIBLE QUE LA NUERA SIN HIJOS PUEDA SOLICITAR LA SUCESIÓN INTESTADA DE SUS SUEGROS, SEGÚN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA?



Mg. Elizabeth Vásquez Rojas *

La nuera si hijos, según la legislación civil nacional no podrá solicitar ni por derecho propio mucho menos por representación la sucesión intestada de sus suegros por carecer de legitimidad para obrar y por consiguiente carecer de vocación hereditaria.

Sumario: Conceptos y antecedentes históricos de la sucesión intestada, formas de suceder, modos de suceder, procedencia de la sucesión intestada de la nuera como cónyuge supérstite, la nuera como cónyuge supérstite puede solicitar la sucesión intestada de sus suegros - hereda a sus suegros o a su esposo, en el derecho comparado la nuera sin hijos como cónyuge supérstite puede heredar a sus suegros, conclusiones.

I.- CONCEPTOS Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SUCESIÓN INTESTADA

a) Concepto: El proceso de sucesión intestada debe de seguirse cuando el causante muere sin dejar testamento o cuando el que dejó resulta nulo o caduco o no contiene institución de herederos, en que debe de suplirse el vacío con el mecanismo supletorio que la ley prevé. Y según CastánTobeñas **“Puede ser definida la sucesión intestada, en nuestro Derecho, como la sucesión hereditaria que se defiere por ministerio de la ley, cuando faltan, en todo o en parte, los herederos testamentarios”**¹. Similar concepto dan diversos autores, entre los que se encuentran Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón en su obra *Sistemas de Derecho Civil*², Manuel Ossorio en su obra *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”*³, Xavier O´Callaghan Muñoz en su obra *“Compendio de Derecho Civil”*⁴, Manuel Albaladejo en su obra *“Compendio de Derecho Civil”*, Córdoba-Levy-Solari-Wagmaister en su obra *“Derecho Sucesorio”*⁵ y Adrián Celaya Ibarra en su obra *“De la Sucesión Ab Intestato”*⁶ quienes complementan únicamente la definición anterior agregando que se da a falta de testamento válido y eficaz, y que esta inexistencia del mismo puede ser parcial o total. En este sentido Guillermo Cabanellas complementa aún más la definición indicando que es *“la transmisión, según normas legales, de los derechos y obligaciones del causante, por muerte del mismo o presunción de su fallecimiento, cuando no deja testamento, o éste resulta nulo o ineficaz. Se denomina también sucesión ab intestato (sin testamento) o legítima (por ministerio de la ley)”*⁷.

b) Antecedentes Históricos de la sucesión intestada

Comenta Xavier O´Callaghan Muñoz que en el Derecho Romano predominó la importancia de la sucesión testamentaria sobre la intestada, misma que fue objeto de meticulosa regulación. La sucesión intestada por su parte quedó en segundo plano. En cambio en el Derecho Germánico ocurre lo contrario, ya que en principio el destino de los bienes del

1 * Juez (P) del Juzgado de Paz Letrado de la ciudad de San Ignacio. Abogada por la Universidad Señor de Sipán. Magíster en Derecho Procesal por la Universidad César Vallejo - Trujillo - Perú.

CastánTobeñas, José. *Derecho Civil. Tomo III, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, España, Instituto Editorial Reus, 1956, 4ª Edición, pág. 485.

2 Diez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. *Sistemas de Derecho Civil. Volumen IV, Derecho de Familia Derecho de Sucesiones*, Madrid, España, Editorial Tecnos, S.A. 1986, 3ª Edición, pág.629

3 Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Argentina, Editorial Heliasta S.R.L, 1978, pág. 726.

4 V lex, O´Callaghan Muñoz, Xavier. *Compendio de Derecho Civil. Tomo 5, Derecho de Sucesiones, La Sucesión Intestata*, España, 2004 <http://vlex.com/vid/sucesion-intestata-215808>, 19-3-2011.

5 Albaladejo, Manuel. *Compendio de Derecho Civil*. Barcelona, España, Librería Bosch, 1976, 3ª Edición, pág. 610.

6 Córdoba, Levy, Solari, Wagmaister. *Derecho Sucesorio. Tomo II, Buenos Aires*, Argentina, Editorial Universidad, 1998, pág.223

7 Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual. Tomo IV, Buenos Aires*, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1976, 10ª edición, pág. 149.

difunto estaba regulado y establecido en la ley, principalmente basándose en el derecho de familia más que en el derecho de sucesiones como tal. Es por ello que en este derecho la sucesión testamentaria fue la que tuvo poca importancia.⁸

Sin embargo, tomando en cuenta que el origen de muchas instituciones del derecho peruano tiene su fuente en el Derecho Romano, se expone a continuación cuales son las principales regulaciones que sobre el tema contiene este derecho.

b.1) Generalidades en el Derecho Romano

El Derecho Romano regulaba la sucesión intestada y testamentaria, pero con la característica que una excluía a la otra. Al respecto Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón citan el principio conocido como **“nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest”**⁹, que consagra esta exclusión mutua y que literalmente significa **“nadie puede morir en parte testada y en parte intestada”**¹⁰. Asimismo, indica que la institución de heredero era requisito necesario para que pudiera existir la sucesión testamentaria y dicha institución abarca la totalidad de los bienes del causante, o **“cuius”** como le designa el Derecho Romano, abreviando la frase latina, de cuius hereditate agitur, o sea, **“de cuya herencia se trata”**.

En el Derecho Romano la sucesión intestada o ab intestado como se le conocía en esta época, evolucionó durante los diversos períodos de su historia. Así la doctrina coincide en reconocer cuatro períodos en los que se desarrolla su evolución. Coinciden en que estos períodos son:

b.1.1 Sucesión Intestada en el Derecho Antiguo o Derecho Civil

Al respecto indica Juan Iglesias señala que **“La sucesión intestada del ius civile descansa en el siguiente precepto de las XII Tablas: Si intestato moritur, cui suu heredes necescit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus necescit, gentiles familiam habeto (Si muere intestado y no hay heredero, tenga la herencia el próximo agnado. Si no hay agnado, tengan la herencia los gentiles).”**¹¹

Se caracterizó esta época por el sistema agnaticio, que se distinguía principalmente por conceder la herencia exclusivamente a los parientes en la línea masculina. De lo anterior se origina que en el Derecho Civil se reconoció a tres clases de herederos, siendo estos: **(i) El heredi sui:** En esta categoría se comprendía a los hijos e hijas del fallecido que se encontraban bajo su patria potestad al momento de su muerte, a la esposa de este, que era considerada como una hija para efectos de la partición de la herencia, al hijo póstumo, a los hijos de un hijo varón (no de una hija), o la nuera que se encontraran bajo su patria potestad por haber fallecido el hijo del causante (padre o marido de estos). Todos ellos heredaban de pleno derecho. En este caso la partición de la herencia se hacía por cabezas, salvo si se tratase de nietos, siendo en este caso por estirpes. En esta categoría quedaban excluidos los hijos ilegítimos y los emancipados.¹² Quedaba evidenciada en estas normas la discriminación que se hacía a la mujer quien, como indica Juan Iglesias, por no ser capaz de ser cabeza de familia ni de tener por sí misma la potestad de sus hijos no podía por tanto tener heredi sui. En este caso sus bienes pasaban a los agnados y a falta de estos a los gentiles. **(ii) Los agnados:** A falta de heredi sui, eran llamados a suceder los agnados. Indica Luis Rodolfo Arguello que **“agnados eran los parientes que pertenecían a la misma familia, esto es, los**

8 V lex, O'Callaghan Muñoz, Xavier. Compendio de Derecho Civil. Tomo 5, Derecho de Sucesiones, La Sucesión Intestata. España, 2004 <http://vlex.com/vid/sucesion-intestata-215808.19--3-2011>.

9 Diez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. Op.cit, pág. 630.

10 Morineaulduarte Marta y Román Iglesias González. Derecho Romano. Editorial Oxford University Press, México, 2002, 4ª Edición, pág. 210.

11 Iglesias, Juan. Derecho Romano. España, Editorial Ariel, S.A, 1999, 12ª Edición, pág. 418-419.

12 Arguello, Luis Rodolfo. Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 2000, 3ª Edición, pág. 474

que habrían estado bajo la misma potestad que el difunto de no haber desaparecido el antecesor común.¹³ En otras palabras, se trata de parientes colaterales, vinculados entre sí por un antecesor común siempre en la línea masculina. En este caso, la herencia no se otorga simultáneamente a todos los agnados, sino solamente a aquellos que se encuentran en grado más próximo con el causante. Si el agnado renunciaba a la herencia o fallecía antes de aceptarla, tampoco se transmitía su derecho a los agnados del grado siguiente. Se les denominaba también extraneiheredis debido a que tenían que manifestar su voluntad para aceptar la herencia, a diferencia de los heredi sui cuya aceptación operaba de pleno derecho. La herencia se dividía siempre por cabezas, ya que por las reglas aplicables para éstos, nunca concurrían personas de distinto grado aunque si de distintas estirpes. **(iii). Los gentiles:** Son llamados a falta de agnados. Indica Juan Iglesias que entran en esta categoría **“los pertenecientes a la misma gens del difunto.”** La definición del término gens es de difícil delimitación, según Manuel Ossorio para algunos autores se trata de un grupo de personas con una descendencia común en la línea paterna, considerada de manera amplia y bastaba para presumir el parentesco que llevasen el mismo nombre patronímico. Señala Jorge Mario Magallón Ibarra que la gens tiene un origen religioso al encontrar su fundamento en que la religión prescribe que los bienes y el culto de una familia sean inseparables y perduren a través del tiempo. Sin embargo no se sabe a ciencia cierta si los gentiles heredaban como grupo o bien de forma individual¹⁴

b.1.2 Sucesión Intestada en el Derecho Pretorio

Señala Juan Iglesias que el Derecho Civil reguló la sucesión intestada o legal con muchas injusticias. Por ello el Pretor romano introdujo modificaciones a la regulación vigente, a fin de buscar corregir estas inequidades. Las principales modificaciones consistieron en la introducción de los órdenes sucesorios y la inclusión del cónyuge a la herencia, así como de hijos emancipados y parientes de la línea de la mujer.¹⁵ Introdujo el Pretor la **“Bonorum Possessio”** que es definida por Manuel Ossorio como **“el derecho de perseguir y retener el patrimonio o las cosas que fueron de una persona cuando esta ha muerto.”**¹⁶

De esta manera se otorgaba la posesión de los bienes hereditarios a quien la solicitara, en los órdenes que adelante se detallarán. Es importante tener presente como indica Jorge Mario Magallón Ibarra, que esta posesión debía ser solicitada en un plazo determinado: cuando se trataba de descendientes o ascendientes el plazo era de un año, si se trataba de otro aspirante, el período era solamente de cien días.

b.1.3 Sucesión Intestada en el Derecho Imperial

Al respecto de este período en la historia del Derecho Romano, indica Marta Morinealduarte y Román Iglesias González que **“Dos senadoconsultos, el Tertuliano y el Orficiano, del Siglo II de nuestra era, junto con dos constituciones posteriores, una Valentiniana y otra Anastasiana, continuaron la tendencia iniciada por El Pretor, de incluir a los cognados, tomando en cuenta el parentesco de sangre, que no tuvo mayor relevancia en el antiguo Derecho Civil.”** También señala Jorge Mario Magallón Ibarra que durante este período fue el Senado Romano el que tuvo más participación en la armonización de los principios legales vigentes y fueron ellos los encargados de corregir y mejorar el sistema preexistente. Este período se caracteriza por introducir modificaciones a la normativa ya existente, siguiendo la tendencia del derecho pretorio, y buscando con esto suprimir aún más la desigualdad e injusticias que podían encontrarse en el derecho civil. Por consiguiente son cuatro los elementos importantes que aporta este período: **(i) Senadoconsulto**

13 Arguello, Luis Rodolfo.Op.cit., pág. 475.

14 Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo V, Derecho Sucesorio, México, Editorial Porrúa, 1990, pág. 152-155.

15 Iglesias, Juan. Derecho Romano. España, Editorial Ariel, S.A, 1999, 12ª Edición, pág. 419-420.

16 Ossorio, Manuel.Op.cit., pág. 90.



Tertuliano: Por medio de este se concedió a las madres el derecho de suceder a los hijos. Se le empieza a dar preferencia frente a otros parientes, con algunas limitaciones: según indica Jorge Mario Magallón Ibarra, "a menos que concurrieran hijos del autor, o del padre natural o los hermanos consanguíneos de aquel, dado que en esas condiciones cesaba su pretensión para heredar por la extinción de su vocación hereditaria". **(ii) Senadoconsulto Orficiano:** Indica Luis Rodolfo Arguello que fue "dictado en el año 178 bajo el gobierno del emperador Marco Aurelio, dispuso que los hijos sucedieran a la madre con exclusión de los consanguíneos y demás agnados de aquélla"¹⁷. Sin embargo, esto dio origen a muchas controversias, ya que muchas veces reclamaban la herencia tanto los hijos como la madre de la causante (abuela de éstos), situación que no estaba regulada en ese momento.

3.1.4 Sucesión Intestada en el Derecho Justiniano

Justiniano finalmente logra sistematizar la normativa relativa a la sucesión intestada, que había sufrido modificaciones a través de la historia del Derecho Romano. Indica Luis Rodolfo Arguello que dentro de los principales logros se encuentran: el reconocimiento que se le dio al parentesco natural sobre el parentesco civil o agnaticio; se establecen tres órdenes de herederos, siendo estos los ascendientes, los descendientes y los colaterales, lo cual viene aparejado de la sucesión por grados que permitió evitar que se continuara dando el fenómeno de las herencias vacantes con tanta frecuencia; se establece la división por troncos entre sobrinos y sobrinas y por cabezas entre el resto de parientes. Es así como sanciona en el año 543 la Novela 118 que posteriormente es complementada con la Novela 127 en el año 547.¹⁸ Las cuatro clases de herederos normadas en este período son las siguientes: **(i) Los descendientes:** Acá ya no se consideraba la patria potestad, el sexo o el grado de parentesco. Sin embargo era llamado el descendiente del próximo grado solamente si el de grado anterior ya no existía para poder suceder. La división se hacía por cabezas si todos eran del mismo grado y por estirpes en caso de que los descendientes fuesen de grados distintos.¹⁹ **(ii) Los ascendientes:** Eran llamados a la herencia a falta de descendientes. Se llamaba a los ascendientes fueran paternos o maternos conjuntamente con los hermanos de padre y madre, conocidos como hermanos germanos o de doble vínculo. Los de grado más próximo excluían a los de grado más remoto. Si concurrían el padre y la madre, ambos heredaban por cabezas. Sin embargo para el caso de que quienes heredaran fueran los abuelos maternos y paternos, la división se hacía primero por líneas y luego por cabezas dentro de cada una de éstas. Hermanos y hermanas de padre (consanguíneos) de madre (uterinos) y sus hijos: Se trata de los llamados medios hermanos y son llamados a suceder a falta de la clase anterior. Son llamados en esta clase también los hijos de estos hermanos si sus padres hubieren fallecido. En este caso heredan por cabezas si heredan solamente los hermanos. Sin embargo, en caso de que concurren hijos premuertos, heredarán por estirpes, correspondiéndoles únicamente lo que les tocaría a sus padres si viviesen. **(iii) Otros parientes colaterales.** Finalmente las Novelas de Justiniano llamaban a la herencia a otros parientes colaterales no incluidos en los apartados anteriores. Estos eran llamados a suceder hasta el sexto o séptimo grado. Aplicaba el principio de proximidad por el que el pariente de grado más cercano excluía al más remoto. La división de la herencia se hacía por cabezas. **(iv)** En cuanto al cónyuge, señala Juan Iglesias que no existió regulación al respecto en la Novela 118 por lo que aplicaba la regla del derecho pretorio *bonorum possessio unde vir et uxor*, que le es conferida a falta de todos los parientes del causante siempre y cuando no medie divorcio. Importante es que en estos casos, la viuda pobre si puede heredar con los familiares siempre y cuando su marido se encontrase en una buena posición económica. Si concurre con cuatro o más parientes le corresponde a la viuda una porción viril, pero si concurre con menos le corresponde solamente una cuarta parte de la herencia, denominada "quartauxoria". Otra limitación es que

17 Arguello, Luis Rodolfo. Op. cit., pág. 478.

18 Arguello, Luis Rodolfo. Op. cit., pág. 479

19 Iglesias, Juan. Op. cit., pág. 422-423

esta cuota no puede pasar de cuatro libras de oro, y en caso que la viuda concurra con sus hijos a la herencia, esta cuota le es dada en usufructo solamente. En cuanto a los hijos naturales, éstos eran llamados a recibir una sexta parte de la herencia, a falta de viuda e hijos legítimos, pero si existían estos, tenía únicamente derecho a alimentos.

b.1.5 Sucesión Intestada del Liberto

Señala J. Arias Ramos que el liberto y su situación merecen especial atención. Surgía a la vida jurídica en el momento en que el dominus que lo tenía como esclavo le manumitía²⁰. Era en este momento que empezaba su vida en el ámbito del derecho, pero dada esta situación, carecía de familia civil o agnados y de gentiles. Únicamente podía tener herederos sui ya que solo en la línea descendiente podía crear lazos de parentesco. Sin embargo a pesar de tener la facultad de iniciar nuevas relaciones, las que tenía con su antiguo dueño tampoco se rompían del todo, lo que tenía consecuencias también en el ámbito de la sucesión intestada²¹.

Al respecto de las normas específicas que rigen para los libertos dentro del Derecho Romano Juan Iglesias en su obra *Derecho Romano*⁵⁹ así como Marta Morinealduarte y Román Iglesias González en su obra del mismo nombre⁶⁰, coinciden en desarrollar las siguientes reglas:

Las XII tablas establecían que para el caso que el liberto muriera intestado el orden sucesorio sería el siguiente: Sui heredis del liberto, a falta de estos el patrono y la patrona; en tercer lugar a los descendientes agnáticos del patrono y la patrona, de acuerdo a su proximidad de grado, finalmente a falta de todos los anteriores a los gentiles del patrono, El Pretor por su parte dispuso que la herencia del liberto se otorgara primero a sus descendientes, luego al patrono sus agnados y gentiles, en tercer orden a los cognados del liberto, en cuarto término a los restantes familiares del patrono no llamados previamente en el segundo orden sucesorio, en quinto orden al patrono del patrono, en sexto orden al viudo o la viuda, y finalmente en séptimo orden a los cognados del patrono.

En el Derecho Imperial sufre algunas modificaciones, pero las que merecen especial mención son las que ocurren en la época de Justiniano, en donde el orden sucesorio establecido para la sucesión del liberto es el siguiente: En primer término los descendientes del liberto, luego en segundo orden el patrono, hijos naturales de éste y parientes colaterales hasta el quinto grado, en tercer orden los colaterales del liberto hasta el quinto grado y finalmente en el cuarto orden el cónyuge supérstite.

El Derecho Romano evolucionó a través de su historia. Inicia con una época restrictiva en el Derecho Civil, donde impera la desigualdad. Esto se evidencia en temas como la prevalencia de la familia agnática sobre la natural, el trato hacia la mujer, carente de muchos derechos sucesorios como consecuencia de su género, la exclusión del hijo emancipado entre otras cosas. Posteriormente va evolucionando, hasta concluir en la época de Justiniano con importantes avances en este tema. Sin embargo, a pesar de la tendencia que se da en la evolución del Derecho Romano de fomentar la prevalencia de los lazos de sangre sobre cualquier otra circunstancia, todavía en sus últimas épocas conserva varios vestigios de esa desigualdad, en temas como el trato disímil a hijos ilegítimos o el lejano llamamiento que se hace al cónyuge supérstite.

Llama particularmente la atención el caso del cónyuge sobreviviente, ya que no solamente en el Derecho Romano sino que también en la época actual ha sido difícil su reconocimiento y equiparación con los otros herederos. A pesar de que por un lado las legislaciones reconocen al matrimonio como base de la familia, pareciera al momento de legislar sobre el tema sucesorio, se

20 Manumisión: En el antiguo Derecho Romano manumisión era una de las formas de salir el esclavo de la potestad del dominus, llevado a cabo por voluntad de éste. De ese modo se incorporaba a la sociedad un nuevo hombre libre y se disminuía el patrimonio del manumisor. Ossorio, Manuel. Op. cit., pág. 448.

21 Arias Ramos, J. *Derecho Romano II. Obligaciones-Derecho de Familia-Derecho de Sucesiones*, Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Romano, 1960, 8ª Edición, pág. 829.



da al matrimonio y por ende al cónyuge sobreviviente un trato desigual frente a los otros miembros de la familia nuclear. No obstante, son varios e importantes los aportes que se observan en el Derecho Romano aplicables a nuestra legislación, tal es el caso de la implementación de la sucesión por grados y el reconocimiento del principio de proximidad de grado, las formas de suceder por cabeza y por estirpes, con lo cual se denota el reconocimiento al derecho de representación que se dio en este derecho.

b.1.6) En el Perú

²²Según Domínguez Benavente y Domínguez Águila dice que "Por Derecho Sucesorio se entiende el conjunto de normas jurídicas destinadas a regular la suerte del patrimonio de una persona con posterioridad a su fallecimiento".

Nuestro Código Civil vigente (1984) lo tiene regulado en el Libro IV, encontrándose dividido en cuatro Secciones con sus respectivos títulos.

1. Sección Primera: Sucesión en General (5 Títulos)
2. Sección Segunda: Sucesión Testamentaria (con 9 Títulos)
3. Sección Tercera: Sucesión Intestada (con 6 Títulos)
4. Sección Cuarta: Masa Hereditaria (con 3 Títulos)

(i) PRE- INCAICA

Es difícil realmente saber cómo estuvo normado el Derecho Sucesorio en el época pre-inca, debido a la falta de fuentes, sin embargo por los datos aportados por los cronistas de indias ha sido posible obtener algunos datos relacionados con el Derecho Sucesorio de aquella época, que no obstante haber pasado posteriormente a la época del imperio, conservó aún bajo la dominación inca algunos curacazgos.

Los Chichas, practicaron la sucesión testamentaria, según el cual el causante elegía entre sus hijos al que debía sucederle, el que a su criterio fuera el más apto y en esto se diferencia de la primogenitura en Oriente en que la herencia le correspondía al mayor. A falta de hijos el testador podía dejar su patrimonio a alguno de sus hermanos o hermanas, o en su defecto a otra persona. La cónyuge no heredaba quedando sometida a la tutela del heredero o volvía a su Ayllu de origen. Esto se hacía con el fin de evitar la confusión de patrimonio de los diferentes ayllus.

(ii) INCAICA

Se ha tenido que recurrir en su estudio a la obra de los cronistas, historiadores, a la Etnología jurídica y el examen de la legua quechua, tal como fue encontrada por los españoles.

La Sucesión de la Gente del pueblo: Como no existió la propiedad privada, ello limitó el derecho hereditario, solo se permitió el usufructo, el hombre del pueblo tenía muy poco, su patrimonio estaba reducido a su vivienda, a sus cosechas y a su ganado, que eran

materia de transmisión, mientras que sus armas y adornos eran enterrados con el cadáver. Se empleó el Testamento Verbal, y a falta de estamento los bienes pasaban a sus hijos y en su defecto a sus hermanos.

La Sucesión de los Incas: Presenta una peculiaridad, de que a su muerte transmitían a su heredero el poder y el mando, pero no el patrimonio, recayendo dicho mando o poder a favor de sus hijos legítimos tenidos en la Colla. Las tierras que habían pertenecido al Inca se dedicaban a su culto personal, considerándose que seguían siendo suyas, mientras sus armas, prendas personales y objetos valiosos eran enterrados con el cadáver.

II.- FORMAS DE SUCEDER

- a) **Por Cabeza:** Esta forma de suceder consiste, según indica Xavier O'Callaghan Muñoz en distribuir la herencia en un número de partes igual al número de personas llamadas a suceder.²³ Los parientes del mismo grado heredan por partes iguales y es esta, según la doctrina, la forma normal u ordinaria de distribución. Así lo señala José Puig Brutau en su obra antes citada.²⁴ Manuel Albaladejo por su parte comenta que el nombre de división por cabezas o per cápita se deriva de que por cada cabeza llamada a la sucesión se origina una parte igual, de manera que el número de cabezas será idéntico al número de partes en que se distribuirá la herencia.²⁵

Esta forma de suceder busca la distribución equitativa de los bienes que forman la masa hereditaria, ya que parientes del mismo grado reciben cada uno una parte exactamente igual de la misma. Este principio, según señala Diego Espín Cánovas, tiene algunas excepciones dependiendo de cada legislación, siendo la más común la división que se hace en el caso de que existan personas que sucedan por derecho de representación, es decir en sustitución de otro. En estos casos los llamados de esta manera sucederán todos en conjunto la porción que correspondería a la persona que representan si ésta hubiera podido heredar.

La distribución per cápita es aceptada en la mayoría de legislaciones modernas.

- b) **Por Estirpes:** En contraposición a la división por cabezas encontramos la división por estirpes. José Manuel Asprón Pelayo, cita al Diccionario Enciclopédico Hachette Castel que define la estirpe así "raíz y tronco de una familia o linaje; en una sucesión hereditaria es el conjunto formado por la descendencia de un sujeto a quien ella representa y toma su lugar."²⁶

Esta forma de suceder se da cuando la persona llamada a la sucesión comparece en sustitución de otra y es característica que va aparejada con el derecho de representación. Consiste en dividir la herencia por grupos o series de parientes y estos en conjunto toman la cuota viril que le correspondería a la persona que representan en caso que esta hubiera podido heredar.²⁷

Razón por la cual el artículo 819 del Código Civil Peruano establece "**La misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes. Estos heredan a sus ascendientes por cabeza, si concurren solos, y por estirpe, cuando concurren con hijos del causante**".

23 lex, O Callaghan Muñoz Xavier. Compendio de Derecho Civil. Tomo 5, Orden de llamamiento en el Código Civil en la sucesión intestada. España, 2004, <http://vlex.com/vid/orden-llamamiento-sucesion-intestada-215812>, 19-3-2011.

24 Puig Brutau, José. Op. cit., pág. 371-376.

25 Albaladejo, Manuel. Op. cit., pág. 61

26 Asprón Pelayo, José Manuel. Op. cit., pág. 33-34.

27 CastánTobefías, José. Op. cit., pág.496.



III.- MODOS DE SUCEDER

- a) **Por derecho propio:** El principio del mejor derecho se aplica estrictamente y responde a criterios legales y su naturaleza es de orden público. En otras palabras todo aquel que se sienta heredero puede solicitar por sí mismo la sucesión intestada de sus parientes teniendo en cuenta el orden sucesorio establecido por ley²⁸.

Ejemplo de la sucesión por derecho propio es el caso de los hijos que heredan al padre a su muerte. Entre ambos no hay grado intermedio. La distribución de la herencia se hará por cabezas

- b) **Por representación:** El principio del mejor derecho se rompe para dar paso, por excepción, a otros descendientes de grado ulterior al del primer llamado, que no quiere o no puede recibir la cuota hereditaria que pudo corresponderle. Y según el artículo 681 del Código Civil peruano: **"Por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendente, a recibir la herencia que a éste correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación."** En esta misma línea se concibe entonces que en el derecho de sucesiones la representación es un caso de excepción al principio del mejor derecho, y que opera solo en determinadas condiciones, entre ellas tenemos: a) Que, uno de los herederos originarios se encuentre imposibilitado de heredar al causante por encontrarse incurso en alguna de las siguientes causales: premoriencia, renuncia, indignidad o desheredación.

b) Que, los descendientes del heredero originario incurso en alguna de las causales señaladas anteriormente sean idóneas o hábiles para heredar al causante. A estos descendientes se les llama representantes y son, a su vez descendientes del causante y del representado, salvo cuando se está ante el caso de los hijos adoptivos.

c) Que, entre el representado y representante no hayan grados intermedios vacíos.

d) Que, concurren a la herencia los representantes con, al menos otro heredero más próximo al causante, y que el caso de representación este prevista por la ley. Es por ello que nuestro código civil es claro y preciso al establecer que la representación puede ser en ²⁹línea recta o en línea colateral, teniendo presente que para este último caso opera limitadamente hasta los hijos del hermano del causante, cuando ha premuerto o ha renunciado o ha sido declarado indigno.

IV.- PROCEDENCIA DE LA SUCESIÓN INTESADA DE LA NUERA COMO CÓNYUGE SUPÉRSTITE

La legislación nacional es muy clara, al establecer que la esposa (cónyuge) con o sin hijos concurre conjuntamente con los otros descendientes del causante, y hereda una parte igual a la de un hijo.

Como puede observarse, la sucesión del cónyuge ha evolucionado, desde su exclusión total de los derechos hereditarios del causante por considerar al patrimonio un todo destinado a preservar la continuidad familiar, hasta la actualidad donde cada vez con más auge se le

28 El artículo 816 del Código Civil establece el orden sucesorio: **"Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes, del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto ordenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad. El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros ordenes indicados en este artículo"**

29 El artículo 682 del Código Civil establece: **"en línea recta descendente la representación es ilimitada en favor de los descendientes de los hijos, sin distinción alguna"** y el artículo 683 del mismo cuerpo de leyes señala: **"En línea colateral solo hay representación para que al heredar a un hermano, concurren con los sobrevivientes los hijos de los hermanos premuertos que tengan derecho a representarlo en los casos previstos en el artículo 681"**

reconoce el derecho de ser parte fundamental de esta sucesión. Sin embargo, al desarrollarse la idea del patrimonio individual, producto del capitalismo, las teorías desarrolladas para explicar la sucesión en general, sufrieron esta influencia en lo que respecta a la forma de justificar los derechos del cónyuge.³⁰ María Ángeles Fernández González-Regueral al respecto comenta lo siguiente:

i. Sucesión del cónyuge en las teorías individualistas: Los partidarios de estas teorías sitúan al cónyuge como uno de los principales candidatos que deben ser llamados a suceder, toda vez que la misma se basa en la tácita voluntad del causante basada en una presunción de afecto de éste. Resulta lógico pensar que los lazos que unen a los esposos llevan implícito un profundo afecto, por lo que ahí se justifica el llamamiento.

ii. Sucesión del cónyuge en las teorías familiares: Los partidarios de esta teoría fundamentan la sucesión intestada en la familia, aunque algunos lo hacen en los lazos de sangre que dan origen a ésta y otros en los deberes éticos y morales que de la relación estrecha de sus miembros se originan. En el caso de fundamentar la familia en los lazos de sangre es evidente que la sucesión del cónyuge no tendría cabida, ya que su relación con el causante no proviene de compartir con él un ascendiente común. Sin embargo, tratando de crear una concepción más amplia de familia, ha tomado más auge el considerar a esta en relación más que un lazo de sangre un lazo de afecto y una comunidad de vida, donde cada uno de sus miembros juega un papel importante en el desarrollo de la familia. Por tal razón la sucesión del cónyuge se fundamenta para estas teorías en los lazos y vínculos estrechos que unen a los cónyuges, ya que estos forman una comunidad en la que ambos velan por el interés del otro y del grupo en general.

iii. Teoría orgánica: Como se expuso anteriormente, esta teoría justifica la sucesión intestada tomando en consideración elementos tanto familiares como individuales. La solución que da esta teoría al normar los derechos del cónyuge, consiste en basarse en un punto de conciliación entre ambas, mediante la reserva al esposo o esposa de una cuota legítima de la herencia. De tal manera el orden sucesorio está conformado únicamente por los parientes consanguíneos del causante, pero como consecuencia de la presunción de afecto que existe hacia su cónyuge, se reserva a favor de éste una cuota de la masa hereditaria.

Tomando en consideración también el elemento social, se atribuye esta cuota en usufructo al cónyuge, pero reservando la propiedad de los mismos a la familia de sangre. Lo que pretenden sus defensores es permitir al esposo o esposa disfrutar de una cuota sumamente amplia que le permita gozar de los derechos de usufructo de los bienes, sin que los parientes pierdan la propiedad de los mismos y que por ende se conserven en la familia.

En suma, la cónyuge supérstite con o sin hijos hereda necesariamente al causante, más allá de la existencia de teorías que lo justifican, la ley la ampara por el sólo hecho de tener la calidad de esposa y cónyuge supérstite.

V.- LA NUERA COMO CÓNYUGE SUPÉRSTITE PUEDE SOLICITAR LA SUCESIÓN INTESTADA DE SUS SUEGROS - HEREDA A SUS SUEGROS O A SU ESPOSO.

a) Legislación Nacional (Peruana)

30 V lex, Fernández González-Regueral, María Angeles. *En la Sucesión Intestada. Los Derechos del Cónyuge Viudo en la Nulidad, la Separación y el Divorcio. Primera Parte, Los Derechos del Cónyuge viudo con base en el matrimonio.* España, <http://vlex.com/vid/sucesion-intestada-321808>, 19-3-2011.



a.1) Nuera con hijos (cónyuge supérstite con hijos).

La cónyuge supérstite conjuntamente con sus hijos heredaran por derecho propio los bienes, cargas y derechos del causante, conforme así lo ampara lo dispuesto por el artículo 822 del Código Civil que a la letra dice: **"El cónyuge que concurre con hijos o con otros descendientes del causante, hereda una parte igual a la de un hijo"**.

Las reglas de sucesión intestada contemplan los llamados ³¹órdenes de sucesión, que son grupos de personas que excluyen o son excluidos por otros al momento de decidir quien recibe la herencia. Es decir, si no se verifica un orden, se pasa al siguiente y, así, sucesivamente. De esta manera, los primeros llamados a suceder a una persona serán sus descendientes, quienes en vocablo legal se dice que "concurren" a recibir la herencia junto con el **cónyuge** sobreviviente.

Es importante saber que los hijos pueden concurrir a la herencia por representación. Dicho concepto significa que si uno de los descendientes fallece antes que el difunto, los hijos del primero (o sea nietos del segundo) les correspondería la porción de la herencia que le hubiera correspondido a su padre o madre si estuviera vivo. Por otro lado en caso de que el causante muera antes que sus progenitores, la cónyuge supérstite (nuera) al fallecimiento de sus suegros en representación de sus hijos (menores de edad) puede solicitar la sucesión intestada de sus suegros, debido a que los hijos del causante serían los llamados por ley para recibir la parte de la herencia que le hubiera correspondido a él (causante). **Por consiguiente se llega a la conclusión que la nuera con hijos puede heredar, pero no por derecho propio sino por representación a sus suegros, pero debe quedar muy claro que la nuera con hijos no hereda a sus suegros sino a su esposo, a quien lo está representando. No obstante, ello sucede cuando sus hijos sean menores de edad porque al adquirir la mayoría de edad adquieren también la capacidad de ejercicio, por ende pueden hacer uso de sus derechos civiles, solicitando por consiguiente la sucesión intestada de sus abuelos pero también por representación no por derecho propio, porque estarán representando a su padre (causante).**

Teniendo presente que el principio básico de la representación, y el que explica todos sus efectos y consecuencias es el siguiente: El representante ocupa el mismo lugar que hubiera ocupado el representado en la sucesión del difunto; tiene sus mismos derechos y obligaciones; concurre a la sucesión con las personas con las cuales hubiera concurrido el representado y excluye a quien él hubiera excluido.

a.2) Nuera sin hijos (cónyuge supérstite sin hijos)

En nuestra legislación nacional al revisar el libro IV del Código Civil (Derecho de sucesiones), no es posible advertir que se permita a la nuera sin hijos heredar a sus suegros por representación de su esposo, lo que si nos deja claro, es que la nuera sin hijos puede heredar los bienes, derechos y cargas de su extinto esposo (causante) más no a sus suegros por representación de su esposo porque carecería de legitimidad para obrar, más aún que en la figura jurídica de representación solamente intervienen los ³²descendientes (representantes) los cuales son descendientes del causante y del representado a la vez, por lo tanto la nuera sin hijos o mejor dicho la cónyuge supérstite sin hijos no podría subsumirse dentro de esta figura jurídica. **Teniendo como conclusión final que la cónyuge supérstite sin hijos no podría ni por derecho propio mucho menos por representación suceder a sus suegros.**

31 El artículo 816 del Código Civil establece el orden sucesorio: **"Son herederos del primer orden, los hijos y demás descendientes, del segundo orden, los padres y demás ascendientes; del tercer orden, el cónyuge; del cuarto, quinto y sexto ordenes, respectivamente, los parientes colaterales del segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad. El cónyuge también es heredero en concurrencia con los herederos de los dos primeros ordenes indicados en este artículo.**

32 Artículo 681 del Código Civil: **Por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendente, a recibir la herencia que a éste correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación**

VI.- EN EL DERECHO COMPARADO LA NUERA SIN HIJOS COMO CÓNYUGE SUPÉRSTITE PUEDE HEREDAR A SUS SUEGROS.

1.- Argentina

La ley N° 17711 introdujo un nuevo heredero, no previsto en el Código Civil Argentino. El artículo 3576 bis (que ha sido ratificado por la ley 23515.)

1.1.- Vocación hereditaria de la nuera viuda sin hijos.

Artículo 3576 bis, que enuncia: ***“La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieren correspondido a su esposo en dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los artículos 3573.3574 y 3575”***.

Para algunos autores, el fundamento de la vocación sucesoria de la nuera viuda, es no asistencial, siendo la misma heredera por derecho propio, y como tal, titular de una porción legítima de la que no puede ser privada, con excepción de los casos previstos en los artículos 3573.3574.3575, actos de notoria in conducta. (Fallo C2ª CC de La Plata, Sala III, 28-12-2003, “Rótela, Alicia Sofía y otros c/ Urrutia Elías Daniel s/ Daños y perjuicios).

En la sucesión ab intestato, se presume que la voluntad del causante es que lo sucedan sus parientes de grado más cercano, dentro de ese orden de derecho sucesorio encontramos a la nuera viuda sin hijos, quien recibe la cuarta parte de lo que le hubiere correspondido a su marido si viviera. Es el único caso en el que sucede un pariente por afinidad, es por ello que se aplica restrictivamente.

Se discute el fundamento del artículo pues existe un sector de la doctrinaria que considera que este artículo tiende a subsanar el daño que le ocasiona a la viuda la muerte de su cónyuge, incluyendo en él, la falta de colaboración y mantenimiento de la familia por parte del marido. Al mismo tiempo, La inexistencia de hijos menores y mayores, implica por un lado la carencia del derecho de usufructo que como madre tendría sobre los bienes de sus hijos menores, y por el otro, la imposibilidad de obtener ayuda material por parte de estos últimos. Esta interpretación, se vislumbra a través de la nota al art. 3572 en la cual Vélez Sarsfield cita como antecedente a la nuera pobre e indotada.

Sin embargo, el artículo no hacía mención alguna al estado financiero de la nuera viuda, por lo que pronto comenzó a sostenerse la idea de que lo que en realidad la norma quería reconocer era la conducta irreprochable de aquella nuera, a la cual sus suegros consideraban como una hija más.

2.- Paraguay

Código Civil del Paraguay - LEY N° 1183/85 establece en su Artículo 2585 que: ***“El cónyuge que permaneciere viuda y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobrevivieren al tiempo en que se abrió la sucesión de sus suegros, tendrá derecho a la tercera parte de los bienes que hubieren correspondido al otro cónyuge en dichas sucesiones”***.



Apreciándose por ende que en Latinoamérica, hay países que han legislado a través de sus códigos civiles la problemática materia del presente artículo- capacidad de la nuera sin hijos para heredar a sus suegros.

VII.- CONCLUSIONES

En el Perú, no se ha regulado aún el caso de las nueras sin hijos que buscan heredar los bienes, derechos y cargas de sus suegros, no obstante ello no ha sido impedimento para que en varias oportunidades en los Juzgados de Paz Letrado, acudan vía proceso no contencioso las nueras sin hijos solicitando la sucesión intestada de sus suegros por representación de su esposo (cónyuge premuerto), obligando a los Juzgadores a resolver conforme a ley, declarando la improcedencia de plano por carecer la solicitante de legitimidad para obrar.

La solicitud de la nuera sin hijos que busca heredar a sus suegros, carece de legalidad y capacidad. La capacidad para suceder es especial porque consiste en la idoneidad de una persona para suceder a otra en su patrimonio o **la habilidad de ésta para adquirir el derecho de dominio por sucesión por causa de muerte ; o la aptitud jurídica de un individuo para ser heredero o legatario del causante.** Si bien es cierto nuestro código civil en su artículo 830 establece que: "**Cualquier interesado puede solicitar el inicio del proceso sucesorio...**" no obstante ello en el artículo 832 del mismo cuerpo de leyes se regula la legitimidad pasiva para tener acceso a ella, por lo tanto de plano la nuera sin hijos no tiene legitimidad para obrar, debiendo entenderse a la posición de un sujeto respecto al objeto litigioso que le permite obtener una providencia eficaz.

Dada la referencia que tiene la legitimidad para obrar a quienes la ley autoriza a solicitar la actividad jurisdiccional en resguardo de determinados derechos de tipo material, y a quien debe dirigirse la pretensión, por lo tanto al no haberse regulado en nuestro código civil el supuesto de la nuera sin hijos que pretenda suceder a sus suegros, carece de legitimidad para realizar dicha solicitud más aún que dicho petitorio se convertiría en física y jurídicamente imposible.

En la doctrina y jurisprudencia, la posición asumida por Argentina, Paraguay y Nigeria, ha sido duramente criticada, debido a que a la nuera sin hijos se le está otorgando la calidad de heredera, pues no tiene vínculo de sangre con los suegros y por lo tanto no tendría vocación hereditaria.



¿ES POSIBLE LA PROLONGACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA DE UN PROCESO QUE HA SIDO DECLARADO COMPLEJO?



Hebert Joel Pizarro Talledo¹.

Sumario: Introducción, desarrollo y conclusiones.

Es posible prolongar el plazo de la prisión preventiva en los procesos que hayan sido declarados complejos, además si se toma en cuenta que en un proceso complejo se puede ampliar a dieciséis meses el plazo de investigación, y el plazo límite que estipula el nuevo modelo procesal para la prisión preventiva es de dieciocho meses, por ende solo se tendría dos meses para llevar a cabo la etapa intermedia y la etapa de juicio oral propiamente dicho.

1. INTRODUCCIÓN

La **prisión preventiva** es un acto procesal dispuesto por una resolución jurisdiccional que consistente en privar de libertad a un imputado antes de que se le condene, por cuanto se considera como una medida cautelar y no como una pena, pues así lo define **CALAMANDREI**, al decir que "**La prisión preventiva ha sido definida como un instrumento del instrumento**"², porque su propósito consiste en asegurar la eficacia del proceso, que constituye a su vez, un instrumento de aplicación del derecho sustantivo. Entonces, el proceso principal es el instrumento para aplicar el derecho penal y la prisión preventiva es el medio para asegurar la eficacia de dicho proceso. Es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso del proceso penal, porque mediante la adopción de esta medida cautelar se priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que por no haber sido todavía condenado **se presume su inocencia**.

A su turno el Código Procesal Penal del año 2004, en su artículo 272 estipula el plazo de duración de la prisión preventiva, en su inciso primero señala que la prisión preventiva no durará más de nueve meses, mientras que en su inciso segundo prescribe que, tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses; por su parte el artículo 274.1 del mismo cuerpo legal señala que, cuando concurren circunstancias que importen un especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2 del artículo 272. El Fiscal debe solicitarla al Juez antes de su vencimiento.

Ante ello en este nuevo modelo procesal, específicamente el artículo 274.1 antes mencionado no hace distinción sobre la prolongación de la prisión preventiva para procesos complejos, es por ello que surge la problemática de cual es plazo límite para la prisión preventiva en este tipo de procesos, porque si partimos de la lógica que un proceso común pueda tener como plazo límite de prisión preventiva el de dieciocho meses, un proceso complejo debería tener el doble, pero sin embargo, si interpretamos este artículo de manera general da a entender que es el mismo plazo tanto para procesos complejos como para comunes.

Inmerso en ese panorama surge el porqué del presente ensayo; es decir, realizar un análisis sobre el plazo de duración de prisión preventiva en procesos comunes y en procesos que son declarados complejos.

1 Juez del Juzgado de Paz Letrado de La Banda de Shilcayo en el Distrito Judicial de San Marín. Abogado por la Universidad Señor de Sipán. Estudiante de la Maestría con mención en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Nacional de Trujillo.

2 Calamandrei 2005: 44-45.

2. DESARROLLO:

Luego de formular nuestro marco de trabajo, pasamos a aportar los argumentos en favor de la duplicidad del plazo estipulado en el artículo 272.2 sobre la prisión preventiva en estos procesos.

El primer argumento, lo encontramos en una sentencia del Tribunal Constitucional, en donde ha establecido en su fundamento 11 que : *“ No obstante ello, se advierte que el plazo de investigación preparatoria previsto en el artículo 342.2 del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, no se condice con la realidad social, ni con la capacidad de actuación del Ministerio Público, pues es de conocimiento público que existen investigaciones preliminares o preparatorias sobre tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos que por la complejidad del asunto exceden los ocho meses, que pueden ser prorrogados por igual plazo. Por esta razón, este Tribunal estima que el plazo previsto en el artículo referido debe ser modificado con la finalidad de que no queden impunes los delitos de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, pues vencido el plazo (8 o 16 meses) se puede ordenar la conclusión de la investigación preparatoria. De ahí que, se le exhorte al Congreso de la República a que modifique el plazo del artículo mencionado (investigación preparatoria en casos complejos) de acuerdo a la capacidad de actuación del Ministerio Público, sin que ello suponga la afectación del derecho al plazo razonable”*³.

Ante lo expuesto por el máximo intérprete de nuestra Constitución ha considerado que el plazo fijado para una investigación compleja muchas veces no se ajusta a la realidad, y por ende pueden quedar impune ciertos delitos de gravedad por lo tanto ha apreciado que dicho plazo se debe ampliar, y si de ahí partimos a nuestra problemática, se tiene, por lógica se debe ampliar los plazos para las medidas de coerción personal, porque si no es así, no tendría sentido el ampliar el plazo para la investigación y no para estas medidas, puesto que la finalidad de la prisión preventiva es el de asegurar el desarrollo del proceso penal y la eventual ejecución de la pena, y por ende cuidar que el imputado no altere la actividad probatoria estando en libertad.

El segundo argumento: es expresado por el autor **Neyra Flores** al señalar que *“En los procesos complejos, cuando se ha producido la prórroga del plazo de la investigación ordinaria de ocho meses a ocho meses más, el fiscal deberá necesariamente solicitar la prolongación de la prisión preventiva de 18 meses, según el caso hasta el plazo límite de 36 meses, porque al haber prorrogado el plazo de investigación, se entiende que esta ha devenido en una especial dificultad o prolongación de la investigación. Si no se realiza el requerimiento para prolongar la prisión preventiva, al término de los 16 meses que dura el plazo de la investigación, será imposible que en los dos meses que faltan para cumplir el plazo de 18 meses de duración de la prisión preventiva, se pueda realizar la etapa intermedia y el juzgamiento”*⁴.

Ante lo expuesto por este autor, entendemos que su fundamento pasa por el tiempo que tomaría realizar las dos últimas etapas del proceso penal, como son la etapa intermedia y la etapa de juicio oral, dado que si el fiscal ha prorrogado la investigación por ser un caso complejo de ocho a dieciséis meses, solo quedarían dos meses antes de que se venza la prisión preventiva para llevar a cabo estas dos etapas, cosa que es imposible y lo que causaría que se ponga en libertad al acusado y este pueda sustraerse de la acción de la justicia.

De otro lado, hay que tener en cuenta lo expresado por la Sala Penal Permanente de Corte Suprema de Justicia en el control de admisibilidad de las Casaciones N° 181-2012 y 228-2012, en las cuales expresa lo siguiente: **“Noveno:** *Que, asimismo, en cuanto al pretendido desarrollo de la doctrina jurisprudencial, este Supremo Tribunal considera que la norma procesal es clara al respecto, así el artículo doscientos setenta y dos del citado Cuerpo Legal indica que la prisión preventiva no durará más de nueve meses, en tanto el inciso dos de dicho dispositivo legal, precisa que: “ tratándose de procesos*

3 Ver, Sentencia N° 2748-2010-PHC/TC, fundamentos del 5 al 11, caso Mosquera Izquierdo.

4 NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. IDENSA editores. Lima 2010. p.527.

complejos, el plazo límite de la prisión preventiva, no durará más de dieciocho meses..."; y, finalmente el artículo doscientos setenta y cuatro consigna: "Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral dos del artículo doscientos setenta y dos...", **lo que significa que el plazo máximo de prolongación de la prisión preventiva es de dieciocho meses**, en consecuencia resulta claro concluir que en un proceso simple donde la prisión preventiva dura nueve meses, esta se podría prolongar hasta dieciocho meses más- esto es en total veintisiete meses-, en tanto que en un proceso complejo donde la prisión dura dieciocho meses, esta se podría prolongar en total hasta treinta y seis meses; no necesitándose norma expresa que establezca tal duración de la citada medida cautelar de carácter personal, pues como se anotó anteriormente una simple y lógica lectura y comprensión integral de las normas mencionadas despejan cualquier duda al respecto(...)".

Es así que, la Corte Suprema ha interpretado de manera lógica los artículos referentes al tema y deduce que si se puede prolongar el plazo de prisión preventiva a un plazo de treinta y seis meses en casos de procesos complejos y veintiséis meses en procesos comunes. Empero el único y principal fundamento en contra de lo expresado por la Corte Suprema, es el principio de legalidad, que el Tribunal Constitucional ha descrito: "que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica."⁵

3. CONCLUSIONES.

3.1. De lo antes acotado podemos concluir que, si es posible prolongar el plazo de la prisión preventiva en los procesos que hayan sido declarados complejos, dado que como se ha acotado muchas veces los plazos para este tipo de procesos no se ajustan a la realidad, además si tomamos en cuenta que en un proceso complejo se puede ampliar a dieciséis meses el plazo de investigación, y el plazo límite que estipula el nuevo modelo procesal para la prisión preventiva es de dieciocho meses de prisión preventiva, solo tendrían dos meses para llevar a cabo la etapa intermedia y la etapa de juicio oral propiamente dicho, y si le restamos que una vez concluida la investigación el preparatoria, el fiscal a cargo del caso cuenta con quince días para formular un requerimiento de acusación o de sobreseimiento, según sea el caso(Artículo 344.1 del Código Procesal Penal), más el plazo de diez días que se corre traslado a las partes para que estas formulen lo que corresponda(artículos 345.1 Y 350.1, del Código procesal Penal), aunando el plazo que el magistrado cuenta para resolver el pedido de sobreseimiento o para emitir el auto de enjuiciamiento (artículos 346.1 y 352.1), y si añadimos el plazo para citar a juicio oral, lo cual es con un intervalo no menor a diez días(artículo 355.1 del Código Procesal Penal), y por último como se sabe, que por la complejidad de la causa es imposible que todo un juicio oral se realice en una sola sesión, estamos pues ante un imposible jurídico que estas dos etapas del proceso penal se realicen en dos meses, llegando incluso a crear impunidad, dado que una vez puestos en libertad por exceso de plazo de Prisión, los acusados pueden hacer mal uso de su libertad, ocultándose de la autoridad por cuanto la pena a imponerse en esos delitos mayormente son penas muy altas, lo que viene hacer la Periculum libertatis.



3.2. Si bien hemos demostrado que se debe prolongar la prisión preventiva a un plazo mayor a los dieciocho meses en procesos complejos, esta prolongación debe ser acorde al caso concreto, es decir se debe tener en cuenta los principios de proporcionalidad, excepcionalidad, porque no necesariamente en todos los casos tendría que ser los 36 meses.

3.3. En cuanto a los pronunciamientos de la Corte Suprema discrepamos, en el sentido que en los procesos comunes se pueda prolongar la prisión preventiva a 27 meses, al no tener lógica si los plazos de las tres etapas del proceso penal no superan los dieciocho meses, la prisión pasado este tiempo sería apañar la lentitud de nuestra administración de justicia por parte del Ministerio Público y Poder Judicial.

3.4. El suscrito considera que la mayoría de casos complejos, comprenden entre otros los delitos de terrorismo, robo agravado, peculado, violación sexual de menor, lavado de activos, tráfico ilícito de drogas, y con respecto a este último, es menester recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado que *"el tráfico ilícito de drogas es un flagelo social que entraña un peligro para la vida digna y pacífica de la humanidad, pues no sólo afecta la salud física, psicológica y moral de las personas, sino que también afecta a la sociedad y al estado en su conjunto"*⁶. Es decir son delitos que causan repudio en la sociedad, por lo tanto no se debe dar pie a la impunidad.

3.5. Sin perjuicio de lo antes descrito, así como el Tribunal Constitucional ha emitido una sentencia exhortativa al poder legislativo, para ampliar el plazo de investigación, también se le debe exhortar para que integre o modifique la norma, para la prolongación de prisión preventiva en caso de delitos complejos, para evitar todo tipo de especulaciones con respecto a la trasgresión al principio de legalidad.

4. BIBLIOGRAFÍA

1. Calamandrei 2005: 44-45.
2. NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. IDENSA editores. Lima 2010. p.527.
3. STC Exp. N.º 2758-2004-HC/TC. fundamento 3.
4. STC Exp. N.º 02748-2010-PHC/TC.
5. Recurso de Casación N.º 181-2012.
6. Recurso de Casación N.º 228-2012.



LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y LAS EXCUSAS LEGALES ABSOLUTORIAS

María Elena

Contreras Gonzalez

*Magíster en Derecho Penal y Doctora en Derecho
por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo*



RESUMEN

Se plantea la tesis de si las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas legales absolutorias forman parte del concepto del delito teniendo en consideración que en algunos casos para sancionar un hecho como delito, se exige la presencia de elementos adicionales que no son incluidos en el comportamiento típico antijurídico y culpable. Luego de estudiar a los diferentes autores extranjeros así como nacionales; entre los primeros a Santiago Mir Puig y por nuestra doctrina a Luis Felipe Villavicencio Terreros, se llegó a determinar que las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias ajenas al concepto de delito y obedecen a consideraciones básicamente políticas criminales y en tanto las excusas legales absolutorias no excluyen el injusto penal ni la posibilidad de imputarlo al sujeto sino sólo, excepcionalmente, el castigo del mismo cuando es cometido por una determinada persona. Inclinandome por esta posición por ser más acorde con el significado de objetivo disvalor que tiene el término delito.

Palabras clave: condiciones objetivas de punibilidad, excusas legales absolutorias.

ABSTRACT

Thesis if the objective conditions of criminality and legal excuses acquittals are part of the concept of crime taking into consideration that in some cases to punish an act as a crime, the presence of additional elements that are not included in the required behavior arises typical unlawful and guilty. After studying the various foreign and domestic authors, among the first to Santiago Mir Puig and our doctrine to Luis Felipe Villavicencio Terreros , it was determine that the objective conditions of criminality are circumstances beyond the concept of crime and obey considerations essentially political in both criminal and legal excuses acquittals do not exclude or unjust penalty charged against the possibility of the subject but only exceptionally the same punishment if committed by a particular person . Leaning for this position to be more in line with the meaning of disvalue objective which the term crime.

Keywords: objective conditions of criminality, acquittals legal excuses.

Tema de Discusión:

Además de las categorías delictivas de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en determinados supuestos debe evaluarse la punibilidad del hecho ilícito. En ese sentido, debe analizarse la presencia de las denominadas condiciones objetivas de punibilidad y excusas legales absolutorias que en atención a razones de índole político-criminal o determinadas condiciones personales del agente, impiden la aplicación de una pena.



SUMARIO:

I. La punibilidad. **II.** Las condiciones objetivas de punibilidad. **III.** Las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones de procedibilidad. **IV.** Las excusas legales absolutorias.

MARCO NORMATIVO:

- Código Penal: arts. 137, 208, 215, 318-A y 406.

I. LA PUNIBILIDAD

Con frecuencia las definiciones de delito añaden a las notas de comportamiento típico, antijurídico y culpable, la de que este sea punible⁽¹⁾. En efecto, con la constatación de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, se puede decir que existe un delito con todos sus elementos. Sin embargo, en algunos casos, para poder castigar un hecho como delito se exige la presencia de algunos elementos adicionales que no son incluíbles en la tipicidad, la antijuridicidad, ni en la culpabilidad, porque no responden a la función dogmática y político-criminal que tienen asignadas estas categorías.

Se impone pues la elaboración de una sede sistemática en la que se incluyan estos elementos que, pese a condicionar la imposición de la pena en algunos delitos, no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad.

Si se busca un nombre para denominar esta sede sistemática en la que puedan incluirse tales elementos, esta sería punibilidad o penalidad. Es por tanto una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho Penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que solo tienen en común su no pertenencia a la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, y que por su carácter contingente solo es exigida en algunos delitos concretos⁽²⁾.

Se trata de una característica muy discutida que agruparía a ciertas condiciones positivas (condiciones objetivas de punibilidad) o negativas (causas personales de exclusión de la pena o excusas absolutorias) que en unos pocos casos la ley exige para que el hecho pueda castigarse y que se añadirán a la necesidad de antijuridicidad y culpabilidad⁽³⁾.

Su ausencia (si son positivas) o su concurrencia (si son negativas) no impediría ni la antijuridicidad ni la culpabilidad, sino solo la conveniencia político-criminal de la pena por otras razones ajenas a la gravedad de la infracción, o que nada tiene que ver con la posibilidad de culpar de ella al autor, como razones de oportunidad, políticas, etc. Según Roxin, en estos casos decae la necesidad de punición por razones políticas o político-jurídicas, ajenas al Derecho Penal⁽⁴⁾.

1 Este término procede del verbo punir (del latín *puniré*), esto es, penar, y significa por tanto penable (aunque este adjetivo no se usa), castigable con una pena.

2 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". 6ª edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004, Pág. 404.

3 Cfr. MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 7a edición (reimpresión). Editorial B de F. Montevideo, 2005. Pág. 150.

4 Cfr. ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Editorial Civitas. Madrid, 1997. Pág. 67.

Algunos autores prefieren estudiar por lo menos una parte de la problemática de la punibilidad al filo de la tipicidad, aun sin una justificación sistemática clara. Frente a ello Mir Puig es de la opinión que no se trata de una categoría unitaria, sino que hace referencia a dos grupos de elementos de distinta naturaleza: a) por una parte, las condiciones objetivas de punibilidad de la que depende la relevancia jurídico-penal del hecho con carácter objetivo (frente a los sujetos que intervienen en él, sea como autores, sea como partícipes); b) por otra parte, aquellas circunstancias que impiden castigar a una determinada persona, pero que no excluyen la objetiva relevancia penal del hecho, ni por tanto, la punibilidad de otras personas que participan en él⁽⁵⁾ (así el artículo 208 del C.P. peruano denomina delito a los hurtos y demás hechos entre parientes que considera impunes, y mantiene la punibilidad de los partícipes que no cuenten entre dichos parientes).

Sin embargo, en la doctrina española, podemos encontrar disparidad de opiniones. Así García Pérez⁽⁶⁾, le da a la punibilidad una categoría autónoma dentro de la teoría del delito, basándose en el principio de subsidiariedad del Derecho Penal. Para esta corriente (quienes lo siguen: Cuello Contreras, Martínez Millón, entre otros), el delito no se conforma solo con sus caracteres generales y específicos, sino que demanda también otro presupuesto, la punibilidad, cuyo aspecto negativo ha sido usualmente denominado en la doctrina como excusas absolutorias. Esta opinión parte del concepto de delito como conducta punible, que es una definición formal y tautológica, y que se procura convertir en analítica, merced al reemplazo de punible por sus caracteres específicos.

Faraldo Cabana, considera que algunos de estos condicionamientos y exenciones de pena, como también algunas atenuaciones que se encuentran en la Parte Especial, no son subsumibles en la punibilidad como categoría autónoma del delito, por darse después de realizado el hecho y ser diferente al mismo⁽⁷⁾.

Finalmente, en lo que respecta a nuestra doctrina citamos a Villavicencio, para quien, pese a la existencia del delito, no sea posible la punibilidad (por ejemplo, por la presencia de causas que excluyen o cancelan la punibilidad); este no es un elemento del delito y debe estudiarse en el momento de la determinación judicial de la pena⁽⁸⁾.

II. LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Las condiciones objetivas de punibilidad afectan el carácter penal de la antijuridicidad del hecho y de ellas depende pues, el injusto penal. La antijuridicidad de un hecho no puede, ciertamente, condicionarse a que sea penal, pero sin este carácter es evidente que no será penal.

5 Cfr. MIR PUIG Santiago. Ob. cit. Pág. 151

6 Cfr. GARCIA PÉREZ, Octavio. "La punibilidad en el Derecho Penal". Editorial Aranzadi. Pamplona, 1997. Pág. 103.

7 Cfr. FARALDO CABANA, Patricia. "Las causas del levantamiento de la pena". Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000. Pág. 177.

8 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Luis Felipe. "Derecho Penal. Parte General". Editorial Grijley. Lima, 2006. Pág. 227.



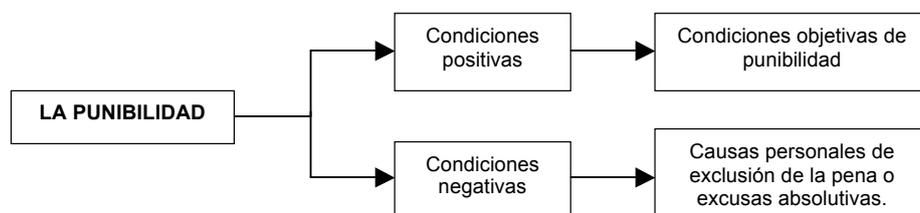
Puesto que el tipo penal es el concepto que sin/e para seleccionar los hechos que son penalmente relevantes, lo más oportuno parece incluir todos los elementos que condicionan la objetiva punibilidad del hecho tanto si afectan a la gravedad del injusto, como si obedecen a otras razones político-criminales- en el tipo penal. Este aparecerá, entonces, no solo como tipo de injusto, sino como tipo de injusto penal. Así, para Silva Sánchez, en el tipo penal, se incluyen no solo los presupuestos específicos de la infracción de la norma primaria, sino también presupuestos de aplicación de la norma secundaria que se refieren a la objetiva relevancia penal del hecho⁽⁹⁾.

Esta es la tesis de Mir Puig, para quien las condiciones objetivas de punibilidad pertenecen al tipo penal porque condicionan su objetiva relevancia penal⁽¹⁰⁾ a diferencia de lo que sucede con las llamadas excusas legales absolutorias que tienen el carácter de causas personales de exclusión o levantamiento de la pena y no afectan, por ello, al significado penal del hecho sino solo a la posibilidad de castigar a ciertos sujetos por su realización.

Así para el citado jurista español, la relevancia penal del hecho depende normalmente solo de la gravedad del desvalor de resultado y del desvalor conducta, pero excepcionalmente también de otras consideraciones político-criminales. Las condiciones objetivas de punibilidad no afectan ni al desvalor del resultado ni al desvalor de la conducta, pero condicionan la conveniencia político-criminal de su tipificación penal por alguna de esas otras razones⁽¹¹⁾.



LA PUNIBILIDAD



Una posición contraria, plantean Octavio de Toledo y Huerta Tocildo, quienes niegan que las condiciones objetivas de punibilidad afecten al injusto, por lo cual no deben incluirse en el tipo penal⁽¹²⁾.

De igual sentido es Muñoz Conde, para quien las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una pena. Al no pertenecer al tipo, no es necesario que se refiera a ellas el dolo del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él⁽¹³⁾.

9 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo". Editorial Bosch. Barcelona, 1992. Pág. 415.

10 Cfr. MIR PUIG Santiago. Ob. cit. Pág. 176. De igual opinión: MEZGER, Edmund. "Tratado de Derecho Penal". Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. Pág. 301.

11 ídem. Pág. 176.

12 Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio / HUERTA TOCILDA, Susana. "Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Editorial Castellanos. Madrid, 1986. Pág. 387. De igual opinión: ANTÓN ONECA, José / RODRÍGUEZ MUÑOZ, José. "Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Editorial Akal. Madrid, 1986. Pág. 233.

13 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes. Ob. cit. Pág. 405.

En la literatura nacional cabe citar a Villavicencio para quien las condiciones objetivas de punibilidad, como en el caso del libramiento indebido, en donde la acción penal no procede si el agente abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de la fecha del requerimiento (art. 215 del CP), la misma corresponde a la teoría de la pena y deben estudiarse en el momento de la determinación judicial de la misma⁽¹⁴⁾.

Por otro lado, existen dos clases de condiciones objetivas de punibilidad: **propias e impropias**.

Las primeras son aquellas que restringen la punibilidad de un hecho prohibido, que sería punible si el tipo no requiera la condición objetiva de punibilidad. Las segundas permiten castigar un hecho que no sería punible según las exigencias generales del injusto.

Nada hay que objetar al establecimiento de propias condiciones objetivas de punibilidad, pero sí a la técnica de las impropias condiciones objetivas de punibilidad.

Estas vienen a permitir prescindir exigencias necesarias para la prohibición de un hecho, como la constancia efectiva de una determinada conducta lesiva, que se sustituyen por presunción cuando concurre la condición objetiva de que se trate.

Finalmente, la consecuencia más importante de la naturaleza de las condiciones objetivas de punibilidad es que no es preciso que sean abarcadas por los dolos ni imputables a imprudencia⁽¹⁵⁾. Mientras que la ley solo puede desvalorar y, en su caso, prohibir conductas dolosas o culposas, puede condicionar su punibilidad a circunstancias externas al hecho antijurídico y, por tanto, ajenas a su estructura dolosa o imprudente.

Lo que ocurre es que, si ello no plantea ningún problema en las propias condiciones objetivas de punibilidad, no puede considerarse legítimo para sustituir la necesidad de un hecho doloso o culposo, como, no obstante, sucede en las impropias condiciones objetivas de punibilidad.

III. LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y LAS CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD

La doctrina no manifiesta una opinión uniforme en el momento de identificar los rasgos de distinción o similitud entre las condiciones de punibilidad y las de procedibilidad. Sostiene Delitala, por ejemplo, que estas son verdaderos actos jurídicos destinados y coordinados únicamente al proceso penal -por ejemplo, la querrela y la denuncia-, mientras que aquellas no son actos, sino hechos jurídicos -como la garantía de reciprocidad⁽¹⁶⁾-

14 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Luis F. Ob. cit. Pág. 229.

15 Cfr. JESCHECK, Hans - Heinrich. "Tratado de Derecho Penal". Editorial Comares. Granada, 1994. Pág. 761.

16 Citado por: MENDEZ DE CARVALHO, Erika. "Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática: una crítica al sistema integral del Derecho Penal". Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-10.pdf>



Señala Cerezo Mir que más convincente resulta el criterio propuesto por Hilde Kaufmann, análogo al aplicado en el Derecho Civil para diferenciar el Derecho material del procesal⁽¹⁷⁾. Sugiere Hilde Kaufmann que se haga una abstracción del proceso y se indague el sentido de los presupuestos de la aplicación de la pena. Todo lo que, haciendo abstracción del proceso, carezca de sentido, pertenecerá al Derecho Procesal. En otras palabras: propone que se pregunte el sentido de la querrela, de la amnistía o de la prescripción en caso de que no existiera el proceso (“¿tendría que depender la aplicación o no de la pena, en caso de que ella fuera posible sin proceso, de la circunstancia cuya naturaleza es dudosa o, por el contrario, sería esta circunstancia irrelevante?”). Cuando la circunstancia se muestra irrelevante para la imposición o no de la pena, si se hace abstracción del proceso, estamos en presencia de un presupuesto procesal⁽¹⁸⁾. En caso de que el Derecho Penal se aplicase de modo automático o incluso voluntario, sostiene Hilde Kaufmann que tales instituciones mantendrían su sentido -o sea, su ausencia provocaría la no aplicación de la sanción penal-, lo que demostraría su pertenencia al Derecho Penal material.

Sin embargo, como observa Cerezo Mir, aunque estas instituciones no guarden una relación indisoluble con el proceso, se encuentran vinculadas a la aplicación del Derecho Penal. Por lo tanto, concluye, “si hacemos abstracción no del proceso, sino de la aplicación del Derecho Penal en general, la querrela, la prescripción y la amnistía carecerían de sentido. Son, pues, instituciones que no pertenecen al Derecho Penal material⁽¹⁹⁾.”

En el intento de proceder a una distinción entre las condiciones de procedibilidad y los concretos elementos del delito, Beling sostuvo como criterio identificador “el ser merecedor del mal de la pena: la duda sobre si un precepto pertenece al Derecho Penal o Procesal se ha de decidir en el primer sentido cuando la circunstancia, que condiciona la correspondiente consecuencia jurídica, radica en el ámbito del ser merecedor del mal de la pena; en el segundo cuando la circunstancia condicionante está constituida de tal forma que no se ajusta a la idea de la pena, sino que está relacionada con el sí y el cómo de la actividad procesal⁽²⁰⁾”. En los dominios del merecimiento de pena incluye Beling, además de la culpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias⁽²¹⁾.

Gallas, en un momento posterior, propuso que radicaría en el principio de legalidad la distinción entre los presupuestos de la pena -es decir, las circunstancias que de alguna forma “afectan a la valoración del hecho”- y los presupuestos procesales, señalando que el ámbito de aquel principio coincidiría con el campo del Derecho material.

Schmidhäuser toma como punto de partida el planteamiento de Gallas para acentuar que al Derecho Penal pertenecen las circunstancias que, de alguna forma, se encuentran vinculadas al hecho ilícito “o que se habría de calificar de

17 Cfr. CEREZO MIR, José. “Curso de Derecho Penal español”. Tomo III. Editorial Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 277.

18 Cfr. GARCÍA PÉREZ, Octavio. Ob. cit. Pág. 64.

19 Cfr. CEREZO MIR, José. Ob. cit. Pág. 278.

20 Cfr. BELLING, Emst. “Derecho Procesal Penal”. Editorial Lábor. Madrid. 1943. Pág. 6.

21 Cfr. BELLING Emst. “La doctrina del delito - tipo”. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944. Pág. 7.

resultado si la culpabilidad se refiriese a ellas". En otras palabras, el elemento condicionante está directamente conectado al hecho injusto, sea porque afecta a la acción delictiva misma, sea porque es una circunstancia que, si hubiera sido abarcada por el dolo, sería caracterizada como resultado. En definitiva, lo que posibilita la separación de las condiciones objetivas de punibilidad de los presupuestos de procedibilidad según este autor sería la vinculación de aquéllas al acontecer fáctico, cuya ausencia conllevará la impunidad del autor, mientras que estos son elementos que se hallan al margen de ese acontecer fáctico y condicionan únicamente la persecución penal de datos relacionados exclusivamente con la esfera procesal y basados en una modificación posterior de las circunstancias.

También comparte semejante criterio Jescheck, que asevera que en las condiciones de punibilidad se expresa, en cada caso, el grado específico del quebranto del orden jurídicamente protegido, mientras que los presupuestos procesales responden a las circunstancias que se oponen al desarrollo de un proceso penal ⁽²²⁾.

Las soluciones presentadas por Gallas y Schmidhäuser ofrecen criterios materiales para proceder a la diferenciación entre los presupuestos materiales de la pena y las condiciones de procedibilidad (presupuestos procesales), lo que sin lugar a duda significa un importante paso para delimitar tales elementos. Sin embargo, advierte García Pérez que, a su juicio, "el problema del criterio utilizado reside precisamente en que la aportación realizada a la distinción con los presupuestos procesales se hace a costa de terminar cuestionando que los elementos de la punibilidad estén fuera de lo injusto culpable ⁽²³⁾.

En efecto, cuando se estima que lo que permite la distinción entre las condiciones objetivas de punibilidad y las condiciones de procedibilidad es la vinculación de aquéllas al complejo fáctico, mientras que estas últimas serían completamente ajenas al acontecer del hecho y su materialización, se llega a la conclusión de que las condiciones objetivas de punibilidad fundamentan la existencia del hecho delictivo e integran, por consiguiente, el concepto del delito. Sin embargo, según el punto de vista aquí defendido, la punibilidad no constituye un elemento esencial del concepto del delito y, consecuentemente la presencia de una condición positiva de punibilidad no condiciona la existencia misma del hecho delictivo, sino únicamente la posibilidad concreta de imposición de la pena. Además, la imposibilidad de reconducir las auténticas condiciones objetivas de punibilidad al ámbito de las categorías esenciales del concepto del delito impide que la ausencia de aquéllas funcione como un obstáculo al perfeccionamiento del delito. Por consiguiente, no constituye un criterio de distinción entre los elementos en cuestión -las condiciones objetivas de punibilidad y los presupuestos procesales- el hecho de que algunos -las condiciones de punibilidad- puedan influir en la existencia del delito, dado que ambos son completamente ajenos al mismo.

Además, no se puede afirmar de modo tajante que las consideraciones político criminales sean ajenas a la esfera de las condiciones objetivas de punibilidad y fundamenten exclusivamente la existencia de las condiciones de procedibilidad,

22
23

Cfr. JESCHECK, Hans. Ob. cit. Pág. 506
Cfr. GARCÍA PÉREZ, Octavio. Ob. cit. Pág. 63



pues son varios los casos en los que el elemento condicionante de la punibilidad del delito se apoya exclusivamente en razones político-criminales, completamente desvinculadas del criterio de necesidad de pena.

Así, es perfectamente posible que el ordenamiento jurídico-penal consagre una condición objetiva de punibilidad basada exclusivamente en arbitrarias consideraciones de utilidad, que para nada suponen una mayor gravedad en la perturbación del orden jurídicamente protegido. Por lo tanto, tampoco este puede ser un criterio decisivo para diferenciar las condiciones de punibilidad de las de procedibilidad.

Las condiciones de punibilidad no influyen en la magnitud de lo injusto y tampoco de la culpabilidad. En definitiva, las circunstancias condicionantes de la punibilidad ajenas al delito son supuestos heterogéneos y tienen en común el hecho de que dejan intacto el contenido de las categorías del delito - la acción u omisión, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, afectando únicamente a la punibilidad.

Ahora bien, respecto a las condiciones de procedibilidad cabe decir que son ajenas tanto a la noción de figura de delito como al concepto de tipo de lo injusto. En efecto, las condiciones de procedibilidad no integran la esfera de las circunstancias de las que depende la aplicación de la pena (figura de delito) y, consecuentemente, tampoco pertenecen al ámbito de los elementos que fundamentan la imposición de la pena (tipo de lo injusto).

El hecho de que las condiciones de procedibilidad sean ajenas a la figura de delito permite la identificación de una diferencia sustancial -y no meramente formal- entre estas y las condiciones objetivas de punibilidad. Desde un punto de vista material se puede afirmar, por consiguiente, que esos elementos se distinguen fundamentalmente en virtud de pertenencia de las condiciones objetivas de punibilidad al ámbito de las circunstancias que condicionan la concreta imposición de la pena, mientras las condiciones de procedibilidad tan solo condicionan la persecución procesal del delito.

En resumen, tanto las condiciones objetivas de punibilidad como las condiciones de procedibilidad son circunstancias ajenas al concepto del delito y obedecen a consideraciones básicamente político-criminales. Sin embargo, mientras las primeras integran la categoría de la punibilidad y condicionan, por tanto, la concreta imposición de la pena, las segundas actúan fundamentalmente condicionando el inicio del proceso penal.

IV. LAS EXCUSAS LEGALES ABSOLUTORIAS

La segunda figura que impide castigar a una persona son las excusas legales absolutorias ⁽²⁴⁾, las cuales no afectan a la objetiva relevancia penal del hecho, no impidiendo que subsista la antijuridicidad penal típica.

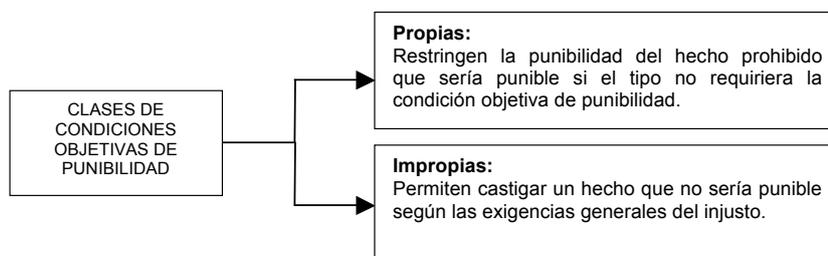
24 Aunque para Zaffaroni se debe rechazar la referencia a *absolución*, pues importa connotaciones procesales que desvirtúan su verdadera naturaleza. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. "Manual de Derecho Penal". Editorial EDIAR. Buenos Aires. 2005, Pág. 680.

Se trata de causas vinculadas a la persona del autor y que, por lo tanto, solo le afectan a él y no a los demás participantes en el delito⁽²⁵⁾. Los autores ofrecen varias definiciones que vienen a coincidir en su esencia: Max Ernst Mayer⁽²⁶⁾ las incluye en el grupo de las causas que dejan subsistente el carácter delictivo del acto, y que no hacen más que excluir la pena. Con esto ya se comprende el concepto, que viene a coincidir con el de los tratadistas alemanes, en general, de “causas personales que excluyen la pena”, lo que los hispano-hablantes y franceses designan como excusas absolutorias, con las que se designan, aquellas circunstancias que concurren en la persona del autor, que hacen que el Estado no establezca contra tales hechos acción penal alguna.

Con más exactitud y rigor técnico, las define Augusto Kohler, diciendo: son circunstancias que a pesar de subsistir la antijuricidad y culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer una pena al autor. También como causas personales, que excluyen la pena, se pronuncian Von Hippel⁽²⁷⁾ Listz-Schmidt⁽²⁸⁾, Mezger⁽²⁹⁾, etc. Karl Peters viene a confundir en su definición, la ausencia personal de inculpabilidad, con la causa personal que exime de pena.

Idéntica en el fondo y muy semejante en la forma a la definición de Mayer es la dada en Francia por C. Degeois: son hechos determinados por la ley, que sin borrar el carácter delictivo de un acto, sin suprimir la culpabilidad de su autor, producen sin embargo una excepción de la penalidad, que ordinariamente se asocia a la perpetración de una infracción.

CLASES DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD



Antón Oneca⁽³⁰⁾ dice: que la doctrina española sobre la materia arranca de Silvela, quien además de las causas de justificación y de las de inimputabilidad (bajo cuyo nombre abarca todas las de inculpabilidad) admite “otras causas o motivos, mediante los cuales no se impone pena, aun quedando subsistentes la antijuricidad y culpabilidad, y que pueden llamarse excusas absolutorias”. El concepto y enumeración que de ellas hizo Silvela ha sido seguido por la mayoría de los tratadistas españoles. Consideraba Silvela que el legislador veía más útil tolerar el delito que castigarlo, aun reconociendo que existe delito y persona que de él pudiera responder, como comenta Antón Oneca. Y el mismo Jiménez Asúa dice: “La punibilidad es el carácter específico del delito,

25 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARAN, Mercedes. Ob. cit. Pág. 406.

26 MAYER, Max Ernst. LEHRBUCH STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL". Badén, 1915. Págs. 69 y 276.

27 HIPPEL Von Robert. «Strafrecht». Tomo I. 1930. Pág. 382 y sgtes.

28 LISTZ - SCHMIDT. "Lehrbuch strafrecht allgemeiner teil". Tomo II. Págs. 64 y 65 (citas de Jiménez de Asúa).

29 MEZGER, Edmundo. "Derecho Penal. Parle General". Traducción de Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1949.

Pág. 92.

30 ANTÓN ONECA, José. "Derecho Penal (Parte General)". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1949. Págs. 315 y sgtes.



pero no el único; lo es también la tipicidad, "stricto sensu". Y sigue diciendo, "si la pena es el carácter de cuya aplicación depende el *ius puniendi* del Estado, resulta obvio que todo hecho que no lleve adosada una pena no pertenece al Derecho Penal. Pero es el caso y comentamos, que él también aplica a las excusas absolutorias las notas de antijuricidad, culpabilidad e incluso tipicidad penales⁽³¹⁾. Y este mismo autor en su tratado⁽³²⁾ dice: Los autores italianos, generalmente tan claros en la exposición de problemas penales, no suelen serlo en este punto, ni siquiera en la denominación que adoptan para designar las excusas absolutorias. Así, Altavilla: "Causas de extinción respecto de ciertos delitos", y Santoro, inspirándose en los penalistas alemanes: "causas personales de exclusión de la punibilidad".

Vasalli distingue dos sectores de causas de no punibilidad: En sentido "lato" y causas de no punibilidad en sentido estricto o causas de exclusión de la sola pena: estas -dice- son las que únicamente pueden llamarse excusas absolutorias. Y asimismo confiesa son dudosas en algunos casos. Claro es que le aplica las notas de antijuricidad y culpabilidad penales.

Dice Jiménez Asúa que no suelen estar las excusas absolutorias en la Parte General de los Códigos penales, salvo Uruguay, en su capítulo III, título II, libro I, arts. 36 a 45⁽³³⁾, sino que se encuentran dispersas en la Parte Especial, donde se definen los tipos de los delitos. Pero a diferencia -dice- de las formas atípicas y de las condiciones objetivas de penalidad, cuyo aspecto negativo, no se fija en los códigos, las excusas absolutorias aparecen taxativamente admitidas junto al delito que legalmente se les perdona, a sus "autores". Tendríamos así, que sin proponérselo Jiménez Asúa, viene a refutar a Welzel⁽³⁴⁾, quien concibe la causa personal que excluye de pena (excusa absolutoria) referente a los soberanos o jefes de Estado, así como a cónyuges y personas ligadas por determinada relación de parentesco en determinados delitos (contra la propiedad), como condiciones objetivas, redactadas en forma negativa, pues están al menos la de parientes fijada en los Códigos Penales.

Mezger⁽³⁵⁾ considera en una primera fase, como bases del delito la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, pero más tarde vino a cambiar de criterio e Insertó también como características del delito la penalidad o punibilidad, en contra de lo que más tarde viene a ser criterio de Del Rosal, quien dice no ser la punibilidad lo que confiere carácter específico del delito y diferenciándolo del injusto, que es común a todo derecho y llegando a desdecirse -según anota Jiménez Asúa- en lo que expresa sobre el cambio de criterio de Mezger. Al respecto afirma Jiménez Asúa: "No solo la amenaza de la pena (punibilidad y no la pena) lo destaca al delito, del genero común de la Infracción del derecho, también la tipicidad le da singularidad al delito y así para quienes rechazando la analogía -dice- creemos que el tipo en nuestra disciplina, es exhaustivo, limitativo y excluyente⁽³⁶⁾.

31 JIMÉNEZ ASÚA. "Tratado de Derecho Penal". Tomo VII. Buenos Aires, 1970. Pág. 131.

32 Ibid. Pág. 139.

33 JIMÉNEZ DE ASÚA, Ob. cit. Y CÓDIGOS IBEROAMERICANOS.

34 WELZEL, Hans. "Derecho Penal. Parte General" (traducción de Fontán) Buenos Aires, 1956. Pág. 203

35 MEZGER, Edmundo. Ob. cit. Pág. 183.

36 JIMENEZ ASÚA. Ob. cit. Tomo VII. Pág. 131 y sgtes.



Olesa Munido dice que no puede confundirse la figura penal, que es una concreta expresión conminatoria de la ley penal, con la tipicidad, que es un carácter o nota de la infracción penal, que puede comprender además de la figura penal otras disposiciones reguladoras de supuestos punibles. Y sigue Olesa Munido: en la excusa absolutoria, no hay carácter o condición objetiva de punibilidad, ya que concurre en el propio momento de ejecutarse el acto. Y haciendo trasunto de Welzel, en la excusa entre parientes y soberano, precitadas, dice constituir la faceta negativa de la punibilidad (claro es, pero no como condición objetiva), si bien incide en más amplias zonas de la estructura de la infracción penal.

La doctrina moderna prefiere referirse a ellas como **causas personales que excluyen la punibilidad** ⁽³⁷⁾. En efecto, se tratan de causas que paralizan la posibilidad de aplicar una pena desde el mismo momento de la comisión delictiva, fundamentadas en razones político-criminales que deben estudiarse en la parte especial. Ejemplo: ciertos delitos contra el patrimonio cometidos entre parientes (art. 218 del CP), injurias en juicio (art. 137 del CP).

Es decir, son obstáculos excluyentes de punibilidad, los cuales descartan ab initio la operatividad de la coerción penal, de modo que elimina cualquier posibilidad de que la acción procesal se ponga en movimiento contra quien se halla en esa situación ⁽³⁸⁾.

Asimismo, la calificación de “personal”, recalca suficientemente su efecto individual, en forma que no ampara al partícipe ni al coautor, sino únicamente al autor o partícipe que se encuentra en las circunstancias legales. Tratándose de causas que tienen como único efecto excluir la punibilidad, pero que para nada afectan la existencia del delito, no tienen que estar abarcadas por el conocimiento efectivo del dolo ni por la posibilidad de conocimiento de la culpabilidad, pero la falsa suposición de ellas puede dar lugar al llamado error de punibilidad.

En suma, son situaciones reconocidas por el derecho que imposibilitan la aplicación de una pena, por circunstancias de protección a bienes jurídicos como la familia, la estrecha relación entre ofensor y ofendido, escasa significación social del hecho, escasa significación del bien jurídico, existencia de otro medio menos lesivo para la solución de un conflicto, por perdón del ofendido y por último para facilitar y beneficiar la viabilidad de la administración de justicia. Finalmente, la diferencia entre las excusas legales absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad, es que las primeras son las antítesis de las segundas, por su naturaleza objetiva y su tinte de consideraciones político-criminales ⁽³⁹⁾.

Frente a estos elementos caben, entonces, dos actitudes. Por una parte, puede sostenerse que, no excluyendo ni el injusto penal ni tampoco la posibilidad de imputarlo al sujeto, no impiden la presencia de un delito, sino, solo, excepcionalmente, el castigo

37 Cfr. ROY FREYRE, Luis. “Derecho Penal Peruano. Parte especial”. Tomo III. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Lima, 1983. Pág. 336. VILLAVICENCIO TERREROS. Luis. Ob. cit. Pág. 229. En contra: PEÑA CABRERA, Raúl. “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. 3- edición. Editorial Grijley. Lima, 1997. Pág. 472.

38 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. “Tratado de Derecho Penal”. Editorial EDIAR. Buenos Aires. 2000. Pág. 841

39 Cfr. HIGUERA GUIMERA, Juan. “Las excusas absolutorias”. Editorial Pons. Madrid, 1993. Pag. 105.



del mismo cuando es cometido por una determinada persona. Por otra parte, si solo se entendiera por delito el hecho concreto y personalmente punible, debería exigirse la concurrencia de los elementos personales referidos en el seno de una categoría de punibilidad posterior a las de antijuridicidad e imputación personal. Nos inclinamos por la primera solución, más acorde con el significado de objetivo desvalor que tiene el término delito.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, José / RODRÍGUEZ MUÑOZ, José. "Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Editorial Akal. Madrid, 1986.
- BELLING, Ernst. "Derecho Procesal Penal". Editorial Lábor. Madrid, 1943.
- BELLING, Ernst. "La doctrina del delito - tipo". Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944.
- CERESO MIR, José. "Curso de Derecho Penal Español". Tomo III. Editorial Tecnos. Madrid, 2001.
- FARALDO CABANA, Patricia. "Las causas del levantamiento de la pena". Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio. "La punibilidad en el Derecho Penal". Editorial Aranzadi. Pamplona, 1997.
- HIGUERA GUIMERA, Juan. "Las excusas absolutorias". Editorial Pons. Madrid, 1993.
- JESCHECK, Hans - Heinrich. "Tratado de Derecho Penal". Editorial Comares. Granada, 1994.
- JIMÉNEZ ASÚA. "Tratado de Derecho Penal". Tomo VII. Buenos Aires, 1970.
- MÉNDEZ DE CARVALHO, Erika. "Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática: una crítica al sistema integral del Derecho Penal". Disponible en: <http://criminet.ugr.es/re-cpc/07/recpc07-10.pdf>
- MEZGER, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal". Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955.
- MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". 7ª edición (reimpresión). Editorial B de F. Montevideo, 2005.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARAN, Mercedes. "Derecho Penal. Parte General". 6ª edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004.
- OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio / HUERTA TOCIL-DA, Susana. "Derecho Penal. Parte General". 2ª edición. Editorial Castellanos. Madrid, 1986.
- PEÑA CABRERA, Raúl. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". 3ª edición. Editorial Grijley. Lima, 1997.
- ROXIN, Claus. "Derecho Penal. Parte General". Editorial Civltas. Madrid, 1997.
- ROY FREYRE, Luis. "Derecho Penal peruano. Parte Especial". Tomo III. Instituto Peruano de



Ciencias Penales. Lima, 1983.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Aproximación al Derecho Penal contemporáneo". Editorial Bosch. Barcelona, 1992.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Luis Felipe. "Derecho Penal. Parte General". Editorial Grijley. Lima, 2006.
- WELZEL, Hans. "Derecho Penal. Parte general". (Traducción de Fontán) Buenos Aires, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. "Tratado de Derecho Penal". Editorial EDIAR. Buenos Aires, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. "Manual de Derecho Penal". Editorial EDIAR. Buenos Aires, 2005.



EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LA PERSONA: UN ENFOQUE JURIDICO SOCIAL

EFFIO ARROYO BADCY OMAR^{1(*)}



I. INTRODUCCION

Se debe tener en cuenta que el derecho a la identidad su protección está garantizada por los Tratados Internacionales de rango constitucional, y por ende, en forma implícita por la Constitución de nuestro Estado. Su esencia es inescindible de los demás derechos personalísimos tutelados taxativamente.

El ser humano, como sujeto individual, único e irrepetible, merece una tutela unitaria e integral de sus derechos, lo que no impide que el ordenamiento jurídico proteja distintos intereses que hacen a esa personalidad, como su libertad e identidad personal, sexual, religiosa, ideológica, cultura, etcétera.

Dice Fernández Sessarego que "...los derechos de la persona no conforman un catálogo cerrado y acabado, debido a la posibilidad de conductas o modos de ser inéditos del sujeto que merezcan ser amparados. La persona ... requiere de una tutela integral, unitaria y oportuna aún antes de la elaboración dogmática de un nuevo derecho subjetivo y de su concreción normativa"².

En este contexto, el presente trabajo trata de abordar el desarrollo socio-jurídico del derecho a la identidad personal, su estructura social y su forma de desarrollo. Quizá sea la forma más puntualizada para entender la estructura de este derecho, y de allí, que se parta para delimitar aquello que hoy en día se viene concretando como el núcleo duro de este derecho fundamental.

Hasta ahora, solo se nos ha dicho que el derecho constitucional a la identidad está conformado por todos los elementos que identifican a un ser humano como original y distinto de todos y de todo lo demás. Es el derecho que protege quién es y como es. Comprende diversos aspectos de la persona, que van desde los más estrictamente físicos y biológicos hasta los de mayor desarrollo espiritual. Estos rasgos no son separados sino un conjunto inseparable y completo, todo el cual, en su integridad o por partes, es susceptible de ser protegido mediante procesos constitucionales como un derecho autónomo y distintos de otros vinculados, como pueden ser el de veracidad de información o el de igualdad, entre otros muchos.

Esto, motiva que dicho desarrollo sea abordado por nosotros, y tratemos de internarnos en su estudio, a través del simple razonamiento socio-jurídico, que esperamos sea de mucha utilidad para los estudios posteriores.

II. EL CONCEPTO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD. CREACION JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINARIA

No se puede argumentar sobre el derecho a la identidad, sin citar al brillante jurista que se dedicó entusiastamente al tema, el maestro Carlos Fernández Sessarego. En su obra ilustra que en 1974, en Roma, se dicta una sentencia precursora en la materia, en la cual se hace

1 (*) Catedrático de la especialidad en Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Laboral y Procesal Laboral en diversas Universidades de pre y postgrado del país. Doctor en Derecho y Magister en Derecho Constitucional y Gobernabilidad Política. Presidente y miembro honorario del Instituto Latinoamericano de Capacitación y desarrollo en Ciencias Jurídicas y Sociales.

2 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "El derecho a la identidad personal". Editorial La Ley. Buenos Aires 1999. Pág 1280.

referencia a la identidad personal como un interés del ser humano digno de ser tutelado por el derecho. Conforme a la jurisprudencia que a partir de aquel fallo se va perfilando, se reconocen como intereses a tutelar, los que pueden designarse como el patrimonio cultural, ideológico, político, espiritual, sentimental y social de la persona. Dicho fallo, al decir del citado autor, presenta por primera vez al derecho a la identidad *“con autonomía respecto de cualquier otro específico derecho de la personalidad”*³

En 1985, la Suprema Corte de Italia, delimita conceptualmente el derecho a la identidad, en un fallo que es transcripto por el ilustre jurista y que es importante reiterar por ser, al decir del mismo, la más completa definición que sobre el derecho a la identidad personal se había producido hasta ese entonces. A saber:

*“Cada sujeto tiene un interés, generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser respetado en la vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva...”; el sujeto de derecho, “... tiene interés en que en el exterior no se altere, desnaturalice, ofusque, conteste, su propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc., tal como se había exteriorizado o aparecía, en base a circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social”*⁴.

De este modo se tutela conjunta y acabadamente tanto la identidad biológica o estática, como la dinámica, que Fernández Sessarego califica de “identidad espiritual”. En otras palabras, se protege a la identidad que se objetiviza en la personalidad del sujeto, tal como se muestra a los otros.

De la citada definición, surge en palabras del ilustre jurista, que el interés tutelado por la sentencia es el de que a cada sujeto “se le reconozca como lo que realmente es, en su mismidad como uno mismo”. “Se trata de la verdad personal”⁵.

Por su parte la doctrina italiana también fue elaborando la noción de identidad. De Cupis, (conforme cita Fernández Sessarego) afirma que “la identidad personal es “ser uno mismo” respetado con sus propios caracteres y sus propias acciones, constituyendo la misma verdad de la persona. Ella no puede en sí y por sí ser destruida ya que *“la verdad precisamente por ser la verdad no puede ser eliminada...”*⁶; Dogliotti, por su parte, individualiza en la identidad personal el complejo de las características que concurren a formar la personalidad, como son *“las experiencias pasadas, la condición presente y sobre todo, las posiciones, las aspiraciones y convicciones ideológicas, políticas y morales de cada individuo”*.⁷ Entre uno y otro autor, se puede ver como se va pasando de un concepto puramente estático o biológico de la identidad, a uno que abarca la faz dinámica de la personalidad.

III. IDENTIDAD PERSONAL

Liminarmente cabe decir que, tal como destaca Fernández Sessarego, la identidad personal comprende tanto el aspecto estático (que tiene que ver con los signos distintivos biológicos, así como la condición legal o registral del sujeto: nombre, sexo, filiación, etc.) y el dinámico que es el conjunto de características y rasgos de índole cultural, política, psicológica, moral de la persona⁸.

4 Idem, pág 1260.

5 Idem, pág 1260.

6 Idem, con cita de DE CUPIS, 21 diritti della personalità”, pag. 1265.

7 Idem, con cita de DOGLIOTTI, M. “Il diritto alla identità personal nel quadro del diritti della personalità” en Il diritto alla identità personale, pág 1266.

8 Conf. FERNANDEZ SESSAREGO, ob. Cit., p. 1270.



Sostiene el maestro peruano (al fundamentar el supuesto jusfilosófico del derecho a la identidad) que “ninguna teoría filosófica que se formule sobre el hombre es capaz de comprender ni explicar total y absolutamente su dimensión existencial. Es que el hombre es un misterio no disipado, sobre el cual ninguna ideología ha ofrecido una respuesta totalizante y satisfactoria”⁹.

Aproximarse a ese misterio, preguntarse por el “ser-ahí” del hombre, buscar como pretende Heidegger “qué es” y “cómo es” un ente, es acercarse al concepto de la identidad personal, pues “ente es, también, aquello que somos nosotros mismos y la manera de serlo”¹⁰.

Ilustra Luc Montaigner: “Todos los datos científicos de los que disponemos en la actualidad indican que la gran complejidad de los seres vivos, entre ellos el hombre, derivan, a partir del origen de la vida en la Tierra, de la acumulación progresiva de modificaciones en los planos molecular y supramolecular. Todas estas modificaciones fueron memorizadas en un banco de datos cuyo código es único en todos los seres vivos y está cifrado en filamentos moleculares de gran extensión, el ADN de los cromosomas”¹¹.

Este dato científico confirma lo que se repite desde todos los credos e ideologías: que la persona es única e irreplicable, de allí el drama que novela Saramago en *El Hombre Duplicado*, y que vislumbramos todos frente a la mera idea de la clonación humana, es decir si no pudiéramos ser reconocidos como una persona diferente de las demás. Es que es esencial a la identidad, poder diferenciarse de todos.

Para acercarnos entonces a esa identidad única, igual a sí misma, debemos bucear en la esencia del hombre en libertad, es decir en la posibilidad existencial que permite a cada uno constituirse en un ser único y espiritual; libertad que debiera permitirnos optar por quienes queremos ser.

“Cada uno es el hombre que el derecho dice que es. Sin identificación no hay identidad”¹². Por tanto, se tiene derecho a esa identificación, de allí que el derecho nos adjudique atributos tales como un nombre, un estado civil, un sexo, emplazamiento familiar, en suma una identidad.

La identidad personal es una unidad física-pisco-socio-espiritual, y el nombre del ser humano, es la puerta por donde se accede a esa identidad, al decir de Saramago¹³.

Desde la concepción se va gestando nuestra identidad la que se funda en una unidad inescindible de elementos genéticos y adquiridos, de caracteres físicos, psicológicos, espirituales, culturales, ideológicos, religiosos, etc. En palabras de Fernández Sessarego: “cada persona elabora su proyecto de vida, único, intransferible, cuya realización comporta la definición de una determinada personalidad. Todo ello le confiere al hombre una especial dignidad dentro de los seres de la naturaleza. La dignidad del ser uno mismo una cierta persona”¹⁴

Pero, desde su concepción, también el ser humano comienza a interactuar con el ser más próximo: su madre, y luego de nacer con los demás sujetos que lo rodean; aparecen así las “estructuras parentales psíquicas y sociales”, y desde su información genética, comienza a forjar su propia historia de vida, la biográfica y la desconocida (aún para el propio sujeto) su extrañamiento, que interesa tanto a la doctrina freudiana: el territorio extranjero interior”, según la fórmula de Freud¹⁵.

9 Idem, ps. 1248 y siguientes.

10 Idem, con cita de HEIDEGGER, Martín, “El ser y el Tiempo”, p. 1250.

11 MONTAIGNER, Luc. “Viva la reproducción natural”. Diario Clarín del día 05.02.2003.

12 CF. RUIZ, Alicia E.C “Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho)” en la obra colectiva “Materiales para una teoría crítica del derecho”, p. 190. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.

13 SARAMAGO, José. *El Hombre Duplicado*. Página 31. Ed. Alfaguara. Buenos Aires, 2002.

14 FERNANDEZ SESSAREGO, ob. Cit., p. 1251.

15 MARI, Enrique. KELSEN, Hans. “La doctrina del eros platónico como un tratado fraudiano de sexualidad” en la obra colectiva antes citada, p.

34.



Con ello queremos decir que en la hechura de ese esbozo no sólo van a tener relevancia los caracteres genéticos de la persona, sus estructuras parentales, sino el aporte dinámico de su entorno socio-cultural, religioso, económico y hasta ambiental (el inconsciente colectivo) que lo irán predisponiendo en determinada dirección, según el modelo que adopte para su identificación.

Como veremos más adelante, tanto la jurisprudencia como la doctrina han avanzado en los últimos años en la protección del derecho humano a la propia identidad, pero debe profundizarse la tendencia, garantizando no sólo la protección de la personalidad ya amalgamada, sino del derecho de todo ser humano, a forjar en libertad, individual o colectivamente, esa identidad a la que tiene derecho por el solo hecho de existir como tal.

Nuestra identidad marca lo que somos, y se muestra a través de nuestras costumbres, hábitos de consumo, por la forma de relacionarnos en el grupo o en la comunidad de pertenencia, pero no debemos olvidar que *“depende de la sociedad en que se viva”, ... “que hombre se sea”*¹⁶.

Ahora bien, no todos los atributos de la personalidad son respetados como tales, por el contrario, siempre existieron y existen en las distintas organizaciones sociales, estigmas de diversas índole, que desacreditan a la persona como tal e hieren su dignidad. Así se estigmatizan a los discapacitados, los desocupados, los analfabetos, los negros, los indios, los homosexuales, las mujeres, etc. El individuo estigmatizado se siente diferente, siendo muy dificultoso su socialización por no responder a las expectativas del grupo dominante.

IV. IDENTIDAD SOCIAL Y CULTURAL

El hombre, ser gregario por excelencia, pertenece a un grupo, a una estructura social *“precisamente al integrado por todos los elementos sociales que comparten una misma manera de pensar y actuar”*¹⁷. Ese sentido de pertenencia, ese consenso colectivo de integración familiar, social, cultural, religiosa, de creencias, de clases, de gustos y costumbres, constituyen la identidad social o colectiva de cada ser humano, que como tal, es *“un bien social transmisible, pues construye la dignidad y el respeto en uno mismo y en los demás”*¹⁸.

La identidad social se va construyendo permanentemente desde la propia unidad narrativa de cada sujeto integrante del grupo y según la relación de cada uno con los demás. Así las normas y principios socio-culturales de un grupo dado, se consolidan con el tiempo, en el transcurrir de la historia, por la interacción y la confrontación con el “Otro”, constituyéndose el Nos-otros.

Conforme la tesis de Peter Mc Laren, todas las identidades culturales presuponen una cierta intencionalidad narrativa: *“...las identidades son, en parte, el resultado de la narrativa de la vida social”*¹⁹; pero como lo sostiene Colom, si bien la cultura nos condiciona como sujetos morales, no nos determina como tales. A su criterio, la pertenencia cultural de las personas, es un bien social, pero tal relación no es “un a priori moral”. Es que una falsa identidad no podrá nunca constituir la verdadera identidad moral del sujeto autónomo, dueño de una conciencia moral y digno de reconocimiento, en el medio de una sociedad de otros sujetos morales con los mismos atributos.

16 Conf. RUIZ, Alicia E.C, Ob. Cit, p. 193.

17 GHERSI, ob cit., con cita de GRAMSCI, Antonio. “Introducción al estudio de la filosofía”. p 245.

18 GHERSI, ob cit., p 246.

19 MC LAREN, Peter. “Contra narrativa, amnesia colonial e identidad de mestizaje: Hacia una pedagogía crítica de la formación de la identidad posmoderna”; Traducción de María Corina de Guillisasti, Raquel Lothringer, p. 38. Ed. Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de Entre Ríos, Parana, sin fecha.



La pérdida de esa identidad social, de ese sentido de pertenencia a un grupo, una clase social, una organización laboral, un grupo étnico y/o cultural, es un daño que atenta contra la dignidad humana, y que el derecho debe tutelar. De allí que, al decir de Colom *"la negación al reconocimiento a una forma socio-cultural o la amenaza a su supervivencia sean algo más que faltas políticas contra la tolerancia y el respeto al prójimo: significan un auténtico atentado a la potencia ontológica de los individuos"*²⁰.

V. IDENTIDAD RELIGIOSA E IDEOLÓGICA

La identidad religiosa, como valor propio de un grupo humano, es un modo de manifestar la identidad social²¹.

Así como la identidad social es la conciencia de la persona de estar unido a un grupo determinado, la identidad religiosa se manifiesta a través de un "sentimiento de dependencia..." de una "autoridad supraindividual que exige una obediencia incondicional", que "... tiende a realizar la integración de todos los fieles en una comunidad universal"²².

La religión estuvo siempre presente en la historia de la humanidad, desde el hombre primitivo, lo que lleva a Durkheim a revelar la naturaleza religiosa del hombre, *"como un aspecto esencial y permanente de la humanidad"*²³.

La comunión religiosa cohesiona al conjunto estableciéndose así una unidad desde la divinidad común y *"se experimenta el sentimiento de identidad con los otros y de pertenencia al grupo"*²⁴, a punto tal que en muchas comunidades los preceptos religiosos sostienen al derecho positivo, cuya norma fundamental presupone "... la habilitación de una autoridad creadora de normas..."²⁵.

Freud, al estudiar los procedimientos por los cuales se pudieron defender los dogmas religiosos y la construcción de lo que llama "ficciones", destaca la importancia sin igual para el mantenimiento de las sociedades humanas que tienen las doctrinas religiosas.

Las constituciones liberales propugnan la libertad de credo. Ello hace básicamente el principio de tolerancia. El pluralismo religioso debe entonces ser garantizado por el Estado, sin oposición alguna.

Otro modo de manifestarse la identidad social, es a través de la identidad ideológica del grupo de que se trate, en tanto y en cuanto lo ideológico pertenece a la estructura social.

Las instituciones, la moral, el arte, las ideas, los principios morales, las leyes de una sociedad constituyen su ideología y sus integrantes se manifiestan cohesionados políticamente a través de estas expresiones, que a su vez la enmascaran.

La ideología de un grupo social determinado se manifiesta entonces a través de sus instituciones, las pautas culturales, de valores artísticos, de un estilo de vida, de los ideales morales y políticos, todo lo cual perfila la identidad ideológica, y en su caso, la identidad nacional.

20 COLOM, Francisco. "Razones de identidad. Pluralismo cultural e integración política", p. 147, Ed. Antrophos, Barcelona, 1998.

21 OST, Francois y KERCHOVE, Michel Van de, "La referencia de Dios en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen", con cita de Kelsen, "Dios y Estado", traducido por MARI, Enrique E., en la obra colectiva "Materiales para un teoría crítica del derecho", p 79: "Toda religión es un orden social e histórico particular", Ed. Abeledo Perrot, buenos Aires 1991.

22 Idem, p. 79.

23 Idem, con cita de DURKHEIM, "Les formes elementaires de la vie religieuse", p. 79.

24 Idem, p. 79.

25 Idem, con cita de KELSEN, P. 91: "...esta autoridad creadora, de acuerdo con Kelsen no puede ser en definitiva más que Dios, e implica necesariamente una creencia religiosa".



De allí, entonces que el derecho a la identidad, hace a la autodeterminación de la persona, y por ello el hombre es dueño de sí y es libre de decidir sus actos y de conformar su mismidad, su intimidad y su relación con su entorno. La persona, tiene entonces derecho a que no se falsee su personalidad, y se respete su verdad personal.

VI. A MANERA DE CONCLUSION

Se ha definido el derecho a la identidad personal como la facultad de exigir la fiel representación de la persona, sin deformación de sus cualidades o caracteres y sin atribución de caracteres inexistentes o diversos de aquellos reales del sujeto. Para ello debe tenerse en cuenta que la identidad supone no sólo los atributos biológicos sino todo lo referido a la personalidad que ha conformado el sujeto y que permiten su identificación en la sociedad en que se desenvuelve.

La Jurisprudencia Italiana, pionera en la materia, ha sostenido que hay violación de la identidad cada vez que a un sujeto se omite de atribuirle calidades y caracteres realmente poseídos o asumidos por él, o bien se la atribuyan elementos o hechos extraños a él, o cuando se tergiversen caracteres, acciones o tendencias del sujeto, aún cuando de ello no se siga un daño al honor o a la reputación.

Ahora, teniendo en cuenta que la personalidad cambia con el transcurso del tiempo, ya que como vivimos, su conformación es dinámica, según el proyecto existencial de cada uno y según pasan los años.

Se debe proteger la imagen de personalidad que ha trascendido y ha tenido proyección social, esta es la verdadera identidad de la persona, y no sólo la estática o genética, de la que pudiere dar cuenta, por ejemplo un estudio de sangre. Es que la persona, en su crecimiento, en su desarrollo como tal, se encuentra sometida a múltiples condicionamientos desde la familiar, lo social, lo educacional, que van conformando su identidad dinámica.

En otras palabras, el objeto de la tutela es la exterioridad y la objetividad de la personalidad en dinamismo; esto es, la identidad personal en su dimensión exterior, es decir, en la proyección social y no recóndita de la persona.

Es como enseña Ghersi, el derecho debe ocuparse de la persona humana, como centro de imputación y no del sujeto abstracto, pues lo interesante y progresista dentro de la atribución de personalidad jurídica, es colocar al ser humano con su contexto, precisamente para garantizarle su genotipo y fenotipo, en los aspectos jurídicos de aquella atribución.



EL FISCAL DE FAMILIA COMO COADYUVANTE EN EL PROCESO DE VIOLENCIA FAMILIAR.

LUIS ALBERTO HERNANDEZ REVILLA¹



1. INTRODUCCION.

El presente tema aborda una situación problemática que viene ocurriendo en los procesos de violencia familiar, seguidos ante los órganos jurisdiccionales especializados de esta ciudad, la cual está causando grave perjuicio a la parte agraviada.

Por disposición del inciso b) del artículo 19° del Texto Unico Ordenado de la Ley N° 26260, ley de protección frente a la violencia familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, modificado por Leyes N° 26673, 27306, 27982 y 29282, el Fiscal de Familia es parte en los procesos de violencia familiar cuando ha interpuesto la demanda; no obstante, por mandato del artículo 18° del Reglamento del invocado Texto Unico Ordenado, aprobado por Decreto Supremo N° 002-98-JUS, en cualquier momento del proceso -incluso durante la interposición de los recursos de apelación o casación- la víctima o su representante podrán apersonarse al Juzgado y comunicar por escrito su decisión de intervenir por su cuenta en el proceso como parte demandante y a partir de la fecha en que el Fiscal es notificado con esta decisión del agraviado, dejará de ser parte en el proceso, actuando en adelante como coadyuvante.

Sin embargo, en la práctica, los sujetos procesales están haciendo mal uso del citado artículo 18° del Reglamento, pues con el fin de eludir su responsabilidad, el agresor convence a la agraviada para que nombre Abogado y se apersona como parte en el proceso, con el propósito de excluir al Fiscal. Posteriormente, convence a la agraviada para que no concurra a la audiencia única y como tampoco asiste él (como demandado), el órgano jurisdiccional archiva el proceso por inconcurrencia de las partes, sin haberse cumplido el propósito tuitivo de la ley.

Esta negativa situación está generando grave perjuicio, porque disponer la conclusión del proceso en tales condiciones, aún cuando existan medios probatorios idóneos que acreditan la agresión sufrida -certificado médico legal o pericia psicológica- implica desamparar a las víctimas y contradecir el propósito tuitivo de la ley de violencia familiar, promoviendo el incremento de este problema social, pues bastará que la víctima nombre Abogado y no concurra a la audiencia única para que el proceso concluya, sin que el demandado asuma su responsabilidad por el maltrato inferido, como está ocurriendo actualmente en esta ciudad de Chiclayo.

Siendo así, corresponde al Fiscal de Familia en su condición de representante del Ministerio Público y defensor de la legalidad, neutralizar esta indebida situación, para lo cual será necesario que aún en su condición de coadyuvante, asuma una posición más activa y continúe impulsando el proceso de

1) Abogado, conciliador extrajudicial, árbitro, docente, Maestría en Derecho Civil y Comercial, estudiante de Doctorado en Derecho y Ciencia Política.

violencia familiar, pues solo así, éste cumplirá su finalidad tuitiva, de lo contrario, si permite que se burle la ley, el problema social continuará incrementándose, afectando a la familia, la cual debe ser entendida como *“la célula primera y vital de la sociedad, no es exclusiva ni principalmente un fenómeno jurídico-legal, no es una creación del Derecho ni de la ley, que sólo la regulan, sino obra de la naturaleza humana dirigida a satisfacer necesidades de la persona como ser individual y social. Es la primera sociedad donde ingresa el ser humano y escuela donde se ponen los cimientos de su formación”*.²

Asimismo, la violencia familiar puede ser definida como, *“toda acción u omisión cometida por algún miembro de la familia en relación de poder, sin importar el espacio físico donde ocurra, que perjudique al bienestar, la integridad física, psicológica, la libertad y el derecho al pleno desarrollo de otro miembro de la familia”*.³ Este problema social es tan antiguo como la humanidad misma y se sustenta siempre en discriminación, machismo, organización vertical de la familia y generalmente las víctimas son las mujeres y los niños.⁴ Actualmente, el incremento de la violencia doméstica es tan alarmante, que la Organización Mundial de la Salud la considera como un problema de salud pública con características de epidemia.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En atención a lo expuesto, el problema generado por esta negativa situación puede ser planteado en forma de tres interrogantes:

- 2.1. ¿ Debe concluir el proceso de violencia familiar cuando la agraviada que ha solicitado constituirse en parte demandante, no asiste a la audiencia única y tampoco lo hace el demandado?
- 2.2. ¿ Puede el Fiscal de Familia, en su condición de coadyuvante, asistir a la audiencia única y llevarse a cabo ésta únicamente con su presencia o es que, dicha condición le impide realizar actos de impulso procesal?
- 2.3. ¿El Fiscal de Familia en su condición de coadyuvante, cumple su obligación de proteger a la víctima, que es la parte a la que ayuda?

3. HIPOTESIS.

- Una interpretación extensiva del artículo 18° del Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 002-98-JUS, permitirá que el Fiscal de Familia asuma una función eficiente en la lucha contra la violencia doméstica, con lo cual el proceso de violencia familiar cumplirá su finalidad tuitiva.

4. SUSTENTACION DE LA HIPOTESIS.

Previamente, veamos algunas definiciones que la doctrina y nuestro Código Procesal Civil, ofrecen respecto de la figura jurídica del coadyuvante.

2) CORNEJO CHAVEZ, Héctor. “Derecho Familiar Peruano”. Décima edición, pág.07. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999.

3) MINISTERIO DE SALUD Y CENTRO DE LA MUJER PERUANA “FLORA TRISTAN”. “Violencia Familiar: Enfoque desde la Salud Pública”, pág.136. Editado por la Organización Panamericana de Salud, Representación Lima, 2000.

4) GROSMAN, Cecilia, MESTERMAN, Silvia, ADAMO, María T. “Violencia en la Familia. La Relación de Pareja”, segunda edición, pág.27. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992.



- “El coadyuvante constituye una intervención adhesiva por la cual, un tercero legitimado coadyuva o ayuda al demandante o demandado, adhiriéndose a una de las partes del proceso y goza del derecho de emplear los medios de defensa y ataque, ofrecer pruebas, ayudar a la parte, evitar que sea declarada rebelde en el proceso, interponer medios impugnatorios”.⁵
- “El coadyuvante ayuda a una de las partes, su tarea se concreta a defender el derecho que sustenta la pretensión de la parte a quien coadyuva en la defensa. Esta intervención servirá asimismo, para evitar que el actor y el demandado acudan al fraude procesal, para burlar el derecho del tercero”.⁶
- “El coadyuvante interviene en una causa para ayudar a una parte en función de un simple interés o interés legitimado. Su actividad ayuda a la actividad de la parte coadyuvada. El tercero coadyuva en interés propio, pero defendiendo un derecho ajeno”.⁷
- “Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante; intervención que puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia”.⁸

Las definiciones precedentes permiten determinar que el coadyuvante se incorpora a un proceso ya iniciado, en el estado en que éste se encuentre, adhiriéndose a la parte demandante o demandada, según sea la parte a la que coadyuva, lo cual es posible porque la legitimidad para obrar puede ser ordinaria o extraordinaria. El primer caso ocurre *“cuando el demandante afirma ser titular del derecho subjetivo, cuya tutela pretende (legitimidad activa) y dirige la pretensión contra quien afirma ser la parte pasiva de la relación jurídica de derecho material (legitimidad pasiva); ... mientras que la legitimidad para obrar extraordinaria no está referida al ejercicio de los derechos materiales por quien afirma ser su titular, sino por quien la ley autoriza a ejercitarlos a pesar de tratarse de derechos ajenos.”*⁹

Sin embargo, la condición de coadyuvante del Fiscal de Familia, a que hace referencia el artículo 18° del Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley N° 26260, de protección frente a la violencia familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 002-98-JUS, constituye un caso *sui generis*, porque el Fiscal, en realidad no es un tercero que se incorpora a la causa en el estado en que se encuentre, pues conoce el proceso desde su inicio como demandante y únicamente ante el apersonamiento e intervención directa de la parte agraviada, pierde dicha condición procesal y se convierte en coadyuvante.

Es así como el Fiscal de Familia interviene en los procesos de violencia familiar como coadyuvante, en mérito a una legitimidad para obrar extraordinaria (concedida por ley), pues *“desde el momento en que la ley autoriza a un tercero, que no es titular del derecho o de la relación jurídica material a ejercitar los derechos de otro, si*

5) SAGASTEGUI URTEAGA, Pedro. “Teoría General del Proceso”, primera edición, pág.148-149. Editorial San Marcos. Lima, 1996.

6) CARRION LUGO, Jorge. “Tratado de Derecho Procesal Civil”. Volumen I, pág.297-298. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2002.

7) LUCIO VALLEJO, Eduardo. “Intervención de Terceros en el Proceso Civil”. Revista de Derecho, pág.215. Buenos Aires, 1998.

8) CODIGO PROCESAL CIVIL. Jurista Editores, pág.488. Lima, 2013.

9) VIALE SALAZAR, Fausto. (blog.pucp.edu.pe/item/72511/legitimidad-para-obrar)

bien desde el punto de vista del derecho material se trata de un derecho ajeno, desde el punto de vista del derecho procesal está legitimado para obrar y se trata de un derecho procesal propio¹⁰; en consecuencia, la legitimidad para obrar no debe identificarse con el derecho material, pues no siempre procede la antigua fórmula de que *“la legitimidad para obrar es la correspondencia entre los sujetos de la resolución jurídica material, con los sujetos de la resolución jurídica procesal”*, conforme así lo ha entendido nuestro Código Procesal Civil, cuando en el artículo IV de su Título Preliminar, dispone que *“el proceso se promueve solo por iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar”*, con lo cual se aprecia el carácter netamente procesal que le otorga dicho texto legal.

Siendo así, la condición de coadyuvante del Fiscal de Familia en los procesos de violencia familiar, concuerda con las precisiones doctrinarias y con la disposición contenida en el artículo 97° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, pues el archivo del proceso por inconcurrencia o desinterés de las partes y la emisión de una sentencia desestimatoria perjudican al Ministerio Público, pues éste, por mandato legal tiene la obligación de defender a la familia y a los menores, conforme está previsto en el artículo 1° de su Ley Orgánica, aprobada por Decreto Legislativo N° 052; más aún, si una de las atribuciones del Fiscal de Familia, reguladas en el inciso 4° del artículo 96°-A de dicha Ley Orgánica, consiste en *“intervenir en los asuntos de la ley que establece la política del Estado y la sociedad frente a la violencia familiar”*; además, por disposición del artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección Frente a la violencia familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, el Estado tiene como política permanente la lucha contra toda forma de violencia familiar, en la cual los Fiscales deben asumir una función eficaz.

Además, según el invocado artículo 97° (último párrafo) del Código Adjetivo, *“el coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido”*; por lo tanto, el representante del Ministerio Público, como coadyuvante, no está impedido de realizar actos procesales a favor de la víctima que actúa como parte; más aún, si dicho impulso procesal no afectaría la naturaleza indisponible de los derechos tutelados en los procesos de violencia familiar; al contrario, lo que el Fiscal lograría con ello es proteger la integridad física y psicológica de las víctimas, las cuales generalmente no asisten a la audiencia única por presión y amenaza de los agresores.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que por su naturaleza tuitiva, los procesos de violencia familiar no pueden ser tan rígidos en aspectos procesales, pues lo que debe salvaguardarse en estas causas es la integridad física y psicológica de las víctimas, conforme lo dispone el inciso d) del artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, el cual ordena que los procesos de violencia familiar deben ser eficaces para las víctimas, caracterizados por el mínimo de formalismo y tendientes a resarcir los daños y perjuicios causados.

10) VIALE SALAZAR, Fausto. Op.cit.



Esta posición ha sido ratificada por el Tercer Pleno Casatorio Civil, quien en la ratio decidendi de la sentencia emitida el 18 de marzo del 2011, estableció como primera regla del precedente judicial vinculante que *"en los procesos de violencia familiar, el Juez tiene facultades tuitivas y debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4° y 43° de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de derecho"*.¹¹

Así pues, la ley ha dotado de una condición excepcional a los procesos de violencia familiar, por que el conflicto familiar es de naturaleza compleja, *"en tanto se enfrenta a un antagonismo con muchas aristas emocionales que demuestran que se trata más que de un conflicto jurídico, de un problema humano; más aún si los vínculos jurídicos familiares tienen su contenido predeterminado por ley y siendo así, no puede disponerse por el arbitrio individual"*.¹²

Nuestra Constitución Política del Estado en su artículo 1°, establece la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como fines supremos de la sociedad y del Estado; mientras que en el inciso 1° de su artículo 2°, dispone que toda persona tiene derecho a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Entonces, si queremos que estos derechos se cumplan realmente –en el caso de las víctimas de violencia familiar- debemos realizar una interpretación extensiva¹³ respecto de la condición de coadyuvante del Fiscal de Familia, *"aplicando los principios pro homine para promover el favorecimiento de los derechos humanos, favor libertatis para interpretar restrictivamente las limitaciones y preferir una interpretación que despliegue mejor la eficacia de la norma y favor debilis, para tener especial consideración con la parte que se encuentre en una posición de inferioridad, aplicando la norma más favorable para ella, porque la ley está hecha para la persona y no la persona para la ley"*¹⁴; más aún, si por el principio de irradiación, para su validez, la norma debe tener respaldo en la Carta Magna.

Al respecto es necesario precisar que, si bien la interpretación jurídica busca el sentido y alcance de las disposiciones; sin embargo, en ocasiones ocurren situaciones en que el tenor literal de la norma no coincide con su sentido, por lo que, su aplicación puede producir resultados injustos, incoherentes o no regulados. Aquí es cuando surge lo que la doctrina denomina *"interpretación correctora de la ley"*, aplicada con el fin de prevenir estos resultados, para lo cual se atribuye a un texto normativo un significado distinto al que tendría según el uso común de las palabras,

11) TERCER PLENO CASATORIO CIVIL. "Indemnización en el divorcio por causal de separación de hecho". Casación N° 4664-2010 - Puno.

12) PLACIDO V. Alex F. "Manual de Derecho de Familia", segunda edición, pág.403, Gaceta Jurídica. Lima, 2002.

13) "www.monografias.com/Derecho. "Mediante la interpretación extensiva, el operador jurídico o intérprete extiende el alcance de la norma a supuestos no comprendidos expresamente en ella, por considerar que habría sido voluntad del legislador comprender en la norma a tales supuestos. Según el profesor Mario Alzamora, esta interpretación es necesaria cuando los términos de la ley expresan menos de lo que el legislador quiso decir y se trata de averiguar cuales son los verdaderos alcances de su pensamiento y más que extensiva, esta interpretación es integrativa, porque su objeto es referir la norma no a casos nuevos, sino a aquellos que contiene virtualmente, porque si no fuera así no sería interpretación, sino creación".

14) DUMET DELFIN, David M. Curso "Derecho Constitucional y Derechos Humanos", pág.23. Programa de Formación de Aspirantes N° XVII - 2013. Academia de la Magistratura.



extendiendo el significado natural de éstas a lo que la ley ha querido en verdad decir, por ello, la interpretación correctora es definida por Guastini como *“toda interpretación que no atribuya a un texto normativo el significado literal más inmediato sino un significado distinto”*.¹⁵

La interpretación correctora puede ser extensiva o restrictiva. Es extensiva cuando incluye supuestos de hecho que según la interpretación literal no quedarían incluidos en la norma. Además, la preferencia por la interpretación extensiva se justifica utilizando técnicas o argumentos como la finalidad de la norma, la justicia, equidad e intención del legislador¹⁶; por lo tanto, en los procesos de violencia familiar, debido a su naturaleza tuitiva, resulta aplicable una interpretación extensiva respecto de la condición procesal de coadyuvante del Fiscal de Familia, prevista en el artículo 18° del Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 002-98-JUS.

En atención a lo expuesto, es posible determinar que el Fiscal de Familia, en su condición de coadyuvante, puede asistir a la audiencia única, aún cuando no lo hayan hecho las partes, puede interponer recursos impugnatorios, aún cuando no lo haga la víctima, cuya integridad física y psicológica deben ser protegidas en este tipo de causas; por lo tanto, el impulso procesal efectuado por el Fiscal de ninguna manera podría vulnerar la unidad y convivencia familiar, pues aún cuando las partes hubieran arreglado sus diferencias, reiterados estudios especializados han demostrado que la agresión tiene un ciclo repetitivo, por ello, es mejor que exista una resolución judicial que haga saber al agresor las consecuencias de su indebida acción y si éste verdaderamente quiere arreglar su situación familiar, acatará el mandato judicial y tratará de enmendar su conducta.

En conclusión, el Fiscal de Familia debe continuar impulsando el proceso de violencia familiar, aún en condición de coadyuvante, absteniéndose de interpretar restrictivamente¹⁷ el artículo 18° del Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley N° 26260, de protección frente a la violencia familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 002-98-JUS, con el fin de utilizar su condición jurídica de coadyuvante para liberarse de su responsabilidad en el proceso y no volver a impulsarlo, pues de ser así, estaría incumpliendo su obligación de proteger a la víctima.

5. CONCLUSIONES.

- Por la naturaleza tuitiva del proceso de violencia familiar, el Fiscal de Familia como coadyuvante debe realizar actos de impulso procesal, aún cuando la agraviada, que es la parte a quien ayuda, no lo haga.
- El Fiscal de Familia debe seguir impulsando el proceso, porque la realidad ha demostrado

15) GUASTINI, Riccardo. "Distinguiendo", Gedisa, pág.27. Barcelona, 1999.

16) ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. "Interpretación Extensiva y Restrictiva en la Práctica Judicial Chilena", pág.33, 35. Universidad Austral de Chile. Valdivia, Chile, 2008.

17) www.monografias.com/Derecho. "La interpretación restrictiva restringe el alcance de la norma, apartando de ella determinados supuestos que se encontrarían incluidos de acuerdo con la redacción de su texto, pero que se entiende no fue voluntad del legislador comprenderlos dentro de éste. Esta interpretación se aplica preferentemente a las normas especiales, en las cuales la consecuencia jurídica se aplica estrictamente a los casos descritos en el supuesto de hecho".



que la constitución en parte de la agraviada no es voluntaria y tampoco lo es su inasistencia a la audiencia única, pues todo esto lo hace bajo presión del agresor, el cual busca eludir su responsabilidad y la ley.

- La presión bajo la que actúa la víctima para constituirse en parte, se comprueba cuando algún tiempo después del archivo del proceso, ésta nuevamente denuncia actos de violencia familiar en su agravio, cometidos por el mismo agresor.
- Al declarar la conclusión y archivo del proceso por inasistencia de las partes procesales a la audiencia única, el juzgador deja pasar la oportunidad de solucionar la litis con un pronunciamiento sobre el fondo, dejando latente la violencia familiar.
- No debe archivarse el proceso de violencia familiar, cuando el Fiscal de Familia como coadyuvante asiste a la audiencia única, aún cuando no concurran la agraviada que solicitó constituirse en parte demandante ni el demandado.
- Actualmente, en los casos donde tienen la condición de coadyuvantes, los Fiscales de Familia de esta ciudad no están cumpliendo su obligación de proteger a la víctima, porque utilizan esta condición jurídica para liberarse de su responsabilidad, no asisten a la audiencia única y no vuelven a impulsar el proceso.
- En los procesos de violencia familiar, el artículo 18° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 002-98-JUS, debe interpretarse extensivamente, buscando la optimización de los derechos fundamentales de las víctimas y la eficacia de la norma, aplicando especialmente los principios pro homine y favor debilis, porque en los procesos de violencia familiar, la agraviada se encuentra en una posición de inferioridad respecto del agresor.

Chiclayo, febrero del 2014.



SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.

POR: MARTIN TONINO CRUZADO PORTAL.
ASISTENTE EN FUNCIÓN FISCAL DE LA PRIMERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE
LAMBAYEQUE.



1.- Introducción. 2.- Aspectos Jurisdiccionales y Políticos del Tribunal Constitucional. 2.1.- Aspectos Jurisdiccionales del Tribunal Constitucional. 2.2.- Aspectos Políticos del Tribunal Constitucional. 3.- Nuestro Punto de Vista. 3.1.- Definiciones Jurisprudenciales. 3.2.- Definiciones desde el Punto de vista de la Doctrina. 4.- Toma de Posición. 5.- Sobre "La derogación" de la ley por el Tribunal Constitucional. 5.1.- ¿El Tribunal Constitucional deroga leyes? Nuestra opinión. 6.- Conclusiones 7.- Bibliografía.

1.- Introducción.

No es un ejercicio intelectual vano ni mucho menos fatuo, superfluo inquirir sobre la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional, por cuanto si argumentamos que su labor es netamente jurisdiccional y no política, vamos a colegir como es que la decisiones que toma el máximo intérprete de la Constitución, a través de su jurisprudencia, innova nuestro ordenamiento jurídico, por lo que es menester dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de la labor ejercida por el Tribunal Constitucional, al respecto la doctrina expone: "Las posturas son principalmente dos: unos sostienen el carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional, y otros defienden su naturaleza política. Los partidarios de la primera opción, aferrados a la idea Kelseniana de Justicia Constitucional, constatan el necesario sometimiento de la institución a todas las reglas que comandan la actividad de los Tribunales Ordinarios, y arguyen que no ha lugar sino a considerarlo como un órgano jurisdiccional, encargado de resolver conflictos jurídicos con arreglo a lo preceptuado constitucionalmente. Éstos entienden que las acciones del Tribunal Constitucional se desenvuelven en un marco de estricta legalidad, incontaminada por intromisiones metajurídicas.¹

En el vector opuesto encontramos los que denuncian como simple ropaje jurídico la argumentación realizada por el sector de la doctrina cuyo pensamiento acabamos de resumir; y afirman sin paliativos el carácter absolutamente político del juez Constitucional.² Los partidarios de esta opción atacan la línea de flotación de los precedentes argumentos señalando que querer transmutar la politicidad esencial de esta institución en juridicidad parece un completo eufemismo, y hasta una falacia -dicen-. Seguramente a los últimos no les falta razón cuando aseveran que es un verdadero despropósito pretender dirimir las ambigüedades de la Carta Magna acudiendo a un Tribunal, cuando ésa es una cuestión de oportunidad, es decir, ésa es una cuestión política en el sentido más noble del término; irresoluble, según Schmitt; en la vía teórica- jurídica.³"

2.- Aspectos Jurisdiccionales y Políticos del Tribunal Constitucional.

En la doctrina nacional y extranjera también encontramos afirmaciones que corroboran los importantes aspectos jurisdiccionales y políticos del Tribunal Constitucional.

1 R. Canosa Usera. *Interpretación Constitucional y Fórmula Política*. Ob. Cit. P. 37. Carlos S. Niño "La Constitución como convención", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N° 6, 1990. PP. 189-217. Citado por MARÍN, José Ángel. *Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional*. Editorial Ariel S.A. Barcelona. Primera Edición: Septiembre 1998. Pág. 75.

2 Por emblemático Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, pp. 131 y ss.; también K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1982, p. 321. Citado por MARÍN, José Ángel. Ob. Cit. Pág. 75.

3 MARÍN, José Ángel. Ob. Cit. Pág. 75.

2.1.- Aspectos Jurisdiccionales del Tribunal Constitucional.

En cuanto a su naturaleza, los tribunales constitucionales se pueden concebir como órganos estrictamente judiciales desde un punto de vista estrictamente jurídico, pero también al respecto hay varias teorías. Algunos autores (Tesauro y Lavagna) afirman la naturaleza jurisdiccional; otros (Calamandrei, Kelsen y Villari) sostienen su cariz legislativo; y unos pocos, la naturaleza administrativa (Balladore Pallieri). Parte de la doctrina hace hincapié en que son órganos de justicia política (Mortati, Martinres y Cheli). Louis Favoreu⁴ expresa:

La cuestión de la composición no puede plantearse de manera neutral, ya que, habida cuenta de la repercusión de sus decisiones, el juez constitucional desempeña necesariamente un papel o una función política. [...] toda jurisdicción constitucional, incluso el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, tiene un carácter político, pues si no, no se trata de una verdadera jurisdicción constitucional.

El profesor Martínez Sospedra⁵ enumera seis razones para afirmar el carácter jurisdiccional de los tribunales constitucionales: 1) la sujeción de su función a un método jurídico de interpretación; 2) el carácter reglado de la acción del tribunal constitucional en cuanto la actividad de conocimiento jurídico y no de oportunidad política; 3) su actuación que sólo opera a instancia de parte; 4) la vinculación de su actividad a un proceso jurisdiccional especial y contradictorio; 5) los principios de neutralidad e independencia a que está sujeta la actividad jurisdiccional; y 6) su posición de tercero súper partes.

2.2.- Aspectos Políticos del Tribunal Constitucional.

Así, por ejemplo, Almagro Nosete⁶ subraya que el Tribunal se constituye, en algún aspecto, como un suprapoder. Jesús González Pérez⁷ escribe en una obra reciente lo siguiente: "En el ordenamiento español, pues, existe una auténtica Jurisdicción que conoce de las pretensiones fundadas en derecho constitucional, Jurisdicción por estar confiada a órganos estatales independientes a los que se confía esa función específica. Y como las pretensiones con este fundamento se deducen frente a órganos estatales de naturaleza política que actúan políticamente, existe un matiz político incuestionable en la actuación del órgano jurisdiccional. De aquí la naturaleza especial de esta Jurisdicción, por su posición independiente respecto de la Común Administración Judicial (Art. 1º. LOTC) y el nombramiento y procedencia de los magistrados que la integran."⁸

El autor citado subraya la naturaleza especial de la Jurisdicción constitucional y califica al Tribunal Constitucional de superpoder -coincidiendo con Almagro-⁹, si bien aclara que, aunque existe un matiz político en la decisión de la conformidad, o disconformidad, con el ordenamiento jurídico de la norma examinada, tratase siempre de una cuestión jurídica, por eso la conoce un órgano jurisdiccional. Precisamente, por ese matiz político es más idónea la atribución a una jurisdicción

4 Informe general de Louis Favoreu, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 21-22. Citado por MONROY CABRA, Marco Gerardo. Necesidad e Importancia De Los Tribunales Constitucionales En Un Estado Social De Derecho. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2004. Tomo I, Konrad- Adenauer-Stiftung A.C. 10ª Edición. Pág. 23

5 Manuel Martínez Sospedra, "El Tribunal Constitucional como órgano político", en Dirección General de lo Contencioso del Estado, *El Tribunal Constitucional*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 1794 y ss. Citado por MONROY CABRA, Marco Gerardo. Ob. Cit. Pág. 23.

6 JOSÉ ALMAGRO NOSETE: "Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la Nueva Constitución", en *Lecturas sobre la Constitución Española*, I, Coordinación Tomás R. Fernández Rodríguez, Facultad de Derecho, UNED, Madrid, 1978, p. 332. Citado por LUCAS VERDÚ, Pablo. Curso de derecho Político. Madrid, Ed, Tecnos S.A, 1984, T IV, pp. 815-838. En: Blancas Bustamante, Carlos; Landa Arroyo, César; Rubio Correa, Marcial. Derecho Constitucional General. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1999. Quinta Edición. Mayo de 1999. Pág. 532.

7 JESÚS GONZÁLES PÉREZ; *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1980. P. 75. Citado por LUCAS VERDÚ, Pablo. Ob. Cit. Pág. 532.

8 LUCAS VERDÚ, Pablo. Curso de derecho Político. Madrid, Ed, Tecnos S.A, 1984, T IV, pp. 815-838. En: Blancas Bustamante, Carlos; Landa Arroyo, César; Rubio Correa, Marcial. Derecho Constitucional General. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1999. Quinta Edición. Mayo de 1999. Pág. 532.

9 González Pérez, Ob. Cit. pp. 76 y 83 Citado por LUCAS VERDÚ, Pablo. Ob. Cit. Pág. 532.

especial, siempre que no se olvide su naturaleza jurisdiccional, pues una politización del órgano llegaría a un simulacro de Tribunal y de Proceso¹⁰.

De manera más convincente y detallada, Rosa Ruiz Lapeña¹¹ razona la naturaleza política del Tribunal Constitucional [Español].

El hecho de que el constituyente haya optado por un sistema de tutela jurisdiccional de la Constitución a través de un Tribunal Constitucional no implica por sí solo que esté exenta de implicaciones políticas. Tampoco el hecho de que ese órgano se configure como Tribunal ni que sea de naturaleza estrictamente judicial.

La autora señala los rasgos que lo definen como órgano jurisdiccional y los que encuadran mejor con un órgano político.

Entre los rasgos de orden jurisdiccional figuran:

- 1.- El Tribunal Constitucional, como cualquier otro Tribunal, necesita para actuar de un impulso externo.
- 2.- El procedimiento es similar al de cualquier otro organismo judicial colegiado. Se diferencia por la materia que conoce.
- 3.- Sus resoluciones adoptan la forma de sentencias en cuanto expresión de actos de conocimiento de derecho, no de voluntad política.

Frente a estas notas existen otras que la califican de órgano político, a saber:

- 1.- Que el acto de impulso, cuando se acude al Tribunal por vía principal, es un *acto político*.
- 2.- Si bien el procedimiento es formalmente jurídico, dada la materia sobre la que versa, no se puede sustraer a *estimaciones políticas*.
- 3.- Que, aunque el órgano se configure como Tribunal, se diferencia de otros Tribunales tanto por el procedimiento de selección de sus miembros, como por el hecho de que ser juez no es requisito indispensable para formar parte del Tribunal Constitucional.
- 4.- A pesar de que las resoluciones revistan forma de sentencias, no se asimilan a la de otros Tribunales, porque la eficacia *erga omnes* de la anulación de una norma con carácter definitivo es consecuencia más bien de un acto de legislación que de jurisdicción¹².

Al parecer en una posición intermedia el jurista alemán Jutta Limbach, ex presidente del *Bundesverfassungsgericht*, con relación al tema, *mutatis mutandis*, de manera magistral expone:

10 González Pérez, Ob. Cit. p.77. Citado por LUCAS VERDÚ, Pablo. Ob. Cit. Pág. 533.

11 Rosa Ruiz Lapeña. "El Tribunal Constitucional", en Estudios sobre *la Constitución Española de 1978*. Ed. M. Ramírez, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979. Citado por LUCAS VERDÚ, Pablo. Ob. Cit. Pág. 533.

12 Rosa Ruiz Lapeña. Ob. Cit. pp. 383, 384 y 387. Citado por LUCAS VERDÚ, Pablo. Ob. Cit. Págs. 533-534.



“De todos modos, por más que como árbitro supremo esté el *Bundesverfassungsgericht* por encima de todos los órganos estatales y tenga la última palabra a la hora de interpretar la Ley Fundamental¹³, no está dotado del máximo poder. Para empezar, el tribunal no actúa *ex officio*, si no tan sólo a instancia de parte. Por otra parte, su función es tan sólo de control, de freno y limitación del poder. Su tarea consiste precisamente en vincular la política al Derecho sometiéndola al mismo, toda vez que la ley Fundamental *ha decantado a favor del Derecho la rancia tensión entre el poder y el Derecho*¹⁴. La tarea del Tribunal es tan limitada, como interpretar y aplicar la Constitución a un contencioso concreto en un procedimiento judicial. No incumbe al *Bundesverfassungsgericht* la toma en consideración de razones de oportunidad política. El tribunal ha sido concebido como un órgano del Derecho y no como un órgano político, por más que sus decisiones conlleven inevitablemente efectos políticos¹⁵. Los jueces constitucionales no están llamados a examinar, si una determinada ley es la solución más funcional, razonable, justa o incluso humana. (Subrayado Nuestro).

Al contrario, el Tribunal deberá tener en cuenta que la Ley Fundamental ha querido hacer del legislador el *protagonista* de la modelación social de la comunidad. La autonomía del legislador es así plena. El parlamento (*Bundestag*) tiene facultad de iniciativa -a diferencia del *Bundesverfassungsgericht*-. Únicamente cabe a éste último, actuar en un procedimiento de revisión a partir de impulsos exógenos en reacción a decisiones ya adoptadas. La estrechez de perspectiva impuesta por el procedimiento judicial comporta el riesgo, de que los jueces puedan no tener suficientemente en cuenta los aspectos sociales del caso; sobre todo, que no acierten a prever efectos o consecuencias. El legislador, en cambio, puede seguir los resultados de sus decisiones y, en su caso, corregirlas; el legislador continúa *controlando el producto de su acción*¹⁶. Por razones estructurales queda vedado al Tribunal, por el contrario, el procedimiento de *Trial and error*.”

3.- Nuestro punto de vista.

A nuestro turno anotamos en primer lugar que el Tribunal Constitucional, es un órgano constitucional autónomo e independiente, es el vocero del poder constituyente¹⁷, el comisionado mayor, que no

13 Advirtamos *nota bene*, que el citado jurista germano utiliza la denominación de “Ley Fundamental” y no el término “Constitución”, pues debemos subrayar que Alemania estaba dividida política y geográficamente y el término “Ley Fundamental” tenía un carácter de provisionalidad de temporalidad, en consecuencia cuando Alemania se unificó la denominación de Ley Fundamental siguió rigiendo hasta nuestros días y no fue cambiado por el término correcto de “Constitución”, que para hacer la diferencia entre Ley Fundamental y Constitución, notaremos que la primera es temporal, provisional y puede regir para una parte de la nación a contrario sensu el termino Constitución da a entender que la ley suprema es permanente y rige para toda la nación.

14 A efectos de un planteamiento certero, vid. Helmut Simon. “La Jurisdicción Constitucional”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Presentación de Conrado Hesse; edición, *prolegomena* y traducción de Antonio López Pina, Madrid; Marcial; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales; Instituto Vasco de Administración de Pública; 1996, pp. 823 y SS. Citado por LIMBACH, Jutta. *Papel y Poder del Tribunal Constitucional*. En: *Teoría y Realidad Constitucional* N° 04 2Do Semestre 1999 Monográfico. El Tribunal Constitucional Universidad Nacional de Educación a Distancia. Editorial centro de estudios Ramón Areces S.A. Pág. 97.

15 Acertadamente, Thomas Clemens, *Das Bundesverfassungsgericht im Rechts- und Verfassungsstaat*, en Michel Piazzola (Hg), *Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, Mainz 1995, pp. 13, 16 ss. Citado por LIMBACH, Jutta. Ob. Cit. Pág. 97.

16 Sobre el particular, Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden 1982, p. 335, 337. Citado por LIMBACH, Jutta. Ob. Cit. Pág. 97.

17 17. El Poder Constituyente y el Tribunal Constitucional

El Poder Constituyente originario, por ser previo y sin control jurídico, tiene la capacidad de realizar transmutaciones al texto constitucional, ya que este órgano representativo es el encargado de ‘crear’ la Constitución. Ello es así porque aparece como una entidad única, extraordinaria e ilimitada formalmente. Al respecto, debe precisarse cuál es la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Constituyente originario. Cuando resuelve un proceso, y al haberse reconocido en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que “(...) es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”, en el fondo se está admitiendo que este Colegiado, actuando con lealtad constitucional y jurídica, es el intérprete de la voluntad del poder originario, atendiendo a que su fin es darle un sentido vivo, dúctil y omnicomprensivo a la Constitución. Pero debe quedar claro, especialmente para esta sentencia, que esto no quiere decir que el Tribunal Constitucional sea el Poder Constituyente; simplemente se convierte, por así decirlo, en su ‘vocero’. (Exp. N° 0050-2004-AI 0051-2004-AI 0004-2005-AI 0007-2005-AI 0009-2005-AI Fj. 17)

es democrático en su origen¹⁸, y tampoco tiene responsabilidad política por sus opiniones¹⁹, pero si advertimos que actualmente es el autodenominado intérprete supremo²⁰ de la Constitución²¹, y si el Tribunal Constitucional interpreta o confronta la Constitución Política con otras normas, y si nos decantamos por la posición que propugna que su naturaleza es estrictamente jurisdiccional ¿no es acaso la Constitución, precisamente la norma suprema que interpreta, una norma jurídica-política? En consecuencia ¿la interpretación que haga de la misma será netamente jurisdiccional o política o quizás ambas a la vez?

3.1.- Definiciones Jurisprudenciales.

Para responder estas interrogantes veamos al respecto cinco definiciones jurisprudenciales sobre la Constitución:

A.- "§2. Naturaleza de la Constitución y los alcances de la impugnación.

2. La Constitución es *una norma jurídico-política sui generis*. El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no sólo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir. (Resaltado nuestro)

Es común señalar que una de las formas cómo se expresa esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, *prima facie*, una norma política. Ella, en efecto, es la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo.

Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el *status* de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema.

18 Artículo 201.- Tribunal Constitucional (Constitución Política del Perú)

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación. (Resaltado nuestro)

19 Artículo 14.- Privilegios inherentes a la función (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Ley N° 28301)

Los Magistrados del Tribunal no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. Gozan de inviolabilidad. **No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo.** También gozan de inmunidad.

No pueden ser detenidos ni procesados sin autorización del pleno del Tribunal, salvo flagrante delito. (Resaltado nuestro)

20 Artículo 1.- Definición (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Ley N° 28301)

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República.

21 A diferencia de los tribunales europeos y algunos latinoamericanos, que en forma expresa están calificados por sus constituciones y sus leyes orgánicas como máximos intérpretes de la Constitución (el Tribunal Alemán, "es el máximo intérprete de la Constitución", el Tribunal Constitucional Español "es el guardián de la Constitución", la Corte Constitucional Colombiana, "tiene la guarda de la Constitución") al Tribunal Peruano, tanto en primera etapa como en la segunda, el Congreso le regateó tal calidad, alegando los congresistas que ellos también podían interpretar la carta magna.

En más de una ocasión habíamos dicho, que tal calidad de máximo intérprete, le deberá alcanzar el Tribunal, por sus acertadas y reiteradas ejecutorias y por la autoridad que vaya conquistando como máximo órgano de control constitucional jurisdiccional. ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. Dificultades y Avances en la Justicia Constitucional Peruana. Pág. 100. En: García Belaunde, Domingo. La Constitución y su Defensa (Algunos problemas Contemporáneos) (Ponencias Peruanas al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 3,4 y 5 de Diciembre de 2003). Editora Jurídica Grijley. Primera Edición. Lima Noviembre 2003.



La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto." **(Exp. N.º 014-2003-AI/TC Fundamento 2).**

B.- "La Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran.

Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma". (Interpretación conforme con la Constitución)." **(Exp. N.º 0020-2005-PI y 0021-2005-PI. FJ N.º 19)**

C.- "La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al "Derecho de la Constitución", esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.

Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (Artículo 51º), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (Artículo 45º) o de la colectividad en general (artículo 38º) puede vulnerarla válidamente." **(Exp. N.º 5854-2005-PA, FJ 5 y 6)**

D.- "la Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un totus social en el que subyace la igualdad. **(Exp. N.º 00030-2005-PI, FJ 19 in fine)**

E.- "***La Constitución es una norma jurídico-política sui generis.*** El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no sólo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir. (Resaltado nuestro)

Es común señalar que una de las formas cómo se expresa esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, prima facie, una norma política. Ella, en efecto, es la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo.

Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema.



La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto” (**Exp. N° 0014-2003-AI. FJ 2**).

3.2.- Definiciones desde el punto de vista de la doctrina.

Para la doctrina El Concepto De Constitución y La Ciencia Política: “El solo hecho de que sea la Constitución la encargada de crear (constituir) los poderes del Estado, y de que, por lo tanto, todo poder dependa de ella, la coloca en el centro del estudio de la ciencia política. No obstante, como es sabido, la ciencia política es más antigua que el derecho constitucional. En efecto, desde La República y las Leyes de Platón, La Política de Aristóteles y Las leyes y la República, de Cicerón (por nombrar sólo algunas obras clásicas) en adelante, el ser humano se dedicó al estudio científico de la realidad política y a la explicación del fenómeno del poder en la sociedad. Si bien en la antigüedad esta rama del saber aparecía mezclada con la filosofía, luego fue ganando autonomía, y su existencia es varios siglos anterior a la existencia de las Constituciones escritas y al estudio de éstas.

Según Germán Bidart Campos, el orden político se encausa a través de lo jurídico, y a ese orden jurídico se le denomina derecho constitucional o Constitución material.²² Y sobre esa base agrega:

El derecho impregna organizacionalmente al estado, a esa realidad social con estructura política que, juridizada, se llama estado... Cuando decimos “constitución” solemos pensar en normas jurídicas; acaso en la codificación formal de las mismas. En cambio, deberíamos pensar primariamente en una realidad. Realidad social, realidad política, realidad jurídica, pero realidad ante todo.

Siguiendo a la doctrina extranjera el doctor Néstor Pedro Sagüés expone:

... el reconocimiento de los papeles políticos que inevitablemente asume la jurisdicción constitucional como órgano de control (en defensa de la supremacía de la Constitución) de los poderes clásicamente “políticos”. Determinar si una ley es o no constitucional es, desde luego, una operación jurídica. Pero al mismo tiempo posee también una naturaleza política de manera inescindible en tanto acto de control entre poderes. Demás está decir que si la sentencia de un tribunal constitucional tiene efectos expansivos, ya porque debe ser seguida por los otros tribunales del país, ya por *derogar* la ley inconstitucional, esa entidad política se acrecienta²³. (Resaltado Nuestro *derogar* término que no compartimos por las razones que más adelante expondremos)

22 BIDART CAMPOS, Germán J., Ciencia Política y Ciencia Del Derecho Constitucional ¿Unidad o Dualidad?, Buenos Aires, Ediar, 1982, p. 79. Citado por MANILI, Pablo Luis. El Concepto De Constitución Pág. 701. En: Häberle, Peter; García Belaunde, Domingo. (Coordinadores) - El Control Del Poder. Homenaje A Diego Valadés - Tomo I. Universidad Nacional Autónoma De México. México, 2011. Primera Edición: 15 De Abril De 2011.

23 SAGÜÉS, Néstor Pedro. Los Tribunales Constitucionales Como Agentes De Cambios Sociales. En: Gaceta Constitucional. Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tomo 43, Julio 2011, Gaceta Jurídica. Pág. 294; dicho ensayo se encuentra disponible también en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumariocons/docsum/GC%2043%20Nestor%20Pedro%20Sagues.pdf>



Para la doctrina nacional el doctor César Landa Arroyo expone:

La justificación de la existencia del Tribunal Constitucional se asienta sobre dos principios consustanciales que fundan el Estado constitucional y democrático: el principio de supremacía jurídica de la Constitución, que garantiza la primacía y eficacia de la ley fundamental, y el principio político democrático, o de soberanía popular, que se manifiesta en el sistema de democracia representativa.²⁴

En lo que a la naturaleza del Tribunal Constitucional se refiere, es preciso señalar que la complejidad de este órgano constitucional impide que pueda ser entendido, a cabalidad, únicamente a partir de las atribuciones que le han sido conferidas normativamente por la Constitución o por el régimen jurídico constitucional que lo regula; incluso el neopositivismo constitucional, asentado exclusivamente en la jurisprudencia, es insuficiente para comprender su rol en el proceso histórico, social y político.

Dicha constatación nos permite señalar que el Tribunal Constitucional puede ser entendido no sólo como un órgano constitucional, sino también como un órgano jurisdiccional e, inclusive, como un órgano político.

...la autonomía es tanto un atributo de un poder u organismo independiente como la capacidad de actuación de dicho organismo constitucional -como el Tribunal Constitucional- para cumplir sus fines de control constitucional con las limitaciones y responsabilidades que la propia Constitución y las leyes establecen.

Así, las implicancias que se derivan de reconocer la especial naturaleza del Tribunal Constitucional, en tanto órgano constitucional, jurisdiccional y político, y su posición en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto supremo intérprete de la Constitución, no son irrelevantes. En efecto, en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, la labor del Tribunal Constitucional es de integración jurídica de las normas, fallos y actos presuntamente violatorios con la Constitución. En dicha labor integradora se manifiesta: "...la vinculación que existe entre integración material y legitimidad específica. La jurisprudencia de carácter formalista, que relativiza estos hechos a favor del ordenamiento de los órganos y las funciones prescritas en la Constitución, no hace sino invertir el orden de prelación de importancia que de forma contundente quiere establecer la Constitución".²⁵

En sentido casi similar CUNO CRUZ, expone: "...De inicio, solo su naturaleza jurisdiccional (TC) lo habilita para entrar a comprobar si una determinada norma legal contraviene o no lo establecido en la constitución (norma jurídica superior), de lo contrario, lo que tendría que hacer es proponer ideas y debatirlas con las del parlamento, en busca de consensos mayoritarios, cual órgano político."²⁶

Pero si uno revisa las resoluciones del Tribunal Constitucional, pareciera que se hubiera dejado de lado dicho margen jurídico para ingresar a tallar en temas estrictamente políticos. Ello en realidad no es

24 Cfr. Vega García, Pedro de, *op. cit.*, nota 18, pp. 298-302. Citado por LANDA ARROYO, César. Autonomía Procesal Del Tribunal Constitucional. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (Coordinadores). Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. Estudios En Homenaje a Héctor Fix Zamudio En Sus Cincuenta Años Como Investigador Del Derecho (Colaboraciones Peruanas). Editorial Idemsa. Lima - Perú. Primera Edición: Lima Abril de 2009. Pág. 443.

25 Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 228. Citado por LANDA ARROYO, César. Autonomía Procesal Del Tribunal Constitucional. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (Coordinadores). Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. Estudios En Homenaje a Héctor Fix Zamudio En Sus Cincuenta Años Como Investigador Del Derecho (Colaboraciones Peruanas). Editorial Idemsa. Lima - Perú. Primera Edición: Lima Abril de 2009. Pág. 447.

26 CUNO CRUZ, Humberto Luis. Sentencias Interpretativas: Fundamentos, Origen y Clases. En: Compendio de Instituciones Procesales Creadas Por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica S.A. T.C. Gaceta Constitucional. Primera Edición Diciembre 2009. Pág. 319.



así, lo que sucede es que -como todos sabemos- el método jurídico del Derecho Constitucional tiene particularidades que los distinguen del método jurídico general y que diferencian la interpretación constitucional de la del resto del ordenamiento. Entonces, la determinación del contenido de la Constitución a través de la interpretación termina siendo no necesariamente una decisión política bajo procedimiento judicial, es decir el Tribunal Constitucional decide jurídicamente sobre temas políticos, porque la politicidad es una característica de la norma constitucional. Aquí sucede algo similar a la visión del denominado positivismo metodológico, que describe un Derecho con contenido moral de quien hace esa descripción. El magistrado constitucional debe realizar el análisis jurídico y político de la norma constitucional, pero sin hacer participar sus propias y particulares inclinaciones políticas o ideológicas, ni siquiera le debe servir de pauta la ideología política imperante en el medio, es decir, incluso los aspectos políticos de su decisión solo deben responder a un examen racional que no puede escapar de los márgenes de la constitución (parámetro normativo)²⁷

4.- Toma de Posición.

En conclusión podemos decir, a nuestro turno, que el Tribunal Constitucional Peruano es un órgano constitucional, que posee una naturaleza jurisdiccional y política. Jurisdiccional porque resuelve controversias (a pedido de parte) apoyándose en normas, principios, valores y disposiciones (Constitución Política, Ley Orgánica del TC, Código Procesal Constitucional, Bloque de la Constitucionalidad, etc) y las resoluciones y sentencias que emite son claros ejemplos de su labor jurisdiccional, los ejemplos abundan sobre este extremo cuando resuelve principalmente causas de los procesos de la Libertad (Hábeas Corpus, Hábeas Data, Amparo, Proceso de Cumplimiento) y se manifiesta en todo su vertiente política cuando resuelve procesos orgánicos (Proceso de Inconstitucionalidad, Conflicto Competencial), para tomar una muestra tenemos casos sobre inconstitucionalidad por ejemplo: el recaído en el Exp N° 0024-2010-AI/TC sobre crímenes de lesa humanidad, Exp. N° 00002-2008-PI/TC sobre el uso de la fuerza letal, Exp. N° 00005-2007-PI/TC inconstitucionalidad sobre la vigencia de la Justicia Militar Policial, no es difícil darse cuenta sobre el gran impacto que tienen las sentencias específicamente las que provienen de procesos sobre inconstitucionalidad, pues las decisiones del Tribunal Constitucional tienen efectos *erga omnes*, son oponibles a todos y son verdaderos precedentes que innovan el ordenamiento jurídico en su totalidad²⁸, y si esto es así deberá observarse en todo momento el Principio de *Self Restraint*, a fin que el Tribunal Constitucional no incurra en excesos.

Con relación a lo antes expuesto es menester anotar: “*La Autorrestricción Judicial*. En democracias estables el *Self-restraint* es la regla para asumir los procesos constitucionales con abierto contenido político²⁹. Pero este límite no debe ser rígido, sino que depende de la naturaleza del proceso concreto; en todo caso, se debe recordar siempre que el Tribunal Constitucional es un organismo constitucional del Estado, que contribuye con su jurisprudencia al desarrollo social del país. En esta medida la justicia constitucional juega un rol político, dado el impacto de sus decisiones constitucionales en los procesos político, económico y social, por ello resulta impropio plantear la despolitización -*Entpolitisierung*- de las resoluciones de la justicia constitucional, ya que éstas tendrán vigencia real sólo cuando hayan adquirido autoridad jurídica -*auctoritas*- y aprobación social -*potestas*-.

27 Ibidem. Pág. 320.

28 Artículo 81.- Efectos de la Sentencia fundada. (Código Procesal Constitucional)

Las sentencias fundadas recaídas en el **proceso de inconstitucionalidad** dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. **Tienen alcances generales** y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación... (Resaltado Nuestro).

29 Eliseo Aja (Editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa Actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 53 ss. y 171 ss; Konrad Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, en Peter Häberle y Alexander Hollerbach (Editores), Konrad Hesse, *Ausgewählte Schriften*, Tübingen, C.F. Müller, 1984, pp. 311-322; asimismo, Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción Constitucional y separación de poderes...*, *op.cit.* pp. 42-54. Citado por LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial Primera Edición Octubre 1999. Pág. 512.



En este sentido, para resolver idóneamente un conflicto político, no se necesita de una sentencia de una sentencia igualmente política sino jurídica, porque en lugar de controlar la vigencia de la Constitución, los jueces constitucionales estarían convirtiéndose en dueños de la misma³⁰. Por eso, en principio, cuando no haya disposiciones constitucionales acerca de la discreción de los jueces, ni límites de los justiciable, que previamente establezcan normas concretas y vinculantes que limiten a la jurisdicción constitucional, en casos políticamente álgidos, cabe plantear la problemática de los alcances del control de la jurisdiccional en un determinado proceso, a partir de la autolimitación judicial -*Judicial Self-restraint*- como regla general³¹.

Sin embargo, en gobiernos con democracias e instituciones débiles, las normas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas; semejantes valoraciones políticas; semejantes valoraciones políticas son empero siempre subjetivas hasta cierto grado. Por ello subsiste siempre e inevitablemente una relación de cierta tensión entre derecho y política. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la interpretación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez que aplica la ley³².

En este entendido, la regla general no es fija sino variable, va desde la autorrestricción judicial hasta el activismo judicial, en función de la naturaleza del caso político y las circunstancias sociales que rodean al mismo. Así, pues, la experiencia de la jurisprudencia norteamericana, alemana y austriaca, muestra que la jurisdicción constitucional en esos países ha sabido mantener y asegurar su legitimidad gracias *Self-restraint*³³, pero que ha podido avanzar y coadyuvar al desarrollo social de sus sociedades, gracias al *judicial activism*³⁴. Por eso, es importante establecer un balance entre ambos sistemas, tendiente al ejercicio de un activismo judicial moderado, en etapas de democracias mínimas como la que se atraviesa en el Perú.

En sentido similar "Así, se corre el riesgo que el Supremo intérprete de la Constitución no interprete ni aplique la Constitución, sino que termine imponiendo el deseo de cómo sean las cosas, o la cosmovisión o la ideología mayoritaria o incluso unánime de sus circunstanciales miembros. Por eso se concluía la necesidad de autocontrol por parte de los magistrados del Tribunal Constitucional al momento de definir lo constitucionalmente válido en un caso concreto, autocontrol que tiene su principal fundamento en el hecho de que el Tribunal Constitucional no es el Poder constituyente, de modo que la Constitución se configura como su primer límite.^{35"}

30 Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. Cit. P. 842. Asimismo Pedro de Vega, *Jurisdicción Constitucional y crisis de la Constitución...* op. Cit. pp. 117 ss. Citado por LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Pontificia Universidad Católica del Perú. Ob. Cit. Págs. 512-513.

31 Konrad Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit...* op. cit. pp. 313 ss. Asimismo, Raoul Berger, *Government by judiciary..* op. cit. pp. 446 ss. Citado por LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Pontificia Universidad Católica del Perú. Ob. Cit. Págs. 512-513.

32 Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit. P. 843. Asimismo Ronald Dworkin, *Laws 's empire. The moral Reading of the American Constituion...* op. Cit. pp 265. Ss. Citado por LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Pontificia Universidad Católica del Perú. Ob. Cit. Págs. 512-513.

33 Kurt Heller, *Judicial Self restraint in der Rechtsprechung des supreme court und des Verfassungsgerichtshofes*, en *ÖsterrZÖffR* 39, 1988, pp. 89-136; asimismo, Alexander Bickel, *The last dangerous branch the supreme court at the bar of politics..* op. cit. pp. 133-144. Citado por LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Pontificia Universidad Católica del Perú. Ob. Cit. Págs. 512-513.

34 Stephan Wasby, *The supreme Court in the Federal Judicial Sss.tem...* op cit. pp 10 ss y 229 ss; Arthur Goldberg, *Equal Justice. The Warren era of the Supreme Court...*, op cit. pp. 67 ss; Philip Kurland, *Politics the constitution and the Warren Court..* op. cit. pp. 191. Ss; John Schmidhauser, Larry Berg, *The supreme court and congress. Conflict and interaction, 1945-1968...*, op. cit. pp 17 ss. Citado por LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Pontificia Universidad Católica del Perú. Ob. Cit. Págs. 512-513.

35 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Administración Pública y Control De La Constitucionalidad De Las Leyes ¿Otro Exceso Del TC? En: Carpio Marcos, Edgar. Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores). La Defensa De La Constitución Por Los Tribunales Administrativos. Un Debate A Propósito De La Jurisprudencia Constitucional. Revista Mensual De Jurisprudencia. Palestra Del Tribunal Constitucional. Palestra Editores Lima - 2007. Primera Edición, Marzo 2007. Pág. 99.

5.- Sobre "La derogación" de la ley por el Tribunal Constitucional.

Retomando lo que dijimos líneas arriba sobre las sentencias expedidas en los procesos de Inconstitucionalidad es menester traer a colación lo estipulado por el Artículo 81° del Código Procesal Constitucional el cual reza que *Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian*. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos...

Con relación al Artículo 81° del Código Procesal Constitucional, la doctrina comenta: "...la declaratoria de Inconstitucionalidad de una de las disposiciones de la ley, determina que los otros dispositivos o interpretaciones que resulten conforme a la Constitución permanezcan en el ordenamiento jurídico. En cambio, las que resultan contrarias a la Constitución son expulsadas, siendo derogadas y se deja sin efecto sus disposiciones normativas dentro del orden constitucional. La derogatoria de las disposiciones de la ley cuestionada en el proceso de inconstitucionalidad se hace con efectos generales, para la totalidad de la población, órganos e instituciones del Estado, y es vinculante a partir del siguiente día de su publicación en el diario oficial el peruano. Asimismo, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley cuestionada no tiene efectos retroactivos.³⁶" (Subrayado nuestro).

Sobre el uso del Término *derogar*, el jurista Aníbal Quiroga León expone: "La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía "quirúrgica" del sistema jurídico (al decir de Fix-Zamudio) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero si hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento, una tarea "quirúrgica" que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el "vacío" que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, constituye en puridad una "situación de mayor inconstitucionalidad" en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.³⁷" (Resaltado nuestro).

5.1.- ¿El Tribunal Constitucional deroga leyes? Nuestra opinión.

De las líneas transcritas dejamos por si sentada nuestra posición que no compartimos en el extremo que el Tribunal Constitucional, derogue normas, pues según el Artículo 103° de la Constitución Política del Perú³⁸, *La ley se deroga sólo por otra ley*. Salvo que el Tribunal Constitucional sea legislador

36 PALOMINO MANCHEGO, José F. CHÁVEZ RABANAL, Mario G. Comentarios al Artículo 81° del Código Procesal Constitucional. En: Tupayachi Sotomayor, Jhony (Coordinador). Código Procesal Constitucional Comentado. Homenaje a Domingo García Belaunde. Segunda Edición. Editorial ADRUS. Segunda Edición. Julio 2011. Pág. 648.

37 QUIROGA LEÓN, Aníbal. El Derecho Procesal Constitucional Peruano. En: Vega Gómez, Juan; Corzo Sosa, Edgar. (Coordinadores). Instrumentos De Tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, 2002. Primera Edición: 2002. Págs. 487-488.

38 Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.



o que sus sentencias tengan rango de ley³⁹ (pues considero que tienen fuerza de ley, más no rango de ley, porque si lo tuvieran se podría plantear también un proceso de inconstitucionalidad –el cual procede contra normas con rango de ley- contra una sentencia del Tribunal Constitucional lo cual esta proscrito por el Artículo 82° del código procesal constitucional, se imaginarían Inconstitucionalidad contra Inconstitucionalidad), En consecuencia el Tribunal Constitucional podrá declarar la nulidad o ineficacia de la norma o disposición con rango de ley sometida a examen de constitucionalidad. El Artículo 103° de la Constitución usa el término *También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.*

El Artículo 204° de la Constitución Política del Perú usa el término *La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.*, lo mismo fluye del Artículo 81° del Código Procesal Constitucional⁴⁰ que usa el término *Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian.* Lo que me permite inferir que el Tribunal Constitucional declara la Ineficacia⁴¹ de la disposición o norma con rango legal, más no la deroga.

El connotado jurista Marcial Rubio Correa prefiere emplear el término Invalidar; al respecto expone comentando el Artículo 204° de la Constitución Política del Perú: “Si declara fundada la demanda, entonces produce el efecto de invalidarla. No es una derogación porque este concepto tiene un significado claro en la teoría y en la legislación. El Artículo 103° de la Constitución dice que “La Ley se deroga sólo por otra ley”. Aunque oportunamente hemos manifestado críticas de naturaleza técnica esta expresión, sí es indudable que la derogación es solamente la privación de vigencia a una norma legislativa por otra norma legislativa La derogación es, pues, esta especie de invalidez. La sentencia del Tribunal no es una norma legislativa y por lo tanto no deroga pero igualmente invalida.”⁴²

39 ¿Pero que es tener Fuerza de Ley y Rango de Ley?

La constitución utiliza el término Fuerza de Ley dos veces en los artículos 94° y 118°.19 de la Constitución

Que el concepto de **rango de ley**, alude a que “*las fuentes a las que se ha calificado como tales, se ubican en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución*” (Exp. N° 00005-2003-AI/TC, fundamento 10 -el énfasis es nuestro-), mientras que por **fuerza de ley**, la doctrina lo concibe como un principio que tiene dos facetas. En su faceta *activa* reconoce a la ley la capacidad de innovar, regular o modificar aquellos ámbitos que no le han sido vedados en forma expresa por la Constitución; mientras que en su faceta *pasiva* reconoce la capacidad de resistencia específica de la ley para no ser modificada ni derogada sino por otras normas que tengan el mismo rango u otra superior. En concreto, la fuerza de ley es una característica que engloba a distintas disposiciones que tienen muy diferente fuerza de innovar y muy diferente fuerza de resistir, **y una disposición puede tener rango de ley sin tener fuerza de ley** (Rubio Llorente, Francisco: “Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley: Sobre el problema del concepto de ley en la Constitución”. En: Revista de Administración Pública N° 100-102, Madrid, Enero-Diciembre de 1983, pp. 422 y 423. El énfasis es nuestro). EXP. N° 00018-2009-PI/TC Fundamento N° 06.

40 Artículo 81.- Efectos de la Sentencia fundada

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación.

Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del Artículo 74° de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia.

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano.

41 Falta de eficacia y actividad (Dic. Acad.), carencia de efectos normales en un negocio jurídico. En opinión de algunos tratadistas, constituye uno de los conceptos más indeterminados del Derecho Civil, que tiene como sinónimos los vocablos inexistencia, invalidez, y algunos otros similares, aun cuando no faltan autores modernos que dan al término ineficacia un contenido amplio, considerando a los otros como designación de variedades, por lo que un negocio jurídico será ineficaz cuando no surta los efectos característicos, sin que esta falta haya de obedecer a causas determinadas (Dic. Der. Usual). OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 2010. Editorial Heliasta Pág. 511; otro concepto relacionado es la Invalidez: En el negocio falta o se encuentra viciado alguno de los elementos esenciales o carezca de los presupuestos esenciales al tipo de negocio que pertenece, es decir es aquella idoneidad para producir los efectos esenciales del tipo. Por lo que aquí ubicaremos de manera apropiada a la Nulidad y a la Anulabilidad. (BETTY, Emilio. Teoría General Del Negocio Jurídico. Granada Editorial Comares S.L. 2000 Pág. 405.)

42 RUBIO CORREA, Marcial. Estudio De La Constitución Política De 1993. Tomo VI Pontificia Universidad Católica Del Perú. Fondo Editorial 1999. Primera Edición Abril de 1999. Pág. 152.

En sentido similar a lo anterior: Si el TC declara lo primero [la inconstitucionalidad], el precepto legal encontrado inconstitucional queda sin validez jurídica (Artículos 103 y 204 CP)⁴³ (Resaltado Nuestro).

Consultando la jurisprudencia advertimos que el mismo Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0004-2004-CC/TC, se expresa con propiedad y acoge nuestra posición al utilizar el término invalidez (dentro de la invalidez tenemos a las categorías de la nulidad y anulabilidad) y no usa el término derogar. Veamos al respecto:

3. Las sentencias estimativas Son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional. Las sentencias estimativas pueden ser de simple anulación, interpretativa propiamente dicha o interpretativas-manipulativas (normativas). (Resaltado nuestro).

El jurista Hans Kelsen, emplea el término anular leyes veamos: “Desde el punto de vista teórico, la diferencia entre un Tribunal Constitucional competente para la casación de las leyes y un tribunal ordinario en lo civil, penal o administrativo, es que tanto éstos como aquél aplican derecho y también generan derecho, estos producen solo normas individuales, mientras que aquel, aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspondiente a la producción jurídica, o sea, que -tal como lo he señalado- oficia de “legislador negativo”⁴⁴ (resaltado nuestro).

Es menester traer a colación lo expuesto por el jurista español Fernández Segado quien resaltando las diferencias entre control difuso y concentrado con relación a nuestro tema expone:

43 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. La Jurisprudencia Vinculante del Tribunal Constitucional. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Zaldivar Lelo De Larrea, Arturo (Coordinadores). Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. Estudios En Homenaje a Héctor Fix Zamudio En Sus Cincuenta Años Como Investigador Del Derecho (Colaboraciones Peruanas). Editorial Idemsa. Lima - Perú. Primera Edición: Lima Abril de 2009. Págs. 183-184.

44 Op. Cit. Pp. 130 ss. Previendo que el argumento principal contra la introducción del control de constitucionalidad fuese la separación entre jurisdicción y legislación, escribí: “No son las cosas muy distintas en lo referente a la segunda objeción, que parte del principio de la separación de poderes. Ciertamente, la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto del propio órgano legislativo constituye una invasión del “Poder Legislativo”, como corrientemente se dice. Pero el carácter muy problemático de esta argumentación se ve con claridad si se considera que el órgano al que está encomendada la anulación de las leyes inconstitucionales, aunque reciba, -por la independencia de sus miembros- la organización propia de un tribunal, no ejerce, sin embargo, verdaderamente una función jurisdiccional. En la medida en que se puede distinguir entre ellas, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa reside ante todo en que ésta crea normas generales mientras que aquélla sólo crea normas individuales. (Dejemos de lado el hecho de que esta no sea una distinción de principio ya que el legislador -especialmente el Parlamento- puede dictar también normas individuales.) Anular una ley es dictar una norma general, porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con signo negativo y, por tanto, una función legislativa. *Un Tribunal que tiene el poder de anular leyes es, por consiguiente, un órgano con Poder Legislativo.* La anulación de las leyes por un Tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como una atribución del Poder Legislativo entre dos órganos que como una intrusión del Poder Legislativo. Ahora bien, en este caso no se habla generalmente de una violación del principio de separación de poderes, como tampoco se hace, por ejemplo, cuando, en las Constituciones de las monarquías constitucionales, la legislación es encomendada en principio al Parlamento conjuntamente con el monarca, pero este último tiene, conjuntamente con los ministros y en ciertas circunstancias excepcionales, la facultad de dictar decretos que derogan las leyes (decretos de excepción). Nos conduciría demasiado lejos examinar aquí los motivos políticos de los que ha nacido esta doctrina de la separación de poderes, aunque solamente así podría verse el sentido verdadero de este principio, que es su función de equilibrio de las fuerzas políticas en la monarquía constitucional. Si se quiere mantenerlo en la república democrática sólo puede ser razonablemente tomado en consideración, de entre sus diferentes significado, aquél que se expresa mejor en la fórmula de “división de poderes” que en la “separación” de los mismos, es decir, el que alude a la idea del reparto de poder entre órganos diferentes no tanto para aislarlos recíprocamente como para permitir un control recíproco de unos sobre otros. Y esto no sólo para impedir la concentración de un poder excesivo en manos de un solo órgano -concentración que sería peligrosa para la democracia-, sino también para garantizarla regularidad del funcionamiento de los diferentes órganos. Pero entonces la institución de la justicia constitucional no está en absoluto en contradicción con el principio de separación de poderes sino que constituye, por el contrario, una afirmación del mismo. *El problema de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un Tribunal, carece, por consiguiente, de dificultad.* Su independencia tanto frente al Parlamento como frente al Gobierno, es un postulado evidente. Porque son precisamente el Parlamento y el Gobierno, es un postulado evidente. Porque son precisamente el Parlamento y el Gobierno, en su calidad de órganos que participan en el procedimiento legislativo, quienes deben ser controlados por la Justicia Constitucional”. Cita de KELSEN, Hans. ¿Quién Debe Ser El Defensor De La Constitución? Ob. Cit. Págs. 323-325. En: SCHMITT, Carl. y KELSEN, Hans. La Polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia Constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? Estudio Preliminar de Giorgio Lombardi. Clásicos del Pensamiento. Editorial Tecnos. 2009.



El *sistema difuso* era caracterizado como incidental (sólo lo puede proponer en vía prejudicial quien es parte en una controversia concreta), *especial* (la declaración de inconstitucionalidad conduce tan sólo a negar la aplicación de la ley al caso concreto) y *declarativo* (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente y, por tanto, con efectos *ex tunc*), y obviamente presupone que todos los órganos jurisdiccionales (de la autoridad judicial, como dice Calamandrei) puedan ejercerlo. El *sistema concentrado*, además de ser ejercido tan sólo por “un único y especial órgano constitucional”, es caracterizado como *principal* (el control se propone como tema separado y principal de la petición, cuestionando directamente la legitimidad de la ley en general, sin esperar que se ofrezca la ocasión de una controversia especial), *general* (**la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidación de la ley erga omnes, haciéndole perder para siempre su eficacia normativa general**) y *constitutivo* (el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como anulación o ineficacia *ex nunc*, que vale para el futuro, pero respeta en cuanto al pasado la validez de la ley inconstitucional)⁴⁵. (Resaltado Nuestro)

Para diferenciar los términos derogar y abrogar anotamos:

“En el ámbito del derecho los términos “abrogar” y “derogar” no pueden ser considerados como sinónimos, aun cuando en su sentido jurídico-técnico se entiende que se refieren a la eliminación de las normas del orden jurídico, o de manera más específica, a ponerles fin a su vigencia.

Kelsen señala que la jurisprudencia romana hacía una distinción entre *abrogatio* (*u obrogatio*), que significa el rechazo total y *derogatio*, el rechazo parcial. Para Kelsen, la derogación modifica el contenido de la norma y, por ende, su ámbito de validez⁴⁶. Es por ello que la doctrina distingue los términos abrogación y derogación, el primero se utiliza cuando se produce la eliminación total de un cuerpo normativo. El segundo, en cambio, refiere la supresión de una parte de una disposición jurídica, o una o varias disposiciones de uno o varios textos normativos que subsisten después de efectuada la acción derogatoria⁴⁷.

Para terminar en este extremo, sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional, debemos anotar que también se presenta un matiz político no solo en los procesos orgánicos como ya lo anotamos líneas arriba, sino también en los procesos de la libertad (nos permitimos usar la frase de Mauro Cappelletti), un ejemplo muy tangible Constituyen los Precedentes Vinculantes⁴⁸ que son oponibles *erga omnes* para todos y si advertimos que la mayoría de precedentes recaen sobre procesos de la libertad (Hábeas Corpus, Hábeas Data, Amparo y Cumplimiento). Tenemos además los siguientes ejemplos sobre procesos de la libertad que no constituyen precedentes vinculantes, pero tienen un marcado e inculcable matiz político, en el sentido que generan consecuencias y efectos no solo para las sujetos procesales que las han planteado, sino para todo nuestro ordenamiento jurídico.

“I.- Sentencias que protegen los derechos de los pueblos indígenas

1.1.- Caso de control constitucional de violación del Convenio 169 por omisión legislativa. STC N° 05427-2009-PC/TC

1.2.- Exp. N° 00022-2009-PI/TC (Caso consulta previa de pueblos indígenas)

45 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La Justicia Constitucional Ante El Siglo XXI: La Progresiva Convergencia De Los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Universidad Nacional Autónoma De México. México, 2004. Primera Edición: 2004. Pág. 26.

46 “Derogation”, *op. cit.*, nota 57, pp. 1434 y 1435. Citado por HUERTA OCHOA, Carla. Ob. Cit. Págs. 155 y 156.

47 HUERTA OCHOA, Carla. Ob. Cit. Pág.156.

48 Cuando se habla de precedente, se alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación del ordenamiento dispositivo, crea el juez para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo. (RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. El Precedente Constitucional En El Perú: Entre el Poder de la Historia y la Razón de los Derechos. En: Carpio Marcos, Edgar y Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores) Estudios al Precedente Constitucional. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1Era Edición Febrero 2007. Pág. 55)

II.- Sentencias que favorecen la sanción de crímenes contra los derechos humanos

2.1.- Habeas Corpus de Fujimori Exp. N° 4235-2010-PHC

2.2.- Caso Castillo Páez. STC N° 02666-2010-PHC/TC

III. Sentencias que protegen derechos sociales

3.1.- Caso libre desafiliación de las AFP. STC N° 00014-2007-AI/TC

3.2.- Caso ONP. STC N° 05561-2007-PA/TC

3.3.- Caso pago de horas extras. STC N° 05924-2009-PA/TC

3.4.- Caso salud mental. STC N° 03426-2008-PHC/TC

3.5.- Caso cadete embarazada. STC N° 05527-2008-PHC/TC.

IV.- Sentencias que desarrollan derechos procesales

4.1.- Caso sobre el plazo necesario de detención. Exp. N° 06423-2007-PHC.

V.- Fortalecimiento de la justicia constitucional

5.1.- Caso represión de actos homogéneos. STC N° 4878-2008-PA y 5287-2008-PA

5.2.- Caso TLC con Chile. STC Exp. N° 00002-2009-PI

5.3.- Caso ejecución de sentencias constitucionales. STC N° 01601-2012-PA⁴⁹

Casos con un marcado interés económico "...como podrían ser diversos casos fallados por el Tribunal Constitucional como el caso de los aranceles del cemento, STC 3116-2009-PA/TC, o el caso FONAVI, STC 0007-2012-PI/TC u otros más complejos como los bonos de la reforma agraria, STC 0022-1996-AI/TC, sólo para citar algunos fallos que generan impacto económico.⁵⁰"

6.- Conclusiones.

6.1.- Tribunal Constitucional Peruano es un órgano constitucional, que posee una naturaleza jurisdiccional y política. Jurisdiccional porque resuelve controversias (a pedido de parte -justicia rogada-) apoyándose en normas, principios, valores y disposiciones y política porque las decisiones que toma a través de su jurisprudencia innovan todo el ordenamiento jurídico no solo en el ámbito jurídico, sino también económico - social, es decir los efectos de su decisión no solo rige para los sujetos procesales que plantearon la controversia, sino para todo el ordenamiento.

6.2.- No sólo se presenta el matiz político en los procesos constitucionales orgánicos, sino también en los procesos de la libertad, un ejemplo muy tangible Constituyen los Precedentes Vinculantes recaídos en los procesos de la libertad.

6.3.- En un Proceso de Inconstitucionalidad El Tribunal Constitucional, NO deroga normas, pues según el Artículo 103° de la Constitución Política del Perú, La ley se deroga sólo por otra ley.

6.4.- En un Proceso de Inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional podrá declarar la nulidad o ineficacia de la norma o disposición con rango de ley sometida a examen de constitucionalidad, si es que esta fuera inconstitucional.

7.- Bibliografía.

BETTY, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Granada Editorial Comares S.L. 2000.

49 RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ROEL ALVA, Luis Andrés. Balance de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012. Instituto de Defensa Legal Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 65. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf

50 Cfr. ETO CRUZ, Gerardo. El Comportamiento Judicial Tras Las Decisiones Del Tribunal Constitucional. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/notas_prensa/notas/2013/articulo_eto.pdf



CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Administración Pública y Control de la constitucionalidad de las leyes ¿Otro Exceso Del TC? En: Carpio Marcos, Edgar. Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores). La Defensa De La Constitución Por Los Tribunales Administrativos. Un Debate A Propósito De La Jurisprudencia Constitucional. Revista Mensual De Jurisprudencia. Palestra Del Tribunal Constitucional. Palestra Editores Lima - 2007. Primera Edición, Marzo 2007.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. La Jurisprudencia Vinculante del Tribunal Constitucional. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (Coordinadores). Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. Estudios En Homenaje a Héctor Fix Zamudio En Sus Cincuenta Años Como Investigador Del Derecho (Colaboraciones Peruanas). Editorial Idemsa. Lima - Perú. Primera Edición: Lima Abril de 2009.

CUNO CRUZ, Humberto Luis. Sentencias Interpretativas: Fundamentos, Origen y Clases. En: Compendio de Instituciones Procesales Creadas Por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica S.A. T.C. Gaceta Constitucional. Primera Edición Diciembre 2009.

ETO CRUZ, Gerardo. El Comportamiento Judicial tras las decisiones del Tribunal Constitucional. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/notas_prensa/notas/2013/articulo_eto.pdf

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: La Progresiva Convergencia De Los Sistemas Americano y Europeo-Kelseniano. Universidad Nacional Autónoma De México. México, 2004. Primera Edición: 2004.

HUERTA OCHOA, Carla. Teoría del Derecho Cuestiones Relevantes Universidad Nacional Autónoma De México. México, 2008. Primera Edición: 2009.

KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? En: SCHMITT, Carl. y KELSEN, Hans. La Polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia Constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? Estudio Preliminar de Giorgio Lombardi. Clásicos del Pensamiento. Editorial Tecnos. 2009.

LANDA ARROYO, César. Autonomía Procesal Del Tribunal Constitucional. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo (Coordinadores). Aspectos del Derecho Procesal Constitucional. Estudios En Homenaje a Héctor Fix Zamudio En Sus Cincuenta Años Como Investigador Del Derecho (Colaboraciones Peruanas). Editorial Idemsa. Lima - Perú. Primera Edición: Lima Abril de 2009.

LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial Primera Edición Octubre 1999

LIMBACH, Jutta. Papel y Poder del Tribunal Constitucional. En: Teoría y Realidad Constitucional N° 04 2Do Semestre 1999 Monográfico. El Tribunal Constitucional Universidad Nacional de Educación a Distancia. Editorial centro de estudios Ramón Areces S.A.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Curso de Derecho Político. Madrid, Ed, Tecnos S.A, 1984, T IV. En: Blancas Bustamante, Carlos; Landa Arroyo, César; Rubio Correa, Marcial. Derecho Constitucional General. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1999. Quinta Edición. Mayo de 1999.

MANILI, Pablo Luis. El Concepto de Constitución. En: Häberle, Peter; García Belaunde, Domingo. (Coordinadores) - El Control Del Poder. Homenaje A Diego Valadés - Tomo I. Universidad Nacional



Autónoma De México. México, 2011. Primera Edición: 15 De Abril De 2011.

MARÍN, José Ángel. Naturaleza Jurídica del Tribunal Constitucional. Editorial Ariel S.A. Barcelona. Primera Edición: Septiembre 1998.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Necesidad e Importancia de los Tribunales Constitucionales En Un Estado Social De Derecho. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2004. Tomo I, Konrad- Adenauer-Stiftung A.C. 10º Edición.

ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. Dificultades y Avances en la Justicia Constitucional Peruana. En: García Belaunde, Domingo. La Constitución y su Defensa (Algunos problemas Contemporáneos) (Ponencias Peruanas al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 3,4 y 5 de Diciembre de 2003). Editora Jurídica Grijley. Primera Edición. Lima Noviembre 2003.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 2010. Editorial Heliasta.

PALOMINO MANCHEGO, José F. CHÁVEZ RABANAL, Mario G. Comentarios al Artículo 81º del Código Procesal Constitucional. En: Tupayachi Sotomayor, Jhony (Coordinador). Código Procesal Constitucional Comentado. Homenaje a Domingo García Belaunde. Segunda Edición. Editorial ADRUS. Segunda Edición. Julio 2011.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. El Derecho Procesal Constitucional Peruano. En: Vega Gómez, Juan; Corzo Sosa, Edgar. (Coordinadores). Instrumentos De Tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, 2002. Primera Edición: 2002.

RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. El Precedente Constitucional En El Perú: Entre el Poder de la Historia y la Razón de los Derechos. En: Carpio Marcos, Edgar y Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores) Estudios al Precedente Constitucional. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1Era Edición Febrero 2007.

RUBIO CORREA, Marcial. Estudio De La Constitución Política De 1993. Tomo VI Pontificia Universidad Católica Del Perú. Fondo Editorial 1999. Primera Edición Abril de 1999.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ROEL ALVA, Luis Andrés. Balance de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012. Instituto de Defensa Legal Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 65. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Los Tribunales Constitucionales como agentes de cambios sociales. En: Gaceta Constitucional. Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tomo 43, Julio 2011, Gaceta Jurídica. Pág. 294; dicho ensayo se encuentra disponible también en: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumariocons/docsum/GC%2043%20Nestor%20Pedro%20Sagues.pdf>



CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

CINTHIA KATHERIN BARBOZA ROJAS

ESTUDIANTE DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL "PEDRO RUIZ GALLO", DELEGADA DEL SOUTH AMERICAN BUSINESS FORUM, DELEGADA DE RED VANGUARDIA IBEROAMERICANA, PRESIDENTA DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN, GESTIÓN Y CULTURA "RUNA HAYÑI" Y SECIGRISTA EN LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE.



YURIKO INGRID LUZVI ESPINO JOO

Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo", Mediadora Electoral de la ONPE, Participante del MUN International-II Modelo de las Naciones Unidas, Vice Presidenta del Centro de Investigación, Gestión y Cultura "Runa Hayñi", y Secigrista en el Ministerio Público.



RESUMEN

Este artículo versa sobre el origen, evolución y aplicación del denominado "Control de Convencionalidad", como medida orientada al cumplimiento de las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados internacionales.

ABSTRACT

This article covers the origin, evolution and application of the so-called "Conventionally Control" as a measure designed to assure compliance with the state obligations to respect, ensure and conform domestic legislation to international law, which are all found in the American Convention on Human Rights and the others international treaties.

Palabras claves: Control de Convencionalidad - Control de Constitucionalidad - Corte Interamericana de Derechos Humanos - Convención Americana sobre Derechos Humanos - Tratados Internacionales.

Key Words: Conventionality control - Control of Constitutionality - Inter-American Court of Human Rights, American Convention on Human Rights - International Treaties.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo presentamos un análisis del desarrollo jurisprudencial y doctrinario del Control de Convencionalidad en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, presentando los fundamentos y las opiniones de los Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), para comprender el sentido y alcance que dicho órgano tiene en relación al referido control.

Seguidamente analizaremos algunas sentencias emitidas por el tribunal Constitucional peruano, en las cuales se observa un control interno de convencionalidad, verificándose la reinterpretación de la norma nacional o la inaplicación de la misma, ello con el objetivo de optimizar la protección de los derechos humanos.

Como se advierte, el tema de desarrollo, abarca diversos planteamientos que causan aún controversia en sectores de la doctrina, en su mayoría, referido a las relaciones entre el Derecho



Internacional e Interno, la jerarquía de los tratados internacionales en los órdenes jurídicos internos, la delimitación de la esfera de acción, goce y plenitud de la legitimidad democrática de los jueces en la concreción de los derechos fundamentales, la soberanía estatal, entre otros asuntos que no han sido resueltos, o al menos, aún se debaten y que convenimos mencionar en el presente artículo.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El control de convencionalidad es una técnica de control, es decir, contraste normativo⁽¹⁾ entre la Convención Americana de los Derechos Humanos y otros dispositivos legales de origen nacional o interno; donde dicha Convención determina o fija los límites, parámetros y criterios de conformidad con los estándares internacionales; obviamente significa una comparación con los Instrumentos Internacionales a las que nuestro país se ha plegado, como luego veremos, y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo.

Este control es un concepto nuevo y exclusivo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), dicho término fue manejado por primera vez, en el año 2003, en el tan nombrado **"Caso Myrna Mack Chang"**⁽²⁾, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, así como también lo hizo en el **"Caso Tibi"** del 7 de diciembre de 2004, sosteniendo con buen tino, que la tarea de los jueces transnacionales se asemeja a la de los Tribunales Constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados a la luz de las reglas, los principios y valores de las leyes fundamentales; y el **"Caso Álvarez López"** en su oportunidad; incorporando dicho término para referirse a la labor que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) cuando contrasta normas de derecho interno a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos y determina la incompatibilidad de las mismas sobre la base de la globalidad de la responsabilidad del Estado.⁽³⁾

El "control de convencionalidad" ha sido creado pretorianamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La institución surge, a nivel del pleno de esa Corte Regional, a partir del caso **"Almonacid Arellano y otros vs. El Gobierno de Chile"** de 26 de septiembre de 2006. Así, en el considerando 124 se estimó lo siguiente:

"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte Interamericana en el considerando 125 de la referida sentencia - Caso Almonacid - indicó que el "control de convencionalidad" tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el Derecho Internacional, en el sentido que los Estados deben cumplir las obligaciones impuestas por ese Derecho de buena fe y sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno, regla que se encuentra recogida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados.

1 DÍAZ REVORIO, Javier. *"La Interpretación Constitucional de la Ley"*. Lima: Palestra. 2003. Pág. 48.

2 Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Voto del Juez García Ramírez.

3 Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Voto del Juez García Ramírez; *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Op. Cit.



Tales consideraciones fueron reiteradas por la Corte Interamericana en los casos **“La Cantuta vs Perú”** de 29 de noviembre de 2006 (considerando 173) y en **“Boyce y otros vs Barbados”** de 20 de noviembre de 2007 (considerando 78).

Por lo que, consideramos que este control es un deber que atañe tanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a las jurisdicciones nacionales (peruana para nuestro caso); ya que entre ambos existe una conexión-relación de complementariedad, coordinación, hasta función coadyuvante o de cooperación entre la Justicia Interamericana y la Constitucional (propia de cada Estado). Lo cual implica de esta manera, la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica y derribar una serie de mitos (v.gr. la supremacía exclusiva de la Constitución) y, de esta manera crear un nuevo paradigma del Derecho Público en los países del sistema interamericano.

III. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El 26 de septiembre de 2006 nació oficialmente en el sistema interamericano de Derechos Humanos el **“Control De Convencionalidad”**. Aunque dicho término es relativamente nuevo, su práctica se ha estado llevando a cabo a lo largo de la historia del Derecho Internacional Público, que se ha desarrollado esencialmente en los Tribunales Internacionales como la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Mar, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como otros órganos encargados de la vigilancia o supervisión de tratados como lo son el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y Organización Internacional del Trabajo.⁽⁴⁾

El control de convencionalidad es el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajusten a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues es una herramienta de respeto y garantía de los derechos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos. También es una oportunidad para que los jueces de todos los niveles velen por los derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y en general todos los tratados de derechos humanos no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; pero no por medio de figuras jurídicas que alteren e impongan configuraciones nacionales difíciles de implementar para la protección de los derechos humanos, sino como una incorporación en el actuar común de los tribunales nacionales del contenido e interpretaciones autorizadas de los tratados, no para que prevalezcan éstos, sino para que siempre sean tomados en cuenta y si en ellos se encuentra una mayor y mejor protección de los derechos humanos, se apliquen sin recato alguno. Es decir, se deben poner en primer lugar los derechos humanos ante cualquier instancia, sin importar la función de los jueces locales.

Este mismo análisis ha sido advertido por el Juez García Ramírez, refiriendo que:

“... implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos, expresados en tratados o convenciones e interpretado, en su caso, por los órganos supranacionales que poseen esta atribución. Equivale, en su propio ámbito, al control de constitucionalidad que ejercen los tribunales de esta especialidad (o bien, todos los tribunales en supuestos de control difuso) cuando aprecian un acto desde la perspectiva de su conformidad o incompatibilidad con las normas constitucionales internas.”⁽⁵⁾

De igual forma, conviene mencionar lo establecido en el Caso Trabajadores Cesados Del

4 CASTILLA JUÁREZ, K. A. *“Control interno o difuso de convencionalidad”*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. XIII.2013.Pág. 51-97.
5 GARCÍA RAMÍREZ, S. *“La reforma constitucional sobre derechos humanos”*. Ciudad de México: Porrúa.2012

Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú ⁽⁶⁾, sentencia en la cual, la Corte refirió algunas características específicas de dicho control: **i) Es de aplicación ex officii por parte de los órganos del poder Judicial**, “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. En ese sentido, “esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”; **ii) Es complementario al “control de constitucionalidad”**, de manera que se debe aplicar además del citado control al que están obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna y; **iii) Es de aplicación también en un eventual “contexto de impedimentos normativos y prácticos** para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales.”⁽⁷⁾

IV. CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD

Cuando mencionamos Control Interno de Convencionalidad, nos referimos a la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales, para verificar la congruencia entre los actos internos y las disposiciones del derecho internacional. Este ámbito de aplicación se amplía según lo expuesto por la misma Corte IDH, ya que, además del poder Judicial, todo órgano vinculado a la administración de Justicia que cuente con la potestad de aplicar el control de constitucionalidad también debería realizar el control de convencionalidad de las normas. En este sentido, en el caso peruano, dicho control de convencionalidad debería ser efectuado por el Tribunal Constitucional, garante por excelencia de los derechos fundamentales, así como por los tribunales u órganos colegiados administrativos y que tienen la facultad de realizar el control difuso administrativo.⁽⁸⁾

Asimismo, la Corte IDH ha sostenido que en la aplicación del Control de Convencionalidad, los jueces nacionales deben tener en cuenta no solamente el referido tratado, sino también la interpretación ⁽⁹⁾ que de él ha efectuado este Alto Tribunal – supremo intérprete de la Convención Americana-, en sus respectivas resoluciones u opiniones consultivas.⁽¹⁰⁾ Como fundamento de tal afirmación, la Corte citó en su Opinión Consultiva sobre la Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención, recordando lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.⁽¹¹⁾

Analizando la jurisprudencia peruana, advertimos que existen claros ejemplos en los que el Tribunal Constitucional del Perú ha realizado el control de convencionalidad, utilizando por ejemplo, el Convenio de Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad, como *norma parámetro interpretativo*.

6 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados Del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Párrafo 158.

7 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados Del Congreso vs. Perú*. *Op.cit.*, párrafos 128 y 129

8 Tribunal Constitucional Peruano: Expediente N° 3741-2004-AA/TC de fecha 14 de noviembre de 2005.

9 V. REY CANTOR, Ernesto. “*Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*”, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008; SAGÜÉS, Néstor Pedro. “*El control de convencionalidad*”. En particular sobre las constituciones nacionales. La Ley, Año LXXIII, No. 35, 19 de febrero de 2009, pp. 1-3; HITTERS, Juan Carlos, “*Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Estudios Constitucionales*”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009, pp. 109-128.

10 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México*. Voto razonado del Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Párrafo 49.

11 Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva O/C - 14/94 del 9 de diciembre de 1994. Párrafo 35: “Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras; Caso de Nacionales Polacos de Danzig; Caso de las Zonas Libres y Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.”



Verbigracia, en la sentencia recaída en el **Expediente 0024 - 2010-PI/TC**. Esta demanda fue presentada por la representación congresal contra el Decreto Legislativo 1097, con lo cual se pretendía favorecer a policías y militares que habían cometido delitos de lesa humanidad, promoviendo el archivo del proceso penal por excederse del plazo. Además se cuestiona la interpretación que da el Decreto Legislativo 1097 a la norma de adhesión al Convenio de Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad (Resolución Legislativa 27998). De acuerdo a la declaración contenida en la referida Resolución Legislativa, solo se aplicaría el referido convenio internacional a partir del 2 de julio del 2003, lo que conllevaría a no procesar a ningún policía o militar ya que la mayoría de los casos de delitos de lesa humanidad se cometieron con anterioridad a dicha fecha.

El Tribunal Constitucional en esta sentencia realiza una evaluación del test de convencionalidad, estableciendo que:

"(...) La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad entró en vigor para el caso del Estado peruano el 9 de noviembre de 2003. (...) Empero, como ha quedado dicho, eso no significa que la regla de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, sólo sea aplicable a las conductas típicas cometidas después de esa fecha. Por el contrario, según se ha argumentado supra, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad es una norma de ius cogens aplicable en todo tiempo (...) En consecuencia, la declaración del Estado peruano de limitar la regla de imprescriptibilidad para los casos posteriores a la fecha de entrada en vigor de la Convención, supone, además, interponer una reserva violatoria del derecho internacional que impide el esclarecimiento de crímenes de estas características que hayan tenido ocurrencia con fecha anterior al 9 de noviembre de 2003, deviniendo en un incumplimiento de sus obligaciones internacionales de investigar y sancionar a los responsables de estos crímenes." ⁽¹²⁾.

Esta misma línea jurisprudencia se verifica en el fallo recaído en el **Expediente 0489-2006-PHC/TC** referido a la pena de muerte, en esta sentencia el tribunal indicó:

"Tal como se deduce de la misma Norma Fundamental, la virtualidad de este dispositivo - referido al artículo 140° de nuestra constitución que prescribe los supuestos de la pena de muerte siendo aplicable solo en caso de traición a la patria en guerra exterior- se encuentra condicionada a su conformidad con los tratados en los que el Estado peruano sea parte. (...) Es por ello que la promulgación de una ley tendiente a ampliar los supuestos de pena de muerte no solo resulta inconstitucional, por instituir una pena que es contraria al principio resocializador de la pena, así como a la dignidad humana, sino que implicaría la responsabilidad internacional del Estado peruano". ⁽¹³⁾

A dicha conclusión arriba, luego de haber analizado el artículo 4, inciso 2 de la CADH, en la cual se establece que la pena de muerte no puede extenderse a delitos a los cuales no se les hubiera aplicado dicha pena al momento de la ratificación de la CADH.

De los casos analizados se verifica que el supremo intérprete recurre al *ius cogens* para inaplicar normas legales, pues estas contravienen los tratados internacionales suscritos por el Perú. Logrando de esta manera la optimización de los derechos fundamentales.

12 Tribunal Constitucional Peruano: Expediente 0024 - 2010-PI/TC de fecha 21 de marzo de 2011. Fundamento 72.

13 Tribunal Constitucional Peruano: Expediente N° 0489-2006-PHC/TC de fecha 25 de enero de dos mil siete. Fundamentos 17 y 22; Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Párrafo 98: "Si un Estado manifiesta su intención de cumplir con la Convención Americana, la no derogación de una norma incompatible con ésta y la falta de adaptación de las normas y comportamientos internos por parte de los poderes legislativo y judicial para hacer efectivas dichas normas, determinan que el estado viole dicho tratado".

V. DIFERENCIAS ENTRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El dilema entre ambos términos inició cuando se comparó la labor de la Corte IDH con la que desarrollan los tribunales constitucionales, entendiendo que si éstos hacían un control de constitucionalidad, aquélla hace un control de convencionalidad. Una de las formas en las que expresó ello, fue la siguiente:

“En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de esos actos.”⁽¹⁴⁾

Según algunos estudiosos en la materia, el control de convencionalidad es una operación jurídica semejante al control de constitucionalidad, con la única diferencia en que el primero tiene como norma suprema del ordenamiento jurídico a la CADH, en tanto que el segundo a la Constitución de cada país. De esta manera, el control concentrado de convencionalidad lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, pero ahora se ha extendido dicho control a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno de ahí su carácter de difuso.

Analizando ambos controles, se puede resumir que contrario a lo que ocurre con el control de constitucionalidad, el de convencionalidad sólo tiene identidad en las normas de contraste y a contrastar, pero eso no es del todo cierto ya que el supuesto control difuso para que el tratado internacional pueda colocarse por encima del texto constitucional para también ser evaluado, o en el mejor de los casos al mismo nivel, ello es una decisión que no depende del sistema propuesto ni de la simple voluntad de un tribunal nacional, sino más bien está sujeto siempre al lugar que cada Estado por medio de sus órganos legitimados y facultados para ello le dé a los tratados en cada sistema interno.

Algo que puede ser bastante burdo, pero me sirve para demostrar lo que estoy afirmando, es que, por ejemplo, se puede entender que se identifique con el término bicicleta a todo lo que tenga al menos: llantas, rines, manubrio, pedales, cadena, asiento, cuadro y frenos, y aunque su configuración puede ser variante y existen bicicletas de montaña, de ruta, plegables, etcétera, en éstas están presentes todos sus elementos configuradores básicos, aunque puedan estar integrados de diferentes maneras e incluso, complementarse o añadirse otros elementos, pero los básicos siempre estarán presentes si de bicicletas se trata. Pero, si tiene 3 llantas y motor, o tan solo uno de estos dos, ya no podemos afirmar que es una bicicleta. Puede ser triciclo o motocicleta, pero no bicicleta. Así pasa con estas figuras jurídicas. La bicicleta es el control de constitucionalidad, sea concentrado, difuso o mixto. Pero al hablar del control de convencionalidad concentrado y difuso, es evidente que no podemos hablar de bicicleta, pues una lo puede ser, pero la otra simplemente no lo es.⁽¹⁵⁾

VI. PACTA SUNT SERVANDA Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La Corte Permanente de Justicia Internacional, refiere que *“sin duda, todo convenio que engendra una obligación implica también una restricción del ejercicio de los derechos soberanos del Estado,*

14 Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

15 CASTILLA JUÁREZ, K. A. (2013). *¿Control interno o difuso de convencionalidad?* Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIII, 51-97.



pues imprime a este ejercicio una determinada dirección. Sin embargo, la facultad de contraer compromisos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía del estado".⁽¹⁶⁾ - Cabe mencionar que diversos autores no están de acuerdo con ello, sustentando su posición, en la erosión de la soberanía nacional que su ejercicio implica⁽¹⁷⁾. Las autoras de este artículo discrepamos con este argumento, pues consideramos que la exigencia del cumplimiento y observancia de las obligaciones asumidas por los Estados al adherirse y ratificarlos obedece al ejercicio que éstos consintieron para vincularse jurídicamente con el contenido de dicho tratado. Asumiendo el respeto, garantía y adecuación en favor de la protección de los derechos humanos reconocidos en el mismo.

Analizando la normativa internacional, verificamos que esta obligación se puede extraer de las reglas del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 que establece en los artículos 26⁽¹⁸⁾ y 27⁽¹⁹⁾ la obligación de cumplir de buena fe los tratados ratificados por los Estados y también la inoponibilidad de las disposiciones de derecho interno para incumplir con las normas previstas en un convenio del que un Estado es parte.

Siendo así, podemos afirmar que el control de convencionalidad - tal como lo ha establecido la Corte Interamericana - encuentra su fundamento en: **i) el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados; ii) el principio del efecto útil de los convenios, cuya eficacia no puede ser mermada por normas de los Estados; y, iii) el principio de derecho internacional que impide alegar el derecho interno para eximirse de los deberes impuestos por los tratados.**"⁽²⁰⁾

VII. PAÍSES QUE NO HAN RATIFICADO LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Cabe formularnos la siguiente interrogante ¿Qué sucede con aquellos países que no han ratificado la CADH?, Sobre el particular, la Corte IDH ya ha resuelto esta interrogante, estableciendo que la obligación de los Estados de adecuar el derecho interno es general y su cumplimiento no se desprende de la ratificación de un tratado sino de los principios generales del derecho internacional. Así pues en la Opinión Consultiva OC-18/03 sobre "Condición Jurídica y derechos de los Migrantes Indocumentados" ha remarcado el carecer de norma consuetudinaria del control de convencionalidad:

"El derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La convención Americana establece la obligación general de cada estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados".⁽²¹⁾

16 Corte Permanente de Justicia Internacional. Caso del Vapor "Wimbledon". Sentencia de 23 de junio de 1923. Página 2.

17 GONZÁLES CAMPAÑA, Germán. Mencionado por Verbic Francisco en "Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos", sostiene que: "La Corte de San José va avanzando así, de forma silenciosa aunque constante, socavando los retazos de la soberanía nacional y del principio de supremacía constitucional. ¿De qué sirve que los jueces nacionales deban priorizar la convención Americana y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la Constitución y la jurisprudencia nacionales? Creo, y no estoy solo en esto, que se basa en una interpretación forzada de los artículos 1 y 2 del Pacto, contraria al sentido corriente de las palabras utilizadas en el propio tratado"

18 Artículo 26 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

19 Artículo 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

20 SAGUÉS, NESTOR Pedro. "El control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano y sus anticipos en el Ámbito de los Derechos Económicos - Sociales". Visto en: <http://biblio.juridica.unam.mx/libros/libro.htm?l=3063>.

21 Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Párrafo 167.

En efecto, el control de convencionalidad no es una actividad exclusiva o que solo se desprende de las obligaciones generales de la CADH, sino que en realidad es un concepto aplicable en circunstancias en las que distintas normas de origen internacional sirvan como parámetro de control de normas internas.

Si bien el término control de convencionalidad no es el más adecuado para los Estados que siendo parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) no han ratificado la CADH, el contenido de la obligación sí lo es, en la medida que las Declaraciones⁽²²⁾ son normas internacionales consuetudinarias, cuestión que obliga a ejercer control de los Jueces de los estados parte del SIDH.

VIII. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sin perjuicio de los casos expuesto líneas arriba, es preciso mencionar y analizar algunos procesos contenciosos que han sido resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizando el control de convencionalidad.

En el **Caso La última Tentación de Cristo vs Chile**⁽²³⁾, la Corte Interamericana determinó la responsabilidad internacional del estado por las acciones del Poder Legislativo y Judicial. Ellos debido a que la institución judicial no inaplicó o reinterpreto la norma constitucional que consagraba la censura previa, contraviniendo de esta manera los contenidos de la Convención Americana. Luego de la declaratoria de incompatibilidad, Chile llevó a cabo una reforma constitucional mediante Ley N° 19742 - Reforma Constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística.

Cabe mencionar también, el **Caso Raxcacó Reyes**⁽²⁴⁾, el cual versa sobre la imposición de la pena de muerte obligatoria al señor Ronald Ernesto Raxcacó Reyes, por la comisión del delito de plagio o secuestro, para el cual dicha sanción no se encontraba prevista en la ley al momento en que Guatemala ratificó la Convención Americana.

La corte declaró la existencia de una violación a los artículos 4.1, 4.2 y 4.6 de la Convención Americana, razón por la cual dispuso que el Estado de Guatemala debiera adoptar medidas necesarias para adecuar su derecho interno a la Convención. En la parte resolutoria del fallo, la Corte resolvió lo siguiente: *“El estado debe modificar, dentro de un plazo razonable el artículo 201 del Código Penal Vigente, de manera que se estructuren tipos penales diversos y específicos para determinar las diferentes formas de plagio o secuestro, en función de sus características, la gravedad de los hechos y las circunstancias del delito. (...) Esta modificación en ningún caso ampliará el catálogo de delitos sancionados con la pena capital previsto con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana”*.⁽²⁵⁾

Los hechos del **Caso Boyce y otros vs Barbados**⁽²⁶⁾ se desarrollan en el marco de la naturaleza obligatoria de la pena de muerte impuesta a personas condenadas por homicidios en Barbados. Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins y Michael McDonald Huggin

22 Se hace referencia a la Declaración Americana sobre Derechos Humanos y a la Declaración Universal sobre derechos Humanos. Cabe precisar que, el uso de las mismas en comparación con otros instrumentos de derecho internacional es menor. Esto se debe a la entrada en vigor de tratados como la CADH o el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

23 Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustíos y otros) vs Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

24 Corte IDH, *Caso Raxcacó Reyes vs Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

25 Corte IDH, *Caso Raxcacó Reyes vs Guatemala*. Op. Cit. Párrafo 145.

26 Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.



fueron condenados por el delito de homicidio y condenados a muerte mediante la horca, conforme a lo prescrito en la sección 2 de la Ley de Delitos del Estado contra la Persona. De conformidad con esta disposición, si una persona es condenada por el delito de asesinato, ningún tribunal puede evaluar si la pena de muerte es un castigo adecuado a las circunstancias particulares de la víctima. Asimismo el artículo 26 de la Constitución de Barbados previene que tribunales puedan declarar la inconstitucionalidad de leyes existente que hayan sido promulgadas antes de la entrada en vigor de la Constitución, esto es, antes del 30 de noviembre de 1996.

Destacó la Corte que, *“de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Convenio de los Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines. (...) El análisis del CJCP no debía haberse limitado a evaluar si la LDGP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era convencional”*.⁽²⁷⁾

En el año 2008, la Corte se ocupó nuevamente de esta temática, en el **Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá**⁽²⁸⁾. Los hechos del presente caso se contextualizan durante el gobierno militar en Panamá. El 14 de mayo de 1970, Heliodoro Portugal, promotor del “Movimiento de Unidad Revolucionaria”, fue secuestrado por dos personas vestidas de militares. Procediendo sus familiares a presentar diversos recursos judiciales, con el fin de localizarlo; sin embargo, es en 1999 cuando se identifica el cadáver del señor Portugal, el cual se encontraba en un cuartel en Tocumen.

La corte observa que, *“a pesar de haber asumido dicha obligación (Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas) en 1996, el Estado tipificó la desaparición forzada de personas recién en el actual Código Penal de 2007, el cual entró en vigencia en mayo de 2008. (...) el tribunal estima que el transcurso de más de diez años desde que Panamá ratificó la Convención Interamericana sobre desaparición Forzada de Personas sin que el Estado haya tipificado la conducta en cuestión sobrepasa el tiempo razonable para hacerlo. (...) Por lo que la corte considera que el estado incumplió su obligación de tipificar dicho delito, de conformidad con lo establecido en el artículo III de dicha Convención.”*⁽²⁹⁾

El **Caso Gelman vs. Uruguay**⁽³⁰⁾, involucra la vigencia y aplicación en el Uruguay de la Ley No. 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado de 1986, aprobada en un régimen democrático y respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones, la cual impedía la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos cometidas por funcionarios militares y policías en el marco de la dictadura militar y la “Operación Cóndor”. En su sentencia, la Corte señaló que, *“Dada la manifiesta incompatibilidad de la Convención Americana, las disposiciones de la ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana.”*⁽³¹⁾. De igual forma, la Corte se refirió al hecho de que la referida norma haya sido aprobada por procedimientos democráticos, frente a lo cual, analizó lo siguiente: *“la participación de la ciudadanía con respecto a dicha ley, utilizando procedimientos constitucionales de ejercicio directo de la democracia, como el recurso de referéndum en 1989 y plebiscito en 2009, se debe considerar entonces como hecho atribuible al*

27 Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Op. Cit. Párrafo 79-80

28 Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008.

29 Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Op Cit. Párrafo 187.

30 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 d febrero de 2011.

31 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Op. Cit. Párrafo 232; Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Párrafo 288; Corte IDH. *Caso la Cantuta vs. Perú*. Fondo, reparaciones y Costas

Estado y generador por tanto, de la responsabilidad internacional de aquel". En ese sentido para la corte, "la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (32)

Debe observarse que en los fallos emitidos por la Corte IDH, y en los cuales se declare la inconvencionalidad de una norma de derecho interno, la Corte siempre establece como medidas de reparación la modificación del derecho interno, la reinterpretación de la norma nacional o la inaplicación de la misma.

Así pues, la Corte Interamericana ha interpretado que la: "adecuación de los preceptos locales", implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: **i)** la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y **ii)** la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías"⁽³³⁾.

IX. CONCLUSIONES:

1. El control de convencionalidad tiene un propósito distinto al del control de constitucionalidad, en la medida en que su finalidad es prevenir la responsabilidad internacional a través de la adecuación del derecho interno de los Estados a los estándares del derecho internacional. En ese sentido, difiere del control de constitucionalidad, ya que esta última busca proteger y asegurar la supremacía normativa de la constitución.
2. La correcta aplicación del control de convencionalidad dispuesto por la Corte IDH repercute positivamente en la protección de los derechos fundamentales, pues ya no se debe esperar un pronunciamiento internacional para aplicar los estándares que optimizan la protección de los derechos humanos.
3. El Control difuso de convencionalidad permite que el Juez nacional prefiera la norma convencional a la norma interna, si entre ambas existe contradicción. En esa opción normativa se inaplica la Norma interna.

X. BIBLIOGRAFÍA:

LIBROS CONSULTADOS:

1. DÍAZ REVORIO, Javier. *"La Interpretación Constitucional de la Ley"*. Lima: Palestra. 2003.
2. V. REY CANTOR, Ernesto. *"Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos"*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008
3. AGÜÉS, Néstor Pedro. *"El control de convencionalidad"*. En particular sobre las constituciones nacionales. *La Ley*, Año LXXIII, No. 35, 19 de febrero de 2009
4. HITTERS, Juan Carlos, *"Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Estudios Constitucionales"*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, No. 2, 2009,
5. Castilla Juárez, K. A. *Control interno o difuso de convencionalidad*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. XIII.2013

32 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Op. Cit., párrafo 232

33 Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Párrafo 180.



6. García Ramírez, S. *"La reforma constitucional sobre derechos humanos"*. Ciudad de México: Porrúa. 2012

SENTENCIAS CONSULTADAS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. Corte IDH. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustíos y otros) vs Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.
2. Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.
3. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.
4. Corte IDH, *Caso Raxcacó Reyes vs Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.
5. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados Del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006.
6. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.
7. Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.
8. Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008.
9. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 d febrero de 2011.

OPINIONES CONSULTIVAS

1. Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva O/C - 14/94 del 9 de diciembre de 1994.
2. Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

1. Tribunal Constitucional Peruano: Expediente N° 3741-2004-AA/TC de fecha 14 de noviembre de 2005.
2. Tribunal Constitucional Peruano: Expediente 0024 - 2010-PI/TC de fecha 21 de marzo de 2011.
3. Tribunal Constitucional Peruano: Expediente N° 0489-2006-PHC/TC de fecha 25 de enero de dos mil siete.



IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2014