

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



IPSO JURE

AÑO 7 NRO. 27 NOVIEMBRE 2014

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



PRESENTACIÓN



Honor el mío y el nuestro como institución de justicia, saludar nuevamente a los señores Magistrados, servidores judiciales, comunidad jurídica y lectores en general de Lambayeque, el país y pueblos hermanos del mundo en virtud de tiempos de tecnología y globalización.

En esta ocasión con la satisfacción de presentar nuestra Revista "IPSO JURE" en su versión virtual, edición N° 27, con la que estamos cerrando o cumpliendo con lo establecido en el año 2014.

Al hacerlo, lo primero que avizora es el saber y empeño en su elaboración y seguimiento que recibe cada número por parte de su Director el Juez Superior Dr. Edwin Figueroa Gutarra, integrante de la Sala de Derecho Constitucional de esta ilustre CSJLA.

En segundo término, ver la expectativa y acogida que genera cada convocatoria, dando lugar a la presentación de diversos artículos locales, nacionales e internacionales, quienes a través del tiempo transcurrido hasta hoy, por cierto, gozan de un lugar y prestigio en el seno de nuestra comunidad jurídica y sociedad en general.

Por ello, a la dirección y colaboradores, la Presidencia y la gestión que concluye, felicita y reconoce el papel que hoy en día viene cumpliendo IPSO JURE desde el ángulo académico.

Y ni que se diga del vasto número de lectores, quienes están al tanto en la circulación y colección de cada ejemplar, convencidos de su nivel logrado en temas, calidad y presentación.

Se sostiene que la Universidad no es todo, pues ésta atiende a la formación humanista y profesional del hombre, ello nos lleva a pensar que estas tareas deben ampliarse a la sociedad; es decir, no se pretende formar al hombre como individuo aislado sino como persona, parte esencial de la sociedad. Por ello, cuando hablamos de la formación profesional nos referimos tanto al desarrollo de habilidades y capacidades del individuo que lo harán un hombre íntegro, pero también al impacto que dichas habilidades tengan en la vida social. Un profesional no se hace experto para su beneficio personal, para su realización egoísta, se hace profesional cuando el ejercicio de su profesión sirve al entorno social.

"IPSO JURE" va en este camino, contribuyendo, estimulando el estudio, la investigación y el cambio, no dudando de su continuidad, enriqueciendo aún más su historia desde esta su institución judicial.

Chiclayo, noviembre de 2014

MIGUEL ÁNGEL GUERRERO HURTADO
Presidente



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

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



INDICE

DISCURSO POR EL DIA DEL JUEZ

PABLO DIAZ PISCOYA

JUEZ SUPERIOR

9

ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA: UN REPLANTEAMIENTO DE SU VALOR MATERIAL

EDWIN FIGUEROA GUTARRA

14

AUTONOMIE E TUTELA DELLA CONCORRENZA IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ITALIANA

ELISABETTA LANZA

22

EL ERRADO CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD RESPECTO DE NORMAS QUE REGULAN EL DERECHO A FIJAR TASAS DE INTERÉS ORDINARIO Y MORATORIO (CASO GUANAJUATO)

ALICIA SANDOVAL MARTÍNEZ

31

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN LA AFECTACIÓN PATRIMONIAL DERIVADA DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS PENSIONARIOS

JOSÉ ALBERTO ASUNCIÓN REYES

34

EL EJERCICIO DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL POR PARTE DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

SORAYA N. GUERRA SALAZAR

41

¿PREVARICA EL JUEZ O FISCAL QUE RESUELVA EN CONTRAVENCIÓN, APARTÁNDOSE O INOBSERVANDO, LAS REGLAS ESTABLECIDAS COMO PRECEDENTE VINCULANTE POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

MARTIN TONINO CRUZADO PORTAL.

46

EL PROCESO LEGAL DE JESÚS: ANÁLISIS HISTÓRICO Y JURÍDICO

JAKELINE ROXANA GARCÍA VÁSQUEZ

64

EL CASO TORRES GONZALES: UN ANÁLISIS JURÍDICO DESDE EL PUNTO DE VISTA MATERIAL Y PROCESAL

ALDO ORTIZ TORRES

75

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL

MARÍA ALEJANDRA TANTALEÁN MESTA

80



PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Cerramos el año 2014 con nuestra edición 27 y queremos reseñar, a grandes rasgos, la importancia de dos eventos internacionales que este año nos congregan como parte de una línea de interés permanente: abordar las líneas del Derecho Comparado en algunos segmentos como el Derecho Constitucional y la Cooperación Judicial. En esa línea de comentario, permítasenos esta vez abordar experiencias académicas de este Director.

Oslo, Noruega, fue sede del IX Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL por sus siglas en inglés) entre los días 16 a 20 de junio de 2014, y con la asistencia de 59 países y 610 personas, confirmó su relevancia como la reunión más importante en materia constitucional a nivel internacional, siendo los idiomas de trabajo inglés y francés. Con 4 sesiones plenarias y 17 talleres, se abordaron temas de diversa raigambre bajo la perspectiva de enfrentar retos constitucionales globales y locales.

Del extremo norte de Europa, nos dirigimos a Italia, al sur de ese continente, y en la Universidad de Bologna, la más antigua de Europa (año 1088), participamos en un curso de Derecho Comparado que nos hizo reflexionar sobre la importancia de esta disciplina a propósito de la actividad comparatista en la interpretación de las normas legales y constitucionales entre 2 o más ordenamientos jurídicos.

Dado que nos quedaban algunos días libres entre uno y otro evento, nos alcanzó el tiempo para llegar a la puerta de Brandenburgo, en Berlín, y apreciar la majestuosidad de esa ciudad, reconstruida tras la Segunda Guerra Mundial. Berlín en sí es una joya arquitectónica dado su significado en la historia de Alemania.

Pudimos luego pasar por Praga, en República Checa, y observar que la ciudad es toda una expresión de palacios, monumentos y estatuas de muy larga data, destacando el Palacio de Praga. En sí todo Praga es una joya arquitectónica de la antigua Europa.

Viena, Austria, fue nuestra siguiente estadío e igualmente nos sorprendió el énfasis vienés por la majestuosidad de las construcciones de edificios y palacios. Escuchar a Mozart en Viena, si lo podemos afirmar, fue un alto punto de nuestro viaje.

Concluida la jornada académica en Bologna, la ciudad de las altas torres, nos desplazamos a Venecia, ciudad casi marítima ubicada a solo 80 km de Bologna. Venecia sale de todo molde de ciudad convencional. Con calles muy estrechas y conexiones solo marítimas entre sus calles, se convirtió en el punto más alto de nuestro viaje al participar en el Concierto "Las cuatro estaciones" del maestro Antonio Vivaldi, obra compuesta en el año 1725. La Orquesta de Cámara de San Marcos interpretó esta hermosa pieza musical en Plaza San Marcos, precisamente en los mismos lugares donde el "Cura rojo", como se le denominaba a Vivaldi, interpretó estas melodías.

A continuación, conocimos la casa de Dante y la rica historia del Puente Viejo en Florencia, destacando, del mismo modo, la historia medieval que caracteriza a esta ciudad tan pródiga en anécdotas.

Concluimos, como el dicho dice "todos los caminos conducen a Roma", en la ciudad



capital de Italia, y anduvimos por la Ciudad del Vaticano, apreciando cuánto de historia representan estas ciudades emblemáticas de la historia contemporánea.

Nuestro segundo evento solo puede ser referido en clave de historia próxima. Madrid reúne a un grupo importante de jueces, de alrededor de 19 países de la Red Latinoamericana de Jueces REDLAJ. Tal encuentro tendrá lugar en la última semana de noviembre de 2014 con ocasión del VIII Congreso Iberoamericano de Cooperación Judicial. Destacamos que esta reunión representa un esfuerzo extraordinario por cohesionar las judicaturas iberoamericanas y por dejar atrás esa idea de “poder nulo” que Montesquieu nos atribuyó a los jueces en el siglo XVIII. Sin llegar a la idea del “Estado jurisdiccional” que enunciaba Karl Schmitt en los años 30 del siglo pasado, creemos que los Poderes Judiciales se han afirmado como auténticos garantes de las democracias constitucionales que hoy, por fortuna, son amplia mayoría en América y Europa.

Hasta la próxima edición

Edwin Figueroa Gutarra
Director



DISCURSO POR EL DIA DEL JUEZ

DR. PABLO DIAZ PISCOYA
JUEZ SUPERIOR



Señor Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

Honorables Autoridades concurrentes a esta ceremonia

Distinguidos colegas Jueces presentes

Damas y Caballeros

La Comisión encargada de los actos de celebración por el Día del Juez para el presente año judicial, en acuerdo que me honra sobremanera, ha tenido a bien designarme para dar el discurso de orden, por lo que, en fiel acatamiento de dicho mandato y del Decreto Ley N° 18918, al cual se le ha dado lectura, doy cuenta a ustedes el cumplimiento de lo encomendado.

Permítase iniciar esta alocución con una reflexión tomada de la Santa Biblia, me refiero al Libro del Deuteronomio, cuando Moisés hace alusión al momento en que decide organizar al pueblo con jueces que le ayuden en las funciones de dirección y de juicio en los asuntos que a éste atañen:

Nombramiento de jueces: “⁹ En aquel tiempo yo les dije: Yo solo no puedo hacerme cargo de todos ustedes, ¹⁰ porque el Señor, su Dios, los ha multiplicado y hoy son más numerosos que las estrellas del cielo. ¹¹ Que el Señor, su Dios, los haga crecer mil veces más, bendiciéndolos como les ha prometido; ¹² pero, ¿cómo voy a soportar yo solo su carga, sus asuntos y pleitos? ¹³ Elijan de cada tribu algunos hombres hábiles, prudentes y expertos, y yo los nombraré jefes de ustedes. ¹⁴ Me contestaron que les parecía bien la propuesta. ¹⁵ Entonces yo tomé algunos hombres hábiles y expertos y los nombré jefes de ustedes: para cada tribu jefes de mil, de cien, de cincuenta y de diez, y además designé escribas para las tribus. ¹⁶ Y di a sus jueces las siguientes normas: Escuchen y resuelvan según justicia los pleitos de sus hermanos, entre sí o con emigrantes. ¹⁷ No sean parciales en la sentencia, oigan por igual a pequeños y grandes; no se dejen intimidar por nadie porque la sentencia es de Dios. Si una causa les resulta demasiado ardua, pásenmela a mí y yo la resolveré. ¹⁸ En la misma ocasión les mandé todo lo que tenían que hacer. Así les indiqué aquella ocasión todo lo que ustedes debían hacer.”

La reflexión que hoy quiero compartir con ustedes, está dada en la forma como fueron elegidos los jueces, es decir, se escogió al hombre privilegiando sus habilidades que tenían, luego que tuvieran prudencia y finalmente que tuvieran experiencia; lo que traducido a nuestro tiempo, diríamos que todo Juez debe ostentar liderazgo, ser reflexivo en todo acto de su vida y si sabe de Derecho, mejor.

Digo entonces, qué mejor semblanza para recordar a nuestro homenajeado el día de hoy, como lo es el Honorable Juez peruano, y para júbilo nuestro lambayecano, me refiero al Dr. Guillermo Doig Buendía.

Enfatizo desde ya público presente, que este homenaje no resulta ser un mero cumplimiento al mandato contenido en el Decreto Ley N° 18918, el cual nos impone recordar la obra de los Magistrados Peruanos que han contribuido a la correcta administración de justicia; sino más bien, creo yo que es un justo reconocimiento a la honorable trayectoria de vida y trascendente vocación de servicio por la justicia que manifestó en



todo momento de su existir nuestro homenajeado; y, será así porque una vez que conozcamos de su vida y obra, entenderemos que tenemos mucho que aprender de él, de su ejemplar trayectoria en la carrera de la magistratura, de su caballerosidad señera y de su honorabilidad sin tacha, que le hizo merecedor ocupar el primer sitial de la Magistratura nacional, como lo es la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República.

El Dr. Guillermo Doig Buendía nació en el amor de sus padres don Luis Víctor Doig Lora y doña Rosa Elena Buendía Castellanos, en la ciudad de Lambayeque el 25 de Noviembre de 1919. Cursó sus estudios primarios y secundarios en el Colegio Nacional San José de Chiclayo, así como en la Gran Unidad Escolar Andrés Bóvari de la ciudad de San Pedro de Lloc. Sus estudios universitarios los realiza en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, pero se llega a titular en la Universidad Católica del Perú.

Graduado ya como abogado, ejerció en los primeros años la defensa libre, época en la que, como el escogido de su pueblo, llega a ser Alcalde de la ciudad de Lambayeque.

El Dr. Guillermo Doig Buendía contrajo matrimonio con la señora Carlota Hortensia Sánchez Treguer, dama de ascendencia tacneña, con quien tuvo cinco hijos.

Teniendo como cualidades su vasta inteligencia, su probidad y honestidad, decide abandonar el camino menos sacrificado pero mejor remunerado que le ofrecía la profesión de abogado libre, para iniciar su brillante carrera como Magistrado, llegando a ocupar el cargo de Juez Instructor de la Provincia de Lambayeque.

Es en el año 1956 que por méritos propios asciende al cargo de Vocal Superior de esta Corte Superior de Justicia de Lambayeque, donde mostrando su liderazgo y cordialidad amistad con sus pares, llega a ocupar por cinco veces la Presidencia, en los años 1965, 1966, 1970, 1974 y 1975.

El Dr. Doig Buendía fue un apasionado por la cultura jurídica, la que combinada con el quehacer de la magistratura, hizo de él un erudito en la materia del Derecho Penal, lo que le valió para desempeñar con acierto la cátedra de Derecho Penal de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, y de cuyas magistrales clases pueden aún dar cuenta muchos de sus alumnos aquí presentes.

En el año 1976 asciende al cargo de Vocal Supremo, siendo por sus sabios conocimientos y apostolado por la justicia, que lo llevaron a ostentar el más alto cargo de la judicatura nacional al que todo magistrado aspira, pues, en el año 1979 es electo por sus pares como Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Es bueno conocer que durante su gestión, se crearon en nuestra Corte Superior dos Tribunales Correccionales más, las que más tarde pasan a convertirse en la Segunda y Tercera Sala Penal.

Actuó como representante del Poder Judicial para la aprobación de la Constitución de 1979, siendo elocuente su intervención en la 62ª Sesión llevada a cabo el 6 de Junio de 1979, donde dejó expresado su sentir por la celeridad de la administración de justicia, señalando la inconveniencia de la propuesta para que los Fiscales Supremos emitan dictamen previo a todas las resoluciones que emitiera la Corte Suprema; así también defendió la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes en vía de acción.

Además, fue integrante del Consejo Nacional de la Magistratura durante los años 1980 y 1981; y fue designado como Jefe del Órgano de Control de la Magistratura en el año



1986, retirándose de la magistratura nacional en este mismo año.

Alejado de la magistratura nacional y en el sosiego de su familia, falleció el 10 de Mayo de 2014, no sin antes haber expresado su deseo de hacer reposar sus restos en el cementerio El Ángel de su entrañable ciudad de Lambayeque, hasta donde hace unos días, con la anuencia de su familia, estuvimos presentes para elevar una oración al Divino Hacedor, para que lo siga manteniendo en la gloria que está reservada para los hombres privilegiados como él.

El devenir histórico de nuestra Corte Superior de Justicia de Lambayeque me obliga hacer un paréntesis, para singularizar esta época de vida como Magistrado Superior del Dr. Víctor Guillermo Doig Buendía, pues, no cabe duda que junto a los doctores Humberto Gálvez Durand, Juan Manuel Méndez Osborn, Federico Peralta Rosas, José Antonio Silva Vallejo, entre otros, marcaron una época de oro en la magistratura lambayecana, tanto así que todos los mencionados llegaron a ser Vocales Supremos. Dignos Jueces que emularon a otros grandes hombres de la cultura jurídica local, como lo fueron en su época los doctores Ernesto Figueroa Estremadoyro, Juan De Dios Lora y Cordero, Ángel Gustavo Cornejo que al igual que nuestro homenajeador se inició como Juez Instructor de Lambayeque en 1908, y el doctor José León Barandiarán; de quienes hasta ahora nos seguimos nutriendo de su saber luminoso.

A propósito de esta obra que me habéis encomendado, doy cuenta a Uds. distinguido público presente, que aún existe pendiente de escribir la historia del Poder Judicial en Lambayeque, pero en cada caso particular al que podemos acceder, encontraremos acontecimientos de lo más grandiosos; así, como parte de nuestra tarea de investigación, hemos advertido que con motivo del discurso pronunciado por el doctor José Antonio Silva Vallejo a propósito de asumir el cargo de Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en el año 1979, decía lo siguiente:

“Dentro de las vidas luminosas que hemos tratado y conocido muy de cerca, quiero dejar aquí pública constancia de mi reconocimiento a la ejemplar conducta, caballerosidad señera, honorabilidad sin tacha y gran capacidad de los señores Presidentes que me han antecedido en esta Corte (...) al Dr. Guillermo Doig Buendía, por todos ustedes conocido, lambayecano eminente y hombre enérgico y de gran carácter, quien precisamente hoy día acaba de jurar como Presidente de la Corte Suprema, culminando su brillante carrera como Magistrado”

No cabe duda que las cualidades personales vertidas en aquel discurso que os doy cuenta, califican al Dr. Guillermo Doig Buendía como un excelente magistrado y digno de rememorar su obra; convirtiéndolo en un paradigma al que todo magistrado de hoy en ejercicio de la más alta función encomendada a los hombres, debe servirnos como ejemplo a seguir.

A propósito de la función encomendada al Juez, hay quienes hasta ahora siguen preguntándose: ¿Qué hace un juez? ¿Cuál es la actividad que realiza a propósito de esa función?; a cuya pregunta son innumerables las respuestas que la doctrina y la experiencia nos brinda. Así, en el mundo del inicial derecho romano-germánico se les atribuía a los jueces como actividad, ser simples voceros de las decisiones que ya había tomado el legislador, esto es, eran “boca de la ley”; para el mundo anglosajón en cambio, los jueces siempre ostentan poder, poder de decisión, aquí el juez al enfrentar una norma de amplia



cobertura de interpretación, debe tomar verdaderas decisiones basadas en su concepto de justicia, y en su propia concepción sobre el contexto de la legislación. Pero es el jurista anglosajón Ronald Dworkin, quien haciendo uso de la conocida metáfora del Juez Hércules, nos presenta como un juzgador ideal, inmensamente sabio, conocedor de todo el Derecho pasado y presente, de todas las fuentes, y capaz de rastrear toda esa información en un tiempo limitado.

Más allá de la exquisitez filosófica en la que se involucra los criterios doctrinarios señalados, habrá que decir que los jueces somos seres terrenales, que como todo ser humano presentamos virtudes y flaquezas, que somos conscientes de haber recibido una de las más nobles y a la vez incomprensible tarea de administrar justicia, pero que la asumimos como un apostolado, y que actuamos siempre con responsabilidad, total imparcialidad, honestidad y sobre todo con humildad. Por eso digo: No pregunten que hacen los jueces por la sociedad, porque sabemos bien lo que sería una sociedad sin sus jueces.

Mostramos humildad frente a los halagos que, como el del maestro de Florencia, Piero Calamandrei nos dice: ***“Amo al juez porque me siento hecho de su misma carne; lo respeto porque siento que vale, potencialmente al menos, el doble que yo abogado”***. Y en esta misma idea, es bueno recordar aquel episodio de vida familiar que nos cuenta el jurista Juan Monroy Gálvez, a propósito de la noticia que recibe de su hijo “Juani”, quien siendo aún estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, le comunica su deseo de ser Juez, por lo que le aconseja: ***“(…) debes ser juez porque juzgar es un acto divino. No hay actuación profesional que pueda acercarte más al Maestro, de hecho cada decisión que expidas será una ofrenda a su grandeza”***. Agregaba luego ***“(…) quiero prestarte una oración. Cuando se acabe el día y llegues a casa a descansar, agrádecele al Pastor lo vivido, todo es de él, tú lo sabes. Luego, no dejes de hacer este pedido: ruégale que jamás permita que la injusticia no te duela, porque sin ese sentimiento no vale la pena vivir. Solo te presto la oración porque la necesito diariamente para seguir viviendo”***.

En esa enorme responsabilidad de ser Juez, no habrá de temer entonces cuando tengamos que decidir contra el litigante poderoso que no tenga la razón; o a condenar al político deshonesto que te acusa de hacer persecución política; o a decidir a favor de aquella madre que tras haber aportado la prueba suficiente, clama el reconocimiento de su hijo al padre que pretende evitar los efectos jurídicos de su paternidad; que nada pueda torcer tu criterio razonado, imparcial, sano y justo, como lo hizo en el quehacer diario de la función jurisdiccional nuestro homenajeado Dr. Guillermo Doig Buendía.

Sabido es que en este diario trajinar de nuestro quehacer judicial, permanecemos muchas horas involucrados en el estudio de expedientes y la pantalla de un computador; que muchas veces postergamos o descuidamos los deberes de atención a nuestra familia para dar cumplimiento a esta augusta misión; pero es necesario comprender también, que habiendo escogido una vida dura y a veces incomprensible, consideremos que el excesivo trabajo deshumaniza, y al deshumanizarnos inevitablemente dejamos de cumplir nuestro rol como la sociedad espera.

No quiero desaprovechar la ocasión para compartir con mis colegas jueces presentes algo que considero importante de la maravillosa obra “Don Quijote de la Mancha” de Miguel Cervantes Saavedra, cuando refiriéndose al bien, lo relaciona siempre con la armonía y las formas bellas, advirtiendo el personaje que: ***“hay dos maneras de hermosura una del alma y otra del cuerpo; la del alma campea y se muestra en el entendimiento, en la honestidad, en el buen proceder, en la liberalidad y en la buena crianza, y todas estas partes***



cabem y pueden estar en un hombre feo; y cuando se pone la mira en esta hermosura, y no en el cuerpo, suele nacer el amor con el ímpetu y con ventajas". Hagamos pues sin pensar en el romanticismo de Cervantes, que nuestra alma refleje hermosura en cada acto decisivo de nuestra función de Juez.

En este Día del Juez hago extensivo mi más cordial saludo a los Jueces del Perú y en especial a los de este Distrito Judicial de Lambayeque, decirles que más allá de la gran cantidad de expedientes sobre asuntos conflictuales que nos corresponde resolver día a día, debe primar entre nosotros una indeclinable y fraternal amistad; que debemos estar unidos y que el Centenario de nuestra Corte Superior de Justicia de Lambayeque nos encuentre como una institución sólida y seamos lumbrera de la administración de justicia en el Perú.

A vuestros familiares del Dr. Guillermo Doig Buendía aquí presentes, decirles que la modestia de este homenaje, se vea compensado con el sano propósito que tengo de dar cuenta a la sociedad, sobre nuestra profunda admiración por su trayectoria de vida; que nos sentimos orgullosos de pertenecer a esta Corte Superior en las que nos precedió como excelso magistrado; al mismo tiempo, permítasenos compartir ese enorme legado de caballero honorable y de moral íntegra que les ha dejado.

Creo Señores haber cumplido la misión encomendada, pidiendo que los aplausos del día de hoy sean para nuestro homenajeado el Dr. Guillermo Doig Buendía.

Muchas Gracias



ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA: UN REPLANTEAMIENTO DE SU VALOR MATERIAL¹



Edwin Figueroa Gutarra²

Sumario

Introducción 1. Actuación inmediata de sentencia y concepto 2. Tutela jurisdiccional efectiva vs. el derecho a la doble instancia 3. Presupuestos de la actuación inmediata de las sentencias estimatorias 4. Una comparación con la medida cautelar. Ideas finales

Introducción

El régimen procesal de la actuación inmediata de sentencia dispuesto por el Código Procesal Constitucional de Perú de 2004, constituye aún un reto de efectividad para nuestro ordenamiento constitucional, en la medida que su utilización por parte de la judicatura en nuestro país, prevalentemente aquella que concierne al Poder Judicial como primer bastión de defensa de los derechos fundamentales, aún no es significativa.

¿Razones para ello? Ciertamente la propia presteza de la naturaleza de los procesos constitucionales exige respuestas de tutela urgente real, inmediata y célere. Y si ello es llevado a un plano comparativo de efectividad pronta de las pretensiones constitucionales, las medidas cautelares, otro mecanismo de relevancia procesal determinante, excluyentes con relación a la actuación inmediata de sentencia, han implicado en la práctica judicial, la no necesidad de esperar hasta la sentencia propiamente dicha para demandar la realización de aquella prestación que dispone la sentencia.

Sin embargo, es necesario, desde la perspectiva de una real consolidación de los derechos fundamentales así como su efectiva vigencia, poner de relieve la propuesta de fortalecimiento de esta institución, de discurrir por su evolución jurisprudencial y de destacar su valía como una herramienta que requiere algunos ajustes procedimentales para una mejor eficacia de sus contenidos.

La utilidad procesal del instituto de la actuación inmediata de sentencia es innegable. Se acerca a la dimensión material de una vigencia efectiva de los derechos fundamentales, pues derechos sin vigencia se convierten en derechos nominales, apenas semánticos, o disfraces lejanos del concepto real de Constitución, como enunciaba Loewenstein. En esa línea de razonamiento, instituciones de esta naturaleza trabajan por la restitución pronta de derechos fundamentales conculcados.

1. ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA Y CONCEPTO

La actuación inmediata de sentencia ha sido delimitada por el artículo 22³ del Código Procesal Constitucional y sus caracteres principales se orientan por una efectividad célere de la decisión de primera

¹ Ponencia presentada al V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional. Arequipa, Perú. 2014.

² 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

³ Código Procesal Constitucional. Artículo 22.- Actuación de Sentencias

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución.(...)

instancia a efectos de que no deba esperarse, dado el contexto de urgencia de todo proceso constitucional, hasta la decisión estimatoria de segunda instancia.

La precisión que efectuamos es importante: si la determinación es de una prestación de dar, hacer o no hacer, advertimos unos caracteres de condena que es necesario atender optando por la ejecución inmediata de la sentencia de primer grado.

A este respecto, la diferencia entre *sentencia definitiva* y *sentencia firme* es relevante. La primera implica la conclusión de una primera etapa de la controversia, siendo susceptible aún de impugnación ante una instancia superior. La segunda, supone el cumplimiento de los requisitos de cosa juzgada formal y material, catalogado el primer aspecto como la imposibilidad de interponer recurso impugnatorio alguno, y la noción adicional, en relación a que el juez optó por el examen del fondo del asunto.

Ahora bien, sin el propósito de restar eficacia a la cosa juzgada formal y material, tengamos en cuenta que el Tribunal Constitucional ha optado por perfilar la institución de la cosa juzgada constitucional,⁴ la cual es necesario tener en cuenta en medio del tratamiento de esta importante institución. En efecto, mientras que la actuación inmediata de sentencia traduce una urgencia de tutela, la cosa juzgada constitucional representa el último estadio de interpretación en materia de efectivización de derechos pues ella no existirá mientras no sea observada una interpretación vinculante del Tribunal Constitucional. Nos encontramos así antes dos polos opuestos: la actuación inmediata de sentencia representa una materialización célere de la tutela de urgencia. En la orilla opuesta, la cosa juzgada constitucional indica que es posible aún una actuación conforme con la Constitución si eventualmente se contradice una interpretación vinculante del supremo intérprete de la Norma de Normas.

La STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas, determina, desde data más reciente, cuál es el tratamiento material del régimen de actuación inmediata de sentencia, posición jurisprudencial que desarrollo el concepto lato y poco trabajado, hasta la dación de este fallo, del artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

El Tribunal Constitucional aporta una definición de actuación inmediata de sentencia recurriendo a Caballol,⁵ concepto del cual extraemos una similitud manifiesta con la figura de *ejecución provisoria*⁶ que aporta la doctrina del Derecho Procesal Civil,⁷ o como el mismo Tribunal señala, se trataría de una técnica de aceleración del proceso o de tutela urgente.⁸

Otra definición de interés es aportada por Arce Cárdenas,⁹ quien se refiere a esta institución desde el concepto de ejecución provisional de sentencia para indicar que “es la institución procesal por la que se atribuye plena eficacia a una sentencia estimatoria de primer grado que aún no ha adquirido la autoridad de cosa juzgada y cuyo uso en un proceso judicial permite brindar una auténtica tutela procesal efectiva”.

El supremo intérprete de la Constitución desarrolla una estrecha vinculación entre el régimen de actuación

4 STC. 006-2006-CC/TC. Caso Casinos Tragamonedas

70. (...) lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139º, inciso 2, es la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

5 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas

22. Dentro del contexto del proceso civil, suele entenderse por “actuación inmediata de la sentencia estimatoria” (o “ejecución provisoria”) aquella institución procesal a través de la cual se atribuye eficacia a una resolución definitiva sobre el fondo, pero carente de firmeza, cuyos efectos quedan así subordinados a lo que resulte del recurso interpuesto o por interponer. (CABALLOL ANGELATS, Lluís: *La ejecución provisoria en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 47)

6 MONROY GALVEZ, Juan. *La Actuación de la Sentencia Impugnada*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima: Estudio Monroy Abogados. N° V. 2002. pp. 201.

7 GOZAINI, Osvaldo. *La ejecución provisoria en el proceso civil*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. N° III, Lima, 1999. p. 81.

8 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 26

9 ARCE CARDENAS, Yuliana. *Actuación inmediata de sentencia impugnada*. GACETA CONSTITUCIONAL No. 4. Abril 2008. p. 83.



inmediata de sentencia y el proceso de amparo,¹⁰ y señala respecto a este régimen procesal que “se revela entonces como una herramienta de primerísimo orden para la materialización de aquella *tutela urgentísima* y *perentoria* que aquel proceso debe representar; lo que, a su vez, se halla en consonancia con aquel “recurso sencillo y rápido” para la defensa de los derechos al que alude el artículo 25.¹¹ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” (F.J. 35),

Esta acepción es de primer orden de importancia: si no existe un recurso sencillo y rápido que satisfaga prontamente la necesidad de evitar la arbitrariedad de poderes estatales o privados, respecto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, entonces no existe un real Estado constitucional. De ahí nace la necesidad de configurar en los sistemas procesales de los países herramientas que permitan una pronta defensa de los derechos tutelados por la Carta Fundamental.

A nivel de Derecho Comparado, ha sido Eto Cruz¹² quien ha desarrollado una importante referencia de esta institución procesal en países como Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Uruguay, Costa Rica y Venezuela, destacando como rasgo distintivo en estos ordenamientos que los recursos no suspenden la ejecución de sentencia si ésta acoge la pretensión del amparado.

Aquí es importante advertir un detalle relevante: la impugnación de la decisión asume un carácter de no suspensión del sentido de la decisión, en cuanto importe una sentencia de condena. Y si la impugnación ocurriere y eventualmente revocare el fallo de primera instancia, solo en el caso de decisión desestimatoria se producirá la suspensión de los efectos de la decisión tutelar.

En la doctrina comparada, los afianzamientos de un tipo de tutela cautelar han sido defendidos por la doctrina alemana a través de la *antizipierten Zwangsvollstreckung*,¹³ en vía de un concepto de tutela cautelar como anticipación de la ejecución forzada; o bien como *azione assicurativa*,¹⁴ desde la doctrina italiana, la cual recoge inclusive ideas de Chiovenda respecto al pensamiento alemán. Afirma el pensador italiano que “toda ejecución material donde el derecho material no fue definitivamente decidido, en donde hay ejecutabilidad sin fuerza de cosa juzgada (*vorläufige Vollstreckbarkeit nichtrechtskräftiger Urteile*) constituye una forma de tutela jurídica provisional.”¹⁵

2. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA VS. EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA

Nos parece pertinente poner de relieve la contrastación material que desarrolla el fallo 607-2009-PA/TC en la acepción que denomina el Tribunal como “el juego de la ponderación: el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva vs. el derecho a la doble instancia.” (F.J. 42-43). En este aspecto, se oponen dos derechos fundamentales de vertiente distinta: de un lado, la tutela jurisdiccional efectiva conduce a una realización del “derecho justo”, a una materialización de la tutela que exige el derecho de quien resulta afectado ostensiblemente en sus derechos fundamentales y por consiguiente, a evitarle el penoso tránsito de la formal espera hasta un pronunciamiento final de segunda instancia.

En el ámbito opuesto a esta pauta, advertimos la configuración del derecho fundamental a la doble

10 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 35-41

11 Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 25. Protección Judicial

1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

12 ETO CRUZ, Gerardo. *¿Existe actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional peruano?* GACETA CONSTITUCIONAL No. 4. Abril 2008. p. 27-29.

Vid también sobre una visión de este instituto procesal en el Derecho Comparado CAIRO ROLDAN, Omar. *La actuación de las sentencias de los procesos constitucionales de protección de derechos.* GACETA CONSTITUCIONAL No. 4. Abril 2008. p. 38-40.

13 MITIDIERO, Daniel. *Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria.* Traducción de Renzo Cavan. Marcial Pons. Madrid, 2013. p. 27

14 MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 28.

15 MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 29

instancia. Ciertamente, constituye un supuesto de ejecución de sentencia que el debate procesal en sus vertientes formal y material, haya concluido. Deviene pues necesario ejecutar la prestación del mandato de una sentencia siempre que la controversia hubiere llegado a su fin.

Estos son los dos planteamientos base respecto a los derechos en cuestión. Y sin embargo, es importante advertir que de esa ponderación necesaria a desarrollar, surge un elemento habilitante que bien podemos calificar como un aporte de la doctrina alemana: *el deber especial de protección*¹⁶ o *Schutzpflicht*,¹⁷ noción que a su vez traduce un matiz de tutela extraordinaria si se trata de derechos fundamentales.

Ergo si ocurre que existe necesidad de tutela urgente respecto a derechos especialmente protegidos, como lo son los derechos fundamentales, entonces se justifica que aquella dispensa en positivo que otorga la justicia constitucional respecto a un derecho tutelado por la Constitución, se vea restituida lo antes posible, sin que exista necesidad de diferir hasta el final de una segunda instancia el marco de protección que se demanda.

A propósito de estos desencuentros entre derechos fundamentales cabe la interrogante: ¿Podemos hablar de desfases entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional, como sugiere García Belaúnde?¹⁸ Por cierto que sí, ambas disciplinas construyen materialmente la defensa de los derechos fundamentales mas no siempre advertimos una marcha al mismo ritmo. El Derecho Procesal Constitucional tiende a ser más activista cuando los tribunales se comprometen en la defensa férrea de los derechos fundamentales y delimitan incesantemente nuevas reglas aplicables a los procesos constitucionales, lo cual se traduce en un activismo judicial necesario. El Derecho Constitucional si bien presenta avances, esboza lenta pero progresivamente esquemas conceptuales, abstractos por naturaleza en fase de construcción, respecto a los derechos a tutelar por parte de la Constitución. Su aporte es valioso, ciertamente, pero su ámbito exige la delimitación abstracta de las instituciones sustantivas relacionadas con derechos fundamentales.

3. PRESUPUESTOS DE LA ACTUACIÓN INMEDIATA DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS

La STC 607-2009-PA/TC, caso John Lojas, ha merecido un desarrollo relevante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo referido a los presupuestos de la actuación inmediata de las sentencias estimatorias, fijando el supremo intérprete diversos criterios para su materialización. La importancia de este caso reside en la delimitación propia de este instituto, respondiendo así a esa responsabilidad de un alto Tribunal de fijar líneas directrices para los jueces de instancias inferiores. Hay una suma de hecho positiva en este aspecto: esta determinación de líneas materiales hace más predecible el derecho, crea uniformidad y perfila líneas de mayor certeza y seguridad en la resolución de controversias jurídicas, más aún si éstas atañen a derechos fundamentales. El Derecho, de ese modo y desde una perspectiva argumentativa, se universaliza y se torna más confiable.

Entre los criterios fijados por el Tribunal, figuran las ideas de un *sistema de valoración mixta*,¹⁹ concepto que

16 STC 0858-2003-AA/TC. Caso Eyler Torres.

7. (...) la constitucionalización del "deber especial de protección" comporta una exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger, por diversas vías, los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de otros Estados. Se trata de una función que cabe exigir que asuma el Estado, a través de sus órganos, cuando los derechos y libertades fundamentales pudieran resultar lesionados en aquellas zonas del ordenamiento en las que las relaciones jurídicas se entablan entre sujetos que tradicionalmente no son los destinatarios normales de esos derechos fundamentales.

17 Cfr. KLEIN, Eckart. *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, en Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 42. Jahrgang, Heft 27, 5. Juli 1989. p. 1633. En FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. algunas cuestiones dogmáticas*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Año 7, N° 2, 2009, p 21.

18 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal N° VIII. Palestra, Lima, 2005. p.149.

19 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas

63. Por ende, para la aplicación de la figura de la actuación inmediata de sentencia estimatoria de primer grado, el juez debe observar algunos principios y reglas procesales, como los que se mencionan a continuación:



confiere al juzgador un rango de discrecionalidad para o bien adoptar el criterio de actuación inmediata de una sentencia, o bien adoptar la decisión de preferir otra opción, la más usual, a criterio nuestro, entendida como la figura regular de derivar la controversia a una instancia superior luego de una apelación formal, luego de cuya decisión recién podrá optarse por la ejecución del mandato firme.

En relación al concepto de *juez competente*,²⁰ la previsión técnica es que actúe inmediatamente la sentencia el juez que dictó la sentencia de primer grado o juez A quo. Es la alternativa más razonable y evidentemente más lógica. No lo debe hacer el juez Ad quem, o de revisión, pues éste debe emitir un pronunciamiento célere tan pronto llegue la controversia a su conocimiento. Y en propiedad, resulta el juez A quo el juez natural para conocer la figura de la actuación inmediata.

La premisa de *forma de otorgamiento*²¹ conlleva algunos matices: goza de legitimidad para el pedido de actuación inmediata de sentencia, por regla general, la parte afectada, y sin embargo, esta regla general se relativiza cuando el juez constitucional aprecia un contexto de urgencia y dispone, vía la decisión, no de exhortación sino de cumplimiento de un deber, de que la prestación ordenada por la sentencia se cumpla en modo inmediato. Advertimos aquí, por el *principio de suplencia de queja deficiente*,²² que el juez constitucional debe convertirse en un defensor activo de los derechos fundamentales y si observa una actuación deficiente de la parte afectada en la tutela del derecho cuya vulneración se denuncia, pues debe suplir esa ausencia de actividad de la parte solicitante. En rigor, suple el juez esa deficiencia de actuación de la defensa.

En relación a la idea de *sujetos legitimados*,²³ se expresa una noción *clausus* en tanto resultan con interés para obrar tanto el beneficiario de la sentencia estimatoria como quien acredite poder en su representación. No se extiende esta potestad a terceros.

En relación a los *alcances* de la actuación inmediata de sentencia,²⁴ goza al juez constitucional de la potestad de modular los efectos de su decisión respecto a la actuación inmediata de una sentencia, en relación a las prestaciones que determina la sentencia. Puede fijar el juez la extensión de lo otorgado en forma total o parcial, atendiendo a la naturaleza de la pretensión. La consecuencia es directa: formulada la petición de actuación inmediata de sentencia, corresponde al juzgador evaluar los presupuestos procesales de concesión y de acuerdo al cumplimiento de los mismos, fijar la extensión de su decisión.

Respecto al *tipo de sentencia*²⁵ que involucra esta figura, el Tribunal delimita que la formulación del

i. Sistema de valoración mixto: si bien la regla general debe ser la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, el juez conservará, empero, cierto margen de discrecionalidad para tomar una decisión ajustada a las especiales circunstancias del caso concreto

20 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

ii. Juez competente: será competente para resolver la solicitud de actuación inmediata y, de ser el caso, para llevarla a cabo, el juez que dictó la sentencia de primer grado.

21 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

iii. Forma de otorgamiento: si bien como regla general la actuación inmediata procederá a pedido de parte; ello no impide que el juez pueda ordenarla de oficio cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para el demandante, ello, en virtud de la obligación del juez constitucional de proteger de modo efectivo los derechos constitucionales, conforme a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const.

22 STC 5761-2009-PHC/TC. Caso Carmen Pisfil.

19. (...) dentro de nuestra jurisprudencia constitucional dichos principios han recibido tratamiento individualizado pues por un lado el Colegiado Constitucional ha señalado que: "...la suplencia de la queja deficiente... se trata de la facultad que tienen los jueces constitucionales para adecuar las pretensiones de los quejosos, a fin de otorgarles la protección que sus derechos fundamentales requieran en el supuesto que se advierta un error o una omisión en el petitorio de su demanda...". Y sobre el principio de iura novit curia ha señalado que: "...dicho aforismo, literalmente significa "El Tribunal conoce el derecho" y se refiere a la invocación o no invocación de las normas jurídicas que sirven de fundamento a las pretensiones esgrimidas por las partes dentro de un proceso..."

23 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

iv. Sujetos legitimados: tendrá legitimación activa para solicitar la actuación inmediata el beneficiado con la sentencia estimatoria de primer grado o, en su caso, el representante procesal, según lo dispuesto por el artículo 40 del C.P.Const.

24 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

v. Alcance: por regla general, la actuación inmediata ha de ser otorgada respecto de la totalidad de las pretensiones estimadas por el juez a quo; sin embargo, el juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma parcial, es decir, sólo respecto de alguna o algunas de las referidas pretensiones, cuando ello corresponda según las circunstancias del caso concreto y teniendo en consideración los presupuestos procesales establecidos en el punto viii. No serán ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados o intereses.

25 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

vi. Tipo de sentencia: podrá concederse la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, tanto de sentencias que no hayan sido apeladas pero que aún puedan serlo, como de sentencias que ya hayan sido apeladas. La actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado se entiende sólo respecto de sentencias de condena.



pedido de actuación respecto de esta sentencia, tendrá lugar en relación a sentencias apeladas como no apeladas, característica que le confiere un *status* especialísimo a este instituto, pues inclusive ejercido el acto impugnatorio respectivo, no devendrá en restricción manifiesta el pedido de actuación inmediata.

El concepto de *mandato preciso*²⁶ se refiere a la exigibilidad de una determinabilidad del alcance de la decisión, es decir, debe gozar el mandato de especificidad a efectos de que tenga lugar su actuación.

Se constituyen en *presupuestos procesales* para la actuación inmediata de sentencias,²⁷ la *no irreversibilidad*, la *proporcionalidad* y la *no exigencia de la contracautela*.

En cuanto a la *irreversibilidad*, es necesario que el juez valore la no conveniencia de un estado de cosas, valga la redundancia, irreversible, es decir, la medida de actuación inmediata de sentencia deberá implicar, de corresponder ante una eventual revocatoria, la figura de retorno del estado de cosas a una situación anterior. Junto a esto tiene lugar la *proporcionalidad* de la medida, en tanto queda proscrita la arbitrariedad de la decisión si ésta resulta excesiva en su otorgamiento. Finalmente, no es exigible la *contracautela*, aunque el juez excepcionalmente la puede solicitar.

En cuanto a la *apelación*,²⁸ es de observarse una condición de inimpugnabilidad tanto de la actuación de la sentencia como de su denegatoria. En posición crítica de este aserto, reviste mayor razonabilidad la viabilidad de la función correctora y nomofiláctica de las instancias correctoras, dado el margen de falibilidad que puede tener lugar respecto de la decisión del juez A quo.

En cuanto concierne a los *efectos de la sentencia de segundo grado*²⁹, advierte el Tribunal que puede ocurrir un caso especial: que exista revocatoria pero al ocurrir que se mantienen los presupuestos con los cuales fue concedida la medida, que la ejecución provisoria siga manteniendo sus efectos. Sin duda éste es un caso especial pero se atiende a lo que hemos denominado una condición especial de determinados institutos procesales constitucionales, como por ejemplo sucede con el artículo 16³⁰ del Código Procesal Constitucional respecto a la medida cautelar. En este último caso, tiene lugar la cancelación de la medida mas solo una vez que exista sentencia con autoridad de cosa juzgada. Ello simplemente informa que la medida cautelar pudiera eventualmente ser revocada, mas ello, en el aspecto procesal constitucional, no necesariamente conduce a su cancelación, figura distinta a lo civil, escenario en el cual la revocatoria de una medida cautelar, conlleva la extinción de ésta.

Finalmente, en la *relación con la medida cautelar*,³¹ aspecto que desarrollamos a continuación, esta institución

26 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

vii. Mandato preciso: la sentencia estimatoria de primer grado debe contener un mandato determinado y específico (*mandato líquido*), de acuerdo a lo establecido por el inciso 4 del artículo 55 del C.P.Const., en el cual debe sustentarse el mandato contenido en la actuación inmediata.

27 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

viii. Presupuestos procesales:

1. *No irreversibilidad:* la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.

2. *Proporcionalidad:* no obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.

3. *No será exigible el otorgamiento de contracautela.* Sin embargo, de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad.

28 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

ix. Apelación: la resolución que ordena la actuación inmediata, así como aquella que la deniega, serán inimpugnables.

29 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

x. Efectos de la sentencia de segundo grado:

1. Si la sentencia de segundo grado confirma la decisión del juez a quo que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución se convertirá en definitiva.

2. Si la sentencia de segundo grado revoca la decisión del juez a quo que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución provisional podrá seguir surtiendo efectos en tanto se mantengan los presupuestos en atención a los cuales fue inicialmente otorgada; lo que se justifica en la finalidad esencial de los procesos constitucionales que, de acuerdo a lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const., es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

30 Código Procesal Constitucional. Artículo 16.- Extinción de la medida cautelar

La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada. (...)

31 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63



fija un carácter de exclusión una vez emitida la sentencia de primera instancia: o se actúa inmediatamente la sentencia o se ejercita la medida cautelar, resultando en exclusión la utilización de una respecto de la otra. Creemos que aquí la estructuración del concepto no ha sido integral pues una vez emitida la sentencia de primera instancia, no es propio solicitar una medida cautelar.

4. UNA COMPARACIÓN CON LA MEDIDA CAUTELAR

Ciertamente corresponde nos interroguemos, como cuestión vital en este estudio, por qué las estadísticas arrojan resultados aún exigüos respecto a la utilización de la actuación inmediata de sentencia en comparación a la aceptabilidad, preferencia y recurrencia de las partes con relación a la medida cautelar.

Las razones parecen ser muy puntuales: de un lado, si de eficacia se trata y además se persigue obtener un resultado inmediato respecto a una pretensión, observemos que desde la misma interposición de la demanda, existe ya la alternativa de recurrir a una medida cautelar en relación a la parte demandante. Es más, nada obsta, desde una perspectiva procesal válida, que sean postuladas al mismo tiempo la demanda y la medida cautelar vinculadas al proceso propiamente dicho.

Es cierto que debe ser admitida la demanda y en acto cuasi simultáneo, sería despachada la medida cautelar, la misma que es conocida en la práctica procesal, como sentencia anticipada, siempre que concurren los requisitos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y pertinencia de la medida cautelar.

Entonces la observación de tiempos procesales es relevante: la medida cautelar puede ser propuesta al juzgador desde la misma postulación de la demanda. Tiene lugar y efecto material en cuanto haya sido admitida a trámite la demanda.

Una estadística referencial es la que puede aportar desde la praxis la Sala Constitucional de Lambayeque, órgano de segunda instancia de especialidad constitucional, la cual en el año 2014, hasta el mes de setiembre, ha resuelto 253 medidas cautelares,³² y ninguna impugnación, de forma, fondo o extraordinaria o vinculada indirectamente a la situación de actuaciones inmediatas de sentencia.

Distinto es el caso, podemos apreciar entonces, de la institución procesal asumida como actuación inmediata de sentencia, pues exige todavía un pronunciamiento que se categoriza como definitivo al referirnos al fallo de primera instancia. No puede ocurrir antes de la sentencia misma y en este aspecto, la defensa de una pretensión constitucional no puede verse desligada de las etapas procesales respectivas, las cuales informan que la sentencia como tal, solo puede tener lugar después de un iter procesal regular que implica la demanda y la absolución de la misma por parte de la emplazada.

Y cierto es que una sentencia constitucional, elegible para el régimen de actuación inmediata de sentencia, puede tener lugar hasta como la tercera resolución³³ en el proceso, lo cual es un valioso referente de celeridad. Sin embargo, observemos que la tutela de urgencia aspira a ser inmediata, no mediata, y en esta determinación de características procesales, la medida cautelar implica una inmediatez mayor con relación a la sentencia. Ésta puede actuarse igualmente en modo inmediato pero veamos que es prioridad su previa dación. ¿Querrá decir que la sentencia inmediata, a pesar de lo expresado, se vuelve mediata en su pedido? Si apreciamos esta figura en función a la celeridad de la medida cautelar, la respuesta es positiva. No olvidemos, en esos mismos conceptos, que la exigencia de respuestas prontas y céleres, deviene necesaria y atendible en materia constitucional y ello es una característica manifiesta de este tipo de procesos.

xi. Relación con la medida cautelar: una vez emitida la sentencia estimatoria de primer grado, el demandante podrá optar alternativamente entre la actuación inmediata o la medida cautelar; sin embargo, la utilización de una excluye a la otra.

32 Sala Constitucional de Lambayeque, Perú. Medidas cautelares resueltas en el año 2014: enero, 25; marzo, 20; mayo, 49; junio, 31; julio, 49; agosto, 38 y setiembre, 41. No obra información sobre impugnaciones respecto a actuación inmediata de sentencia.

33 Un aporte significativo de la urgencia de un proceso constitucional es que un primer proveído respecto a un proceso constitucional, corresponda a la admisión de la demanda; el segundo, a la contestación de la demanda; y el tercero, previsiblemente a la sentencia. Esto no sucede en todas las causas constitucionales naturalmente, pero es importante advertir que la ausencia de etapa probatoria sin duda permita un desarrollo más célere del proceso.



IDEAS FINALES

Un balance a modo de conclusión nos refiere el importante desarrollo material de la institución de la actuación inmediata de sentencia. El Tribunal Constitucional ha cumplido una responsabilidad pedagógica de importancia en el desarrollo de esta figura procesal. Desde el proceso STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas, advertimos una estructuración de relevancia pues los elementos conceptuales de esta noción procesal aparecen delimitados en rangos, valía y alcances.

Y sin embargo, ¿cómo camina la utilización de esta figura en la práctica profesional de los abogados en la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos? Las cifras expresadas *supra* nos dicen, con objetividad, que el uso de la medida cautelar, por diversas razones, es una alternativa procesal mucho más utilizada, en tanto se permite su pedido desde el propio inicio del proceso, a diferencia de la actuación inmediata de sentencia, la cual debe aún esperar hasta la dación del fallo de primera instancia para que tenga lugar el pedido de su formulación.

Y en esa perspectiva de urgencia, es determinante que mientras la tutela sea más urgente, más debe optarse en la defensa de los derechos fundamentales por el uso de los medios que mejor satisfagan las peticiones iusfundamentales, y en ello desempeña un valioso rol la actuación inmediata de sentencia.

Sin perjuicio de ello, queda como reto seguir implementando, reforzando y asignándole valor procesal, en la jurisprudencia, a este régimen de actuación inmediata de sentencia, más aún cuando los derechos fundamentales reclaman una pronta atención a sus exigencias en el seno de las controversias constitucionales y piden, con creces, una judicatura que responda en modo inmediato la atención de controversias vinculadas a los derechos tutelados por la Carta Fundamental.



AUTONOMIE E TUTELA DELLA CONCORRENZA IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI E SERVIZI PUBBLICI LOCALI ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ITALIANA¹



Elisabetta Lanza

Sommario: 1. La tutela della concorrenza tra uniformità della politica economica ed autonomia delle realtà produttive regionali. - 2. Contratti pubblici, dislivelli di regolazione e barriere territoriali. - 3. I servizi pubblici locali a seguito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011. - 4. Il servizio idrico integrato: gestione, tariffe e diritti degli utenti.

1. La tutela della concorrenza tra uniformità della politica economica ed autonomia delle realtà produttive regionali

La tutela della concorrenza rientra tra le competenze statali collegate a compiti di garanzia dello Stato centrale, il cui carattere trasversale è la diretta conseguenza della sua capacità di tangere materie di competenza concorrente o esclusiva regionale². Una materia di competenza statale, quindi, ma dotata di una "sensibilità" regionale, attese le potenzialità di intervento delle legislazioni locali.

Pertanto, la tutela della concorrenza, pur essendo una materia-funzione di competenza esclusiva dello Stato, tende ad incidere sull'attività legislativa e regolamentare delle Regioni, in vista del raggiungimento dell'uniformità, propedeutica all'effettiva tutela della concorrenza, secondo la stessa *ratio* sottostante all'art. 120, co. 1, della Costituzione.

Considerati gli intrecci di competenze e di materie, dall'entrata in vigore della Riforma del Titolo V, la Corte costituzionale ha compiuto una *actio finium regunduum* volta ad individuare, settore per settore, i limiti dell'attività legislativa statale e, soprattutto, regionale, giungendo ad affermare - in via generale - che «spetta allo Stato la competenza ad adottare provvedimenti idonei "ad incidere sull'equilibrio economico generale", mentre rientrano nella competenza legislativa concorrente o residuale delle Regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale, tali comunque da non creare ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle cose fra le Regioni e da non limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale» (Corte cost., sent. n. 320/2004). Tuttavia, tale assunto di portata assolutamente generale, non ha trovato riscontro in tutti i casi di incidenza dell'attività legislativa regionale. Infatti, la trasversalità della tutela della concorrenza si manifesta anche nel diverso peso attribuito all'esigenza di uniformità di disciplina sul territorio italiano, variabile in funzione del settore di incidenza. Innanzitutto, per comprendere la necessità della riserva in capo al legislatore statale è sufficiente considerare cosa sottenda la nozione di concorrenza. La concorrenza, oltre ad essere strumento di efficienza allocativa, produttiva e dinamica, può essere intesa quale "regola" del potere, ovvero come una regola relativa alla distribuzione del potere nell'ambito delle relazioni economiche: una regola di neutralizzazione del potere, poiché impedisce a tutti i soggetti coinvolti di influire notevolmente sui processi decisionali e sulle condizioni dello scambio e, conseguentemente, evita ad alcuni di imporre ad altri le proprie decisioni³. La tutela della concorrenza coincide essenzialmente con il *fine* pubblico di conservare o promuovere tale "regola". Il fine funge da limite della potestà legislativa regionale (concorrente o esclusiva), ancorché la funzione di limite non sia espressamente indicata. Come specificato dalla Corte costituzionale, «tale competenza non presenta i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti» (Corte cost., sent. n. 14/2004). È quindi una materia-funzione che incide trasversalmente su oggetti relativi a competenze non solo statali, ma anche regionali, quali il commercio, l'industria, la produzione e la prestazione di servizi, ed ha conseguentemente carattere trasversale⁴.

Tuttavia, per comprendere se una norma possa essere ricondotta ad una materia piuttosto che ad un'altra

¹ Il presente contributo è espressivo di opinioni personali dell'autrice che non impegnano in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza. Una prima versione di questo contributo è stata pubblicata in "Diritti e autonomie territoriali", a cura di A. Morelli e L. Trucco, Giappichelli, 2014.

² L. ANTONINI, voce Art. 117, 2°, 3° e 4° co., in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006, 2230.

³ A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino 1998, 107. Sulla concorrenza quale regola del potere si veda anche A. O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge (MA) 1970.

⁴ R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione (nota a Corte cost. n. 14/2004)*, in *Le Regioni*, 4/2004, 998. Sul tema sia consentito il rinvio a E. LANZA, *Trasversalità ed uniformità della tutela della concorrenza nel rapporto tra Stato e Regioni*, in www.issirfa.cnr.it, 2011.

è necessario individuare preventivamente la stessa materia, la quale «non può desumersi dalla norma ad essa ricondotta». Il legislatore costituzionale del 2001 ha inteso la tutela della concorrenza quale assetto concorrenziale del mercato secondo un'ottica macroeconomica e oggettiva, a differenza della prevalente lettura microeconomica sottesa al primo comma dell'art. 41 della Costituzione⁵. La competenza statale è giustificata dall'esigenza macroeconomica di mantenere una visione complessiva dell'economia a livello nazionale: i fenomeni economici possono incidere anche su settori di competenza legislativa regionale, ma la visione di insieme delle forze e delle tendenze capaci di influenzare il sistema economico italiano nel suo complesso deve competere necessariamente ad un soggetto unitario: lo Stato. Di conseguenza, la tutela della concorrenza non poteva che essere competenza legislativa esclusiva dello Stato. Tanto è vero che, nella medesima sent. n. 14 del 2004, la Corte - in applicazione del test di ragionevolezza sulla qualificazione statale della materia oggetto della previsione legislativa - ha precisato che «ove sia dimostrabile la congruità dello strumento utilizzato rispetto al fine di rendere attivi i fattori determinanti dell'equilibrio economico generale, la competenza legislativa dello Stato di cui all'art. 117, co. 2, lett. e), non potrà essere negata». L'intervento statale è, pertanto, legittimo se dotato di rilevanza macroeconomica, i cui indici sono individuabili nella dimensione territoriale nazionale dell'intervento, nella generalizzata accessibilità, nella simultaneità dell'azione e nella finalità dell'impatto sull'economia nazionale⁶.

Inoltre, il fatto che la tutela della concorrenza sia materia trasversale comporta che la potestà legislativa esclusiva dello Stato non si esaurisca nella competenza a dettare la disciplina *antitrust*, ma si estenda alla determinazione di soglie di garanzia e promozione della concorrenza, alle quali le regolazioni regionali di settore devono adeguarsi. Al legislatore statale spetta, nei limiti dei vincoli comunitari e internazionali, dettare la disciplina antitrust e determinare gli standard generali del libero mercato, che condizionano le regolazioni regionali di specifici mercati e settori economici⁷. Tuttavia, nei settori incidenti su valori trasversali, ove è possibile il coinvolgimento di interessi diversi, non è escluso che possano esservi spazi interstiziali per l'intervento delle Regioni, fermo restando che il nucleo fondamentale debba essere individuato a livello di legislazione statale.

Nell'analisi del rapporto tra autonomie e tutela della concorrenza in due specifici settori, quali i servizi pubblici locali ed i contratti pubblici, l'uniformità della disciplina viene calibrata differentemente dalla giurisprudenza costituzionale, nell'ottica di consentire allo stesso tempo la parità d'accesso a tutti gli operatori del mercato presenti sul territorio nazionale e garantire ai cittadini i corrispondenti diritti discendenti dal servizio pubblico locale o dalla fornitura corrispondente al contratto pubblico. Infatti, sia nel caso dei contratti pubblici che, soprattutto, in quello dei servizi pubblici locali si è in presenza di un'attività, assunta come doverosa dal soggetto pubblico, a cui corrisponde una specifica pretesa degli utenti diretta alla soddisfazione di bisogni collettivi.

2. Contratti pubblici, dislivelli di regolazione e barriere territoriali

La riforma del Titolo V della Costituzione ha determinato la scomparsa della materia "lavori pubblici di interesse regionale" tra quelle di potestà legislativa concorrente, rendendo più difficile individuare il *discrimen* tra competenza del legislatore statale e competenza del legislatore regionale in materia di attività contrattuale della pubblica amministrazione⁸, specialmente a seguito dell'adozione del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (d.lgs. n. 163/2006). Infatti, le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, per la parte in cui sono correlate alla materia della tutela della concorrenza, vanno «ascritte, per il loro stesso contenuto d'ordine generale, all'area delle norme fondamentali di riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea» (Corte cost., sent. n. 144/2011), che costituiscono limite alla potestà legislativa primaria della Regione.

⁵ Nella sentenza n. 401/2007, *leading case* in materia di contratti pubblici e tutela della concorrenza, la L. BUFFONI, *La tutela della concorrenza dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le Istit. del Feder.*, 11/2003, 348 e 370.

⁶ S. MUSOLINO, *I rapporti Stato-Regioni nel nuovo Titolo V alla luce dell'interpretazione della Corte costituzionale*, Milano 2007, 54.

⁷ M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. ammin.*, 4/2004, 716 s.

⁸ A. MASSERA, *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, in *Giorn. dir. ammin.*, 12/2009, 1.



Corte ha chiarito che gli ambiti materiali di competenza statale e regionale devono individuarsi, di volta in volta, con riferimento sia alla fase procedimentale precedente la stipulazione del contratto di appalto sia alla fase successiva inerente all'attuazione del rapporto contrattuale. In tale sentenza la Corte ha precisato che, nel settore degli appalti, la tutela della concorrenza, nella parte in cui essa è volta ad assicurare procedure di garanzia, si caratterizza per il particolare modo di operare della sua "trasversalità": l'interferenza con le competenze regionali non si traduce in "un intreccio in senso stretto" con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì nella "prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa". La Corte, inoltre, nell'intento di individuare la suddetta linea di confine tra legislazione statale e regionale ha evidenziato come «non è possibile tracciare una netta linea di demarcazione che faccia unicamente perno sul profilo soggettivo, distinguendo le procedure di gara indette da amministrazioni statali da quelle poste in essere da amministrazioni regionali o sub-regionali, per inferirne che solo le prime sarebbero di spettanza statale, mentre le seconde rientrerebbero nell'ambito della potestà legislativa regionale. Il perimetro delle sfere materiali di competenza non può, infatti, essere tracciato avendo riguardo esclusivamente alla natura del soggetto che indice la gara o al quale è riferibile quel determinato bene o servizio, in quanto, come già sottolineato, occorre fare riferimento, invece, al contenuto delle norme censurate al fine di inquadrarlo negli ambiti materiali indicati dall'art. 117 Cost.». La Corte ha ulteriormente argomentato che «sussiste, infatti, l'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale, della disciplina della fase di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto».

Nella sentenza n. 345/2004, in linea con quanto affermato nelle sentenze nn. 14 e 272/2004, la Corte ha escluso l'illegittimità costituzionale delle norme statali che impongono determinate procedure di gara per gli acquisti di beni e servizi da parte degli enti locali, poiché rientranti «nella potestà dello Stato di regolare il mercato e di favorire rapporti concorrenziali nell'ambito dello stesso», confermando, quindi, l'estensione dell'attività di tutela a quella di promozione della concorrenza.

Come poi confermato da successiva giurisprudenza (Corte cost., sent. n. 320/2008⁹), la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione devono essere ricondotte all'ambito della tutela della concorrenza, poiché volte a consentire la piena apertura del mercato nel settore dei contratti pubblici.

Alla fondamentale sentenza n. 401/2007 ha fatto eco la n. 431/2007, in cui la Corte costituzionale ha evidenziato il carattere pregnante del parametro della garanzia dell'effettiva concorrenzialità del mercato per valutare la costituzionalità delle discipline delle procedure di gara di appalti pubblici. La Corte costituzionale adotta, quindi, una lettura "dilatata" della tutela della concorrenza e sostiene che gli interventi statali volti a promuovere e tutelare la concorrenza sono legittimi costituzionalmente se in grado di perseguire finalità di sviluppo del Paese e gli interventi statali devono essere proporzionali e fondati su presupposti razionali. La Regione può adottare delle disposizioni a favore della concorrenza purché «tali effetti siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza». Nella «fase inerente all'attività contrattuale della pubblica amministrazione che ha inizio con la stipulazione del contratto, nella quale l'amministrazione agisce nell'esercizio della propria autonomia negoziale. [...] sussistono imprescindibili esigenze di garanzia di uniformità di trattamento sull'intero territorio nazionale, riferite alla conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto» (sent. n. 431/2007). Di conseguenza, tale fase deve essere ricondotta all'ambito dell'ordinamento civile, di spettanza esclusiva del legislatore statale, così come la fase inerente al collaudo deve essere ricondotta alla competenza statale in materia di tutela della concorrenza.

⁹ Con la sent. n. 320/2008 la Corte costituzionale ha ricondotto all'ambito della tutela della concorrenza «la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, in quanto mirano a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti». Conseguentemente ha ritenuto che «l'esclusività di tale competenza si traduce nella legittima adozione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure e nell'inderogabilità delle relative disposizioni, idonee ad incidere, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono propri, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano». Pertanto, la Corte ha ritenuto illegittima costituzionalmente «la norma regionale impugnata, [la quale] disponendo la proroga dei contratti di gestione dei servizi di elisoccorso regionale fino al 31 dicembre 2007, disciplina le procedure di affidamento dell'appalto di un servizio pubblico regionale, peraltro in deroga alle procedure di gara. Per ciò stesso, la disposizione invade la sfera di competenza esclusiva del legislatore statale, esercitata con il decreto legislativo n. 163 del 2006».

Nella sent. n. 160/2009, il cui oggetto del ricorso era costituito dalle disposizioni della Regione Campania in materia di lavori pubblici, tacciate di aver violato il principio di leale collaborazione caratterizzante i rapporti tra i diversi livelli di governo, la Corte ha distinto le norme relative alla fase procedimentale precedente la stipulazione del contratto di appalto da quelle concernenti la fase successiva inerente all'attuazione del rapporto contrattuale¹⁰. Per quanto riguarda le prime, la Corte ha messo in rilievo come esse si qualificano per la finalità perseguita di assicurare la concorrenza "per" il mercato. Invece, per quanto concerne la fase negoziale, la Corte ha evidenziato che la sua disciplina sia ascrivibile all'ordinamento civile e, quindi, alla potestà del legislatore statale e che essa debba perseguire «l'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale, della disciplina dei momenti di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto». Pertanto, è solo la disciplina della fase prenegoziale ad essere ricondotta alla tutela della concorrenza. La Corte si è premurata di discernere quali dovessero essere gli spazi riconosciuti alla competenza regionale, considerata l'incidenza delle materie statali, precisando che «nello specifico settore degli appalti la materia della tutela della concorrenza, nella parte in cui essa è volta ad assicurare procedure di garanzia, si connota per un particolare modo di operare della sua trasversalità», la cui conseguenza necessaria è la "prevalenza" della legge statale su ogni altra fonte normativa, da cui la valutazione "interna" in termini di proporzionalità e adeguatezza rispetto all'obiettivo prefissato, ovvero la più ampia apertura del mercato rilevante alla concorrenza¹¹. Ancora una volta la Corte ha ripreso i criteri di proporzionalità ed adeguatezza, nonché il criterio della legittimità costituzionale della disciplina regionale, i cui effetti debbano essere pro-concorrenziali indiretti, marginali e non in contrasto con gli obiettivi statali. Alla disciplina regionale, quindi, resta uno spazio residuale e dai confini ristretti.

Nella sentenza n. 45/2010, la Corte si è occupata delle norme concernenti la fase procedimentale prodromica alla stipulazione del contratto, la cui finalità da perseguire è l'assicurazione della concorrenza "per" il mercato. La Corte ha sostenuto la fondatezza delle censure relative all'art. 1 della legge della Provincia autonoma di Trento n. 10/2008, sostitutiva della legge prov. n. 26/1993. Si tratta di disposizioni relative alla procedura di affidamento dell'appalto e contenenti norme diverse rispetto a quelle dettate dal legislatore statale e da quello comunitario: una differenza tale da alterare «il livello di tutela della concorrenza assicurato dallo Stato su tutto il territorio nazionale, incidendo negativamente anche sulle libertà comunitarie di circolazione delle persone e delle merci». La mancata previsione delle norme di garanzia disciplinanti le procedure di gara per gli interventi eseguiti da privati - ovvero l'espletamento della gara di appalto - ha determinato un contrasto con i principi di cui all'art. 32, co. 1, lett. g), del Codice dei contratti pubblici, attuativi della normativa comunitaria posta a tutela della concorrenza. La Corte, inoltre, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, co. 1, della legge prov. n. 26/1993, in quanto consentiva la partecipazione alla procedura ristretta solo dei soggetti prescelti dalla stazione appaltante e non già, come previsto a livello nazionale, di tutti i soggetti che ne avessero fatto richiesta. La Corte ha sostenuto che «tale diversità di regolazione incide negativamente sul livello di concorrenzialità che deve essere assicurato, atteso che si riduce la platea degli operatori economici che possono partecipare alla procedura di scelta del contraente con conseguenziale pregiudizio delle libertà comunitarie». La Corte ha ulteriormente ritenuto fondate sia la censura dell'art. 37 della medesima legge, perché avrebbe cagionato una diversità di ambito di applicazione degli accordi-quadro tale da incidere negativamente sul grado di tutela dei mercati concorrenziali garantita a livello statale, che dell'art. 56, in quanto la disciplina provinciale, discostandosi da quella statale, avrebbe inciso negativamente sul livello di tutela di concorrenza assicurato dal legislatore nazionale. Inoltre, la Corte ha specificato che «la Provincia autonoma di Trento, nel dettare norme in materia di lavori pubblici di interesse provinciale, pur esercitando una competenza primaria specificamente attribuita dallo statuto di autonomia, deve non di meno rispettare, con riferimento soprattutto alla disciplina della fase del procedimento amministrativo di evidenza pubblica, i principi della tutela della concorrenza strumentali ad assicurare le libertà comunitarie e dunque le disposizioni contenute nel Codice degli appalti che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo». La Provincia autonoma deve, quindi, orientarsi alla concorrenza intesa non tanto come materia, quanto come principio di riferimento.

Nella sentenza n. 283/2009, in materia di procedure ad evidenza pubblica, la Corte ha precisato che

¹⁰ Per un commento si veda P. FALZEA, *Il codice dei contratti pubblici ed i limiti dell'autonomia regionale. Nota alla sentenza n. 160/2009 della Corte costituzionale*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2009.

¹¹ A. MASSERA, *op.cit.*, 1258.



«L'uniformità rappresenta un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali». Inoltre, come già affermato nella sent. n. 443/2007, la tutela della concorrenza non può essere fatta per zone: «per sua natura, non può tollerare differenziazioni territoriali che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia». Pertanto, le Regioni non possono adottare una disciplina diversa in materia di procedure ad evidenza pubblica, neppure quando essa miri a garantire un livello di concorrenza più elevato rispetto a quello statale.

I dislivelli di regolazione determinano delle barriere territoriali in grado di ostacolare la realizzazione di un mercato concorrenziale e, quindi, di incidere sulla libertà di iniziativa economica privata e sul raggiungimento di una libera economia di mercato.

La Corte effettua un controllo volto ad accertare se l'intervento normativo sia coerente e proporzionato con i principi della concorrenza, secondo quanto evidenziato nella sent. n. 326/2008, per cui «le disposizioni impugnate hanno lo scopo di tutelare la concorrenza e di conseguenza la titolarità della relativa potestà legislativa consente allo Stato di adottare misure di garanzia del mantenimento di mercati già concorrenziali e misure di liberalizzazione dei mercati stessi, che possono anche essere volte a evitare che un operatore estenda la propria posizione dominante in altri mercati. L'intervento statale può consistere nell'emanazione di una disciplina analitica, la quale può influire su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni».

La sent. n. 7/2011, come già affermato nella sent. n. 411/2008¹², ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione regionale, disciplinante una delle possibili modalità di instaurazione di una procedura ad evidenza pubblica, perché incidente sulla tutela della concorrenza. Infatti, per la Corte «la presentazione di uno studio di fattibilità non compreso nella programmazione triennale attribuisce al proponente un indiscutibile vantaggio nella successiva gara per l'affidamento dell'opera stessa, dal momento che egli è il primo ad aver approfondito gli aspetti tecnici, amministrativi e finanziari del problema; ed anzi, proprio per effetto della mancata previsione della pubblica utilità dell'opera, può dirsi che egli acquisisce un vantaggio verosimilmente ancora maggiore rispetto agli eventuali concorrenti».

La Corte ha ribadito che, anche qualora una Regione sia titolare di competenza legislativa primaria nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale, essa non può prevedere l'esclusione automatica delle offerte anomale nei casi in cui non sia consentita dalla norma statale e, quindi, non può stabilire «una disciplina diversa da quella nazionale, idonea ad incidere negativamente sul livello della concorrenza, che deve essere garantito agli imprenditori operanti sul mercato» (Corte cost., sent. n. 114/2011). Una disciplina regionale attuativa di un livello di concorrenzialità inferiore rispetto a quello perseguibile con la disciplina nazionale in materia di contratti pubblici non può che essere illegittima costituzionalmente.

La legislazione regionale deve, quindi, osservare anche i limiti derivanti dal rispetto dei principi della tutela della concorrenza, fissati dal d.lgs. n. 163/2006, strumentali ad assicurare le libertà comunitarie. Inoltre, non può né avere un contenuto difforme dalle disposizioni di quest'ultimo, che costituiscono diretta attuazione delle prescrizioni poste a livello europeo, né alterare negativamente il livello di tutela garantito dalle norme statali (Corte cost., sent. nn. 411/2008, 144/2011, 221 e 45/2010).

Dalla lettura della giurisprudenza costituzionale in materia di contratti pubblici discende che, pur

12 Con la sent. n. 411 del 2008 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge della Regione Sardegna 7 agosto 2007, n. 5 in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi. Infatti, tali norme incidono sulle procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, sulle procedure di affidamento nonché sui criteri di aggiudicazione, ambiti compresi nella materia della tutela della concorrenza, anche con una evidente alterazione delle relative regole operanti nel settore degli appalti pubblici. Pertanto, la Corte ha dichiarato le norme regionali costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 3, lettera e), dello statuto, in quanto stabiliscono una disciplina difforme da quella nazionale, alla quale avrebbero dovuto adeguarsi alla stregua dell'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, in materia, quelle della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, estranee alla competenza legislativa regionale e riservate viceversa allo Stato. A margine di questa sentenza si veda: R. BIN, *Prevalenza senza criterio, in le Regioni*, 3-4/2009, 618; D. CASALINI, *Il recepimento nazionale del diritto dei contratti pubblici tra autonomia regionale ed esigenze nazionali di "tutela dell'unità giuridica ed economica" dell'ordinamento*, in *Il foro amministrativo C.d.S.*, 5/2009, 1215.

ammettendo la virtuosità delle discipline regionali pro-concorrenziali, i criteri individuati dalle suddette sentenze (effetti indiretti e marginali e non in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali a tutela e promozione della concorrenza) appaiono farraginosi e meriterebbero di essere maggiormente circostanziati, in quanto l'uniformità si erge a barriera della concorrenza, quando le differenziazioni territoriali sarebbero in grado di neutralizzare gli effetti delle norme di garanzia della concorrenza (cfr. sent. n. 283 del 2009).

3. I servizi pubblici locali a seguito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011

In generale, il servizio pubblico locale assolve una funzione corrispondente ad un interesse generale di una comunità collocata in un dato territorio geografico.

L'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea individua tra i diritti fondamentali anche l'accesso ai servizi di interesse economico generale, i quali - come espresso dalla Corte costituzionale nella sent. n. 325/2010 - hanno un "contenuto omologo" ai servizi pubblici locali, tale per cui entrambe le nozioni «fanno riferimento infatti ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come "qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato"; b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni».

L'incidenza del servizio pubblico locale sulla realizzazione di un interesse generale determina che esso consti di più relazioni: quella tra soggetti regolatori ed imprese che gestiscono il servizio; quella tra imprese concorrenti; quella tra gestori e utenti; quella tra utenti e amministrazione.

L'articolarsi di tale intreccio di relazioni e, di conseguenza, il perseguimento dei corrispondenti diritti dei cittadini sono influenzati dalle modalità con cui può essere gestito il servizio pubblico locale e, per questa ragione, la scelta delle modalità di gestione del servizio è stata oggetto di cospicue ed articolate modifiche legislative, che sono culminate con la consultazione del corpo elettorale del 12 e 13 giugno 2011.

Nel valutare l'ammissibilità del quesito referendario che chiedeva l'abrogazione dell'art. 23-bis (*Servizi pubblici locali di rilevanza economica*) del d.l. n. 112/2008 convertito in l. n. 133/2008, la Corte costituzionale, con la sent. n. 24/2011, richiamando la propria sentenza n. 325/2010, ha precisato che sia «escluso che l'art. 23-bis costituisca applicazione necessitata del diritto dell'Unione europea [in quanto esso] integra solo «una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare» il «primo comma dell'art. 117 Cost.». La stessa sentenza ha precisato che l'introduzione, attraverso il suddetto art. 23-bis, di regole concorrenziali (come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici) più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea non è imposta dall'ordinamento comunitario «e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. [...], ma neppure si pone in contrasto [...] con la [...] normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri».

Con la medesima sent. n. 24/2011, la Corte aveva precisato che, in caso di successo del referendum «conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica».

Pertanto, con l'abrogazione dell'art. 23-bis ha ritrovato applicazione la disciplina comunitaria, considerata più vicina alle esigenze regionali e locali, proprio perché maggiormente favorevole agli affidamenti diretti rispetto all'abrogata disciplina introdotta col d.l. n. 112/2008.

Come noto, poco dopo l'abrogazione referendaria, il legislatore, con l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011, ha sostanzialmente riproposto quanto già contenuto nel suddetto art. 23-bis, pur essendo l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 ispirato alla concorrenza "nel" mercato e l'art. 23-bis alla concorrenza "per" il



mercato. Il tentativo di liberalizzare l'attività di gestione posto in essere dal legislatore ha avuto vita breve, in quanto con la sentenza n. 199/2012 la Corte costituzionale ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, ritenendo che la normativa introdotta avesse inteso vanificare l'effetto utile del referendum abrogativo, facendo risorgere dalla sue stesse ceneri l'art. 23-bis citato, a distanza di poco meno di un mese dalla sua abrogazione, senza modificarne né i principi ispiratori, né la procedura di affidamento dei servizi¹³.

Allo stato attuale, la scelta del modello di gestione non è più necessariamente preordinata al perseguimento né della concorrenza "per" il mercato né "nel" mercato, potendo l'ente locale ricorrere anche a moduli organizzativi, quale l'affidamento *in house*, che non sottendono tali logiche.

L'equiordinazione dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali conferisce maggiore autonomia agli enti locali nella scelta del modello gestionale, fermo restando il rispetto dell'art. 106, paragrafo 2, TFUE, ovvero nei limiti in cui la sottoposizione alle regole di concorrenza non impedisca l'adempimento della specifica missione affidata all'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale.

Tuttavia, in tema di rinnovi o proroghe automatiche di contratti in concessione relativi al trasporto pubblico locale, la più recente e ormai consolidata giurisprudenza costituzionale (cfr. sent. nn. 80/2011, 123/2011, 339/2011 e 173/2013) ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale appunto perché «è solo con l'affidamento dei servizi pubblici locali mediante procedure concorsuali che si viene ad operare una effettiva apertura di tale settore e a garantire il superamento di assetti monopolistici» (sent. n. 2/2014).

4. Il servizio idrico integrato: gestione, tariffe e diritti degli utenti

L'intento liberalizzatore dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 aveva escluso dalla sua applicazione alcuni settori, tra cui il servizio idrico integrato, ovvero il servizio per la cui "pubblicizzazione" il comitato promotore del referendum aveva orientato la campagna referendaria.

Il servizio idrico comporta un legame col territorio più profondo e complesso rispetto a qualsiasi altra pubblica utilità e, pertanto, le modalità di gestione di tale servizio risultano determinanti per l'efficienza dell'erogazione di una risorsa scarsa ed essenziale, che non può essere soggetta a sprechi al fine di garantirne l'accesso alle generazioni future.

A tale scopo, la l. n. 36/1994 (c.d. legge Galli), come poi confermato dal d.lgs. n. 152/2006 (c.d. codice dell'ambiente), aveva segnato il passaggio da un sistema frazionato e difficilmente controllabile e conducibile verso livelli standard di qualità ad una gestione di tipo imprenditoriale, affidata ad operatori specializzati sul mercato, nonché l'obbligo degli enti territoriali competenti di provvedere ad una razionalizzazione della gestione delle acque¹⁴, nonché aveva istituito le Autorità territoriali d'ambito (AATO) incaricate della gestione delle varie fasi del c.d. ciclo integrato dell'acqua o servizio idrico integrato, definito dall'art. 141, co. 2, del d.lgs. n. 152/2006, come l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue che deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie.

Con riguardo all'affidamento della gestione del servizio idrico integrato la Corte costituzionale, con la sent. n. 62/2012¹⁵, non ha censurato la gestione diretta del servizio in quanto tale, ma si è limitata ad evidenziare che il potere di scelta di tale modello di gestione non possa essere stabilito con legge regionale perché la materia rientra nelle competenze dello Stato in quanto riconducibile alla tutela della concorrenza ed alla tutela dell'ambiente, come già precisato nella sent. n. 325/2010. Infatti, a seguito della soppressione

¹³ Sul punto, si veda: S. LA PORTA, *Il "ripristino" della normativa abrogata con referendum. Brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, in *Riv. Ass. Italiana dei Costituzionalisti*, 4/2012; E. FURNO, *Le tortuose vie dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra legislatore, referendum e Corte costituzionale: «palla a centro?»*, in www.giustamm.it, 2012.

¹⁴ Così, M.A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato*, in www.federalismi.it, 4/2011, 5 s. Sul rapporto tra Stato e Regioni in materia si veda L. MUZI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di servizio idrico integrato*, in *Riv. Ass. Italiana dei Costituzionalisti*, 2/2012.

¹⁵ Per un commento alla sent. n. 62/2012 si veda A.M. ALTIERI, *Le modalità di gestione e l'affidamento del servizio idrico integrato dopo il referendum*, in *Giorn. dir. ammin.*, 11/2012, 1071. Nello stesso senso di tale decisione si è espressa anche la sent. n. 228/2013.



delle AATO avvenuta con il d.l. n. 2/2010, convertito in l. n. 42/2010 (a partire dal 31 dicembre 2012), secondo la Corte «alla legge regionale spetta soltanto disporre l'attribuzione delle funzioni delle soppresse Autorità d'ambito territoriale ottimale (AATO), "nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza", e non spetta, di conseguenza, provvedere direttamente all'esercizio di tali funzioni affidando la gestione ad un soggetto determinato». Il referendum non ha, quindi, determinato un trasferimento delle funzioni delle soppresse AATO alle Regioni, bensì una espansione dell'autonomia degli enti locali nella scelta della modalità di gestione del servizio¹⁶. Pertanto, gli enti locali possono anche avvalersi di una soluzione organizzativa che sembrava ormai definitivamente abbandonata, quale l'azienda speciale. Tuttavia, nell'ottica di evitare la deresponsabilizzazione dei gestori del servizio e, quindi, anche di limitare il ricorso all'azienda speciale e in generale all'affidamento *in house*, l'art. 25 (*Promozione della concorrenza nei servizi pubblici locali*) del d.l. n. 1/2012, convertito in l. n. 27/2012, ha modificato il d.l. n. 138/2011, introducendo l'art. 3-*bis*, in forza del quale le regioni organizzano lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio, nonché la considerazione dell'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali come elemento di valutazione della virtuosità degli stessi. Inoltre, l'art. 3-*bis* citato prevedeva la sottoposizione delle società affidatarie *in house* al patto di stabilità interno: tale vincolo è stato soppresso dall'[articolo 1, co. 559, lett. a\), della l. 27 dicembre 2013, n. 147](#) (legge di stabilità 2013)¹⁷.

Con il secondo dei quesiti referendari relativi al servizio idrico integrato è stato abrogato l'art. 154 (*Tariffa del servizio idrico integrato*) del d.lgs. n. 152/2006, nella parte in cui includeva l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito quale voce componente la tariffa del servizio. Già nella pronuncia relativa all'ammissibilità del quesito proposto la Corte coglieva la sua finalità, ovvero quella «di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua». Nel precisare la natura del servizio idrico integrato, la Corte costituzionale ha confermato il proprio orientamento sulla riconducibilità del servizio tra quelli di rilevanza economica, appunto perché «coessenziale alla nozione di "rilevanza" economica del servizio è la copertura dei costi (sentenza n. 325/2010), non già la remunerazione del capitale».

Nella definizione del quadro relativo alla composizione della tariffa successivo al referendum abrogativo la Corte ha confermato, con la sent. n. 233/2013, nel solco della sent. n. 357/2010, che «la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto, fin dalla sentenza n. 412/1994, l'esistenza di una competenza provinciale in materia di organizzazione del servizio idrico, nell'esercizio della quale detta Provincia ha delineato minuziosamente il quadro di organizzazione del servizio idrico integrato provinciale. Tale competenza, tuttavia, non si limita alla sola organizzazione e programmazione del servizio, ma comprende anche l'individuazione dei criteri di determinazione delle tariffe ad esso inerenti, le quali ultime costituiscono il "corrispettivo del predetto servizio" (sentenza n. 335/2008) ».

Secondo il Giudice costituzionale, nel rispetto di tali principi, si colloca l'attribuzione all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (AEEG), ai sensi dell'art. 21, co. 19, del d.l. n. 201/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 214/2011, fra l'altro, delle competenze relative alla determinazione dei criteri di definizione della tariffa relativa ai servizi idrici. A riguardo, l'art. 4 del relativo decreto attuativo d.P.C.M. 20 luglio 2012 (*Individuazione delle funzioni dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici*), stabilisce che «Sono in ogni caso fatte salve le competenze delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano ai sensi dei rispettivi statuti speciali e delle relative norme di attuazione».

Da quanto descritto emerge che la gestione e la tariffazione del servizio idrico integrato sono caratterizzate da eterogeneità territoriale e che, al fine di evitare un pericoloso magmatismo tariffario, l'AEEG determinerà la regolazione del metodo per la determinazione della tariffa, considerando i costi efficienti di investimento e di esercizio sostenuti dai gestori. L'attività di regolazione dell'Autorità non sarà immune alla considerazione

¹⁶ Per il nuovo quadro degli assetti istituzionali territoriali dei servizi idrici si veda AEEG, *Relazione annuale*, 2013, 244 ss.

¹⁷ Sulla sottoposizione al patto di stabilità si veda E. FURNO, *Il decreto liberalizzazioni ed i nuovi vincoli per le autonomie territoriali: le aziende speciali ed il patto di stabilità*, in www.giustamm.it, 2012.



delle esigenze degli utenti, tanto che, da ultimo, a tutela degli utenti domestici in condizioni economico-sociali disagiate, l'AEEG ha avviato un'indagine conoscitiva in merito ai vigenti sistemi di agevolazione e sui criteri di articolazione tariffaria applicati nel servizio idrico integrato con particolare riguardo agli utenti domestici (deliberazione 27 dicembre 2013, n. 644/2013/e/idr), nelle more dell'emanazione dei provvedimenti di attuazione delle disposizioni legislative in materia di "tariffa sociale del servizio idrico integrato"¹⁸.

L'implementazione dei primi interventi normativi e regolatori appare, quindi, rispondere alle esigenze referendarie, dimostrando - in un assetto così complessamente articolato - considerazione per le esigenze degli utenti più svantaggiati.

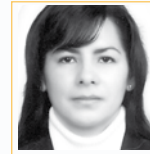


¹⁸ Art. 26 del Disegno di Legge di legge recante "Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali" (Collegato alla legge di Stabilità 2014), approvato nel corso della riunione del Consiglio dei Ministri del 15 novembre 2013.

EL ERRADO CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD RESPECTO DE NORMAS QUE REGULAN EL DERECHO A FIJAR TASAS DE INTERÉS ORDINARIO Y MORATORIO

(CASO GUANAJUATO)

Alicia Sandoval Martínez
Juez Regional de Oralidad Mercantil
León, Guanajuato, México.



El ejercicio de la función judicial, la información obtenida en conversatorios realizados entre jueces y la participación en cursos introductorios dirigidos a abogados da cuenta del indebido control difuso ex officio de convencionalidad que se viene invocando por abogados postulantes y realizando por varios jueces respecto de normas ordinarias que regulan el derecho a fijar tasas de interés normal y moratorio en actos de comercio y cualquier otro que genere obligaciones de dar.

El control difuso de convencionalidad se pretende justificar, en esos casos, en los artículos 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 21.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De los citados artículos el primero reconoce a todas las personas situadas en territorio nacional el goce de los derechos humanos contemplados tanto en la Constitución Federal como en los Tratados Internacionales adoptados por el Estado Mexicano, así como de las garantías dispuestas para la protección de aquéllos.

Corresponde al referido reconocimiento el deber de todas las autoridades de proteger los derechos humanos reconocidos en los instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad. De aquí que expresamente se exija a dichas autoridades interpretar las normas relativas a derechos humanos de conformidad con la propia Constitución y los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.¹ También se impone expresamente a las autoridades, en el ámbito de sus competencias, la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

La interpretación conforme y el principio pro persona requieren de un ejercicio de ponderación entre el sistema normativo de fuente constitucional y convencional y el sistema normativo ordinario. Excepcionalmente habrá que ejercer control difuso ex officio con la consecuente inaplicación de la norma, siempre que ésta no sea conforme con la Constitución Federal, la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otro tratado adoptado en la materia.

Ahora bien, el artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce a toda persona el derecho de dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos.

En congruencia con ese precepto constitucional el artículo 77 del Código de Comercio le resta eficacia a las convenciones ilícitas al disponer que no conceden acción ni imponen obligación aún y cuando recayeren en operaciones de comercio.

Son diversas las leyes que regulan las operaciones de comercio, según la calidad de los sujetos que intervienen en las mismas, su objeto y fin. La legislación mercantil que con mayor frecuencia se aplica en sede judicial deriva en el Código de Comercio, la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de

¹ El 23 de noviembre del año 2009 se dictó por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentencia al caso Rosendo Radilla Pacheco en contra del estado Mexicano. En lo que interesa, el Tribunal Interamericano estableció en la sentencia de mérito que con independencia de la sumisión al imperio de la Ley por parte de los jueces y tribunales internos, éstos también están sometidos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando ésta ha sido adoptada por el Estado en el que actúan. Es en dicho fallo que tiene su antecedente la reforma constitucional del 10 de junio del año 2011, que amplió en el artículo 1º de la Constitución Federal la cobertura de protección de los derechos humanos mediante la incorporación de la *interpretación conforme* y el *principio pro persona*.



Sociedades Cooperativas, la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo y la Ley de Ahorro y Crédito Popular.

En lo que hace a la responsabilidad contractual, todas esas leyes regulan en mayor o menor grado el derecho de los contratantes y comerciantes a fijar tasas inferiores o superiores a la legal para el cálculo de intereses normales o moratorios.

En el Código de Comercio, al regular el préstamo mercantil, se establece para los deudores morosos el deber de pagar, desde el día siguiente del vencimiento, el interés pactado o en su defecto el seis por ciento anual (artículo 362).²

De la legislación mercantil vigente en el Estado Mexicano el Código de Comercio es el único ordenamiento que determina, en el quantum, la tasa legal de interés. El enunciado de la norma de referencia resulta ser intra y extra sistemático respecto de normas contenidas en el propio Código de Comercio y otras leyes de naturaleza mercantil, ya que a él remiten estos ordenamientos por lo que hace a actos y contratos diferentes al préstamo mercantil, concretamente al derecho de obtener el pago de intereses moratorios como indemnización por falta de cumplimiento de una obligación pecuniaria.

Como se expresó todas las leyes mercantiles reconocen el derecho a fijar tasas de interés en un porcentaje superior al tipo legal (6 % anual); más ninguna norma autoriza a que el convenio relativo exceda los límites de lo lícito.

Luego las normas que reconocen el derecho en mención son conformes al artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puesto que ninguna de ellas es permisiva para adoptar pactos ilícitos en la fijación de tasas de interés normal y moratorio, por el contrario el artículo 77 del Código de Comercio implícitamente impide acuerdos de esa índole.

Las ideas expuestas son la base para calificar de equivoco el proceder judicial y del foro frente a tasas convencionales de interés, ya que en dichos ámbitos se viene invocando un control difuso ex officio entre las normas ordinarias en mención y el artículo 21.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, contrario a lo sostenido por los operadores jurídicos que han adoptado la práctica, no puede concluir en la inaplicación de las normas mercantiles por no establecer éstas límite mínimo ni máximo en el quantum de la tasa de interés.

Ahora bien, el artículo 21.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la usura y cualquier forma de explotación del hombre por el hombre.

Se corresponde con el texto de la norma convencional el artículo 205 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, ya que éste califica como usura la obtención de un rédito mensual igual o superior a la cantidad que resulte de aplicar a la base la sumatoria del costo porcentual promedio y 5 cinco puntos porcentuales, de modo que si el artículo 21.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la usura y ésta se encuentra determinada en el quantum en el artículo 205 doscientos cinco del Código Penal para el Estado de Guanajuato, el ejercicio que procede para el caso que se comenta no es el de control difuso ex officio de convencionalidad sino un control de legalidad entre el pacto y las normas ordinarias, incluso la de naturaleza penal, pues el sistema jurídico normativo es único e interdependiente y los términos previstos en esa norma penal constituyen precisamente el límite entre la licitud y la ilicitud; de forma tal que aún y cuando las normas del Código de Comercio, concretamente los artículos 78 setenta y ocho y 362 trescientos sesenta y dos, reconocen la libertad contractual ésta no puede rayar en las prohibiciones implícitas en otras normas, como lo son las de carácter penal.

Consecuencia del control de legalidad entre el convenio de intereses y las normas ordinarias sobre la base de los artículos 5 de la Constitución Federal y 21.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos será la reducción de los intereses a tasa inferior a la prevista en el artículo 205 del Código Penal

2 El artículo 2395 del Código Civil Federal fija el interés legal en el 9% anual para el contrato de mutuo.

para el Estado de Guanajuato dada la manifiesta voluntad de los contratantes de fijar una tasa superior a la legal; de este modo se respetará y protegerá al deudor o acreditado el derecho implícito en el artículo 21.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Es la letra de los artículos 205 del Código Penal para el Estado de Guanajuato y 21.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos la que permite sostener que válidamente se puede exigir en sede judicial la reducción de tasas de interés normal o moratorio para el caso de que las convenidas excedan los límites autorizados en la primera de estas normas y, en su caso, oponer la excepción de compensación respecto de cantidades de dinero ya entregadas a título de pago de intereses.



RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN LA AFECTACIÓN PATRIMONIAL DERIVADA DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS PENSIONARIOS

"Extracto de Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo"

Autor: José Alberto Asunción Reyes

Especialista en Derecho Civil, Administrativo, Constitucional, Previsional y Laboral; Maestría en Derecho Civil y Comercial; Maestría en Derecho Constitucional y Gobernabilidad; Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Doctorado en Derecho; Presidente de la Asociación de Abogados Previsionalistas y Laboralistas del Perú, Gerente General del Estudio Jurídico Asunción & Abogados S.C.R.Ltda y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Particular de Chiclayo.



I. INTRODUCCIÓN:

El presente artículo tiene por objetivo analizar un elemento importante en el ámbito de la protección de los Derechos Pensionarios debido a que existe un silencio muy dramático en la defensa complementaria en la especialidad civil de los derechos de estos señores pensionistas, principalmente porque el Estado, como obligado a prestar estos servicios previsionales, se convierte en el principal infractor e incumplidor de derechos.

Este silencio, lo observamos en la propia realidad jurisdiccional en la cual participamos como abogados con patrocinio de una defensa.

Defensa que si bien logramos acceder a una prestación previsional luego de varios años de litigio, observamos que no logra paliar el daño provocado en la actividad litigiosa provocada por el mismo Estado.

Así, por ejemplo, muchos señores pensionistas ni logran acceder a la totalidad del beneficio previsional, ni tampoco son compensados por la demora injustificada en el reconocimiento de un derecho fundamental, como lo es la pensión.

En este sentido, nuestra principal preocupación está centrada en el análisis de la Responsabilidad Civil del Estado en el incumplimiento de obligaciones, devenidas del reconocimiento de un derecho en el ámbito constitucional y laboral nos permite plantear como una línea de trabajo paralelo y complementario a dicho contexto, una especialidad poco trabajada en la especialidad patrimonial civil.

II. LOS DERECHOS PATRIMONIALES DEVENIDOS DEL INCUMPLIMIENTO EN LA PRESTACIÓN DE DERECHOS PROVENIENTES DE LOS DERECHOS PREVISIONALES (LUCRO CESANTE, DAÑO MORAL, INTERESES)

Empezamos el siguiente artículo especificando que en el Perú, no existe un tratamiento ni en la doctrina civilista ni en la práctica judicial que diferencie dos situaciones autónomas que finalmente se convierten en complementarios:

Los derechos provenientes de los derechos previsionales (Derechos Laborales y Constitucionales)

Los derechos patrimoniales devenidos del incumplimiento en la prestación de derechos provenientes de los derechos previsionales (Lucro cesante, daño moral, intereses)

En este sentido, consideramos que el segundo punto descrito, es el que nos motiva a desarrollar la responsabilidad civil del Estado frente a la Población de la Tercera Edad que se encuentra en disponibilidad de acceder a la ejecución de sus derechos previsionales.

Téngase en cuenta que ambas situaciones descritas, son autónomas y que constituyen elementos diferenciados desde el punto de vista teórico dogmático, procesal, procedimental y filosófico, por cuanto

son elementos de naturalezas jurídicas totalmente distintas.

El que exista una vinculación complementaria, responde al hecho de las consecuencias con las cuales debe analizarse esta relación, la cual es para nuestro criterio: sucesiva y generativa.

Bajo esta premisa, consideramos que los derechos patrimoniales devenidos de los derechos previsionales, sólo pueden ser materializados si de por medio, existe un daño acreditable de parte del Estado frente a la prestación de los mismos.

Por tanto, si bien los derechos previsionales pueden ser satisfechos por sus propios medios, a nuestro criterio, si estos no son satisfechos provocan un segundo problema, el cual es netamente patrimonial y bajo la lógica del desarrollo de la teoría de la Responsabilidad Civil, es el Estado el que debe ser sancionado, sin que ello implique una observación social a nuestra propuesta.

Entiéndase entonces que nuestra propuesta, procura principalmente analizar la teoría de la responsabilidad civil del Estado frente a una omisión en la prestación de derechos previsionales, lo cual es una constante en nuestra realidad, conforme se puede acreditar en la práctica jurisdiccional para la reclamación de derechos ante el Organismo Nacional Previsional ONP.

III. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

ALTERUM NON LAEDERE

El principio del alterum non laedere es, como la noción misma de derecho, inseparable de la de alteridad, es decir en relación a otro, o lo que es lo mismo tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad civil, como sería el caso del suicida o de quien se flagela por motivos religiosos, o como veremos más adelante cuando la víctima ha sido culpable del daño.

Por eso Ricardo de Ángel Yáguez comienza su libro sobre el tema diciendo que “el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana”¹.

El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico– de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona.

La obligación de reparar el daño ha sido considerada por los autores como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal.

Podemos entonces resumir diciendo que el principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado, o como dice De Cupis una reacción del derecho para facilitar la represión del daño².

OBLIGACIÓN DE RESPONDER

La explicación tradicional del fundamento de la responsabilidad civil, la basan los autores en el “principio de justicia”.

Esto nos permite diferenciar la responsabilidad moral de la responsabilidad civil. Hay responsabilidad

¹ Ángel Yáguez, Ricardo de, La Responsabilidad Civil, 2ª ed. Bilbao: Universidad de Deusto, 1989, pp.21.

² De Cupis, Adriano. El Daño: Teoría General de Responsabilidad Civil. Barcelona: Bosch, 1970, pp. 82.



moral cuando se viola un precepto religioso, por ejemplo se comete un pecado de pensamiento o se viola un mandamiento religioso que no causa daño a nadie (inasistencia a celebración religiosa, codicia de bienes ajenos) o un deber moral que no es un deber jurídico (no se paga una deuda prescrita).

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia, la segunda acepción de responsabilidad es "deuda u obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal"; a su vez la primera acepción de responsable no puede ser más ilustrativa: "obligado a responder de alguna cosa o por alguna persona".

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS

Nuestros autores no suelen interesarse por los fundamentos filosóficos de la responsabilidad civil. Sin embargo es claro que la justicia conmutativa y la distributiva dan sólido basamento a la obligación de indemnizar, sobre todo porque en el siglo XXI ya se encuentra totalmente afianzada la responsabilidad sin necesidad de demostración de culpa, también llamada objetiva.

La cuestión ha motivado gran preocupación en los juristas del commonlaw. Así por ejemplo para el profesor del Chicago-Kent College of Law, Richard Wright³, dos son las grandes teorías monistas que inspiran al derecho de daños. Una la teoría utilitaria, derivada principalmente de las enseñanzas de Jeremías Benthan y Stuart Mill, para quienes la norma principal de maximizar el bienestar social agregado (aggregate social welfare) se aplica al derecho de daños imponiéndole como fin la eficiente compensación y disuasión (compensation and deterrence).

Para los utilitaristas el bienestar individual puede y debe ser sacrificado cuando haciéndolo se produzca una suma total de más alto bienestar agregado.

El claro ejemplo de estas teorías lo encontramos en las limitaciones de responsabilidad para ciertas actividades sumamente riesgosas, p.ej. navegación aeronáutica, en las que se realiza un cálculo según el cual quienes sufran daños por estas actividades deben percibir una indemnización no integral.

De no ser así esas actividades directamente pueden no desarrollarse y esto trae aún mayores inconvenientes que la indemnización no integral. En estos casos la merma de indemnización que sufren estas personas se justifica solamente por la suma de bienestar general que se produce por los beneficios del desarrollo de estas actividades. Funciona en estos casos la responsabilidad civil como un instrumento de redistribución de riqueza, como un seguro.

La otra gran teoría para Wright es la teoría aristotélico kantiana del derecho o la justicia, que se basa en la igual libertad de todos los hombres. Para esta teoría el derecho de daños tiene como fin no una eficiente compensación, sino una "justa" compensación y disuasión (justcompensation and deterrence).

Para Kant la doctrina del derecho (doctrine of Right) enfoca hacia el aspecto externo del ejercicio de la libertad y tiene como principio a la máxima "actúa externamente de manera que el uso de tu libertad coexista con la libertad de todos en concordancia con una ley universal".

Esta doctrina es la que da sustento a que ciertas obligaciones morales son también obligaciones legales cuyo cumplimiento puede ser obtenido coactivamente.

La concepción de Aristóteles al igual que la de Kant es igualitaria y basada en la igualdad absoluta de la dignidad de todos los hombres por el solo hecho de ser seres racionales libres.

Aristóteles es el creador de las expresiones conmutativa o correctiva y distributiva para designar a los dos tipos de justicia. Esta distinción fue desarrollada con más refinamiento por los primeros pensadores de la Iglesia, conocidos como la patrística hasta llegar a Santo Tomás de Aquino.

La justicia distributiva para Aristóteles tiene que ver con la interacción de los individuos y el estado, y

3 Wright, Ricardo W. "Right, Justicaan Tor Taw", publicado en Moral Foundations of the law of Torts. Oxford: UniversityPress, 1995, pp.25.

se basa en la sola condición de la persona como integrante de la comunidad, abarcando potencialmente a todos los individuos.

Los recursos o bienes existentes en la comunidad deben ser distribuidos de manera igualitaria en proporción al mérito o a las necesidades. Se relaciona la justicia distributiva con un aspecto positivo a tener acceso a esos recursos.

En materia de daños esto tiene numerosas aplicaciones, por ejemplo quien causa un daño por incurrir en actividades riesgosas pero socialmente útiles, debe responder de los daños que causa aunque no se demuestre su culpa (responsabilidad objetiva). Es este tipo de justicia el fundamento también de la responsabilidad por el hecho de otro, conocida en el commonlaw como respondeat superior o vicarious liability.

FUNDAMENTOS ECONÓMICOS

Otra respuesta complementaria al porqué de la obligación de indemnizar lo hemos encontrado en el análisis económico del derecho, corriente de pensamiento nacida en Estados Unidos e Inglaterra, extendida ahora por todo el mundo y que sostiene que es posible analizar las reglas jurídicas en consonancia con las económicas, y demostrar en la mayoría de los casos su eficiencia económica y en los casos en que esto no sucede, proponer su reformulación.

El análisis económico del derecho parte de la base de que el individuo es un ser racional, pero que esa racionalidad la aplica al ámbito económico y guía sus pasos en la asignación de recursos.

En ese sentido la hipótesis de que se parte es conocida como individualismo metodológico, definido como "la suposición de que todos los hombres persiguen sus propios intereses, la mayoría de las veces egoístamente y que proceden racionalmente para la consecución de su objetivo"⁴.

Además el daño es visto como un costo que alguien debe asumir, y según cual sea esa regla, quien lo soportará será la víctima, el victimario, ambos si hay culpa concurrente, o un tercero como puede ser el seguro, el estado o el principal o garante.

Cuando este costo que significa el daño no es soportado por el causante, los partidarios de esta escuela hablan de una externalización, es decir, que el daño es transferido a otro patrimonio, como sucede cuando una empresa contamina el medio ambiente en el que los costos de contaminación, al ser difusos y no reclamados por las víctimas no entran dentro del cálculo de costos. Cuando el daño es indemnizado, el costo se internaliza, es decir es asumido por quien causa el daño.

IV. EL DERECHO A LA PENSIÓN COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL:

La pregunta por el concepto de derecho a la pensión está muy ligada a la pregunta de lo que es el derecho una y otra, responderán que el derecho fundamental a la pensión, es una garantía constitucional adquirida y es un derecho concurrente o legal.

La jurisprudencia constitucional, ha decantado la visión lineal que se tenía sobre este derecho como derecho meramente económico, sin tomar en cuenta que en realidad este derecho se vinculada con conceptos de raigambre mucho más dogmáticos y filosóficos, como por ejemplo, la dignidad.

En tal sentido, abordar el concepto de derecho humano a la pensión desde un criterio de fundamentalidad según la definición dogmática de la doctrina mayoritaria, arroja como concepto concluyente que este derecho, ha de ser entendido como un verdadero derecho fundamental lo que obliga a que su defensa desde los criterios de constitucionalidad no solo formal sino también, funcional⁵.

La dignidad humana, se ancla como núcleo esencial de todos los derechos, bajo la condición de derecho
4 Schafer Hans Bernd; Ott Claus. Manual de Análisis Económico del Derecho, Tratado de Macarena Von Carstenn- Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1996, pp.61.

5 Carpio Marcos, Edgar. 2004. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima Ed. Palestra, pág. 142.



humano y fundamental. De ese modo, el ser humano como dueño y titular de las garantías constitucionales, tendrá mayor nivel de protección apoyándose en la fundamentación jurídico-filosófica aportada por la ilustración (como fundamento ius filosófico), la cual será el fundamento relevante para poder invocar que un derecho económico, es un verdadero derecho fundamental⁶.

V. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En efecto, al referirnos a la “responsabilidad” del Estado debemos considerar, en sentido amplio, que ella existirá toda vez que una persona que ha sufrido un daño —material o moral— causado directamente por el Estado, deba ser indemnizada por él. No existe ninguna regla general que determine cuáles son concretamente las condiciones para que esa responsabilidad exista, pues ello depende del caso que se está considerando: En algunos casos se exigirá que la conducta dañosa sea culpable, y en otros no; por fin, en algunos casos deberá existir el daño apreciable en dinero, mientras que en otros será indemnizable el daño meramente moral.

Queda con esto dicho que no son de aplicación los criterios y principios elaborados por el derecho civil, ya que el derecho público, en particular la jurisprudencia, ha debido elaborar una serie de principios específicos para regular la responsabilidad del Estado. Se la llama todavía, a veces, responsabilidad “civil” del Estado, pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica “responsabilidad” del derecho privado, ni es tampoco “civil” en el sentido de regirse por las normas de dicho Código. (Estas normas son invocadas, pero con una constante modificación en atención a los principios del derecho público, lo que hace ya inexacto que podamos hablar en rigor de “responsabilidad civil.”) A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria, esto es, en una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal.

Cabe especificar que el daño causado a los pensionistas, consiste más en una afectación a su dignidad como persona humana, esto es, un daño extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona) pues este se manifiesta en el menoscabo de la calidad de vida de estos, al no percibir los ingresos económicos para satisfacer de manera adecuada y suficiente sus necesidades mínimas vitales. Existiendo dolo, por cuanto pese a tener conocimiento de las normas administrativas aplicables, la entidad niega dicho derecho, lo que constituye una actitud antijurídica.

Como consecuencia de la negación de los derechos previsionales que les corresponden a los señores pensionistas, estos se ven sumidos en situaciones que repercuten en sus relaciones interpersonales con su familia y amistades, afectando directamente en su vida personal, afectando su autoestima, rebajando su nivel y calidad de vida; reduciendo su expectativa de vida y en la mayoría de los casos, deteriorando su salud física y mental.

VI. Conclusiones:

Podemos decir que usualmente el tratamiento de temas vinculados a la Responsabilidad Civil se desarrolla para casos en los cuales participa o interviene un tercero; A diferencia de dicho panorama, nosotros planteamos el tratamiento de la Responsabilidad Civil del propio Estado frente al nuevo contexto de tratamiento constitucional en el caso de omisión de servicios devenidos de la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Es decir aquella responsabilidad civil del estado en el caso de la cuantificación del daño por la omisión en la prestación de derechos devenidos del incumplimiento de obligaciones prestacionales hacia señores pensionistas a quienes se les ha reconocido un derecho previsional, en caso de incumplimiento del mismo, estos pueden plantear petitorios judiciales que pretendan reconocer una vulneración patrimonial de derechos derivados de sus derechos previsionales.

⁶ Ver Pietro Sanchís, Luis. 1990. *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Ed, Debate. Cianciardo, Juan. 2000. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Ed Eunsa.

En tal sentido, consideramos que resulta viable la propuesta de formular un procedimiento expeditivo que reconozca los derechos patrimoniales vulnerados cuando se incumplen las obligaciones del Estado en el ámbito de la prestación de obligaciones en materia previsional. En este sentido, la afectación patrimonial del litigante puede ser cuantificada y dicha vulneración podrá ser imputada al Estado quien deberá reconocerla y abonarla.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

- NAVAL, Claire. Irregularidades, abuso de poder y maltratos. Primera Edición 2006, Mexico
- ALLI TURRILLAS, Juan Cruz. Abuso de Autoridad. 2000. 605 Páginas.
- PORTOCARRERO, Felipe. El Pacto infame: Estudios sobre la corrupción en el Perú. Edición 2005. Perú. 365 Páginas
- TORRENTE ROBLES, Diego. La Sociedad Policial: Poder, Trabajo y Cultura en una organización. Edición 1997. 261 Páginas.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. Sanción e Indemnizaciones El recargo de las indemnizaciones. Edición 1967. España.
- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Victimología: Estudio de la Víctima Edición 1968. Mexico. 422 Páginas.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil: De los perjuicios y sus indemnizaciones. Edición 1986. Colombia
- BIGLIERI, Alberto. Estudios de Derecho Municipal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Eduardo Lecca. 2010. 350 pp.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. Edición Homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe. Santa Fé - Bogotá: Ediciones UNL. 1963. 236 pp.
- BLANQUEZ, David. La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Madrid: INAP. 1998. 75 pp.
- PEREIRA ANABALÓN, Hugo. "La Responsabilidad del Estado". Revista de Gaceta Jurídica. Perú, número 275, 2003. 7 p.
- TORRENTE ROBLES. "La Sociedad Policial: Poder, Trabajo y Cultura en una organización". Barcelona: Ediciones Universitat, 1997. 261 p.
- BIGLIERI, Alberto. Estudios de Derecho Municipal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Eduardo Lecca. 2010. 311 p.



- NAVAL, Claire. Irregularidades, Abuso de poder y maltratos. México: Fundar, Centro de Análisis e Investigación. 2006. p 4.
- NATERA HIDALGO, Rafael D. Fiscalidad de los Contratos Civiles y Mercantiles. Bilbao: Imprenta RGM S.A., 2007. 531 p.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual en el ordenamiento jurídico chileno/en/lus et Praxis, año5, nº1, 1999, p.292.
- LLAMAS POMBO, E., «Comentario al art. 1092 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), Comentarios al Código civil, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1190



EL EJERCICIO DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL POR PARTE DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Soraya N. Guerra Salazar

Abogada

Asistente en Función Fiscal de la Primera Fiscalía Provincial Civil de Chiclayo.
Maestría en Derecho Civil por la Universidad San Martín de Porres, Lima.
Maestría en Derechos Humanos por la Universidad Saint Louis, Bruselas, Bélgica.



El pasado 14 de mayo de 2014 un reconocido diario nacional dio cuenta del inicio del proceso penal iniciado por los hechos acontecidos en Bagua que dejó la muerte de nativos y policías, y pese a la gravedad del asunto en materia de Derechos Humanos hasta el momento no hay resultados de lo que podría ser el conflicto social y medio ambiental más grave del Perú.

Ante ello, conviene desempolvar los recuerdos de tan penoso enfrentamiento e intentar abordar este caso desde una perspectiva distinta, apostando por un análisis a la luz de los elementos distintivos de la desobediencia civil en contextos democráticos.

Consideramos que a través de un acercamiento a las características del concepto de « desobediencia civil » será factible demostrar que la manifestación en cuestión puede ser calificada como un acto típico de dicha desobediencia, y que « a veces » el lazo existente entre el necesario ejercicio de la Desobediencia Civil por la defensa de los Derechos Humanos resulta ser la única salida de nuestros pueblos originarios para defender sus intereses y su cosmovisión en un mundo en el que las reglas se elaboran en función a paradigmas distintos.

Resulta necesario adelantar que el ejercicio de la desobediencia no excluye a los rebeldes de la sanción, pues la finalidad no es buscar la impunidad sino el respeto de la democracia y las leyes; no obstante, un desobediente tampoco es identificable a cualquier infractor, pues el rebelde lo es en defensa de valores superiores que un ordenamiento legislativo persigue, o debería perseguir.

Ya lo dijo Gandhi « La desobediencia civil, es el derecho imprescriptible de todo ciudadano. Respecto de lo que no renunciará sin dejar de ser un hombre. La desobediencia civil no da paso jamás a la anarquía, en tanto que la desobediencia criminal puede conducir a aquella. »¹.

El Poder Ejecutivo Peruano mediante la emisión del Decreto Legislativo N° 1090 « Ley Forestal y de Fauna Silvestre » (actualmente derogado), pretendió crear un conjunto legislativo que asegurara la puesta en marcha del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos intentando garantizar el desarrollo del país, estableciendo la entrega en propiedad de territorios de la Amazonía a ciertas empresas con el objetivo de favorecer la privatización de aquellas tierras.

De esta manera, se establecieron una serie de medidas que asegurarían la extracción de recursos naturales y el despojo a las comunidades indígenas de la Amazonía de los territorios que ocupaban ancestralmente, olvidando efectuar la consulta previa a dichos pueblos originarios en cuanto a la disposición de sus territorios, a pesar de tratarse de los principales destinatarios de una expulsión masiva de aquellos.

El Derecho de Consulta Previa en tal fecha se encontraba reconocido en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional de Trabajo relativo al derecho de los pueblos indígenas y tribales. No cabe duda que aún cuando el Gobierno Peruano no había legislado internamente dicho derecho, al haber ratificado en el año 1994 la convención en cuestión se obligaba a respetar y defender los derechos en ella contenidos, es decir el Derecho de Consulta Previa formaba desde ya parte del bloque de derechos humanos de tercera generación, Derechos de Solidaridad o Derecho de los Pueblos, a los que el Perú se encontraba ligado y que debía respetar antes de emitir ley alguna.

La movilización tuvo lugar en junio de 2009 en Perú por parte de numerosos pueblos indígenas, representados por la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP). La movilización exigía la derogación del Decreto Legislativo N° 1090, y de otros muchos decretos, así como el respeto del derecho de consulta a las comunidades indígenas previa a la emisión de una legislación de tal envergadura.

Los hechos fueron así descritos por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas de las Naciones Unidas:

¹ Gandhi, *Tous les hommes sont frères*, Gallimard, 1969, pp. 235-336. Citado por Jean Marie Müller, *Vous avez dites désobéisseur* en *Alternatives Non Violentes* 142. Eloge de la désobéissance civile, Rouen, marzo 2007, p.11.



« La constitucionalidad de algunos de los decretos o su compatibilidad con el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), fue cuestionada por varios actores gubernamentales, incluyendo la Defensoría del Pueblo; la Comisión Multipartidaria encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas del Congreso de la República; el Subgrupo de Trabajo de la Comisión Agraria encargado del estudio de los decretos legislativos referidos al sector agrario del Congreso de la República; y la Comisión de Constitución del Congreso. Así como varias organizaciones no gubernamentales. () Por la mañana del 5 de junio, efectivos de policía iniciaron el desalojo de los centenares de personas que estaban concentrados en el sector de la carretera denominado “Curva del Diablo” entre los caseríos Siempre Viva y El Reposo. Durante el proceso de desalojo estalló la violencia, en la que resultaron varias personas muertas y heridas, tanto policías como manifestantes. Enfrentamientos entre la policía y personas indígenas y otros civiles continuaron en la ciudad de Bagua y lugares aledaños durante el mismo día. Horas después del inicio del enfrentamiento en la Curva del Diablo, se dio a conocer que varios policías habían muerto en otro lugar que había sido ocupado por manifestantes indígenas, la Estación 6 del Oleoducto Norperuano de Petroperú, bajo circunstancias todavía no del todo esclarecidas. »²

Sección 1: Correlación entre la desobediencia civil y la manifestación de las comunidades indígenas de la Amazonía Peruana por el respeto del derecho de consulta.

Evocar la « desobediencia civil» deja siempre la impresión de encontrarse ligada a la resistencia, a la persecución de un fin justo, casi heroico, siempre a favor de otros, «a vestirse contra la injusticia del derecho mismo» ; aquello supone que existe una convicción preexistente de justicia en la norma reguladora y que ante la falta de aquel valor de justicia se activa la desobediencia civil.

Según J. Habermas el propósito de la « desobediencia civil incluye actos ilegales, generalmente atribuidos a actores colectivos, definidos a la vez por su carácter público y simbólico y por el hecho de tener en cuenta ciertos principios, actos que comportan en primer lugar medios de protesta no violentos y que invocan la capacidad de razonar y el sentido de justicia de un pueblo » , debiendo hacer hincapié en que los medios de protesta utilizados pueden ser prima facie no violentos pudiendo tornarse violentos según el nivel de represión de un país.

Según John Rawls³ actuando de tal forma, nos encaminamos en búsqueda de justicia a favor de la mayoría de una comunidad. El análisis de los diferentes elementos que componen la definición permitirá afinar el acercamiento a la desobediencia civil y de distinguirla de otras formas de transgresión de la ley.

Retendremos los siete tratos distintivos de la desobediencia civil considerados en el estudio de Falcon y Tella⁴ : **1.** La desobediencia civil se analiza como una infracción consciente e intencional, **2.** Se traduce en un acto público, **3.** Que se inscribe en un movimiento colectivo, **4.** Utiliza generalmente medios pacíficos, **5.** Sus protagonistas asumen el riesgo de las sanciones a las que sus comportamientos los exponen, **6.** Persigue fines innovadores y **7.** Hace un llamado a principios éticos. Así pues:

Los enfrentamientos ocurridos en Bagua comportaron **una acción consciente e intencional:** En Perú, la aplicación estricta del paquete legislativo en comentario (en específico del Decreto Legislativo N° 1090) habría conducido a la expulsión masiva de las Comunidades Indígenas de sus territorios ancestrales. Por ello, el tono de la movilización fue claro. Ellos no obedecerían la ley y permanecerían en sus tierras. Ellos reconocían expresamente encontrarse dentro de la ilegalidad.

El derecho peruano es contundente en este aspecto, la conducta de obstrucción del cumplimiento de una ley se encuentra prohibida ⁵, y « en tanto que los actos eran conscientes y premeditados sobre el plano del entendimiento y queridos «intencionales» sobre el plano de la voluntad, entonces los rebeldes sabían a

2 ANAYA, James. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas* . Ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 18 de agosto de 2009.

[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/GrupParlamentarios/indigena.nsf/vf08web/F047481B17842E3205257674007F9235/\\$FILE/2009-sr-dpi-inf-peru.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/GrupParlamentarios/indigena.nsf/vf08web/F047481B17842E3205257674007F9235/$FILE/2009-sr-dpi-inf-peru.pdf). [En línea] (Página consultada el martes 05 de agosto de 2014 a horas 20:30). El subrayado es nuestro.

3 J. RAWLS. *Théorie de la justice*, trad. por C. Audard, Paris, Seuil, 1987, p.405.

4 Este análisis se encuentra inspirado en un estudio de M.J. FALCON Y TELLA. *La désobéissance civile*, in R.I.E.J., 1997.39, p. 27 s. Citado por Francois OST, Ob. cit, p.2.

5 Artículo 347° del Código Penal Peruano: «Aquel que impide el cumplimiento de una ley sera condenado de diez a veinte años de prisión ()».

priori que cometían una violación» a la ley peruana, ello sin contar con los demás tipos delictivos en los que posteriormente fueran encuadradas sus conductas, pues trascendió que el presidente de AIDSESP, Alberto Pizango, fue acusado de complot y rebelión, entre otros cargos siendo objeto de orden de arresto.

Los enfrentamientos ocurridos en Bagua definitivamente constituyeron un **acto público**: El hecho de ser una manifestación de tales dimensiones contenía bien el carácter público. Y esta publicidad fue incluso ampliada al ser AIDSESP (cabeza de la manifestación) una asociación reconocida por la opinión pública y la prensa como consecuencia de la mediatización de su reclamo. Debiendo recordar que los rebeldes sí activaron las vías previas y democráticas de su petición, pero el diálogo entre el gobierno y las organizaciones autóctonas se rompió definitivamente el 4 de junio.

Esta constatación nos impulsa a creer que no se trataba de un reclamo clandestino, por el contrario fue un reclamo expresado a través de actos públicos haciendo un llamado a la conciencia pública por la defensa de un colectivo. Por tal razón, nuestros rebeldes distan de ser unos simples delincuentes « Quien desobedece es un disidente, el no es un delincuente. El no deja de solidarizarse con la colectividad política a la cual pertenece: el no se rehúsa a ser solidario, se rehúsa a ser cómplice ».⁶

Los enfrentamientos ocurridos en Bagua surgieron de un **reclamo colectivo**: Se trató de un grupo de 1244 indígenas reunidos para manifestarse contra dichas leyes, personas venidas de diversos lugares de la Amazonía Peruana, el carácter colectivo es importante en ésta manifestación porque fue el agravante de la disposición sin consulta previa, pues constituyó la exclusión a numerosas personas pertenecientes a comunidades indígenas respecto de la participación sobre el destino de sus tierras.

Encontrándose el carácter colectivo largamente respetado en este ejemplo. Muy alejado de aquello que nosotros llamamos objeción de conciencia, por el contrario este ejemplo testimonia muy claramente su inscripción en el espacio público y recuerda el objetivo de transformación política que persigue.

Además la expresión de desobediencia civil se aplica a aquellos que actúan de manera organizada, concertada, para «desafiar la autoridad establecida», según la expresión de Hannah Arendt ⁷; y a efecto de oponerse a una política de gobierno que viola los derechos fundamentales en este caso los del hombre indígena. Este llamado reunió justamente a los ciudadanos bajo un objetivo preciso con un método de acción conocido.

Los enfrentamientos ocurridos en Bagua fueron el resultado de un reclamo que inició **de manera pacífica**: La manifestación comenzó de manera pacífica, si bien generó un conflicto armado, hasta la fecha la situación respecto al inicio del enfrentamiento aún no ha sido esclarecida por lo que no existe certeza en cuanto a la responsabilidad del ataque.

Al respecto, a nivel internacional en el ámbito de defensa de derechos humanos es conocida la fuerte represión en los países en vías de desarrollo por parte del gobierno ante manifestantes civiles en el ejercicio de reclamos sociales. Más aún, en el Informe del Relator Especial antes citado se da cuenta que hubo ejercicio de legítima defensa de los indígenas.

Siendo necesario precisar que no toda violencia se encuentra sin embargo excluida en la desobediencia civil, pero se trata más bien de una violencia en la que el rebelde asume el riesgo para sí mismo. El caso más elocuente es el de los 33 indígenas que perdieron la vida en este enfrentamiento, además el presidente de AIDSESP Alberto Pizango fue objeto de un mandato de arresto seguido de acusaciones.

Podría decirse que este es el resultado de la concesión de tal derecho de represión como lo dijo Refalo « el Estado estará siempre tentado a « criminalizar » la desobediencia civil, de hacerla pasar por una acción delictiva y violenta » ⁸. Nosotros reafirmamos la idea según la cual las manifestaciones en primer lugar no violentas pueden devenir violentas en función al nivel de represión de un país que va aparejado con el nivel de desarrollo.

6 J.M. MIULLER, *Vous avez dites désobéisseur* en Alternatives Non Violentes 142. Eloge de la désobéissance civile, Rouen, marzo 2007, p.12.

7 A. REFALO. *La désobéissance civile, une radicalité constructive*, en Alternatives Non Violentes 142. Eloge de la désobéissance civile, Rouen, marzo 2007, p.17.

8 A. REFALO. op.cit.p.18.



En los enfrentamientos ocurridos en Bagua **los rebeldes asumieron el riesgo de las sanciones** : Como se menciona arriba, nuestros rebeldes no se sustrajeron, ellos incluso expusieron sus cuerpos en la manifestación de cara a la acción estatal y, aquello porque como se mencionó antes, el agotamiento de las vías democráticas internas resultó bastante infructuoso pues el Estado Peruano defendía la legalidad de los decretos legislativos durante las reuniones a pesar de la falta de consulta previa.

A lo que debemos añadir que en el Informe del Defensor del Pueblo respecto a estos hechos se concluyó la falta de voluntad del Gobierno Peruano de consultar a las comunidades nativas antes de dictar dicha ley.

Lo que nos da una idea de cuál era la actitud gubernamental en cuanto al respeto al derecho de Consulta Previa.

Los enfrentamientos ocurridos en Bagua **persiguieron fines de cambio** : Se encuentra claramente establecido que el objetivo esperado con esta acción de desobediencia civil era la derogación del Decreto Legislativo N° 1090 «Ley de la Selva y la Fauna Salvaje», entre otros decretos legislativos, lo que en efecto se logró, es decir se derogaron este y otros decretos legislativos. Además, la desobediencia civil debe ser capaz de efectuar propuestas, al defender eventualmente nuevos derechos. Lo que aplicado al caso en cuestión, también se logró con la promulgación de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u originarios, con lo cual se refuerza a nivel nacional un derecho que ya había sido reconocido a nivel internacional a los pueblos originarios a ser consultados por el Gobierno antes de dictar una ley que concierna la expulsión de sus tierras poseídas ancestralmente.

Los enfrentamientos ocurridos en Bagua son un claro ejemplo de **recurrir a los principios éticos** : Para nuestros rebeldes, la transgresión del Decreto Legislativo N° 1090 no constituyó una negación del derecho, no son unos simples infractores o desobedientes, por el contrario su actitud denota una afirmación ciudadana de gran respeto a los valores que una convención internacional defiende.

Entre los Principios «Superiores» reconocidos por la Convención 169 de la Organización Internacional de Trabajo relativa a los derechos de los pueblos indígenas y tribales, se encuentra la «Consulta y Participación»⁹, redactada de manera precisa en los siguientes términos: Artículo 17. 2. «*Deberán consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar su tierras o transmitir de otra forma sus derechos sobre esas tierras fuera de su comunidad*».

Es en estos términos que en dicha Convención se puso en evidencia este imperativo vinculado a un concepto trascendental como es el derecho de consultar a las comunidades sobre el destino de sus tierras, reconocimiento efectuado a partir de la importancia especial que constituye para la cultura y los valores espirituales de los pueblos originarios la relación que ellos mantienen con las tierras o territorios, o con los dos, según sea el caso, que ellos ocupan o utilizan de otra manera y en particular de aspectos colectivos de esta relación¹⁰.

Sección 2: La desobediencia civil como medio de protección de los Derechos Superiores de los Derechos Humanos.

El análisis realizado revela la existencia de un acto de desobediencia civil que intenta proteger un valor trascendental inherente al hombre, y si hablamos de un colectivo, se trataría de proteger un derecho perteneciente a los pueblos originarios.

Aparentemente, este ejemplo no es considerado como un ejemplo típico de desobediencia civil, del mismo modo que en un primer momento tampoco lo fue el caso de Antígona en la obra del mismo nombre escrita por Sófocles, no obstante en él se verifican las características de dicha institución.

Resulta inevitable plantear la pregunta que motivó este análisis *¿Cómo podemos en el nombre de los derechos humanos rebelarnos para desobedecer leyes que persiguen el desarrollo del país vulnerando ellas mismas Derechos Superiores?*

La respuesta no puede ser de otra forma, ejerciendo la desobediencia civil y asumiendo las consecuencias que en una sociedad democrática y de derecho se encuentran previamente establecidas. Para alcanzar un fin tan excelso como es la defensa de los Derechos Humanos mediante la desobediencia de una ley, se

⁹ Existen también otros principios en la Convención 169 como la identificación de pueblos indígenas y tribales, la no discriminación, el reconocimiento de la cultura, los procedimientos especiales para la resolución de problemas.

¹⁰ Extracto del Preámbulo de la Convención 169.

debe pagar un alto costo pues de otra forma la desobediencia sería una moneda corriente en la historia democrática de un país.

Los rebeldes de Bagua no han desobedecido la ley, sino para reivindicar la ley misma, la Convención 169 de la OIT que se inscribe en los derechos de los pueblos o de tercera generación, una generación de Derechos Humanos perteneciente a las colectividades «en respuesta a las aspiraciones de las naciones del tercer mundo en la época de la descolonización, () el derecho de los pueblos a la autodeterminación, siendo así su derecho de disponer libremente de su riqueza y recursos naturales»¹¹.

De esta manera podemos advertir el fin legítimo, es decir la búsqueda de justicia perseguida por la Desobediencia Civil con la finalidad de defender los derechos humanos reconocidos como valores superiores, pues finalmente de eso trata, «la desobediencia civil se afirma como un instrumento de lucha democrática que permite conciliar la exigencia ética con una medida radical. Ella es un motor poderoso de construcción del derecho por parte de los ciudadanos. La transgresión de una ley injusta no comporta una negación del derecho sino la afirmación ciudadana de un gran respeto por el mismo» .

Estaremos tentados a decir que una persona que comete desobediencia civil no quiere hacerlo porque no persigue la interdicción de la ley como un fin en sí misma, pero paradójicamente se sirve de aquella en ciertos momentos como un instrumento para llegar al resultado deseado a la vez que refuerza la democracia.

De momento, nosotros concluimos que la manifestación del 05 de junio de 2009 comportó un acto de desobediencia civil, entre cuyos frutos se encuentra no solamente la derogación del Decreto Legislativo N° 1090 sino la promulgación de la Ley N° 29785, Ley del derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u originarios, siendo así tomamos con interés la aseveración de Refalo, quien condiciona la existencia de una sociedad democrática con el ejercicio de la desobediencia «La vitalidad democrática de una sociedad podría incluso medirse en función a la capacidad de sus ciudadanos de enfrentar la ley en ciertas circunstancias, es decir a tomar riesgos personales y colectivos para defender causas esenciales»¹².

Bruselas, 19 de agosto de 2014.



¹¹ Phillip GERARD. *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*. Facultades Universitarias San Luis. Bruselas. 2007. p. 59.

¹² A. REFALO. op. cit. 19

¿PREVARICA EL JUEZ O FISCAL QUE RESUELVA EN CONTRAVENCIÓN, APARTÁNDOSE O INOBSERVANDO, LAS REGLAS ESTABLECIDAS COMO PRECEDENTE VINCULANTE POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

Por: MARTIN TONINO CRUZADO PORTAL.

Asistente En Función Fiscal De La Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa De Lambayeque.



Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal.¹

1.- Introducción. 2.- Principio de Legalidad y el delito de Prevaricato. 2.1.- Principio de Legalidad. 2.2.- Delito de Prevaricato. 3.- Apartamiento, Inobservancia o Contravención De Un Precedente Vinculante. 3.1.- Si la respuesta es positiva 3.2.- Si la respuesta es Negativa. 3.3.- La Tercera alternativa. 4.- Un Escenario Complicado. 4.1.- Control Difuso Vs. Prevaricato. 4.1.1- Primer Momento. 4.1.2- Segundo Momento. 4.1.3- Excepciones A la Aplicación del control difuso. 4.1.4.- Autonomía Procesal vs. Prevaricato 5.- Conclusiones.

1.- Introducción.

No hay duda que la jurisprudencia es una de las fuentes principales del derecho y sirve como guía para decidir casos futuros, así mismo con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional se importó la institución del precedente vinculante (en adelante PV) a nuestro ordenamiento jurídico regulándolo en el Artículo VII del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo. Siendo que el máximo intérprete de la constitución, el Tribunal Constitucional (en adelante TC), en esa línea expide jurisprudencia vinculante como lo son los precedentes constitucionales vinculantes y doctrina jurisprudencial². Resulta necesario hacer de por sí, la distinción entre Precedente Vinculante y Doctrina Jurisprudencial. Al respecto la doctrina expone: 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 análogo³. Debemos agregar a nuestro turno que los alcances de un PV se extiende a todo el ordenamiento jurídico, tienen alcances generales y es oponible *erga omnes*, ha sentido contrario la doctrina jurisprudencial sólo vincula a la magistratura.

No resulta ocioso precisar que mediante el establecimiento de un PV el TC extrae reglas, por lo que para algún sector de la doctrina esta institución no es mera jurisprudencia, es casi una ley, comparto esto último "es casi una ley", es decir tiene efectos similares a una ley, solo efectos, más no será una ley tendrá "fuerza de ley", pero jamás tendrá el "rango de ley" sobre estos temas rango y fuerza de ley, volveremos más adelante.

Lo que ahora me interesa precisar es que mediante sentencia recaída en el Exp. N.º 00001-2010-CC/TC, el máximo intérprete de la Constitución, ha dirimido la demanda de conflicto competencial interpuesta por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Presidente de la República y con la aprobación del Consejo de Ministros, contra el Poder Judicial, con el objeto que se determine que la regulación relativa a los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados es una competencia

1 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1 (Fundamentos. La estructura de la Teoría Del Delito)*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. 1ª edición, Madrid, 1997,5/2, Pág.137.

2 **Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional...**

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Artículo VII.- Precedente

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

3 RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. *El Precedente Constitucional en el Perú: Entre el Poder de la Historia y la Razón de los Derechos*. En: Edgar Carpio Marcos y Pedro P. Grández Castro (Coordinadores) Estudios al Precedente Constitucional. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. 1ª Edición Febrero 2007. Pág. 55.

exclusiva del Poder Ejecutivo, y que, como consecuencia de ello, los demandantes solicitan se declare la invalidez de las resoluciones judiciales que han inaplicado normas jurídicas imperativas [vía control difuso] que regulan la importación de vehículos y autopartes usados, siendo que dichas resoluciones judiciales han permitido el ingreso de vehículos usados a nuestro país.

El alto tribunal resuelve la causa y Declara fundada en parte, la demanda; y establece como Precedente Vinculante conforme al Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, de las cuales sólo transcribimos las que nos interesan para el presente trabajo, entre ellas las siguientes reglas:... b. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales, disponiendo la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser procesados y sancionados por el Consejo Nacional de la Magistratura y la Oficina de Control de la Magistratura.

[...]

d. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el **delito de prevaricato**. (Resaltados Nuestrs)

e. Las medidas cautelares que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, además de ser nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales, generan que se promueva la declaración de responsabilidad civil tanto de jueces, abogados y demandantes.

Al respecto cabe preguntarse conforme al Artículo 418º Del Código Penal, pues vamos a centrar nuestro análisis en dicho dispositivo penal, ¿Prevarica aquel Juez o Fiscal que se aparta, inobserva o contraviene un Precedente Vinculante? ¿Prevarica aquel Juez que aplica control difuso? La respuesta tiene dos aristas, puede ser positiva o negativa, empero no resulta fácil acometer la tarea, en consecuencia en las líneas siguientes, vamos a advertir que surgen diversas cuestiones incidentales que complican sobremanera ensayar una respuesta inmediata y contundente a las interrogantes planteadas, a brindar luces sobre estos temas nos avocamos a continuación.



2.- Principio de Legalidad y el delito de Prevaricato.

En lo correspondiente al principio de legalidad este encuentra asidero legal en el ámbito internacional en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

A nivel interno contamos con los siguientes dispositivos:

Artículo 2º Inciso 24. Literal D de la Constitución Política del Perú. Reza que toda persona tiene derecho, a la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley."

Artículo II.- Principio de Legalidad del Código Penal "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad

que no se encuentren establecidas en ella.”

En nuestro desfigurado Código Penal⁴ el legislador ha tipificado el delito de prevaricato expuesto en el **Artículo 418° Del Código Penal**⁵ que a la letra dice “El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de **la ley**, o cita **pruebas inexistentes o hechos falsos**, o se apoya en **leyes** supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.” (Resaltados Nuestrs).

2.1.- Principio de Legalidad.

Veamos primero el Principio de legalidad en materia penal, para lo cual citamos a una voz muy autorizada, no quisiera dejar pasar la oportunidad para agregar que por mi firme convicción religiosa que es la católica apostólica y Romana, no utilizo el término maestro (salvo que sea una transcripción literal de la obra consultada) para referirme o citar a un eminente jurista, pues el término maestro sólo lo reservo para nuestro Señor Jesucristo al respecto: “Cuando terminó de lavarles los pies y se volvió a poner el manto, se sentó a la mesa y dijo: “¿Entienden lo que he hecho con ustedes?” Ustedes me llaman: El Señor, y: El Maestro. Y dicen verdad, pues lo soy.” (Juan Capítulo 13, Versículos 12 y 13 de la Santa Biblia.)

Al respecto el profesor Claus Roxin, distingue cuatro consecuencias del principio de legalidad. “Tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de “prohibiciones”, de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del Derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. Las cuatro prohibiciones habrán de ser objeto de una exposición más detallada y separada (...); pero para comprender el principio de legalidad es preciso comenzar por hacer una caracterización general de las mismas.

A. La prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricto.*)

Analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos). Se distingue entre analogía legal y analogía jurídica, según que la regla jurídica que se va a trasladar proceda de un precepto concreto (analogía legal) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (analogía jurídica). Dicha argumentación por analogía, que en otros campos del Derecho es uno de los métodos usuales de aplicación del Derecho, en Derecho penal y para proteger al reo está prohibida por el art. 103 II GG en la medida en que opere en perjuicio de aquél; pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada **legalmente** la punibilidad. Por eso, en los casos de los aparatos automáticos (...) hubo que descartar la punición por aplicación analógica del precepto sobre la estafa y absolver a sus autores. Por lo tanto, en caso de aplicación del Derecho en perjuicio del sujeto el poder del juez penal termina en los límites de la interpretación (...)

B. La prohibición de Derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*)

En otros campos del Derecho se reconoce, junto al Derecho legal, el Derecho consuetudinario (no escrito). Sin embargo, el hecho de que la punibilidad no pueda fundamentarse o agravarse por Derecho consuetudinario es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad sólo se puede

4 Un análisis exhaustivo de las modificaciones del principal código de normas que regula los delitos en el país arroja que el Congreso legisla de manera desprolija, precipitada y con evidente falta de técnica legislativa. Más allá de la cantidad de proyectos presentados y/o leyes aprobadas, los continuos cambios demuestran que la principal carencia se produce en la calidad de las leyes. Extraído de <http://laley.pe/not/657/el-codigo-penal-ha-sido-modificado-577-veces> (Fecha de Consulta 27/10/14) Por su puesto a la fecha el código penal se ha modificado más de 577 veces siendo de reciente expedición, por ejemplo: el nuevo delito de asesinato por codicia Así lo ha establecido la Ley N° 30253, publicada en el diario oficial El Peruano el viernes 24 de octubre del año 2014, la cual ha modificado el Artículo 108° del Código Penal y el Artículo 58° del Código de Ejecución Penal, también tenemos la Ley N° 30251, norma que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas (Artículo 153° del Código Penal), publicada el martes 21 de octubre del año 2014 en el diario oficial El Peruano, siendo que el consentimiento dado por la víctima es irrelevante.

5 Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28492, publicada el 12 Abril del año 2005.

determinar **legalmente** (...).

C. La prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)

Son imaginables diversas clases de retroactividad. Así, un hecho que no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente; o respecto de una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente una clase de pena más grave (p.ej. prisión en vez de pena de multa) o se puede agravar la pena dentro de una de la misma clase (p.ej. subirla de cinco a diez años de prisión). Esas tres formas de retroactividad son constitucionalmente inadmisibles, pues la punibilidad (como tal, o en su clase o cuantía) no estaba declarada y determinada legalmente **antes** del hecho (...).

D. La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)

Un precepto penal que tuviera v.gr. el siguiente tenor: "el que infringiere el bien común de modo intolerable, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años", convertiría en superfluos múltiples parágrafos del StGB, pero sería un precepto nulo, ya que no permite reconocer qué características ha de tener la conducta punible. La punibilidad no estaría "legalmente **determinada**" antes del hecho, sino que sería el juez quien tendría que fijar qué conducta infringe el bien común de modo intolerable. Por tanto, la infinita multiplicidad de tipos penales (dentro y fuera del Código Penal) es una consecuencia del principio de legalidad. Pero también son inadmisibles las penas totalmente indeterminadas. Así, si p.ej. el § 303 se formulara así: "el que dañe o destruya antijurídicamente una cosa ajena, será castigado", sería anticonstitucional y nulo, ya que quedaría sin determinar legalmente qué pena y en qué cuantía se puede imponer (...) ⁶".

Entre nosotros el jurista Urquiza Olaechea comentando el Artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución expone: "De esas exigencias [salvaguada de la dignidad y la libertad] surge el principio de legalidad; institución que constituye, si no el más, uno de los pilares o piedra angular más importante del Derecho en general, y del Derecho Penal en particular, pues limita la arbitrariedad y con ello garantiza la libertad"

Cuando se habla del fundamento del principio de legalidad no solo se debe hacer un análisis en función a lo señalado en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución (texto principal), sino que se debe tener en cuenta los diversos preceptos constitucionales y legales que complementan el artículo en estudio. Así -a nivel constitucional- es indispensable tomar en consideración el artículo 103, segundo párrafo (prohibición de la retroactividad desfavorable), el Artículo 139 Inciso 9 (prohibición de analogía *in malam partem*), y el artículo 102 (funciones legislativas del Parlamento). Asimismo, se debe tener observancia de los dispositivos que se encuentran en el Código Penal y en el Código de Ejecución Penal. En el primero tenemos a los artículos II, III y VI del Título Preliminar y 6 de la parte general. En el segundo, al artículo VIII del Título Preliminar.⁸

El depositario de la voluntad popular es el Parlamento, cuyos representantes son elegidos libremente por el pueblo. Por ello, solo aquel está legitimado para dictar leyes. Ningún otro poder del Estado puede asumir dicha potestad, pues de hacerlo estaría usurpando funciones que no le competen⁹.

... el principio de legalidad se manifiesta en sus cuatro consecuencias (...) como son la prohibición de aplicar retroactivamente la ley penal, la prohibición de dar y aplicar leyes indeterminadas, la prohibición de aplicar el derecho consuetudinario y la prohibición de aplicar la analogía. Claro está que dichas prohibiciones solo tienen vigencia cuando perjudican al ciudadano, más no cuando lo favorecen, situación en la cual sí se aplican retroactivamente¹⁰.

2.2.- Delito de Prevaricato.

6 ROXIN, Claus. Ob. Cit. Págs. 140-141.

7 URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de Legalidad En Materia Penal*. (Comentarios al Artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución). En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Pág. 389.

8 *Ibidem*. Pág. 402.

9 *Ibidem*. Pág. 403.

10 *Ibidem*. Pág. 411.



Como se advierte de lo que he creído conveniente resaltar líneas arriba del Artículo 418° del Código Penal y de acuerdo a la doctrina: “El artículo 418° del Código Penal tiene cuatro modalidades típicas específicas: i) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen contraria a la ley; ii) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen, citando pruebas inexistentes; iii) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen, citando hechos falsos; y iv) la conducta por parte del juez o fiscal de emitir resolución o dictamen apoyado en leyes derogadas o supuestas, solo estas cuatro formas constituyen, en el derecho peruano, un delito de prevaricación del Juez o Fiscal, y esto no es más que tutelar el principio de legalidad que debe reinar en todo juicio de tipicidad penal”¹¹.

A continuación resaltamos lo verbos rectores que integran el tipo penal del delito de prevaricato “El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.” Ergo la conducta punible desplegada por parte del juez o fiscal radicaría en dictar, emitir resolución o dictamen contraria a la ley; o citar pruebas inexistentes o hechos falsos; o apoyarse en leyes derogadas o supuestas.

En consecuencia debemos apreciar si las hipotéticas conductas de los jueces o fiscales que resuelvan en Contravención, Apartándose o Inobservando, Las Reglas Establecidas Como PV del TC cumplen con el verbo rector exigido por el tipo, todo esto en aras de no incurrir en motivaciones insuficientes y/o sustancialmente incongruentes¹² [la presente no es una resolución judicial pero *mutatis mutandis* quisiera trasladar esas garantías a estas pequeñas líneas a manera de brindar buenas razones y argumentos a favor¹³ de lo que exponemos] por lo que es menester hacer un adecuado juicio de tipicidad.¹⁴

La doctrina especializada anota que: “La conducta delictiva se vale generalmente, de un verbo rector, que es, en términos gramaticales, el centro en el que gira y se define la misma. A través del verbo rector se va a concretizar lo que el legislador quiere prohibir. Cuando el legislador realiza las formulaciones típicas de un ilícito penal suele utilizar, muchas veces, diferentes formas verbales, pero cuando describe la conducta delictiva va a identificar un verbo principal que es el indicador de la conducta a ejecutar.”¹⁵

3.- Apartamiento, Inobservancia o Contravención de un Precedente Vinculante.

Entonces con las líneas que hemos transcrito cabe preguntarse ¿prevarica aquel Juez o Fiscal que se aparta, inobserva o contraviene un Precedente Vinculante? Al respecto tenemos más de dos alternativas:

2.1.- Si la respuesta es positiva, entonces asumo que la única interpretación “razonable” -por cierto-tendría que asimilar que el PV es una Ley (pues no concibo que este pueda ser una prueba, hecho, ley supuesta o derogada) y por lo tanto el juez o fiscal ha prevaricado pues ha contravenido el texto expreso y claro de la ley (precedente vinculante), porque si seguimos esta línea de pensamiento razonaremos de la siguiente manera: el Precedente es una regla jurídica y por lo tanto es una ley.

Si este razonamiento es lógico, entonces tendríamos que decir, válidamente, que el Precedente Vinculante es una ley y por lo tanto el Juez o Fiscal debe ser sancionado por la comisión de dicho delito doloso, pues

11 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho Penal Parte Especial*. Volumen 2. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Tercera Edición 2014. Pág. 1339.

12 Cfr. Exp. N° 00728-2008-PHC/TC. Caso Giuliana Flor De María Llamoja Hilaes. Séptimo Fundamento.

13 Sobre argumentación en el derecho puede consultarse a GASCÓN ABELLÁN, Marina. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La Argumentación En El Derecho*. 2Da Edición Corregida. Abril de 2005. Palestra Editores. Lima 2005.

14 Tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden. A este proceso de verificación se denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base el bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal. Si luego de realizado dicho proceso se determina que el hecho encaja en los caracteres abstractos del tipo, existe adecuación típica, lo contrario nos llevaría a negarla. Vid. (VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Editora Jurídica Grijley. 2006. Pág. 296)

15 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Editora Jurídica Grijley. 2006. Pág. 309

no cabe cometer delito de prevaricato culposo¹⁶ sin embargo no debemos dejar pasar por alto la propuesta legislativa que se formuló en el Proyecto De Ley N° 3217 2008-CR proponiendo la modificación del artículo 418 del Código Penal, presentado por el Congresista Víctor Rolando Sousa Huanambal:

Artículo 418.- El Juez que dicta resolución o **el Fiscal** que emite dictamen, **disposición o requerimiento**, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años **y con pena de ciento veinte a doscientos días-multa.**

Cuando el hecho se produzca a consecuencia de culpa, la pena será de sesenta a ciento veinte días-multa.

Siguiendo con esta línea de pensamiento el Precedente Vinculante es una ley y por lo tanto el Juez o Fiscal debe ser sancionado por la comisión de dicho delito, debo anotar en honor a la verdad que el PV no es una ley veamos la respuesta negativa, pero aún no respondo la pregunta si prevarica aquel magistrado que no observe un precedente vinculante emitido por el TC, lo dejo en suspenso por el momento la respuesta, porque necesito hacer más precisiones para fundamentar mi respuesta.

3.2.- Si la respuesta es Negativa, Quisiera comenzar con la pregunta ¿El Precedente Vinculante es una Ley? Al respecto cumpla con el no muy penoso deber de decir que **NO**, el PV no es una ley, no confundamos, el PV tiene efectos similares a una ley ósea tiene fuerza de ley (pues es oponible a todos, tiene alcances generales), más no tiene rango de ley.

¿Pero que es tener Fuerza de Ley y Rango de Ley? El TC aclara la duda: "... 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.

Siguiendo la línea anterior a mi turno agrego que las únicas normas que tienen rango legal son las contempladas en el **Artículo 200° Inciso 4 de la Constitución política del Perú.-** Acciones de Garantía Constitucional. Son garantías constitucionales: ...

La Acción¹⁷ de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

16 Artículo 12.- Delito doloso y delito culposo (Código Penal Peruano)

Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.

El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley. (Resaltado Nuestro). En el derecho comparado sí está regulado el Prevaricato Culposo por ejemplo tenemos al Código Penal De Chile (Artículo 225°) Código Penal Español (Artículo 447 CP)

17 Nuestra actual Constitución Política regula el Proceso De Inconstitucionalidad en el Artículo 200° Inciso 4, pero debemos advertir que se usa impropia mente el término "Acción" siendo lo correcto el término "Proceso"

Me explico, entiendo a la categoría procesal de Acción, recordando mi pregrado sobre la teoría general del proceso, como la capacidad (accionar) que tiene un sujeto procesal legitimado de recurrir ante el órgano jurisdiccional y solicitar tutela procesal efectiva, y entiendo al término jurídico proceso, como aquel conjuntos de pasos, etapas concatenados desarrollados por el órgano jurisdiccional encaminados a obtener una resolución fundada en derecho. En consecuencia se ejerce el derecho de acción cuando los sujetos legitimados presentan su demanda de Inconstitucionalidad ante el TC eso y nada más, ahí concluye su derecho de acción, y luego se desarrolla el proceso. Ergo el término acción es muy corto, muy reducido.



(Resaltado Nuestro)

Debemos agregar que el TC vía jurisprudencial ha ensanchado el catálogo de las normas (con rango legal) sobre las cuales procede interponerse un Proceso de Inconstitucionalidad, es decir no se encuentran mencionadas textualmente en el Artículo 200° inciso 4 de la Constitución, pero han sido incorporadas vía jurisprudencial entre ellos tenemos a los Decretos Leyes, Resolución Legislativa, Las Leyes De Reforma Constitucional y Leyes Derogadas.

En lo correspondiente al término Fuerza de Ley La constitución utiliza el término dos veces en los Artículos 94° y 118° Inciso 19 de la Constitución.¹⁸

Otro argumento de peso que abona la tesis que el PV no es una ley, lo encontramos al recurrir al Principio de reserva de ley al respecto el TC expone “[...] [El principio de] reserva de ley [...] implica una determinación constitucional que impone la regulación, sólo por ley, de ciertas materias.

[...] [L]a Reserva no sólo [supone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo] es eso sino que el Ejecutivo no puede entrar, a través de sus disposiciones generales, en lo materialmente reservado por la Constitución al Legislativo. De ahí que se afirme la necesidad de la Reserva, ya que su papel no se cubre con el Principio de legalidad, en cuanto es sólo límite, mientras que la Reserva implica exigencia reguladora».” (STC N° 02302-2003-PA, FJ 32)

A su turno la doctrina señala: “Gracias al principio de reserva de la ley, se responde satisfactoriamente a las interrogantes ¿cuál es el órgano del Estado que se encuentra legitimado constitucional y legalmente para crear delitos y penas?, ¿qué tipo de normas jurídicas son las que deben de prescribir las conductas delictivas y las sanciones correspondientes?

Con relación a la primera interrogante se debe dejar en claro que la Constitución de 1993 en su artículo 102 establece que es el Poder Legislativo la institución encargada de dar leyes. De este precepto se infiere que el Parlamento es el ente que tiene la primacía o competencia legisferante sobre los otros órganos constitucionales encargados de emitir normas jurídicas de carácter positivo... El señorío del Poder Legislativo en la elaboración de leyes que crean delitos y penas se debe a que a través de él se expresa en mejor forma la voluntad del pueblo¹⁹ y del Estado. Lo afirmado se fundamenta en virtud a que es el Poder Legislativo la institución más idónea por medio de la cual se canalizan políticamente los valores de la sociedad, lográndose de esta manera que la voluntad del Estado sea auténtica manifestación de la voluntad de la sociedad.

Por otro lado, haciendo una interpretación teleológica del artículo 2 inciso 24, literal d) de la Constitución, se concluye que para crear delitos y penas no es suficiente con que dichas normas sean emitidas por el Congreso de la República siguiendo los mecanismos que establece la Constitución, sino que además, es imprescindible que dichos preceptos tengan fuerza activa y pasiva. Es decir, por un lado, deben poseer la capacidad para derogar a otras normas jurídicas de igualo menor rango y, por otro, tener la suficiente capacidad para no ser derogadas por normas jurídicas de menor jerarquía. Esta exigencia constitucional, de indiscutible cumplimiento -y que se conoce como principio de jerarquía normativa- se encuentra consagrada en el artículo 51 de la Constitución, el cual establece que la norma constitucional prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente. Por tanto, lo sancionado por la norma constitucional excluye la posibilidad de que otras normas jurídicas que tienen rango de ley (...) puedan crear delito y penas.²⁰”

18 Artículo 118° Inciso 19. Corresponde al Presidente de la República: Dictar medidas extraordinarias, **mediante decretos de urgencia con fuerza de ley...** Artículo 94° El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, **que tiene fuerza de ley...**

19 Vid. GOLDSCHMIDT, Werner. La ciencia de justicia. 2Da Edición, Buenos Aires, 1986, p. 310. Asimismo, DÍEZ-PICAZO, Luis María. La derogación de las leyes. Madrid, 1990, p. 95. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. “El Principio De Legalidad En El Estado Democrático De Derecho”. En: *Revista Peruana De Ciencias Penales*. N° 14, Idemsa, Lima, P. 492. Citado por URQUIZO OLAECHEA, José. Principio de Legalidad En Materia Penal. (Comentarios al Artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución). En: *La Constitución Comentada. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo*. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Págs. 396-397.

20 URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de Legalidad En Materia Penal*. (Comentarios al Artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución). En: *La Constitu-*

Siguiendo con los argumentos en contra, entonces si asumimos que el Precedente Vinculante, es una ley, en consecuencia de manera indirecta aunque no lo queramos estamos diciendo que el TC, es un legislador (positivo) o Cuasilegislator, el cual estaría usurpando facultades que solo le han sido conferidas al Poder Legislativo.

Estamos de acuerdo que el TC es el Supremo Intérprete de la Constitución; es una de sus principales labores o prerrogativas, la de interpretar las normas de acuerdo a la Constitución usando conjuntamente el Bloque de la Constitucionalidad, de eso no queda dudas que el TC posee facultades interpretativas, pero que sea un legislador positivo, es una exageración²¹, pues esta potestad reside en el Poder Legislativo (Congreso) y vía delegación en el poder Ejecutivo (a través de la emisión de Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia²²) así lo ha creído conveniente el poder constituyente, en consecuencia sino posee facultades legislativas no es un legislador positivo, se podría decir que es un cuasilegislator (el término denota que le falta algo para serlo) porque interpreta los contenidos de una disposición y determina qué tipo de interpretación es constitucional o contraria a la misma, pero entonces que le falta, es la legitimidad que si lo tiene el Poder Legislativo o el Ejecutivo (a su turno) se podría decir que legisla indirectamente, porque al interpretar puede cambiar el sentido de la disposición sometida examen, en consecuencia no es un legislador negativo, porque esa labor encomendada primigeniamente por su mentor el excelso Hans Kelsen, ha sido rebasada largamente, veamos el TC fue concebido para expulsar una norma a través de un proceso de Inconstitucional (comportarse como legislador negativo) y para evitar conflictos de Competencia entre los poderes del estado a través del Proceso Competencial, en la actualidad el TC conoce no sólo sobre procesos orgánicos en única y definitiva instancia (Proceso de Inconstitucionalidad y Proceso Competencial) sino que además en última instancia conoce sobre procesos de la Libertad (Proceso de Amparo, Hábeas Data, Cumplimiento y Hábeas Corpus), entonces es una verdad de Perogrullo que la labor primigenia de legislador negativo se ha visto totalmente desbordada y dejado de lado, es decir hemos pasado de tener un TC legislador negativo a tener un TC supremo intérprete de la Constitución, que no usurpa funciones conferidas al Poder Legislativo, pues el TC interpreta no legisla (como si lo hace el Poder Legislativo).

Entonces si el PV no es una ley, ergo el magistrado (juez o fiscal) no comete delito de prevaricato, aún no me aventuro a dar la respuesta, veamos la tercera posición.

3.3.- La Tercera alternativa; haber veamos ya dijimos que el PV no es una ley (es una regla con efectos similares a una ley, pero jamás será una ley²³), esta afirmación es una conclusión ya anticipada de estas reflexiones, pero que no sea una ley entonces quiere decir que su inobservancia, contravención, apartamiento, etc. No cumpliría con los elementos normativos que integran el tipo (Art. 418° del Código Penal) y por lo tanto la conducta desplegada por los magistrados (jueces y fiscales) deviene en atípica.

Ojala fuera cierto eso, transcribimos nuevamente lo que el TC en el precedente vinculante del Exp N° 0001-2010-CC/TC, expuso en la parte resolutive:... *d. Los jueces que hayan emitido resoluciones judiciales que dispongan la inaplicación del Decreto Legislativo N.º 843, o de los Decretos Supremos N.os 045-2000-MTC, 053-2000-MTC, 017-2005-MTC y 042-2006-MTC o de los Decretos de Urgencia N.os 079-2000, 086-2000, 050-2008 y 052-2008, o que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio*

ción Comentada. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Págs. 396-397.

21 Esta idea quedaría matizada con el empleo de las sentencias manipulativas interpretativas, el TC dejó entrever visos de legislador positivo en la Exp. N° 00002-2008-PI/TC sobre el uso de la fuerza letal, ni que decir sobre el uso de la Exp. N° 00002-2008-PI/TC sobre el uso de la Autonomía Procesal Del Tribunal Constitucional

22 **Artículo 104.- Delegación de facultades al Poder Ejecutivo**

El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Artículo 118.- Atribuciones del Presidente de la República

Corresponde al Presidente de la República:

... 19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

23 Si decimos que el PV es una ley entonces con *animus iocandi gratiae* (ánimo de broma), desatinadamente concluiríamos: el TC es un legislador pues establece Leyes, y si estas leyes (contenidas en el PV) son inconstitucionales entonces los sujetos procesales legitimados (Artículo 203° de la constitución) podrían incoar un proceso de inconstitucionalidad.



Público por el **delito de prevaricato**. (Resaltados Nuestros)

Para responder la pregunta tendré que decir que los jueces o fiscales SÍ prevarican, -aunque *indirectamente*- por inobservancia, contravención, apartamiento, de un PV, pero NO es por las reglas establecidas en el PV, pues no son leyes, me explico Considero que el TC incurre en una impropiedad al exponer que *los jueces que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el **delito de prevaricato***, es una impropiedad pues, la contravención es a la ley no al PV, en conclusión **¿Cuáles son esas leyes?** Que al emitir resolución o dictamen, son manifiestamente contrariadas en su texto expreso y claro tenemos los siguientes dispositivos:

Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237)

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

... Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Ley N° 28301. Disposiciones Finales.

PRIMERA.- Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, **conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional** en todo tipo de procesos, **bajo responsabilidad**. (Resaltados Nuestros)

A estas alturas el lector(a) se debe estar preguntando válidamente en donde queda el principio de legalidad²⁴ consagrado a nivel constitucional, la independencia judicial contemplada en los Artículos 138° y 139°, inciso 1 de la Constitución y el Artículo 1° de la ley Orgánica del Poder Judicial²⁵; además el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, consagra en uno de sus párrafos a la Doctrina Jurisprudencial mas no al PV, el cual está establecido en el Artículo VII de dicho cuerpo normativo y en lo correspondiente a la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Ley N° 28301, las responsabilidades en que incurran los magistrados al no aplicar las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, se debe entender que es *¿bajo responsabilidad penal?*, es que acaso la ley que establece restricciones o restringe derechos se aplica por analogía²⁶. Además los magistrados pueden invocar el Artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁷ para aparte del cumplimiento del PV.

24 Art. 2 Inciso 24. Literal D de la Constitución Política del Perú. ... Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:...

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

25 **Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso**

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes...

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional...

Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 1°.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes. No existe ni puede instituirse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial, con excepción de la arbitral y la militar.

26 **Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia (Constitución Política del Perú)**

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:...

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

Artículo III.- Prohibición de la Analogía (Código Penal)

No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.

27 **Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial Artículo 22°.-** Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.



La doctrina precisa: "En virtud de la seguridad jurídica no se pueden aplicar las leyes penales a supuestos no comprendidos en su tenor literal, por más semejantes o parecidos que sean a los abarcados por la ley, o a pesar de su mayor lesividad para el bien jurídico o su nocividad social. Se habla aquí, con razón, de una prohibición de analogía. Una decisión judicial que se base en el mero criterio personal del juez, en su subjetivismo o en una percepción emocional de los hechos, o que vaya más allá del tenor o sentido de la ley, deja de ser Derecho y se convierte en un acto arbitrario²⁸, que según el caso, en nuestro ordenamiento jurídico, de dictarse, puede constituir incluso delito de prevaricato. Solo la ley viene a constituirse en el marco que legitima y concede validez a las decisiones judiciales"²⁹.

A mi turno expongo: Si bien es cierto lo antes expuesto son argumentos válidos pero sigo firme en mi posición y lo fundamento de la siguiente manera por la uniformidad, coherencia y plenitud de nuestro sistema jurídico, que si ley penal dice Prevarica el magistrado que emite resolución o dictamen, manifiestamente contrarias al texto expreso y claro de la ley, entonces si cuento con los dispositivos antes citados que me dicen que cumpla lo expuesto en las resoluciones emitidas por el TC (lo que por supuesto incluye doctrina jurisprudencial, precedentes vinculantes, etc), y el principio de legalidad dice Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley (la ley dice cumplan con lo expuesto por el TC), pues si contravienes (magistrados) el texto expreso y claro de la ley entonces cometes prevaricato. En lo correspondiente a la independencia judicial el doctor César Landa Arroyo de manera categórica concluye: "... entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, si bien se articulan relaciones de coordinación e interdependencia, no se puede negar que existe también una relación de jerarquía a favor del Tribunal en tanto instancia final de fallo y supremo intérprete de la Constitución, y a la interpretación que haga de la Constitución y de las leyes [DE OTTO, Ignacio. Estudios sobre el Poder Judicial. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989. pp. 70 y ss.]. El Poder Judicial, por tanto, está sometido jerárquicamente a las sentencias del Tribunal Constitucional, sin que ello signifique mengua en la autonomía e independencia de aquél y que la Constitución misma le reconoce."³⁰

En lo correspondiente al Artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no es de recibo invocarla porque está contemplada como excepción para apartarse de los principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento pero del Poder Judicial no del TC, del código procesal Constitucional y de la Jurisprudencia del TC se desprende que las únicas excepciones para no aplicar un PV es haciendo *Overruling* o aplicar la doctrina del *Distinguish*, quedándole a la judicatura ordinaria [Poder Judicial] aplicar la institución del *Distinguish*, con la problemática que impone su aplicación.

Es menester transcribir la propuesta legislativa que se formuló en el Proyecto De Ley N° 1009-2006-CR proponiendo la modificación del Artículo 418° del Código Penal, presentado por la Congresista Rosario Sasieta Morales a fin de ampliar la tipificación del delito de prevaricato.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano" en cuyo caso debe hacer mención

expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

28 Según LEGAZ y LACAMBRA, Luis. Ob. cit., p. 630, la arbitrariedad como conducta antijurídica de los órganos del Estado se presenta en cualquiera de estos tres supuestos: "a) por alteración del procedimiento con arreglo al cual debe ser establecida una norma determinada; b) por desconocimiento del contenido específico que una norma inferior debe desarrollar por relación a una norma superior; c) por trasgresión de la esfera propia de competencia ejecutiva". Para RECASENS SICHES, Luis. Ob. cit., p. 214, la arbitrariedad existe cuando "el poder público, con un mero acto de fuerza salte por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a una regla de carácter general, y sin crear una nueva regla de carácter general que anule la anterior o la sustituya". Citado por URQUIZO OLAECHEA, José. *Principio de Legalidad En Materia Penal*. (Comentarios al Artículo 2 Inciso 24 Literal D de la Constitución). En: *La Constitución Comentada. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo*. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Págs. 405-406.

29 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. Cit. Págs. 405-406.

30 LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una Perspectiva Desde El Derecho Procesal Constitucional*. Pág. 16. Disponible En: http://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/Tribunal_Const_y_Poder_Judicial.pdf (fecha de consulta 11/10/14)



Ley que amplía la tipificación del delito de prevaricato

Artículo único.- Modifica artículo del Código Penal.

Modificase el artículo 118° del Código Penal, el que quedará redactado con el texto siguiente:
Prevaricato

“Artículo 418.- El Juez o el fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Será reprimido con la misma pena, el Juez o el Fiscal que dicta una resolución o emite dictamen, manifiestamente contrario a algún precedente vinculante contenido en una sentencia del Tribunal Constitucional.”

A mi opinión para que no se me mal interprete, no estoy de acuerdo con la propuesta antes transcrita, pero si fuera la actual redacción del artículo 418° del Código Penal, el TC si habría podido argumentar que *los jueces que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el delito de prevaricato.*

No estoy de acuerdo con que si un magistrado contraviene, inobserva o se aparta de un PV, prevarica, yo discrepo totalmente con este argumento, pero desde esta pequeña palestra tengo que decir que no se trata de discrepar simplemente sin enarbolar ningún argumento, que sustente las razones de la opinión, pues tal como está diseñado nuestro sistema aunque no lo queramos admitir se configura la comisión del delito de prevaricato, apuntalan mi posición las siguientes resoluciones que son sólo una muestra³¹: Resoluciones de la Fiscalía de la Nación: N° 1755-2008-MP-FN³² y N° 041-2010-MP-FN³³ y Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ³⁴ transcribimos un extracto de las mismas:

Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 041-2010-MP-FN.

[...]

3. Se atribuye al denunciado [...], en su condición de Juez del Segundo Juzgado Civil de [...], la presunta comisión de los delitos de Prevaricato y Abuso de Autoridad, por haber expedido, en el proceso de amparo [...] seguido por los trabajadores de las empresas [...], contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria -SUNAT y otros, la Resolución N° 01 del cuaderno cautelar de fecha 11.10.2005, concediendo medida cautelar anticipada, y la Resolución N° 10 del principal, de fecha 24.03.2006, por la que amparó la demanda, declarando inaplicables a las empleadoras de los accionantes diversas normas que regulan el impuesto a la explotación de los juegos de casinos y tragamonedas y los requisitos legales de adecuación de los locales de las empresas dedicadas a dicha actividad, en contra de los criterios sentados por el Tribunal Constitucional en las sentencias N° 5379-2005-AA/TC (12.09.2005) y 9165- 2005-PA/TC (13.02.2006), y del precedente vinculante dictado en la STC N° 4227-2005-PA/TC del 02.02.2006, en el cual se confirmó la constitucionalidad del artículo 17° de la Ley N° 22796 (que sustituyó el artículo 38° de la Ley N° 27153, que regula la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas) y de su Tercera y Décima Disposiciones Transitorias; declarándose además proscrita su inaplicación por parte de los jueces en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas. Con esta conducta el investigado habría contravenido el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), y la Primera Disposición Final de la Ley N° 28301 -Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; según los cuales los Jueces y Tribunales interpre-

31 Abundante jurisprudencia se puede consultar en el ensayo del doctor ALVA RICALDI, Paul Faustino. *Algunas Notas Del Delito De Prevaricato En La Doctrina y La Jurisprudencia*. Disponible en: http://www.justiciayderecho.org/revista6/articulos/14_El_delito_de_prevaricato_en_la_doctrina_y_la_jurisprudencia_Paul_Faustino_Alva_Ricaldi%5B1%5D.pdf (fecha de consulta 11/10/14)

32 Resolución de la Fiscalía de la Nación publicada el jueves 08 de Enero del Año 2009, en el diario oficial el peruano Páginas 387883 - 387885.

33 Resolución de la Fiscalía de la Nación publicada el miércoles 13 de Enero del Año 2010, en el diario oficial el peruano Páginas 411091 - 411094.

34 Resolución de Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, publicada el martes 04 de Abril del Año 2006, en el diario oficial el peruano Páginas 316119 - 316120.

tan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

[...]

14. Llegado el momento de sentenciar, el investigado expidió la Resolución N° 10, del 24.03.2006, apartándose expresamente del precedente vinculante establecido en la STC N° 4227-2005-PA/TC del 02.02.2006 (fs.17/31), sobre la base de argumentos totalmente contrarios a los expuestos por el Tribunal Constitucional, discutiendo así la interpretación que sobre las normas cuestionadas había efectuado ya el máximo intérprete constitucional.

No tuvo en cuenta que incluso el 02.03.2006, esto es, antes de que expida sentencia, se había publicado en la página web del Tribunal Constitucional la STC N° 9165-2005-PA/TC del 13.02.2006 (fs.32/41), correspondiente al proceso de amparo promovido directamente por [...], con similar pretensión a la del proceso que el investigado venía conociendo [...]. Sentencia que declaró infundada la demanda bajo los mismos argumentos que habían sustentado poco tiempo antes la STC N° 4227-2005-PA/TC, fijada como precedente vinculante. Es decir, que ante idéntica pretensión a la que conoció el juez investigado [...] el Tribunal Constitucional ya había confirmado la constitucionalidad de las normas cuestionadas, de manera que las mismas debían ser observadas en adelante por los demás órganos del Estado, incluido el Poder Judicial.

15. El investigado aduce en su defensa que no cabe imputársele el delito de Prevaricato por haber contravenido un precedente vinculante, pues ello implicaría una aplicación analógica de la ley penal, que únicamente tipifica la contravención de la ley y no la del precedente. Sin embargo, en el caso analizado debe advertirse que el investigado, con sus decisiones, ha contravenido las disposiciones de la Ley N° 27796, cuya constitucionalidad había sido declarada en el precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido en la STC N° 4227-2005-PA/TC; además de contrariar el texto expreso y claro del artículo VI del Código Procesal Constitucional y de la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establecen la vinculación de los jueces a la interpretación que de las normas haga el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, en tanto éste es el máximo intérprete de la Constitución.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que si bien el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial faculta a los magistrados de todas las instancias del Poder Judicial a apartarse de los precedentes obligatorios motivando adecuadamente su decisión, sin embargo, el Código Procesal Constitucional que es una norma posterior y especial en lo que respecta a la jurisdicción constitucional, establece en el artículo VII de su Título Preliminar que es el Tribunal el que puede apartarse de sus propios precedentes, por lo que tal posibilidad queda negada a los órganos jurisdiccionales ordinarios. [...]

SE RESUELVE: Artículo Primero.- Declarar **Improcedente** la nulidad deducida contra la resolución [...] Asimismo declarar **FUNDADA** la denuncia formulada contra el doctor [...] en su condición de Juez [...], por la presunta comisión del delito de Prevaricato, [...]”.

Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ.

El martes 4 de abril pasado, el diario oficial publicó la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ, mediante la cual se dispone que todos los órganos jurisdiccionales de la República den cumplimiento a precedentes vinculantes señalados por el Tribunal Constitucional (TC), sobre criterios de procedibilidad en demandas de amparo en materia laboral y sobre el impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

No acabamos de terminar de leer esta resolución, cuando al día siguiente (el miércoles 5 de abril), el Secretario General del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, Alberto Mera Casas, publicó un **comunicado**³⁵ en los principales diarios, “desconociendo” y “desautorizando” la

35 Transcribimos el texto completo: Comunicado. Respecto a la resolución de Jefatura N° 021-2206-J- OCMA/PJ, expedida por el señor jefe de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial el 13 de Marzo del año en curso, comunicada en la fecha mediante Oficio N° 2826-2006GD-OCMA-FTC/ lmo; el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, órgano de dirección de este Poder del Estado, considera necesario dirigirse a los señores magistrados de la república para puntualizar:



mencionada resolución jefatural de la OCMA, con el argumento de que los “los magistrados judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en el inciso 1 del artículo 146º de la carta fundamental y en el artículo 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial”³⁶.

4.- Un Escenario Complicado.

Para teorizar un poco vamos a complicar un poco más el escenario en el cual se desarrolla la institución bajo comento, veamos al respecto control Difuso vs. Prevaricato, Autonomía Procesal vs. Prevaricato, llegado a este punto debemos ir a tuestas, pues sin dudas encontraremos más de una sorpresa. No resulta ocioso precisar que nuestro sistema jurídico pertenece o está adscrito a la Familia Jurídica Romano-Germana, empero con la introducción de figuras foráneas importadas de la familia del Civil Law, como es el PV vamos a advertir que se ha inyectado ciertas desavenencias que de por sí han terminado enfrentando al TC con casi todos los órganos constitucionales (Poder Judicial, CNM, JNE, etc) todo a raíz de su producción jurisprudencial³⁷.

El Artículo 418º del Código Penal es claro al establecer que prevarica: El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley... de una somera lectura me hace pensar que estuviéramos sumidos dentro de un estado Legal de Derecho y no en un Estado Constitucional de Derecho [para algunos estamos en un Estado Neoconstitucional de Derecho³⁸], es decir en el estado legal de derecho asistíamos a una suerte de soberanía parlamentaria, de primacía de la ley sobre la constitución la cual solo era considerada un documento político desprovisto de toda vinculación a los poderes imperantes, en la actualidad ya se ha producido una transición del estado legal de derecho a un Estado Constitucional de Derecho. En un comentario aplicable a lo que acabo de mencionar *mutatis mutandis* el doctor García Toma: “Dicho proceso [la consolidación de la jurisdicción constitucional] conllevará a que el principio de legalidad al que ya se encontraba sujeto el estado desde los inicios del constitucionalismo moderno, se vea supraordinado por el principio de constitucionalidad.”³⁹

De lo que acabo de mencionar anteriormente guarda relación tangencialmente con lo expuesto en el Programa de TV “TUS DERECHOS” (programa producido por el TC) cuyo Temas tratados fueron: Reforma del Sistema de Justicia (Situación de la justicia en el Perú) en los minutos 32:19 a 32:45⁴⁰ se puede ver la entrevista que a continuación transcribo y que guarda relación con lo que expuse líneas arriba:

La Entrevistadora [Dra. Carolina Canales Asesora Jurisdiccional del TC] pregunta: *¿Y el prevaricato ya resulta ser una figura obsoleta en el marco de la constitucionalización de nuestro estado?*

El entrevistado [Dr. Juan Jimenez Mayor Directivo del Colegio de Abogados de Lima] responde: *Bueno es una pregunta difícil se dejó planteada la eliminación del delito de prevaricato, [eh] yo creo que no estamos en condiciones todavía de plantear esa reforma, porque efectivamente necesitamos todavía asentar el principio de argumentación como una práctica extendida en el poder judicial y lamentablemente eso todavía no sucede en muchos campos...*

Primero: Con arreglo a los artículos 138º y 139º, inciso 1 de la Constitución y artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ejerce a exclusividad por el Poder Judicial a través de los órganos jerárquicos conforme a la constitución y a las leyes.

Segundo: Los magistrados judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en el inciso 1 del artículo 146º de la carta fundamental y en el artículo 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Lima, 04 de abril del 2006. Alberto Mera Casas. Secretario General del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Disponible en:

http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/abril/06/comunicado_cepj.pdf (fecha de consulta 11/10/14)

36 RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. *Ocma Determina Que Incumplir Las Sentencias Del Tc Acarrea Responsabilidad Disciplinaria*. disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe/notibak/2006/04abr/06/nota05.htm> (fecha de consulta 11/10/14)

37 De ahí García de Enterría afirmara con acierto que el Tribunal Constitucional es un órgano que se juega la vida diariamente a través de sus sentencias (**Legitimación Carismática**), lo que se condice con la afirmación antes realizada de que el único poder que tiene es el de los argumentos que esgrime cuando decide. 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. 323.

38 En contra del uso del término Neoconstitucionalismo el profesor Domingo García Belaunde. *Vid.* La entrevista realizada por el Doctor José Palomino Manchego al Profesor Domingo García Belaunde *¿Constitucionalismo o Neoconstitucionalismo?* En el suplemento de análisis legal del diario el Peruano Jurídica N° 374. Págs. 4-5.

39 GARCÍA TOMA, Víctor. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Segunda Edición Actualizada. Palestra Editores. Segunda Edición Mayo 2008. Pág. 152.

40 Disponible en: http://www.tc.gob.pe/programatv/ptv_21112009.htm (Fecha de consulta 29/10/14)

Para hablar sobre Control vs prevaricato debo decir primero que el control difuso, cuya facultad lo ostenta la judicatura esta inaplicación de la norma con visos de inconstitucionalidad atraviesa por dos etapas: en la primera etapa tenemos que el TC aún no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad sobre la norma infralegal y el juez inaplica la norma por considerarla inconstitucional, y una segunda etapa en la cual el TC ya se pronunció sobre la constitucionalidad de una norma, sin embargo el juez la inaplica desvinculándose de la jurisprudencia del TC veamos a continuación una vez hechas estas precisiones la dos etapas.

4.1.- Control Difuso Vs. Prevaricato.

Como ya tratamos *in extenso* líneas arriba no se puede dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el TC. Pero debo advertir que la aplicación del control difuso como poder-deber, prerrogativa de los Jueces⁴¹ atraviesa por dos tramos para las líneas que comentamos, me explico:

4.1.1- Primer Momento En este primer momento donde la norma sometida a análisis, aún no ha sido discutida su constitucionalidad por parte del TC, y por lo tanto aún no existe pronunciamiento sobre su constitucionalidad por parte de TC entonces cabe preguntarse ¿Prevarica aquel magistrado si aplica control difuso sobre una norma cuya constitucionalidad aún no ha sido materia de pronunciamiento por parte del TC? La respuesta es negativa, porque es parte de su potestad, es una prerrogativa y encargo constitucional contemplado en el Artículo 138° de la Constitución en concordancia con el artículo 51° de la Constitución, por lo que no hay prevaricación por parte del magistrado. No es de recibo decir que no hay prevaricación porque desde la óptica de derecho penal, se puede argumentar que la conducta del juez es atípica por ausencia de imputación objetiva, o si bien es típica pero no es antijurídica porque es una causa de justificación contemplada en el Inciso 8 del artículo 20 del Código Penal⁴².

De acuerdo a lo expuesto por la doctrina “La idea básica de la circunstancia prevista en el Artículo 20 Inciso 8 tercera parte del C.P, se puede rastrear ya en el brocardo contenido en el “Digesto”: *qui iure suo utitur naemine laedito* “nadie delinque cuando usa de su derecho”.

La doctrina mayoritaria considera que dicha eximente tiene la naturaleza de causa de justificación, lo que supone que quien actúa en ejercicio legítimo de un derecho realiza una conducta típica pero no antijurídica, es decir, obra conforme al ordenamiento jurídico, aun cuando cumpla formalmente un tipo penal y lesione materialmente un bien jurídico protegido. [...]

Lo que es lícito para un sector extrapenal del Derecho no puede ser ilícito para el Derecho Penal, en virtud de la unidad sistemática del ordenamiento jurídico (derivada de un concepto unitario de antijuridicidad y del principio de no contradicción interna) y al carácter de última ratio del Derecho Penal. Es de la plenitud de estos principios (y no del Inciso 8 del Artículo 20 C.P, que podría incluso no existir) de donde se deriva la regla de que el ejercicio legítimo de un derecho no puede dar lugar a ilícito penal alguno. “Sería una contradicción axiológica insoportable, y contradiría además la subsidiariedad del Derecho Penal como recurso extremo de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho no obstante fuera castigada penalmente”, Mientras se ejerza legítimamente el derecho, la realización de una conducta no puede ser desvalorada jurídico-penal; mucho menos a producción de un posterior resultado. El principios según el cual las causas de Justificación provienen de todo el ordenamiento jurídico hace, en tal medida, innecesaria la previsión *legal de la eximente*⁴³ (Resaltado nuestro).

El profesor Hurtado Pozo precisa: “Las disposiciones relativas a las causas de justificación son normas permisivas [Wessels/Beulke, N° 275; Jescheck/Weigend; § 31 I 2; Lenckner, en Schönke/Schröder, *vorbem* §§

41 Actualmente la potestad de inaplicar una norma vía control difuso a “*retornado*” al seno de la judicatura, vía *overruling*, pues con fecha 14 de Abril del Año 2014 el TC ha publicado la sentencia N° 04293-2012-PA/TC (Caso Consorcio Requena), la cual ha dispuesto Dejar Sin Efecto el precedente vinculante contenido en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC, Caso Ramón Hernando Salazar Yarlenque, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando esta vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.

42 Cfr. ESPINOZA RAMOS, Benji. *Entre Aplicar Control Difuso y Prevaricar: Un Camino Donde Se Viola La Independencia Judicial. Necesidad Del Criterio De “Interpretación De La Ley Penal Vinculada A La Constitución”* Pág. 3 Disponible en: <http://alvarezrylaabogados.com/abogados/docs/articulos/bespinozar/Prevaricatoycontroldifuso.pdf> (fecha de consulta 11/10/14)

43 CASTILLO ALVA, José Luis. (Coordinador) *Código Penal Comentado Tomo I Título Preliminar Parte General*. Gaceta Jurídica. Primera Edición Setiembre 2004 Págs. 781-782.



32 ss., N°4; Quintero, p. 466 ss.; Mir Puig, 1998, p.417 ss.] Prevenir casos excepcionales en los que se puede violar la norma (implícita al tipo legal). El orden jurídico admite, en consecuencia y de manera excepcional, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.⁴⁴

No es de recibo precisar que es una causa de justificación, porque esto supone que el juez sí ha incurrido en una acción delictuosa (prevaricó al inaplicar la norma), pero se le dispensa de la misma por ser una causa de justificación, o sea en simples palabras si es delito pero está justificado, lo cual es ilógico desde todo punto de vista, el doctor Espinoza Ramos precisa con relación a lo que acabamos de exponer. *“Nuestra posición, en cambio, es que los jueces tienen un criterio de interpretación –que es el criterio de “interpretación de la ley penal vinculada a la Constitución”– que demuestra con claridad que la conducta del juez que contraría manifiestamente el texto claro y expreso de la ley para garantizar el contenido de la Constitución no prevarica, no realiza el tipo siquiera, porque la interpretación del tipo penal –artículo 418– vinculada a la Constitución así lo sugiere, y, más que sugiere, determina.”*⁴⁵

4.1.2- Segundo Momento: En esta segunda etapa el TC ya se pronunció sobre la constitucionalidad de una norma, dijo que sí es constitucional, sin embargo el juez la inaplica desvinculándose de la jurisprudencia del TC veamos lo expuesto en el Exp. N° 00019-2005-PI/TC⁴⁶ fundamento 66:

[...]“Los Jueces interpretan y aplican la leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

En tal sentido, al momento de evaluar si les corresponde ejercer el poder-deber de aplicar el control difuso contra una determinada ley (artículo 138 de la Constitución), **todos los jueces y magistrados del Poder Judicial, bajo las responsabilidades de ley, se encuentran en la obligación de observar las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional** que tengan conexión manifiesta con el asunto, lo que, conviene enfatizar, no ha sido efectuado por la judicatura al momento de conocer algunas causas en las que se solicitó la aplicación de la norma impugnada”. (Resaltado nuestro)

Entonces ¿prevarica aquel juez que aplicando control difuso se desvincula de las interpretaciones realizadas por el TC? Yo digo que sí, pues el TC ya se pronunció sobre dicha norma y confirmando su constitucionalidad aún sin embargo el magistrado optó por inaplicar la norma vía control difuso, contraviniendo el artículo VI del título preliminar del Código Procesal Constitucional y de la Primera disposición final de la ley orgánica del TC, al respecto el doctor Espinoza Ramos precisa: “Por tanto, realiza el tipo penal solo el juez que contradice una ley en su resolución siendo esta ley constitucionalmente conforme, porque, a *sensu contrarii*, si la ley es inconstitucional para el juez y éste la inaplica no prevarica, sino interpreta la ley penal vinculada a la Constitución.”⁴⁷

Refuerza la idea el profesor Peña-Cabrera Freyre: “En definitiva, cuando el órgano jurisdiccional opta por preferir la norma constitucional al precepto legal, haciendo uso del test de ponderación constitucional, no está incurriendo en la figura delictiva de Prevaricato; así tampoco, el juzgador, que en vez de elegir el precepto constitucional, elige la norma legal (*Inconstitucional*), pues mientras dicho enunciado normativo no haya sido expulsado del ordenamiento jurídico, vía una derogatoria, tiene la potestad de aplicarlo. Cuestión distinta aparece cuando al respecto, el TC ha emitido una sentencia con la calidad de “Precedente vinculante”⁴⁸”

4.1.3- Excepciones A la Aplicación del control difuso. La aplicación de control difuso tiene excepciones, en este punto considero que no habría prevaricación por parte de los magistrados, y siendo un principio universal que toda regla tiene sus excepciones veamos lo que expone el TC:

(i) En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya

44 HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Tercera Edición 2005. Editorial Grijley. Pág. 519

45 ESPINOZA RAMOS, Benji. Ob. Cit. Pág. 3.

46 Como se puede apreciar estamos ante un proceso de inconstitucionalidad y estando con el Artículo 82 del código procesal constitucional Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridada de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación.

47 ESPINOZA RAMOS, Benji. Ob. Cit. Pág. 19.

48 PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo VI. 2Da Ed. Lima - Mayo 2013. Editorial Idemsa. Pág. 459

validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.

Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N.os 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, del 18 de septiembre de 2003 (Cf. STC N° 0275-2005-PH/TC).

(ii) En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo advirtiese que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.

Así se sostuvo en las STC N.os 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el *balancing*, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

(iii) Por último cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución -respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional-, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf. STC N.º 0014-2003-AI/TC y STC N.º 0050-2004-AI/TC).” (STC N° 01680-2006-PA, FJ 9)

4.1.4.- Autonomía Procesal vs. Prevaricato.

Otro tema que de por sí genera polémica en la doctrina es la autonomía procesal del Tribunal Constitucional⁴⁹ al respecto veamos:

El doctor César Landa lo define como... “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”⁵⁰.

Otra definición... En un *sentido amplio* la autonomía procesal puede ser entendida como aquella facultad jurisdiccional del TC para configurar, con un margen libre de razonabilidad, su Derecho Procesal, a través de la interpretación constitucional y de la integración jurídica. La interpretación constitucional supone la actividad volitiva que realiza el TC dirigida a desentrañar la norma o normas a que pueda dar lugar una específica disposición. La disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la(s) norma(s) su resultado⁵¹.

A nuestro turno argumentamos que es la capacidad que tiene el Tribunal Constitucional, de configurar sus actuaciones procesales de conformidad con los fines de los procesos constitucionales, podemos agregar que esta actuación no significa actuación sin restricciones, pues se debe desenvolver dentro del marco de la Constitución y de su ley orgánica. En base a que lo hace el TC, Si advertimos que es una facultad o prerrogativa de la cual goza el TC, esta facultad se basa en alcanzar los objetivos de los procesos constitucionales, para lo cual podrá sortear cualquier obstáculo que se le presente en su diario quehacer, sin embargo debemos advertir que bajo ningún punto de vista, implica atribuirse facultades que ni la Constitución o su Ley

49 Para una crítica ácida y demoledora de esta institución Vid. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Poder Judicial Vs. Tribunal Constitucional*. En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. (Director). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 10 (Julio-Diciembre 2008), Primera Edición: 2008. Editorial Porrúa. Argentina 15. Págs. 198-199

50 LANDA ARROYO, César. *Autonomía Procesal 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. Pág. 446- 447.

51 LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. *El Tribunal Constitucional y La Configuración De Su Derecho Procesal*. En: *Justicia Constitucional*. Revista de Jurisprudencia y Doctrina Año II, N° 04, Julio - Diciembre 2006. Palestra Editores S.A.C. Págs. 44-45.



Orgánica le ha concedido, por lo que en todo sentido deberá actuar de acuerdo al Principio de *Self restraint*.

El TC tiene autonomía procesal (AP) es para salirse o ir más allá del Código Procesal Constitucional de adecuarlo a la mejor protección de los derechos fundamentales. Autonomía procesal, puede ser de tres tipos:

A.- AP Ampliativa: el Código Procesal Constitucional menciona a las instituciones procesales pero no las desarrolla totalmente por ejemplo tenemos al Precedente Vinculante sobre el cual el TC se encarga de desarrollarlo jurisprudencialmente (STC N° 3741-2004-AA/TC y 024-2003-AI/TC) lo mismo ocurre con la represión de actos lesivos homogéneos (STC N° 04878-2008-PA/TC).

B.- AP Creativa: en esta clase el TC *crea* figuras procesales que no están reguladas en el Código Procesal Constitucional por ejemplo la apelación por salto (Exp. N° 00004-2009-PA/TC Caso Roberto Allcca Atachahua), la reconversión de los procesos constitucionales (STC N° 1052-2006-PHD/TC; 2763-2003-AC/TC), las sentencias manipulativas-interpretativas (STC N° 0030-2005-AI/TC, 0004-2004-CC/TC, 0007-2007-PI/TC, 00010-2002-AI/TC, 00008-2005-PI/TC, 00047-2005-PI/TC, 00025-2005-PI/TC)

C.- AP Correctiva: esta clase sí es polémica pues en el Código Procesal Constitucional hay instituciones procesales que el Código Procesal Constitucional ha regulado pero el TC no está de acuerdo con ellas y las corrige por ejemplo el Código Procesal Constitucional prohíbe el amparo contra amparo pero el TC dice que sí procede amparo contra amparo. (STC N° 04252-2011-AA/TC; 4853-2004- PA/TC).

La autonomía Procesal es una facultad cuya titularidad sólo lo tiene el TC, esa autonomía ni siquiera la tiene un juez especializado en lo constitucional; pero lo que sí puede cada juez es aplicar el Principio de *iura nóvita curia* (la cual está extendida en todo el ordenamiento jurídico) y tenemos al Principio de la suplencia de la queja deficiente el que solo está en el ámbito constitucional. Ahora en lo relacionado con el delito de prevaricato encuentro un problema en la AP correctiva, pues el TC termina *Corrigiendo* normas procesales ¿El TC en al emplear la AP. Correctiva no está prevaricando? La respuesta depende si el TC transgrede los límites que mediante jurisprudencia ha establecido considero que sí prevarica, el TC ha establecido tres límites son los siguientes:

-Primero, la regulación constitucional y legal en donde se han establecido los principios fundamentales del proceso constitucional, en este caso el artículo 200° de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, puesto que la complementación a la cual puede avocarse el Tribunal no supone una ampliación de sus competencias.

-Segundo, se realiza en base al uso del Derecho Constitucional material, pero no de manera absoluta; es el caso, por ejemplo, de las lagunas existentes en las prescripciones procesales legales que se detectan y cubren mediante la interpretación que realiza el Tribunal, en el cumplimiento de las funciones que le están encomendadas por la Constitución, empleando para ello determinadas instituciones procesales -como la del litisconsorte facultativo a la que se recurre en la presente resolución-. El espectro es bastante amplio, por ejemplo respecto a plazos, emplazamientos, notificaciones, citaciones, posibilidad de modificación, retirada, acumulación y separación de demandas, admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, derecho por pobre, procedimiento de determinación de costas, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones y demás situaciones que, no habiendo sido previstas por el legislador, podrían ser el indicio claro de la intención del mismo de dejar ciertas cuestiones para que el Tribunal mismo las regule a través de su praxis jurisprudencial, bajo la forma de principios y reglas como parte de un pronunciamiento judicial en un caso concreto. No obstante, esta aplicación analógica no debe entenderse como una mera translación mecánica de instituciones.

-Tercero, debe reconocer el lugar que ocupa el Derecho Procesal Constitucional dentro del ámbito del Derecho Procesal general, afirmándose la naturaleza del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional, sin que ello suponga negar las singularidades de la jurisdicción constitucional y los principios materiales que la informan; lo contrario comportaría el riesgo de someterse a un positivismo jurídico procesal basado en la ley." (RTC 00020- 2005-PI, FJ 3 Auto de admisibilidad)

5.- Conclusiones.

5.1.- La institución del Precedente Vinculante no es mera jurisprudencia, "es casi una ley", es decir tiene



efectos similares a una ley, solo efectos, más no será una ley tendrá “fuerza de ley”, pero jamás tendrá el “rango de ley”.

5.2.- El TC incurre en una impropiedad al exponer que los jueces que resuelvan en contravención, apartándose o inobservando las reglas establecidas como precedente vinculante en la STC 05961-2009-PA/TC, deben ser denunciados penalmente por el Ministerio Público por el delito de prevaricato, es una impropiedad pues, la contravención es a la ley no al Precedente Vinculante.

5.3.- No es de recibo precisar que aplicar control difuso por parte de la judicatura, es una causa de justificación, porque esto supone que el juez sí ha incurrido en una acción delictuosa (prevaricó al inaplicar la norma), pero se le dispensa de la misma por ser una causa de justificación, o sea en simples palabras si es delito pero está justificado lo cual es ilógico porque la constitución política del Perú faculta a los jueces aplicar dicho control constitucional (Art. 138° de la Constitución).

5.4.- Para hablar sobre Control Difuso vs prevaricato debo decir primero que el control difuso, cuya facultad lo ostenta la judicatura esta inaplicación de la norma con visos de inconstitucionalidad atraviesa por dos etapas: en la primera etapa tenemos que el TC aún no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad sobre la norma infralegal y el juez inaplica la norma por considerarla inconstitucional entonces no prevarica, y una segunda etapa en la cual el TC ya se pronunció sobre la constitucionalidad de una norma, sin embargo el juez la inaplica desvinculándose de la jurisprudencia del TC entonces sí prevarica.



EL PROCESO LEGAL DE JESÚS: ANÁLISIS HISTÓRICO Y JURÍDICO

JAKELINE ROXANA GARCÍA
VÁSQUEZ

ABOGADA



MARCO TEÓRICO

Mr. Dupin. "El Proceso de Jesucristo"- Tratado Histórico y Jurídico. Madrid: Imprenta de Yenes, 1842.

"Este proceso es un testimonio permanente, es un monumento eterno, no solo de la arbitrariedad deplorable de la magistratura judaica de aquel tiempo, sino también de la del presidente romano que a la sazón gobernaba este pueblo. ¡Cuántos magistrados habrá habido, y habrá tal vez, que por una debilidad semejante a la de Pilato hayan hecho derramar la sangre del inocente! Lean los jueces el proceso de Jesús, y tiemblen por su arbitrariedad; léanle los jurisconsultos, y estremézcanse de tanta prevaricación."

MONTORO BALLESTEROS, Alberto. "Valores, Política y Derecho", <http://revistas.ucm.es/der/02120364/articulos>.

"el episodio histórico de la detención, procesamiento, tortura y ejecución de Jesús de Nazaret ha constituido siempre una fuente inagotable de inspiración para teólogos, filósofos y juristas. Este tema ofrece a la reflexión y al estudio de tres perspectivas fundamentales: la jurídica, filosófica y teológica. La jurídica porque el hecho histórico de la pasión de Jesús se articuló y discurrió por los causes de un proceso. La filosófica porque dicho acontecimiento es una muestra, trágica y gloriosa, del conflicto entre dos concepciones diferentes e inconciliables del mundo y de la vida. La teológica porque la pasión de Jesús, constituye para el creyente la culminación del ministerio de la redención"

PAPINI, Giovanni. "Jesús de Nazaret". Biblioteca ABC Protagonistas de la historia. Ediciones Folio, S.A.

"Al presentar este profundo trabajo sobre el proceso de Jesucristo, no me propongo ofrecer un libro de devoción, sino presentarles el notable contraste que se observa entre las leyes que regían al pueblo Hebreo, cuando tuvo lugar la condenación de Jesús, y la aplicación que de ellas hicieron los magistrados judíos".

Capítulo 1.- JUICIOS ANTE EL SANEDRIN Y TRIBUNAL ROMANO

1.1. ARRESTO DE JESÚS.-

Jesús fue aprehendido en horas de la madrugada por orden del sumo sacerdote, el cual, como ya hemos visto en el capítulo anterior, tenía competencia para el efecto, en tanto se tratara de delitos religiosos.

"Llevaron apresuradamente a Jesús al otro lado del arroyo Cedrón, más allá de los huertos y olivares, y a través de las silenciosas calles de la ciudad dormida. Era más de medianoche, y los clamores de la turba aullante que le seguía rasgaban bruscamente el silencio nocturno. El Salvador iba atado y cuidadosamente custodiado, y se movía penosamente. Pero con apresuramiento, sus apresadores se dirigieron con él al palacio de Annás, el ex sumo sacerdote."¹

Algunos juristas debaten si el Sanedrín de Jerusalén tenía facultades para detener a cualquier persona en la ciudad o si dicha atribución provenía de Roma mediante algún permiso especial. Ya hemos anotado que en nuestra opinión en la aprehensión de Jesús no participó ninguna autoridad romana por cuanto este máximo Tribunal de Justicia dentro de sus limitados poderes jurisdiccionales sí tenía dicha facultad y no tenía ninguna obligación de recabar previo permiso de la autoridad imperial.²

¹ White, Elena, "Deseado de todas las gentes" pág. 63.

² Andujar Moreno, Jorge Arturo. Tesis de post grado de la UNMSM: "Jesús de

1.2. EN CASA DE ANÁS.-

Annás era cabeza de la familia sacerdotal en ejercicio, y por deferencia a su edad, el pueblo lo reconocía como sumo sacerdote. Se buscaban y ejecutaban sus consejos como voz de Dios. A él debía ser presentado primero Jesús como cautivo del poder sacerdotal. El debía estar presente al ser examinado el preso, por temor a que Caifás, hombre de menos experiencia, no lograra el objeto que buscaban.

Bajo el gobierno romano, el Sanedrín no podía ejecutar la sentencia de muerte. Podía tan sólo examinar a un preso y dar su fallo, que debía ser ratificado por las autoridades romanas. Era, pues, necesario presentar contra Cristo acusaciones que fuesen consideradas como criminales por los romanos. También debía hallarse una acusación que le condenase ante los judíos. No pocos de entre los sacerdotes y gobernantes habían sido convencidos por la enseñanza de Cristo, y sólo el temor de la excomunión les impedía confesarle.

Nos podemos preguntar ¿Con que objeto se condujo al reo ante Anás a las dos de la madrugada aproximadamente?

Si según el principio de la diurnidad de la ley judía, prohibía los juicios antes de la tres a.m. El Sanedrín no podía reunirse antes de la hora de la primera ofrenda. Resultaba necesario, por tanto, hacer tiempo para lograr el quórum mínimo necesario de veintitrés miembros a la hora mínima permitida.

1.3. ANTE EL SANEDRÍN.-

IMPUTACIÓN PRINCIPAL: BLASFEMIA

Su auto denominación como hijo de Dios o hijo del hombre:

Al fin, sus acusadores quedaron enredados, confundidos y enfurecidos. El proceso no adelantaba; parecía que las maquinaciones iban a fracasar. Caifás se desesperaba. Quedaba un último recurso; había que obligar a Cristo a condenarse a sí mismo.

Por fin, Caifás, alzando la diestra hacia el cielo, se dirigió a Jesús con un juramento solemne: "Te conjuro por el Dios viviente, que nos digas si eres tú el Cristo, Hijo de Dios."

Jesús contestaba: "Tú lo has dicho." Una luz celestial parecía iluminar su semblante pálido mientras añadía: "Y aun os digo, que desde ahora habéis de ver al Hijo del hombre sentado a la diestra de la potencia de Dios, y que viene en las nubes del cielo."

"Desde ahora --dijo Jesús-- habéis de ver al Hijo del hombre sentado a la diestra de la potencia de Dios, y que viene en las nubes del cielo."

Las palabras de Cristo habían herido en lo vivo al saduceo. Caifás había negado la doctrina de la resurrección, del juicio y de una vida futura. Ahora se sintió enloquecido por una furia satánica. ¿Iba este hombre, preso delante de él, a asaltar sus más queridas teorías? Rasgando su manto, a fin de que la gente pudiese ver su supuesto horror, pidió que sin más preliminares se condenase al preso por BLASFEMIA.

"¿Qué más necesidad tenemos de testigos? --dijo-- He aquí, ahora habéis oído su blasfemia. ¿Qué os parece?" Y todos le condenaron.

La convicción, mezclada con la pasión, había inducido a Caifás a obrar como había obrado.

En ese momento y ante tal escena, Caifás rasgó sus ropas sacerdotales en resuelta resistencia, sin tener presente que era un profundo acto.

Nazaret: sus principales ideas jurídicas y su controvertido proceso judicial judío y romano".



El sumo sacerdote no debía rasgar sus vestiduras. La ley levítica lo prohibía bajo sentencia de muerte. En ninguna circunstancia, en ninguna ocasión, había de desgarrar el sacerdote sus ropas, como era, entre los judíos, costumbre hacerlo en ocasión de la muerte de amigos y deudos. Los sacerdotes no debían observar esta costumbre. Cristo había dado a Moisés órdenes expresas acerca de esto.

Todo lo que llevaba el sacerdote había de ser entero y sin defecto. Estas hermosas vestiduras oficiales representaban el carácter del gran prototipo, Jesucristo. Nada que no fuese perfecto, en la vestidura y la actitud, en las palabras y el espíritu, podía ser aceptable para Dios. El es santo, y su gloria y perfección deben ser representadas por el servicio terrenal. Nada que no fuese la perfección podía representar debidamente el carácter sagrado del servicio celestial. El hombre finito podía rasgar su propio corazón mostrando un espíritu contrito y humilde. Dios lo discernía. Pero ninguna desgarradura debía ser hecha en los mantos sacerdotales, porque esto mancillaría la representación de las cosas celestiales. El sumo sacerdote que se atrevía a comparecer en santo oficio y participar en el ministerio del santuario con ropas rotas era considerado como separado de Dios. Al rasgar sus vestiduras, se privaba de su carácter representativo y cesaba de ser acepto para Dios como sacerdote oficiante. Esta conducta de Caifás demostraba pues la pasión e imperfección humanas.

Al rasgar sus vestiduras, Caifás anulaba la ley de Dios para seguir la tradición de los hombres. Una ley de origen humano estatúa que en caso de blasfemia un sacerdote podía desgarrar impunemente sus vestiduras por horror al pecado. Así la ley de Dios era anulada por las leyes de los hombres.

Cada acción del sumo sacerdote era observada con interés por el pueblo; y Caifás pensó ostentar así su piedad para impresionar. Pero en este acto, destinado a acusar a Cristo, estaba vilipendiando a Aquel de quien Dios había dicho: "Mi nombre está en él." El mismo estaba cometiendo blasfemia. Estando él mismo bajo la condenación de Dios, pronunció sentencia contra Cristo como blasfemo.

1.4. SENTENCIA CONDENATORIA DEL SANEDRÍN

El Sanedrín de Israel, reunido legalmente a la sombra del santuario, para entender la causa de Jesús de Nazareth, acusado de blasfemo y hacerse hijo del Altísimo, después de haber invocado la asistencia del eterno justiciero, fuera del cual es imposible obrar en justicia y proceder rectamente, condena por 65 votos contra 6, a muerte ignominiosa de cruz, a Jesús de Nazareth, a cuyo fin se pondrá desde luego en poder del pretor de roma, que es Poncio Pilato, para que después de haber revisado la causa, según el derecho y las leyes del imperio, mande aplicarle el castigo que el Tribunal del pueblo escogido, inspirado por Jehová, ha tenido a bien imponerle, en justo castigo de sus blasfemias y de sus trastornadoras imposturas... Perezca la memoria del blasfemo y los hijos estériles de su linaje y parentela, maldigan a sus padres en su vejez, para que Dios borre su raza y su memoria de la faz de la tierra.

Amén; amén."

1.5. PRUEBAS TESTIMONIALES

"Todo procedimiento criminal del pentateuco descansa en tres reglas, que se reducen a estas palabras: publicidad de los detalles, libertad de la defensa completa para el acusado, y garantías contra los peligros del testimonio. Según el texto Hebreo, un solo testigo es ninguno, siendo precisa la concurrencia de dos o tres para que exista la prueba de algún hecho. El testigo que denuncie a un hombre debe jurar que dice la verdad. Entonces los jueces toman informaciones exactas y si de ellas aparece que el denunciador ha dado un testimonio falso, le hacen sufrir la misma pena a que su perjurio expuso a su prójimo. Los debates entre el acusador y el acusado tienen lugar delante de toda la asamblea del pueblo. Cuando un hombre es condenado a muerte, los testigos que han servido para determinar el fallo, dan al reo los primeros golpes, a fin de añadir el último grado de certeza a la verdad de su deposición.

Una mujer no podía servir de testigo, porque carecía de ánimo para descargar el primer golpe sobre el sentenciado, ni el menor que no tiene responsabilidad, ni el esclavo, ni el hombre de mala reputación, ni el que por sus enfermedades está privado del goce de sus facultades físicas y morales.

La declaración sola de un individuo contra sí mismo, la de un profeta por famoso que fuese, jamás determinaban una condenación.

Los testigos debían certificar la identidad de la persona y esperar en su deposición el mes, día, hora y circunstancias del crimen.

Después del examen de las pruebas, los jueces que estaban por la inocencia del acusado, exponían sus motivos, y los que le creían culpable hablaban enseguida.”³

Cuando el sanedrín dictaba sentencia de muerte, como ya se ha dicho, el tribunal debía esperar el día siguiente para dictar la condena; pero en caso de urgencia se consideraba que la noche era día y que, al rasgar el alba inmediata se consideraba el segundo día. Y así sucedió en el proceso religioso de Jesús. Al amanecer se reúne el gran sanedrín, el cual escucha la relación de los testimonios de cargo, previa lectura del acta de acusación, y se refiere a la confesión de Jesús, con todo lo cual el tribunal confirma lo hecho anteriormente y dicta la sentencia de muerte, la cual necesariamente, debía ser confirmada por el prefecto romano.

1.6. DEFENSA DE JESÚS

La defensa de Jesús la tuvo Nicodemus, miembro del sanedrín, cuyo alegato es una extraordinaria pieza jurídico-literaria. En el que se precisa con gran elocuencia, las violaciones a la ley judía que se cometieron en el proceso a Jesús.

A continuación tenemos algunos extractos del extenso discurso de Nicodemus:

“vengamos, pues, señores, al estudio detallado de la cuestión y veamos si el sanedrín ha procedido en la causa de Jesús, conforme a lo que prescribe terminantemente la ley, conforme a lo que enseña la inveterata costumbre del pueblo y por último, conforme a lo que muchos de vosotros enseñáis en las escuelas de que sois maestros. Y como se trata de jueces que deben de conocer a fondo la ley y como me dirijo a hombres que son doctores en ella, resultará necesariamente que una falta tan ostensible y grande en tan grande número de jueces, sabios y maestros, no puede proceder ni de ignorancia, ni de olvido, ni de mala inteligencia, sino que el motivo debe buscarse en otra causa que os ahorraré el disgusto de oírme repetir, si logro, pues, probar la falta contra la ley que os indico, no solo quedará probada indudablemente la inocencia de Jesús, sino que yo me hallaré plenamente justificado de las inculpaciones que se me pudieran dirigir y libre del castigo severo a que, no siendo así, me haría justamente acreedor...”

“...termino ya... la inocencia de Jesús se halla plenamente demostrada y las acusaciones que os he dirigido están evidentemente probadas; creo que he dado cumplimiento a la misión que he recibido en la tierra, y ya no me importa morir. ¡ojala que esto suceda antes que las manos de Israel teñidas en la inocente sangre de su mesías!...”⁴

1.7. EL JUICIO ROMANO

EN EL TRIBUNAL DE PILATO

El año 26 el Emperador Tiberio designa a Pilato en el importante cargo de *Praefectus Judeae*. Se convierte así en el quinto representante de Roma en esa zona particularmente levantisca del Asia Menor. El primero fue Coponio (6-9 d.c.) también de la orden ecuestre. Luego M. Ambidio (9 al 12), Rufo (12 al 15) y V. Grato (15 al 26). Se mantendría en el cargo hasta el año 36 cuando fue destituido y obligado a rendir cuentas de su conducta ante el Emperador. Después de su mandato vendrían Cuspido Fado, Tiberio Alejandro (46 al 48), Félix, Porcio Festo, Albino y Gessio Floro. Como dato singular debe advertirse que salvo Grato ningún prefecto de Judea duró en el cargo tanto tiempo como él. Diez años en total.

“Se ha mencionado que Judea pertenecía al grupo de provincias imperiales que se hallaba gobernada por prefectos nombrados directamente por el emperador.

Que Pilato odiaba a los judíos y los despreciaba. Era un sujeto de carácter duro que más tarde sería llamado a

3 Mr. Dupin. “El proceso de Jesucristo”- tratado histórico y jurídico. Madrid: en la imprenta de Yenes, 1842. Pág. 26

4 Descripción de Pallés, José. “La pasión del redentor”



roma, acusado de extorción y crueldad y depuesto de su cargo.”⁵

Establecidas las causas de la condena de Jesús en el proceso religioso, veamos cómo se desarrolló el proceso romano. Los sacerdotes y fariseos llevaron a Jesús al “lithostroton” de la torre de Antonia, en donde fue llamado el prefecto Poncio Pilato para escuchar la denuncia de los sacerdotes y darle aviso de haber sido condenado a muerte por el tribunal religioso.

No olvidemos que en el momento en que al prefecto le presentan a Jesús para su juicio final, estaba pasando por situaciones difíciles, ya había recibido la amonestación de Vitelo por la matanza de los samaritanos y sabía que se iba a poner en conocimiento de roma el precipitado y cruel proceder de Pilato.

Si Jesús fuera una víctima de los magistrados, como Pilatos creía, debía ser inocente; pero si lo ponía en libertad podía ser acusado de haber sobreesido a un posible revolucionario, lo que perjudicaría aún más su posición en roma; pero si lo condenaba a muerte y luego en roma se demostraba su inocencia, también su posición empeoraría. De allí es que la conducta de Pilato no fue la acostumbrada sino que actuó evadiendo su responsabilidad.

Cuando Pilato declara ante los acusadores que no encuentra en la conducta del acusado delito alguno, los sacerdotes le indicaron que su papel de sedicioso se extendía por toda Palestina y que desde Galilea había llegado a Jerusalén Haciendo sus prédicas sediciosas. Que al enterarse Pilato que Jesús era Galileo, resolvió someter al acusado a la potestad de Herodes Antipas, tetrarca de Galilea, quien se encontraba, con motivo de las pascuas, en Jerusalén.

ANTE HERODES ANTIPAS

Como Jesús no se defendió, Herodes lo trató despectivamente y lo hizo objeto de sus burlas extremo de vestirlo con una ropa esplendorosa y así lo regresó a donde el prefecto Romano.

1.8. IMPUTACIONES ROMANAS

Las imputaciones bajo las cuales fue juzgado en tribunal romano fueron:

Sedición:

Los sanedritas judíos sabían muy bien que Poncio Pilato no podía condenar al galileo por el delito de blasfemia como ellos lo habían hecho bajo la ley judía. Era éste, al fin, un ilícito penal de estricto orden religioso y Roma hacía generosa profesión de fe politeísta, además de mostrar respeto por los dioses y cultos locales y extranjeros.⁶

Por tales razones el Derecho Romano no recogía el delito de blasfemia en relación a dioses extranjeros no oficiales. Estas discusiones las miraban desde lejos con cierta reticencia, como cosas internas de las comunidades sometidas y en muchas ocasiones con marcado desdén pues se estimaban asuntos internos de orden religioso. En el juicio que se le siguiera a Pablo ante el mismo Sanedrín de Jerusalén el gobernador romano Festo expresaría que esas disquisiciones religiosas eran cosas propias de hebreos, donde los romanos no debían intervenir.

Ante este hecho los juristas judíos tuvieron, entonces, que adaptar y/o transformar los cargos propios del derecho hebreo al derecho romano. Empero, el problema radica en que ambos sistemas jurídicos, como vimos, no resultan compatibles en muchos aspectos. Uno de ellos en el tema de la blasfemia. Su ímpetu y necesidad por condenarlo los obligó en verdad a considerar solamente los cargos homogéneos con el derecho punitivo romano.

⁵ Zavala Bauquerizo, Jorge. “La Pena”. Tomo III. 1988. Pá. 223.

⁶ Andujar Moreno, Jorge Arturo. Tesis de post grado de la UNMSM: “Jesús de Nazaret: sus principales ideas jurídicas y su controvertido proceso judicial judío y romano”.

Es así como en esta ocasión y a efectos de lograr su propósito condenatorio le imputan ya no un delito religioso, que saben carece de éxito en sede romana, sino un *crimen laesae maiestatis* o de orden político reprimido duramente por leyes dictadas por Augusto y que se vincula directamente con el que instruyó en sede hebrea. Este crimen no era sino el de sedición, rebelión por autoinvertirse de rey y provocar revueltas en el pueblo. Jesús, entonces, fue acusado de *seditiosus*.

1.9. EL JUICIO ROMANO PROPIAMENTE DICHO

SENTENCIA

Como ya he mencionado, en el proceso romano se respetaron los principios de oralidad y publicidad, por lo tanto concluyo que la sentencia fue dada oralmente, en el pretorio, situado en el palacio de Herodes en Jerusalén.

CAPÍTULO 2: INFRACCIONES DE LAS NORMAS EN EL JUICIO DE JESÚS.

2.1.- Infracción al principio de Publicidad de los debates:

Por norma Judía, las causas criminales debían de celebrarse con la debida publicidad, es decir que las audiencias debían de ser abiertas al pueblo para que este se encontrara convencido de la culpabilidad del acusado y se previnieran injusticias por parte de los juzgadores, aunado a que estos procesos deberían de ser en el recinto oficial llamado "Gazith" (templo). Mr. Dupin en su libro El proceso de Jesucristo menciona: "*San Juan nada dice de una audiencia pública, sino de un conciliábulo privado celebrado por los príncipes de los sacerdotes, y los fariseos*"⁷

2.2. .- Infracción al principio de Diurnidad:

Este principio consta en que todo proceso debía de realizarse en el día, y como menciona el Mishnah (tradición oral hebrea): "*Las pronunciaciones que pudieran implicar sentencia de una pena de muerte, deben tratarse de día y concluirse de día*".⁸

Y aún más si su ley establece que en un veredicto desfavorable en un juicio de pena capital debía postergarse hasta el día siguiente de haberse escuchado todas las pruebas, no podía juzgarse tal caso en viernes o en un día anterior a una fiesta religiosa. Por lo tanto puede concluirse un juicio de pena de muerte el mismo día si el veredicto es favorable, pero sólo al día siguiente si el veredicto es desfavorable.

2.3. Infracción a las garantías de rendición estricta de prueba testimonial - testigos falsos:

Esta infracción consta en que los testigos que presentaran testimonios contradictorios debían ser descalificados y su testimonio era rechazado. Como menciona su recopilación oral: "*Si los testigos se contradicen... su evidencia es nula*"⁹

2.4. Infracción de la garantía de la autoincriminación:

En el juicio ante el sanedrín, específicamente ante el interrogatorio de Caifás, vemos que éste declara culpable a Jesús basado en las propias palabras del imputado, cuando según su propia ley no debió creérsele. Al momento de ser "conjurado en nombre de Dios" por parte de Caifás para que respondiera a una de sus preguntas y con la respuesta aceptara el cargo del que se le acusaba.

"La declaración sola de un individuo contra sí mismo, la de un profeta por famoso que fuese, jamás determinaban una condenación.

Los testigos debían certificar la identidad de la persona y esperar en su deposición el mes, día, hora y circunstancias del crimen.

⁷ Mr. Dupin. "El proceso de Jesucristo"- Tratado histórico y jurídico. Madrid: imprenta de Yenes, 1842. Pág. 50.

⁸ Mishnah. Sanedrín 4.1.

⁹ Mishnah



Si alguno se acusa ante la justicia, no debe creérsele, a menos que el hecho esté comprobado por otros dos testigos; porque nuestra ley jamás condena por la simple confesión del acusado, ni por el dicho de un solo profeta.”¹⁰

2.5. Infracción al Principio de Prohibición para Nuevos Testigos:

Ya que con posterioridad a las declaraciones de los testigos falsos, el Sanhedrín admitió nuevos testigos. El tribunal admitió nuevas pruebas testimoniales para que fueran rendidas una vez que se había cerrado la instrucción. Con independencia de que el Pentateuco, que es el compendio de donde se derivan el procedimiento en casos criminales estipulaba que los testigos deberían de ser hombres honorables y sin tacha ni mala fama.

2.6. La acusación de blasfemia:

Esta acusación fue base para que Caifás demandara pena de muerte (vers. 65-66), no tenía validez. *“quien blasfema es castigado sólo si pronuncia el Nombre [divino]”¹¹*; es decir, si decía el nombre Yahweh (Jehová), y el castigo por la blasfemia era la horca, o el apedreamiento. Jesús no pronunció el sagrado nombre de Dios.

2.7. Violación al Principio consistente en que la votación condenatoria no se sujetó a revisión antes de la pronunciación de la sentencia.

Una nueva violación se da en el hecho de que la sentencia condenatoria no fue revisada antes de imponer la sentencia de muerte. La ley de Israel prevenía que en casos de pena de muerte, la sentencia debía ser revisada a los tres días y podrían ser admitidas nuevas pruebas de la defensa, por el contrario, inmediatamente dictada fue remitido la sentencia y el acusado ante el pretor romano Poncio Pilato para que la sentencia de muerte fuera ejecutada.

2.8. Violación al Principio de Presentar Pruebas de Descargo antes de la sujeción de la sentencia condenatoria.

Diversa violación se da al negarle al Nazareno la “Libertad Defensiva” al no permitírsele la presentación de testigos de descargo, mientras que los acusadores en todo momento tuvieron la oportunidad de presentar a las personas que depusieran en contra de aquel sin ninguna restricción. Puesto que, una vez dictada, se sometió a la homologación del Gobernador Romano.

2.9. “El haberlo tratado como a un criminal condenado antes de que fuera juzgado legalmente y declarado culpable.

Según la ley judía, se consideraba inocente a una persona mientras no se comprobara su culpabilidad. “Los juicios civiles pueden iniciarse para absolución o para condenación; las acusaciones en que está implicada la pena capital pueden iniciarse para absolución, pero no para condenación” (Sanhedrin 4. 1)”.¹²

2.10. Rigor Criminal:

Solamente Jesús fue detenido, y a pesar de que personalmente ninguna resistencia activa puso, y de que antes bien comprimió la de sus discípulos, se le ató como a un malhechor. Este rigor se manifiesta en que no era necesario para asegurarse de un solo hombre, una tropa numerosa armada de espadas y palos.

2.11. Secuestro de personas:

10 Mr. Dupin. “El proceso de Jesucristo”- Tratado histórico y jurídico. Madrid: imprenta de Yenes, 1842. Pág. 29

11 Mishnah Sanhedrin 7. 5

12 White, Elena. “Deseado de todas las Gentes” Pág.650, 657, 648.

Se llevan con violencia a Jesús, y en vez de conducirlo de inmediato con el magistrado competente, se le lleva a casa de Anás, que no tenía otro carácter que ser suegro del gran sacerdote.¹³

2.12. Juez Recusable:

Precisamente el mismo Caiphas, que es un juez evidentemente recusable; porque en una reunión precedente, se construyó el acusador de Jesús. Aún antes de haberle visto ni oído, ya le proclamó digno de muerte; pues dijo a sus colegas “que era útil que uno solo muriese por todos”

2.13. Interrogatorio capcioso:

En lugar de preguntar a Jesús sobre hechos positivos y circunstanciados, sobre hechos personales, caiphas le interroga sobre hechos generales sobre sus discípulos, que era mucho más sencillo citar como testigos, y sobre su doctrina.

2.14. Independencia del Juzgador:

Caiphas es a la vez acusador y juez. No se podría hablar de un juicio con garantías o de un debido proceso si el juez es un hombre irritable, que se arrebata hasta el punto de desgarrar sus vestidos, que impone al acusado un juramento terrible, y que sin más, sentencia diciendo: “Haz Blasfemado”

2.15. Violencias Sucesivas:

Inmediatamente después de haber lanzado el veredicto sacerdotal contra Jesús, las violencias y los insultos se reprodujeron con más fuerza; le escupieron a la cara, le dieron de puñadas, le abofeteaban, se burlaban. Esos malos tratamientos son contrarios al espíritu de la ley. ¿Porqué un juez autorizaría semejantes abusos y atentados?.

CONCLUSIONES

- En definitiva, Palestina antigua estaba integrada por tres regiones: Judea, Galilea y Decápolis. No en toda Palestina se había impuesto el judaísmo, siendo su núcleo la Torá y el Templo.
- El pueblo Hebreo era eminentemente religioso y muy celoso de sus leyes (decálogo), y por ello era altamente sensible a cualquier conducta que los hiciera sospechar que estaba en peligro la religión o el templo.
- Galilea era una provincia cerrada con características muy propias, que había hecho que sus hombres no fueran aceptados pacíficamente. Los galileos eran considerados rebeldes por excelencia y eran los más hostiles con los invasores romanos.
- Roma, una nación politeísta, fuerte, estable, con el monumento cultural más extraordinario que es el derecho, por su expansión en la conquista de pueblos, por su celo en el cuidado del Estado y el poderío de sus Emperadores y prefectos.
- La ley, para el derecho Hebreo, no puede separarse de su visión teológica y es el centro de su derecho. Tenía una visión nacionalista que por ende odiaban a los extranjeros.
- El derecho hebreo es un derecho eminentemente religioso y su cuerpo jurídico es la Toráh, que comprende la ley escrita (las leyes mosaicas) y la tradición oral (Misná). No cabe duda alguna que se trata de un importante *Corpus Iuris* que regula con muchos detalles conductas civiles, penales, administrativas, fiestas religiosas y sobre las leyes de guerra, leyes sobre prisioneros, temas de divorcio y adulterio, si como regulación del sábadó, prescripciones alimenticias, leyes de asilo, leyes sobre testigos, entre otras muchas otras.

¹³ Mr. Dupin. “El proceso de Jesucristo”- Tratado histórico y jurídico. Madrid: imprenta de Yenes, 1842. Pág. 59.



- En el derecho Romano debo destacar la gran obra de sus jurisconsultos en la creación del derecho. También es necesario, por razón del tema materia de análisis, que el pensamiento jurídico romano es autónomo respecto de la religión. Los romanos supieron distinguir muy bien entre las leyes divinas y humanas.
- Después de haber analizado objetivamente los orígenes, historia, leyes y la realidad en donde se desarrolló el juicio más conocido del mundo, como es el juicio de Jesucristo; debo afirmar que ha sido el juicio más ofensivo, injusto, y hasta insultante para el Derecho mismo. Y es que llama la atención que siendo Roma la que dio vida y gloria al derecho, sea en ella misma en donde se cometa la peor de las violaciones a las normas sustantivas y adjetivas más elementales. Es evidente que Jesús fue la víctima de estos dos sistemas (judío y romano), en donde se transgredieron derechos fundamentales de la persona.

En mi opinión y bajo el punto de vista más objetivo posible, paso a enumerar las injusticias que se cometieron en cada fase del proceso de Jesús:

LA PRIMERA INJUSTICIA: Un secuestro que parece una detención.

La ley judía prohibía los procesos nocturnos: **Puede tratarse un asunto capital durante el día, pero debe suspenderse durante la noche** (Mischná, tratado *Sanedrín*, Cap. IV, Nro. 1).

Que era de noche cuando se detuvo a Jesús nos lo dice Juan: **Y en seguida, después de recibir el bocado, Judas salió. Ya era de noche**, Jn. 13, 30. Que los soldados autores del secuestro eran judíos y no romanos como lo muestran las películas de Hollywood, también nos lo dice el Apóstol Juan: **Entonces Judas, al frente de un destacamento de soldados**, Jn. 18, 3; y que ellos obedecían órdenes de por lo menos las dos terceras partes del Sanedrín nos lo expresa seguidamente: **y de los guardias designados por los sumos sacerdotes y los fariseos, llegó allí con faroles, antorchas y armas.**

Los faroles y hachos encendidos para iluminarse es otra prueba de que el rapto se llevó a cabo a altas horas de la noche, y en esto hay coherencia con los otros evangelistas (Mt. 26, 30, 36, 47-56; Mc. 14, 26, 32, 43-52 y Lc. 22, 39, 47-53).

No ha dejado de llamarme la atención lo de las *armas*. Porque un soldado tiene siempre su armamento de dotación. Es parte de su uniforme. El solo nombrarlo, si es que está de servicio como en este caso, involucra que se encuentra armado. Pero aquí se trata de otra cosa. Se mencionan las *armas intencionadamente*, como si se tratase de un pertrecho adicional al acostumbrado, o de otras armas más poderosas, fuera de las de dotación, pero que ignoramos cuáles fueron. ¿Para qué llevarían tal equipamiento los judíos si el hombre a secuestrar no estaba acusado de nada, y ni él ni sus seguidores tenían antecedentes de peligrosidad alguna o de ejercer violencias? De allí la pregunta que les hiciera Cristo (Lc. 22, 52).

Empleo la palabra *secuestrar* y su sinónimo *raptar* y no *detener*, que es la más usada en este episodio funesto, porque no habiendo acusación formal contra Jesús y no mencionarse la autoridad que dispuso su captura, se lo priva ilegítimamente de su libertad y se lo conduce maniatado a un determinado lugar, tal cual hacen los facinerosos con las personas inocentes para pedir rescate (que en este caso el *pago* era con la propia vida).

LA SEGUNDA INJUSTICIA: Reunión después del sacrificio vespertino.

Mientras esto ocurría en el Monte de los Olivos en una propiedad particular llamada Getsemaní, de los arrabales de Jerusalén, el Sanedrín, con sus 70 miembros distribuidos como he dicho, estaba reunido en el palacio de Caifás (Lc. 22, 54), contrariando la ley escrita: **Sólo se reunirán desde el sacrificio matutino hasta el sacrificio vespertino** (Talmud de Jerusalén, tratado *Sanedrín*, Cap. I, pág. 19).

LA TERCERA INJUSTICIA: Juzgan en vísperas de un día de fiesta.

La fecha del secuestro, indicada más arriba, víspera de la gran fiesta de Pascua: **No juzgarán ni la víspera del sábado, ni la víspera de un día de fiesta** (Mischná, tratado *Sanedrín*, Cap. IV, Nro. 1).

LA CUARTA INJUSTICIA: El acusador se sienta como juez.

El Sumo Sacerdote interrogó a Jesús, Jn. 18, 19 (también en Mt. 26, 59-66; Mc.14, 55-64 y Lc. 22, 66-71).



Quien lo interroga es Caifás, el que había declarado poco tiempo antes, en la reunión general del Sanedrín celebrada en su palacio cuando se produjo la resurrección de Lázaro (Jn. 11, 43-44), que el bien público reclamaba imperiosamente la muerte de Jesús de Nazaret (Jn. 11, 49-50). **No dijo eso** -agrega Juan- **por sí mismo, sino que profetizó como Sumo Sacerdote que Jesús iba a morir por la nación** (Jn. 11, 51). De donde se me viene a ocurrir que fue una profecía muy especial: que Caifás habría de cumplir usando su poder para instigar y luego decidir como si estuviese obligado a hacerlo. Por lo tanto no es una profecía en el sentido cabal del término, sino una amenaza que luego se cumple con un secuestro y tortura seguida de asesinato premeditado.

La biblia es el fundamento para lo dicho: **Si un falso testigo se levanta contra un hombre y lo acusa de rebeldía, las dos partes en litigio comparecerán delante del Señor, en presencia de los sacerdotes y de los jueces en ejercicio**, dice el Deuteronomio en 19, 16-17. Como se puede apreciar claramente, el **acusador** y el **juez** son personas distintas e imposibles de confundir. Pero Caifás se confunde, junto con los ancianos y sacerdotes de Israel que se dejan confundir. Ellos conocían a Caifás, **el de la tribu de Anás**, Sumo Sacerdote desde hacía ocho, amigo del gobernador Pilatos (F. Josefo, op. cit., XVIII, II, 2. Más aún: cuando subió Pilatos, extrañamente subió Caifás al Sanedrín en el año 25 d.C. y, cuando cayó Pilatos, extrañamente cayó Caifás en el año 35 d.C., por lo que ambos cubrieron sus cargos por once años), y sabían lo que había andado predicando pocos días atrás en el Sanedrín y en las calles. He ahí una monstruosidad jurídica.

Recordamos de paso que Anás era el suegro de Caifás y, **aunque ya no ocupaba el cargo se lo seguía consultando sobre todas las cuestiones de mayor gravedad**. No tengo dudas de que Anás fue consultado antes, durante y después del proceso a Jesús y no sería de extrañar que muchas de estas maldades, injusticias y quebrantos hayan sido aconsejados por su boca. Tal vez sea por ello que el Apóstol Juan pone el acento sobre esta barbaridad en una repetida frase de la Pasión que es casi para los entendidos: **Caifás era el que había aconsejado a los judíos: Es preferible que un solo hombre muera por el pueblo** (Jn. 18,14).

LA QUINTA INJUSTICIA: No se examina la calidad de los testigos

Los sumos sacerdotes y todo el Sanedrín buscaban un falso testimonio contra Jesús para poder condenarlo a muerte, pero no lo encontraron, a pesar de haberse presentado numerosos testigos falsos (Mt. 26, 59-60 y Mc. 14, 55-56). Como Jesús había apelado a la presencia de los testigos y éstos, que fueron numerosos, dieron declaraciones que resultaron increíbles porque incurrían en permanentes contradicciones (Mc. 14, 56 y 59), no se podía formular una acusación o dictar sentencia, y en ese momento, el sanedrín envió a los guardias judíos a buscar testigos falsos.

LA SEXTA INJUSTICIA: No se tomó juramento a los testigos

La ley fundamental obligaba a los jueces a tomar juramento a los testigos antes de iniciarse su deposición, obligándolos a decir la verdad y nada más que la verdad: **Piensa que una gran responsabilidad pende sobre ti** (Mischná, tratado *Sanedrín*, Cap. IV, Nro. 5). Pero en el proceso a Jesús no hubo tal protocolo ni se cumplieron los juiciosos preceptos. Estos jueces, que sobornaron testigos para que digan falsedades, caían ellos mismos, si vamos al caso, bajo el peso de lo que prescribía ley: **No tendrás compasión: vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie** (Deut. 19, 21).

INJUSTICIAS COMETIDAS POR LA AUTORIDAD ROMANA

- Traición a la patria, en la modalidad de atentado a la soberanía.
- Invitación al pueblo judío al desorden público.
- Conspiración.
- Indebida conducta contra un preso.
- Evasión de presos, al liberar a Barrabás.



“EL CASO TORRES GONZALES: UN ANÁLISIS JURÍDICO DESDE EL PUNTO DE VISTA MATERIAL Y PROCESAL”



Aldo Ortiz Torres

SUMARIO: I. INTRODUCCION II. ASPECTOS GENERALES DEL CASO EN ANÁLISIS 2.1. Proceso penal 2.2. Proceso constitucional III. MARCO TEÓRICO PENAL 3.1. ASPECTOS GENERALES DEL DELITO DE PECULADO DE USO 3.2. De la tipicidad la acción 3.2.1. Tipicidad objetiva del delito de peculado de uso 3.2.2. Tipicidad subjetiva del delito de peculado de uso. 3.3. Excepción de atipicidad IV. MARCO TEORICO PROCESAL 4.1. El recursos de casación: el agotamiento de la vía judicial 4.2. Derecho a la motivación de resoluciones V. TIPICIDAD DEL CASO EN ANALISIS Y CORRECCIÓN PROCESAL 5.1. Tipicidad de los Actos Cometidos por el Imputado 5.2. De la Corrección Procesal VI. CONCLUSIONES VII. PROPUESTAS VII. RECOMENDACIONES IX. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN:

Este año, el tribunal constitucional emitió una de las sentencias más controvertidas para la región Lambayeque, respecto al proceso seguido por el actual alcalde Roberto Torres Gonzales en vía de amparo; esto tras ser condenado por la comisión del delito de peculado de uso. El citado caso se ha visto envuelto por serios cuestionamientos con respecto a la eficiencia e imparcialidad de los jueces de la causa, tanto del fuero penal como constitucional. Sin embargo, y más allá de estos cuestionamientos, el presente trabajo de investigación se ceñirá a analizar la legitimidad de las sentencias emitidas por los distintos órganos jurisdiccionales, si las mismas están correctamente fundamentadas en el derecho material, si han observado los requerimientos prescritos en para el debido proceso; es decir, si se encuentran amparados en los mandatos constitucionales vigentes.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

De esta manera, será menester en el desarrollo del presente trabajo, analizar los puntos más controvertidos que encuentran contradicción en las diferentes sentencias emitidas en relación al presente caso. En el ámbito penal material, determinar los presupuestos necesarios para establecer la tipicidad del delito en cuestión, tanto en lo planteado por la doctrina, como por las diferentes instancias de la justicia penal; y además, los presupuestos necesarios para subsumir los hechos a la excepción típica que incluye el artículo 388°. En lo referido al derecho procesal, saber si en el caso concreto, era necesario interponer el recurso de casación, a fin de obtener una sentencia firme; y en el aspecto constitucional, si la actuación

III. MARCO TEÓRICO PENAL

III.1. Aspectos generales sobre el delito de peculado de uso:

El tipo penal contenido en el artículo 388° de nuestro código penal, define la conducta típica del peculado de uso. Esta conducta, cuya distinción con respecto al peculado de utilización, definido en el artículo 387° del mismo código, se basa únicamente, según el peruano ABANTO VASQUEZ¹, en que los efectos utilizados indebidamente en la conducta del peculado de uso son herramientas y vehículos, mientras que en el peculado por utilización, el uso indebido se da sobre caudales. El mismo autor, sobre la diferencia entre estas dos figuras, refiere: **“Por lo demás, no se entiende esta diferencia, pues en ambos casos el injusto penal es igual, no obstante lo cual la sanción penal es diferente”**. Y es que esta diferenciación ha sido una medida innecesaria por parte el legislador, al parecer, para mantener la tendencia nacional de plantear penas especialmente benignas para los actos delictivos de los funcionarios públicos, basándose en una diferencia artificial e insuficiente, pero obligatoria por imposición legal.

1 ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores. Lima, 2001; págs. 321 y 322

a. Bien Jurídico Lesionado:

Evidentemente, el bien jurídico lesionado es la administración pública, como señala el nomen iuris. Sin embargo, entender el concepto de dicho bien es tarea importante en el presente trabajo,

Para el jurista FEIJOO SANCHEZ², en lo referido al concepto de bien jurídico, lo que se pretende tutelar es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, es decir, el cumplimiento de unos "mínimos" (nivel básico para la pervivencia del sistema político social). Por otro lado, BUSTOS RAMIREZ³ afirma acertadamente que la administración pública se trata de un bien jurídico funcional, por cuanto lo que pretende proteger es la función administrativa pública y no a los órganos o poderes. Sin embargo, en el presente trabajo nos alinearemos con el concepto brindado por el profesor REYNA ALFARO⁴, quien refiere que el bien jurídico genéricamente tutelado en estos delitos es "la funcionalidad de la Administración Pública", lo que se entiende como "el correcto funcionamiento de la misma". Así, para el mismo autor, si bien se protege la funcionalidad como bien jurídico genérico, se protege también los bienes jurídicos específicos de los cuales depende aquel, teniendo en cuenta el concepto multidimensional de la Administración Pública, que incluye, el ejercicio de funciones y servicios públicos, la observancia de los deberes del cargo o empleo, la regularidad y normal desenvolvimiento de la función y servicios públicos, entre otros.

En un plano más específico, ROJAS VARGAS, en lo referido al bien jurídico protegido por el tipo de peculado de uso, **"La norma penal busca garantizar el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional, fundadas ambas en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal, por parte de los sujetos públicos"**

1.2. De la Excepción de Típica.

El artículo 388º, además del tipo penal del peculado de uso, contiene también, en su tercer párrafo, una excepción a la tipicidad de las acciones realizadas por funcionarios públicos sobre los vehículos que les son asignados a título de **"uso personal"**, el cual refiere: **"no están comprendidos en el presente artículo los vehículos motorizados designados al servicio personal por razón del cargo"**. Para el jurista citado en las sentencias de la justicia penal, Fidel Rojas Vargas⁵, **"Tal excepción obedece al sentido común de naturaleza del cargo y las necesidades del servicio imponen, en relación con un marco puntual de permisiones en beneficio del sujeto público. En vía de interpretación extensiva podría cubrir también a los que en relación de dependencia administrativa y funcional se hallen subordinado a dichos sujetos y hagan uso de dichos bienes por indicación."** Para el mismo autor, son ejemplos de casos opinables de desborde de los cometidos del uso personal, el salir de paseo con la familia, prestarlo a un amigo, pariente o allegado; e inaceptable el uso con fines políticos o delictivos. Para el peruano ABANTO VASQUEZ⁶, **"Esta exención resulta difícil de justificar, pues parece constituir un claro caso de violación del principio de igualdad."** Sin embargo, puede alinearse a este principio con una interpretación a la luz de la constitución, si para la incriminación del acto, se tiene en cuenta la existencia de un elemento en la acción: **"SU LESIVIDAD"**. Sobre este particular, refiere Alessandro Spena⁷: **"una vez individualizado el interés tutelado y el contenido del ilícito, se tratara de establecer, en relación al caso concreto, si el hecho efectivamente realizado por el agente efectivamente"**

2 FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. "Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Español de 1995; Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conocidas", en Revista Peruana de Ciencias Penales, Año IV, N° 7/8, Lima, 1999, p.701

3 BUSTOS RAMIREZ, Juan. "Manual de derecho Penal, Parte especial". Ariel, Barcelona, 1991, p. 366

4 REYNA ALFARO, Luis Miguel. "El Bien Jurídico Tutelado en los Delitos contra la Administración Pública", en "Delitos contra la Administración Pública", Jurista editores, Lima 2009. Pg. 253 y ss.

5 ROJAS VARGAS, Fidel. "Delitos contra la Administración Pública". 4º edición. Editorial Grijley. Lima, 2007, p. 543.

6 ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Palestra Editores. Lima, 2001; pg. 325

7 SPENA, Alessandro. "El Principio de Ofensividad en la Interpretación de las Normas sobre Peculado y la Corrupción". Publicado en "Delitos contra la Administración Pública" de REYNA ALFARO, Luis Miguel. Jurista Editores. Lima, 2009, pg. 148.



posee, además de los requisitos típicos, el contenido de ilícito objeto de la función general-preventiva de la norma incriminatoria: si este, en suma, es susceptible de causar ofensa significativa, además de penalmente típica, a aquel interés."

IV. MARCO TEORICO PROCESAL

La impugnación de resoluciones judiciales por la acción de amparo se encuentra regulada en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, que refiere: **"El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo"**. Frente a esta disposición, se destacan los presupuestos básicos para determinar la procedencia y viabilidad de dicha acción: el primero es la afectación del derecho a la tutela procesal efectiva y debido proceso, el segundo, la firmeza de la resolución en materia, y el tercero, el no haber dejado consentir la misma.

El primer presupuesto supone la necesaria afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso. El primer derecho referido, al entender de Luis Sáenz Dávalos⁸, es un principio, un atributo que permite al ciudadano acceder al órgano jurisdiccional a través de cualquiera de sus procesos según la naturaleza de su particular pretensión. El derecho de debido proceso, para el mismo autor, está dividido en dos vertientes: el debido proceso formal y el debido proceso material; el primero, definido principalmente por los derechos contenidos en el artículo 139° de la constitución, y el segundo, está vinculado principalmente al cumplimiento de determinados estándares de justicia y razonabilidad.

El segundo presupuesto supone la firmeza de la resolución impugnada, es decir, que esta haya sido emitida por la última instancia, y contra ella no quepa recurso impugnatorio alguno.

Por último, el requisito de no haber sido consentida por parte del demandado, supone que la causa vista en la justicia ordinaria no haya adquirido firmeza por el cumplimiento del plazo de caducidad de la interposición de recursos impugnatorios.

IV.1. La interposición de recurso de casación como presupuesto para agotar la alcanzar una sentencia firme no consentida.

A raíz del caso en análisis, se desprende una controversia en torno al recurso de casación, controversia que nace desde un tema de interpretación del artículo 346° del código procesal penal, y que, para esta investigación, nos llevar a analizar los fines por los cuales existe este recurso, sus alcances y además, a revisar la referida interpretación realizada por el tribunal constitucional en su sentencia sobre nuestro caso.

La discordia nace ante la interposición de la acción de amparo por parte del burgomaestre, acción que realiza sin haber interpuesto el recurso de casación contra la sentencia expedida por la segunda sala penal de Lambayeque. Esta situación es observada por la sala de derecho constitucional, por lo que declara el proceso de amparo como improcedente. Posteriormente, el tribunal constitucional determina que el proceso debe seguir su curso, en tanto el recurso de casación es de carácter discrecional en su admisión por parte de la corte suprema, lo que no lo hace obligatorio a fin de alcanzar una sentencia firme e impugnabile judicialmente.

La norma interpretada es el artículo 427°.4 del código procesal penal, el cual refiere: **"Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial."** En este punto, para el tribunal constitucional, esta norma constituye una situación permisiva para la parte del proceso, en lo referido a la necesidad o no de interponer este recurso; tan es así que de no hacerlo, aun la sentencia no es declara consentida, sino firme, como si tal recurso nunca hubiese podido ser procedente.

En nuestra opinión, la **"discrecionalidad"** a la que hace referencia la norma no es una permisión de la parte, sino del tribunal supremo, y su interposición debe constituir un requisito para alcanzar una sentencia firme y cuestionable en la justicia constitucional. Este criterio parte de dos premisas: a) la discrecionalidad referida constituye una prerrogativa del tribunal supremo, b) el fundamento de la existencia del recurso de

8 SAENZ DAVALOS, Luis. "Los Procesos Constitucionales como Mecanismos de Protección frente a Resoluciones Judiciales Arbitrarias", artículo incluido en el libro "Derecho Procesal Constitucional", de Susana Ynes Castañeda Otsu. 2da edición. Juristas editores. Lima, 2004, p.745

casación es lograr la uniformidad en las decisiones judiciales.

A nuestro entender, la discrecionalidad es una prerrogativa otorgada al supremo tribunal, a fin de disminuir su carga procesal de los casos de importancia relativamente menor. Sin embargo, la norma no da la prerrogativa a la parte para su interposición de ser necesario, pues como es de notar, la condición de firmeza exige que se hayan agotado **todas las medidas impugnatorias posibles**, no solo las que se consideren "obligatorias", o que cuya procedencia estén a discrecionalidad del *a quo*, como en este caso.

El segundo punto se basa en la preferencia que debe existir entre el recurso de casación sobre la acción de amparo. Esto pues el recurso de casación se ha concebido, desde sus inicios, como un medio para unificar las decisiones jurisdiccionales y así crear criterios uniformes de juzgamiento. Según DOIG DÍAZ⁹, **"si se parte de los postulados propios del Estado Constitucional de derecho y se tienen en cuenta las prescripciones que derivan de la Constitución peruana, la casación debe encomendarse a la Corte Suprema con el fin de uniformizar la jurisprudencia, como garantía del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley y de los valores de certeza y seguridad jurídica (arts. 2.2 y 24.d Const. 1993)."**

IV.2. Derecho a la Motivación de Resoluciones

El segundo punto controversial que se observa en el caso es el referido al contenido esencial del **Derecho a la Motivación de Resoluciones**, objeto de protección en los procesos constitucionales, y la delgada línea que lo diferencia con la nueva interpretación de las normas, proscrita en los procesos constitucionales que cuestionan resoluciones firmes dictadas por la justicia ordinaria.

Así, según lo expuesto en la STC 3943-2006-PA/TC, constituyen una violación al contenido esencial del derecho a la motivación de resoluciones:

- Inexistencia de motivación o motivación aparente
- Falta de motivación interna del proceso
- Deficiencia en la motivación externa
- Motivación insuficiente
- Motivación sustancialmente incongruente

Para comprender el caso en análisis, es necesario analizar el significado de la **Motivación Insuficiente**. En la misma sentencia, esto se describe como **"mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada"**.

No le falta razón a SAENZ DAVALOS¹⁰, refiriéndose al cuestionamiento del debido proceso sustantivo en de resoluciones judiciales, quien afirma: "En tales supuestos el panorama se torna seriamente discutible, pues se considera que con tal perspectiva se debilita seriamente el sentido de autonomía y elemental discrecionalidad con el que actúa (o debe actuar) la magistratura ordinaria".

V. TIPICIDAD DEL CASO EN ANALISIS Y CORRECCION PROCESAL

Los hechos materia de nuestro análisis han sido objeto de gran controversia en el campo jurídico, y de él han surgido opiniones de renombrados juristas, tanto a favor, como en contra. Solo para recoger algunas

9 DOIG DIAZ, Yolanda. "El sistema de recursos en el proceso penal peruano", artículo incluido en "La Reforma del Derecho Penal Peruano". Anuario de derecho penal 2004. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004, p.208.

10 SAENZ DAVALOS, Luis. "Los Procesos Constitucionales como Mecanismos de Protección frente a Resoluciones Judiciales Arbitrarias", artículo incluido en el libro "Derecho Procesal Constitucional", de Susana Ynes Castañeda Otsu. 2da edición. Juristas editores. Lima, 2004, p.754



de ellas, citaremos al citado FIDEL ROJAS VARGAS¹¹, quien sobre el particular afirmó: **“La sentencia del tribunal constitucional en el caso del alcalde de Chiclayo, señor Roberto Torres, vs. Los jueces de la Segunda Sala Penal de Apelación, es una llamada de atención para los fiscales y jueces, a fin de que no olviden que el Derecho Penal es de también y, sobre todo en el peculado de uso, de ultima ratio...”**, en otras palabras, una posición claramente a favor del alcalde y del tribunal constitucional. Por otro lado, CASTILLO CORDOVA¹² plantea que la sentencia del TC respecto a este caso incurre en un grave exceso. Esto, según el mismo autor: **“se configura, entre otras cosas, porque no respeta el margen de apreciación que tienen los jueces en los hechos que enjuician”**. Además, según el mismo autor, **“la situación denunciada penalmente, muy claramente cumple con la interpretación del artículo 388 del código penal y confirmada en su constitucionalidad por el TC”**.

V.1. Tipicidad de los Actos Cometidos por el Imputado:

Para el análisis de este punto, cabe citar nuevamente a CASTILLO CORDOVA¹³, quien considera correcta la postura de que existen **usos familiares** que pueden incluirse en el ámbito de excepción de la norma, pero que no debe olvidarse que la excepción típica prevista se compone de dos extremos: “servicio personal” y “por razón del cargo”; y que es este segundo extremos el que le da sentido y legitimidad al primero. Sin embargo, consideramos que existe otro criterio que puede llevar al juzgador a determinar si la acción es merecedora de una sanción penal, es decir, la lesividad de la acción sobre el bien jurídico.

V.2. Lesividad de la acción: debió tenerse en cuenta el daño que se le genero a la administración pública y a la buena imagen institucional, en tanto son estos dos los bienes jurídicos protegidos por la norma en cuestión. Para BENAVENTE CHORRES¹⁴, si el bien jurídico protegido es la correcta gestión de los bienes y servicios, y si el ente rector autoriza que un determinado funcionario público utilice con fines personales vehículos motorizados, no se puede afirmar que se está atentando contra su funcionamiento, porque dicho permiso se hace en el entendido de que se dejan a salvo los recursos de la entidad para cumplir con la función pública. A nuestro entender, teniendo en cuenta el concepto multidimensional de la administración pública, también son relevantes para proteger la funcionalidad de la administración conservar el prestigio y dignidad de la función pública, y guardar la probidad y honradez de los funcionarios o servidores públicos, por lo que la lesividad de la acción penal se dará, no solo por evitar el cumplimiento factico de las funciones de la administración pública, sino al lesionar cualquiera de los bienes específicos referidos. Esto, pues, como refiere MIRANDA ABURTO¹⁵ sobre los hechos, las acciones del burgomaestre socavan la confianza ciudadana en los servidores de la nación, pues la función que realiza no es cualquiera, por lo que debe ser ejercida con probidad honestidad y austeridad. Por tanto, sobre la nimiedad económica del perjuicio económico generado, consideramos que dicho hecho no constituye elemento de juicio a tenerse en cuenta para tipificar el hecho, y coincidimos con el profesor PEÑA CABRERA FREYRE¹⁶, quien refiere concluyentemente refiere que **“A efectos de realización típica, no resulta necesario que el uso indebido de la maquina le reporte un provecho económico al agente y, a su vez, un perjuicio económico a la Administración, aunque esto último podrá presentarse de forma muy usual”**.

De la Corrección Procesal

Con relación a la declaración de procedencia del proceso constitucional de amparo

¹¹ ROJAS VARGAS, Fidel. “Opinión sobre el caso “torres Gonzales vs sala de apelaciones de Chiclayo” o acerca de los límites del peculado de uso”. En: *Gaceta Constitucional*. N°65, Año VI, mayo de 2013, pg.14

¹² CASTILLO CORDOVA, Luis. “Sobre como el Tribunal Constitucional transgrede el margen de acción del juez y otras tristezas”. En: *Gaceta Constitucional*. N°65, Año VI, mayo de 2013, pg.25

¹³ CASTILLO CORDOVA, Luis. “Sobre como el Tribunal Constitucional transgrede el margen de acción del juez y otras tristezas”. En: *Gaceta Constitucional*. N°65, Año VI, mayo de 2013, pg.21

¹⁴ BENAVENTE CHORRES, Hésbert. “Uso personal: La atipicidad en el peculado de uso”. En: *Gaceta Constitucional*. N°65, Año VI, mayo de 2013, pg.31

¹⁵ MIRANDA ABURTO, Elder. “El delito de peculado de uso. Reflexiones sobre la sentencia del caso Torres Gonzales a la luz del Derecho Penal”. En: *Gaceta Constitucional*. N°65, Año VI, mayo de 2013, pg.44 y 45

¹⁶ PEÑA, Alonso. *Derecho Penal, Parte Especial*. Tomo V. Editorial Moreno S.A. Lima, 2010, pg.373

planteado por Roberto Torres, consideramos que tal posición fue errónea. Como se ha expuesto líneas arriba, por un criterio de especialidad, la autoridad idónea para resolver los cuestionamientos realizados en vía constitucional, era la sala penal de la corte suprema, en tanto su competencia estaba legitimada según el artículo 427.4, referido a la casación en casos de delitos con una pena máxima menor de 6 años, siempre que existe necesidad de que dicho órgano cumpla con su rol unificador de los distintos criterios jurisdiccionales. Así, el acusado tenía conocimiento de un criterio diferenciado entre la sala penal de la corte superior, y la de la corte suprema, pues cito tal ejecutoria en su defensa técnica. Dicho conocimiento era suficiente para saber de antemano a procedencia del recurso de casación por plantear¹⁷. Además, debe tenerse que el criterio discrecional no le corresponde al recurso, sino a la facultad de la sala suprema de admitirlo, de ser necesario para la doctrina judicial, por lo que sí constituye un requisito indispensable para el acusado plantearlo si su fin es agotar **“todos los recursos disponibles en la vía ordinaria”** y así no dejar consentida la sentencia de la sala penal.

En lo referido al cuestionamiento de motivación insuficiente, no concordamos con la posición asumida por el Tribunal Constitucional de declarar que la sentencia de la Segunda Sala Penal adolece de una insuficiente motivación, refiriendo¹⁸: **“...si bien la resolución que efectuó la sala emplazada fue correcta en cuanto al sentido de la excepción típica prevista en el tercer párrafo del artículo 388° del Código Penal, dado que considero que “el uso personal del vehículo” excluye “uso familiar” del mismo, existe una insuficiente motivación en cuanto a los términos en los cuales cabe entender que un “uso familiar” de un vehículo resulta excesivo y totalmente ajeno a las razones de funcionalidad de la excepción penal en cuestión, dado que, como ya se dijo, existe la posibilidad de que en algunos casos dicho “uso familiar” no constituya una acción típica. No ha efectuado, pues, la Sala emplazada un examen de Razonabilidad de los términos en los cuales cabe excluir ciertas acciones de la esfera de aplicación de la excepción prevista...”**. Si bien concordamos con el TC en declarar constitucional la interpretación realizada por la Sala Penal, consideramos que el mismo no analizo correctamente la motivación que en la sentencia penal se expresó. Esto pues, la sala penal si manifestó el criterio diferenciador entre el uso personal y el uso familiar, al plantear el ejemplo¹⁹ siguiente: **“el llevar y traer por ejemplo a su esposa, hijos, conviviente, amigos y terceros en general, de una playa veraniega, aduciendo que su cargo, movilidad y seguridad se extienden a toda su familia y parientes...”**. Así, la sala penal deja claro que estamos frente a un uso familiar por razón del cargo (aceptado como penalmente relevante según el TC) si dicho uso no está ligado de ninguna manera al ejercicio de las funciones del funcionario. En sentido contrario, si estarán excluidos de tipicidad los usos familiares vinculados al ejercicio de las funciones del funcionario, como puede ser el trasladarlos a una ceremonia oficial en la que la esposa e hijos de este deben estar presentes por razones protocolares; o cuando, por ejemplo, el funcionario, durante su trayecto desde su casa a su oficina, lleva a su hijo al colegio.



VI. CONCLUSIONES:

La excepción típica del artículo 388° del código penal debe interpretarse de manera restrictiva; esto pues, delito de peculado de uso, constituye una medida de defensa de la administración pública, para protegerla de las acciones ilegales de los funcionarios públicos que utilizan o permiten utilizar sus bienes con fines personales.

El recurso de casación es una herramienta de unificación de la doctrina jurisprudencia, además de ser un recurso idóneo para resolver casos de difícil interpretación de las normas de su materia. En el caso concreto, consideramos que esta era la medida idónea que debió utilizar el imputado para resolver su caso.

1.1. La interposición del recurso de casación, según el artículo 427.4 del Código Procesal Civil si constituye un requisito indispensable para alcanzar una sentencia firme no consentida en un proceso judicial; esto porque, en primer lugar, el carácter discrecional que refiere, constituye una prerrogativa de

¹⁷ El conocimiento de los juicios distintos es parte de la defensa del imputado tanto en el fuero penal como en el constitucional.

¹⁸ Segmento extraído de la sentencia de la segunda sala penal de apelaciones, Exp. 1488-2011

¹⁹ Segmento extraído de la sentencia de la segunda sala penal de apelaciones, Exp. 1488-2011

la sala suprema, mas no de quien la requiera, y en segundo lugar, porque la consecución de una sentencia firme supone agotar todas las medidas impugnatorias existentes, mas aun si se presume su procedencia. En consecuencia, la acción de amparo planteada debió considerarse **IMPROCEDENTE**.

1.2. El derecho a la debida motivación de resoluciones, en lo referido a la impugnación de resoluciones judiciales, no puede ser entendido más que como el control del cumplimiento de los requisitos formales más importantes..

1.1. BIBLIOGRAFIA:

- ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores. Lima, 2001
- ROJAS VARGAS, Fidel. "Delitos contra la Administración Pública". 4º edición, 2007. Editorial Grijley. Lima, Perú
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. "Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Español de 1995; Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conocidas", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año IV, N° 7/8, Lima, 1999
- BUSTOS RAMIRES, Juan. "Manual de derecho Penal, Parte especial". Ariel, Barcelona, 1991
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. "El Bien Jurídico Tutelado en los Delitos contra la Administración Pública", en "Delitos contra la Administración Pública", Jurista editores, Lima 2009
- SPENA, Alessandro. "El Principio de Ofensivita en la Interpretación de las Normas sobre Peculado y la Corrupción". Publicado en "Delitos contra la Administración Pública" de REYNA ALFARO, Luis Miguel. Jurista Editores. Lima
- SAENZ DAVALOS, Luis. "Los Procesos Constitucionales como Mecanismos de Protección frente a Resoluciones Judiciales Arbitrarias", articulo incluido en el libro "Derecho Procesal Constitucional", de Susana Ynes Castañeda Otsu. 2da edición. Juristas editores. Lima, 2004
- DOIG DIAZ, Yolanda. "El sistema de recursos en el proceso penal peruano", articulo incluido en "La Reforma del Derecho Penal Peruano". Anuario de derecho penal 2004. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004
- ROJAS VARGAS, Fidel. "Opinión sobre el caso "torres Gonzales vs sala de apelaciones de Chiclayo" o acerca de los límites del peculado de uso". En: *Gaceta Constitucional*. N° 65, Año VI, mayo de 2013
- CASTILLO CORDAVA, Luis. "Sobre como el Tribunal Constitucional transgrede el margen de acción del juez y otras tristezas". En: *Gaceta Constitucional*. N°65, Año VI, mayo de 2013
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "Uso personal: La atipicidad en el peculado de uso". En: *Gaceta Constitucional*. N°65,
- MIRANDA ABURTO, Elder. "El delito de peculado de uso. Reflexiones sobre la sentencia del caso Torres Gonzales a la luz del Derecho Penal". En: *Gaceta Constitucional*. N°65, Año VI, mayo de 2013



LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO CIVIL

María Alejandra Tantaleán Mesta



I. INTRODUCCIÓN

El argumento esencial que recoge el derecho a la prueba es la posibilidad que tiene todo sujeto procesal de utilizar todos los medios probatorios posibles en aras de convencer al Juez sobre la verdad del interés material perseguido. Es así, un derecho de carácter fundamental, pues se engloba dentro del reconocido derecho constitucional al debido proceso, ello significa el alto grado de importancia que tiene el derecho a la prueba en el acceso a la justicia en materia civil, justificado en el desarrollo de un proceso justo, en virtud del cual cada parte procesal que interviene tiene el derecho a ofrecer la prueba necesaria para formar la convicción del Juzgador acerca de los hechos que configuran su pretensión o su defensa.

La prueba denota todo aquello que puede servir de medio en relación a los hechos expuestos en parte postulatoria del proceso, constituyendo los motivos o razones que sirven para formar convicción y certeza al Juez con el afán de llegar a la verdad, quien haciendo uso de su apreciación razonada y libre pero sujeta a las reglas de lógica y las máximas de la experiencia, resolverá cada caso presentado.

De esta manera, la prueba tiene gran importancia en la administración de justicia ya que sin ella no sería posible la eficacia de los derechos materiales, precisando que sólo podría ser posible esto con una prueba pertinente, útil, lícita e ideal.

Centrándonos en el extremo de que la prueba debe ser lícita, nos podemos ver envueltos en la praxis jurídica que existen en ciertos casos, que la presentación de un medio probatorio atenta contra la dignidad humana o sea obtenida vulnerando una norma legal, tendientes a producir la prueba necesaria para formar convencimiento al Juzgador acerca de determinados hechos; encontrándose dentro de este contexto a la llamada prueba ilícita, la cual deviene en ineficaz para el proceso y debe ser rechazada. Sin embargo, en ciertos casos, los medios probatorios obtenidos ilícitamente pretenden salvaguardar un derecho de naturaleza fundamental encontrándose en conflicto con otro derecho de la misma naturaleza, donde aplicando el principio de la proporcionalidad y el método de ponderación el Magistrado debe optar por uno de ellos a su favor.

Referirse al criterio de proporcionalidad supone siempre el carácter excepcional extremadamente grave o delicado que pueda presentarse, donde surge una confrontación de derechos de rango constitucional tratando de beneficiar o darle la razón a uno de ellos aplicando el test de ponderación o proporcionalidad como lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y analizando así cada caso en particular a fin de determinar cuál derecho es más importante o tiene un "peso" superior.

* Artículo elaborado por María Alejandra Tantaleán Mesta. Estudiante de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Practicante de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

II. LA VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

La actividad probatoria constituye una de las fases más importantes del proceso ya que de ella va a depender la decisión futura del litigio, pues el valor o fuerza que tengan las pruebas aportadas por el demandante y por el demandado dependerá si resultan victoriosas o no en el mismo. Igualmente este tema constituye el insumo fundamental para que el Juez pueda emitir la sentencia a su cargo.

En principio debemos indicar que nuestro Código Procesal Civil prevé en el artículo 197° que todos los medios probatorios presentados y actuados, según sea el caso, son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sirvan para el sustento de la decisión judicial. Esto es



consignar en la sentencia pruebas relevantes que le han generado convicción al Juez para resolver cada caso en concreto.

Hernando Devis Echandía¹ señala que “Por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido”. En efecto, la apreciación y valoración de los medios probatorios actuados en el proceso en forma conjunta tiene por finalidad verificar, por un lado, si el actor ha demostrado sus alegaciones sobre los hechos formulados en la etapa postulatoria del proceso, y por otro lado, si el demandado ha demostrado las alegaciones hechas en la misma etapa en relación a los hechos aducidos por el actor tendientes a desvirtuarlos o las alegaciones formuladas sobre hechos para contradecir las pretensión del demandante.

Por su parte, Hinostraza² refiere sobre este punto lo siguiente: “El magistrado debe considerar la prueba en su conjunto, como un todo, siendo además irrelevante su fuente, en virtud del principio de comunidad o adquisición que postula la pertenencia al proceso de todo lo que en él se presente o actúe”. De esta manera, las pruebas en realidad están mezcladas formando una secuencia integral, un todo; debiendo ser la preocupación del Juez reconstruir, en base a los medios probatorios, los hechos que dan origen al conflicto; ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto; dado que sólo teniendo una visión integral de los medios probatorios se puede obtener la finalidad de la prueba, que en buena cuenta viene a ser producirle certeza al Juez respecto de los puntos controvertidos.

Se puede sostener además que la apreciación y valoración de los medios probatorios constituye también una fase culminante de la actividad probatoria en la cual el Juzgador después de haber apreciado si tal o cual medio probatorio actuado tiene la eficacia para convencerlo sobre los hechos expuestos por las partes en el escrito de demanda y contestación de la misma ha sido pertinente o no su actuación en el proceso y si se ha cumplido con la carga de la prueba, conllevando al Juzgador a extraer conclusiones destinadas a resolver la litis.

Resulta preciso indicar que la carga de la prueba es establecer a quien le interesa que un determinado hecho esté acreditado y se presenta al momento de sentenciar cuando el Juez valora los medios probatorios y encuentra que existe un hecho que no está debidamente acreditado, estando imposibilitado de actuar medios probatorios de oficio, acude a las reglas de la carga de la prueba y ve a quien le interesaba acreditar ese hecho y como no lo hizo resolverá en su contra.

Así, la fijación judicial de los hechos tiene que ser el resultado de la descripción objetiva de los hechos ocurridos, descripción que debe referirse a hechos realmente sucedidos. Como el Juzgador nunca ha tenido acceso directo a los hechos descritos y alegados, él tiene que recurrir a los medios probatorios que han sido utilizados para acreditar los hechos enunciados por las partes. La calificación jurídica, aunque se asiente en una actividad empírica (la observación y descripción de determinados hechos es de naturaleza empírica) importa una decisión del Juez en el sentido de que los hechos que él los considera probados en autos los subsume dentro del supuesto fáctico de la norma de derecho aplicable al caso.

III. LA PRUEBA ILÍCITA Y LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA PRUEBA

La prueba ilícita puede definirse desde un punto de vista genérico y extrajurídico³ como aquella que “ofende la dignidad humana”. Junto a esta acepción, otros autores refieren el concepto de prueba ilícita a la proscrita por el ordenamiento jurídico; así parte de la doctrina, desde una perspectiva amplia entienden por prueba ilícita aquélla contraria a la Constitución, la ley, la moral, las buenas costumbres o las disposiciones o principios de carácter general. Sin embargo, otros lo restringen a la que vulnera normas de rango legal, y en especial constitucional. Dentro de este concepto de prueba ilícita, que la relaciona con la idea de infracción de normas legales, encontramos algún autor que lo limita a los supuestos en que se produce una violación de preceptos sustantivos o materiales.

1 DEVIS ECHEANDIA, Hernando. *Compendio de la Prueba Judicial. Tomo I.* Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2000.

2 HINOSTROZA, Alberto. *La Prueba en el Proceso Civil. 2ª Edición.* Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1999”

3 PICÓ, Joan. “El derecho a la prueba en el proceso civil”. Primera edición. Barcelona 1996

La terminología utilizada por la doctrina no es uniforme, pues algunos hablan de prueba prohibida, ilegal, ilegalmente obtenida, etc.; sin embargo, se refieren al mismo tema.

Jairo Parra⁴ sostiene que “Es prueba ilícita la que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas. La violación se puede haber causado para lograr la fuente de prueba o el medio de prueba”.

Junto a esta acepción otros autores circunscriben el concepto de la “prueba ilícita”⁵ a la proscrita por el ordenamiento jurídico. La dificultad de esta definición se presenta al momento de delimitar el alcance que se le debe dar a la expresión “ordenamiento jurídico”. Así, desde una perspectiva amplia, parte de la doctrina entiende por “prueba ilícita” a la que es contraria a la Constitución, la ley, la moral, las buenas costumbres o las disposiciones o principios de carácter general³¹. En cambio, otro sector la restringe a aquellas que vulneran normas de rango legal y constitucional³², no faltando quienes la limitan exclusivamente a aquellas que son obtenidas violando derechos fundamentales.

La prueba ilícita se presenta como un problema de restricción probatoria, debiéndose tomar en cuenta que la naturaleza fundamental del derecho a probar como elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo, hace que el concepto de “prueba ilícita” deba ser lo más restrictivo posible, a fin de permitir que el mencionado derecho despliegue toda su virtualidad y eficacia. Desde esa perspectiva, el concepto de “prueba ilícita” debe circunscribirse a los medios y/o fuentes de prueba obtenidos con infracción de aquellos bienes jurídicos con los que el derecho a la prueba guarda relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico (derechos fundamentales y demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos).

Se puede afirmar entonces que, prueba ilícita viene a ser a aquellos medios probatorios y/o fuentes de prueba que han sido obtenidos con afectación de algún derecho fundamental o de algún bien jurídico constitucionalmente protegido; por lo tanto, no basta con que unos u otros hayan sido obtenidos en contravención de una norma legal para ser tildada de ilícita, sino que es necesario que dicha norma se sustente en uno de los elementos esenciales del ordenamiento jurídico con los que el derecho a la prueba guarda relaciones de coordinación y complementariedad, y que con la forma como se obtuvo el medio probatorio y/o la fuente de prueba el citado elemento haya sido afectado.

Respecto a este tema, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el expediente N° 2053-2003- HC/TC, de fecha 15 de setiembre del 2003⁶, definiendo a la prueba ilícita como “aquella en cuya obtención o actuación se lesionan los derechos fundamentales o si viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable”. Es así que para ver si estamos frente a una prueba ilícita debemos analizar si esta ha afectado directamente un derecho constitucionalmente consagrado como el derecho al honor, el derecho a la intimidad personal, el derecho al secreto de las comunicaciones, etc.; trasgrediendo el principio de licitud y por ende el aspecto procesal.

Siguiendo este orden de ideas, el derecho a la prueba de todo litigante conjuntamente con otros derechos consagrados también como fundamentales por nuestra Constitución, obliga a mantener un concepto lo más restrictivo posible de “prueba ilícita”. En consecuencia, el derecho a la prueba no es de carácter ilimitado, pues no se trata de un derecho a que se admitan y actúen toda clase de medios probatorio, sino de un derecho delimitado por los propios principios que respaldan su contenido y su ejercicio, así como por los demás elementos que configuran el derecho a un proceso justo.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado (*vid.* STC 010-2002-AI/TC, FJ 133-135)⁷ que “el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3,

4 CARRIÓN LUGAO. Jorge. *Tratado de derecho procesal civil volumen II*- 2° edición. Lima 2007. Editora jurídica Grijley.

5 *El Problema de la “Prueba ilícita”: Un caso de conflicto de derechos - Una perspectiva procesal N° 43*. Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, Lima.

6 STC 2053-2003-HC/TC – LIMA. Caso Edmi Lastra Quiñones.

7 STC 1014-2007-PHC/TC – LIMA. Caso Luis Federico Salas Guevara Schultz.



de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales *-límites extrínsecos-*, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión *-límites intrínsecos-*."

Es preciso señalar que los límites intrínsecos se deducen de diversos preceptos constitucionales, y se concretan en aquellos presupuestos o condiciones que, por su propia naturaleza, debe cumplir toda prueba, siendo éstos, a nuestro entender, la pertinencia y la licitud de la misma. Y que por su parte los límites extrínsecos se deben al carácter procesal del derecho objeto de estudio, y hacen referencia a las formalidades y cauces procedimentales imprescindibles para ejercerlo válidamente.

La citada pertinencia supone la relación entre el hecho que pretende acreditarse mediante un determinado medio probatorio y los hechos que constituyen el objeto de la controversia, así como la aptitud para formar la debida convicción del juzgador. Y, el otro límite es el de la licitud de la prueba, se deriva del debido respeto a los demás derechos fundamentales.

El análisis que haga el Juzgador en base a estos límites va a permitir obtener los datos necesarios para decidir cuando debe admitirse, actuarse y valorarse un determinado medio probatorio. Por ello, los límites del derecho a la prueba constituyen los criterios o pautas con que cuenta el órgano jurisdiccional a la hora de permitir la realización de la actividad probatoria necesaria para formar su convicción y resolver la cuestión litigiosa. Siendo el fundamento de estas limitaciones el principio de proporcionalidad, esto es, en la debida armonización entre los diversos derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos.

El carácter limitado del derecho a la prueba permite al legislador establecer ciertas restricciones al mismo. Así, puede promulgar leyes que señalen limitaciones probatorias relativas a la no utilización, en un caso concreto, de un determinado medio de prueba, si tales normas resultan justificadas por la necesidad de salvaguardar otro derecho fundamental, un valor constitucional o un bien constitucionalmente protegido.

IV. LA PRUEBA ILÍCITA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD FRENTE AL CONFLICTO DE DOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Si bien es cierto y conforme a lo expuesto, el derecho a la prueba es un derecho fundamental comprendido dentro del debido proceso, de naturaleza o carácter limitativo para no afectar otros derechos fundamentales que puedan existir; surgen también, casos en los cuales se puede presentar el conflicto o colisión entre dos derechos fundamentales y que de por medio se encuentre la prueba ilícita para llegar a la verdad de la defensa uno de ellos, y que siendo bienes dignos de protección por la misma delimitación que tiene el contenido del derecho a la prueba, radica la importancia del principio de la proporcionalidad o de un método de balance de bienes para el caso concreto.

Esa situación de conflicto es precisamente la que se presenta en el problema de la "prueba ilícita"⁸. Por un lado, se encuentran el derecho a la prueba y la búsqueda de la verdad jurídica objetiva (ambos, elementos esenciales del derecho fundamental a un proceso justo). El primero exige que se admita al proceso o procedimiento el material probatorio que ha sido ofrecido para acreditar los hechos que configuran una pretensión o una defensa. La segunda rechaza todo apartamiento consciente y voluntario de los datos procesales que resulten relevantes o esenciales para la justa solución de la causa. Por otro lado, se encuentran los derechos fundamentales y demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos que exigen no ser vulnerados o lesionados. El conflicto se presenta cuando para acreditar algún hecho o alcanzar la verdad en el proceso, se obtienen medios y/o fuentes de prueba con afectación de derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, que luego se quieren hacer valer al interior de un proceso o procedimiento. Existirá una situación de conflicto porque mientras el derecho a la prueba y la búsqueda

⁸ El Problema de la "Prueba ilícita": Un caso de conflicto de derechos - Una perspectiva procesal N° 43. Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, Lima.

de la verdad jurídica objetiva parecen propugnar su admisión (sin perjuicio de la sanción que corresponda al agente), los derechos fundamentales, o demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, que han sido afectados exigirán su exclusión o pérdida de eficacia probatoria.

Frente a esta problemática, el Tribunal Constitucional en el expediente N° 6712-2005-HC/TC⁹, de fecha 17 de octubre de 2005 ha establecido que “lo que corresponde realizar es una determinación de los contenidos de cada uno de los derechos involucrados, solo así se llegará a la delimitación adecuada de sus contornos. Para ello, será necesario optar por el método de la ponderación, con una utilización mixta de los criterios de razonabilidad (propios de cualquier relación entre derechos fundamentales) y de desarrollo colectivo (exclusivo de los derechos de respeto de la persona y los comunicativos).”

Aunque en el proceso civil el descubrimiento de la verdad no justifica que se permita la prueba ilícita frente a la propia norma constitucional en este no se excluye la posibilidad de ponderación entre el derecho que se pretende tutelar y el derecho violado por la prueba ilícita. Destacándose que la ponderación no es entre el descubrimiento de la verdad y el derecho violado por la prueba, sino entre el derecho material que se desea tutelar en la forma jurisdiccional y el derecho material violado por la prueba ilícita. Siendo así el uso de la prueba ilícita podrá ser admitido, según la lógica de la regla de proporcionalidad y como acontece cuando hay colisión entre derechos consagrados constitucionalmente y conforme a las circunstancias del caso concreto.

Cuando se piensa en el principio de proporcionalidad¹⁰ hay siempre que considerarse el valor del bien jurídico que se busca proteger por medio de la prueba ilícita y el valor del bien opuesto, por ella perjudicado. Después, verificar si hay otra prueba, además de la ilícita, capaz de demostrar las alegaciones.. En el proceso civil, la prueba ilícita solamente puede ser admitida cuando no hay ninguna otra prueba capaz de respaldar un derecho fundamental y la situación fáctica imprescindible para la tutela del derecho que, frente a las circunstancias del caso concreto merece tutela frente al derecho alcanzado por la prueba ilícita.

Aplicando estas ideas y la teoría del equilibrio o ponderación al problema de la prueba ilícita, tenemos que, según ella, en la problemática de la prueba ilícita convergen valores, derechos y bienes jurídicos que se encuentran en el mismo grado de jerarquía normativa, por lo que los conflictos que en cada caso concreto se susciten entre sí, para decidir sobre la admisión o exclusión de los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente, no pueden solucionarse en términos de predominio de alguno sobre los demás, sino en términos de equilibrio y razonabilidad. Efectivamente continuando con esta posición- la naturaleza fundamental del derecho a probar y de la verdad jurídica objetiva (como elementos esenciales de un proceso justo) hace que ninguno de ellos pueda ser soslayado por la mera invocación de proteger otro derecho fundamental u otro bien jurídico constitucionalmente protegido, sino que, por tratarse de elementos de igual jerarquía, su concurrencia o conflicto en cada caso concreto debe resolverse en términos de equilibrio y razonabilidad (es decir, fin lícito y proporcionalidad), sobre todo, teniendo en consideración la justicia del caso concreto. En ese sentido, el Juzgador deberá evaluar la situación en cada caso concreto a fin de decidir sobre la admisión o eficacia probatoria de los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente, o sobre su rechazo o exclusión en cada proceso o procedimiento.

Por tanto, cuando el Juez se encuentra en la delicada situación de tener que pronunciarse sobre dos derechos de rango constitucional o fundamentales y de por medio se encuentre una prueba ilícita, dependerá en su decisión la relación de importancia y gravedad que tenga el acto legal, es decir la valoración del Juez, y las consecuencias de su eventual exclusión de aquella prueba, el valor superior del derecho fundamental o del bien jurídico para motivadamente decidir darle la razón a uno de ellos, según sea el caso en concreto, aplicando la ponderación y criterios de razonabilidad que debe tener todo Juez.

Toda restricción en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, el principio de proporcionalidad supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

9 STC 6712-2005-HC/TC- LIMA . Caso Magaly Jesús Medina vela y Ney Guerrero Orellana

10 GUILHERME MARINONI. Luiz “La prueba ilícita”, 2008. Traducción de Renzo I.



El profesor Castillo Córdova¹¹ explica este principio aduciendo que el juicio de idoneidad tiene una doble exigencia. En primer lugar requiere que la medida o acto de delimitación del derecho constitucional tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin. Debe tenerse siempre en cuenta que lo que exige este primer juicio de idoneidad es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue.

Sin duda, cuando se presenta el tema de la prueba ilícita en estas situaciones es quizás una de las materias más complejas en el campo de la dogmática procesal civil, pero a la vez es una de las más apasionantes, interesantes y con claras implicaciones y connotaciones constitucionales y que el Juez se limita a aplicarlo en base de una ejemplar motivación, interpretación, etc.

V. CONCLUSIONES

De lo antes expuesto, podemos concluir que prueba ilícita es aquella que ha sido obtenida con lesión de derechos fundamentales y, en esencia, se constituye en un límite para el principio general de averiguación de la verdad en el proceso. Para el caso del Perú, los derechos fundamentales susceptibles de ser vulnerados por la prueba ilícita son los consagrados en el Capítulo I del Título I de la Constitución, pero teniéndose en cuenta lo prescrito por la propia Constitución en su artículo 3º que incluye a los demás derechos no enumerados que ella garantiza, otros de naturaleza análoga o los que deriven de la dignidad humana, del Estado de Derecho, entre otros.

Pensar que la labor de la valoración de la prueba no es fácil, mecánica o automatizada puesto que el Juez irá construyendo la convicción o certeza sobre los hechos controvertidos conforme analiza y evalúa las pruebas, lo que implica un examen total de los medios probatorios obrantes en autos, a fin de cumplir con el mandato legal de valoración conjunta. De esta manera las pretensiones de las partes se verán reforzadas o mediatizadas conforme el Juez vaya analizando y sopesando los medios probatorios hasta llegar al momento de la decisión final.

No olvidemos que el test de proporcionalidad en sentido estricto o juicio de ponderación supone la presencia de dos derechos constitucionales que, en concreto, se encuentran en una situación de conflicto o tensión de manera que se requiere disipar o extinguir tal alteración relacional a fin de mantener un clima de equilibrio y armonía. Será entonces, cuando el Órgano Jurisdiccional determinará si la medida es en sí misma capaz, idónea, apta, adecuada o eficaz para garantizar la consecución de la finalidad constitucional que persigue. Si la respuesta es positiva, el Juez procederá a verificar la disponibilidad de otros medios igual o similarmente aptos pero menos gravosos o nocivos que el elegido; de haberlos con una eficacia equivalente o mayor al elegido pero de menor afección para el derecho o principio intervenido, el medio será desproporcionado por innecesario y, por ende, contrario a la Constitución; en cambio, si no hubieran otros medios igualmente idóneos o, de haberlos, pero igualmente gravosos, el medio será necesario y, por consiguiente, habrá superado el test de necesidad o indispensabilidad. Luego de producido esto, el medio deberá ser sometido al test de proporcionalidad en sentido estricto o juicio de ponderación.

Finalmente, el derecho a la prueba no es un derecho absoluto, sino que debe ser ejercido con ciertos límites y respetando los derechos fundamentales de las personas; sin embargo, el uso de la prueba ilícita podrá ser admitido, según la lógica de la regla de proporcionalidad y como acontece cuando hay colisión entre principios, conforme a las circunstancias del caso concreto. En cualquier caso, el absurdo y la arbitrariedad se encuentran velados. El Juzgador deberá decidir respecto a la admisión, eficacia o rechazo del material probatorio obtenido ilícitamente, respetando el principio de proporcionalidad y derivando su decisión de la realidad social donde se produce el conflicto, de los valores, principios, derechos y demás normas jurídicas que concurren a la solución del caso concreto, así como de las circunstancias comprobadas de la causa.

11 PISFIL FLORES, Daniel. Breves apuntes en torno a la aplicación del principio constitucional de proporcionalidad en un "caso difícil": Prueba ilícita.

IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2014