

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



IPSO JURE

AÑO 7 NRO. 28 MARZO 2015

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



PRESENTACIÓN



Es sumamente grato para mí hacer la presentación de la Versión N° 28 de la Revista IPSO JURE, edición febrero 2015.

En esta nueva edición, se da crédito al arduo trabajo de investigación por parte de los conocedores del derecho, quienes con sus artículos aportados, nos permiten acercarnos al mundo académico y comuna en general.

Expreso mi consideración, respeto y agradecimiento a quienes desde nuestro país y desde los países vecinos y del mundo escriben a IPSO JURE, y un reconocimiento especial a su Director, Juez Superior Edwin Figueroa Gutarra y al Consejo Directivo que integra, por la excelente labor desplegada.

Resulta oportuno destacar las bondades que esta revista brinda a sus fieles y constantes lectores, en razón de haberse convertido en un manual de consulta, gracias a la participación activa de quienes escriben en estas páginas, las que sin duda alguna aportan con artículos de calidad.

Por mi parte, y en mi condición de Presidenta de esta Corte Superior de Justicia, estoy presta y llana a dar el apoyo necesario para que la revista se fortalezca aún más, pues con ello se prestigia nuestra institución.

ANA ELIZABETH SALÉS DEL CASTILLO
Presidenta de CSJLA



CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dra Ana Salés del Castillo, **Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.**
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores **Jueces Superiores.**
 - Dra. 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.**
 - Dra. Clara Odar Puse, en representación de los señores **Jueces de Paz Letrados**

Auxiliares jurisdiccionales de apoyo:

Sara Véronica Vera Zuloeta

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



INDICE

JUECES Y ARGUMENTACIÓN EDWIN FIGUEROA GUTARRA	7
EL CAMINO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE (REFLEXIONES A LOS DIEZ AÑOS DE VIGENCIA DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL) LUIS R. SÁENZ DÁVALOS	21
VERDADERO SENTIDO INTERPRETATIVO DE LA CONSECUENCIA NORMATIVA 'CADUCIDAD DE LA PENSIÓN' CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 46 DEL DECRETO LEY 19990, Y LOS 'DERECHOS O SITUACIONES JURÍDICAS GENERADOS O PRODUCIDOS POR LA EXISTENCIA DE UNA PENSIÓN' NO COMPRENDIDOS DENTRO DE DICHO SUPUESTO NORMATIVO LORENZO MARTÍN HUAMÁN VERA	43
NECESIDAD DE UNA LEY DE EJECUCION PENAL JUVENIL EN ARGENTINA. ASPECTOS GENERALES. DANIEL ALEJANDRO ESCALANTE.	51
REUNIÃO DE EXECUÇÕES NA JUSTIÇA DO TRABALHO LORENA DE MELLO REZENDE COLANGO	61
ALGUNAS CONSIDERACIONES PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL DELITO DE ABORTO EUGENÉSICO. MARTIN TONINO CRUZADO PORTAL	73
ALGUNOS APUNTES SOBRE EL DERECHO A LA INSURGENCIA, LA REBELIÓN Y EL CASTIGO DE LOS VENCIDOS ROYER EDISON VEGA VÁSQUEZ	87
UN NUEVO MODELO DE ANÁLISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL CASO DE LAS FUERZAS DE PAZ DE NACIONES UNIDAS HOY LUZ AMPARO LLANOS VILLANUEVA	101
ANALISIS TELEOLOGICO DEL ARTICULO 388° DE CODIGO PENAL ALDO MANUEL ORTIZ TORRES	107



PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Comenzamos un nuevo año imbuidos de las fuerzas motivadoras que impulsan una nueva gestión en Presidencia de Corte y es la Dra. Ana Salés del Castillo quien ha de conducir los destinos de esta Corte de Justicia durante los años 2015 y 2016.

Es importante poner de relieve el rol de la mujer en la judicatura pues en la extensa trayectoria de esta Corte de Justicia, desde 1920, es ésta recién una segunda vez en que el género femenino dirige la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, una de las Cortes más importantes del país. En esa misma reflexión, ¿por qué este rol acaso mal llamado predominante de los varones en la conducción casi permanente de la institución? Es complejo aventurar una respuesta consistente pero consideramos que ello parte, entre otras razones, de una idiosincracia propia de la sociedad de asignar al varón, por costumbre, las tareas más importantes, en desmedro de una competencia que el género femenino puede trabajar en condiciones de igualdad.

Sin embargo, observemos que no solo en Perú sino en la propia experiencia comparada, cada vez más existe un número mayor de mujeres desempeñando tareas de responsabilidad en la judicatura, a tal punto que de los 4 niveles de justicia profesional letrada en Perú (jueces de Paz Letrados, jueces especializados, jueces superiores y jueces supremos), los dos primeros niveles, ciertamente más numerosos, marcan ya una mayoritaria presencia del género femenino, conservando aún una mayoría de varones los niveles tercero y cuarto, correspondientes a las Salas Superiores y Salas Supremas. Es previsible que esto sea inclusive aún un aspecto temporal pues es cada vez mayor el número de plazas ocupadas por juezas en los últimos años en Salas Superiores y Supremas.

En esa misma ruta de ideas, hoy no hay diferencias salariales en las funciones de jueces, a diferencia de otras áreas del sector público, pues tal como informa el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática INEI, en cifras del año 2013, el promedio de diferencia remunerativa es del 15%, a favor de los varones, en lo relacionado a la remuneración. Más aún, en cuanto a niveles propiamente dichos, la presencia de las mujeres es del 28% en el rubro de funcionarios y directivos; de 43%, en profesionales; 53%, en carreras especiales; 40%, en técnicos; y 25%, en el ámbito de auxiliares. A su vez, a nivel global, 45% es el porcentaje de mujeres trabajadoras en el sector público y 33% en el sector privado.

Las cifras exhibidas no hacen sino mostrar una evolución objetiva: la mujer ocupa un espacio cada vez más amplio en responsabilidades en el país y ello obedece, adicionalmente, a una concientización propia, desde los derechos fundamentales en su expresión material de igualdad, de que el *status quo* de lustros pasados respecto a una preponderancia de la labor del varón en las actividades económicas, no podía continuar más, por constituir una forma, muchas veces velada, de discriminación negativa.



Hacemos nuestros votos pues para que esta gestión de Presidencia logre los objetivos que se ha trazado y que esta Corte Superior de Justicia conserve y logre aún mayores hitos de prestigio que le corresponde por su condición de una de las más antiguas del país.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra

Director



JUECES Y ARGUMENTACIÓN

Edwin Figueroa Gutarra¹



“No hay mejor forma de ejercitar la imaginación que estudiar la ley. Ningún poeta ha interpretado la naturaleza tan libremente como los abogados interpretan la verdad”
Jean Giraudoux

Sumario

Introducción. 1. La argumentación jurídica. Importancia de su función. 2. Derecho y argumentación. 3. La construcción de argumentos. 4. El ordenamiento jurídico. 5. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación. 6. Justificación interna y justificación externa. 7. Teorías de la argumentación jurídica. 7.1. La tónica de Viehweg. 7.2. La retórica de Perelman. 7.3. El discurso racional de Alexy. Conclusiones de interés.

Resumen

La construcción de la argumentación de los jueces demanda una correlación de conceptos necesarios que identifica la teoría del derecho, la filosofía del derecho, los derechos fundamentales y las propuestas de las escuelas de la argumentación. El estudio que desarrollamos plantea a este respecto algunas reflexiones iniciales en el propósito de que la labor judicial de sostener razones pueda verse más fortalecida a partir de la identificación de conceptos matrices en relación a las ideas esbozadas.

Palabras clave

Argumentación. Contextos de descubrimiento y justificación. Justificación interna. Justificación externa. Jueces. Viehweg. Perelman. Alexy

Introducción

Describir en unas pocas líneas los grandes ejes de la argumentación representa una tarea de suyo ambiciosa en tanto una idea de completitud al respecto resulta muy difícil de manejar si apuntamos a definir todos los ítems más importantes, entre conceptos clásicos de positivismo, no positivismo, teorías precursoras y teorías estándar de la argumentación.

Sin embargo, sí podemos aspirar a puntualizar algunas de las ideas más relevantes en relación a la disciplina de la argumentación, materia que hoy ha asumido una extraordinaria importancia en tanto en todos los ámbitos argumentamos: en nuestras relaciones personales, en los roles institucionales asignados a nuestra formación, y en propiedad, cuando se trata de presentar una tesis que pueda consistir en una demanda o una resolución judicial, ámbito este último en el cual la tarea de argumentar resulta mucho más exigente en cuanto se pretende aportar razones jurídicas consistentes, coherentes y prevalentes.

De ahí el título de nuestra ponencia en cuanto queremos abordar ese rol en especial que les corresponde a los jueces cuando deben argumentar, no en la idea de que fijemos un glosario de pasos necesarios ni alcanzar al famoso juez Hércules en el imaginario de Dworkin, pues versiones al respecto existen muchas, sino procurando destacar la importancia de percibir ese quehacer desde la posición de quien está en la posición de garante de los fundamentos de su decisión, en tanto debe ejercer una función de respaldo de los argumentos que sustentan su posición.

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



Es nuestro propósito pues poner de relieve algunos conceptos siempre distintivos respecto a la importancia de la argumentación jurídica, partiendo de la necesaria vinculación entre Derecho y argumentación, y en qué medida la construcción de argumentos es una labor ciertamente compleja, para discurrir, de igual modo, por algunas nociones de la argumentación constitucional, en tanto argumentación y derechos fundamentales suelen presentar una vinculación la mayor de las veces estrecha.

A partir de estas nociones de entrada, deviene importante puntualizar las acepciones de ordenamiento jurídico, contextos de descubrimiento y justificación, y en propiedad, justificaciones interna y externa, en tanto son conceptos sucedáneos de la argumentación y todos ellos marcadamente entrelazados, para finalmente abordar un esbozo inicial, corto por razones de espacio, de algunas de las teorías de la argumentación jurídica que más han impactado en los últimos años.

Ciertamente las teorías han construido importantes estándares para la construcción de argumentos y sin embargo, debemos advertir que la complejidad del Derecho y de misma realidad, tornan en puntos de partida los ejes ancla sobre los cuales reposan las vigas centrales de varias teorías de la argumentación, en tanto y en cuanto el incesante devenir de la realidad y de la riqueza inagotable de los hechos, obligan a revisar permanentemente nuestras propuestas argumentativas, de tal forma que cobra realidad la frase con la cual comienza este estudio, en la medida que la interpretación de la ley por parte de los abogados en el propósito de desarrollar sus asertos de verdad, demanda una gran dosis de imaginación, tarea solo comparable a la de los poetas y más aún, inclusive más exigente que aquella.

Argumentar es, pues, parte de nuestras vidas y en esa reflexión podemos coincidir parafraseando a Ortega y Gasset en el sentido de que construir razones es nuestro ser y circunstancia.

1. La argumentación jurídica. Importancia de su función

La argumentación jurídica nos enseña a construir las razones con las cuales sustentamos una decisión con relevancia jurídica. La argumentación constitucional, a su turno, reconduce nuestra base argumentativa por el escenario de los derechos fundamentales y determina en qué medida, las pretensiones constitucionales han de merecer una respuesta razonada de los intérpretes autorizados de la Constitución que son en propiedad los jueces constitucionales.

Podemos figurarnos, entonces, que la importancia de la argumentación jurídica radica en que ella permite la plasmación de las justificaciones del juzgador a propósito de su decisión.

Inicialmente el juez se encuentra frente a un problema, identifica a qué alude la controversia sometida a su conocimiento y luego de ello, realiza un examen exhaustivo de los hechos. El contexto de descubrimiento habrá de informarle que será necesario recurrir a su bagaje de conocimientos para asumir determinada posición, será exigible adoptar una posición frente al problema jurídico suscitado y luego de ello, habrá que comenzar a construir la decisión, cuidando de separar en forma ordenada sus argumentos, los cuales unos habrán de constituirse, los complementarios, como *obiter dicta*, o razones complementarias, y otros tantos, como *ratio decidendi*, o justificaciones principales del fallo.

En todo ese ejercicio, habrá de observarse que el esquema de justificación interna sea compatible con el uso de las reglas de la lógica, y es en la justificación externa, al desarrollarse la explicación material de las premisas, que habrá de observarse la importancia de construir buenos argumentos, buenas razones y buenas justificaciones, a propósito de la decisión que cierra el conflicto o que en su caso, implica un análisis razonado de la decisión.

Algunas veces podremos preguntarnos, como hacía García Figueroa, que si los jueces han resuelto durante mucho tiempo solo con su conocimiento de la norma y el examen directo de los hechos, y así parecen haberlo hecho durante muchos siglos, ¿por qué esos parámetros hoy tendrían que cambiar? En otros términos, ¿por qué no podremos justificar como se hacía antaño cuando se optaba por validar una decisión que tuviera cuando menos elementos razonables de un ejercicio mínimo pero suficiente de justificación? La respuesta es puntual: porque los parámetros de exigencia de justificación han cambiado sustancialmente.



Argumentar en el siglo XIX se circunscribía al contexto de potestades del juez en el Estado legal de Derecho, en el cual la norma legal o la ley, representaba el punto más alto de interpretación y argumentación para el Derecho.

Hoy esos parámetros han cambiado en varios aspectos: ya no tenemos en estricto un Estado legal de Derecho, que es ciertamente el punto de partida del constitucionalismo moderno, sino existe un Estado constitucional, en el cual la exigencia de justificación es mucho mayor, pues hoy existe un conjunto de derechos- los derechos fundamentales- para los cuales la simple exigencia de justificación en base a la ley es notoriamente insuficiente.

Y no porque la ley haya perdido su valor. No es así en modo alguno. Se trata de que la ley sigue siendo el primer punto de referencia para la resolución de los conflictos, y sigue manteniendo el primer rango de fuente del Derecho respecto a la argumentación en la solución de conflictos.

Y sin embargo, la cuestión de que la ley no pueda responder de modo convincente a controversias como las relativas al derecho a la dignidad en su contenido constitucionalmente protegido,² como el derecho a vida si se trata de una cuestión de zanjar posiciones respecto al origen de la misma,³ o como las fronteras propias entre el derecho al honor y el derecho a la información, entre otras asuntos de actualidad, nos llevan a pensar en que efectivamente se necesita otros parámetros argumentativos frente a la importancia creciente de los derechos fundamentales.

De esa forma, no es lo mismo argumentar solo en base a los ámbitos de vigencia y validez formal de la norma jurídica, que hacerlo desde la perspectiva de los derechos fundamentales, en función a los contenidos de juridicidad y de moralidad de estos derechos.

Es pertinente pues remarcar el valor axiológico de los derechos denominados fundamentales, en cuanto ello permite un margen de diferenciación de los derechos denominados de origen legal, o de configuración legal si nos referimos a los derechos que resisten un ámbito de efectividad respecto de la norma jurídica.

Es en esa perspectiva que la argumentación cumple una función primordial dentro de la justificación externa en tanto en su decurso los jueces propiamente interpretan las normas de origen legal y constitucional, así como proceden a una lectura de los hechos de acuerdo a las controversias propias de la controversia materia de examen.

Es decir, el proceso de interpretación, tan importante en el derecho, se produce cuando argumentamos, denotándose un efecto de interrelación muy estrecho entre argumentación e interpretación, no de rango mayor a menor ni viceversa, sino de inter ejecución de ambos ejercicios racionales, pues al argumentar realizamos interpretación de la norma y los hechos, y al interpretar, igualmente desarrollamos un ejercicio de argumentación.

No se trata, sin embargo, de lecturas iguales en cuanto la interpretación obedece más a un contexto

2 STC 2016-2004-AA/TC. Caso Correa Condori

El principio de dignidad de la persona

16. Partiendo de la máxima kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todas las planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas.

Consecuentemente, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares.

3 STC. ° 02005-2009-PA/TC. Caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción, de la Píldora del día siguiente

4.2. Teorías sobre el inicio de la vida

14. Desde el punto de vista de la ciencia médica existen diversas teorías que pretenden identificar el momento en el que la vida humana empieza. Hay quienes consideran que la vida humana surge desde el instante en que se inicia la actividad cerebral (aproximadamente la sexta semana contada desde la fecundación), pues resulta lógico que si la persona llega a su fin con el estado irreversible de las funciones cerebrales, de la misma manera la actividad cerebral daría inicio a la vida. Sin embargo, las más importantes considerando el número de seguidores, y que justamente han sido ampliamente debatidas a partir del caso en cuestión, se encuentran en la llamada Teoría de la Fecundación, basada principalmente en la existencia, ya en esta instancia, de una nueva individualidad genética; y la Teoría de la Anidación, fundamentada en la viabilidad del embrión y la certeza del embarazo.



de lectura de comprensión de los sentidos de la norma y de los hechos, en tanto que argumentar es, en propiedad, un ejercicio de construcción de razones que a su vez van a resultar muy útiles para consolidar el ejercicio de motivación que exige el artículo 139 inciso 5 de la Carta Fundamental.

Podemos perfilar, en ese propósito, que toda pretensión, al igual que toda decisión jurisdiccional, representa un ejercicio de construcción de argumentos y un argumento, asume la forma de una razón.

Tanto los abogados como los jueces y fiscales se encuentran obligados a que sus argumentos constituyan razones valederas, consistentes y coherentes, con marcado énfasis de responsabilidad para los jueces en mayor grado pues existe un mandato constitucional de motivación, cuya infracción implica incurrir en vulneración⁴ de un derecho fundamental.

2. Derecho y argumentación

Describir las relaciones entre Derecho y argumentación pasa por un necesario examen histórico de las exigencias argumentativas frente al Derecho. En efecto, a partir del modelo de justificación vigente es que podemos identificar el escenario de dimensión argumentativa del Derecho. Y dentro de esa línea argumentativa, observaremos la relevancia de los derechos fundamentales en relación con la argumentación en el Estado constitucional.

Por la Ley del Talión “Ojo por ojo, diente por diente”, desde el Código de Hammurabi, el Derecho solo podía entenderse como una reacción proporcional, sin contenido alguno adicional, salvo el de la respuesta de igual forma a la ofensa, criterio que a su vez representó hasta una pauta de equivalencia, dadas las venganzas desmedidas⁵ que el mundo sufría antes de la Ley del Talión.

A partir del iusnaturalismo, entre cuyos representantes podemos referir a Grocio, Althusius, Locke, Hobbes y Rousseau, la relación entre Derecho y argumentación se ciñó a una subordinación del derecho en su conjunto, a una razón inmanente, natural, divina, cuya argumentación solo podía sujetarse a fundamentar las razones de esa noción de trascendencia superior y de más allá de las fronteras espirituales.

En la España del siglo XVIII, por Real Cédula dictada en junio de 1768,⁶ el Rey Carlos III de España prohibió a la Audiencia y demás jueces de Mallorca la práctica de motivar las sentencias que hasta entonces se observaba. Se señalaba al efecto:

“Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes se siguen ;mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose a las palabras decisorias, como se observa en el mi Consejo, y en la mayor parte de los Tribunales del Reino; y que a ejemplo de lo que va prevenido a la Audiencia de Mallorca, los Tribunales ordinarios, incluso los privilegiados, excusen motivar las sentencias como hasta aquí, con los vistos y atentos en que el hecho de los autos y los fundamentos alegados a las partes; derogando, como en esta parte derogo, el auto acordado 22, Tít. 2º, Libro 3º, duda 4ª Rec. u otra cualquiera resolución o estilo en contrario”

La noción del Estado de Derecho transforma progresivamente los esquemas de unilateralidad de la razón en exigencias argumentativas de aporte de fundamentos para la validez de las decisiones jurídicas. Por tanto,

4 STC 00728-2008-PHC/TC Caso Giuliana Llamoja.

El fundamento jurídico 7 describe las siguientes categorías contrarias a una debida motivación: Inexistencia de motivación o motivación aparente, falta de motivación interna del razonamiento, deficiencias en la motivación externa, motivación insuficiente y motivación sustancialmente incongruente.

5 La Biblia refiere en Génesis 34,1,31, que una joven de nombre Dina fue agredida sexualmente por un hombre llamado Siquem. En venganza, los hermanos de ella mataron al violador, a su padre y a todos los jóvenes de sexo masculino de la ciudad. Vista de esta forma, la Ley del Talión representó una idea de proporcionalidad, en comparación a las venganzas que permitían crímenes desmedidos.

6 GHIRARDI se refiere a la Real Cédula de 1778 (Ghirardi, Teoría y práctica del razonamiento forense. *Advocatus*, Córdoba, 1999, p. 15), sin embargo, precisan Carlos Garriga y Marta Lorente, siguiendo a J.M. Mariluz Urquijo que la fecha correcta es de 1768. (GARRIGA, Carlos - LORENTE, Marta: *El Juez y la Ley. La Motivación de las Sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)*. En: *La Vinculación del Juez a la ley. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 1997, p. 101, nota 17*). En SANTA CRUZ, Julio César. *Razonamiento Jurídico*. Diplomatura de Formación Profesional para Jueces del Segundo y Tercer Nivel de la Magistratura. Academia de la Magistratura, 2010. p. 14.

en vía de ejemplo, una condena impuesta en una sentencia en los albores del Estado de Derecho, ya debía cuando menos justificar las razones de forma y fondo para la validez de la decisión. En forma paulatina, el Derecho comienza convertirse en un mecanismo de respuesta, efectividad y solución de los conflictos jurídicos, frente a los cuales debía cumplirse la configuración de razones válidas, congruentes y suficientes para la validez de una decisión, más aún si ella era jurisdiccional.

La irrupción del Estado constitucional, cuya tesis es la Constitución como cúspide del ordenamiento jurídico, consolida la exigencia de una argumentación, formal y material, para la validación de las decisiones con relevancia jurídica. En ese caso, la argumentación ya no es solo una potestad que debe impulsar el Estado, sino una necesidad para la legitimación de las decisiones en ese Estado con principios, valores y directrices de contenido constitucional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Ley Fundamental de Bonn (Alemania, 1949), las Constituciones de Francia (1958), y España (1978), se orientan a consolidar como exigencia de todo Estado la observancia del respeto y la defensa de los derechos fundamentales, premisas a partir de las cuales podemos inferir, con suficiencia, que la debida motivación de las resoluciones judiciales, constituye un ejercicio de argumentación como singular expresión de una democracia viviente y no solo existente.

Perú se suma a esa ruta de exigencia con sus Constituciones de 1979, la Constitución modélica, y 1993, así como aporta a la exigencia de motivación su Código Procesal Constitucional de 2004, el cual exige que las decisiones, inclusive de órganos constitucionalmente autónomos,⁷ cumplan el deber de motivar sus decisiones.

Es posible observar, a partir de estas menciones de orden histórico, la necesidad de identificar un estrecho nivel de relación entre cómo se configura el Derecho en determinado momento histórico, y cómo, a partir de esa percepción, tiene lugar el proceso argumentativo.

En una idea resumen, podemos establecer que las relaciones históricas entre Derecho y argumentación se han orientado a que la exigencia de argumentación se ha ido incrementando, a medida que los derechos de las personas han ido progresivamente impregnándose de mayor contenido y a medida que los derechos fundamentales, con su crecimiento vía las tesis constitucionales de derechos no enumerados e incorporados paulatinamente al ordenamiento constitucional, han ido transformando las potestades de orden facultativo de argumentación, en sendos deberes de raigambre constitucional.

Bajo esa pauta, hoy el Derecho es argumentación y la argumentación es Derecho, en una relación indisoluble cuya base se ciñe a las exigencias de un Estado constitucional.

3. La construcción de argumentos

¿Qué significa construir argumentos? ¿Se trata de una labor meramente teórica y abstracta? ¿Implica ello para el juez cerrarse en su gabinete y ejercer una construcción de ideas hondamente esquemáticas y abstractas? ¿Es una buena sentencia aquella que abunda en argumentos de Derecho? ¿O es mejor sentencia aquella que es eminentemente práctica?

Vamos por partes. Construir argumentos es una labor de construcción de razones. Significa, en buena cuenta, aplicar lógica, interpretación, desarrollar motivación suficiente y exige de parte de los jueces, constante preparación, formación, lectura, identificación con el trabajo, cultura jurídica, entre otras virtudes necesarias para desarrollar una buena argumentación.

⁷ Inicialmente, el voto de los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, en los procesos de ratificación desarrollados conforme al artículo 154 inciso 2 de la Constitución, involucraban solo un voto de confianza y como tal, la justificación no era exigible. El Código Procesal Constitucional y el desarrollo jurisprudencial de la exigencia de la motivación, en cuyo caso el proceso Álvarez Guillén aquí reseñado es emblemático, han modificado sustancialmente ese panorama y desde la vigencia de la nueva herramienta procesal constitucional, la motivación en los procesos de ratificación, resulta un derecho de los magistrados. Y creemos que la perspectiva de análisis es puntual en el siguiente aspecto; si el magistrado laboró 7 años al servicio del Estado, concluido ese período, dicho magistrado como ciudadano, tiene derecho a saber por qué no se la ratifica y se determina la conclusión de su contrato de trabajo. A ello apunta la motivación constitucional en el tema de la ratificación de magistrados. Vid también STC 3361-2004-AA/TC. Caso Jaime Álvarez Guillén.



Manuel Atienza⁸ desarrolla hasta 10 buenas razones para argumentar bien, las cuales son, a juicio nuestro, un excelente punto de partida, para rescatar las nociones de entrada en toda argumentación que quiera preciarse de suficiente.

De otro lado, la argumentación no es una tarea por entero abstracta. Es abstracto el razonamiento del juez para llegar a una conclusión pero una vez que el problema ha sido enfocado, el desarrollo del problema debe ser eminentemente pragmático pues partimos de la tesis de que un conflicto es un hecho real que tiene que ser dilucidado. Como refiere Atienza:⁹ *"Si se quiere, al lado del lema: "la enseñanza del Derecho ha de ser más práctica", tendría que figurar este otro: "¡no hay nada más práctico que la buena teoría y el núcleo de la buena teoría jurídica es argumentación!"*.

De esta tesis de hondo significado, podemos extraer que la argumentación debe ser buena teoría para que las decisiones con contenido jurídico sean fiel expresión del deber de resolver una controversia, cual fuere su naturaleza.

4. El ordenamiento jurídico

Precisadas las nociones que anteceden en conceptos de entrada al complejo mundo de la argumentación, queremos rescatar ahora, hasta 3 acepciones relevantes: el ordenamiento jurídico en la concepción de Norberto Bobbio, los contextos de descubrimiento y de justificación así como las nociones de justificación interna y externa, conceptos todos estos que se interrelacionan en tanto exigimos un ordenamiento que evite incoherencias y lagunas para que en el mismo, los intérpretes desarrollen la justificación de sus pretensiones, las cuales deben respetar, del mismo modo, reglas mínimas de no contradicción y desarrollo material de las premisas.

Fijadas esas ideas, podemos realizar un esbozo de cuáles son los aportes más importantes de diversas teorías de la argumentación jurídica.

En su concepto de orden normativo sistémico y aunque pudiera eventualmente criticarse que ésta sea una tesis positivista,¹⁰ convenimos con Norberto Bobbio¹¹ en que el ordenamiento jurídico goza de 3 caracteres esenciales: unidad, coherencia y plenitud.

De unidad, por cuanto las decenas de miles de normas y leyes existentes, sin contar otros tantos dispositivos reglamentarios, forman un todo armónico con la Constitución, en el sentido de que todas esas reglas, aún las que pudieran en determinado momento colisionar con la misma, forman una unidad representativa, en la cual en la cúspide de esa pirámide, la Constitución no es solo una norma más, sino la norma que realmente vincula a todos los poderes y por consiguiente, a todas las normas con rango de ley y administrativas.

8 ATIENZA, Manuel. DIEZ CONSEJOS PARA ARGUMENTAR BIEN O DECÁLOGO DEL BUEN ARGUMENTADOR. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 29 (2006)

9 1. *El mejor consejo que puede darse a quien desee argumentar bien en el Derecho o en cualquier otro ámbito es prepararse bien (...)*

2. *Hay aspectos comunes a cualquier tipo de argumentación, pero también rasgos peculiares de cada campo, de cada tipo de debate. Por ejemplo, lo que es apropiado para una conferencia (la exposición por extenso de una tesis) no lo es para el que participa en una mesa redonda: (...)*

3. *No se argumenta mejor por decir muchas veces lo mismo, ni por expresar con muchas palabras lo que podría decirse con muchas menos. (...)*

4. *En una discusión, en un debate racional, esforzarse porque el otro tenga razón -como alguna vez propuso Borges- parece demasiado (...)*

5. *Cuando se argumenta en defensa de una tesis, no estar dispuesto a conceder nunca nada al adversario es una estrategia incorrecta y equivocada.*

6. *Cuando se argumenta con otro, uno puede tener la impresión de que los argumentos de la parte contraria funcionan como una muralla contra la que chocan una y otra vez nuestras razones. Por eso, una vez probada la solidez de esa defensa, lo más aconsejable es ver si uno puede tomar la fortaleza intentando otra vía. (...)*

7. *La argumentación no está reñida con el sentido del humor, pero sí con la pérdida del sentido de la medida (...)*

8. *No se argumenta bien por hacer muchas referencias a palabras prestigiosas, autores de moda, etc. Lo que cuenta es lo que se dice y las razones que lo avalan.*

9. *Frente a la tendencia, natural quizás en algunas culturas, a irse por las ramas no cabe otro remedio que insistir una y otra vez en ir al punto, en fijar cuidadosamente la cuestión.*

10. *En cada ocasión, hay muchas maneras de argumentar mal y quizás más de una de hacerlo bien (...)*

ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho*. Palestra- Lima, 2004. p. 18.

10 La tesis del positivismo jurídico pretende asumir una noción de certeza, seguridad y fortaleza del Derecho sobre la base de que la norma jurídica debe responder con suficiencia al conflicto planteado. El positivismo se presenta como un método, una teoría y una ideología. Cfr. BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Fontamara, México, 1991. p. 89.

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

De coherencia, en razón de que el todo armónico que acabamos de reseñar en realidad puede presentar en algún momento contradicciones respecto a sus contenidos, esto es, normas que pudieran eventualmente contradecirse cuando de pretensiones judiciales contrarias pudiera tratarse, y sin embargo, esas incoherencias son resueltas por los jueces del Estado constitucional de diversas formas: sea por los métodos de solución de antinomias bajo los criterios *ley superior derogat inferior*, *ley posterior derogat anterior* o *lex specialis derogat generalis*¹² cuando se trata de conflictos normativos, o sea bajo otros parámetros como la ponderación y el principio de proporcionalidad, entre otros, si se trata de colisiones de principios, también denominados derechos fundamentales, o por extensión, normas- principios.

Y de plenitud, en vista de que las lagunas o vacíos del ordenamiento jurídico necesariamente y sin excusa, deben ser colmados. Es decir que, ante los conflictos normativos o las colisiones de principios, no pueden prevalecer vacíos más allá del simple examen inicial de la pretensión.

El Juez podrá advertir, frente a determinado caso, que si bien no hay una norma- regla aplicable al caso que debe resolver, o que no existe una ley o reglamento que pueda resolver la controversia, no por esta razón habrá de excusarse de solucionar el caso.

En tal sentido, tendrá que invocar principios, entendidos como mandatos de optimización, para poder dar solución al conflicto o controversia materia de análisis. Y más aún cuando se trata de derechos fundamentales, pues en rigor éstos tienen la premisa de optimizar los contenidos de pretensiones hasta donde sea racional y razonable tutelar un derecho iusfundamental frente a una afectación manifiesta a su contenido.

De ahí que podamos entender, también, la teoría del Derecho Constitucional, como una teoría de la integración,¹³ en el propósito de que siendo insuficiente resolver los conflictos con la ayuda de las normas-regla, deba acudir a los contenidos de las normas-principio como manifestaciones de optimización de los derechos fundamentales.

En consecuencia, todo ordenamiento jurídico puede a su vez ser entendido como un ordenamiento constitucional en el cual la Constitución regula como un todo armónico, coherente y pleno las relaciones entre los derechos fundamentales de los ciudadanos del Estado constitucional.



5. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación

Las diferencias centrales entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación se ciñen a la exigibilidad de justificación cuando argumentamos una decisión.

En relación al contexto de descubrimiento, podemos esbozar un ejemplo conforme a un ejemplo clásico de García Figueroa¹⁴ en el sentido siguiente: ¿podríamos exigirle a alguien explicar por qué le gusta el helado de vainilla? Podría en nuestro caso interrogársenos ¿tiene relevancia jurídica por qué hemos estudiado Derecho? O una pregunta más aún de contexto general ¿por qué unos vemos el vaso medio vacío y otros solemos verlo medio lleno?

El contexto de descubrimiento no asume relevancia en la argumentación constitucional en tanto no es exigible, racionalmente, la explicación de por qué se adoptó una u otra posición interpretativa pues en gran medida, este tipo de contexto tiene lugar respecto a los criterios de valoración del juez, a su formación, a su propia idiosincrasia frente a determinados problemas, a cómo ve un determinado problema con relevancia constitucional, entre otros fundamentos de su fuero interno.

¹² La traducción literal sería: "La ley superior deroga a la inferior; la ley posterior deroga a la anterior; y la ley especial deroga a la ley general". Sin embargo, la referencia es efectuada en un sentido de prevalencia de una ley sobre otra, sin llegar necesariamente a la derogación.

¹³ Cfr. LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987. En *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Núm. 59. Enero-Marzo 1988. p. 269.

¹⁴ GARCIA FIGUEROA, Alfonso y GASCON ABELLÁN, Marina. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores, Lima, 2003. p. 60.

En otra vía de ejemplo, los jueces de las zonas alejadas de la Costa, en donde las poblaciones- léase Comunidades Nativas- conservan valores distintos a los de las zonas urbanas en temas de represión de conductas antijurídicas- podrían asumir que constituya una conducta permitida que ciertos sectores de la población nativa puedan comprometerse y procrear familia desde temprana edad, en tanto que un juez de la Costa, más ceñido a valores de protección vertical de la indemnidad sexual de menores, sí consideraría la apertura de un proceso penal por cuestiones vinculadas a la protección estatal en caso de la unión marital con una persona menor de edad.

En el caso en comento, el contexto de descubrimiento del juez del entorno rural, expresado como su formación moral, social y de valores, informaría que no habría mérito para la imposición de una sanción penal, y en rigor el contexto de descubrimiento no es un ítem susceptible de examen pues el fuero interno obedece a un conjunto de razones determinadas para apuntar a una solución del conflicto.

La dimensión del problema, en términos de justificación, es otra cuando nos referimos al contexto de justificación. Las condiciones en este caso sí son diferentes pues el contexto de justificación asume relevancia jurídica en tanto el juez debe explicar, sustentar y argumentar por qué su decisión asume el sentido finalmente adoptado. En rigor, en el contexto de justificación, la sociedad abierta de intérpretes que somos todos los seres humanos con capacidad de raciocinio, siguiendo la noción háberleana, nos vemos en la necesidad, exigencia y requerimiento de fundamentar nuestras decisiones, a diferencia del contexto de descubrimiento, el cual solo enuncia nuestra posición.

Es en ese sentido cuando cobra una dimensión jurídico garantista la decisión del juez que debe sustentar una posición y las implicancias constitucionales son de suyo relevantes. Bajo los alcances del contexto de descubrimiento, no se le requerirá al juez por qué adoptó una decisión, o de qué manera se expresó ese fuero interno propio del mismo para entender que en un caso determinado, verbigracia, no adoptó una posición de tutela o de improcedencia. Tampoco sería viable, bajo las reglas del contexto de descubrimiento, por qué el juez partió de determinados supuestos para señalar que la pretensión constitucional sí debía declararse fundada.

Sin embargo, en el contexto de justificación el juez se ve impelido para expresar, una a una, las razones, normativas, fácticas o de principios, que le conceden fuerza a su decisión y que propiamente satisfacen la exigencia de una justificación.

Anteponer el contexto de descubrimiento como sustento de una decisión, en consecuencia, equivaldría a adoptar una posición subjetiva, en propiedad arbitraria o irracional. Sería asumir la posición de Luis XIV en la Francia del siglo XVII, al afirmar: *"El Estado soy yo"*,¹⁵ cuya equivalencia a un contexto de actualidad se acercaría a justificar que una sentencia ha sido expedida en la forma que lo fue, porque ése es simplemente el parecer del juez.

El contexto de justificación, apreciamos entonces, nos conduce a otro escenario de la argumentación: el necesario aporte de razones que a su vez determinen, racional y razonablemente, por qué el juez falló en la forma que lo hizo.

De ahí la importancia de la existencia de un contexto de justificación pues a través del mismo, como comunidad jurídica y bajo sustento constitucional,¹⁶ exigimos a los jueces una tarea de justificación sólida, coherente y consistente. Si la decisión judicial adolece de estas condiciones mínimas, se abren las puertas del necesario ejercicio de corrección bajo las reglas del principio de pluralidad de instancias. En consecuencia, una decisión constitucional sin un ejercicio adecuado de argumentación, debe ser dejada sin efecto.

15 *"L'Etat c'est moi"*. Luis XIV, también llamado el Rey Sol. Aunque la cita es acusada de apócrifa, la frase pudo derivar de la idea "El bien del Estado constituye la Gloria del Rey", sacada de sus Reflexiones. El sentido de la frase es vinculada al absolutismo político.

16 Constitución 1993. Artículo 139 inc. 5:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...)

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

6. Justificación interna y justificación externa

¿Por qué dividir la justificación en interna y externa? Fundamentalmente a efectos de dividir la decisión en 2 planos: por la justificación interna, apreciamos si el juez ha seguido un ejercicio de *sindéresis* lógica y revisamos, con insistencia, si el juez ha seguido las reglas de la lógica formal.

Analizamos en el plano de justificación interna, si el fallo ha sido cuidadoso en no entrar en contradicciones manifiestamente incongruentes. Verificamos si las premisas fácticas de vulneración de un derecho fundamental se adecúan y tipifican dentro de la norma tutelar constitucional o infraconstitucional.

En realidad, la decisión constitucional muchas veces constituye un conjunto considerable de premisas mayores o principios, valores y directrices, a cuyo ámbito se remiten igual número de hechos o circunstancias fácticas vinculadas a vulneraciones. En tal sentido, podemos apreciar un número considerable de razones que exigen ser delimitadas a través de un ejercicio lógico que denote que efectivamente hay una secuencia de congruencia, de iter procedimental lógico y que no se han producido cuando menos contradicciones entre las premisas mayores y las premisas fácticas, o entre los principios rectores de tutela y las circunstancias de hecho expuestas.

La tarea del juez constitucional, en estos casos, es acometer con mucho cuidado su tarea de construcción de argumentos y no podrá, en vía de ejemplo, resolver de forma desestimatoria una pretensión vinculada al derecho fundamental a la salud, unida a la norma-principio del derecho a la vida, si ya existe un antecedente jurisprudencial¹⁷ que sienta doctrina constitucional respecto a una tutela.

El juez no podrá alegar que conoce el antecedente pero que considera restarle validez. ¿Por qué? Porque en caso de una sentencia denegatoria, en la cual desestima la pretensión, cuando menos una de las construcciones lógicas- que no existe tutela del derecho fundamental a la salud cuando sí existe en otro caso resuelto por el supremo intérprete de la Constitución- devendría falsa.

Veamos esto con objetividad: creeríamos que el juez, al denegar el caso, infringiría un principio de la lógica formal: daría como cierto un hecho falso. En consecuencia, se consolida una manifiesta contradicción en su razonamiento y esa decisión es susceptible de ser atacada por un problema de justificación interna.

En otro ámbito, la justificación externa se acerca mucho más a una justificación material de las premisas: implica un ejercicio de justificación que bien podría ser *óptimo*, cuando justifica su decisión en base a la ley, la doctrina y la jurisprudencia,¹⁸ o bien cuando recurre a un ejercicio *mínimo suficiente* de la justificación, es decir, aporta cuando menos una sustentación que satisface los requisitos liminares de una justificación suficiente.

En la justificación externa, atendemos fundamentalmente a que en los casos en sede constitucional, los principios que justifican la decisión hubieren sido óptimamente delimitados, y que los hechos que rodean el caso, hubieren correspondido a una adecuada enunciación fáctica. Solo en esos casos, puede entenderse debidamente cumplido el ejercicio de justificación externa.

Por tanto, toda decisión judicial debe satisfacer los estándares de justificación interna y externa, en tanto la ausencia de una u otra, no permite la validez de la misma, asumiendo que la validez es en rigor, un ejercicio de compatibilidad con la Constitución, es decir, con los principios, valores y directrices de la Carta Magna.

17 Vid. STC 2945-2003.AA/TC caso Azanca Meza, sobre atención médica integral para pacientes con VIH/SIDA

6. (...) en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud no se encuentra contemplado entre los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2º de la Constitución, sino más bien se lo reconoce en el capítulo de los derechos económicos y sociales a que se refieren los artículos 7º y 9º de la Constitución, este Tribunal, al igual que nuestro similar colombiano, considera que cuando la vulneración del derecho a la salud compromete otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad, tal derecho adquiere carácter de derecho fundamental y, por tanto, su afectación merece protección vía la acción de amparo (STC N.º T- 499 Corte Constitucional de Colombia).

18 Vid. GASCON ABELLÁN, MARINA. *Los argumentos de la interpretación*. En *Razonamiento Jurídico*. XII Curso de Ascenso Academia de la Magistratura. p. 70.

Marina Gascón Abellán señala: "Los argumentos que sostienen la justificación externa de la premisa normativa pueden ser de tres tipos: el respeto a la ley (en particular las definiciones legislativas, las leyes interpretativas y los métodos de interpretación), los argumentos de la dogmática y el recurso a los precedentes."



7. Teorías de la argumentación jurídica

Es importante observar, a grandes rasgos, cuáles son las teorías de argumentación jurídica que han marcado un espacio determinado de influencia en el pensamiento jurídico contemporáneo para, a partir de las mismas, esbozar nuestros lineamientos centrales sobre la argumentación constitucional.

Los criterios de estas teorías constituyen una clara influencia sobre el pensamiento constitucional moderno y su conocimiento debe afianzar una visión en rigor amplia de las corrientes más representativas.

Comenzamos por analizar las posiciones de Viehweg y Perelman, quienes representan una tendencia que comienza a señalar que es necesario aportar otras fuentes de análisis para una mejor argumentación, descartando la mera lógica formal; y luego principalmente a Alexy, quien en rigor representa la teoría estándar de la argumentación jurídica por la presencia significativa del contexto de justificación como escenario que obliga al aporte de razones.

7.1. La tópica de Viehweg

Según Atienza,¹⁹ Theodor Viehweg (Leipzig, Alemania, 1907- Mainz, Alemania, 1988) pretende revitalizar la tópica. Refiere que los lugares comunes, los tópicos, las opiniones asumidas generalizadamente, nos pueden ahorrar un considerable esfuerzo fundamentador.

Lo importante no es lo que dice el Código, sino cómo resolver el caso aquí y ahora, y entonces entran en juego las técnicas de la tópica jurídica, los lugares comunes socialmente aceptados, la tradición jurídica compartida, etc.

Y aún cuando García Amado le critica a Viehweg su vaguedad, pluriformidad e indefinición metodológica, es innegable el gran valor anticipatorio de la teoría de Viehweg, al potenciar la perspectiva argumentativa desde una posición que se esfuerza por compatibilizar la práctica con la razón y la justicia.

Pero no solo este es el aporte de Viehweg a la disciplina de la argumentación. Sus propuestas tópicas rompen, de igual forma, con la hegemonía de la lógica formal para replantear que podía igualmente argumentarse, y de mejor modo, desde una alternativa distinta a la presentada, hasta entonces, por la lógica propiamente dicha, cuyos esquemas formales, de la mano de una secuencia positivista del Derecho, ya no brindaban una respuesta satisfactoria a las cuestiones controversiales del Derecho y que por lo tanto, exigían una nueva forma de argumentar.

La tópica, en esa forma, implicaba razonar a partir de problemas o casos con la idea de presentar una "jurisprudencia de problemas",²⁰ en la idea de proyectar "conclusiones que derivan de proposiciones que parecen verdaderas con arreglo a una opinión acreditada".²¹

La tópica consistiría en el siguiente método: "Cuando se quiere hacer una pregunta lo primero que se tiene que descubrir es el tópico que debe emplearse para obtener la conclusión dialéctica; en segundo lugar, se deben plantear en sí mismas las preguntas concretas, llevándolas con un determinado orden; y, por último, dirigir las adecuadamente al interlocutor".²²

Ciertamente la tópica apunta a una especie de lugar de donde se extraen materiales, propiamente argumentos, para una demostración de razones y aún cuando no percibimos una verdadera sistematización de la propuesta, es innegable concluir que la propuesta se diferencia de la propuesta de la lógica formal de completitud de sus argumentos desde una perspectiva del Derecho capaz de dar respuesta, desde la norma jurídica, a todas las cuestiones controversiales, reto que las corrientes positivistas ya no podían asumir y que

19 VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*. En *Las Razones del Derecho* de Manuel Atienza. p. 71.

20 MORELLI, Mariano G. *PENSAR EL DERECHO DESDE EL PROBLEMA. THEODOR VIEHWEG: TÓPICA y SISTEMA EN LA HISTORIA DEL DERECHO*. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/815/1446> p. 6. Fuente visitada con fecha 30 de junio de 2013.

21 MORELLI, Mariano G. Op cit. p. 8

22 ARISTÓTELES. *Topika*. Libro VII. 1.2. En VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Ed. Taurus, 1986, traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León. P. 41. En MORELLI, Mariano G. Op cit. p. 8.

Viehweg, al publicar *Topik und Jurisprudenz* en 1953, se anticipa a proyectar.

7.2. La retórica de Perelman

La retórica de Chaim Perelman (Varsovia, Polonia, 1912- Bruselas, Bélgica, 1984) constituye una de las apuestas más interesantes por rescatar el concepto persuasivo de la argumentación, a partir de la importancia de su correlación con la retórica del mundo griego, revitalizando así los conceptos de Aristóteles sobre la legitimidad filosófica de la retórica y relegando la condena de Platón frente a esta disciplina, en tanto la solía asociar a la sofística y a la manipulación de la verdad.

Se inserta esta propuesta, conjuntamente con la de Theodor Viehweg, propulsor de la tónica jurídica, en la exigencia de descartar los métodos de la lógica estrictamente formal para el desarrollo de las cuestiones de derecho.

La tesis de Perelman sustenta la prevalencia de la persuasión como elemento prevalente en el discurso argumentativo, a efectos de convencer a los demás de nuestra posición. Diríamos que esta tesis se acerca mucho a la idea de pretensión de corrección de Alexy, mas basados en que nos dirigimos a un auditorio particular y a un auditorio universal, respecto de los cuales es necesario que nuestro discurso persuada, explique y convenza. Precisamente la exigencia de adhesión de ese auditorio a las ideas, explica la figura de la importancia de la persuasión.

A propósito de la diferencia de los niveles de persuasión, es importante rescatar la diferencia que hace Guastini,²³ dentro de los alcances de la interpretación correctora, entre la tarea del abogado, la cual denomina es de valoración, elección y decisión, y la labor del juez, a la cual le asigna un contenido hondamente racional, en cuanto su tarea es sustantivamente cognoscitiva.

El juez no puede dejarse convencer solo por el discurso persuasivo del abogado en cuanto le es exigible conocer el proceso y determinar las pruebas que han de orientar la estimación o desestimación definitiva de la pretensión. Por lo tanto, es exigible someter las propuestas persuasivas al tamiz de la validación de los argumentos que exponen las partes, independientemente del nivel de persuasión de sus pretensiones.

En términos de Atienza,²⁴ Perelman rehabilita la lógica, planteando la retórica como una práctica argumentativa cuyo objetivo consiste en captar la adhesión de alguien. Perelman intentó construir una lógica específica de los valores y pretendió conducir la rehabilitación de la retórica como una disciplina de la antigüedad.

Este autor polaco contrapone dos esferas bien distintas del pensamiento: la lógica formal, regida por la idea de necesidad, y la argumentación, presidida por la idea de lo plausible, aceptable, verosímil. De esa razonabilidad nace la noción de un auditorio que ha de adherirse a un argumento.

La retórica, según Perelman, es pues el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar la adhesión a tesis presentadas a un determinado auditorio, excluyendo la violencia.

Representan elementos de la actividad argumentativa: el orador, el discurso y el auditorio. Para dicho autor, existen varios tipos de auditorio: universal, formado por todos los seres de la razón, aquel constituido por un único oyente (en el cual hay diálogo), y el constituido por uno mismo. Finalmente, los tipos de argumentación que invoca son: persuasiva, cuando se dirige a un auditorio particular, y convincente, cuando se desenvuelve el orador ante un auditorio universal.

Como crítica, Atienza advierte que la noción de auditorio universal es ambigua y sin embargo, le reconoce el esfuerzo por desarrollar el nivel de persuasión en la argumentación.

Llevadas las propuestas de Perelman a nuestra realidad, es importante destacar la necesidad de que el discurso argumentativo preste necesaria atención a la exigencia de persuadir, labor que no puede el abogado



23 GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Gedisa. Barcelona, 1999. p. 216.

24 PERELMAN, Chaim. *La nueva Retórica*. En *Las Razones del Derecho* de Manuel Atienza. p. 87.

hacer a un lado en tanto la construcción de sus argumentos de defensa, o de imputación si nos referimos al ámbito de los fiscales en tanto representan también la pretensión punitiva del Estado, exige un esfuerzo de argumentación desde una posición exigiblemente persuasiva.

¿Debe el juez persuadir con su decisión? Consideramos que ésta es una manifestación implícita de la decisión judicial pero junto a este rol de naturaleza del mensaje del juez, adquiere mayor noción de relevancia el rol cognitivo- racional, conforme reseñamos *supra*, es decir, tendrá que proceder el juez, por sobre las manifestaciones argumentativas de la persuasión, a definir racionalmente cuál es la fuerza probatoria de las pruebas aportadas y en qué medida ese rol cognitivo inclina su labor hacia una tarea mucho más objetiva, fuera de los apasionamientos que bien puede denotar el rol persuasivo.

7.3. El discurso racional de Alexy

En 1978, surgen las teorías modernas o estándar de la argumentación jurídica: de Robert Alexy²⁵ (Oldenburg, Alemania, 1945) y de Neil Mac Cormick²⁶ (Glasgow, Escocia, 1941- Edimburgo, Escocia, 2009), las cuales perfilan en conjunto, una referencia al análisis teórico de los procesos argumentativos en el derecho.

La teoría de la argumentación jurídica pretende la descripción, conceptualización y sistematización del razonamiento y en sí, representa un metalenguaje, un metadiscurso con sus propios instrumentos y sus propios presupuestos.

Así, conforme señala Matheus,²⁷ mientras el discurso de los juristas se inclina por el análisis de la pena, el recurso, el dolo y la negligencia, el metadiscurso de las teorías de la Argumentación Jurídica hará referencia a la premisa normativa, la lógica deóntica, la situación ideal del diálogo y el argumento de la universalización, entre otras ideas.

El discurso racional de Alexy revela, a juicio nuestro, uno de los aportes más significativos a la teoría de la argumentación jurídica, pues en función al aporte de razones válidas, congruentes y consistentes, se busca discernir sobre la validez del discurso jurídico que identifica a la decisión jurídica.

Revisar los postulados de Alexy significa asociar sus ideas a las tendencias de la ponderación y la proporcionalidad, en las cuales es importante rescatar el rol que juega la importancia del discurso racional respecto a la argumentación jurídica y en efecto, por sobre las críticas formuladas a la ponderación de intereses y el principio de proporcionalidad, estimamos que es válido concluir que ponderación y proporcionalidad no constituyen, en modo alguno, expresiones de subjetividad ni posiciones particulares que escapan al examen de los juicios de validez jurídica. Por el contrario, la tesis de Alexy se ciñe a que en el discurso racional un papel de suyo relevante, lo juega el aporte de razones.

Las posiciones de Alexy han sido ampliamente difundidas en el mundo del Derecho contemporáneo, desde diversas obras²⁸ y aportes, en la idea de sumar fuerza a la ponderación que en propiedad denomina *balancing*, desde la definición inglesa, y *Abwägung*, desde la doctrina alemana, en la idea matriz de que los principios, cuyo mejor ejemplo son los derechos fundamentales, pueden ser pesados y a partir de esa colisión, destacar que un principio se impone a otro.

Es de anotarse que esta propuesta puede ser blanco de objeciones: Jürgen Habermas considera que Alexy ha abordado equivocadamente sus presupuestos de filosofía del lenguaje y Paolo Comanducci critica que los principios sean abordados como elementos de definición de una controversia dada su indeterminación, al tiempo que García Amado objeta la subjetividad del método de la ponderación, pauta a la que debemos agregar la crítica de Luigi Ferrajoli en cuanto considera que la ponderación es un equívoco muy grave que debilita la normativa constitucional.

25 ALEXY, Robert. *La Teoría de la Argumentación Jurídica*. En *Las Razones del Derecho* de Manuel Atienza. p. 227.

26 MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. En *Las Razones del Derecho* de Manuel Atienza. p. 167.

27 MATHEUS, Carlos. *Normas y silogismo jurídico*. Materiales enseñanza Razonamiento Jurídico. PROFA. II nivel. Lima, 2004.

28 Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Palestra Editores. Lima, 2007. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002.

Y sin embargo, es necesario observar que la ponderación aspira a identificar una lógica procedimental en cuanto su aplicación propiamente dicha a través del test de proporcionalidad, identifica tres sub exámenes que en rigor son los pasos de idoneidad o adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, cuyo rigor de sistematización ha venido siendo una constante en la construcción abstracta de la teoría de Alexy, y que ha sido criterio rector de pronunciamiento en diversas sentencias emblemáticas de la propia jurisprudencia peruana²⁹ y de diversos ordenamientos constitucionales en el Derecho Comparado.³⁰

Conclusiones de interés

No obstante las pinceladas trazadas a modo de introducción, percibimos que nuestro análisis aún exige mucho por desarrollar dadas las premisas entimémicas de la argumentación, es decir, que no pueden explicitarse en lo sostenido todas las ideas por excelencia concurrentes para una mejor justificación.

A pesar de ello, algunos esbozos han merecido nuestro interés principal en la medida que hemos graficado ideas de entrada a propósito de la importancia de argumentar y la percepción de la importancia de ese quehacer por parte de quienes tenemos la responsabilidad de asumir decisiones a diario a propósito de definir controversias jurídicas.

Es en ese tránsito de exigible justificación, que diferenciar los contextos de descubrimiento y de justificación, coadyuvan a que separemos, en la decisión judicial, nuestros motivos personales de las razones realmente justificativas de la decisión, en la necesidad de que sean excluidos prejuicios, inferencias subjetivas y cuestiones de idiosincrasia del juicio jurídico.

Sobre esa separación necesaria, tiene lugar la justificación interna, a efectos de excluir juicios contradictorios, y la justificación externa, en referencia a una adecuada corrección material de las premisas, aspectos ambos necesarios para la validación suficiente de la razón judicial.

Por último, hemos querido brindar algunos lineamientos de reflexión de algunas de las varias importantes teorías de la argumentación jurídica, habiendo excluido, por temas de espacio, otros aportes de valor cuya data sería muy extenso enunciar.

Quedémonos sin embargo, con la idea fuerza de que la construcción de argumentos representa una tarea ciertamente compleja: miles de vicisitudes en el camino del razonamiento podrían bien variar en el camino de la solución de la controversia y a pesar de estar persuadidos de una justa solución en el caso concreto, bien podría conducirnos la existencia de soluciones múltiples a que pensemos, en paráfrasis, en la existencia del genio maligno del cual hablaba Descartes, haciéndonos creen en una solución pero encontrarnos prestamente otra inclusive mejor argumentada, lo cual podría conducir a un camino *sine die* de razones.

Pues ello no es estrictamente así. La construcción de argumentos implica el aporte de las mejores razones posibles para las cuales recurrimos a las herramientas más óptimas que la disciplina de la argumentación nos proporciona. Ese camino es de un permanente esfuerzo por desarrollar herramientas, alternativas y mejores recursos para brindar soluciones sociales en justicia. Es un reto al que no podemos renunciar.



29 STC 045-2004-AI/TC, caso PROFA; STC 007-2006-PI/TC, caso calle de las Pizzas; STC 032-2010-PI/TC, caso Ley del Tabaco; STC 037-2012-PA/TC, caso Scotiabank; entre otros casos.

30 Fundamentalmente Corte Constitucional de Colombia, Tribunal Constitucional español y la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (vid. caso Kimel vs Argentina. FF.JJ. 68-95)

Referencias bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Palestra Editores. Lima 2007.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.

ATIENZA, Manuel. DIEZ CONSEJOS PARA ARGUMENTAR BIEN O DECÁLOGO DEL BUEN ARGUMENTADOR. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 29 (2006)

ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho*. Palestra- Lima, 2004. .

BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Fontamara, México, 1991.

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

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

GASCON ABELLÁN, MARINA. *Los argumentos de la interpretación*. En *Razonamiento Jurídico*. XII Curso de Ascenso Academia de la Magistratura.

GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del Derecho. Gedisa. Barcelona, 1999.

LUCAS VERDÚ, Pablo *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*. La teoría constitucional de Rudolf Smend, Ed. Tecnos, Madrid, 1987. En *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Núm. 59. Enero-Marzo 1988.

MATHEUS, Carlos. *Normas y silogismo jurídico*. Materiales enseñanza Razonamiento Jurídico. PROFA. II nivel. Lima, 2004.

MORELLI, Mariano G. *PENSAR EL DERECHO DESDE EL PROBLEMA. THEODOR VIEHWEG: TÓPICA y SISTEMA EN LA HISTORIA DEL DERECHO*. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/815/1446> p. 6

SANTA CRUZ, Julio César. *Razonamiento Jurídico*. Diplomatura de Formación Profesional para Jueces del Segundo y Tercer Nivel de la Magistratura. Academia de la Magistratura, 2010. .



EL CAMINO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE

(Reflexiones a los diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional)¹

Luis R. Sáenz Dávalos²



- I). Consideraciones Generales
- II). Significado y características del Precedente Vinculante.
 - a). Lo elabora un órgano jurisdiccional especial.
 - b). Tiene un grado determinado de obligatoriedad.
 - c). El precedente mantiene relación directa con su caso fuente a efectos de su aplicación.
- III). Ámbitos de aplicación del precedente.
 - a). Ámbito Administrativo.
 - b). Ámbito Judicial.
 - c). Ámbito Constitucional.
- IV). El Precedente Constitucional Vinculante en el modelo establecido por el Código procesal Constitucional.
 - a). El Precedente Constitucional Vinculante sólo lo genera el Tribunal Constitucional.
 - b). El Precedente Constitucional Vinculante siempre debe ser objetivo o expreso.
 - c). El Precedente Constitucional Vinculante siempre debe precisar sus efectos normativos.
 - d). El Precedente Constitucional Vinculante puede ser cambiado o dejado sin efecto por el Tribunal Constitucional, siempre que se motive la decisión.
- V). Supuestos para generar un Precedente Constitucional Vinculante.
 - a). Contradicciones jurisprudenciales.
 - b). Interpretaciones erróneas de una norma.
 - c). Vacíos Legislativos.
 - d). Interpretaciones alternas de una norma.
 - e). Conductas inconstitucionales con efectos generales.
 - f). Necesidad de cambio de precedente.
- VI). La defensa procesal del precedente constitucional vinculante: Del recurso de agravio a favor del precedente al amparo contra amparo.
- VII). La Doctrina o Jurisprudencia Constitucional Vinculante.



¹ El presente trabajo tiene como base la Ponencia que presentamos al V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional desarrollado en Arequipa del 30 de Octubre al 01 de Noviembre del 2014. Al texto por entonces redactado, le hemos retocado cosas muy breves, pero también y por sobre todo, añadido algunos temas que en su momento no pudieron desarrollarse por razones de espacio.

² Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Secretario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

I). CONSIDERACIONES GENERALES

Desde que el Código Procesal Constitucional entro en vigencia (2004), han sido numerosos y cada vez más recurrentes los estudios dedicados al tratamiento del Precedente Constitucional Vinculante³. Su reconocimiento en el Artículo VII del Título Preliminar del citado cuerpo normativo ha permitido enjuiciamientos de todo tipo, situación por demás super potenciada, en tanto existen contabilizados un número bastante considerable de precedentes creados por nuestro Tribunal Constitucional así como compilaciones y comentarios respecto de su contenido y eventuales incidencias⁴.

Paradójicamente sin embargo y pese a poder apreciarse una realidad como la descrita, creemos que el tema del precedente constitucional sigue siendo aún embrionario ya que su puesta en práctica o, más en concreto, su aplicación, dista mucho de haber esclarecido diversos aspectos sobre su naturaleza y especiales características. Ha habido ocasiones en las que dicho instituto ha sido utilizado en su real dimensión o envergadura, dando la impresión que la figura ha sido correctamente asimilada, pero también han existido otras, en las que lejos de ello, pareciera que del mismo se conoce muy poco, lo que ha traído consigo interpretaciones equivocadas y no pocos excesos. La polémica no solo doctrinal, sino incluso, institucional⁵, así lo ha reflejado.

El objeto del presente trabajo es replantearse algunos lugares comunes en torno del precedente constitucional, tomando como base lo que del mismo se dice a nivel de nuestro derecho positivo, así como los aspectos que ante el silencio o la omisión legislativa, se han ido perfilando por vía de la jurisprudencia. Como algunos de tales tópicos no han sido desarrollados suficientemente o lo que se ha dicho de los mismos, sin dejar de ser interesante, no nos ha convencido del todo, es que nos hemos decidido redactar estas breves líneas a fin de ofrecer nuestra propia versión en torno del tema. Con la misma, vale la pena aclararlo, no pretendemos dar por zanjado absolutamente nada, sino contribuir a un debate que por diversas razones aún creemos inacabado.

Queremos dejar establecido, por último, que como se desprende de su propio título, nuestro estudio, salvo elementales aspectos de carácter general, no aborda el precedente desde escenarios diferentes al estrictamente constitucional, pues ello requeriría de mayor tiempo y sobre todo de una más amplia exploración jurisprudencial para la que seguramente, ya habrá oportunidad.

II). SIGNIFICADO Y CARACTERÍSTICAS DEL PRECEDENTE VINCULANTE

El precedente, como es bien sabido, es una creación típica del common law donde el protagonismo lo tiene la jurisprudencia y en donde por consiguiente, se hace propicio el reconocimiento y consolidación de técnicas orientadas a fortalecerla.

Naturalmente y aún cuando pueda hablarse de un precedente originario, propio de aquellos países donde se le ha venido desarrollando de una manera constante o consolidada, ello no significa que dicha figura no pueda ser adaptada a otro tipo de modelos jurídicos. Es lo que ocurre con el Perú, que a pesar de pertenecer a una familia jurídica distinta (civil law)

3 Cfr. por ejemplo el interesante colectivo dedicado al tema: Carpio Marcos, Edgar & Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores).- *Estudios al Precedente Constitucional*; Palestra Editores S.A.C.; 1° Edición; Lima 2007.

4 Cfr. Carpio Marcos, Edgar & Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores).- *El Precedente Constitucional (2005-2006) Sentencias, Sumillas e Índices*; Palestra Editores; Primera Edición; Lima 2007; Velezmoro Pinto, Fernando.- *Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*; Editora Jurídica Grijley; Lima 2007; Castañeda Otsu, Susana (Directora).- *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*; Editora Jurídica Grijley; Lima 2010; Peña Gonzales, Oscar (Coordinador).- *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*; APECC; Primera Edición; Lima 2012; Tupayachi Sotomayor, Jhonny (Compilador).- *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú (Análisis y Doctrina Comparada)*; Adrus Editores; 2° Edición; Lima 2014.

5 Así lo corroboran los constantes enfrentamientos entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en torno de los alcances de determinados precedentes. Cfr. García Belaúnde, Domingo (Coordinador).- *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*; Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional; N° 4; Palestra Editores; Lima 2008.

hemos optado por importarlo en la lógica de utilizarlo para propósitos en provecho de la Justicia, en particular, la de carácter constitucional.

En ese proceso de adaptación, ciertamente, es posible apreciar aspectos positivos, pero también aspectos de suyo polémicos, que es preciso reconocer. Puede que nuestro ordenamiento jurídico haya hecho bien en recoger el precedente como instrumento, pero puede que en el proceso de desarrollo que le ha otorgado, no siempre haya tenido todas a su favor. Se hace necesario bajo tales circunstancias, adentrarnos en una descripción del precedente en la manera como lo hemos venido concibiendo. Solo así es que podremos extraer conclusiones más o menos certeras sobre la utilidad de dicho instituto.

En términos generales podríamos definir al precedente como una regla o conjunto de reglas de derecho jurisprudencialmente creadas por un órgano especial. Estas reglas no solo asumen un determinado grado de obligatoriedad (efecto vinculante) sino que su reconocimiento nace a la luz de un caso concreto que es el que normalmente les otorga soporte, no solo en atención a sus particularidades sino y por sobre todo, en atención a su trascendencia.

De esta breve aproximación conceptual es posible inferir algunas características o rasgos distintivos del precedente vinculante.

a). Lo elabora un órgano jurisdiccional especial.

El precedente es una técnica, que al igual como ocurre con la legislación, deriva de una típica función creadora. Esta última sin embargo se encuentra vinculada no al órgano tradicionalmente revestido de competencias legislativas (Congreso, Asamblea legislativa, etc.), sino a un órgano jurisdiccional especialmente dotado para cumplir con dicho cometido.

Aunque como luego se verá, se puede discutir acerca del órgano jurisdiccional, que va a estar revestido de la capacidad creadora, se acepta de alguna forma que este último tendría que tener una posición privilegiada o jerarquizada dentro de la estructura de la judicatura o en su caso, dentro del esquema orgánico institucional. Podría tratarse de una Corte Suprema, de un Tribunal especializado, etc. Solo de esta manera y en atención al especial estatus del órgano creador, es que los mandatos establecidos podrían ser obligatorios o, lo que es lo mismo, tener efectos vinculantes.

b). Tiene un grado determinado de obligatoriedad.

Que el precedente tiene carácter obligatorio o vinculante, no admite discusión alguna. Lo que se debate en todo caso es el grado o nivel de vinculatoriedad que le rodea.

Delimitar el grado de obligatoriedad o vinculación de los precedentes es sin embargo un aspecto que aunque depende de la concepción de precedente que se maneje al interior de cada ordenamiento jurídico, debe ser tomado con particular cautela.

En efecto, aunque nadie puede poner en tela de juicio que el precedente está hecho para ser cumplido, la manera cómo opera dicho cumplimiento, debe encontrarse en relación directa con el diseño de los órganos jurisdiccionales existentes en un Estado y con la propia legitimidad para merituar su pertinencia o no en la solución de los casos.

Lo dicho significa entonces que el precedente no se ha concebido para desnaturalizar los modelos institucionales sino para adaptarse a los mismos. De este modo y sea que el diseño orgánico apunte hacia una relación homogénea (que ubica a los órganos en el mismo nivel) o se desarrolle en el contexto de una relación jerarquizada (que los distingue según su importancia) el precedente deberá ajustarse a cada modelo según sus características.



El precedente, por otra parte, tampoco puede ser entendido como una técnica absolutista donde los niveles de raciocinio se agoten en el mandato por lo que este mismo representa. Este, en otros términos, no ha sido configurado como un mecanismo opuesto a la sensatez o el sentido común. En este escenario y aunque nadie postula un debilitamiento a lo que representa el precedente, debe distinguirse entre su desacato y su no aplicación. Como se verá en algún momento, mientras el primer concepto se traduce en un abierto quebrantamiento a la autoridad del precedente, un desconocimiento grotesco de su carácter vinculante (que genera inevitables consecuencias tanto jurídicas como disciplinarias), el segundo concepto, al contrario de ello, grafica una opción plenamente legítima que habilita evaluar la pertinencia del precedente a la luz del caso del que se conoce. Por lo mismo, antes que un quebrantamiento, busca su cumplimiento racional, condicionado a la distinción entre contextos y situaciones a la luz de cada controversia (lo que excluye, inevitablemente cualquier eventual cuestionamiento).

c). El precedente mantiene relación directa con su caso fuente a los efectos de su aplicación.

Rasgo que debe quedar perfectamente claro, es el relativo al nexo entre el precedente que se crea y el caso que le sirve de soporte. Una lógica sensata apunta a considerar que dicho nexo resulta de la mayor importancia y tiene dos maneras de traducirse, en una primera se tiene en cuenta las características del caso, en una segunda, su trascendencia.

De acuerdo con lo primero, las opciones de aplicación de las reglas creadas se circunscriben a la presencia de supuestos de hecho iguales o parecidos (de las mismas características) a aquel que dio lugar al llamado precedente.

En otras palabras, no es cualquier supuesto o controversia a donde va a ser aplicado el precedente, sino únicamente a aquellos en los que existe identidad o analogía entre el caso que sirve de fuente y la regla creada al efecto. Es precisamente por esta razón que, a diferencia del vínculo existente entre el legislador ordinario y la norma creada (vital en un inicio, pero débil con el tiempo)⁶, el vínculo entre el caso y el precedente creado, es de naturaleza permanente, esto es, opuesto a lo episódico o circunstancial.

Por otra parte y en relación con lo segundo, tampoco ni mucho menos puede aceptarse como legítimo, que sea cualquier caso el que da lugar al nacimiento del precedente. Siendo dicha técnica algo verdaderamente excepcional, solo puede responder a la necesidad de zanjar o dispensar soluciones respecto de controversias de gran magnitud, como dirían algunos, auténticos *leading case*⁷.

Desde luego y aunque otra cosa pueda verificarse en la práctica, un precedente no puede ser creado por un capricho meramente circunstancial, por un afán de figuración o por una desmedida (y a veces equivocada) concepción de la responsabilidad creadora, sino que debe responder a una manifiesta necesidad planteada por un caso. Este último entonces, debe ser auténticamente relevante.

III). AMBITOS DE APLICACIÓN DEL PRECEDENTE.

Aunque cada ordenamiento jurídico que reconoce la técnica del precedente le otorga aplicación en los ámbitos que considera pertinentes, en el caso peruano dicho modelo opera en tres escenarios diferentes: El administrativo, el judicial y el constitucional, dando

⁶ La norma ordinaria como se sabe, nace con un mensaje claramente identificado con la voluntad de su creador. No obstante y en el contexto de los cambios y variables de la realidad social, dicha norma puede ir variando de sentido, de tal forma y a veces con tal intensidad, que puede revertir contra la voluntad de su propio creador. No ocurre lo mismo con el precedente y el caso que le dio origen, donde el vínculo, lejos de provisional es a perpetuidad sin que en ninguna circunstancia se aprecie ruptura o alejamiento. Esto por supuesto y como en algún momento se indicará, tendrá inevitables consecuencias en la manera como se aplica el precedente.

⁷ Cfr. García Belaúnde, Domingo.- ¿Existe el "leading case" en el derecho peruano? en *Legal Express*; N° 13; Lima, Enero del 2002.

lugar a que se pueda hablar, respectivamente, de un Precedente Administrativo Vinculante, de un Precedente Judicial Vinculante y de un Precedente Constitucional Vinculante.

Evidentemente y más allá de que se trate de tres variantes de precedente, ello no supone que operen exactamente de la misma forma y con los mismos alcances. Cada uno de ellos, en rigor, se sujeta a sus propias particularidades y por supuesto tiene su propio régimen jurídico.

a). En el caso del ámbito administrativo tenemos una praxis que viene siendo puesta de manifiesto desde hace buen tiempo atrás y que toma como referente inmediato lo dispuesto en el Artículo VI del Título Preliminar de la Ley N° 27444 o Ley de Procedimiento Administrativo General. Dicha norma establece:

Artículo VI.- Precedentes administrativos

1). Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

2). Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

3). En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes.

Conviene precisar que aunque la norma en referencia tiene alcances generales, la práctica del precedente administrativo ha tenido desarrollos individualizados en el contexto de normas especiales. De este modo y en atención a los organismos o instituciones donde se ha venido aplicando, encontramos regulaciones sobre el precedente en el caso del Tribunal Fiscal y la SUNAT (Artículo 154° del Código Tributario), el OSINERGMIN (Artículo 53° de la Resolución de Consejo Directivo N° 826-2002-OS/CD), el INDECOPI (Artículo 43° del Decreto Legislativo N° 807), la SUNASS (Artículo 77 del Decreto Supremo N° 017-2001-PCM) o la SUNARP (Artículos 32° y 33° de la Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 263-2005-SUNARP-SN), entre otros.

Detalle especial a tomar en consideración es que a pesar de la variedad de normas que se pronuncian sobre esta técnica en particular y el desarrollo que la práctica le ha otorgado, no se aprecia por lo menos hasta nuestros días, un interés doctrinal sobre el tema. Aunque conocemos interesantes compilaciones sobre diversas clases de precedentes administrativos, los estudios específicos sobre el precedente administrativo en cuanto tal prácticamente no existen en nuestro medio, limitándose a unas breves reflexiones descriptivas que aunque importantes⁸ no siempre han sido adecuadamente difundidas.

b). Lo que se conoce como precedente judicial vinculante ha tenido un desarrollo interesante aunque no exento de algunas discusiones en torno a sus alcances. Tal vez por ello ha merecido algunos cambios en el orden de su reconocimiento normativo.

Puede decirse que la clarinada inicial sobre el tema la encontramos en lo dispuesto en el Artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo tenor establece:

Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.

8 Entre las excepciones a la regla tenemos los comentarios desarrollados por Guzmán Napuri, Christian.- *La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General*; Página Blanca Editores; 1° Edición; Lima 2004; Págs. 151 y ss.



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.

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.

Referencia mucho más directa sobre el citado instituto jurisprudencial la encontramos en lo dispuesto por el Artículo 301º-A, inciso 1) del Código de Procedimientos Penales, incorporado por conducto del Artículo 2º del Decreto Legislativo N° 959, norma cuyo texto reconoce:

Artículo 301-A.- Precedente Obligatorio.

1). Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema 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. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

Por otra parte y a manera de radicalizar un modelo de precedente mucho más preciso, aunque este último, aplicable en el escenario de la justicia civil, el Artículo 400º del Código Procesal Civil, modificado por el Artículo 1º de la Ley N° 29364, ha establecido:

Artículo 400º.- Precedente Judicial.

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

Aunque no son las citadas las únicas normas referidas al tema, puede apreciarse que en el ámbito judicial, no ha estado muy clara, por lo menos en un inicio, la diferencia entre la denominada doctrina vinculante y el precedente judicial vinculante, discusión que sin embargo y de a pocos parece haberse ido superando si nos atenemos a evolución de las nomenclaturas que se han venido utilizando en el orden estrictamente legislativo. La



mayor parte de estudiosos que se ha dedicado al tema⁹, corrobora este aserto.

c). El reconocimiento jurídico del precedente constitucional vinculante es sin embargo y de todas las variables existentes, el de más reciente data.

Aunque algunos estudiosos hayan creído encontrar tanto en el Artículo 9º de la Ley de Habeas Corpus y Amparo N° 23506¹⁰ como en el Artículo 8º de la respectiva Ley ampliatoria N° 25398¹¹ (ambas normas, hoy derogadas)¹² la consagración de algunas de las características del precedente constitucional, lo cierto es que dicha técnica jurisprudencial, en cuanto a sus principales contornos, recién aparece expresamente incorporada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. De acuerdo con dicha norma ha quedado establecido:

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.

Como veremos inmediatamente, el Código no deja duda alguna en torno del tipo de instituto que ha incorporado. Tampoco y como más adelante se verá, confunde el precedente constitucional con la doctrina o jurisprudencia constitucional, categoría a la que por el contrario, se le proporciona un tratamiento jurídico independiente.

VI). EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE EN EL MODELO ESTABLECIDO POR EL CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.

Como ha sido señalado, es el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional el que ha regulado la técnica del precedente constitucional, estableciendo determinadas líneas de raciocinio que por lo que a nosotros respecta, merecen, según el caso, detenido análisis.

De acuerdo con la citada norma son cuatro las consideraciones principales que se pueden desprender:

a). El Precedente Constitucional Vinculante solo lo genera el Tribunal Constitucional.

Pareciera obvio decirlo, pero es necesario enfatizarlo por determinadas razones. En el modelo de justicia constitucional adoptado por nuestro ordenamiento jurídico es el Tribunal Constitucional (y solo él mismo) el único órgano con capacidad para crear o establecer el llamado precedente constitucional vinculante, por lo menos si nos atenemos estrictamente a los alcances del referido término.

9 En realidad son pocos los estudios orgánicos referidos al precedente judicial vinculante, encontrándose la mayor parte de ellos orientados al análisis del llamado precedente judicial penal. Cfr. Al respecto: Castillo Alva, Jose Luis & Castillo Córdova, Luis.- *El precedente judicial y el precedente constitucional*; Ara Editores; 1ª Edición; Lima 2008.- Reátegui Chávez, James.- *El precedente judicial en materia penal*; Editorial Reforma S.A.C.; Lima 2010.- Peña Gonzales, Oscar (Coordinador).- *Los Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema*; APECC; 2ª Edición; Lima 2011.

10 De acuerdo con dicho precepto normativo "*Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicaran las razones de hecho y de derecho en que sustentan la nueva resolución*".

11 A su turno dicha norma establecía "*La Facultad que tienen los jueces de apartarse de la Jurisprudencia obligatoria al fallar en nuevos casos en materia de acciones de garantía que establece el artículo 9 de la Ley, los obliga necesaria e inexcusablemente a fundamentar las razones de hecho y de derecho que sustentan su pronunciamiento, bajo responsabilidad*".

12 Un comentario al alcance de dichas normas lo encontramos en el valioso texto de Borea Odria, Alberto.- *Evolución de las Garantías Constitucionales*; Editorial Fe de Erratas; 2ª Edición Actualizada; Lima 2000; Págs. 123 y ss.



Argumento fundamental que sustentaría el haberle conferido al Tribunal Constitucional el rol de creador de precedentes constitucionales, reposaría directamente en su conocida (aunque a veces no tan bien comprendida) condición de Supremo Interprete de la Constitución. Evidentemente y si bajo su responsabilidad está la función de defender a la más importante de las normas jurídicas y dicha tarea requiere como paso previo el definir cual es el alcance o significado de cada uno de sus contenidos, la competencia de crear precedentes constitucionales, que en buena cuenta terminan expresando lo que representa la voluntad constitucional, calzaría perfectamente con el estatus que el ordenamiento le ha conferido.

Lo dicho en torno del Supremo Interprete de la Constitución no significa naturalmente (acorde con lo sostenido con anterioridad) que no puedan existir otro tipo de precedentes derivados de otros órganos del Estado o que estos carezcan de vinculatoriedad. Estos últimos sin embargo, no serían de ninguna manera precedentes constitucionales vinculantes, sino precedentes de otro tipo o con otra variante de alcance (precedentes judiciales o precedentes administrativos). En otras palabras, la existencia de precedentes estrictamente constitucionales, no sería incompatible ni restringiría de modo alguno la creación o presencia precedentes creados por otros organismos siempre que aquellos respondan a distintas características.

En un contexto como el descrito, cabe entonces preguntarse, si la capacidad que tiene la más alta de las instancias del Poder Judicial (Corte Suprema) para generar precedentes judiciales vinculantes (que como hemos visto opera en los ámbitos penal y civil), le permite vía la misma técnica abordar la temática específicamente constitucional.

Desde nuestro punto de vista, nada impediría que vía una eventual reforma legislativa, pueda dotarse a la Corte Suprema de la facultad de producir precedentes judiciales incluso en materia constitucional. Esta última opción, por lo demás, sería perfectamente legítima no sólo por no encontrarse prohibida por norma constitucional alguna, sino porque adicionalmente nuestro modelo de jurisdicción constitucional es dual o paralelo, legitimando tanto al Tribunal Constitucional como al Poder Judicial, en la importante función de administrar Justicia a nombre de la Constitución.

Lo que en todo caso, si podría quedar perfectamente claro es que dicha opción creadora, aun cuando posible, se encontraría sometida a determinados límites que irían muy de la mano con el estatus que ocupa el precedente constitucional vinculante así como el órgano encargado de su emisión. En este sentido y desde un enfoque estrictamente jurídico, nos anticiparíamos en advertir que entre los límites a la generación de precedentes judiciales vinculantes por parte del Poder Judicial, podríamos encontrarnos ante diversos supuestos a saber:

- a) El precedente judicial solo podría pronunciarse sobre materia constitucional no desarrollada directamente por un precedente constitucional vinculante emanado del Tribunal Constitucional;
- b) El precedente judicial, tampoco podría pronunciarse sobre materia constitucional que haya recibido desarrollo directo por parte de doctrina o jurisprudencia vinculante emanada del Tribunal Constitucional;
- c) El precedente judicial solo sería vinculante para los jueces y Tribunales integrantes de la estructura orgánica del Poder Judicial, más no así para el resto de poderes públicos (entre los que se encontraría por supuesto, el Tribunal Constitucional);
- d) El precedente judicial podría ser cuestionado vía procesos constitucionales de tutela (habeas corpus o amparo) supuesto en el cual sería controlado en su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional;

Como puede apreciarse, las limitaciones a las que se encontraría sujeto un eventual precedente judicial en materia constitucional, estarían justificadas en atención tanto a los caracteres del precedente constitucional vinculante, como a la posición privilegiada del Tribunal Constitucional en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución.

b). El Precedente Constitucional Vinculante siempre debe ser objetivo o expreso.

En tanto el Código Procesal Constitucional establece que las sentencias del Tribunal Constitucional resultan constitutivas de precedente cuando así lo precisa la propia sentencia, queda claro, que el precedente constitucional vinculante necesariamente debe tener un reconocimiento objetivo o lo que es lo mismo, expreso.

En este contexto es por demás evidente que una eventual incorporación implícita del precedente que fuerce o imponga una búsqueda interpretativa, resultaría a todas luces discutible, pues es la propia fuente normativa la que impone explicitud sin admitir excepción alguna. O el precedente existe como tal, porque el Tribunal Constitucional así lo señala textualmente o simplemente se da por no creado.

Ahora bien, aun cuando es la regla de la objetividad la que impone la pauta en torno a la existencia del precedente y la práctica que se verifica así lo pone de manifiesto, es bueno saber que no siempre la misma ha sido asumida por nuestro Tribunal de la forma descrita. En efecto, por sorprendente que parezca nuestra jurisprudencia registra casos de precedentes que no nacieron a la manera como lo señala el Código Procesal en materia Constitucional.

Notorio ejemplo de lo descrito lo constituye el criterio establecido en el Expediente N° 3179-2004-AA/TC (Caso: Apolonia Ccollcca Ponce) de acuerdo con el cual, la procedencia de procesos de amparo contra resoluciones judiciales no solo se encuentra habilitada para tutelar los derechos fundamentales de naturaleza estrictamente procesal (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva) sino toda clase de derechos fundamentales, opción interpretativa que en buena cuenta, ha dejado de lado un largo derrotero jurisprudencial de prácticamente veinticinco años¹³.

Para nadie es un secreto que hoy en día esta línea de raciocinio es seguida por el Tribunal Constitucional en todos los supuestos de amparos promovidos contra resoluciones judiciales. Lo que pocos saben sin embargo, es que la misma no es simplemente un criterio jurisprudencial (constitutivo en el mejor de los casos de doctrina jurisprudencial vinculante), sino que es un auténtico precedente vinculante avalado de dicha manera por haber sido recogido por un indiscutible precedente constitucional como el establecido por conducto de la Sentencia recaída en el Expediente N° 4853-2004-PA/TC (Caso: Dirección Regional de Pesquería de la Libertad)¹⁴.

Así las cosas, no deja de sorprender que a pesar de la previsión establecida en el Código, no siempre el Colegiado haya sido tan escrupuloso a la hora de crear sus precedentes. Aunque es cierto es que en los últimos años el Tribunal ha sido mucho más ortodoxo a la hora de crear o establecer un precedente, no deja de ser menos cierto que en el pasado no siempre las cosas hayan sido de la forma antes descrita.

13 En efecto, durante prácticamente cinco lustros (que comprende todos los años que rigió la Ley N° 23506 y los iniciales de nuestro actual Código Procesal Constitucional) nuestra jurisprudencia se decantó por una típica opción permisiva moderada (solo se tutelaba vía amparo contra resoluciones judiciales derechos constitucionales de naturaleza procesal). Ello cambiaría con el pronunciamiento aquí señalado, en que se aceptaría la opción permisiva amplia (amparo como mecanismo para tutelar cualquier derecho fundamental, incluyendo como es obvio, los derechos sustantivos). Las incidencias de este cambio, evidentemente notorio, ya se han venido vislumbrando con nitidez en los últimos tiempos. El análisis de este cambio, de dejamos sin embargo, para otro momento.

14 En efecto, varios meses después de haberse emitido la sentencia recaída en el Exp. N° 3179-2004-PA/TC la ejecutoria recaída en el Exp. N° 4853-2004-PA/TC (al igual que otras posteriores) empezaron a darle a la primera (a los criterios allí establecidos) el carácter de un indiscutible precedente constitucional.



c). El Precedente Constitucional Vinculante siempre debe precisar sus efectos normativos.

Máxima de particular relevancia es aquella que impone delimitar los efectos normativos de cada precedente constitucional vinculante. Por la misma debe entenderse principalmente (aunque no exclusivamente) la obligatoriedad de precisar el momento desde el cual las reglas constitutivas de precedente van a ser obligatorias¹⁵.

A este respecto y si observamos la redacción asumida por el Artículo VII del Título Preliminar del Código pareciera que cuando se crea un precedente constitucional existiera plena discrecionalidad a los efectos de determinar el momento desde el cual este rige.

Discrepamos sin embargo, de esta manera de interpretar las cosas. La obligación que se tiene, para delimitar el momento en que el precedente resulta operativo, se ha hecho para otorgar certezas o seguridades en torno de la incidencia de las reglas creadas jurisprudencialmente, más no supone o lleva por implícito, libertad absoluta por parte del Tribunal para establecer precedentes en todas las direcciones temporales que se le ocurra (solo porque así lo decide el Colegiado). Se trata en realidad y es necesario advertirlo, de una libertad de acción empero sujeta a ciertos estándares jurídicos.

Quiere esto decir, que aunque es perfectamente legítimo (como por lo demás lo avala la propia práctica del precedente en aquellos países en que tal técnica es desarrollada) no sólo establecer precedentes que rijan hacia adelante, sino también precedentes que rijan hacia atrás o desde el momento en que el órgano creador así lo determine, las cosas deben manejarse de forma totalmente distinta según la naturaleza temporal de cada regla creada, siendo inevitablemente más restringida la opción de imponer precedentes en forma retroactiva.

En efecto, al igual como sucede con las normas ordinarias, que son obligatorias desde su puesta en vigencia y cuya eventual retroactividad puede ser aceptada excepcionalmente a condición expresa de que favorezca (como ocurre en materia penal y tributaria), con igual razón creemos que lo mismo acontece respecto del precedente constitucional. Ambas (tanto la ley como el precedente) son reglas obligatorias con independencia de su origen.

Ocurre sin embargo, que en nuestro medio, hemos podido apreciar hasta dos corrientes de opinión totalmente contrapuestas sobre este tema.

Para un cierto sector, el precedente es una regla que puede aplicarse hacia adelante o hacia atrás, sin que opere ningún referente de limitación. De este modo pueden establecerse precedentes con efecto retroactivo, sea que estos favorezcan, sea que estos perjudiquen.

Otro sector de opinión, entiende que aunque la aplicación retroactiva del precedente es perfectamente posible, ella sólo se hace legítima, en tanto no perjudique. Dicho en otros términos, el precedente retroactivo solo sería para favorecer, nunca para perjudicar.

Desde nuestro punto de vista y como anteriormente lo hemos dejado establecido, el precedente con aplicación hacia atrás no puede ser aceptado como opción ilimitada, pues de serlo, se incurriría en un mecanismo generador de inseguridad, particularmente grave en aquellos supuestos de precedentes con incidencia o contenido procesal. En este contexto, se vería trastocado cuando no desnaturalizado el derecho fundamental al debido proceso en una de sus más importantes manifestaciones como lo es sin duda el procedimiento preestablecido por la ley¹⁶.

15 La idea de delimitar los efectos normativos no sólo podría encontrarse vinculada con aspectos temporales, sino también con otro tipo de referentes. Es lo que ocurriría si un precedente constitucional fuese creado exclusivamente para ser aplicado en determinado ámbito territorial, no por hacer distingos arbitrarios, sino por la naturaleza de los destinatarios del mismo.

16 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis.- El procedimiento preestablecido en la ley como variable del derecho constitucional al debido proceso; *Revista Peruana de Derecho Público*; Año 1; N° 2; Editora Jurídica Grijley; Lima 2001; Págs. 73 y ss.

Precisamente porque mencionamos este importante atributo y su eventual desconocimiento bajo hipótesis como las descritas conviene traer a colación una reflexión que aunque suele hacerse respecto de las normas jurídicas ordinarias, puede ser perfectamente pertinente respecto de lo que acontece con los precedentes constitucionales.

En efecto, durante bastante tiempo algunos distinguidos juristas han venido sosteniendo como tesis presuntamente pacífica que las normas procesales pueden ser modificadas en cualquier momento y que dicha modificación genera efectos inmediatos. No ha sido extraño en este contexto, la existencia de normas como las contenidas en la Disposición Final Segunda del Código Procesal Civil¹⁷ o en la Disposición Final Segunda del Código Procesal Constitucional¹⁸.

Lo que en pocas palabras nos han querido postular normas como las antes referidas es que el cambio normativo es perfectamente legítimo en el ámbito procesal, traducándose este último en el hecho de que lo que venía regulándose de una determinada manera, puede luego, serlo de otra, sin que se aprecie irregularidad alguna en dicho proceder.

A nuestro entender, normas como las señaladas y apreciaciones como las aquí descritas incurren en un evidente error de concepción, pues consciente o inconscientemente desconocen que de acuerdo con la Constitución, existe un derecho fundamental al procedimiento preestablecido por la ley, derecho que se traduce en una exigencia de respeto a las reglas procesales esenciales con las que todo proceso es iniciado y que son garantía para el justiciable que participa en el mismo.

Aunque naturalmente, nadie está diciendo que un cambio procesal no pueda darse y que incluso dicho cambio pueda suponer la sustitución de unas reglas por otras, ello no supone aceptar que por sustituirse un régimen procesal por otro, se vaya a perjudicar las garantías esenciales con las que cuenta todo justiciable al formar parte de un proceso. Bien puede suceder que muchos de los cambios acaecidos en el orden procesal resulten meramente cosméticos y otros hasta eventualmente beneficiosos, sin embargo el problema surge cuando los mismos, lejos de beneficiar terminan por el contrario, perjudicando. Si esto último llegase a suceder, no tenemos la menor duda del resquebrajo que ello supondría sobre uno de los valores más importantes sobre el que cimienta el Derecho y que no es otro que la propia seguridad jurídica.

Para quien está acostumbrado a concebir el proceso como un conjunto de trámites sin otro referente que la simple formalidad objetiva, puede que la variación no sea otra cosa que una simple rutina sin mayor incidencia. Sin embargo, para quien concibe el proceso como un camino de acceso a la Justicia, dotado empero de reglas igual de justas (Justicia no solo como resultado, sino como camino para llegar al resultado), un eventual cambio, puede ser demasiado decisivo (y hasta a veces realmente gravoso) como para pasar por desapercibido.

La razón del procedimiento preestablecido por la ley estriba precisamente en eso. En el hecho de garantizar que los elementos procesales de suyo esenciales con los que se inicia un proceso (cualquiera que sea su naturaleza) no se vean trastocados o desnaturalizados durante el decurso del mismo. De ocurrir esto último, dicho cambio por más ropaje que aparente, no será otra cosa que simple arbitrariedad, por donde quiera que se mire.

17 De acuerdo con la citada norma "Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado".

18 Esta otra norma por su parte establece que "Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado".



Ahora bien, cierto es que a una argumentación como la descrita se le podría anteponer un contra argumento. Habrá quienes puedan decir que el cambio procesal no tiene porque ser tan grave si nos atenemos a las clásicas excepciones a la regla de la aplicación inmediata y que, como es bien sabido, se traducen en la no aplicación de la norma nueva cuando afecte a) las reglas de competencia, b) los medios impugnatorios interpuestos, c) los actos procesales con principio de ejecución y d) los plazos que hubieren empezado. Creemos sin embargo que dicha apreciación no pasaría de un simple esfuerzo, a todas luces insuficiente, por evitar la evidente colisión con principios fundamentales. Y es que ninguna de las mencionadas excepciones contempla o involucra la posibilidad de que el cambio normativo, disminuya ostensiblemente los derechos de las partes o imponga cargas no previstas inicialmente. En ambos casos (que no tendrían tampoco porque ser los únicos) es evidente que la transformación del esquema procesal, lejos de beneficiar, tornaría gravosa o perjudicial la situación de las partes según la condición en la que se encuentren.

Precisamente porque tales situaciones se han presentado en la práctica no han sido pocas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional, se ha decantado por fórmulas en las que lejos de observarse disposiciones como las descritas, se ha optado por su no aplicación bajo la lógica de la observancia que impone la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso¹⁹. Y razón no ha faltado, pues una de las máximas de todo proceso que se juzgue debido es por donde se le mire, el procedimiento preestablecido por la ley.

Si la lógica descrita opera con la ley y su eventual incidencia en el tiempo y en las situaciones jurídicas existentes, conviene replantearse la misma reflexión, por directa referencia a lo que representan los precedentes vinculantes.

Al respecto y de conformidad con lo que hemos venido adelantando, no creemos de ninguna manera que pueda ser de recibo la generación de precedentes vinculantes con efecto retroactivo cuando estos supongan la disminución de derechos fundamentales. Una concepción de este tipo convertiría la técnica del precedente, más que en un mecanismo de solución de controversias similares, en un instrumento de perversión del ordenamiento constitucional irónicamente sustentado en la autoridad del propio Tribunal Constitucional.

Curiosamente sin embargo y pese a que este raciocinio pareciera no ofrecer complicaciones y más aún si el Tribunal Constitucional lo ha utilizado en innumerables ocasiones por directa referencia a los cambios jurídicos operados por conducto de la ley, sorprende de sobremanera que lo haya ignorado en una buena cantidad de ocasiones cuando de los precedentes constitucionales se trata.

En efecto, precedentes como los recaídos en los Expedientes N° 1417-2005-PA/TC (Caso: Manuel Anicama Hernández), N° 0206-2005-PA/TC (Caso: César Baylon Flores) o N° 0168-2005-PC/TC (Caso: Maximiliano Villanueva Valverde) han sido muestras de evidente aplicación inmediata alterando reglas de juego preestablecidas sin reparar en el inevitable perjuicio que con su efecto han generado.

No estamos diciendo, por cierto, que estos precedentes hayan resultado cuestionables desde la perspectiva de su contenido mismo, respetable desde todo punto de vista y en algunos casos (por lo menos en dos de ellos), hasta necesarios. En lo que estamos reparando es en la forma en que han sido aplicados. Pretender que los procesos que se venían tramitando bajo unos determinados criterios jurisprudenciales de pronto lo sean bajo parámetros distintos, sin tomar en cuenta el perjuicio a generarse sobre sus destinatarios, dista radicalmente de la finalidad de certeza innata a todo precedente. Es lo que en su día

19 En esta línea hay decenas de sentencias emitidas por nuestro Colegiado. Cfr. Por ejemplo, el Exp. N° 3771-2004-HC/TC (Caso: Miguel Cornelio Sánchez Calderón). Sustentación teórica en pro de dichas opciones, la tenemos en Sáenz Dávalos, Luis; La aplicación en el tiempo del Código Procesal Constitucional. Algunas notas sobre un problema de interpretación recientemente planteado; *Hechos y Derechos; Suplemento Mensual de Editora Normas Legales S.A.C.*; Año 4; N° 28; Enero del 2005; Págs. 14-15. En sentido similar, Carpio Marcos, Edgar.- ¿Aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional?; *Actualidad Jurídica*; Tomo 136; Gaceta Jurídica; Lima, Marzo del 2005; Págs. 152 y ss.

y a modo de ejemplo sucedió con los amparos previsionales tramitados bajo criterios de tutela extensiva y que tras la creación del precedente recaído en el Exp. N° 1417-2005-PA/TC (Caso: Manuel Anicama Hernández) y su aplicación inmediata fueron desestimados de plano, sin interesar los años de litigio que tuvieron que padecer los litigantes hasta su llegada al Tribunal Constitucional y por sobre todo, la situación especialmente sensible en la que los mismos, en atención a su edad y condición económica, se encontraban.

Lo contradictorio del caso, es que así como el Colegiado, ha tenido este tipo de pronunciamientos, en los que no ha reparado en lo arbitrario que puede resultar la aplicación retroactiva del precedente, en otros supuestos, ha sucedido exactamente lo contrario. Prueba de ello ha sido la aplicación del precedente recaído en el Exp. N° 4650-2007-PA/TC (Caso: Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú "Santa Rosa de Lima LTDA")²⁰ que estableció como requisito de procedibilidad en los contra amparos laborales, la regla de reposición previa del trabajador beneficiado con una sentencia constitucional así como la eventual sanción económica en los casos de desestimatoria de la demanda. Que sepamos, el Tribunal Constitucional, no ha aplicado de inmediato estas reglas a los procesos de contra amparo que se encontraban en trámite al momento en que nació dicho precedente, sino que ha sabido distinguir con prudencia que su aplicación, en tanto implica nuevas cargas (y por tanto restricciones), se aplica para los amparos contra amparos que recién se iniciaron con su puesta en vigencia²¹.

En suma y aún cuando una sana lógica impone que la aplicación retroactiva del precedente, no debería ser de recibo en los casos que suponga un perjuicio, preocupa que el Tribunal Constitucional, no tenga no hasta la fecha una idea muy clara de lo que representa este problema y que, al revés de ello, lo maneje con una discrecionalidad, hartamente discutible.

d). El Precedente Constitucional Vinculante puede ser cambiado o dejado sin efecto por el Tribunal Constitucional, siempre que se motive la decisión.

Habiendo sido el Tribunal Constitucional el generador indiscutible del precedente, resulta evidente que debe ser el mismo, el único legitimado para decidir por su cambio o su eventual desaparición.

Interrogarse sobre porque es el Tribunal el único organismo con esa capacidad de desvinculación o apartamiento, requiere recordar lo que ya se dijo en otro momento. La concepción de precedente que manejamos en el Perú, es la de una regla invulnerable que no admite que órganos distintos a los que la crearon, puedan discutir sobre sus alcances. Esta, en otras palabras, se ha hecho para ser cumplida sin que sea posible su desacato. En todo caso y como también se advirtió, la llamada inaplicación del precedente (que es muy distinta al desacato) no significa una inobservancia del precedente, sino más bien su observancia estricta sobre la base de su correcta interpretación, distinguiendo con sensatez donde se aplica y donde no.

Ahora bien, el hecho de que el precedente constitucional, sea vinculante para todos, no supone que dicha característica opere de manera radical para el Tribunal Constitucional. Aunque este último *prima facie*, se encuentra vinculado por lo que en su momento estableció y evidentemente debe observar sus precedentes mientras no decida expresamente lo contrario, tiene, a diferencia del resto de poderes públicos, la condición de órgano creador y esta a su vez, se sustenta en su condición de Supremo Interprete de la Constitución. Siendo esto así se explica, que llegado el momento, pueda decidir que el precedente no va más o que simplemente merece ser sustituido.

20 Un comentario de dicho precedente y de las reglas que ha instituido lo tenemos en Sáenz Dávalos, Luis.- Amparo contra Amparo. Caso: Cooperativa Ahorro y Crédito de Sub Oficiales de la PNP "Santa Rosa de Lima"; en Tupayachi Sotomayor, Jhonny (Compilador).- *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú (Análisis y Doctrina Comparada)*; Adrus Editores; 2ª Edición; Lima 2014; Págs. 623 y ss.

21 Al respecto se pueden ver por ejemplo, las ejecutorias recaídas en los Exps. N° 3940-2010-PA/TC (Caso: Gobierno Regional del Callao), N° 3941-2010-PA/TC (Caso: Gobierno Regional del Callao), entre otras.



De optar por cualquiera de ambas alternativas, esa capacidad que ostenta el Tribunal, tampoco quiere significar que pueda ejercerla de la forma en que se le ocurra. El Código Procesal Constitucional, con buen criterio, ha condicionado su puesta en práctica al hecho de que la misma sea ejercida con sujeción al principio de motivación resolutoria. Quiere esto decir que todo cambio de precedente sólo será posible en la medida en que el Tribunal justifique las razones de su decisión.

En el escenario descrito, capital importancia reviste entonces el conocer a qué tipo de motivación nos estamos refiriendo cuando hablamos de la capacidad que ostenta el Tribunal Constitucional.

Al respecto, creemos no equivocarnos en señalar que cuando se establece como requisito de un eventual cambio de precedente, el factor motivación, no es porque simplemente se le esté imponiendo al órgano creador, la idea de una formal argumentación basada en su propia *auctoritas* o en la posición institucional que ocupa en el esquema constitucional. En realidad, se trata de algo mucho más importante que una simple exigencia formal. Si las razones que llevaron a crear al precedente fueron especialmente relevantes en atención al caso que se conocía, igual de relevantes, según entendemos, tendrían que ser las razones que conduzcan a su eventual retoque o sustitución.

Motivación definitivamente sí, pero ciertamente, no cualquier motivación. Para que el cambio o apartamiento sea una opción no reprochable en términos jurídicos, tendría que ser una tipo cualificado, en otras palabras, una donde impere una alta dosis de calidad argumental traducida en un elenco bastante selecto de razones poderosas a la par que persuasivas que conduzcan a demostrar el porqué de la inutilidad o desfase del precedente que se pretende sustituir.

Siendo este el mensaje central con el que asumimos los alcances de un eventual cambio en los precedentes, convendría contrastar nuevamente, la forma como es que el Tribunal lo ha venido interpretando.

Sobre este último extremo creemos no equivocarnos en señalar que por lo menos y si nos atenemos a los contadísimos casos en los que se ha producido cambio de precedente en nuestro medio, no necesariamente hemos podido observar, una escrupulosa e irreprochable técnica al momento de justificar la decisión. Al hecho de que un pleno de Magistrados, le haya querido enmendar la plana a otro grupo de Magistrados, se han terminado añadiendo razones de lo más opinables.

Uno de los más comentados casos de cambio de precedente que se dio en nuestro medio opero a raíz de la sentencia recaída en el Exp. N° 3908-2007-PA/TC (Caso: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional. Proviás Nacional), la misma que a su turno, dejó sin efecto uno de los dos precedentes en su día establecidos mediante la ejecutoria recaída en el Exp. N° 4853-2004-PA/TC (Caso: Dirección Regional de Pesquería de la Libertad). Esta última sentencia, como se recuerda, había incorporado como precedentes, no sólo a las reglas que sustentan el modelo procesal conocido como amparo contra amparo, sino que a su vez, había previsto un recurso de agravio constitucional mediante el cual se permitía la defensa del precedente constitucional vinculante en los supuestos de desconocimiento o transgresión del mismo por conducto de sentencias constitucionales estimatorias expedidas por el Poder Judicial.

Para ser consecuentes con la verdad, la ejecutoria recaída en el Exp. N° 4853-2004-PA/TC siempre tuvo defensores y detractores, no tanto por el lado del amparo contra amparo, donde al margen de algunas discrepancias académicas, se observó un cierto mayor consenso alrededor de su necesidad, sino por el lado del recurso de agravio constitucional y la utilización que en su momento se le pretendió otorgar²². Sobre este último extremo

22 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis (Coordinador).- *El Amparo contra Amparo y el Recurso de Agravio a favor del precedente*; Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional; N° 3; Palestra Editores; Lima 2007.

se detectó desde un inicio una fuerte polémica, pues a juicio de diversos doctrinarios, no parecía una fórmula tan escrupulosamente consecuente con el texto constitucional, si nos atenemos a lo previsto por el Artículo 202° inciso 2) de la norma fundamental cuyo texto habla de resoluciones denegatorias y no de estimatorias tal y cual lo pretendía el citado precedente. Nosotros mismos, en aquella época, abogamos por una técnica de defensa del precedente por conducto del amparo contra amparo antes que por vía del recurso de agravio constitucional. Pensamos entonces (al igual que ahora) que no nos equivocábamos en este específico aspecto²³.

El hecho sin embargo, es que pese a encontrarnos persuadidos en la posición descrita, difícilmente nos atreveríamos a suscribir la sentencia recaída en el Exp. N° 3908-2007-PA/TC, no porque no sea legítimo cambiar el precedente, sino básicamente por el tipo de argumentación utilizada y que, como se recuerda, se concretizó en dos razones muy específicas a) el precedente que estableció un recurso de agravio constitucional como fórmula destinada para su defensa procesal fue fruto de una imposición doctrinal asumida por los Magistrados Constitucionales que lo generaron, y b) el precedente constitucional no fue creado de manera acorde con los requisitos que tiene establecidos nuestra jurisprudencia, careciendo por consiguiente de todo valor.

Decir que un precedente ha sido fruto de una imposición doctrinaria, proveniente de un grupo de Magistrados, no parece muy elegante que digamos y antes bien, constituye más una descalificación académica o personal que un verdadero e indiscutible alegato en pro de un cambio que se entienda como necesario.

Entendemos que si el Tribunal Constitucional integrado por un determinado grupo de Magistrados, disiente de la posición asumida por quienes fueron sus predecesores, no tiene nada de extraño ni menos discutible, que opte por darle un giro diferente a algunas de sus perspectivas jurisprudenciales. Pero para hacerlo no necesita minimizar académicamente a nadie. Es suficiente con exponer las razones por las que el precedente que se pretende cambiar resulta cuestionable y a su turno, argumentar en pro de las nuevas reglas que se pretenden crear. La descalificación académica, en otras palabras, no es ningún argumento ni mucho menos razón cualificada para este tipo de decisiones, pues nadie tiene la varita mágica como para decidir que tal o cual posición en Derecho, es la única posible. Con la lógica que maneja el Tribunal, vía la sentencia comentada, también podría ser descalificado por Magistrados distintos, so pretexto de una nueva composición del Colegiado.

La segunda razón que se nos proporciona en la ejecutoria comentada, es todavía mucho más polémica. Según la misma, el precedente que establece el recurso de agravio contra estimatorias, no se encontraba dentro de ninguno de los supuestos que legitiman la generación de un precedente y que, según afirma, se concretizan en a) la existencia de interpretaciones contradictorias, b) la comprobación de interpretaciones erróneas (equivocadas) en torno de alguna norma, c) la existencia de vacíos legislativos, d) la presencia de interpretaciones alternas sobre una misma norma, e) la necesidad de cambiar un precedente vinculante²⁴.

Si efectivamente fuese cierto que para generar un precedente como el cuestionado recurso de agravio respecto de estimatorias, hubiese que encontrarse en cualquiera de las hipótesis mencionadas, con la misma lógica tendría que haberse dejado sin efecto el otro precedente creado por la sentencia recaída en el Exp. N° 4853-2004-PA/TC, esto es, el que regule las reglas del amparo contra amparo. Lo que es más sorprendente aún, se tendría que dejar sin efecto, la casi totalidad de precedentes constitucionales creados por el Tribunal Constitucional que, si somos consecuentes con la verdad, tampoco nacieron

23 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis.- Los nuevos derroteros del amparo contra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Cambios y perspectivas a la luz de una reciente ejecutoria); en Sáenz Dávalos, Luis (Coordinador); *El Amparo contra Amparo y el recurso de agravio a favor del precedente*; Págs. 120-122.

24 Es curioso que el Tribunal invoque como supuestos para generar un precedente solo a cinco hipótesis, sin percatarse que conforme a la sentencia en la que pretende respaldarse (Exp. N° 3741-2004-PA/TC, Caso: Ramón Salazar Yarlenque) también se menciona como típico escenario generador de un precedente, a la existencia de conductas inconstitucionales que, a pesar de reclamarse de manera individual, vengán generando efectos sobre un número amplio o indeterminado de personas.



precisamente porque se encontraran dentro del repertorio de alternativas a las que se refiere su jurisprudencia.

La motivación utilizada es pues en este caso, incoherente, y refleja a las claras, la voluntad de un Tribunal que se esfuerza por encontrar pretextos para cambiar la jurisprudencia, sin percatarse demasiado de su propia solidez argumental²⁵.

No estamos diciendo por cierto y vale la pena aclararlo, que no pueda el Colegiado cambiar sus precedentes allí donde resulte inevitablemente necesario. Simplemente hacemos hincapié en que de procederse de dicha forma, debería apelarse a una motivación especialmente cualificada. Dicho objetivo sin embargo, y a la luz de casos como el que aquí hemos descrito, aún parece lejano de haberse alcanzado.

V). SUPUESTOS PARA GENERAR UN PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE.

Aunque varios de los aspectos vinculados al precedente constitucional vinculante han sido directamente analizados por el Código tal y cual ha sido puesto de manifiesto, existen algunos otros en los que por el contrario, se ha guardado absoluto silencio. Ello ha sido especialmente evidente en el caso de los supuestos que permitirían generar un precedente. El Código simplemente no dice nada.

En este contexto y siendo vital el conocer en función a que razones se podría echar mano de una técnica como la que aquí estudiamos, nuestra jurisprudencia, ante el silencio del Código, ha optado por irlos estableciendo enunciativamente.

Cabe al respecto puntualizar que si bien, no siempre existió uniformidad en atención a cuántos y cuáles serían esos criterios²⁶, la jurisprudencia se ha decantado hasta la fecha por un total de seis. A su explicación, nos dedicamos inmediatamente.

a). Contradicciones jurisprudenciales.

Situación que aconsejaría la creación de un precedente constitucional, se produciría si tras revisar los desarrollos jurisprudenciales establecidos por el Supremo Interprete de la Constitución se constata la existencia de posiciones virtualmente contrapuestas sobre determinados temas.

En efecto, a diferencia del Poder Judicial, donde la eventual existencia de jurisprudencia contradictoria, al margen de lo delicada que resulta, se explica en la particular estructura descentralizada que asumen sus cortes (organizadas en diversos distritos judiciales), en el caso del Tribunal Constitucional, la situación es todavía mucho más grave, pues se trata de un solo órgano de Justicia, donde se presume, no deberían darse contradicciones en las líneas jurisprudenciales.

Aceptar que un determinado grupo de casos pueden ser resueltos de manera distinta, no obstante la manifiesta identidad en los mismos o en los problemas que aquellos plantean, supondría en puridad la quiebra o desconocimiento de diversos valores jurídicos (la igualdad, la seguridad jurídica o la propia predictibilidad de los fallos). La técnica del precedente intenta precisamente evitar dicho estado de cosas fomentando, vía reglas

25 Lo sorprendente del caso es que mucho más recientemente, el mismo Tribunal ha vuelto a caer en el mismo tipo de esquema, como se deduce de la ejecutoria recaída en el Exp. N° 4293-2012-PA/TC (Caso: Consorcio Requena) que ha servido para ahora dejar sin efecto el antes citado precedente establecido en el Exp. N° 3741-2004-PA/TC invocando el consabido incumplimiento de los requisitos formales para generarlo.

26 En efecto, en un inicio y mediante la Sentencia recaída en el Exp. N° 024-2003-AI/TC (Caso: Municipalidad Distrital de Lurín) se establecieron un total de cinco supuestos para establecer un precedente. Posteriormente y mediante la Sentencia emitida en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC (Caso: Ramón Salazar Yarleque) se optó por mencionar sólo cuatro supuestos (curiosamente se omitió mencionar dos de los supuestos ya reconocidos, mencionándose en cambio uno nuevo). Sin embargo y a través de la ejecutoria recaída en el Exp. N° 3908-2007-PA/TC (Caso: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional) se validó nuevamente a los cinco supuestos mencionados en la sentencia primigenia a los efectos de generar un precedente constitucional vinculante. La conclusión, es que si efectuamos una lectura conjunta de estas tres ejecutorias, como de otras mucho más recientes, ratificaremos que son seis (y no cinco, ni cuatro), los referentes de hecho que permiten establecer un precedente constitucional vinculante.

construidas ex profeso, que las causas en esencia similares respondan o se canalicen en una misma línea o vertiente jurisprudencial.

b). Interpretaciones Erróneas de una norma.

Otro de los escenarios donde a menudo suele aconsejarse la generación de un precedente constitucional, se presenta en aquellos supuestos en los que una norma constitucional, o integrante del bloque de constitucionalidad, venga siendo objeto de interpretaciones judiciales erróneas, es decir, de interpretaciones equivocadas o que no respondan al espíritu o la letra de la Constitución como norma suprema del Estado.

Evidentemente la hipótesis es aquí muy clara. Si una norma admite más de una opción interpretativa y el Tribunal constata que algunas de tales opciones interpretativas desnaturaliza el mensaje subyacente contenido en la misma, se hace necesario delimitar sus alcances y, por consiguiente, proscribir todas aquellas variantes de interpretación que no se compadezcan con el referido mensaje.

En tales circunstancias, la manera como habrá de prevalecer la interpretación adecuada de la norma, será vía precedente. Este último, será quien imponga la única forma en que dicha norma podrá ser interpretada, excluyendo a la par cualquier otra lectura de la misma.

c). Vacíos Legislativos.

Definitivamente uno de los contextos más recurrentes donde se hace pertinente la generación de un precedente constitucional, se presenta en todos aquellos escenarios donde la Constitución o algún sector del ordenamiento refleja insuficiencias o inconsistencias producto de vacíos o defectos en su propia configuración.

Como es bien sabido, no todo puede ser previsto por el legislador, sea porque éste no imagino el enfoque frente a una determinada situación, sea porque consciente o deliberadamente renunció a una determinada forma de regulación. En uno u otro supuesto, la consecuencia resulta inevitable cuando las situaciones se presentan y el derecho positivo no otorga respuestas. El silencio bajo tales circunstancias se transforma en fuente de injusticia o expresión de manifiesta arbitrariedad.

A veces ocurre algo distinto. El legislador si quiso encarar una determinada situación, pero lo hizo con tal desgano o desinterés, que el resultado final, lejos de coadyuvar a un adecuado enfoque del tema o materia normativizada, termina complicando las cosas, sea por deficiencia de lo regulado, sea por excesos en la regulación. La injusticia, nuevamente aparece como aspiración desprovista de tutela por conducto de la ley.

Precisamente para evitar que las fisuras del propio ordenamiento al igual que las responsabilidades no asumidas por el legislador, continúen generando perjuicios, el precedente aparecerá como herramienta de obligada recurrencia. Lo que este último prevea, cumplirá un rol integrador difícilmente cuestionable, pues si el legislador no asume sus responsabilidades o estas resultan deficitarias en su ejercicio, la jurisprudencia con toda legitimidad resultará un sustituto eficaz.

d). Interpretaciones alternas de una norma.

No muy frecuente esta cuarta hipótesis, resulta sin embargo, de lo más interesante.

En rigor se presenta cuando una norma jurídica admite varias opciones interpretativas, sin embargo, del cotejo de cada una de las mismas, se comprueba que todas ellas, al margen de sus particularidades y características, terminan siendo compatibles con la Constitución.



A diferencia de los casos vinculados a interpretaciones erróneas donde una misma norma es interpretada de manera inconstitucional, obligando a que a través de un precedente se imponga la interpretación considerada correcta, en el caso de las interpretaciones alternas la figura es diferente. No se trata de asumir como inconstitucionales las interpretaciones existentes para una norma, ya que por principio resultan todas ellas compatibles con la Constitución, se trata de privilegiar aquella interpretación que de mejor manera consolide los valores constitucionales o haga más operativo el mensaje constitucional.

El precedente bajo tales circunstancias no será pues una regla de invalidación interpretativa, sino de plena optimización en favor de un determinado tipo de interpretación, en este caso, de la más identificada con el esquema constitucional.

e). Conductas inconstitucionales con efectos generales.

Otra de las hipótesis que se ha considerado como propicia en la generación de precedentes vinculantes se presenta en aquellos casos en los que se aprecia que una conducta individualmente considerada como inconstitucional, termina afectando a un número bastante amplio de personas.

La situación descrita, suele presentarse cuando tras conocerse de un proceso de tutela de derechos (habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento) normalmente de interés sólo para quienes lo promueven, se constata sin embargo, que la conducta inconstitucional (sea un acto, una omisión o una amenaza) incide, no sólo sobre la esfera de intereses de quien promovió la respectiva demanda, sino sobre la de un universo bastante amplio de personas, quienes paralelamente y por su parte, vienen formulando reclamos similares ya sea ante el Tribunal Constitucional, ante el Poder Judicial o ante la propia sede administrativa.

Naturalmente bien podría suceder que el Supremo Colegiado, consciente de que tiene muchos expedientes sobre el mismo tópico, opte por resolver todos ellos de modo separado, no obstante la similitud de las respuestas dispensadas. Sin embargo la experiencia jurisprudencial enseña, que si las cosas resultan del modo descrito, no tienen sentido emitir un número indeterminado de sentencias gemelas o francamente repetitivas. Sería preferible y así lo ha demostrado la práctica, optar por la generación de un precedente constitucional, previa declaración de un estado de cosas inconstitucionales.

f). Necesidad de cambio de Precedente.

Ya hemos indicado en otro momento que es perfectamente legítimo el cambio de precedente constitucional, siempre que dicho cambio se encuentre adecuadamente fundamentado por parte del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la mejor manera de revestir de trascendencia a la decisión de cambio, entendemos que debe ser respaldada por la asunción de un nuevo precedente, el mismo que indicará cuales serán los derroteros o las reglas diseñadas en adelante.

No debe olvidarse por lo demás que el cambio puede suponer o que el precedente que existía queda totalmente sin efecto o que el precedente que venía rigiendo de una manera, ahora va a regir de otra. En uno u otro caso, pero sobre todo en el primero, es conveniente que el Tribunal precise como es que en adelante serán las cosas. De lo contrario, los problemas jurídicos en torno de aquellas situaciones que el precedente derogado establecía, aparecerán como una constante inevitable.

VI). LA DEFENSA PROCESAL DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE. DEL RECURSO DE AGRAVIO A FAVOR DEL PRECEDENTE AL AMPARO CONTRA AMPARO.

Que el precedente constitucional vinculante debe ser adecuadamente tutelado en caso



de desconocimiento, no cabe la menor duda, la discusión en todo caso se centra en saber cómo es que debe proceder dicha eventual tutela.

Hace algunos años y en el contexto de la sentencia recaída en el Expediente N° 4853-2004-PA/TC (Caso: Dirección General de Pesquería de la Libertad) el Tribunal Constitucional optó por crear, vía precedente, una modalidad de especial de protección consistente en habilitar el recurso de agravio constitucional para dicho propósito con el añadido “especial” de que dicho medio impugnatorio procedía, específicamente, respecto de sentencias constitucionales estimatorias.

Esta toma de posición defendida en su día por algunos juristas, fue sin embargo y como se ha señalado anteriormente, duramente criticada por un grueso sector de la doctrina que la entendió como abiertamente inconstitucional en la lógica de que desnaturalizaba el modelo de acceso al Tribunal Constitucional que, como es bien sabido, sólo permite el uso del consabido medio impugnatorio respecto de sentencias o resoluciones de carácter desestimatorio.

En lo personal y como en algún momento lo sostuvimos, creemos que dicha fórmula resultaba hartamente pernicioso pues colocaba al juez o instancia judicial a la que se acusaba de supuesta vulneración de los precedentes, en la dura tarea de tener que demostrar ante el Tribunal Constitucional que la citada transgresión, no había sucedido en realidad.

Nadie está diciendo por cierto, que el Tribunal no pueda conocer eventualmente o algún momento de casos en los que sus precedentes hayan sido desacatados, pero eso de que lo haga en instancia única y directa, con magistrados directamente acusados de tamaña irregularidad y sin la posibilidad de mayor debate probatorio, si nos parece un exceso, pues la práctica ha demostrado que cuando el Tribunal ha tenido que asumir dicho rol no ha sido muy objetivo (o francamente acertado) que digamos.

Aún está fresca en la memoria la recordada ejecutoria recaída en el Expediente 006-2006-PC/TC (Caso: Poder Ejecutivo Vs. Poder Judicial) y que fue resultado de una controversia en la que precisamente se cuestionaba la existencia de una innumerable cantidad de sentencias constitucionales emitidas por el Poder Judicial fundamentalmente por considerarlas violatorias del precedente constitucional vinculante recaído en el Exp. N° 4227-2005-PA/TC (Caso: Royal Gaming S.A.C.). La demandante por entonces, peticionaba la nulidad de todas estas sentencias y lo hacía ni más ni menos que por vía de proceso competencial²⁷.

El problema no es que no hayan existido sentencias con la citada característica (anti precedente) y respecto de las cuales algo evidentemente tenía que hacerse, el problema es que el Tribunal Constitucional, en este caso, utilizó una vía procesal absolutamente impertinente para dicho propósito. Lo que es más grave aún, dispuso la nulidad de una innumerable cantidad de sentencias constitucionales, sin reparar que muchas de aquellas ejecutorias cuya nulidad decretaba, eran de fecha totalmente anterior al antes citado precedente.

Por simple y elemental raciocinio común, parece difícil de aceptar que se acuse a un juez o a una Sala del Poder Judicial de transgresores de un precedente cuando tal precedente no había sido aún establecido o aquel simplemente no existía.

Pero el Tribunal no reparó en este hecho tan elemental. A su juicio, todas las sentencias constitucionales que se cuestionaban eran inconstitucionales, todas resultaban anti precedente y por consiguiente, todas ellas debían desaparecer del mundo jurídico. Y todo esto lo hizo, por cierto, sin tener a la mano ningún expediente constitucional, esto es, sin tener a su disposición ninguno de los autos de donde derivaban dichas sentencias (probablemente porque se trataba de un proceso competencial). Sólo así se explica, el que se haya nulificado sentencias al margen de la fecha en que fueron emitidas.

²⁷ Cfr. García Belaúnde, Domingo (Coordinador).- *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*; Págs. 7 y ss.



Desde nuestra perspectiva y a la luz de casos como el que aquí se describe, es bastante polémico que el Tribunal Constitucional termine siendo instancia única cuando de la defensa de los precedentes se trata. Creemos que es vital garantizar en mínimo debate y sobre todo un adecuado derecho de defensa respecto de las personas (normalmente Magistrados) a los que se acusa de desacato del precedente.

En tales circunstancias y acorde con lo que siempre sostuvimos, nos parece que la mejor manera de cumplir con tales objetivos, sin desmerecer en lo absoluto y antes bien garantizar la tutela del precedente, es por conducto de otro mecanismo, y este último no es otro que la vía del amparo contra amparo.

Ya hemos mencionado que esta opción es la que finalmente asumiría el Tribunal Constitucional tras la Sentencia recaída en el Exp. N° 3908-2007-PA/TC. No coincidimos con los fundamentos consignados en dicha ejecutoria, pero entendemos que esa y no otra era la vía más adecuada.

En las circunstancias descritas, ello significa, que quien actualmente se sienta perjudicado por el desacato o inobservancia de un precedente constitucional durante el curso o tramitación de un proceso constitucional, tendrá expedita la vía del amparo contra amparo²⁸. Aquel será el camino procesal a seguir y también la garantía, de que quienes sean emplazados con tal imputación, puedan defenderse a través de una vía que les permita alegar lo que a su derecho convenga.

Si finalmente y en última instancia conoce de dicho reclamo el Tribunal Constitucional, no será bajo la lógica de que no hubo contradictorio, sino bajo las garantías de que frente a una imputación grave, existirá un proceso debido.

VII). LA DOCTRINA O JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VINCULANTE.

No es el Precedente Constitucional Vinculante la única técnica de la que se ha valido el Tribunal Constitucional para establecer elementos de discernimiento que le permitan encarar los casos constitucionales²⁹.

Desde un principio y de manera objetiva el mismo Código también opto por reconocer lo que se ha dado en llamar Doctrina o Jurisprudencia Constitucional Vinculante.

Esta última está constituida por aquel conjunto de criterios o líneas de raciocinio establecidas con carácter obligatorio por parte del Tribunal Constitucional y cuyo reconocimiento generalmente (aunque no de modo exclusivo) suele evidenciarse tras su reiteración en un determinado número de casos.

La fuente normativa de esta técnica la encontramos en el último párrafo del Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional cuyo texto a la letra establece que **“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”**.

Esta misma norma, debe ser concordada con otra de similar naturaleza contenida en la

²⁸Cabría preguntarse lo que sucede si el eventual desacato a un precedente del Tribunal Constitucional, se produce a instancias de lo decidido no por un juez constitucional durante el curso o tramitación de un proceso constitucional, sino por un juez ordinario durante la secuela o desarrollo de un proceso ordinario (civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc.). Creemos que en tales circunstancias la vía adecuada, sería (siempre y cuando se alegue vulneración correlativa a derechos fundamentales) la del amparo contra resoluciones judiciales.

²⁹ Sobre la diferencia entre ambas técnicas asumidas por nuestra jurisprudencia, existen interesantes trabajos de nuestra doctrina local. Sólo a modo de referencia, mencionamos los de Rodríguez Santander, Roger.- El Precedente Constitucional en el Perú: Entre el poder de la Historia y la razón de los Derechos; Grández Castro, Pedro.- Las “peculiaridades” del Precedente Constitucional en el Perú; Adrián Coripuna, Javier.- La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial; contenidos en el ya citado volumen colectivo de Carpio Marcos, Edgar & Grández Castro.- *Estudios al Precedente Constitucional*; Págs. 15 y ss., 79 y ss., y 107 y ss., respectivamente, o el trabajo de Landa Arroyo, César.- Los Precedentes Constitucionales; contenido en el Colectivo de Castañeda Otsu, Susana.- *Comentarios al los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*; Págs. 69 y ss.

Disposición Final Primera de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301 de acuerdo con la cual **“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”**.

En rigor, son varias las reflexiones que ofrece esta otra variante jurisprudencial, en principio también obligatoria.

La primera de ellas nos permite avizorar que los alcances vinculantes de la doctrina o jurisprudencia no son iguales a los del precedente. Mientras este último vincula a todos los poderes públicos, aquella sólo lo hace respecto de los jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial. Las normas citadas no distinguen entre jueces constitucionales y jueces ordinarios, lo que permite inferir que el mandato es para los operadores jurídicos, de todas las especialidades o de todos niveles. A esta interpretación por lo demás abona la última parte de la antes citada Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando se refiere a todo tipo de procesos.

Lo segundo a destacar es que aunque el mandato de sujeción hacia los jueces y tribunales los condiciona en buena medida en su capacidad interpretativa, ello tampoco significa ni debe entenderse como que los prive de determinadas opciones de interpretación.

En efecto, aún cuando no ha faltado quienes irónicamente han creído que la existencia de una jurisprudencia obligatoria condena a los jueces del Poder Judicial a ser en adelante las bocas que repiten las interpretaciones del Tribunal Constitucional, al igual como se decía en pasado respecto de su rol frente a las leyes y a la voluntad del legislador, tal aseveración resulta absolutamente equivocada.

Con independencia que el propio Tribunal Constitucional haya enunciado lo que en su criterio serían componentes de doctrina jurisprudencial vinculante³⁰, consideramos que el Poder Judicial goza de una amplia e irrestricta facultad interpretativa por lo menos en tres casos bastante claros:

a). Cuando la interpretación que realiza sobre determinada materia constitucional, no haya sido objeto de desarrollo por parte del Tribunal Constitucional. Lo que de hecho puede suceder en un innumerable repertorio de casos donde el Supremo Interprete de la Constitución, pese a ostentar dicha condición, haya optado por guardar silencio sobre aspectos en estricto constitucionales.

b). Cuando la materia sobre la que exista interpretación por parte del Tribunal Constitucional colisione o desconozca interpretaciones obligatorias asumidas por organismos internacionales de protección de derechos humanos, supuesto en el evidentemente, los jueces del Poder Judicial gozaran de una vinculación mucho más fuerte respecto de los organismos pertenecientes al sistema de justicia internacional.

c). Cuando la interpretación del Tribunal Constitucional, resulte mucho más restrictiva en materia de derechos que la interpretación asumida por el Poder Judicial, escenario en el cual, será perfectamente viable una eventual desvinculación de lo establecido por el Supremo Interprete de la Constitución, no porque se desconozca sus criterios, sino por sujeción al principio de mayor favorabilidad o protección en materia de derechos. Esta posición, por lo demás, ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional como se desprende del Fundamento 16 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 4853-2004-PA/TC.

Un tercer aspecto a resaltar en torno de la doctrina o jurisprudencia constitucional

30 Sáenz Dávalos, Luis.- Los nuevos derroteros del amparo contra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Cambios y perspectivas a la luz de una reciente ejecutoria); *Ob. Cit.*; Págs. 113-116.



vinculante y que en cierta forma también lo distingue del precedente, es que aquella suele evidenciarse por lo general cuando un mismo criterio ha sido reiterado en varias oportunidades y por consiguiente existe la posibilidad de presumir que el Tribunal Constitucional afianzo o ratifico un determinado temperamento interpretativo.

Ello no obstante y aún cuando la regla descrita es la que normalmente se asume como la cotidiana o más frecuente, existen casos en los que puede decirse que el Tribunal Constitucional sienta doctrina con un solo caso. Es lo que ocurre, cuando el Colegiado, tras asumir un determinado criterio interpretativo, expresamente declara que está procediendo de conformidad con el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional³¹.

En tales circunstancias puede decirse que lo que el Tribunal establezca, a pesar que derive de un solo caso, es obligatorio en adelante porque así lo ha dispuesto expresamente. Naturalmente en tal supuesto, será necesario que la citada jurisprudencia venga sujeta a determinados criterios formales, uno de los cuales, podría ser por ejemplo, el de que la doctrina o jurisprudencia, sea establecida por la unanimidad de los Magistrados Constitucionales y no sólo por un grupo o una parte de los mismos³².

Otro extremo de la doctrina que puede decirse que también marca pautas distintivas con relación al precedente, es que mientras éste último se ha hecho para ser aplicado a casos iguales o parecidos a aquel que dio lugar a las reglas constitutivas de precedente, la doctrina o jurisprudencia vinculante no opera exactamente de dicha forma. Su proceso de aplicación no tiene que ver con el hecho de que los casos sean idénticos o similares al caso o casos de donde se generó. Es suficiente con que la materia constitucional en debate, plantee la necesidad de ratificar criterios ya establecidos o que resulten pertinentes. En este sentido y si el Tribunal Constitucional tiene ideas preconcebidas o que ya ha desarrollado sobre el contenido de un determinado derecho, bastara con que se presente una controversia sobre dicho atributo para que reivindique su doctrina sobre el mismo.

El establecimiento de la doctrina Jurisprudencial o del precedente constitucional, dependerá de la libre elección del Tribunal Constitucional atendiendo a las características e importancia de cada controversia. Sin embargo, si la idea es diseñar fundamentos de importancia que justifiquen la solución de futuros casos, lo más probable es que apele a la creación de la primera, pero si se trata de crear reglas directas y concretas que permitan resolver un caso, lo más presumible es que se opte por el segundo.

Lima, Noviembre del 2014.

31 Ejemplos de tal modo de proceder, los encontramos en sentencias como las recaídas en los Expedientes Nº 0252-2009-PA/TC (Caso: Máximo Valeriano Ramos Ochoa), Nº 1133-2012-PHD/TC (Caso: Jesús Gonzalo Barboza Ruiz), Nº 5496-2011-PA/TC (Caso: Agustín Llantoy Palomino), entre otras.

32 Decimos esto, porque se han dado casos en los que a pesar de establecerse doctrina jurisprudencial vinculante de modo expreso, ello se ha dado en un contexto de profunda discrepancia entre los propios Magistrados Constitucionales, lo que desde nuestro punto de vista, deslegitimaría la condición de tal jurisprudencia obligatoria. Un caso de este tipo lo tenemos en la Sentencia recaída en el Exp. Nº 0139-2013-PA/TC referida a un tema bastante sensible y por demás polémico (cambio de sexo). Esta sentencia, si bien fue emitida por mayoría (cuatro Magistrados Constitucionales) tuvo un voto singular suscrito por otros dos Magistrados Constitucionales que literalmente y si somos consecuentes con la verdad, dejo muy mal parada a la decisión mayoritaria. Dato relevante es que esta ejecutoria, incluso, pretende sentar doctrina obligatoria para los jueces del Poder Judicial en manifiesta contradicción a jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que proscribiera cualquier tipo de práctica discriminatoria basada en razones de orientación sexual o de identidad de género (Caso: Atala Riffo y Niñas Vs. Chile).

"VERDADERO SENTIDO INTERPRETATIVO DE LA CONSECUENCIA NORMATIVA 'CADUCIDAD DE LA PENSIÓN' CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 46 DEL DECRETO LEY 19990, Y LOS 'DERECHOS O SITUACIONES JURÍDICAS GENERADOS O PRODUCIDOS POR LA EXISTENCIA DE UNA PENSIÓN' NO COMPRENDIDOS DENTRO DE DICHO SUPUESTO NORMATIVO"

Por: LORENZO MARTÍN HUAMÁN VERA
JUEZ DE TRABAJO DE CHICLAYO



I. INTRODUCCIÓN

En principio, hay que señalar que la razón que motiva el presente trabajo, es la controversia generada como consecuencia de la aplicación de la disposición normativa contenida en el **Artículo 46 del Decreto Ley 19990**, que textualmente dice:

*"La pensión de jubilación **caduca** por fallecimiento del pensionista".*

Son frecuentes, en sede judicial, los procesos sobre pretensiones previsionales, es decir, aquellas que tienen como objeto el reconocimiento o la declaración de derechos que, a su vez, son "Derechos o Situaciones Jurídicas generados o producidos por la existencia de una Pensión", tales como por ejemplo: Derecho al reajuste de la pensión, Derecho a evaluación de mayor número de aportaciones, Derecho a pago de pensiones devengadas y de intereses legales generados por la mora en el otorgamiento de la pensión o por el otorgamiento de la pensión en monto ínfimo; etc.

La controversia surge cuando el titular de la Pensión, sea ésta una de Jubilación, una de Viudez o una de Orfandad, ha fallecido, y son sus herederos quienes recurren al órgano jurisdiccional para reclamar derechos que -a consideración de ellos- adquirió en vida el extinto titular de la pensión y que no hizo efectivos.

Como quiera que las referidas pretensiones se tramitan generalmente en la vía del Proceso Contencioso Administrativo regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley 27584, la controversia viene manifestada no sólo en el pronunciamiento jurisdiccional contenido en la Sentencia sino también en la previa Opinión del Representante del Ministerio Público (Fiscal Civil, quien, por disposición legal, debe emitir Dictamen en este tipo de procesos).

Entonces, se opina en el Dictamen Fiscal y/o se determina en la Sentencia, que la demanda es Improcedente, por cuanto *"en aplicación del Artículo 46 del Decreto Ley 19990, y debido al Fallecimiento del Pensionista, la Pensión ha Caducado, y, por lo mismo, No existe ya derecho alguno que deba reconocerse a los herederos o sucesores"*.

El sustento de esa Opinión Fiscal o de esa Sentencia Judicial, tiene varias vertientes:

1.- Se considera que el Derecho a la Pensión es "Personalísimo", y, por lo mismo,



“Intransmisible por Herencia”; es decir, extinguida la fuente o causa remota del derecho (que en el caso de la Pensión, es la vida del Pensionista), se extingue también el derecho mismo.

2.- Se considera que los “Derechos o Situaciones previos o derivados de una Pensión existente” necesarios para la Optimización de una Pensión como Prestación, son únicamente “Derechos Expectaticios” en tanto no fueron efectivizados por el titular de la pensión.

Entonces, el análisis que sigue a continuación tiene por finalidad servir de sustento al ensayo, y, consecuentemente, está dirigida a determinar el verdadero sentido del supuesto de hecho contenido en el artículo 46 del Decreto Ley 19990; lo que, a su vez, debería conducir a demostrar la falsedad de las conclusiones a que se arriba en los referidos Dictámenes Fiscales o Sentencias Judiciales.

Sin embargo, es necesario dejar en claro que el análisis se hace desde el punto de vista de la concepción de Prestación Previsional que asume el Sistema Nacional de Pensiones, que **se cimenta en los Principios de Solidaridad y Universalidad** (elementos determinantes de su naturaleza y precisamente distintivos con relación a la concepción que tiene el Sistema Privado de Pensiones).

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema arriba expuesto, lo planteamos bajo la forma de las siguientes preguntas:

- 1.** ¿Cuál es el verdadero sentido interpretativo de la consecuencia normativa “Caducidad de la Pensión”, contenida en el artículo 46 del Decreto Ley 19990?
- 2.** ¿Cuál es el verdadero alcance conceptual del vocablo “Pensión”, contenido en el artículo 46 del Decreto Ley 19990?
- 3.** ¿Los diversos “Derechos o Situaciones Jurídicas generados o producidos por la existencia de una ‘Pensión’”, están comprendidos dentro del concepto ‘Pensión’ que regula el artículo 46 del DL 19990, y, por lo mismo, “Caducan” con la muerte del pensionista?
- 4.** ¿Los diversos “Derechos o Situaciones Jurídicas generados o producidos por la existencia de una ‘Pensión’”, son Derechos Adquiridos o simplemente Derechos Expectaticios?
- 5.** ¿Los diversos “Derechos o Situaciones Jurídicas generados o producidos por la existencia de una ‘Pensión’”, son Personalísimos y, por lo mismo, Intransmisibles por Herencia?

III.- DESARROLLO DEL ENSAYO

3.1.- CONSIDERACIÓN PREVIA SOBRE EL SENTIDO DE LA CADUCIDAD CONFORME AL ARTÍCULO 46 DEL DECRETO LEY 19990

Debemos, previamente, decir que, en su acepción prístina y general, la “CADUCIDAD” es la causa de extinción de un derecho por el transcurso del tiempo. Ésa es la definición que resulta de la lectura de los artículos 2003, 2004 y 2005 del Código Civil.

Sin embargo, el citado artículo 46 NO utiliza esta acepción.

El artículo 46 habla de la “CADUCIDAD” de la Pensión, para referirse a la **“Extinción” del derecho** (Pensión, como prestación) pero por causa de **“Muerte”** del titular (pensionista), No por causa del transcurso del tiempo.

3.2.- CONCEPTO DE DERECHO A LA PENSIÓN

En primer lugar, hay que decir que el DERECHO A LA PENSIÓN, como derecho fundamental, tiene diversos componentes y expresiones.

El DERECHO A LA PENSIÓN comprende **un conjunto de situaciones de hecho** que se expresan como otros tantos requisitos legales necesarios para el Otorgamiento, Reajuste y Subsistencia de la PENSIÓN COMO PRESTACIÓN, esta última es la suma de dinero mensual que percibe el Pensionista.

Sobre la naturaleza del Derecho a la Pensión, citamos al Tribunal Constitucional:

“(…) El derecho fundamental a la pensión tiene la naturaleza de derecho social -de contenido económico-. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la ‘procura existencial’. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección -negativas- y de garantía y promoción -positivas- por parte del Estado¹ (…)”.

3.3.- CONCEPTO DE PENSIÓN O PRESTACIÓN

La Real Academia de la Lengua señala que la palabra pensión deriva del latín “pensio-onis”, que significa la renta o canon anual que perpetua o temporalmente se impone sobre una finca. Asimismo, dice que pensión es la cantidad anual que se da a alguien por méritos y servicios o bien por pura gracia o merced.

Pensión es la retribución pecuniaria que se otorga en forma temporal y/o vitalicia a los trabajadores asegurados y extensivamente a la familia de éstos (derechohabientes) por los servicios prestados y las aportaciones efectuadas².

La “PENSIÓN como Prestación” es solamente una manifestación del “DERECHO A LA PENSIÓN”. Es decir, la “Pensión como Prestación” es sólo parte del Contenido del “Derecho a la Pensión”, que, a su vez, es el Continente

Vemos, entonces, que la “PENSIÓN como Prestación” es solamente una manifestación del “DERECHO A LA PENSIÓN”. Es decir, la “Pensión como Prestación” es sólo parte del Contenido del “Derecho a la Pensión”, que, a su vez, es el Continente.

3.4.- NATURALEZA DE LA PENSIÓN O PRESTACIÓN

La Pensión como “Prestación” tiene carácter “Extinguible” o “Finito”; existen dos razones que sirven de fundamento:

1) La Prestación pensionaria tiene como finalidad servir de contingencia al trabajador después de que éste ha cesado en su actividad laboral, o a la cónyuge superviviente o al

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 050-2004-AI/TC.

² BACACORZO, Gustavo. Derecho de Pensiones del Perú. Arequipa (1968). Pag. 11-12.



huérfano que -precisamente por la muerte del pensionista- han quedado desamparados económicamente. Por tanto, cuando se produce la muerte del trabajador, o de la viuda o del huérfano, la Prestación ya no sirve a ningún propósito, pues ya no existe el sujeto de la contingencia. Entonces, la Prestación tiene su causa en la vida o existencia del pensionista o titular.

2) La Prestación tiene expresión periódica o continuada (mensual) y no única. Por tanto, esa periodicidad no podrá expresarse una vez que la causa de la Prestación, esto es, la vida o existencia del pensionista, se extinga.

Es preciso dejar en claro que, en alguna circunstancia (frecuente), existe sucesivamente una Pensión de Jubilación, una Pensión de Viudez y una Pensión de Orfandad; sin embargo, cada una de esas "Pensiones" no será un "derecho transmitido por herencia" sino que cada cual será un "nuevo y distinto derecho" que se adquirirá siempre que el titular respectivo reúna las cualidades legales y de hecho que establece la ley para el efecto.

Entonces, nos hacemos la siguiente pregunta: ¿La Pensión (Prestación) puede seguir existiendo cuando ya se produjo el hecho límite para su vigencia, y ese hecho límite es precisamente la muerte del titular?

Consideramos que no. La Pensión (Prestación) se Extingue, Caduca.

Resulta pertinente citar lo que al respecto ha dicho el Tribunal Constitucional:

"(...) Por su naturaleza, la pensión, a diferencia de la propiedad, no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago periódico al que se tiene acceso una vez que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos.

En cuanto a los actos que pueden realizarse sobre la pensión, existen también diferencias bastante marcadas con la propiedad. Así, la pensión no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compra-venta, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible, como es evidente, de expropiación -como equivocadamente señalan los demandantes-. Por el modo como se transfiere tampoco se puede equiparar la pensión con la propiedad.

La pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia, pues se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la ley y que, sólo una vez que hubiesen sido satisfechos, podría generar su goce a éste o sus beneficiarios.

En cuanto a la titularidad, no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiada con ella, por lo que se debe distinguir entre el pensionista y el beneficiario. Es evidente, entonces, que la pensión no comporta los atributos privativos de la propiedad, de modo que es un absurdo jurídico asimilar la naturaleza de ambas como si de una se tratase³".

3.5.- NATURALEZA DE LOS DIVERSOS "DERECHOS O SITUACIONES JURÍDICAS GENERADOS O PRODUCIDOS POR LA EXISTENCIA DE UNA PENSIÓN"

Existen lo que podríamos llamar "**Derechos o Situaciones Jurídicas generados o producidos por la existencia de una Pensión**", tales como por ejemplo: el derecho al reajuste de la pensión, el derecho a evaluación de mayor número de aportaciones, el derecho a pago de pensiones devengadas y de intereses legales generados por la mora en

3 Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 050-2004-AI/TC.

el otorgamiento de la pensión o por el otorgamiento de la pensión en monto ínfimo, etc.

Todos esos derechos, como es lógico, **tienen como presupuesto una Pensión existente**. La controversia se genera cuando debe determinarse si tales derechos son sólo expectativas de derechos o verdaderos derechos adquiridos.

A) EXPECTATIVAS DE DERECHOS O DERECHOS ADQUIRIDOS

Derechos expectaticios o expectativas de derecho son aquellos *“gérmenes de derecho, para cuyo desarrollo es menester la concurrencia de acontecimientos ulteriores”⁴*, son presupuestos para un derecho concreto en el futuro, y que, por lo mismo, no son susceptibles de ejecución actual.

Por ejemplo, los que tienen los cónyuges (considerados individualmente) sobre los bienes sociales. El titular de los bienes sociales es la sociedad conyugal, pero cada uno de los cónyuges, por separado, no son titulares de los bienes sociales, es decir, no tienen un derecho concreto sobre los bienes sino sólo una expectativa de derecho.

Por el contrario,
Derecho Adquirido es aquel que puede ejercitarse actualmente: *“toma su fuerza del pasado y puede ser ejercido inmediatamente”*. Es la consecuencia de un hecho apto para producirla con arreglo a la ley vigente en ese momento.

Sobre el derecho a la pensión, como derecho adquirido, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia arriba mencionada, ha dicho:

“(…) 98. La pensión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los demandantes mencionan la Sentencia de la Corte Interamericana sobre el Caso de los Cinco Pensionistas vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, aseverando que, respecto al derecho de propiedad “(…) la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que el derecho a recibir una pensión de jubilación, constituye un derecho adquirido, por cuanto la Constitución Peruana lo reconoce expresamente y, en la medida que este fue incorporado al patrimonio de los pensionistas, se encuentra amparado por el artículo 21º de la Convención que reconoce el derecho de propiedad (...) El criterio de la Corte Interamericana es compartido, y asumido expresamente, por el Tribunal Constitucional peruano, que en varias ocasiones ha identificado el derecho a percibir pensión con el derecho de propiedad. En efecto, la Corte Interamericana estableció en tal sentencia, como parte del párrafo 103, que (...) a la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención -el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que [los cinco pensionistas] pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto-Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana”.

Consideramos que los diversos **“Derechos o Situaciones Jurídicas generados o producidos por la existencia de una Pensión”**, que se presentan en la realidad como otras tantas situaciones concretas, y que se hubieren producido, configurado o consumado en la

4 CARBONELL LAZO, Fernando R., LANZÓN PÉREZ, Jorge T. y MOSQUERA LÓPEZ, Silvia R. Código Civil. Ediciones Jurídicas (1996). Lima - Perú. Pág. 63.



forma establecida por la ley, no pueden ser considerados como “derechos expectaticios” sino que son “derechos concretos que nunca se ejercieron”.

Ello, en razón de que No constituyen en sí mismos la “Prestación”; pues si bien son Derechos que se han derivado de la Prestación existente o han sido generados en razón de una Prestación existente, sin embargo, las situaciones o circunstancias que forman su contenido son situaciones o circunstancias concretas que **se produjeron mientras tuvo existencia la “Prestación”**.

La Pensión No subsiste luego de la muerte del Pensionista, precisamente porque se Extinguió su causa, que es la vida del Titular.

Eso no sucede con los diversos **“Derechos o Situaciones Jurídicas generados o producidos por la existencia de una Pensión”**, porque se trata de Situaciones Ya Causadas, Concretas, Adquiridas. No son Situaciones que necesiten de una Causa para seguir Subsistiendo, porque su existencia No es Periódica o Continuada como Sí lo es la Prestación. **Son Situaciones que han tenido nacimiento en Un Momento Único. No necesitan de la existencia del Pensionista para seguir subsistiendo.**

Y si son “derechos concretos” son, por tanto, “derechos adquiridos”; y el **“derecho adquirido” puede ejercerse en cualquier momento** (mientras no caduque o prescriba por el paso del tiempo: concepto distinto del concepto de caducidad que recoge el artículo 46. del Decreto Ley 19990).

B) DERECHOS PERSONALÍSIMOS O DERECHOS TRANSMISIBLES POR HERENCIA

De manera general, todos los derechos subjetivos son transmisibles por herencia. **Sin embargo, se excluyen de esa naturaleza, es decir, del carácter sucesorio, en los siguientes casos: 1)** Cuando la ley expresamente lo prive de esta condición; **2)** Cuando por su naturaleza, ese derecho se “extinga” con la muerte del titular (derecho Personalísimo).

Corresponde determinar, entonces, si los diversos “Derechos o Situaciones Jurídicas generados o producidos por la existencia de una Pensión” **son transmisibles por herencia o no lo son.**

En **primer lugar**, no hay norma que expresamente excluya a tales Derechos de la naturaleza transmisible por herencia.

En **segundo lugar**, No son derechos Personalísimos. El fundamento: Como tenemos dicho arriba, los “Derechos o Situaciones Jurídicas generados o producidos por la existencia de una Pensión”, una vez generados, No necesitan que exista la persona del Pensionista para seguir subsistiendo.

Consecuentemente, **se trata de Derechos Transmisibles por Herencia.**

C) LOS DIVERSOS “DERECHOS O SITUACIONES JURÍDICAS GENERADOS O PRODUCIDOS POR LA EXISTENCIA DE UNA PENSIÓN” NO “CADUCAN” CON LA MUERTE DEL PENSIONISTA

En razón de todo lo antes expuesto, podemos concluir que los diversos “Derechos o Situaciones Jurídicas generados o producidos por la existencia de una Pensión”, No están comprendidos dentro del supuesto regulado por el artículo 46 del Decreto Ley 19990. Por tanto, **NO CADUCAN con la muerte del Pensionista.**



3.6.- REPRESIÓN DE LA CULTURA DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN Y DEL ABUSO DEL DERECHO

Es necesario, también, tener en cuenta que la ley, por su naturaleza y finalidad, nunca puede ser injusta.

En este sentido, es materia de consideración esto: Si al causante en vida se le dio una pensión de menos a la que realmente correspondía, entonces, so pretexto de la "caducidad" (en el sentido del artículo 46, esto es, por causa de muerte), no se puede avalar la conducta abusiva e ilegal de la entidad demandada, que se configuró al otorgar al extinto titular, una pensión (prestación) diminuta; ello significaría legitimar el "abuso del derecho" que está proscrito por la ley (Artículo II del Título Preliminar del Código Civil).

Si, en su momento, se calculó un número de años menor, tal fue atribuible a la entidad demandada, la cual, con ello, causó perjuicio al titular de la pensión.

Es cierto que, de manera general, los derechos no pueden ejercitarse indefinidamente, pues por ello existen las instituciones de "prescripción" y "caducidad" (en su sentido prístino: extinción del derecho por el transcurso del tiempo), cuya finalidad es garantizar la seguridad del tráfico jurídico.

No obstante lo dicho en el párrafo precedente, hay que tener en cuenta dos circunstancias: **1)** como queda visto, las irregularidades producidas en el otorgamiento de la pensión, se deben, generalmente, al accionar (contrario a ley) de la entidad administradora, y no a omisiones del pensionista; **2)** conforme a lo establecido por el Tribunal (sentencia 1417-2005-AA/TC), las pretensiones previsionales no caducan ni prescriben.

Sería arbitrario e ilegal, e, incluso, sería un absurdo, que se considere que por el hecho de la muerte del titular, se prive a sus herederos de la obtención de bienes, beneficios o derechos, cuyas "condiciones" de adquisición se "generaron", "produjeron" o "adquirieron" en vida del titular, y que -como se ve con mucha frecuencia- "no se efectivizaron" en vida de éste, por circunstancias ajenas a su voluntad y, por el contrario, atribuibles, de manera exclusiva, a la entidad administradora. Permitir esto sería fomentar o favorecer la "cultura del incumplimiento de las obligaciones" y el abuso del derecho proscrito por nuestra ley civil. Por ejemplo: La falta de reajuste de la pensión con aplicación de la Ley 23908, es atribuible a la entidad administradora y no al titular de la pensión: porque conforme a la referida Ley, es la entidad administradora la que, de oficio, debía haber procedido a aplicar la ley, y no esperar que lo pida el titular y, mucho menos propiciar que éste recurra a un largo proceso judicial.

IV.- CONCLUSIONES

1. Cuando el artículo 46 del Decreto Ley 19990 dice "Pensión", se refiere a la "Prestación" o expresión concreta del Derecho a la Pensión, es decir, a la suma de dinero mensual que percibe el Pensionista que ha obtenido ese derecho.
2. Cuando el artículo 46 del Decreto Ley 19990 habla de "Caducidad de la Pensión por muerte del pensionista", quiere decir que lo que "Caduca" o "se extingue" es la Prestación mensual en dinero que percibía el Pensionista.
3. Los diversos "Derechos o Situaciones Jurídicas generados o producidos por la existencia de una 'Pensión'", Son Derechos Adquiridos y No meras Expectativas de Derechos
4. Los diversos "Derechos o Situaciones Jurídicas generados o producidos por la existencia de una 'Pensión'", Son Derechos Transmisibles por Herencia



5. Los diversos "Derechos o Situaciones Jurídicas generados o producidos por la existencia de una 'Pensión'", NO están comprendidos dentro del concepto 'Pensión' que regula el artículo 46 del DL 19990, y, por lo mismo, NO 'Caducan' con la muerte del pensionista.

V.- BIBLIOGRAFÍA

- Bacacorzo, Gustavo. (1968) Derecho de Pensiones. Arequipa - Perú, pp. 11-12.
- Carbonel Lazo, Fernando R.; Lanzón Pérez, Jorge T. & Mosquera López, Silvia R. (1996) Código Civil. Lima - Perú, Ediciones Jurídicas, pp. 09.
- Potozén Braco, Boris Gonzalo. (2011). Derecho Previsional. Lima - Perú.
- Sentencia del Tribunal Constitucional - Exp. N° 050-2004-AI/TC. Recuperado el 04 de Diciembre de 2014 en <http://www.tc.gob.pe>



NECESIDAD DE UNA LEY DE EJECUCION PENAL JUVENIL EN ARGENTINA. ASPECTOS GENERALES.

Por Daniel Alejandro Escalante.



RESUMEN.

Desde hace varios años, las sentencias judiciales vierten expresiones de deseos de reforma en lo que atañe a la materia en la que está implicado un sujeto activo juvenil, entre otros aspectos el de la ejecución penal. Ciertamente que se busca la menor estigmatización para el menor sometido a proceso penal, pero también se pretende que todo ser humano debe estar sujeto a proceso penal cuando afecten intereses de la Moral Pública o de terceros. En la última etapa, cual es la ejecución nos encontramos con un sujeto que debe responder por su culpabilidad, a la vez que debe preparárselo para reintegrarse a la sociedad y que ello sea con pautas adecuadas.

INTRODUCCION.

Argentina se encuentra en una etapa en la que el Derecho Penal adquiere un protagonismo relevante, que no se ha visto en otras épocas. La iniciativa de una reforma integral del Código Penal también conlleva la necesidad de modificar algunas instituciones propias de la Ejecución Penal, tanto en el ámbito de las personas Mayores de edad como en el de los Menores. En este último ámbito, la necesidad de adecuar la legislación vigente a los Convenios Internacionales. Soy un fiel convencido que existen dos ámbitos de control de convencionalidad, uno formal y otro material. El primero expresado mediante el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, pero en los hechos no sucede lo mismo.

La Ley 24.660 tiene un formato para ser aplicado a las personas mayores de edad, pero no es adecuado para el menor. Por ejemplo la privación de libertad debiera ser considerada como última medida para el menor, y por ello se debiese hacer hincapié en las medidas alternativas a la prisión.

Otra ley anacrónica resulta de la Ley 22.278, la que además de estar en contra de la Convención de los Derechos del Niño, no estipula nada en lo relativo a la ejecución de la sentencia penal.

Por todo ello es que resulta de suma utilidad crear una Ley de Ejecución Juvenil y esta expresión de deseo se plasma en estas páginas.

EL CODIGO PENAL Y LA LEY 24.660. FALENCIAS.

El paradigma de la Progresividad no debe empezar desde la etapa de Ejecución cuando un Menor sea el imputado. En los procesos juveniles, debe empezar desde el primer momento de la investigación a comenzar a ser tratado, tanto en el cuidado y protección de su salud. Tal es la postura que se afirma a tal punto que la presencia de la Asesora de Menores e Incapaces en un expediente de Menores resulta fundamental desde el inicio del proceso penal de Menores.

En cuanto a los beneficios que regula dicha ley, tales requisitos distan mucho de ser exigidos a los menores, sobre todo cuando se regula requisitos en el ámbito de la prisión perpetua, entre otros institutos.

Quizás sea mucho más coherente crear alternativas pero teniendo presente la maduración de los Menores en Conflicto con la Ley Penal. El sistema de puntos de conducta debería ser impuesto por un grupo interdisciplinario respetando las bases prescriptas por la Convención de los Derechos del Niño.



Otra legislación que se debe actualizar es el libro I título II del Código Penal actual. Precisamente empieza su descripción con las penas, entre las que se menciona a la prisión y reclusión perpetua, las que no deben aplicarse a los menores, por lo vertido en el fallo "Mendoza", resulta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde ya debe descartarse el hecho de que algunos beneficios sí podrán concederse por mas que hubieran nuevamente incurrido en un actuar ilícito, cuestión que no se lo admite para los individuos mayores de edad. En relación a este tema los registros, como el de Reincidencia no deben anotar las sentencias que recaigan mientras sean menores de edad.

La inhabilitación no podría tampoco dirigirse para los menores en virtud de que la mayoría de los menores no cuenta con trabajo estable.

OBSERVACION GENERAL N° 10 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Esta normativa producto del 44 período de sesiones en Ginebra en el periodo del 15 de Enero al 2 de Febrero del año 2007 arroja claridad y despeja todo tipo de dudas en relación a la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño.

De aquí pretendo analizar algunos párrafos que hacen al tema analizado.

El interés superior del niño (artículo 3)

"...En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública..."

Debe resaltarse que esta actualización no se efectuó en algunas provincias, como por ejemplo en Salta. Hubo una intensa reforma en lo atinente al proceso penal cuando los imputados son mayores de edad. Pero se dejó de lado lo vinculado a la materia juvenil. Lamentablemente los menores son juzgados y sentenciados cuando cumplen la mayoría de edad. De ello surge una conclusión inevitable, que los procesos de menores son lentos y que la eficacia de la Justicia ofrecería resultados positivos si se lo condena y la cumple siendo menor. De allí tiene sentido una Ley de Ejecución Juvenil. Párrafo aparte merece analizar la escasa infraestructura, y con ello no me refiero a los edificios, sino al "pensar en el después" de la condena, es decir cuando ya se declaró judicialmente su culpabilidad.

Mi preocupación radica en que si exigimos que obtengan resolución judicial rápida también debemos saber qué hacer luego con los menores condenados. Los criterios en este ámbito serán distintos porque las realidades son distintas.

El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6)

"...Este derecho intrínseco a todo niño debe servir de guía e inspirar a los Estados Partes para elaborar políticas y programas nacionales eficaces de prevención de la delincuencia juvenil, pues huelga decir que la delincuencia tiene un efecto muy negativo en el desarrollo



del niño. Además, este derecho básico debe traducirse en una política que afronte la delincuencia juvenil de manera que propicie el desarrollo del niño. La pena capital y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación están expresamente prohibidas en virtud del apartado a) del artículo 37 de la Convención (véanse párrafos 75 a 77 infra). El recurso a la privación de libertad tiene consecuencias muy negativas en el desarrollo armonioso del niño y dificulta gravemente su reintegración en la sociedad. A este respecto, el apartado b) del artículo 37 estipula expresamente que la privación de libertad, incluidas la detención, el encarcelamiento o la prisión, se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, a fin de garantizar y respetar plenamente el derecho del niño al desarrollo...”

Hablar de delincuencia juvenil es hablar del “antes” del ilícito, de la “previa”. Sostengo que también cabe hablar de “prevención”, la que no es solo dirigida para aquellos chicos primerizos en el ámbito delictivo, sino también de aquellos que cometieron delito, es decir para evitar la “reincidencia”. Supervivencia y Desarrollo son conceptos inherentes a todo ser humano, y que si bien ello reposa en el cuidado que le brinden los progenitores, cuando se encuentran alojados en una Cárcel, dicha patria potestad se encuentra “reducida”, por lo que el Estado debe intervenir en mayor medida, sin caer en el absurdo de convertirse en un Estado paternalista, doctrina que ya fue dejada de lado en su momento.¹

Prohibición de pena capital

“...En el apartado a) del artículo 37 de la Convención se reafirma la norma internacionalmente aceptada (véase, por ejemplo, artículo 6 5 del Pacto) de que no se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por menores de 18 años. A pesar de la claridad del texto, algunos Estados Partes presuponen que esa norma prohíbe únicamente la ejecución de menores de 18 años. Sin embargo, el criterio explícito y decisivo que inspira esa norma es la edad en el momento de la comisión del delito, lo que significa que no se impondrá la pena capital por delitos cometidos por menores de 18 años, independientemente de cuál sea su edad cuando se celebre el juicio, se dicte sentencia o se ejecute la pena... El Comité recomienda al reducido número de Estados Partes que aún no lo han hecho a abolir la pena capital para todos los delitos cometidos por menores de 18 años y a suspender la ejecución de todas las sentencias a la pena capital pronunciadas contra esas personas hasta que se hayan promulgado las medidas legislativas necesarias para abolir la aplicación de la pena capital a menores. La pena de muerte deberá conmutarse por otra pena que sea plenamente compatible con la Convención...Ninguna condena a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional...”

Si bien, mediante la adhesión al Pacto de San José de Costa Rica la prohibición de la pena capital es una realidad vigente, su mención expresa en la Ley de Ejecución Juvenil ratificaría lo dicho anteriormente y en cierta manera despeja toda duda para aquellos que pretenden aplicarla alguna vez en nuestro país.

“...No se condenará a cadena perpetua sin posibilidad de puesta en libertad o libertad condicional a ningún joven que tuviera menos de 18 años en el momento de cometer el delito. Con respecto a las sentencias dictadas contra menores, la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico. En este sentido, el Comité se remite al artículo 25 de la Convención, donde se proclama el derecho a un examen periódico para todos los niños que hayan sido internados para los fines de atención, protección o tratamiento. El Comité recuerda a los Estados Partes en los que se condenan a menores a la pena de cadena perpetua con la posibilidad de la puesta en libertad o de libertad condicional que esta pena debe estar plenamente en armonía con los objetivos de la justicia de menores consagrados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención y fomentar su consecución. Esto significa, entre otras cosas, que el menor condenado a esta pena debe

¹ Por la introducción de la Doctrina de la Protección Integral de la Convención de los Derechos del Niño.

recibir una educación, un tratamiento y una atención con miras a su puesta en libertad, su reintegración social y el desempeño de una función constructiva en la sociedad. También requiere que se examinen de manera periódica el desarrollo y la evolución del niño para decidir su posible puesta en libertad. Teniendo en cuenta la probabilidad de que la condena de un menor a cadena perpetua, aun con la posibilidad de su puesta en libertad, hará muy difícil, por no decir imposible, la consecución de los objetivos de la justicia de menores, el Comité recomienda firmemente a los Estados Partes la abolición de toda forma de cadena perpetua por delitos cometidos por menores de 18 años...

La abolición de la sanción en calidad de "perpetua" deviene necesaria por los distintos vaivenes jurisprudenciales que se han venido dando, hasta la decisión y publicación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Caso "MENDOZA Y OTROS VS. ARGENTINA"².

En tal sentido transcribo textualmente los párrafos pertinentes:

"Los castigos corporales, la pena de muerte y la prisión perpetua son las principales sanciones que son motivo de preocupación desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. Por lo tanto, este ámbito no sólo atiende a los modos de penar, sino también a la proporcionalidad de las penas, como ya se señaló en esta Sentencia (supra párrs. 147, 151, 161 y 165 a 166). Por ello, las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Al respecto, la Corte observa que, en la sentencia de los casos Harkins y Edwards Vs. Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "el Tribunal Europeo") estableció que la imposición de una pena que adolece de grave desproporcionalidad puede constituir un trato cruel y, por lo tanto, puede vulnerar el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que corresponde al artículo 5 de la Convención Americana..."

"Anteriormente, en la presente Sentencia ya se indicó que el artículo 13 del Código Penal de la Nación aplicable al presente caso señala que las personas condenadas a prisión y reclusión perpetuas pueden obtener la libertad una vez que hubieren cumplido veinte años de condena, "por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento bajo las siguientes condiciones [...]" (supra ár.. 154). La Corte ya determinó que este plazo fijo impide el análisis de las circunstancias particulares de cada niño y su progreso que, eventualmente, le permita obtener la libertad anticipada en cualquier momento (supra ár.. 163). En concreto, no permite una revisión periódica constante de la necesidad de mantener a la persona privada de la libertad. Además, en esta Sentencia también ya se estableció que la imposición de las penas de prisión y reclusión perpetuas por delitos cometidos siendo menores de 18 años no consideró los principios especiales aplicables tratándose de los derechos de los niños, entre ellos, los de la privación de la libertad como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. La Corte estableció, además, que la prisión perpetua a menores no cumple con el fin de la reintegración social previsto por el artículo 5.6 de la Convención (supra párrs. 165 a 167). En suma, este Tribunal estimó que la prisión y reclusión perpetuas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a menores..."

A partir de esta importante decisión fue que se gestó un importante movimiento en aras de revisar la calidad de las penas en el Proceso Penal y concretamente en el atinente a los menores, obviamente con las particularidades del caso.

MEDIDAS ALTERNATIVAS.

La restricción de los Derechos del Ser Humano es un fenómeno de carácter

² Cuya sentencia fue dictada el 14 de mayo de 2013 resolviendo las Excepciones Preliminares, Fondo y lo atinente a las Reparaciones.

restrictivo. La Libertad resulta uno de los derechos de mayor relevancia a nivel social por lo que la misma podría ser privada mediante orden de autoridad competente y solamente ordenada como medida de "ultima ratio". Por ello resalto que prefiero hablar de privación y no de restricción. En esta última situación se enmarcan las medidas alternativas, que es una disminución del ámbito de la Libertad que goza el ciudadano pero libertad al fin.

Pocas palabras merecen expresarse en relación a dónde deben encontrarse reguladas expresamente las mismas. Actualmente algunos códigos procesales regulan el tema dentro de la investigación penal preparatoria, pero no dicen nada respecto a la sentencia. El anteproyecto del Código Penal presentado al público en el año 2014 regula ello en la parte general. Los doctrinarios discuten sobre si debe ser una ley de fondo o de forma, cuando en realidad lo que debe primar es el criterio de la especialidad y por ello qué mejor es que una Ley de ejecución específica trate el tema.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores³ se dirige a los Estados sosteniendo que:

"Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

- a) Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión;***
- b) Libertad vigilada;***
- c) Ordenes de prestación de servicios a la comunidad;***
- d) Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;***
- e) Ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;***
- f) Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;***
- g) Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;***
- h) Otras órdenes pertinentes.***

18.2 Ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario."

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) fijan un sistema en el que la autoridad judicial tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad. Deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda. Entre las medidas podrá dictar:

- a) Sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia;
- b) Libertad condicional;
- c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
- d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días;

³ Reglas de Beijing.



- e) Incautación o confiscación;
- f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
- g) Suspensión de la sentencia o condena diferida;
- h) Régimen de prueba y vigilancia judicial;
- i) Imposición de servicios a la comunidad;
- j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
- k) Arresto domiciliario;
- l) Cualquier otro régimen que no entrañe reclusión;
- m) Alguna combinación de las sanciones precedentes.

Como aporte valioso deseo citar expresamente lo vertido por la eminente Dra. Mary Beloff: *“En un sistema de ese tipo, se establecen como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven o adolescente sanciones diferentes, que se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o privación de libertad en institución especializada. En caso de que sea necesario recurrir a una reacción estatal coactiva, la centralidad la ocupan estas sanciones y lo alternativo es la privación de la libertad. Por eso en el sistema de la protección integral no es correcto hablar, como en el sistema penal de adultos, de alternativas a la pena privativa de la libertad ya que lo alternativo y excepcional, conviene insistir, es la privación de la libertad”*. (el resaltado me pertenece)⁴.

Lo interesante de la normativa es que no hace diferenciación de la prisión antes, durante o luego de la sentencia, ya que de todas formas el menor se halla privado de libertad y esa circunstancias es lo relevante a regular.

Siguiendo con la misma intención es necesario reiterar el carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios, efectivamente se utilizará en todo momento como último recurso y por el plazo más breve posible. Desapegándonos de las normas y pensamiento de la Ley de Ejecución Penal N° 24.660, la autoridad pertinente en materia juvenil recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá como sea posible atendiendo a las circunstancias particulares del caso, es decir que no debemos pasar por el tamiz que se les aplica a las personas imputadas mayores de edad.

Las Reglas de Beijing expresan una peculiar directiva cual es que “Los menores en libertad condicional recibirán asistencia del correspondiente funcionario a cuya supervisión estarán sujetos, y el pleno apoyo de la comunidad”. Véase, que tal como lo dije en párrafo anteriores, en esta etapa de la ejecución el Estado debe tener un poco más de injerencia en el cuidado y protección de los Menores en Conflicto con la Ley Penal.

PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO DE EJECUCIÓN JUVENIL.

Como toda ley en su inicio, debe contener principios de tal manera de orientar y concretar las razones por las cuales se sancionó. Los principios rectores en el proceso de ejecución de las sanciones penales juveniles deben citarse a los siguientes, compartiendo con lo establecido por el Doctor Carlos Tiffer Sotomayor⁵:

4 Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina - Mary Beloff.

5 El Prof. Dr. Carlos Tiffer Sotomayor obtuvo su título de Licenciatura en Derecho y Notaría Pública en la Universidad de Costa Rica. Posteriormente, obtuvo los títulos de Legum Magister (LL.M.), en la Albert-Ludwigs-Universität en Freiburg, Alemania y su grado de Doctor en Derecho (Dr. jur) en la Ernst-Moritz-Arndt-Universität en Greifswald, Alemania. Es abogado practicante desde 1983, ha trabajado como Agente Fiscal en el Ministerio Público, y como Juez Superior Penal de la Corte Suprema de Justicia. Abogado de confianza de las embajadas de Alemania y Suiza en San José, Costa Rica. Ha sido profesor de Derecho Penal en la Universidad de Costa Rica, tanto en la licenciatura como en el postgrado en Ciencias Penales, ha impartido lecciones de Derechos Humanos y Criminología en la Universidad Estatal a Distancia y es miembro fundador de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Conferencista internacional en materias de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología y Derecho Penal Juvenil. Es consultor del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Ha sido perito consultor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Miembro de Amnistía Internacional (AI).

Humanidad: En la ejecución de todo tipo de sanción debe de partirse del Interés Superior del menor de edad sancionado, respetarse su dignidad y derechos humanos, lo cual se encuentra estipulado expresamente en los Convenios Internacionales sobre el tema.

Legalidad durante la ejecución: Ninguna persona menor de edad sancionada puede sufrir limitación alguna a su libertad u otro de sus derechos que no sean consecuencia directa e inevitable de la sanción impuesta, la que no puede ser producto del libre arbitrio de la autoridad competente, sino que debe ser producto de la Ley misma.

Tipicidad de la ejecución: Ninguna persona menor de edad puede ser sometida a medidas disciplinarias o de restricción de cualquier de derecho, si la conducta atribuida no se encuentra descrita y regulada de manera expresa en la Ley.

Proporcionalidad: En la ejecución de las sanciones penales juveniles cuando proceda imponer una medida disciplinaria, se debe escoger aquella que menos perjudique a la persona menor de edad sancionada y aquella que tienda en menor medida a estigmatizar al mismo, es buscar el mal menor al estilo de la teoría de Rawls.

Principio de debido proceso: Durante la tramitación de todo procedimiento dentro de la ejecución de las sanciones penales juveniles se debe respetar el debido proceso, donde debe estar presente de manera debida la acusación, defensa, prueba y sentencia.

EL FENOMENO EN EL DERECHO PENAL JUVENIL COMPARADO.

El Salvador es uno de los países que posee una normativa especial para la ejecución juvenil. La Ley del Menor Infractor del 2004 prescribe como una de las funciones del Juez de Ejecución la de revisar las medidas para modificarlas o sustituirlas cuando no cumplan con los objetivos por los que fueron impuestas, o por ser contrarias al proceso de reinserción social del menor. La Ley de vigilancia y control de ejecución de medidas al menor infractor, Decreto Nº 361 de 1995, y en su Art. 10 fija lo siguiente: ***Durante la ejecución de las medidas el menor y su defensor si lo hubiere, los padres, tutores o responsables de él, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, el Fiscal de Menores, el Procurador de Menores o el Director del Centro respectivo, podrán promover incidentes ante el Juez de Ejecución de Medidas al Menor competente, para que decida sobre la modificación, sustitución, revocación, cesación o extinción de la medida o sobre la ubicación de los menores internos en las etapas que correspondan, de acuerdo a la ley y al reglamento de los Centros de Internamiento. Dichos incidentes podrán solicitarse por escrito o verbalmente expresándose claramente los motivos en que se fundamentan y las pruebas que se acompañan u ofrecen. Inmediatamente de recibida la petición, el Juez señalará una audiencia oral, la que deberá celebrarse dentro del plazo de ocho días, debiéndose convocar a todas las partes y al Director del Centro cuando este lo hubiere promovido. La resolución del incidente se pronunciará en esa misma audiencia, con las partes que asistieren.***

España establece expresamente la sustitución de medidas por medio de la Ley 5/2000. El artículo 51 establece la facultad del Juez de Menores competente para la ejecución para "de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida". Y agrega: ***"Cuando el Juez de Menores haya sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, previa audiencia del letrado del menor, podrá dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado"***. Se prevé el caso de la posible conciliación del menor con la víctima,



la que “en cualquier momento en que se produzca (...) podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor”.

Costa Rica tiene como base principal a la Ley Penal Juvenil, Ley N° 7576, de 1996 y la Ley de Ejecución Penal Juvenil N° 8460, del 2005. La Ley N° 7576 en su artículo 123 dispone que las sanciones señaladas deberán tener una finalidad primordialmente educativa y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen. La aplicación de las sanciones podrá ordenarse ya sea en forma provisional o definitiva. Las sanciones podrán suspenderse, revocarse o sustituirse por otras más beneficiosas. Se establece que el Juez de Ejecución estará obligado a revisar las sanciones al menos una vez cada seis meses y puede modificarlas o sustituirlas por otras menos gravosas ante la eventualidad de que no cumplan con sus objetivos o resulten contrarias al proceso de reinserción y resocialización de la persona menor de edad sentenciada. Existe una judicatura de ejecución, fiscales de ejecución juvenil y defensores para la fase de ejecución juvenil. Se regula la institución de la libertad condicional. El juez de ejecución de la pena juvenil podrá decretar la libertad condicional como reconocimiento para la persona joven condenada a una pena privativa de libertad por más de un año, que por su conducta y comportamiento adecuados en el establecimiento penal en que cumple su pena, su interés en instruirse y su empeño en adquirir un oficio y formar un proyecto de vida, sin comisión de nuevos delitos, haya demostrado que se encuentra apto para seguir una vida respetuosa de la ley. El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al penado para cumplir su condena”. Otro ejemplo de esta articulación lo constituye el Manual de Ejecución Penal Juvenil que surge a costa de la Fiscalía adjunta penal juvenil por asumir un rol de coordinación de los distintos actores. Este documento incorpora aspectos prácticos y jurisprudenciales del procedimiento de ejecución juvenil y hace recomendaciones de buenas prácticas; sin duda, constituye el mejor ejemplo de un correcto entendimiento de la relevancia de la fase de ejecución.

Uruguay por su parte tiene el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 17.823 de 2004. Dicha norma establece Jueces Letrados de Adolescentes con funciones de vigilancia en la fase de ejecución. Instituye al Instituto Nacional del Menor como la instancia administrativa responsable de la ejecución de medidas disponiendo en el artículo 101 inciso 2° que este “reglamentará el funcionamiento de los establecimientos donde se cumplen las medidas privativas de libertad”. Se regula modificación de medidas: “Se deberá decretar, en cualquier momento, el cese de la medida cuando resulte acreditado en autos que la misma ha cumplido su finalidad socioeducativa. La tramitación de todas las solicitudes de sustitución, modificación o cese de las medidas, se hará en audiencia, debiendo dictarse resolución fundada, previo los informes técnicos que se estimen pertinentes, con presencia del adolescente, de sus representantes legales, de la defensa y del Ministerio Público”.

Canadá tiene marco normativo está dado por la Ley de Justicia Penal Juvenil. La sanción de internamiento y supervisión es la más dura de la Ley. Puede llegar hasta 10 años por homicidio en 1er grado, existe un período de supervisión por parte de la comunidad (el último tercio de la pena). Se hace efectiva en un centro de readaptación para jóvenes diferente del de los adultos. La sentencia impuesta a un adolescente puede ser revisada conforme a las siguientes pautas: que el joven haya avanzado lo suficiente para justificar un cambio en la pena juvenil; que las circunstancias que llevaron a la pena juvenil han cambiado sustancialmente; que están disponibles nuevos servicios o programas que no estaban disponibles en el momento de la sentencia juvenil; que las posibilidades de rehabilitación son ahora mayores en la comunidad, o cualquier otro motivo que el tribunal de justicia juvenil considere apropiado”. Antes de decidir, el director provincial de justicia juvenil un completo informe sobre el progreso del joven desde que



comenzó la condena. El tribunal puede mantener la sanción, sustituirla por una sanción en libertad bajo supervisión condicionada, en el caso de delitos de homicidio en primer y segundo grado, y si el director provincial de justicia juvenil lo recomienda, sustituir la pena juvenil del internamiento para rehabilitación intensiva y orden de supervisión, a una pena juvenil del internamiento por un máximo de 6 años seguidos de libertad bajo supervisión condicional, por el período que reste para sumar. Este procedimiento fija para los casos en que el bien jurídico comprometido es la vida, un sistema de revisión de la sanción juvenil, en audiencia, con derecho a defensa, con información sobre el desarrollo de la sanción y, en caso de ser favorable, con el cambio a una pena menos gravosa.

CONCLUSIÓN

Dentro del contexto de las preocupaciones por la mejora del funcionamiento de la sustitución están los derechos de los jóvenes. Considero de muy alta relevancia tratar y erradicar preocupaciones en una eficiente contribución en aras de incrementar la seguridad en la ciudad, a través de programas eficientes de reinserción para aquellos que han infringido la ley.

Intervenciones y progresos basadas en estadísticas serias que constituyan indicadores que nos permita evaluar si hay avances o no, que dicha información sea del dominio público, son todas características de las mejores prácticas contemporáneas. El derecho de ejecución penal juvenil debe contener todo este tipo de ingredientes. Un camino conveniente para ir por esa ruta es avanzar en la especialización. Algunos pensadores sostienen que esta especialización debería ser exclusiva y garantizar que solo los operadores especialistas conozcan de esta clase de infracciones desde la primera audiencia.

Binder plantea el punto al sostener que “eficacia no significa aumentar el contenido violento del poder punitivo, sino todo lo contrario. Eficacia significa tener la capacidad de contribuir al control de la criminalidad con el menor contenido de violencia posible”. En ese orden de consideraciones, el instituto de la sustitución, a la manera que aquí se ha planteado, despliega toda su relevancia.

Una Ley de Ejecución Juvenil resulta a todas luces necesarias, no solamente por la exigencia que estipula la Convención de los Derechos del Niño sino también por la realidad misma.

En un país donde en todos los ámbitos jurídicos esta primando la Especialidad en la materia, implica ofrecer un acabado conocimiento sobre los temas que debe investigarse y decidirse. Es por ello que se promueve la iniciativa de crear una ley de neto corte nacional.

Existen la práctica de regular en los códigos procesales penales lo atinente a la ejecución de la pena, cuando si bien en principio ello está bien pero hasta cierto punto. Ello podría desembocar en crear legislaciones discordantes y hasta incompatibles entre las provincias. Cuando en realidad lo que se pretende es lograr la uniformidad entre las legislaciones procesales en virtud de la existencia de un único Código Penal, a fin de no violar la garantía constitucional de Igualdad regulada en Art. 16 de la Constitución Nacional.

Esta ley nacional debe contar, además de la normativa pertinente, con el presupuesto necesario y suficiente como para poder llevar adelante las políticas y principios que tienen su basamento en la Convención de los Derechos del Niño. Como sucede en varias normativas sancionadas, muchas son un simple deseo y queda en esa situación, sin poder llevarse a la realidad.

En otro orden de cosas, algunos países del Continente Americano empezaron a llevar adelante esta iniciativa con muy buenos resultados, sobre todo si se pregona que



la regulación en toda materia que tengan intervención los menores debe primar el Interés Superior del Menor.

Tenemos una ley de Minoridad* que fue modificada en un tiempo en el que las realidades eran diferentes, lo que plantea hablar en términos de derecho dinámico. Con ello no pretendo manifestar que se debe reformar las leyes a menudo, sino que en realidad la "interpretación" que debe efectuarse debe serlo adecuándose a los valores del momento.

Es precisamente la estadía del joven en la cárcel la que merece reformarse y establecer una tajante diferencia con respecto a la regulación de la ejecución de los mayores de edad.



Lorena de Mello Rezende Colango¹



Evolução da Jurisdição Trabalhista

A ideia de criação de um espaço para resolver os conflitos capital-trabalho surgiu como forma de possibilitar uma solução mais rápida, simples e barata desses conflitos, “a par de propiciar métodos mais eficazes de composição tanto dos dissídios individuais, como, principalmente, dos coletivos”.² No Brasil, o protecionismo estatal foi dirigido, em um primeiro momento, aos trabalhadores do campo, em especial aos imigrantes.³ Sob a égide da Constituição da República de 1891, foi editado o Decreto n.º 979, de 6 de janeiro de 1903, que criou um espaço para que aos trabalhadores do campo, organizados em sindicatos, e os produtores rurais resolvessem seus conflitos. Os objetivos almejados com a criação desse órgão eram de caráter econômico: intermediação de crédito agrícola, aquisição de equipamento e venda da produção do pequeno agricultor.⁴

Em 1907, durante o governo de Afonso Pena, foram criados em âmbito sindical os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem pelo Decreto 1.637, que nunca chegaram a ser efetivados.⁵ Quatro anos após a tentativa de instituição dos conselhos permanentes de arbitragem, foi criado em São Paulo, pela Lei Estadual n. 1.299-A, de 1911 (regulamentada pelo Decreto Estadual, de 15 de março de 1912), o Patronato Agrícola, órgão que prestou assistência judiciária aos trabalhadores rurais na cobrança de suas retribuições, execução dos contratos agrícolas e defesa contra o aliciamento, em especial de imigrantes.⁶

Após uma década da criação do Patronato Agrícola, aproximadamente, a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, sob o governo de Washington Luiz, editou a Lei Estadual n. 1.869, de 10 de outubro de 1922, criando os Tribunais Rurais para julgar os conflitos de execução e interpretação dos contratos de locação dos serviços agrícolas. A composição desses tribunais foi realizada de forma tríplice, por um juiz de direito; um representante do locador dos serviços, previamente indicado; e, um representante do trabalhador, por ele



1 Mestre em Direito Processual pela UFES. Pós Graduada em Direito do Trabalho, Individual e Coletivo, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNIVES. Professora de Direito Processual do Trabalho. Juíza do Trabalho na 9ª Região – Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Membro da Rede Latino Americana de Juízes – RedLaj e do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho - IPEATRA. Autora de Livros e Artigos Jurídicos. Email: lor.colnago@gmail.com.

2 Cf. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Breve história da Justiça do Trabalho. In: FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho*: homenagem a Armando Casimiro Costa. São Paulo: Ltr, 1998. parte III, p.174.

3 Ibid, p. 178.

4 D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. Competência criminal da Justiça do Trabalho e legitimidade do Ministério Público do Trabalho em matéria penal: elementos para reflexão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 995, 23 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8141>>. Acesso em: 17 mai. 2007.

5 Cf. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. *Revista do TST*. Brasília, v. 65. n.1, p. 85-114, out/dez. 1999, p. 102.

6 MARTINS FILHO, op. cit., p.179, nota 2.

conduzido à audiência⁷. O juiz de direito tinha a função de presidir as audiências, entretanto, apenas julgava um conflito quando os representantes classistas não celebravam acordo.⁸ É interessante observar que o valor de alçada, para o acesso aos Tribunais Rurais, foi fixado em 500 (quinhentos) mil réis, que equivaliam a dois salários mínimos da época. Essa também foi uma tentativa que não logrou o êxito esperado, perante a dificuldade de encontrar um representante dos trabalhadores da envergadura dos representantes dos locadores de serviço.⁹

No ano de 1923 foi criado em âmbito nacional o Conselho Nacional do Trabalho (CNT) pelo Decreto n. 16.027, como órgão administrativo colegiado vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, que teve função consultiva e recursal em matéria trabalhista, contudo, o CNT inicialmente não abrangeu a revisão das demissões dos empregados das empresas públicas¹⁰, o que somente foi possível em 1931, com a edição da Lei n. 5.109¹¹.

No governo de Getúlio Vargas, o CNT foi deslocado para o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que se dissociou do Ministério da Agricultura por meio do Decreto 19.433, de 26 de novembro de 1930. E, em 1932, por iniciativa do primeiro Ministro do Trabalho, Lindolfo Collor, dois órgãos foram instituídos no âmbito do CNT: as Comissões Mistas de Conciliação (Decreto n. 21.396) e as Juntas de Conciliação e Julgamento (Decreto n. 22.132). As primeiras para dirimir os conflitos coletivos do trabalho, e as segundas, para dirimir os conflitos individuais. Ambas as comissões foram compostas de forma paritária, por representantes dos empregados e dos empregadores, e tripartite, uma vez que a presença de um agente administrativo estatal era obrigatória.¹²

A constitucionalização da Justiça do Trabalho somente aconteceu com a Constituição Brasileira de 1934, art. 122¹³. Entretanto, apesar do nome “Justiça” do Trabalho, este órgão não fez parte do Poder Judiciário, mas do Poder Executivo. Desse modo, a escolha de seus membros togados foi realizada pelo Presidente da República, dentre pessoas de notório conhecimento, com capacidade moral e intelectual, enquanto os demais representantes eram escolhidos pela classe econômica e operária. É interessante destacar que a organização da Justiça do Trabalho brasileira foi inspirada no modelo “paritário” do sistema Italiano.¹⁴

A Constituição Brasileira de 1937 manteve a Justiça do Trabalho como órgão do Poder Executivo em seu art. 139¹⁵, sem proceder a maiores alterações, visto que deixou a sua regulamentação para a legislação infraconstitucional. Assim, no ano de 1939, foi editado o

7 Regra que dificultou sobremaneira o funcionamento dos tribunais, em virtude da significativa inferioridade econômica e social dos locatários operários. (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Breve história da Justiça do Trabalho. In: FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho*: homenagem a Armando Casimiro Costa. São Paulo: Ltr, 1998. parte III, p. 180).

8 PITAS, José. História da Justiça do Trabalho: competência. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, ano 31, v. 120, p. 114-134, out./dez. 2005, p. 115.

9 MARTINS FILHO, op. cit., p. 179-180.

10 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. *Revista do TST*. Brasília, v. 65. n.1, p. 85-114, out./dez. 1999, p. 103.

11 MARTINS FILHO, nota 9.

12 Cf. CATHARINO, José Martins. Justiça do trabalho brasileira: evolução institucional, diagnóstico, terapêutica, prognósticos. *Revista do TST*. Brasília, v. 66, n. 4, p. 92-99, out./dez 2000, p.93.

13 “Art 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I. Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.” (BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso: 05 mai. 2007).

14 Cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5 ed. São Paulo: Ltr, 2007, p. 129.

15 “Art 139 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.” (BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso: 06 mai. 2007).

Decreto n. 1.237, estruturando a Justiça do Trabalho em três níveis: Conselho Nacional do Trabalho, Conselho Regional do Trabalho e Junta de Conciliação e Julgamento.¹⁶ O efetivo funcionamento desse sistema ocorreu em 1º de maio de 1941¹⁷.

No ano de 1942, o Presidente da República, Getúlio Vargas, instituiu uma comissão composta por juristas de renome: Luiz Augusto do Rego Monteiro; José de Segadas Viana; Arnaldo Lopes Sussekind; e, Dorval de Lacerda para elaborar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que foi publicada pelo Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.¹⁸ É interessante observar que a natureza administrativa da Justiça do Trabalho influenciou na escolha dos termos utilizados em sua regulamentação: ao invés de autor, o art. 839 da CLT previu que o litigante da Justiça do Trabalho seria denominado reclamante; ao invés do termo ajuizamento do dissídio coletivo, o art. 856 da CLT previu a instauração de instância; dentre outras nomenclaturas inerentes ao Direito Administrativo.

No governo do Presidente da República Eurico Gaspar Dutra uma nova constituição foi promulgada no Brasil, a Constituição da República de 1946. Dentre as inovações da lei fundamental, destacou-se na área trabalhista a inclusão da Justiça do Trabalho como órgão do Poder Judiciário, art. 122 e 123¹⁹, consolidando o seu caráter jurisdicional reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal desde 1943 (RE 6.310, publicado no DJU de 30-09-1943)²⁰.

É interessante verificar que, antes de ser atribuído o caráter jurisdicional aos órgãos da Justiça do Trabalho, as decisões por eles proferidas tinham poder de coerção sobre os litigantes, necessitando, todavia, em caso de descumprimento da ordem, dos órgãos da Justiça Estadual para sua execução. O principal problema advindo dessa conduta era a rediscussão da matéria na esfera cível.²¹

Atualmente a Consolidação das Leis do Trabalho conta com cerca de 20 artigos sobre execução, que de forma objetiva trata da execução trabalhista sem preocupar-se com maiores complexidades, remetendo os trâmites e incidentes da execução (art. 889) aos “preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”.



Apontamento sobre as omissões do Texto Consolidado em Execução Trabalhista

A execução trabalhista sempre foi uma fase do processo do trabalho, e não um procedimento autônomo como o era no processo civil, antes da Reforma de 2005, promovida pela Lei 11.232²². O texto celetista disciplina essa fase em poucos artigos

16 Cf. PINTO, Almir Pazzianoto. 60º aniversário da Justiça do Trabalho. In *Revista de direito trabalhista*, Brasília, ano 12, n. 10, p.16-19, out./2006, p. 18.

17 “Entretanto, estruturação meramente programática, pois o Decreto- Lei n.º 1.237/39 criou uma comissão, chefiada pelo presidente do CNT, para ‘prover a instalação da Justiça do Trabalho’, e elaborar seu regimento”. (CATHARINO, José Martins. *Justiça do trabalho brasileira: evolução institucional, diagnóstico, terapêutica, prognósticos*. *Revista do TST*. Brasília, v. 66, n. 4, p. 92-99, out./dez 2000, p. 94).

18 Cf. PINTO, op. cit., p. 19.

19“Art 122 - Os órgãos da Justiça do Trabalho são os seguintes: I - Tribunal Superior do Trabalho; II - Tribunais Regionais do Trabalho; III - Juntas ou Juizes de Conciliação e Julgamento. § 1º - O Tribunal Superior do Trabalho tem sede na Capital federal. § 2º - A lei fixará o número dos Tribunais Regionais do Trabalho e respectivas sedes. § 3º - A lei instituirá as Juntas de Conciliação e Julgamento podendo, nas Comarcas onde elas não forem instituídas, atribuir as suas funções aos Juizes de Direito. § 4º - Poderão ser criados por lei outros órgãos da Justiça do Trabalho. § 5º - A constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho serão reguladas por lei, ficando assegurada a paridade de representação de empregados e empregadores.

Art 123 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e, as demais controvérsias oriundas de relações do trabalho regidas por legislação especial. § 1º - Os dissídios relativos a acidentes do trabalho são da competência da Justiça ordinária. § 2º - A lei especificará os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho.” (BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso: 06 mai. 2007).

20 Cf. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Breve história da Justiça do Trabalho. In: FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho: homenagem a Armando Casimiro Costa*. São Paulo: Ltr, 1998. parte III, p.190.

21 ALBUQUERQUE, Francisca Rita Alencar. *A Justiça do Trabalho na ordem judiciária brasileira*. São Paulo: Ltr, 1993, p. 85-87 *apud* MARTINS FILHO, op. cit., p. 182.

22 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora GEN e Método, 2011, p. 800-801.

(876 a 892), tendo início de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes, com aplicação subsidiária da Lei 5868/73 (Lei de Execução Fiscal), e na omissão desta, com aplicação das normas de processo civil.

Ocorre que a lei de execução fiscal atualmente possui lacunas ontológicas e normativas²³ ante a complexidade das relações processuais e materiais da pós-modernidade, sendo mais benéfico para a execução trabalhista a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, que vem sendo periodicamente alterado e atualizado, em contrapartida com a legislação de execução fiscal e o vanguardista texto celetista, que há tempos não sofre uma alteração significativa em termos de execução.

O Conselho Nacional de Justiça em 2010 estipulou a criação de um núcleo de apoio à execução como uma de suas metas (Meta 5), preocupado com essa fase processual considerada a mais morosa do Processo Trabalhista.²⁴ A mesma meta foi repetida em 2011.²⁵

Comentários sobre as propostas de alteração da legislação trabalhista e interpretação sistemática em pró da reunião de execuções e efetividade processual

A aplicação subsidiária das normas processuais civis no processo trabalhista, em especial na fase executiva, vem sendo paulatinamente aplicada pela jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas, sendo tese defendida pelas doutrinas pátrias²⁶, constituindo projeto de lei que tramita no Senado (PL 606/2011²⁷), com previsão de ampliação dos títulos executivos trabalhistas - aplicação subsidiária, direta e primária do Código de Processo Civil na execução como proposta de uma normatização mais adequada à nova competência da Justiça Do Trabalho, ampliada pela EC 45/2004.

Nesse sentido, dentre outros pontos, o Projeto de Lei 606/2011 prevê a ampliação da competência para execução de todas as contribuições previdenciárias decorrentes do contrato de trabalho e não apenas aquelas que decorrem das sentenças trabalhistas, pacificando a dicotomia entre o texto legal, art. 876 da CLT, e o entendimento pacificado na Súmula 368 do TST (contribuições apenas sobre verbas condenatórias RE 569056 do STF) decorrentes das sentenças trabalhistas - tese também defendida e aprovada em Plenária do XVII CONAMAT - Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, em abril de 2014.

Outra polêmica que será pacificada com o Projeto de Lei 606/2011, se aprovado, é a aplicação do art. 475-J do CPC, incidência de multa de 10% para o não cumprimento espontâneo da sentença. Nesse quesito, muito embora as decisões do Tribunal Superior do Trabalho sejam no sentido da incompatibilidade²⁸ de aplicação do dispositivo legal sob o fundamento de que o processo do trabalho tem regramento específico para a execução (art. 880 e 883 da CLT: com o prazo de 48 horas para o cumprimento espontâneo da decisão e de 5 dias para ajuizamento de embargos, garantido previamente o juízo, sob pena de penhora de bens), normas mais benéficas ao exequente, alguns Tribunais Regionais, como o Tribunal Regional do Paraná e do Rio Grande do Sul têm entendimento diverso, em

23 As lacunas ontológicas são chamados os "espaços" sem normatização dentro do sistema jurídico, ocasionadas pelas alterações sociais que caminham mais rápido que o Direito, fazendo-se necessário o preenchimento por normas contidas em diplomas mais novos. Já as lacunas normativas referem-se à ausência propriamente dita de norma no sistema sobre um determinado assunto. Cf. BOBBIO, Norberto. *A teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

24 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Compromissos e metas do Judiciário*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/component/content/article/484-rodape/gestao-planejamento-e-pesquisa/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/127-metascompromissos-e-metas-do-judiciario>>. Acesso em: abr. 2014.

25 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Descrição das metas 2011*. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metad/metas-2011/glossario-das-metas-2011#metas_nacionais>. Acesso em: abr. 2014.

26 Por todos: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5 ed. São Paulo: Ltr, 2007.

27 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 606/2011*. Disponível em:<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=97215&tp=1>>. Acesso em: jan 2014.

28 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Informativo n.º 3*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/informativo-tst>>. Acesso em: jan. 2014.

pró da aplicação, como se pode observar na Súmula n.º 9 e 10 do TRT9:

SÚMULA Nº 9, DO TRT DA 9ª REGIÃO:

Aplicação da multa do artigo 475-J do CPC. Recursos Cabíveis.

1. "No caso de aplicação da multa do artigo 475-J do CPC na própria sentença condenatória, prolatada no processo de conhecimento, a irresignação do Réu deverá ser manifestada no Recurso Ordinário;
2. No caso de imposição da multa do artigo 475-J do CPC após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o ato judicial deverá ser impugnado por Agravo de Petição, nos termos do artigo 897, "a" da CLT." (Publicada no DJPR em 21.08.2007, pág. 349, Ed.7433; em 27.08.2007, pág. 397, Ed.7437; em 28.08.2007, pág. 331, Ed.7438; em 29.08.2007, pág. 341, Ed.7439).

SÚMULA 10. Aplicação da multa do artigo 475-J do CPC. Cabimento de Mandado de Segurança.

Incabível Mandado de Segurança contra ato judicial que determina a aplicação do artigo 475-J do CPC ao processo trabalhista, porquanto configura decisão passível de reforma mediante recurso próprio, na esteira da Orientação Jurisprudencial nº 92 da SDI-2 do C. TST. (Publicada no DJPR em 21.08.2007, pág. 349, Ed.7433; em 27.08.2007, pág. 397, Ed.7437; em 28.08.2007, pág. 331, Ed.7438; em 29.08.2007, pág. 341, Ed.7439).²⁹

Outro Tribunal Regional do Trabalho que aplica o referido dispositivo é o do Rio Grande do Sul: "OJ Nº 45: MULTA DO ARTIGO 475-J DO CPC. DEVEDOR SUBSIDIÁRIO ENTE PÚBLICO. Quando o devedor tratar-se de ente público, na condição de devedor subsidiário não é devida a cobrança da multa prevista no artigo 475-J do CPC."³⁰, ou seja, nos demais casos a multa será aplicada.

Essa posição divergente está fundamentada no princípio da efetividade e duração razoável do processo (art. 5, LXXVIII, CF) e da compatibilidade com o art. 652, inciso V, alínea "d", e art. 832 da CLT, permitindo a importação da norma inscrita no art. 475-J CPC por meio do art. 769 da CLT.

Adentrando especificamente o tema, o Projeto de Lei 606/2011 prevê expressamente a possibilidade de unificação de execuções em face do mesmo devedor sob a presidência de juiz único, e de ofício, ampliando a possibilidade existente no art. 573 do CPC e 28 da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), que dependem de requerimento do credor, como se pode observar na proposta de inclusão do art. 876-A no Texto Celetista:

Art. 886-A. O juiz poderá reunir processos contra o mesmo devedor, por conveniência da execução ou do cumprimento da sentença.

§ 1º A execução ou o cumprimento da sentença prosseguirá nos autos da demanda mais antiga. Nas localidades com mais de uma vara, o tribunal expedirá regras disciplinando a reunião desses processos para garantir a equânime distribuição dos serviços.

§ 2º A reunião será realizada mediante juntada, no processo mais antigo, das certidões de crédito expedidas nos demais.³¹

29 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. *Súmulas*. Disponível em: < http://www.trt9.jus.br/internet_base/paginadownloadcon.do?evento=F9-Pesquisar&tipo=721#>. Acesso em: jan 2014.

30 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Orientações Jurisprudenciais*. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow.jsessionid=18AC84E608F904DFAEB361F695AD80B3.jbportal-201?cod=902070&action=2&destaque=false&filtr os=>>>. Acesso em: jun. 2014.

31 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 606/2011*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=97215&tp=1>>. Acesso em: jan 2014.



É de conhecimento notório que a execução trabalhista é a fase mais difícil do Processo do Trabalho, e por vezes a mais morosa em razão da imensa dificuldade de encontrarem-se bens do devedor, por isso todos os mecanismos que potencialmente facilitem a satisfação do crédito são testados de modo vanguardista por esse ramo do Poder Judiciário.

Observe-se que o novo dispositivo pretendido pelo PL 606/2011 (art. 876-A), se aprovado, dirimirá ainda a competência do juízo de execução que será unificada e processada perante o juízo mais antigo, uma vez que a norma processual civil é omissa a esse respeito (art. 573 do CPC), sendo previsto na norma de execução fiscal (art. 28) a redistribuição das ações unificadas, pois essa lei foi redigida à época da autonomia da execução, que atualmente é uma fase decorrente do título judicial transitado em julgado, salvo quando houver título extrajudicial.

O Projeto de Lei 606/2011 que tramita no Senado Federal³² é realmente um passo grande em direção à efetividade das execuções e legitimação dos atos judiciais referentes à reunião das execuções. Entretanto, não se pode olvidar que o projeto de novo Código de Processo Civil³³ traz um importante dispositivo sobre cooperação judicial, que poderá ser aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho (art. 769 da CLT), prevendo no mesmo sentido do art. 765 da CLT uma ampla liberdade ao juiz, mas não apenas quanto a um único processo, mas referentes a um todo, ou seja, os juízes que atuam em cooperação podem decidir o melhor procedimento a ser seguido para a prática de atos de reunião de execuções sob a presidência não do juiz que atua no processo mais antigo, mas do juízo escolhido dentre os cooperados, vejamos:

Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescindindo de forma específica e pode ser executado como:

I - auxílio direto;

II - reunião ou pensamento de processos;

III - prestação de informações;

IV - atos concertados entre os juízes cooperantes.

§ 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código.

§ 2º **Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para:**

I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato;

II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos;

III - a efetivação de tutela antecipada;

IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas;

V - facilitar a habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial;

VI - a centralização de processos repetitivos;

VII - a execução de decisão jurisdicional.

§ 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário.

(g.n.)

Observe-se que esses atos ajustados entre os juízos de cooperação já vem sendo incentivados pelo Conselho Nacional de Justiça, como se pode verificar por meio da Recomendação n.º 38 de 2011, art. 3 e 4³⁴, que parecem ter inspirado o Projeto de Lei referente ao Novo Código de Processo Civil:

32 Ibid.

33 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 166/2010*. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: jan. 2014.

34 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 38, de 03 de novembro de 2011*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/pj-gestao-socioambiental/322-sessao-de-julgamento/atos-administrativos-da-presidencia/recomendacoes-do-conselho/16817-recomendacao-n-38-de-novembro-de-2011>>. Acesso em: jan. 2014.

Art. 3º A cooperação judiciária é admissível para a prática de todos os tipos de atos, providências, medidas, incidentes, procedimentos e ritos processuais.

Parágrafo único. O juiz poderá recorrer ao pedido de cooperação antes de determinar a expedição de carta precatória ou de suscitar conflito de competência.

Art. 4º O pedido de cooperação judiciária prescinde de forma especial e compreende:

- I - auxílio direto;
- II - reunião ou apensamento de processos;
- III - prestação de informações;
- IV - cartas de ordem ou precatória;
- V - atos concertados entre os juízes cooperantes.

Parágrafo único. Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros definidos em comum acordo, em procedimento para a prática de:

- I - citação, intimação e notificação, obtenção e apresentação de provas, coleta de depoimentos, medidas cautelares e antecipação de tutelas;
- II - medidas e providências para a recuperação e preservação de empresas, facilitação da habilitação de créditos na falência e recuperação judicial;
- III - transferência de presos;
- IV - reunião de processos repetitivos;
- V - execução de decisões judiciais em geral, especialmente aquelas que versem sobre interesse transindividual.

Art. 5º O pedido de cooperação judiciária pode processar-se entre juízes de ramos judiciários distintos.

Ademais, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, por meio da Resolução n.º 63/2010 previu no art. 9º, § 3º³⁵ a criação de Varas do Trabalho especializadas em execução fiscal, ou seja, há um indicativo dentro do Conselho Superior, órgão de organização em geral da Justiça do Trabalho, quanto à possibilidade de se deslocar a competência do juiz natural para outro, com especialização de matérias e focado na execução trabalhista, ainda que fiscal.

Assim, enquanto as inovações legislativas não são promulgadas, cumpre aos Tribunais ou aos juízes em cooperação a aplicação das normas processuais existentes de forma sistêmica e em pró da efetividade do processo.

Exemplos já praticados dessa interpretação sistemática do ordenamento pátrio não faltam, como se pode observar nos julgados abaixo relacionados:

AGRAVO DE PETIÇÃO. CENTRALIZAÇÃO DE EXECUÇÕES. POSSIBILIDADE. A execução trabalhista é especial, porque representa o meio de atuação de normas cogentes e é norteada pelos princípios da eficácia do julgado, da utilidade, da instrumentalidade, do impulso de ofício (art. 878 consolidado), da celeridade (art. 765, da CLT), visando a entrega da prestação alimentar. Por isso é possível que o Juízo tente imprimir-lhe um rito mais célere, e a determinação proferida pela Corregedoria atinente à reunião de processos contra o mesmo devedor em uma única vara cumpre esse objetivo, além promover a economia de atos processuais, evitando a multiplicidade de penhoras sobre o mesmo bem e possibilitando a fiel observância da ordem de precedência dos credores, não havendo que se falar em prejuízo para a União em caso da manutenção da decisão do juízo de primeiro



35 BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Resolução 63, de 28 de maio de 2010. Disponível em: < http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e24e7cd6-bcf9-45e1-b575-66b8599a9c12&groupId=955023>. Acesso em: abr. 2014.

grau.³⁶

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. AGRAVO DE PETIÇÃO - REUNIÃO DE EXECUÇÕES. ART. 573 DO CPC. POSSIBILIDADE. Sendo o mesmo o devedor, permite o art. 573 do digesto processual civil a cumulação de várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, desde que para todas elas seja competente o juiz e idêntica a forma do processo. Cumpre frisar que a referida cumulação se destina a atender ao princípio da economia do juízo (um máximo de atuação do direito, com um mínimo de atividade jurisdicional), pois, por meio dela, podem ser reunidas diversas execuções contra um mesmo devedor, evitando, desse modo, que, promovidas separadamente, exigissem uma atuação muito maior dos órgãos jurisdicionais. Não é desarrazoado afirmar, de outra parte, que essa cumulação subjetiva tem em mira acarretar menores prejuízos ao devedor, seja com custas ou emolumentos, ou mesmo com honorários advocatícios, uma vez que pode responder às diversas execuções em um só processo. Admitida como verdadeira essa afirmação, podemos dizer que o art. 573 do CPC se articula com o art. 620 do mesmo Código, a teor do qual, 'Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor'. Esse é o ensinamento do consagrado doutrinador Manoel Antônio Teixeira Filho em seu livro intitulado "Execução no Processo do Trabalho", São Paulo, LTR, 8ª Edição, 2004, p. 226. Agravo de petição negado.³⁷

EMENTA. REUNIÃO DE PROCESSOS. FACULDADE DO JUÍZO. A reunião de execuções contra um mesmo devedor constitui mera faculdade do Juízo e visa garantir tratamento igualitário aos empregados no tocante à satisfação dos seus créditos. Encontra ressonância no ordenamento jurídico, por aplicação analógica do disposto no art. 28 da Lei 6.830/80, pena de multiplicação de procedimentos complexos e demorados, em prejuízo dos trabalhadores. Na hipótese não há evidência da conveniência da reunião dos feitos, por requisição do devedor, ou mesmo que o trâmite em conjunto seja capaz de melhor atender aos princípios da celeridade e efetividade, mesmo porque não se comprovou que os exequentes estejam representados pelo mesmo procurador.³⁸

Ainda que as normas existentes condicionem a execução ao requerimento de um ou mais credores, art. 573 do CPC e art. 28 da Lei 6.830/80, o Processo do Trabalho enseja ampla liberdade de condução ao juiz em termos de procedimento nos termos do art. 765 da CLT, que interpretado sistematicamente com os dispositivos citados e o art. 769 do Texto Celetista, permitem uma maior discricionariedade do magistrado na condução do processo em geral para a satisfação efetiva, adequada e célere do crédito trabalhista.

A parte mais interessante do projeto de lei, e da própria resolução do CNJ, é a criação do substrato legislativo como cláusula aberta. E nesse contexto os mentores das normas estão corretos, pois há inúmeras hipóteses e combinações para ensejar a reunião de execuções.

O primeiro critério pensado seria a reunião das execuções no juízo que primeiro procedeu a penhora de um bem valioso do devedor, essa é a opção escolhida com

36 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região *Acórdão da 2ª Turma no agravo de petição n.º 0001527-52.2010.5.08.0013*. Disponível em: < <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:M0qq-yk1xBYJ:www2.trt8.jus.br/std/Download.aspx%3Fid%3D177511%26nome%3Dap0001527-52.2010.5.08.0013.pdf%26tipo%3Djuris2+%26cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a>>. Acesso em: abr.2014.

37BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. *Acórdão da 3ª Turma no agravo de petição n.º 0061600-22.2009.5.06.0161*. Disponível em: < http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:lubeeAppQgsJ:www1.trt6.jus.br/consultaAcordaos/acordao_inteiroteor.php%3FCOD_DOCUMENTO%3D281962012+%26cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a>. Acesso em: abr.2014.

38BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Acórdão em agravo de petição n.º 00504-2011-147-03-00-6*. Disponível em: < <https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseSelecionada.htm>>. Acesso em: mar. 2014.

fundamento no art. 711 do CPC, que traz a ordem cronológica de pagamento, e por conseguinte, escolher-se-ia o juízo que procedeu à primeira penhora para presidir a reunião de execuções:

[...] Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora.

No entanto, essa não é a única opção, como demonstrado, em Tribunais Regionais do Trabalho que tenham um juízo especial de execução, como o Paraná - JAC - Juízo Auxiliar de Conciliação³⁹, que tem uma forte atuação nos processos que encontram-se na fase de execução, ou Minas Gerais que conta com Juízo Auxiliar de Conciliação e Execução⁴⁰, mas também poderá ocorrer uma reunião entre os juízos onde tramitem os processos e a escolha do magistrado da unidade da jurisdição com maior disponibilidade e instrumentos de infraestrutura e logística para efetuar os atos expropriatórios, o que não fere o princípio fundamental do juízo natural.

Quanto à ordem de pagamento, essa pode ser proporcional, visando um critério equânime entre os credores, e a preferência não precisa ser necessariamente pela ordem cronológica do ajuizamento ou da penhora, mas pode observar a natureza jurídica dos créditos - à semelhança do que faz a Lei de Falências (Lei 11.101/2005, art.83) - e dentre esses, sugerimos a seguinte ordem créditos referentes ao pagamento de: 1) salário; 2) verbas decorrentes da extinção contratual; 3) outras verbas trabalhistas; 4) verbas indenizatórias. E nessa ordem há necessidade de observar-se a preferência do pagamento de créditos às pessoas com mais de 60 anos de idade (art. 71 do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003).

Há também outra forma de organizar os pagamentos, não envolvendo a proporcionalidade, mas esse critério, que tem espeque no pagamento de créditos da Fazenda Pública (art. 730 do CPC e seguintes), determinaria o pagamento em preferência dos créditos de menor valor, em gradação até o crédito de maior valor. E nesse caso, há uma necessidade de verificar-se se o montante de valores arrecadados conseguirá fazer frente ao pagamento de todos os credores.

Como se pode observar, inúmeras são as alternativas, que devem ser debatidas e acordadas com as partes a fim de buscar a maior legitimação e efetividade em pró de um processo colaborativo, nos termos previstos pela moderna teoria geral do processo, com espeque no processo colaborativo.⁴¹

Considerações finais

A Consolidação das Leis do Trabalho foi escrita na década de 40 do século passado e é até hoje um instrumento normativo atual, *status* que lhe confere o qualificativo de normatização de vanguarda. Porém, como foi elaborado numa época em que a Justiça do Trabalho era um órgão administrativo, que sequer tinha a possibilidade de executar suas próprias decisões, têm uma normatização referente à execução e expropriação bem reduzida considerando o texto como um todo, o que não impediu aos magistrados trabalhistas, ao longo de todo esse tempo, com sua criatividade e permeabilidade dos

39BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. *Juizo Auxiliar de Conciliação*. Disponível em: < http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=22&pagina=JUIZOS>. Acesso em: jul. 2014.

40 JUS BRASIL. *Notícia sobre a criação do Juizo Auxiliar de Conciliação e Execução*. Disponível em: < <http://trt-3.jusbrasil.com.br/noticias/1954071/trt-cria-nucleo-de-cooperacao-para-agilizar-execucao>>. Acesso em jul. 2014.

41 CF. FAZZALLARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006. LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do Direito. *Revista de Filosofia da UFES*. Vitória, ano VII, nº. 7, p. 175-200, jan./jun. 2001.



artigos 765 e 769 da CLT, criar soluções para tornar a execução trabalhista cada vez mais efetiva e pródiga.

Ainda que as inovações legislativas não venham a ser promulgadas, as soluções hermenêuticas apresentadas pelos Tribunais Pátrios encontraram fundamentos suficientes para permitir a reunião de execuções como instrumento importante de racionalização da execução de inúmeros credores em face de um mesmo devedor, o que beneficia ao mesmo tempo o exequente e o executado.

Para os exequentes, ter suas execuções unificadas significa garantir que o crédito reconhecido será adimplido, ainda que parcialmente, com celeridade e efetividade. Para os executados, a reunião de execuções sob a presidência de um único juízo evita a realização de mais de um ato expropriatório, por exemplo, facilita a comunicação com os credores não só no nível processual com a concentração de atos e economia de tempo, de recursos físicos e financeiros, mas também considerando a possibilidade de conciliação em qualquer fase do processo (art. 764 da CLT).

Eventualmente, esse benefício poderá ser ampliado para que ocorra um procedimento único envolvendo não só a Justiça Especializada, mas também a Justiça Comum, sem a necessidade do processo de falência, com suas naturais restrições, nos moldes em que propõe o PL 166/2010 de reforma do Código de Processo Civil em seu art. 69, *supra* citado.

Por fim, os meios de escolha do juízo que presidirá essa execução ou a forma de pagamento são inúmeros, como os apresentados, e dependerão da colaboração das partes e da criatividade dos envolvidos – juízes e partes.

Referências

ALBUQUERQUE, Francisca Rita Alencar. *A Justiça do Trabalho na ordem judiciária brasileira*. São Paulo: Ltr, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Compromissos e metas do Judiciário*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/component/content/article/484-rodape/gestao-planejamento-e-pesquisa/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/127-metascompromissos-e-metas-do-judiciario>>. Acesso em: abr. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Descrição das metas 2011*. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp/metas-2011/glossario-das-metas-2011#metas_nacionais>. Acesso em: abr. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 38, de 03 de novembro de 2011*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/pj-gestao-socioambiental/322-sessao-de-julgamento/atos-administrativos-da-presidencia/recomendacoes-do-conselho/16817-recomendacao-n-38-de-novembro-de-2011>>. Acesso em: jan. 2014.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. *Resolução 63, de 28 de maio de 2010*. Disponível em: < http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e24e7cd6-bcf9-45e1-b575-66b8599a9c12&groupId=955023>. Acesso em: abr. 2014.



BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso: 06 mai. 2007.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso: 06 mai. 2007.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 166/2010*. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: jan. 2014.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 606/2011*. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=97215&tp=1>>. Acesso em: jan 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Informativo n.º 3*. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/informativo-tst>>. Acesso em: jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Acórdão em agravo de petição n.º 00504-2011-147-03-00-6*. Disponível em: < <https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseSelecionada.htm>>. Acesso em: mar. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Orientações Jurisprudenciais*. Disponível em: < <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow;jsessionid=18AC84E608F904DFAEB361F695AD80B3.jbportal-201?cod=902070&action=2&destaque=false&filtros=>>>. Acesso em: jun. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. *Acórdão da 3ª Turma no agravo de petição n.º 0061600-22.2009.5.06.0161*. Disponível em: < http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:lubeeAppQgsJ:www1.trt6.jus.br/consultaAcordaos/acordao_inteiro teor.php%3FCOD_DOCUMENTO%3D281962012+&cd=6&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a>. Acesso em: abr.2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região *Acórdão da 2ª Turma no agravo de petição n.º 0001527-52.2010.5.08.0013*. Disponível em: < <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:M0qq-yk1xBYJ:www2.trt8.jus.br/std/Download.aspx%3Fid%3D177511%26nome%3Dap0001527-52.2010.5.08.0013.pdf%26tipo%3Djuris2+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a>>. Acesso em: abr.2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. *Súmulas*. Disponível em: < http://www.trt9.jus.br/internet_base/paginadownloadcon.do?evento=F9-Pesquisar&tipo=721#>>. Acesso em: jan 2014.

CATHARINO, José Martins. Justiça do trabalho brasileira: evolução institucional, diagnóstico, terapêutica, prognósticos. *Revista do TST*. Brasília, v. 66, n. 4, p. 92-99, out/dez 2000.

D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. Competência criminal da Justiça do Trabalho e legitimidade do Ministério Público do Trabalho em matéria penal: elementos para reflexão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 995, 23 mar. 2006. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8141>>. Acesso em: 17 mai. 2007.



FAZZALLARI, Elio. Instituições de direito processual. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5 ed. São Paulo: Ltr, 2007.

LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do Direito. *Revista de Filosofia da UFES*. Vitória, ano VII, nº. 7, p. 175-200, jan./jun. 2001.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Breve história da Justiça do Trabalho. In: FERRARI, Irandy; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra Silva. *História do trabalho, do direito do trabalho e da Justiça do Trabalho: homenagem a Armando Casimiro Costa*. São Paulo: Ltr, 1998. Parte III.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. *Revista do TST*. Brasília, v. 65. n.1, p. 85-114, out/dez. 1999.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora GEN e Método, 2011.

PITAS, José. História da Justiça do Trabalho: competência. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, ano 31, v. 120, p. 114-134, out./dez. 2005.

PINTO, Almir Pazzianoto. 60º aniversário da Justiça do Trabalho. In *Revista de direito trabalhista*, Brasília, ano 12, n. 10, p.16-19, out./2006.



ALGUNAS CONSIDERACIONES PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL DELITO DE ABORTO EUGENÉSICO.

Por: MARTIN TONINO CRUZADO
PORTAL.

Asistente en función fiscal de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Lambayeque.



1.- Introducción. 2.- Consideraciones Problemáticas 2.1.- Derecho a la Vida. 2.2.- Prescripción de la Acción Penal. 2.3.- Planteamiento Del Problema. A.- Suspensión de la acción penal. B.- Interrupción de la acción penal. C.- Clases de Prescripción de la Acción Penal. 3.- Conclusiones 4.-Bibliografía

1.- Introducción.

De la revisión del Código Penal Peruano¹, podemos advertir que dicho cuerpo normativo se divide de la siguiente manera: Título Preliminar, Libro Primero (Parte General), Libro Segundo (Parte Especial - Delitos), Libro Tercero (Faltas) y Disposiciones Finales y Transitorias.

El legislador penal, abre el catálogo de la Parte Especial - Delitos, con la punición de los delitos que atenten contra la Vida el Cuerpo y la Salud, los cuales constituyen los bienes jurídicos más valiosos para el ser humano, es decir el legislador penal a tomado en cuenta esta precisión no por mera casualidad o capricho, pues el bien jurídico vida humana, es el sustrato, presupuesto necesario para que el legislador pueda proteger los demás bienes jurídicos como son el Honor, la Familia, el Patrimonio, el Orden Económico y Financiero, la fe Pública, etc. En el mismo sentido la doctrina expone: "Todo nuestro sistema jurídico se inicia interesándose por los principales derechos fundamentales de la persona humana, los que vienen a constituir la vida individual, la integridad física o mental y la salud, de los cuales emergen y se ejercitan los demás como la libertad. Ello no tiene otra explicación sino en el hecho concreto que estos derechos proporcionan a todos y cada uno de los seres humanos, los presupuestos y medios adecuados para intentar alcanzar la plenitud de su ser como verdaderos hombres, los mismos que filosóficamente consisten en una sustancia individual de naturaleza racional, dotado de la capacidad de entender y querer. En efecto, nuestra Carta Política y el Código Civil, siguiendo la ideología inmersa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), comienzan señalando que en primerísimo lugar, toda persona natural tiene derecho a la vida y a su integridad psico-física y corresponde a la sociedad jurídicamente organizada (Estado), protegerla. En ese sentido, El *corpus juris penale*, no puede ser indiferente a aquella ideología adoptada en todo Estado Democrático de Derecho. Apareciendo como los principales y primeros bienes jurídicos a proteger, la vida y después la integridad física y psicológica de la persona individual."²

En el mismo sentido el Tribunal Constitucional Peruano: "10.- Los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, constituyen el sustento y fundamento de todos los derechos humanos; por tal razón, su vigencia debe respetarse irrestrictamente, sin que sea moralmente aceptable estipular excepciones o justificar su condicionamiento o limitación. El respeto de ellos y de las garantías para su libre y pleno ejercicio, es una responsabilidad que compete al Estado. En el caso que en el sistema jurídico no se tenga norma explícita que los garantice, se debe adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos. Así lo disponen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derecho Humanos, y el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos." (EXP. N.º 2488-2002-HC/TC)

Para ser coherentes con las ideas que vamos a trabajar primero tendremos que anotar que en relación al bien jurídico vida humana existen dos clases de bienes jurídicos protegidos por el derecho penal el primero es el bien jurídico vida humana independiente y el segundo es vida humana dependiente, el

¹ Hay un proyecto de ley para abrogar el Código Penal Peruano. La noticia se titula: Congresista Juan Carlos Eguren, Presidente De La Comisión De Justicia: "En marzo se aprobaría nuevo Código Penal". Disponible en: <http://laley.pe/not/2016/-en-marzo-se-aprobaria-nuevo-codigo-penal-> (Fecha de consulta 17/01/15)

² SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. I. Editora Jurídica Grijley. 4Ta Edición. Noviembre 2010. Pág. 4.



tema que vamos a trabajar lo hemos denominado algunas consideraciones problemáticas en torno al delito de aborto eugenésico, en ese sentido debemos entender que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es el la vida humana dependiente, lo cual es paradójico decirlo o asimilarlo, pues del análisis de la pena privativa de libertad estipulada para la comisión de dicho delito, el aborto eugenésico será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses, lo que sin lugar a dudas genera problemas para que los magistrados (jueces y fiscales a su turno) puedan accionar contra dicha conducta, pues dicho delito es sancionado con un plazo irrisorio, demasiado corto, tomándose en cuenta que el bien jurídico protegido es la Vida Humana Dependiente.

2.- Consideraciones Problemáticas

Como ya lo anotamos líneas arriba a manera de introducción por un lado advertimos que el Estado a través de su jurisdicción interna y externa (vía tratados) protege el derecho a la vida, pero por otro lado se puede argumentar que se esta dando una Efectiva Protección Del Bien Jurídico Vida Humana Dependiente en relación al delito de Aborto Eugenésico, utilizamos el término efectiva para poner en cuestionamiento que no es suficiente que el legislador haya regulado la prohibición de la práctica del Aborto Eugenésico.

Primero debemos trabajar unas líneas generales para luego abordar el plazo establecido por el legislador y la prescripción de la acción penal.

Para describir las consideraciones problemáticas del presente trabajo, debemos citar lo expuesto en el Artículo 120° del Código Penal Peruano el cual a la letra reza:

Aborto sentimental y eugenésico

Artículo 120.- El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de **tres meses**: (Resaltados Nuestros)

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o
2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

Nosotros vamos a trabajar con el inciso dos del artículo ciento veinte del código penal, el cual versa sobre el Aborto Eugenésico sin perjuicio de lo anotado el plazo de la pena privativa de la libertad no mayor de tres meses y su problemática por el plazo irrisorio *mutatis mutandis* pueden ser trasladadas al delito de Aborto Sentimental, por cuanto la potencial pena privativa de la libertad a imponerse es igual para ambos delitos, no esta demás advertir que el Aborto Sentimental, a nuestra opinión merecería un tratamiento distinto.

2.1.- Derecho a la Vida.

Como ya lo anotamos líneas arriba expusimos que el Estado y los pactos internacionales protegen el derecho a la vida, la doctrina expone al respecto: "Debe puntualizarse además, que si bien nuestra Constitución reconoce expresamente el derecho a la vida de las personas (Art. 2° inc.1) ello no quiere decir que la vida latente en el nasciturus carezca de protección constitucional, ya que si el valor esencial protegido por nuestro ordenamiento jurídico es la vida humana, necesariamente debe colegirse que, en donde exista vida debe existir el amparo constitucional. En consecuencia, la Constitución no sólo protege el producto de la concepción a partir del nacimiento -momento que determina su condición de persona-, **sino el proceso mismo de la vida humana**, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona en el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento. [En este sentido el Tribunal Constitucional Español en su sentencia N° 53/1985 del 11 de abril de 1985] Este criterio está contenido en los documentos internacionales ratificados por el Perú, que reconocen el derecho a la vida desde la concepción, tales son la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Convención Americana de Derechos Humanos, que hacen referencia a la protección del niño, tanto antes como después



de su nacimiento. De igual modo, nuestro Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por Ley N° 27337, garantiza la vida del niño y el adolescente desde el momento de la concepción, protegiéndolos de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental (Art. 1°). Siendo esto así, queda claro que tanto la normativa internacional como la nacional, protegen a la vida desde **la concepción**³.

Este derecho [a la vida] ha sido consagrado en diversos documentos internacionales de los que nuestro país forma parte, por lo que su interpretación debe efectuarse de conformidad con dichos tratados y acuerdos internacionales, conforme lo establece la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución. Así, se observa que este derecho se encuentra consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴ y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁵ de una manera simple e idéntica; mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶ y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷, además de consagrar el derecho a la vida de manera pormenorizada, establecen una garantía genérica: **“la prohibición de privar arbitrariamente de la vida de un ser humano”**.⁸

Bajo este contexto, atendiendo a que el derecho a la vida aparece constitucionalmente configurado como un derecho fundamental, su función de garantía frente al Estado resulta inobjetable. Desde esta perspectiva, corresponde al Estado tres tipos de deberes respecto a la vida: i) El deber de respetar la vida humana, proscribiendo los ataques que provengan del mismo Estado; ii) El deber de proteger la vida humana frente a los ataques homicidas procedentes de particulares, en esa medida el Poder Legislativo, dada la relevancia de sus funciones dentro de un Estado Constitucional de Derecho (Social y Democrático de Derecho), es uno de los principales destinatarios del deber de protección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de personas⁹; iii) El deber de garantizar las condiciones para que no se produzcan violaciones contra dicho derecho. Sobre esto último la Corte Interamericana ha señalado en la Sentencia de fecha 05 de julio del 2004 (causa N° 19, Comerciantes Vs. Colombia -fundamento 135)¹⁰

A nuestro turno nos preguntamos como es que si en el ámbito nacional y extranjero se protege el derecho a la vida del concebido porque el legislador peruano al momento de castigar la comisión del delito de Aborto Eugénico ha sancionado con un plazo demasiado corto dicho delito.

Tal como se advierte el legislador penal ha sancionado este tipo de aborto con una pena irrisoria de tres meses, el cual obliga de manera indirecta a que el órgano fiscal, como ente competente persecutor de los delitos de acción pública, tenga un plazo muy corto para investigar y postular una tesis acusatoria por el delito de Aborto Eugénico, y a su turno el órgano jurisdiccional se vea compelido a sentenciar



3 En el caso: Anticonceptivo Oral de Emergencia (Exp. N° 02005-2009-PA/TC), nuestro Tribunal Constitucional ha señalado también, de manera categórica que la vida es protegida desde la concepción (ver Fj.19). Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial*. (Introducción a la Parte General) Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Pág. 297.

4 Artículo 3°. (Declaración Universal De Derechos Humanos).

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

5 Artículo I. Declaración Americana De Los Derechos y Deberes Del Hombre.

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

6 Artículo 6° 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente....

7 Artículo 4°. Derecho a la Vida (Convención Americana Sobre Derechos Humanos)

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

8 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial*. (Introducción a la Parte General) Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012. Págs. 292-293.

9 Aunque debe precisarse que las disposiciones legislativas pueden ser de muy diversa índole, desde aquellas de carácter prestacional y asistencial hasta disposiciones penales que tipifiquen las conductas que atenten contra la vida de las personas, se trata de una vinculación en dos sentidos, uno de naturaleza positiva que obliga al Congreso de la República a adoptar medidas que protejan la vida, otro de carácter negativo en cuanto la vida, como bien de relevancia constitucional, se convierte en un límite a la potestas de configuración del legislador, al cual le está vedado adoptar medidas que vulneren este fundamento axiológico del Estado. Cita de GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. Ob. Cit. Pág. 293.

10 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. Ob. Cit. Pág. 293.

en tiempo record, lo cual genera diversos problemas, pues el abogado defensor sin lugar a dudas plantearía una excepción de prescripción (extraordinaria), generando como efectos la impunidad del delito, pero no por inercia del órgano fiscal o judicial, lo cual debe quedar claro, sino por el plazo irrisorio planteado por el legislador, inyectando como consecuencia grandes dosis de impunidad y sembrando la desconfianza en la sociedad, quienes ven en las agencias de persecución del delito como órganos corruptos y burocráticos, aunado a esto tenemos que el bien jurídico protegido es la vida humana dependiente, el cual es sustrato de los demás derechos, lo cual deviene en ilógico que la vida humana no tenga una debida protección, en las siguientes líneas que esbozaremos *in extenso* diversas consideraciones que apuntalan las ideas expuestas líneas arriba.

2.2.- Prescripción de la Acción Penal.

El Tribunal Constitucional del Perú expone: “Conforme a lo señalado anteriormente por este Tribunal [Cfr. Exp. N° 1805-2005-HC/TC, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte] la prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius punendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio pro hómine, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva; orientación que se funda en la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica.” Expediente N° 2506-2005-PHC/TC (Fundamento jurídico N° 02).

“El Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con ello, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo.” Expediente N° 0331-2007-PHC/TC (Fundamento jurídico N° 05).

2.3.- Planteamiento Del Problema.

Que de la revisión del Artículo 120° Inciso 2, del actual Código Penal Peruano, se advierte que el legislador ha regulado una clase de aborto denominado por la doctrina como Aborto Eugénico, ilícito que será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses “*Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico*”.

Al respecto la problemática se centra en el *quantum* de la pena privativa de la libertad a imponerse, pues nuestro código penal lo castiga con una pena irrisoria, al reprimir el ilícito con pena privativa de la libertad no mayor de tres meses, siendo que en la práctica la duración del plazo de la investigación preliminar y de la investigación preparatoria a su turno, superan ampliamente los tres meses, con lo cual consideramos que, de seguirse un proceso, en estos casos nunca se podría condenar a nadie, porque no habrá inconveniente en plantear una excepción de prescripción, ya que prescribiría la acción penal a los cuatro meses y medio, de conformidad con los Artículos 83°, *in fine*, y 80°.1 del Código Penal¹¹.

Es ilustrativo lo expuesto por el doctor Reyna Alfaro ...que en los hechos este supuesto se encuentra descriminalizado, atendiendo a la pena (3 meses) con el que encuentra conminado este delito, pues es resulta improbable la imposición de una pena sin que se hayan superado los plazos ordinarios y extraordinarios de prescripción de la acción penal, por lo que en la práctica sólo será

¹¹ Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ta Edición. Quinta Reimpresión: 2006. Lima - Perú. Editorial San Marcos. Pág. 95.

posible sancionar este delito si el imputado renuncia a la prescripción¹².

Mención aparte merece el plazo establecido para las diligencias preliminares, pues según el Inciso 2 del Art. 334° del Código Procesal Penal¹³, el plazo de las diligencias preliminares conforme al Art. 3° es de 60 días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el Fiscal Podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de la investigación, sumado a ello se tiene que según la Casación N° 02-2008, de fecha 03 de Junio del Año 2008 (Lima), la cual es Doctrina Jurisprudencial precisó¹⁴ *“Los plazos para las diligencias preliminares, de veinte días naturales y el que se concede al fiscal para fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación; son diferentes y no se hallan comprendidos en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha.... Finalmente es necesario precisar que si bien los plazos referidos son distintos, es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los veinte días que el artículo trescientos treinta y cuatro le autoriza al fiscal en casos que por sus características revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y, si bien es cierto, en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cual es el límite temporal, también es verdad que ello no puede afectar el derecho al plazo razonable... Debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables conforme dispone el artículo trescientos treinta de la ley procesal penal y que por estas consideraciones, la fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulado en el artículo trescientos cuarenta y dos de la ley procesal penal..., debe computarse [la investigación preparatoria] a partir de su comunicación en virtud de lo establecido en el inciso dos del artículo ciento cuarenta y tres.”*

Que aparentemente se podría solucionar el presente problema antes expuesto, recurriendo a la aplicación del Artículo 339° Inc. 1¹⁵ del nuevo Código Procesal Penal, el cual prescribe que *“la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal”*. (Subrayado nuestro), con dicho acto procesal el órgano fiscal podría “suspender” el plazo de la prescripción de la acción penal y así evitar la interposición de la excepción perentoria de Prescripción¹⁶. Pues el delito de Aborto Eugenesico, tiene una pena privativa de la libertad no mayor de tres meses y atendiendo a que la sanción del ilícito (sentencia) se puede prolongar más de tres meses, entonces sería un imperativo categórico proceder a la inmediata judicialización de la investigación (formalización de la investigación preparatoria), a fin de suspender el plazo de la acción penal.

No resulta ocioso preguntarnos cuando se invoca la excepción de prescripción de la acción penal ordinaria y extraordinaria, si tomáremos la hipotética función del abogado defensor tendríamos que analizar si el fiscal ha decidido iniciar la investigación por la presunta comisión del delito de Aborto Eugenesico y tomando en cuenta que se trata de un delito de resultado¹⁷, tendríamos que conocer a ciencia cierta desde cuando se consumó el delito y

12 REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Reflexiones sobre las propuestas de descriminalización del aborto eugenésico y sentimental*. En Gaceta Penal & Proceso Penal. Tomo 4, Gaceta Jurídica, Lima, 2009. Pág. 29.

13 Artículo Modificado por la Ley N° 30076; publicada en el diario Oficial el Peruano con fecha 19 de Agosto del Año 2013.

14 Separación del Cómputo de los plazos de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria. TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I Jurisdicción Penal. Segunda Edición (Revisada, Aumentada y Actualizada). Abril 2010. Editorial Reforma. Págs. 269-272.

15 Artículo 339° Efectos de la formalización de la investigación.- 1. La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal., 2. Asimismo, el Fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial.

16 Artículo 6° Excepciones.- (Nuevo Código Procesal Penal); 1. Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes: a) Naturaleza de juicio, cuando se ha dado al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la Ley., b) Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente. c) Cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona., d) Amnistía. e) Prescripción, cuando por el vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal se haya extinguido la acción penal o el derecho de ejecución de la pena.... (Resaltados nuestros)

17 Por delitos de resultado se entiende aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor. Un delito de resultado es p.ej. el homicidio: entre la acción (v.gr. disparar el revólver) y el resultado

luego analizar si la acción penal ha sido iniciada posterior a los tres meses, de ser así cabe invocar la excepción de prescripción ordinaria.

En el otro supuesto cabe precisar que si el órgano fiscal inicia sus diligencias preliminares dentro de los tres meses de consumado el delito, se entiende que se ha interrumpido La prescripción de la acción penal, y sólo cabría invocar la excepción de prescripción extraordinaria, lo cual resulta lógico de acuerdo a lo que estipula el artículo 83° del Código Penal¹⁸ siendo que la acción penal prescribiría indefectiblemente a los cuatro meses y medio, de conformidad con los Artículos 83°, *in fine*, y 80°.1 del Código Penal.

Como ya advertimos estamos hablando sobre dos instituciones: la suspensión y la interrupción de la acción penal.

A.- Suspensión de la acción penal.

La doctrina expone: "Cuando el plazo de prescripción de la acción penal se *suspende*, no corre el periodo transcurrido durante el tiempo que dura la suspensión, pero una cesado éste, se sumarán ambos periodos, el transcurrido antes de la suspensión y el que opere después de cesada la suspensión; pues, aún cuando el Código Penal no lo dice, por tratarse de una institución proveniente del derecho civil, debemos aplicar el mismo criterio seguido en este ámbito jurídico, y precisamente el Código Civil en su artículo 1995°, refiere que "desaparecida la causa de suspensión, la prescripción reanuda su curso adicionándose al tiempo transcurrido anteriormente"¹⁹ Caso de suspensión del plazo prescriptorio de la acción penal es el previsto en el artículo 84 del Código Penal; es decir cuando la prescripción queda en suspenso por no poder iniciarse la acción penal o por no poder continuar la misma. Casos específicos de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal son: Los supuestos de cuestión previa, de cuestión prejudicial, de antejuicio Constitucional y Desafuero Constitucional²⁰

Son supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal la cuestión previa, la cuestión prejudicial,²¹ el antejuicio Constitucional y Desafuero Constitucional²².

(muerte de la víctima) hay una distancia temporal y espacial. Pero también son delitos de resultado la estafa (§ 263), en la que el perjuicio patrimonial es subsiguiente al engaño, e incluso las injurias (§ 185) o la provocación de escándalo público (§ 183 a), en los cuales el conocimiento por parte de un tercero es un proceso autónomo frente a la acción del autor, pero necesario para que se cumpla el tipo. (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. 328.)

18 Artículo 83.- Interrupción de la prescripción de la acción penal

La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia. Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso. **Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. (Resaltados Nuestrs)**

19 ROY FREYRE (1997. p.86) y BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES (2001. p.303) son del mismo criterio. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal*. Comentarios Descriptivos, Explicativos y Críticos Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2008. Pág. 674.

20 Los casos de antejuicio constitucional están referidos al procedimiento que se sigue ante el Congreso de la República, para determinar si **Ha lugar a la formalización de Causa o No**, contra altos funcionarios del Estado comprendidos en el Artículo 99° de la Constitución Política del Estado, por delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta 5 años después de que hayan cesado en éstas. También procede el antejuicio constitucional contra dichos funcionarios por casos de **infracción constitucional**.

En cambio el **Desafuero Parlamentario**, esta referido al procedimiento seguido ante el Congreso de la República, para autorizar el procesamiento o detención de un Parlamentario (Congresista), por el delito cometido *fuera del ejercicio de sus funciones, y en general cuando se trate de un delito flagrante*. Este instituto procesal está previsto en el art. 93° de la Constitución Política del Estado. Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. Ob. Cit. Págs. 674-675.

21 Nuevo Código Procesal Penal

Artículo 4° Cuestión previa.-

1. La cuestión previa procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la Ley. Si el órgano jurisdiccional la declara fundada se anulará lo actuado.

2. La Investigación Preparatoria podrá reiniciarse luego que el requisito omitido sea satisfecho.

Artículo 5° Cuestión prejudicial.-

1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra - penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho inculminado.

2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido.

22 En virtud de dicho privilegio [El Antejuicio Político], los referidos funcionarios públicos tienen el derecho de no ser procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria, si no han



A su turno la jurisprudencia, da luces sobre qué es lo que entiende por suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal, al respecto el Acuerdo Plenario De Las Salas Penales Permanente y Transitorias **N° 1-2010/CJ-116** (Asunto: Prescripción: Problemas Actuales) en los Fundamentos 24 y 25 expone: "**24°.** La "suspensión" de la prescripción prevista en el artículo 84° del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal -constituye la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso-. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

25°. La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria."

La doctrina²³ se muestra reacia con lo expuesto en el Artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal en el extremo que la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal y argumenta que en la realidad la Formalización de la Investigación Preparatoria no suspende el plazo de la prescripción de la acción penal, pues debe interpretarse como un supuesto de interrupción de la misma, para lo cual apela a una interpretación sistemática del Artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal con el Artículo 83° del Código Penal²⁴.

Pero ya advertimos que el Artículo 83° del Código Penal y el Artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal son claros en regular dos instituciones distintas interrupción y suspensión respectivamente, en consecuencia ¿se ha producido una antinomia entre estas dos normas, se ha producido la derogación de normas? Al respecto el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal Acuerdo Plenario **N° 3-2012/Cj-116**²⁵ (Asunto: Sobre La Necesidad De Reevaluar La Suspensión De La Prescripción Dispuesta En El Artículo 339°.1 Del Código Procesal Penal 2004) expone:... **10.** Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 **no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente**, las reglas contenidas en el artículo 83° de Código Penal vigente. El artículo 84° del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. **Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo.** Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5° en sus incisos 1 y 2:

"1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho inculcado.

sido sometidos previamente a un procedimiento político jurisdiccional, debidamente regulado, ante el Congreso de la República, en el cual el cuerpo legislativo debe haber determinado la verosimilitud de los hechos que son materia de acusación, así como su subsunción en un(os) tipo(s) penal(es) de orden funcional, previa e inequívocamente establecido(s) en la ley. (Exp. N.º 0006-2003-AI/TC Fundamento 3)

23 Vid. BURGOS ALVARADO, José David. *La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011. Págs. 254 y ss.

24 Artículo 83°.- Interrupción de la prescripción de la acción penal **La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.** (Subrayado Nuestro). Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia. Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso. Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

25 Publicado el día jueves 26 de julio del año 2012, en el diario oficial el Peruano. Pág. 471463 y ss.



2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido".

Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

En contra de la posición antes esbozada: "De otro lado, creemos que este artículo [Art. 339 del Código Procesal Penal] resulta contradictorio con el Artículo 83° del Código Penal que establece que el plazo de prescripción de la acción penal se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales; esto es, con toda acción de los órganos del esatdo orientada a viabilizar la concreción de su pretensión punitiva. Sin embargo, este artículo del Código Procesal considera que sólo se interrumpe el plazo con el inicio de la investigación preparatoria llevada a cabo por el fiscal, lo cual nos parece que deja de lado las demás actuaciones del Fiscal realizadas previamente al inicio formal de la investigación preparatoria, las mismas que conforme al referido artículo del Código Penal, también interrumpen el plazo de la prescripción.

Siendo así, y estando ante una antinomia, se tendrá que determinar cuál es la norma aplicable al caso, y estando a que la prescripción es una institución de carácter sustantivo, la norma pertinente para su regulación es el Código Penal, y por lo tanto, será éste la norma especial y por tanto aplicable al presente caso; consecuentemente, la antinomia se resolverá dando preeminencia a la norma sustantiva. En este orden de ideas, la prescripción se interrumpirá no sólo con el inicio de la investigación preparatoria, sino también con las actuaciones preliminares del Fiscal. En este sentido debe interpretarse este numeral del presente artículo.^{26"}

Es menester precisar que la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 347-2011-Lima, con fecha catorce de Mayo del año dos mil trece, a dispuesto que *Solo las Actuaciones del Minsiterio Público en las que se efectue una imputación válida contra el investigado pueden interrumpir el plazo ordinario de la prescripción.*²⁷

B.- Interrupción de la acción penal

A nuestro turno exponemos, de conformidad a lo estipulado en el Artículo 83° del Código Penal se interrumpe el plazo de la prescripción de la acción penal por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, o por la comisión de un nuevo delito doloso, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. En consecuencia comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

"De otro lado es preciso tomar en cuenta que conforme al Artículo 83° del CP, en caso hubiere operado una de las causales de interrupción de la prescripción, a saber, las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales o la comisión de un nuevo delito doloso, será de aplicación el plazo extraordinario de prescripción, que equivale al plazo ordinario de prescripción

26 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal*. Comentarios Descriptivos, Explicativos y Críticos Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2008. Págs. 676-677.

27 **Casación 347-2011-LIMA**. Del Motivo Casacional: Indebida Interpretación De La Ley Penal.

"4.7. Estando a lo expuesto, debemos determinar en el caso concreto cuales son las actuaciones del Ministerio Público, que interrumpen el plazo ordinario de prescripción; al respecto, debe precisarse que no es cualquier actividad realizada por el Ministerio Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; pues sólo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada; pues aún cuando se haya recepcionado la declaración de un sujeto, si éste no ha sido comprendido en forma expresa en el proceso bajo una imputación válida, no se le considerará como una actuación realizada por el Ministerio Público tendiente a interrumpir el plazo ordinario de prescripción, toda vez que puede ser que esté declarando en calidad de testigo, no existiendo certeza o precisión de que se encuentre comprendido en el proceso penal; ello en resguardo a los derechos fundamentales que le asisten al procesado, tales como ser informado de la imputación, su derecho de

defensa, el principio de igualdad de armas, entre otros.

Disponible en: http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e/CAS_347-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e (Fecha de Consulta 19/01/15)

más la mitad.” Expediente N° 04900-2006-PHC/TC (Fundamento jurídico N° 11)

Que en relación a la formalización de la investigación preparatoria tiene dos efectos fundamentales, conforme se precisa en el Artículo 339° del Código Procesal Penal de 2004. En primer lugar, la formalización de la investigación

Siguiendo con lo expuesto en los Fundamentos 26, 27 y 31 del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116²⁸, (y la doctrina a favor sobre la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal²⁹), postula que el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, en consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

C.- Clases de Prescripción de la Acción Penal.

Contando con estas ideas previas, es necesario precisar que la prescripción engloba dos clases: la prescripción ordinaria y la extraordinaria, al respecto el Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente y Transitorias **N° 9-2007/Cj-116** (Asunto: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los Artículos 80° y 83° del Código Penal)³⁰ expone en el sexto y séptimo fundamento: “6.- El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80° regula lo concerniente al **plazo ordinario** y en el artículo 83° in fine hace referencia al **plazo extraordinario**.”

Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando “*el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción*”. Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82° del Código Penal.”

Si nos decantamos por la posición del acuerdo plenario N° 1-2010/CJ-116, sobre la suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal como producto de la formalización de la investigación preparatoria, entonces cabría formularse la siguiente interrogante sobre si dicha suspensión ¿acaso no vulnera el derecho a ser juzgado en un plazo razonable?³¹

28 26°. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión “sui generis”, diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal -quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción-, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal. 27°. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la “suspensión” con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de “interrupción” de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara. 31°. La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139° de la Constitución -inserto en la garantía del debido proceso- y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable...

29 Vid. PARIANA ARANA, Raúl. *La Prescripción En El Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o Interrupción De La Prescripción?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011. Págs. 221 y ss.

30 Publicado el día martes 25 de marzo del año 2008, en el diario oficial el Peruano. Pág. 6412 y ss.

31 El derecho a ser juzgado en un plazo razonable es un Derecho Constitucional Implícito que se deriva del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú. “**Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia.** ...3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional...”

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al plazo razonable de la investigación fiscal en las sentencias recaídas en el Expediente N.º 5228-2006-PHC/TC caso Samuel Gleiser Katz, y en el Expediente N.º 02748-2010-PHC/TC caso Alexander Mosquera Izquierdo. Asimismo según jurisprudencia del TC cabe precisar que no podemos fijar una perspectiva de plazo razonable si no entendemos su aplicación desde la conjunción de tres requisitos procedimentales: actividad procesal del interesado; conducta de las autoridades judiciales, y la complejidad del asunto. También se puede consultar sobre el tema tangencial al plazo razonable, específicamente sobre la aplicación del Test de las Dilaciones indebidas nos referimos a la polémica sentencia expedida por el tribunal constitucional peruano sobre el EXP. N.º 3509-2009-PHC/TC caso Walter Gaspar Chacón Málaga. Sobre las Sentencias que favorecieron la impunidad en materia de lucha contra la corrupción se puede ver el excelente trabajo De RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ROEL ALVA, Luis Andrés. *Balance*



Al respecto el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116³² (Asunto: Sobre La Necesidad De Reevaluar La Suspensión De La Prescripción Dispuesta En El Artículo 339°.1 Del Código Procesal Penal 2004) zanja la polémica y expone: "11. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia Pública preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional. Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del **principio de plazo razonable** para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122° del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1, **no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo**. Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art.96°), de octubre de 1984 (Art. 83°), de agosto de 1985 (Art. 89°) y de abril de 1986 (Art. 88°) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible". (Resaltados nuestros).

Estamos de acuerdo con lo expuesto en el fundamento décimo primero del Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, en consecuencia si la suspensión de la prescripción en el caso del Artículo 339° inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, estamos hablando de la **Prescripción Extraordinaria**, pues según el Artículo 83° del código penal, La prescripción de la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Entonces no podremos alegar válidamente que el órgano fiscal tendría todo el tiempo a su disposición para que dentro de la etapa de la formalización de la investigación preparatoria pueda investigar el delito de Aborto Eugenesico³³, y postular ante la judicatura una tesis acusatoria o absolutoria, pues de seguirse un hipotético proceso, de conformidad con los Artículos 83°, *in fine*, y 80°.1 del Código Penal el plazo de prescripción de la acción penal prescribiría a los cuatro meses y medio (prescripción extraordinaria), generando impunidad, no por negligencia de la magistratura (jueces y fiscales) sino que el plazo irrisorio (tres meses) regulado por el legislador.

No es ocioso precisar, para los más fervientes seguidores de nuestro sistema penal, que ni aun así procediéndose a formular acusación penal directa, el juzgador correspondiente siempre va a estar obligado a sentenciar o sobreseer la causa dentro de un plazo de cuatro meses y medio (cuatro meses quince días), pues ese es el plazo para que opere la prescripción extraordinaria en el delito de Aborto Eugenesico. No es una verdad de Perogrullo precisar la abundante carga procesal que ostentan los órganos jurisdiccionales en el Perú que hace casi imposible tomar una decisión sobre el fondo en tan corto tiempo³⁴.

Otro asunto que nos parece polémico y problemático es si advertimos cual es el bien jurídico protegido en los delitos de aborto tendremos que decir que es la vida humana dependiente, entonces si esto es así y atendiendo que la vida humana comienza y está protegida desde la

de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012. Instituto de Defensa Legal Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 65. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf

32 Publicado el día jueves 26 de julio del año 2012, en el diario oficial el Peruano. Pág. 471463 y ss.

33 Artículo 321° del Nuevo Código Procesal Penal. 1. La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta inculpada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

34 Se recomienda revisar los siguientes trabajos: Sub tema 2: Las Soluciones Estructurales Al Problema De La Carga Procesal, disponible en:

http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ_justicia/context_socieconom/265-275.pdf (fecha de consulta el día 22/09/14) también puede consultarse a HERNÁNDEZ BREÑA, Wilson. 13 Mitos Sobre La Carga Procesal. Anotaciones y Datos Para La Política Judicial Pendiente En La Materia. Justicia Viva. Instituto de Defensa Legal. Lima, Octubre del 2007. Disponible también en <http://www.justiciaviva.org.pe/publica/13mitos.pdf> (fecha de consulta el día 22/09/14).

concepción el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC caso sobre Anticonceptivo Oral De Emergencia (Píldora del Día Siguiente) acertadamente Expone:

12.- Así, por la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (artículo I) "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."; por la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (artículo 3º) "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."; y por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 6º) "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". Igualmente, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-* dispone en su artículo 4º, inciso 1), que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Este mismo documento, en su artículo 5º, inciso 1), agrega: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"; y, en el artículo 11º, inciso 1), establece que "Toda persona tiene derecho al respeto de su hora y al reconocimiento de su dignidad". Asimismo, la *Declaración de los Derechos del Niño* de 1959 (párrafo 3 del Preámbulo) "Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento."

En consecuencia si surge la duda sobre cuándo estamos ante una vida humana, la doctrina a su turno argumenta: "Desde luego, la principal duda que surge al respecto es cuándo estamos ante una vida humana, es decir, desde cuándo empieza y hasta cuándo dura. No podremos discutir acá suficiente sobre ello, aunque sí corresponde plantear los principales temas. Con respecto al no nacido, surge la duda si se trata de una persona humana considerando que aún no tiene personalidad moral, pero, al mismo tiempo, ya es un sujeto que pertenece a la especie humana. Sin perjuicio de la posición que se tome al respecto, la Constitución considera al no nacido sujeto de derechos, resultando necesario, además, tener en cuenta que estos, a su vez, no son irrestrictos, sino que pueden ser ponderados con otros bienes (como ocurre con cualquier derecho). Respecto al fin de la existencia humana: esta cesa con la muerte, cuando menos la muerte encefálica o cerebral, que implica que el cerebro deja de funcionar por completo, sin perjuicio de que subsista el funcionamiento de otros órganos por medios artificiales. Ahora bien, tras el deceso es posible que subsistan algunos derechos o titularidades, pero estas no tienen relación con una supuesta "dignidad humana" del fallecido. Eso sí, ni las personas jurídicas ni las entidades de Derecho Público poseen esta dignidad y, por ende, tampoco la titularizan como derecho."³⁵

Para nosotros el comienzo de la vida surge con la concepción pues según el Código Civil estipula en el **Artículo 1º.- Sujeto de Derecho**: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo." (Subrayado nuestro)

Con relación a lo expuesto la doctrina precisa: "Tal vez una de las principales manifestaciones de dicho tratamiento diferencial sea la de considerar que mientras el nacido tiene y mantiene su personalidad jurídica, siendo además destinatario tanto de las situaciones favorables como de aquellas desfavorables que sobre aquel recaigan, el que está por nacer, en cambio³⁶, carece en absoluto de personalidad jurídica y, por el contrario, solo resulta beneficiario cuando determinadas situaciones, en efecto, le favorecen"³⁷.

35 GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. SOSA SACIO, Juan Manuel. *Dignidad de la Persona (Comentarios al artículo 1 de la Constitución)*. En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Págs. 39-40.

36 Para un planteamiento general respecto del estatus jurídico del concebido se puede consultar preferentemente: DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Alberto. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, 4Ta edición, Tecnos, Madrid, 1982, p.266 y ss. Sobre la diferenciación entre persona y concebido: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Estudio de Derecho de las Personas*. Lima, 1990, pp.91-92. Citado por SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *Derecho a la Vida y a la Integridad Moral, Psíquica y Física*. (Comentarios al artículo 2 inciso 1 de la Constitución). En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Pág. 50.

37 El asunto de las situaciones favorables ha sido también recogido por nuestra Constitución. Empero no por ello resuelve el problema de lo que se entiende por dichas situaciones ya



Para terminar este extremo cumplimos con el no muy penoso deber de precisar que el Artículo 124-A del código penal sobre Daños al Concebido estipula: "El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres"³⁸ adolece de Técnica Jurídica³⁹ (específicamente de técnica legislativa⁴⁰), y lo creemos así, pues en su redacción, advertimos que hace primar el bien jurídico integridad corporal y a la salud sobre el bien jurídico vida humana dependiente tutelado en el aborto eugenésico, es decir la pena a imponerse al agente por causar daño en el cuerpo del concebido será no menor de un año ni mayor de tres; pero si se causa un aborto Eugenésico la pena a imponerse será no mayor de tres meses.

Entonces con esta interpretación llegaremos a la burda conclusión que si lesiono al concebido voy a sufrir una mayor represión que si practico un aborto eugenésico. Entonces la pregunta que no se hace esperar sería ¿desde cuándo la salud, la integridad corporal vale más que la vida? ¿Es que acaso la vida humana (sea dependiente o independiente) no es sustrato, presupuesto básico-necesario del derecho a la salud, a la integridad corporal? salvo que se considere que el bien jurídico tutelado en el delito de lesiones⁴¹ sea de mayor relevancia que el bien jurídico vida humana dependiente.

No es de recibo decir que porque el ser en formación (concebido) tiene graves taras y lo más probable es que está condenado a periodo de vida corto, por eso la pena a imponerse es muy baja, entonces si pensamos de esa manera no sería exagerado decir que lo que estamos implícitamente haciendo es una selección natural, pues toda persona tiene derecho a la vida según el Artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú⁴².

3.- Conclusiones.

3.1.- De acuerdo a la pena privativa de la libertad de tres meses, impuesta en el Artículo 120° del Código Penal, el órgano fiscal no tendría todo el tiempo a su disposición para investigar y postular una tesis acusatoria, pues si procede a la formalización de la investigación preparatoria con el afán de suspender la prescripción de la acción penal del delito de Aborto Eugenésico, de conformidad con los Artículos 83°, *in fine*, y 80°.1 del Código Penal el plazo de prescripción de la acción penal prescribiría indefectiblemente a los cuatro meses y medio (prescripción extraordinaria), generando impunidad, no por negligencia de la magistratura (jueces y fiscales) sino que el plazo irrisorio (tres meses) regulado por el legislador.

3.2.- Se plantea la excepción de prescripción de la acción penal ordinaria cuando el fiscal ha decidido iniciar la investigación por la presunta comisión del delito de Aborto Eugenésico y como se trata de un delito de resultado, se computa el plazo de prescripción desde la consumación del delito y por lo que luego de analizar si la acción penal ha sido iniciada posterior a los tres meses, cabe invocar la excepción de prescripción ordinaria.

que de hecho estas pueden ser muchas y no siempre totalmente favorables. Ello merced a que hay hipótesis en las que no se puede desligar lo favorable de lo desfavorable como ocurre con las herencias y las deudas que recaen sobre estas. Citado por SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *Derecho a la Vida y a la Integridad Moral, Psíquica y Física*. (Comentarios al artículo 2 inciso 1 de la Constitución). En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica. Pág. 50.

38 Artículo incorporado por el Artículo 1 de la Ley N° 27716, publicado el 08-05-2002

39 Las reglas de la técnica jurídica deben poseer ciertas cualidades fundamentales: 1° Plenitud de la determinación, 2° Perfecta Adaptación, 3° Necesidad de realización, 4° Simplicidad o Economía de medios para alcanzar lo más fácilmente posible el fin propuesto, 5° Lógica o Coherencia Racional en los procedimientos, 6° Seguridad de los resultados... El conjunto de procedimientos necesarios en orden a la elaboración de las fuentes formales del Derecho y a su recta aplicación, constituye la Técnica Jurídica. Vid. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Décima Edición. Editorial Eddili. Pág. 252 y ss. Así también "La Técnica Jurídica consiste en la utilización idónea del conjunto de procedimientos, reglas, principios y habilidades que facilitan la investigación, elaboración, modificación, interpretación, integración y aplicación del Derecho..." Vid. TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Introducción al Derecho. Teoría General Del Derecho*. Tercera Edición. Abril 2006. Idemsa Lima Perú. Pág. 694.

40 La técnica legislativa está constituida por el conjunto de procedimientos y medios adoptados para la elaboración o formación de Leyes. Abarca un largo proceso, desde la comprobación de la necesidad de regular determinado sector de la realidad social, hasta el momento en que la ley entra en vigencia. Vid. TORRES VÁSQUEZ, Anibal. Ob. Cit. Pág. 695.

41 Vid. PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014. Pág. 273 y ss.

42 Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

3.3.- Se plantea la excepción de prescripción de la acción penal extraordinaria cuando el órgano fiscal inicia sus diligencias preliminares dentro de los tres meses de consumado el delito, se entiende que se ha interrumpido La prescripción de la acción penal, y sólo cabría invocar la excepción de prescripción extraordinaria, lo cual resulta lógico de acuerdo a lo que estipula el artículo 83° del Código Penal siendo que la acción penal prescribiría indefectiblemente a los cuatro meses y medio, de conformidad con los Artículos 83°, *in fine*, y 80°.1 del Código Penal, en relación al delito de Aborto Eugenésico.

3.4.- La suspensión del plazo de la acción penal no debe ser ilimitado, por cuanto dicha situación jurídica puede afectar el derecho al plazo razonable.

3.5.- El derecho a ser juzgado en un plazo razonable es un Derecho Constitucional Implícito que se deriva del artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú. "Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. ...3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional..."

4.-Bibliografía

ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Décima Edición. Editorial Eddili.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 4ta Edición. Quinta Reimpresión: 2006. Lima - Perú. Editorial San Marcos.

BURGOS ALVARADO, José David. *La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?* En *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 22. Abril 2011.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal*. Comentarios Descriptivos, Explicativos y Críticos Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2008.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. ROJAS LEÓN, Ricardo César. *Derecho Penal Parte Especial*. (Introducción a la Parte General) Tomo I. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2012.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. SOSA SACIO, Juan Manuel. *Dignidad de la Persona (Comentarios al artículo 1 de la Constitución)*. En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica.

PARIONA ARANA, Raúl. *La Prescripción En El Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o Interrupción De La Prescripción?* En *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 23. Mayo 2011.

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. 2Da Ed. Marzo 2014.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Reflexiones sobre las propuestas de descriminalización del aborto eugenésico y sentimental*. En *Gaceta Penal & Proceso Penal*. Tomo 4, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

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. 1Era edición, Madrid, 1997,5/2.

SÁENZ DÁVALOS, Luis R. *Derecho a la Vida y a la Integridad Moral, Psíquica y Física*. (Comentarios al artículo 2 inciso 1 de la Constitución). En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Análisis Artículo por Artículo. Segunda Edición. Enero 2013. Gaceta Jurídica.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. I. Editora Jurídica Grijley. 4Ta Edición. Noviembre 2010.

TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal*.



Tomo I Jurisdicción Penal. Segunda Edición (Revisada, Aumentada y Actualizada). Abril 2010. Editorial Reforma.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría General Del Derecho*. Tercera Edición. Abril 2006. Idemsa Lima Perú.

http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e/CAS_347-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e

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

Sub tema 2: Las Soluciones Estructurales Al Problema De La Carga Procesal, disponible en:

http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ_justicia/context_socioeconom/265-275.pdf (fecha de consulta el día 22/09/14) también puede consultarse a HERNÁNDEZ BREÑA, Wilson. *13 Mitos Sobre La Carga Procesal. Anotaciones y Datos Para La Política Judicial Pendiente En La Materia*. Justicia Viva. Instituto de Defensa Legal. Lima, Octubre del 2007. Disponible también en <http://www.justiciaviva.org.pe/publica/13mitos.pdf> (fecha de consulta el día 22/09/14).

Congresista Juan Carlos Eguren, Presidente De La Comisión De Justicia: "En marzo se aprobaría nuevo Código Penal". Disponible en: <http://laley.pe/not/2016/-en-marzo-se-aprobaria-nuevo-codigo-penal->



ALGUNOS APUNTES SOBRE EL DERECHO A LA INSURGENCIA, LA REBELIÓN Y EL CASTIGO DE LOS VENCIDOS

Royer Edison VEGA VÁSQUEZI



SUMARIO: Resumen. Introducción. I El Derecho a la Insurgencia. 1.1. Antecedentes Legislativos. 1.2. Definición de Insurgencia. 1.3. Bases teóricas y naturaleza violenta del derecho a la insurgencia. 1.3.1. Bases Teóricas. 1.3.2. Naturaleza Violenta del Derecho a la Insurgencia. 1.4. El Derecho a la Insurgencia en la Constitución Política de 1993. 1.4.1. Presupuestos del Derecho de Insurgencia. II. Los Delitos Políticos. 2.1. Delito de Rebelión. 2.1.1. Descripción Típica. 2.1.2. Elementos estructurales de la imputación al tipo penal. 2.2 Otros Delitos Políticos. III. La Rebelión y el derrocamiento del Gobierno legalmente constituido. 3.1. El Derecho a la insurgencia como causa de Justificación frente a Gobiernos Usurpadores Legítimos en su origen. 3.2. El derecho a la Insurgencia, un derecho y causa de justificación ineficaz. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

RESUMEN

Nuestro estudio constituye un breve repaso sobre el derecho a la insurgencia, desde sus bases teóricas formuladas con seriedad filosófica recién en la edad moderna hasta su descripción legislativa en el orden constitucional peruano, todo ello a efectos de perfilar su ejercicio y función en la actual legislación, imprimiendo específica mención en su alagación como causa de justificación frente al delito político de rebelión.

A este propósito, se postulan ideas tales como la precisión del ejercicio del derecho a la insurgencia diferenciándolo de la mera desobediencia civil, y estableciendo en qué casos generales procede el ejercicio legítimo de cada uno de ellos ante Gobiernos Usurpadores y funcionarios ilegítimos; para por último, analizar el caso hipotético del ejercicio insurgente frente a Gobiernos Usurpadores con origen legítimo, tras lo cual se arriba a la idea final de que el derecho a la insurgencia constituye una causa de justificación realmente ineficaz en el orden de lo fáctico, cuando nos encontramos ante el ilícito penal de rebelión, pues pretende regular jurídicamente el imperio absoluto de lo sociopolítico. En ese ideario, creemos que el derecho de insurgencia debe ocupar un lugar meritorio en un preámbulo constitucional, mas no en un artículo que desconozca los alcances reales de la ley, reconociendo que las formulaciones legales deben obedecer a su carácter primario de medio de control social.

Para sustentar nuestra postura, consideramos sensato efectuar el siguiente estudio de manera concisa, resumiendo lo mejor posible la densidad de los temas que se verían involucrados, conforme a los requerimientos propios de esta edición, esperando sí, colmar prudencialmente las expectativas de sus lectores.

PALABRAS CLAVE:

Desobediencia, insurgencia, resistencia, rebelión, Gobierno, Estado, legitimidad, funcionario, causa de justificación, población civil.

¹ VEGA VÁSQUEZ, Royer Edison. Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, con estudios concluidos de Maestría en Derecho con Mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

INTRODUCCIÓN

La resistencia y lucha contra la opresión forman parte de las facultades políticas del hombre como ser integrado al constructo social, ambas son manifestaciones de nuestra naturaleza corporativa, y de allí que, cooperando sustancialmente con la dialéctica histórica, constituyan los cimientos de la evolución sociopolítica y jurídica del Estado; es decir, y en cuanto a lo que nos interesa, que dichas facultades son necesarias a nivel estructural para la conquista de derechos -los que en buena cuenta llegan a constituir una superestructura cultural-.

En esta línea explicitada, resulta atrayente a nuestra consideración el reconocimiento jurídico constitucional del derecho a la insurgencia de la población civil, y es que a nuestro criterio, se obvia que los saltos sociopolíticos de la magnitud comentada, en nada requieren reconocimiento legal y más allá de ello, crean expectativas irrealizables en aquellos que adoptando la "facultad constitucional" se enfrentan al Gobierno de turno, alegando tras su posterior derrota el ejercicio de un derecho constitucional².

Este "derecho", empero, no es reconocido como justificación por los regímenes atacados, pues ello supondría recusar su propia legitimidad, de allí que el delito de rebelión sea conocido por alguna parte de la doctrina comparada como el delito de los derrotados, pues a los insurgentes se les sancionará por este ilícito penal, exista o no justificación.

De allí que, el derecho a la insurgencia, consideramos, no es un derecho, es un recurso social y político que tiene su origen en la edad moderna, específicamente en la tesis del pacto de sujeción actualizada por el pacto social, siendo su reconocimiento constitucional fruto de la emoción política de sus redactores, y teniendo, más allá de alguna duda, el carácter de declaración de principio político, como bien se encuentra reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

I. EL DERECHO A LA INSURGENCIA:

I.1. Antecedentes Legislativos:

Es menester reconocer, inicialmente, que el derecho a la insurgencia surge como consecuencia necesaria de la desobediencia y firmeza civil, la cual fue discutida seriamente a nivel político - filosófico por el profesor inglés Jhon Locke durante el Siglo XVII, quien efectuó un amplio estudio sobre el "derecho a la resistencia" en sus famosos tratados sobre "El Gobierno Civil", del que nos serviremos en algunos pasajes para perfilar los presupuestos de su ejercicio.

Esta atribución en su forma germinal, aparece de soslayo en la célebre Carta Magna del año 1215, obtenida tras la cruenta lucha del pueblo inglés contra el Rey Juan Sin Tierra, y en cuyo artículo 61 se reguló la conformación de un comité de resistencia contra la realeza conformado por 25 varones, bajo esta terminología: "...esos veinticinco varones, junto con la comunidad de todo el país, nos acosarán y coaccionarán de todas las maneras posibles, a saber, tomando nuestros castillos, tierras, posesiones, y de cualesquiera otros modos que puedan, hasta obtener la reparación debida de acuerdo con su juicio, dejando a salvo, sin embargo, nuestra propia persona, y a nuestra Reina y nuestros hijos"³.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en Francia el 26 de Agosto de 1789, reconoce intrínsecamente en su artículo 2, la posibilidad de efectivizar un derecho general a la resistencia, cuando advierte que: "El objeto de toda asociación política es la

² Si bien no es objeto del presente analizar un caso en particular, resulta pertinente recomendar en vía de ilustración práctica el estudio de los casos del General de División [®] Jaime Salinas Sedó y del Mayor E.P. [®] Antauro Humala Tasso, procesados por el delito de rebelión ante la Justicia Nacional.

³ SUTHERLAND, Arthur E. De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana, Ideas fundamentales sobre Constitucionalismo, TEA. Buenos Aires, 1972. p. 42.

conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

Sin embargo, el Derecho de insurgencia como tal, que diáfano constituye un paso más allá de la mera resistencia, fue reconocido por primera vez en la Declaración de Derechos de Virginia – Estados Unidos de América, proclamada el 12 de Junio de 1792, bajo la siguiente redacción: “... cuando un gobierno fuera manifiestamente inadecuado o contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e imprescriptible de reformarlo, alterarlo o abolirlo en la forma que juzgue más conveniente al bienestar público”. Nótese aquí referencialmente, que el Derecho de insurgencia faculta a la comunidad con total generalidad, el levantamiento no sólo contra un Gobierno ilegítimo, sino también contra uno incompetente.

Por su parte, el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, promulgada el 10 de Diciembre de 1948, efectúa una declaración principista, en estos términos “...Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión...”.

En nuestro país el Derecho a la Insurgencia no aparece reconocido sino hasta por la Constitución Política promulgada por la Asamblea Constituyente de 1979 y gracias a la labor de Alfonso Ramos Alva, en cuyo artículo 82 puede leerse “...Son nulos los actos de toda autoridad usurpada. El pueblo tiene el derecho de insurgir en defensa del orden constitucional...”; dispositivo claramente apropiado de acuerdo al contexto político social de la época, en que nuestro país dejaba atrás una dictadura militar de once años de vigencia, encabezada por el denominado Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas. Era por lo tanto imperativo reconocer a la ciudadanía la facultad inalienable de desobedecer, resistir y levantarse contra una autoridad usurpadora.

I.2. Definición de Insurgencia:

Es conveniente para efectos de su global comprensión iniciar este estudio señalando que el término “insurgencia” es un vocablo de carácter político -jurídico, que se deriva a su vez del término “insurrección”, que denota entre sus significados los de “levantamiento, motín, alzamiento, insubordinación, cuartelada y rebelión⁴”, entre otros.

A nivel definicional, entonces, los términos políticos “insurgencia”, “rebelión”, “motín”, e incluso “sedición”, contendrían similitudes sólo superables a nivel jurídico; y es así, que las legislaciones contemporáneas han reconocido a la ciudadanía el “derecho a la insurgencia”, y sancionado y penado, por otro lado, las conductas de “rebelión”, “sedición” y “motín”, considerándolas como delitos políticos.

I.3. Bases teóricas y naturaleza violenta del derecho a la insurgencia:

I.3.1. Bases Teóricas:

Es interesante recordar que si bien las relaciones de poder han existido desde los orígenes de la humanidad organizada, las bases que sustentan el poder del actual Estado constitucional sólo se comprenden desde las formulaciones doctrinarias de la edad moderna, así como de los acontecimientos históricos de la baja edad media inglesa y de la época pre revolucionaria francesa⁵.

Así, es a partir de las construcciones teóricas del *pactum subjectionis* que las relaciones entre monarca y pueblo, por el cual el ejercicio del poder del primero, y la obligación de obedecer del segundo, se comprenden como producto de un pacto entre estos. En este pacto se encuentra el

4 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1997. p. 208.

5 DE VEGA, Pedro. En torno a la legitimidad constitucional. En: “Estudios en homenaje a Héctor Fix –Zamudio”. UNAM. México, 1988. pp. 803-818. Citado por: VELEZMORO PINTO, Fernando. En: La Constitución Comentada –Tomo I. Gaceta Jurídica-Congreso de la República. Director Walter Gutiérrez. Lima, 2005. p. 710.



germen del derecho a la insurgencia, y aparece como ya hemos señalado en líneas anteriores, en la Carta Magna de 1215, pues podía entenderse que si el Rey incumplía sus obligaciones, el pueblo organizado tendría el derecho a revocar el pacto y asediarlo.

Empero, la debilidad del pacto de sujeción, consistía en que no desarrolló postura alguna sobre el origen del poder, habiéndose construido sobre la clásica teoría de su origen divino. Por lo que, es recién con JACOBO RUSSEAU y su teoría del contrato social, que se concibe al ser humano como capaz de abandonar su estado de naturaleza y asumiendo un acuerdo con sus demás congéneres, ingresar a una comunidad o sociedad política, comprometiéndose a obedecer a las autoridades que allí se constituyan, con el correlativo deber de respeto y protección de sus derechos por parte de ellas. En contrapartida y ante el incumplimiento del pacto por la autoridad, la insurgencia se viabilizaría lógicamente ante la autoridad deslegitimada. Se busca pues, una comunidad en sentido estricto.

En este orden, con el antiguo pacto de sujeción, fortalecido ahora por la tesis contractualista, se da inicio a un nuevo orden legal y una nueva teoría del Poder, que concentra el reconocimiento expreso de la facultad de insurgir de los pueblos, y que encontraría sus resultados prácticos en la Independencia de las Colonias Inglesas de 1786, la Revolución Francesa de 1789 y el proceso independentista de las Colonias Americanas, a partir de la primera mitad del Siglo XIX.

I.3.2. Naturaleza Violenta del Derecho a la Insurgencia:

Es imposible negar que el derecho a la insurgencia proviene de la desobediencia civil, y esto lo afirmamos con una máxima de LOCKE⁶, cuando sentencia: "A quien se le permite resistir, no hay más remedio que reconocerle el derecho a golpear".

No existe duda, pues, al reconocerse la naturaleza violenta o armada del ejercicio insurgente. Esto se fundamenta, en nuestro país, en que el artículo 46 del texto constitucional regula dos formas de actitud por parte de la población civil ante los agresores institucionales.

En su primer párrafo regula lo atinente a la "desobediencia civil", que importa el carácter estrictamente pasivo e subordinado de la sociedad civil ante los mandatos o disposiciones de gobiernos usurpadores o funcionarios ilegítimos; mientras que el segundo párrafo regula en estricto el "derecho de insurgencia" en defensa del orden constitucional, por lo tanto, y en vista de la definición realizada en líneas previas, este supone un carácter activo de alzamiento violento e incluso armado. No existe forma distinta de comprender la conducta insurgente.

I.4. El Derecho a la Insurgencia en la Constitución Política de 1993:

La Constitución Política del Estado Peruano prevé esta facultad de la población civil en su artículo 46, al prescribir:

"Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes.

La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional.

Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas".

De aquí se desprende que el reconocimiento político del derecho de insurgencia a la población civil tiene por finalidad la protección misma del Estado democrático, social, independiente y soberano, así como de la forma de gobierno, unitario, representativo, descentralizado, y organizado según el principio de separación de poderes, esto según lo normado por el último párrafo del artículo 43 de la Constitución.

Conviene aquí hacer una distinción que considero importante a efectos de disgregar el tema bajo

6 LOCKE, Jhon. Ensayo sobre el Gobierno Civil. Ediciones Orbis S.A. Aguilar Editor. España, 1983. p. 235.

estudio, referido a la diferencia que existe entre Estado y Gobierno. Al primero, sin necesidad de acudir a la problemática de la teoría política sobre su definición, lo entenderemos clásicamente como a la sociedad políticamente organizada dentro de un territorio, mientras que el Gobierno viene a estar constituido por las autoridades públicas de los órganos de poder, generalmente encabezados, en el sistema presidencialista, por el titular del poder ejecutivo, quien dirige la vida socio política del Estado. Ya desde esta óptica, se entiende que la defensa del orden constitucional ante Gobiernos usurpadores sea reconocida como derecho de la población civil, mientras que la seguridad externa e interna del Estado esté, respectivamente, a cargo del Ejército armado y de la Policía Nacional, encabezados por el gobernante, de acuerdo a sus especiales competencias.

Por otra parte y añadiendo al debate doctrinal, el profesor VALLE-RIESTRA⁷ ha indicado que “Algunos se han atrevido a afirmar que el derecho de insurgencia es un derecho invocable solamente por los civiles. Si así fuera, sería un derecho castrado”, y es que como bien postula el eximio jurista nacional, el derecho de resistencia a la opresión no es obra del derecho positivo sino del derecho natural, de allí que la consecuente insurgencia sea un recurso asequible también a los nacionales que forman parte de las fuerzas militares y policiales, sin mayor distingo, más allá de que el articulado constitucional emplee el confuso término “población civil”.

1.4.1. Presupuestos del Derecho de Insurgencia:

De acuerdo a la redacción constitucional, la población civil puede ejercer el derecho a la desobediencia civil y el derecho a la insurgencia ante la presencia de dos tipos de autoridades, primero contra las que conforman un Gobierno Usurpador, y en segundo lugar, contra los funcionarios que asumen tal condición en vulneración de la Constitución y las Leyes.

a) Gobierno Usurpador:

Es aquel que suplanta, o revoca y asume, por la fuerza, la autoridad del Gobierno constitucionalmente instaurado, sin tener título alguno que legitime su empoderamiento. Claro está, que esta autoridad de facto debe pertenecer a la comunidad político-social del Estado, pues de tratarse de un Estado extranjero nos encontraríamos frente a una ocupación regulada por el Derecho Internacional.

Un ejemplo clásico en nuestro país de este tipo de gobiernos son los dirigidos por las fuerzas armadas desde el año 1968 a 1979.

Asimismo, y siguiendo a LOCKE, no existe óbice para considerar que un Gobierno legítimamente instaurado pueda devenir en usurpador, cuando excediéndose en su proceder de las facultades que le corresponden, asume competencias atribuidas a otros poderes del Estado, o anula las facultades de éstos. Nos encontraríamos aquí, ante lo que el filósofo inglés conoce como un Estado Tiránico⁸. Ejemplo de este tipo de usurpación es la ejercida por los ex presidentes Manuel Odría en 1950 y Alberto Fujimori Fujimori tras el golpe de Estado de 1992.

b) Funcionarios ilegítimos:

La autoridad formal que reviste la personalidad de determinados individuos de la sociedad organizada, y que les concede la condición de Funcionarios de Estado, sólo se obtiene por intermedio del procedimiento prefijado para tal fin en la Constitución y las leyes; en consecuencia, todo funcionario, para ser tal, debe haber sido elegido o designado conforme a tal procedimiento; en caso contrario, su autoridad deviene en ilegítima, y por tanto, ni el ciudadano ni la sociedad civil le deben obediencia alguna. Cabe precisar que esta autoridad, en el supuesto específico, ha de haber sido designada por un Gobierno legítimo -el cual no dejaría de serlo por el único hecho de esta designación-, pues en caso contrario nos encontraríamos bajo los alcances del supuesto anterior.

7 VALLE-RIESTRA, Javier. En: La Constitución Comentada -Tomo I. Gaceta Jurídica-Congreso de la República. Director Walter Gutiérrez. Lima, 2005. p. 649.

8 Los estudios de LOCKE sobre los tipos de Estado y la tiranía se encuentran desarrollados en el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, referido al verdadero origen, alcance y fin del mismo.



Efectuada esta precisión, advertimos que para los propósitos de este estudio no corresponde ingresar al análisis de la desobediencia civil, que consiste en buena cuenta en la omisión de acatar las directrices u órdenes de un Gobierno Usurpador o de una autoridad ilegítima designada por un Gobierno legítimo, sino únicamente en lo que corresponde al derecho de insurgencia.

Desde esta perspectiva, cabe una interrogante puntual **¿El derecho de insurgencia se ejerce tanto frente a gobiernos usurpadores como ante autoridades o funcionarios ilegítimos?**

Nosotros creemos, aunque si bien ni la doctrina ni la norma constitucional prevé distingo alguno, que es lógico considerar que la desobediencia civil se ejerce tanto frente a autoridades ilegítimas como ante gobiernos usurpadores, mientras que el derecho de insurgencia sería ejercitable sólo ante los últimos.

Esto de una interpretación necesariamente teleológica. Nos explicamos.

El derecho a la insurgencia, al suponer el ejercicio de violencia por parte de la población civil, ostenta necesariamente el carácter de última ratio; por lo que en caso de existir algún funcionario o autoridad que haya asumido funciones en forma ilegítima, corresponde al Gobierno el control de la situación y la remoción de dicha autoridad, ya sea mediante mecanismos legales o mediante el empleo de la fuerza pública. Sin embargo, si el Gobierno es incapaz de esta remoción, es evidente que nos encontramos frente a una traslación fáctica del poder. Este funcionario debe mantener, por su función, una alta capacidad de mando o autoridad sobre un territorio y población, tales como un Presidente Regional; en cuyo caso nos encontraremos frente a un Gobierno de facto, pues se entiende que al resistir su remoción y el ataque armado, se desconoce al Gobierno legítimo, encontrándonos por tanto dentro del supuesto de un gobierno usurpador frente al cual la población tiene el derecho de insurgencia; no sucederá lo mismo en los casos del Alcalde de una pequeña Municipalidad, de un gobernador, de un Juez, etc.; los cuales, por sus cuotas de poder, sólo deben ser resistidos por la población mediante la desobediencia civil.

De allí que el derecho a la insurgencia sólo proceda frente a gobiernos usurpadores, mas no frente a autoridades o funcionarios ilegítimos, cuya remoción es labor del Gobierno constitucional.

II. LOS DELITOS POLÍTICOS

Es connatural al Estado auto-proveerse de una serie de mecanismos fácticos y legales a fin de proteger su propia existencia, seguridad y naturaleza democrática frente a conductas que tienden a desautorizar su imperio conductor, e incluso a destruirlo.

Desde una perspectiva histórica, MARIA ELENA MOREIRA⁹ nos ilustra señalando que los atentados contra la *polis griega* violaban la ley, ofendían a la divinidad y eran factor de corrupción del pueblo. En Roma, los insurgentes cometían el delito de *perduleio*, que significa guerra perversa contra la propia patria: relaciones culpables con el enemigo, faltas a los deberes del ciudadano para con el Estado, faltas a los deberes de la Magistratura y sacerdocio, falta a los deberes religiosos del ciudadano, atentados e injurias contra el magistrado y el emperador.

Indica esta misma autora, que ya bajo el sistema liberal, se somete el delito político a la ley existente para determinar qué hechos son o no delictuosos, sosteniendo que esta clasificación constituía un atentado contra la seguridad del Estado, exigiendo un trato más humano para el delincuente político hasta el grado de abolir la pena de muerte para éste. Benignidad surgida del anarquismo, cuyos atentados se intensificaron para el último tercio del siglo XIX, y en los cuales sus autores se guiaban por el fanatismo político sin buscar fines inmediatos ni modificaciones en la organización gubernamental, sino sólo el de suprimir toda forma de gobierno.

9 MOREIRA, María Elena. El delito político: Doctrina y Legislación Ecuatoriana. En: www.humanrightsmoreira.com/ensayos/htm-delito. Página visitada por última vez en Diciembre de 2014.

PEREZ CARRILLO¹⁰, ya en una óptica contemporánea, nos dice que el delito político se configura con la presencia o pretensión de llevar a cabo actos lesivos contra la forma de gobierno existente por procedimientos no previstos en la Constitución, es decir, que no hay delito político si estos actos constituyen protestas dentro del régimen democrático¹¹.

Las legislaciones nacionales, como es lógico, sancionan las conductas penalmente relevantes orientadas a la transformación o modificación del régimen de gobierno, o mejor dicho, del orden declarado constitucionalmente, en tanto no se encauce por el propio mecanismo constitucional. Estas previsiones, pueden y deben ser consideradas como instrumentos de pervivencia y de hasta supervivencia del propio Estado.

Hechas estas precisiones, resulta pertinente analizar el tipo penal de rebelión y generar un debate mínimamente jurídico, y máximamente político que a su propósito se revelará.

II.1. Delito de Rebelión

La doctrina define al delito de rebelión como la conducta punible de mayor afectación al régimen constitucional, y el más grave de su especie; constituyendo un alzamiento armado que tiene por objetivo el cambio del régimen político-constitucional, violentando con ello los principios constitucionales vigentes y desconociendo la autoridad gubernamental y sus atribuciones (Poderes del Estado)¹².

II.1.1. Descripción Típica.-

El delito de rebelión se encuentra tipificado en el artículo 346, Capítulo I, Título XVI, Libro II del Código Penal, bajo la siguiente fórmula típica: *"El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y expatriación"*.

II.1.2. Elementos estructurales de la imputación al tipo penal.-

- **Sujeto Agente:** De la lectura del tipo penal se aprecia que se trata de un delito común, por tanto, cualquier persona puede ser sujeto agente de este ilícito penal.

Al respecto, OCROSPOMA PELLA¹³ señala que la referencia típica a "el que", resulta "inapropiada (...), debido a que al desarrollar la valoración del injusto, es improbable que un solo sujeto pueda cometer los delitos en cuestión, ya que las conductas son idóneas solamente a través de una organización o grupo de personas". En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 22 de abril de 1983, al establecer *"No siendo concebible un delito de rebelión perpetrado por una sola persona, dicha infracción ha sido calificada de necesariamente plurisubjetiva o pluripersonal y, también de ejecución colectiva, caracterizándose, ante todo, por la existencia de un alzamiento o levantamiento"*.

De aquí que el delito de rebelión se configure como uno de ejecución necesariamente colectiva, pues no resulta concebible el alzamiento armado de una sola persona; y en este sentido, la calidad de intervención de los individuos se entiende, teóricamente por lo menos,

10 PEREZ CARRILLO, Agustín. Derechos Humanos, Desobediencia Civil y Delitos Políticos. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México DF, 1991. pp. 19-25.

11 Se debe puntualizar aquí, que el trato benigno que se ha configurado históricamente y legislativamente a favor de ciertos delincuentes políticos, al punto de concedérseles el beneficio de asilo político y negativa a su extradición, surge del carácter progresista del ideal político que determina y orienta en buena cuenta la "comisión delictiva", es la visión de un gobierno democrático y orientado al bienestar de las mayorías el que fundamenta el hecho delictivo; se infiere pues que el delincuente político debe estar convencido de la solidez de sus perspectivas, por lo que ingresamos así al campo de la concepción ideológica pro masas o pro democracia. De este beneficio carecen los delincuentes políticos que actúan por móviles egoístas, por intereses extranjeros o minoritarios, cuyos propósitos son generalmente contrarrevolucionarios o antidemocráticos.

12 ABASTOS HURTADO, Manuel. Derecho Penal II Curso (Apuntes de Clase). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. p. 6.

13 OCROSPOMA PELLA, Enrique. *El caso Humala: ¿Delito de rebelión o terrorismo?* En Actualidad Jurídica Nro. 135, Gaceta Jurídica, Lima, 2005. p. 79.



a título de *coautoría* más que de solo simple complicidad¹⁴. Por esta circunstancia, uno de los temas centrales en la realización típica de este delito consiste en determinar el número de sujetos agentes necesarios para su ejecución, el cual, a criterio de la doctrina dominante, debe ser valorado en cada caso por el Juzgador. Así por ejemplo SALVAGNO CAMPOS¹⁵, cuando señala que “La ley no fija, ni podría útilmente hacerlo, cual es el mínimo de individuos que debe integrar la figura de la infracción bajo este aspecto. Corresponde, pues, al discernimiento de los jueces considerar si el número real de individuos que actúan en cada caso...fue bastante o no para producir la lesión jurídica”.

- **Sujeto Pasivo:** Conforme a la ubicación sistemática del tipo penal, el sujeto pasivo del delito es el Estado.
- **Conducta Típica:** De acuerdo a la descripción típica, la conducta reprimida consiste en “Alzarse en armas”. Aquí, tal y como señalan VIVES ANTON y CARBONELL MATEU¹⁶, alzarse equivale a “levantarse, esto es, a romper la relación de sumisión a las leyes y autoridades legítimas”. Supone pues, la colisión violenta y armada de los sujetos organizados contra las autoridades legítimamente constituidas a las que pretenden derrocar. Por su parte, por “armas” debemos comprender a aquellos instrumentos idóneos para causar daños materiales y personales, suficientes para infundir temor en las autoridades; y es que, a decir de CREUS¹⁷ “no constituye rebelión el uso de la fuerza física por parte de un grupo que no está armado (...) aunque la utilice con las finalidades propias del delito”.

Se comprende asimismo que las armas no necesariamente deben ser usadas durante la comisión del delito; sin embargo, de emplearse, se atenderán penalmente los resultados causados mediante el denominado concurso real de delitos, si de su empleo se derivan homicidios, lesiones, daños, etc.

- **Tipo Subjetivo:** Es eminentemente un delito doloso, en tanto requiere el conocimiento y voluntad de los sujetos agentes; sin embargo, es importante subrayar que la voluntad debe encontrarse orientada por la persecución de algunas de las finalidades descritas en el tipo penal -de allí que este delito sea considerado como uno de tendencia interna trascendente-, tales como:
 - **Variar la forma de Gobierno:** Tal como establece la parte *in fine* del artículo 3 de la Constitución Política del Estado, el Perú ha adoptado la forma republicana de gobierno, de allí que al dirigirse el accionar de los rebeldes a reformar o alterar esta conformación, se configurará el delito *sub examine*.
 - **Deponer al Gobierno legalmente Constituido:** Al respecto, el profesor ABASTOS¹⁸ sostiene que la deposición del gobierno constituye una modalidad que va íntimamente unida a la anterior, ya que no cabe cambiar la forma de gobierno sino derrocando a los que están gobernando al país. Sobre este extremo, si bien lo señalado por el eximio docente es cierto, también creemos que resulta perfectamente válido perseguir únicamente el derrocamiento de la autoridad personal que representa al Estado Republicano-que en nuestro país es el titular del Poder Ejecutivo-, sin necesidad de contar con la intención de variar la forma de gobierno.
 - **Suprimir o modificar el régimen constitucional:** Supone abolir o alterar el orden establecido por la Constitución, y que se describe en el artículo 43 de la misma. En este sentido, la supresión impone la eliminación del orden democrático de gobierno y la desaparición de

14 FEBRES CORDERO, Héctor. Curso de Derecho Penal, Parte Especial. Talleres Gráficos Universitarios. Mérida, 1966. p. 51.

15 SALVAGNO CAMPOS, C. Curso de Derecho Penal Parte Especial-Volumen I. Talleres Gráficos 33. Montevideo, 1946. p. 158.

16 VIVES ANTON, TOMAS; CARBONELL MATEU, J. C. Rebelión, Sedición. En: Tomás S. Vives Antón/J. Boix Reig/E. Orts Berenguer/J. C. Carbonell Mateu/J. L. González Cussac. Derecho Penal. Parte especial, 3a. ed., Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. p. 25

17 CREUS, Carlos. Derecho penal, Parte especial, tomo II. 5ta. Ed. 1ra. Reimpr. Astrea. Buenos Aires, 1996. p. 175.

18 ABASTOS HURTADO, Op. Cit. p. 8.

la estructura tripartita del poder por la imposición de un régimen antagónico, mientras que la modificación importa el cambio funcional de dichos órganos y la instauración de un régimen constitucional ajustado a las expectativas de los rebeldes.

➤ **Realización Imperfecta:**

El delito de rebelión, para su consumación formal, sólo requiere que un grupo de individuos se alce en armas guiados por cualquiera de los fines típicos sin necesidad de que se concreten (delito de resultado cortado: la consumación objetiva se anticipa a la subjetiva por razones de política criminal).

Sobre el particular, VIVES ANTON y CARBONELL MATEU¹⁹, opinan que se trata de un delito de resultado cortado en el que la consumación formal se adelanta al momento de la simple puesta en peligro del bien jurídico por razones obvias, ya que la lesión entrañaría el triunfo de los rebeldes y la imposibilidad de castigarles.

Así pues, el éxito del alzamiento rebelde y su constitución en gobierno de facto, supondría la imposibilidad práctica del sometimiento legal de sus autores.

La **tentativa**, por su parte, resulta de imposible configuración práctica, ya que el simple alzamiento puede asimilarse bajo consumación²⁰.

Asimismo, la conspiración para cometer el delito de rebelión, entendida como el concurso de voluntades que se han determinado en busca de la finalidad punible, se encuentra tipificada como delito subsidiario en el artículo 349 del Código Penal²¹, habiéndose adelantado así la barrera de punición al mero acuerdo para la comisión delictiva, aunque claro está, dicha concertación debe reunir todos los requisitos para ser considerada una conspiración en sentido jurídico penal.

Mención especial y aparte merecen los actos preparatorios de comisión, los cuales se ubicarían entre la conspiración y el alzamiento típicos (compra de armas, seguimiento de funcionarios, toma de vías de transporte, etc.); sin embargo, al no estar previstos como delitos subsidiarios no resultan punibles, salvo que por sus propias características y modalidades se constituyan en delitos autónomos, tales como tenencia ilegal de armas, secuestro de funcionarios, entre otros.

➤ **Penalidad:**

La sanción prevista para este delito es no menor de diez ni mayor de veinte años de pena privativa de la libertad y expatriación.

Como circunstancia agravante por la calidad del agente, si los sujetos activos, durante la comisión delictiva fuesen funcionarios, servidores públicos o miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, se les sancionará además con inhabilitación de uno a cuatro años, conforme al artículo 353 del Código Penal.

II.2. Otros Delitos Políticos:

Aunque para efectos de este estudio resulta trascendente únicamente el análisis del delito de rebelión, cabe puntualizar que nuestra legislación prevé los delitos de sedición y motín, sancionando además su conspiración, la seducción, usurpación y retención ilegal del mando político o militar.

No obstante, la comisión de estos delitos no pretende la variación de la forma de gobierno, el

19 Op. Cit. p. 802.

20 De esta opinión: CREUS. Op. Cit. p. 178.

21 Artículo 349: El que toma parte de una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar.



derrocamiento de la autoridad constitucionalmente elegida, ni la supresión o modificación del régimen constitucional, sino que la intensidad del injusto típico es mucho menor al buscar impedir o exigir de la autoridad determinado comportamiento funcional, lo que supone primariamente, la aceptación y sumisión a su condición de autoridad.

Se ha penalizado asimismo, la omisión de resistencia a rebelión, sedición o motín, por parte del funcionario que pudiendo hacerlo, se limita en su actuar, caso en el cual éste autor no podrá ampararse en la causa de justificación prevista en el inciso 4 del artículo 20 del Código Penal.

III. LA REBELIÓN Y EL DERROCAMIENTO DEL GOBIERNO LEGALMENTE CONSTITUIDO:

Recapitulando lo antes expuesto, conforme a lo dispuesto por el artículo 46 de la Constitución Política del Estado Peruano, el derecho de insurgencia de la población civil en defensa del orden constitucional procede frente a gobiernos usurpadores, mientras que la desobediencia civil operaría tanto frente al gobierno usurpador como frente a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes.

Como hemos visto, esta interpretación se corresponde con el espíritu del propio orden constitucional, pues si la autoridad de un sector del Estado o la calidad de funcionario público ha sido asumida de *motu proprio* por una persona o grupo contra las directrices del Gobierno Constitucional, es obligación del propio Gobierno acudir al empleo de la fuerza pública para la restauración del orden constitucional, lo que no supone dejar de lado el actuar de la población, la que debe responder mediante la desobediencia civil; siendo el derecho de insurgencia, aquí, de última ratio frente a la ineficiencia del Gobierno.

Caso distinto es el que ocurre frente a Gobiernos usurpadores que han asumido el Poder en forma contraria a los mecanismos constitucionales y en contra de la voluntad popular, así como a lo que LOCKE denominaba Gobiernos Tiránicos, que son aquellos que no obstante haber sido instaurados legítimamente, devienen en usurpadores al hacerse con las funciones de otros órganos autónomos. En ambos casos, la población civil tiene expedito el derecho a la desobediencia civil y de insurgencia.

Aquí se encuentra el eje central del estudio. Y es que, a tenor de lo previsto por el artículo 346 del Código Penal, el delito de rebelión se configurará con el alzamiento en armas destinado a variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o modificar el régimen constitucional; desde estos supuestos, es claro que el grupo de personas armadas que busquen la variación de la forma de gobierno o la modificación del orden constitucional, por un mecanismo violento ajeno a aquellos que prevé la Constitución, tales como los referéndums y otros mecanismos de modificación de la Constitución, incurrirá en el delito de rebelión, al quebrantar el procedimiento pacífico establecido por el Poder Constituyente.

Sin embargo, ¿Que sucede si los agentes buscan el derrocamiento del gobierno legalmente constituido que por sus actos arbitrarios se transforma en usurpador?

3.1. El Derecho a la insurgencia como causa de Justificación frente a Gobiernos Usurpadores Legítimos en su origen:

De acuerdo a la segunda finalidad típica del delito de rebelión, incurre en esta conducta delictiva quien se alza en armas para deponer al gobierno legalmente constituido; es decir, a aquel que goza del poder por voluntad popular, manifestada en un proceso electoral realizado conforme a la normatividad constitucional y legal.

Nada se prescribe, sin embargo, respecto de los gobiernos legalmente constituidos que excediéndose en sus atribuciones constitucionales usurpan funciones de los órganos de poder estatal, cometiendo actos arbitrarios en perjuicio del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.



Sobre este mérito, se ha planteado a nivel doctrinario, la justificación para los actos de alzamiento armado que hayan sido provocados por actos arbitrarios de los poderes públicos²². Al respecto, PACHECO OSORIO considera que se configura el delito, aun cuando el acto que dio origen a la resistencia sea arbitrario. Establece que existen otros mecanismos legítimos diferentes a los actos de levantamiento armado. De opinión contraria es FLORIAN que entiende que el alzamiento en dichos casos es legítimo, y que el carácter legítimo de esa resistencia elimina la antijuridicidad de la conducta típica²³.

Si bien existen dudas al respecto, considero que el objeto de discusión es superable si acudimos a las tesis de John Locke, planteadas hace ya más de tres siglos. Así, es lógico que para asumir legítimamente el poder de gobierno es menester ser elegido conforme al procedimiento previsto constitucionalmente, este procedimiento otorga el título necesario para ejercer autoridad dentro del propio margen concedido por la Constitución y dentro del mismo sus actos están investidos de autoridad; sin embargo, al quebrarse o superar dicho margen, el título desaparece, enervándose la autoridad que da al acto la naturaleza de acto de gobierno legítimo, pasando a constituirse en acto usurpador, dejando de lado el poder de la ley para hacerlos acatar, y quedándose únicamente con la fuerza de facto. En este ámbito ¿Qué posibilidad existe de acudir a los mecanismos constitucionales o legítimos para encausar el actuar del gobernante que gozando del poder fáctico quiebra el orden constitucional? Sólo la insurgencia, lo demás queda en el limbo y en la poesía. Por ello nuestra Constitución Política es estricta al reconocer la posibilidad de la insurgencia propiamente como un derecho, por lo tanto ampararía a quienes se levantan en armas contra un gobierno legalmente constituido que se excede en sus atribuciones afectando el margen constitucional.

Trasladado el supuesto al ámbito penal, qué duda cabe que el ejercicio del derecho a la insurgencia encuadra perfectamente en el denominado “ejercicio legítimo de un derecho”, previsto como causa de justificación en el inciso 8 del artículo 20 del Código Penal.

Y es que, otorgar derechos a las personas, supone concederles asimismo los medios necesarios para ejercitarlos y defenderlos²⁴.

1.2. El derecho a la Insurgencia, un derecho y causa de justificación ineficaz:

VELEZMORO PINTO²⁵ señala que la Constitución, como sabemos, comparte su naturaleza jurídica con la política. Esta es una característica intrínseca al concepto de Constitución, y la convierten por ella en una norma *sui generis*. Si bien la evolución del Constitucionalismo ha favorecido la juridificación del concepto de Constitución, en buena medida gracias a la creación de la jurisdicción constitucional, dicho proceso no ha significado el desconocimiento de su naturaleza política, puesto que, como bien señala PEREZ ROY²⁶, el Derecho Constitucional arranca de la política y acaba en la política.

Hecha esta anotación y retomando el tema central, resultan de especial análisis los hechos siguientes a la frustración de la rebelión iniciada, en la cual los rebeldes suelen alegar el haber actuado en el ejercicio de un derecho, en este caso el derecho constitucional de insurgencia, como hemos visto en los párrafos anteriores, por lo que su conducta resultaría típica más no antijurídica en mérito a la causa de justificación prevista por el inciso 8 del artículo 20 del Código Penal.

Sin embargo, debemos reconocer que en la práctica, es nula la posibilidad de que un Gobierno reconozca derecho alguno a los rebeldes que se alzan en armas contra el gobierno que ha usurpado funciones o comete actos arbitrarios de la índole estudiada, pues ello conllevaría un reconocimiento

22 Así, SALVAGNO CAMPOS. Op. Cit. p. 160.

23 Cfr. ADELA RETA, *Derecho Penal, Segundo Curso*, Tomo I, Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho. Montevideo, 1963. pp. 92-93. Vid. OCROSPOMA PELLA. En: *Actualidad Jurídica* Nro. 135, 2005, p. 80.

24 HURTADO POZO, José/PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal Parte General*, Tomo I-4ta. Edición. Editorial IDEMSA. Lima, 2011. p.

25 VELEZMORO PINTO. Op. Cit. p. 702.

26 PÉREZ ROY, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2008. p. 58.



de ilegitimidad, y si bien la determinación de la responsabilidad penal corresponde al Poder Judicial, en épocas de dictadura dicho órgano carece de la independencia suficiente como para pronunciarse en contra del Gobierno mismo, administrando justicia por tanto bajo la égida de un derecho penal autocrático. Estas razones nos llevan a preguntarnos, junto a FONTAN BALESTRA, si el delito de rebelión consumado mas no agotado, es o no el delito de los vencidos o derrotados, o como nosotros preferimos llamarle, el castigo de los vencidos.

Para dilucidar la circunstancia, claro es, que la causa de justificación basada en el derecho a la insurgencia puede ser invocada por los rebeldes, pero evidente es también, que la valoración de la causal será examinada por un órgano del propio Estado, y si bien el Jugador²⁷, por cuestiones más de índole personal que política puede manifestar su independencia, en un Gobierno de facto o de corte dictatorial los órdenes jurídicos han sido quebrantados y opera la voluntad del gobernante. Allí, al rebelde le quedan sólo el exilio o la condena. Un castigo al vencido, inspirado aún en su buena voluntad; la cual, tal vez, y sólo cuando el gobierno de facto haya sido depuesto, le servirá como sustento de su amnistía.

Nosotros compartimos pues, la opinión vertida por el profesor HURTADO POZO²⁸, de que el efecto justificante del ejercicio del derecho a la insurgencia, es un reconocimiento extremo, al mismo tiempo que ineficaz. La ineficacia de esta norma declarativa resulta del hecho que se refiere a una situación de orden eminentemente político. En efecto, los golpes de Estado y las rebeliones populares no pueden ser evitados mediante normas jurídicas, pues sus causas son sociales, políticas y culturales. La represión de los infractores del orden constitucional depende, en la práctica, de su éxito o fracaso.

Este tipo de norma constitucional, ostenta una declaración de principio político más que jurídico, ineficaces en el imperio de lo fáctico y de suspensión de la ley, tal como la cláusula pétrea contenida en el artículo 370 de la Constitución Política de 1979, que prescribía: *"Esta Constitución no pierde vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuera derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En estas eventualidades todo ciudadano investido o no de autoridad tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia"*. El resto de la historia es conocida. BERNALES BALLESTEROS²⁹, a su vez, refiriéndose a este tipo de cláusulas, opina que, pese a su inveterada presencia en nuestros textos constitucionales, no han podido impedir el uso desnudo de la fuerza para derrocar gobernantes, usurpar funciones o modificar fácticamente la distribución del poder de los órganos del Estado.

Finalizando nuestro brevísimo análisis, resulta irrefutable que situación contraria es la que ocurre cuando la rebelión triunfa, pues el mando rebelde asume el poder fáctico del Estado, se posesiona en él y pasa a configurarse en Poder Constituyente, en caso de un grupo rebelde de corte democrático; caso contrario, el derecho de los rebeldes nunca será reconocido, siendo a lo mucho beneficiados en su huida del Estado con el Asilo Político que los Estados foráneos estén dispuestos a conceder desde la aplicación del Derecho Internacional Público.

De aquí que el derecho de insurgencia sea considerado por nosotros como mera declaración de principio y reconocimiento del espíritu libre del pueblo, dada su naturaleza eminentemente política, propio de un preámbulo y no de un artículo constitucional con claro contorno justificatorio, no realizable en un Estado de corte autoritario, que administra un derecho penal de esa misma índole. Por ende, el delito de rebelión, es propiamente el castigo de los vencidos.

4. Conclusiones:

- A nivel doctrinario, el reconocimiento del derecho a la insurgencia surge de la combinación de las teorías del pacto de sujeción y del contrato social, las que generaron un nuevo orden legal y una nueva teoría del Poder en la edad moderna, encontrando sus resultados

27 Es elemental el ejemplo dado por Domingo García Rada, cuando durante el Gobierno Dictatorial de Odría votó en discordia a favor del habeas corpus presentado desde el exilio por el Dr. José Luis Bustamante y Rivero.

28 HURTADO POZO. Op. Cit. p. 557. Aunque refiriéndose claramente a las rebeliones contra el orden constitucional.

29 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: Análisis Comparado. CIEDLAKAS. Lima, 1996. p. 281.

prácticos en la Independencia de las Colonias Inglesas de 1786, la Revolución Francesa de 1789 y el proceso independentista de las Colonias Americanas, a partir de la primera mitad del Siglo XIX

- El reconocimiento político del derecho de insurgencia a la población civil tiene por finalidad la protección del Estado democrático, social, independiente y soberano, así como de la forma de gobierno, unitario, representativo, descentralizado, y organizado según el principio de separación de poderes.
- La desobediencia civil se ejerce tanto frente a autoridades ilegítimas como ante gobiernos usurpadores, mientras que el derecho de insurgencia es ejercitable sólo ante los últimos.
- Un gobierno instaurado legítimamente puede devenir en usurpador al hacerse con las funciones de otros órganos autónomos, cometiendo actos arbitrarios en perjuicio del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.
- El derecho a la insurgencia es propiamente un derecho, por lo tanto ampararía a quienes se levantan en armas contra un gobierno legalmente constituido que se excede en sus atribuciones afectando el margen constitucional.

- El ejercicio del derecho a la insurgencia encuadra perfectamente en el denominado "ejercicio legítimo de un derecho", previsto como causa de justificación en el inciso 8 del artículo 20 del Código Penal.

- En la práctica, es nula la posibilidad de que un Gobierno reconozca derecho alguno a los rebeldes que se alzan en armas contra el gobierno que ha usurpado funciones o comete actos arbitrarios de la índole estudiada, pues ello conllevaría un reconocimiento de ilegitimidad, con las consecuencias internacionales que ello conllevaría.
- El efecto justificante del ejercicio del derecho a la insurgencia, es un reconocimiento extremo, al mismo tiempo que ineficaz. La ineficacia de esta norma declarativa resulta del hecho que se refiere a una situación de orden eminentemente político; no operativo en el orden de lo fáctico y de suspensión de la ley.
- El derecho de insurgencia constituye una declaración de principio y reconocimiento del espíritu libre del pueblo, dada su naturaleza eminentemente política, propio de un preámbulo, mas no sería realizable en un Estado de corte autoritario, que administra un derecho penal de esa misma índole.



5. Bibliografía:

- ABASTOS HURTADO, Manuel. Derecho Penal II Curso (Apuntes de Clase). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.
- ADELA RETA, *Derecho Penal, Segundo Curso*, Tomo I, Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1963, pp. 92-93. Vid. OCROSPOMA PELLA. En: Actualidad Jurídica N° 135, 2005
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1997.
- CALDERON CEREZO, Ángel/CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. Derecho Penal Parte General - Tomo II. 2da. Edición. Editorial Boch. Madrid, 2001.
- DE VEGA, Pedro. En torno a la legitimidad constitucional. En: "Estudios en homenaje a Héctor Fix - Zamudio". UNAM. México, 1988.
- CREUS, Caros. *Derecho penal, Parte especial*, tomo II. 5ta. Ed. 1ra. Reimpr. Astrea, Buenos Aires, 1996
- FEBRES CORDERO, Héctor. Curso de Derecho Penal, Parte Especial. Talleres Gráficos Universitarios. Mérida, 1966.
- LOCKE, Jhon. Ensayo sobre el Gobierno Civil. Ediciones Orbis S.A. Aguilar Editor. España, 1983.
- MOREIRA, María Elena. El delito político: Doctrina y Legislación Ecuatoriana. En: www.humanrighmoreira.como/ensayos/htm-delito.
- OCROSPOMA PELLA, Enrique. *El caso Humala: ¿Delito de rebelión o terrorismo?* En Actualidad Jurídica Nro. 135, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- PEREZ CARRILLO, Agustín. Derechos Humanos, Desobediencia Civil y Delitos Políticos. Instituto

- Nacional de Ciencias Penales. México DF, 1991.
- SALVAGNO CAMPOS, C. Curso de Derecho Penal Parte Especial-Volumen I. Talleres Gráficos 33. Montevideo, 1946.
 - SUTHERLAND, Arthur E. De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana, Ideas fundamentales sobre Constitucionalismo, TEA. Buenos Aires, 1972.
 - HURTADO POZO, José/PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal Parte General, Tomo I-4ta. Edición. Editorial IDEMSA. Lima, 2011.
 - VALLE-RIESTRA, Javier. En: "La Constitución Comentada -Tomo I". Gaceta Jurídica-Congreso de la República. Director Walter Gutiérrez. Lima, 2005.
 - VIVES ANTON, TOMAS; CARBONELL MATEU, J. C. Rebelión, Sedición. En Tomás S. Vives Antón/J. BoixReig/E. Orts Berenguer/J. C. Carbonell Mateu/J. L. González Cussac: *Derecho penal.Parte especial*, 3a. ed., Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.



"UN NUEVO MODELO DE ANÁLISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL CASO DE LAS FUERZAS DE PAZ DE NACIONES UNIDAS HOY".

Luz Amparo
Llanos Villanueva¹



Breve introducción del tema:

Los derechos humanos pueden ser analizados desde diversas disciplinas científicas, así como existen tantos conceptos de derechos humanos. En este sentido, se hace un breve análisis de aquellos conceptos que están relacionados con el derecho internacional de los derechos humanos y sobre todo a los instrumentos que a nivel internacional salvaguardan los derechos humanos.

En este contexto teórico y jurídico se circunscribe el estudio de la importancia de un actor en la escena internacional que ha configurado un elemento coadyuvante y necesario para la protección de los derechos humanos y no tan solamente para la defensa y seguridad y paz internacional, y es que, no puede existir paz y seguridad si existe violación de los derechos humanos. Este elemento de análisis surge en la década de los años 90 Posguerra Fría en donde los conflictos se tornan ya no interestatales sino intraestatales. Es así, que se produce una proliferación de las Fuerzas de Paz o Soldados de Paz de Naciones Unidas, participando en distintos estados en donde había habido conflictos armados y estas Fuerzas los asisten para el mantenimiento de la paz y seguridad.

El estudio tiene como fundamento principal conocer la importancia de estas Fuerzas de Paz y cómo se han venido configurando principalmente en la protección de los derechos humanos en contextos situacionales sui géneris, pero en donde el conocimiento de la temática de los derechos humanos los prepara para poder lidiar con estas situaciones. El plus del presente análisis se centra asimismo en la experiencia que tiene la autora como Instructora de derechos humanos para los soldados de la paz de Naciones Unidas.

Desarrollo:

I - Los derechos humanos en el contexto internacional y las Operaciones de Paz de Naciones Unidas:

Podemos citar diversos conceptos de derechos humanos desde el de Hannah Arendt que señala que los derechos humanos son una construcción humana, una invención humana en constante proceso de construcción y reconstrucción. Es una construcción axiológica de nuestra historia, de nuestro pasado, de nuestro presente a partir de un espacio simbólico de lucha y acción social.²

Un concepto parecido al de Hannah Arendt es el de Carlos Santiago Nino, para quien los derechos humanos son una construcción consciente para asegurar la dignidad humana.³

Las Naciones Unidas en sus módulos para el entrenamiento de sus Fuerzas de Paz u Operaciones de Paz dan el siguiente concepto de derechos humanos: "los derechos humanos son beneficios legales que protegen a los individuos y a los grupos sin discriminación de acciones u omisiones que interfieren contra las libertades fundamentales".⁴

1 Doctora en Estudios Americanos y Estudios Internacionales por la Universidad de Santiago de Chile. Abogada especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Universidad de Buenos Aires - Argentina y de San Martín de Porres - Lima- Perú. Facilitadora de Derechos Humanos en el Centro de Entrenamiento Conjunto para Operaciones de Paz de Naciones Unidas (ONU) del Perú. Profesora de Derecho Internacional Público en las Universidades de Buenos Aires, Belgrano, Abierta Interamericana y Lomas de Zamora en la Argentina. Profesora invitada en la Academia Diplomática del Perú.

2 HANNAH ARENDT: "As Origens do Totalitarismo", trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. Al respecto, ver también Celso Lafer, A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo como o pensamento de Hannah Arendt, Cia. Das Letras, Sao Paulo, 1988, p.134.

3 NINO, Carlos Santiago: "The Ethics of Human Rights". Oxford, Clarendon Press, 1991.



Asimismo, desde la perspectiva internacional los derechos humanos se analizan desde los tratados internacionales sobre la materia. Tenemos así entonces, que, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 introduce la concepción contemporánea de los derechos humanos. Y en esta concepción teórica es que, se sitúan también los derechos humanos para las Fuerzas de Paz o “peacekeepers” (el nombre en inglés que reciben los soldados de la paz de Naciones Unidas).

Es en este marco jurídico internacional que, los soldados de la paz de Naciones Unidas deben conocer los instrumentos legales internacionales de derechos humanos para poder aplicarlos en las situaciones en donde son desplegados soldados de paz o cascos azules o “bluehelmets” (nombre en inglés para los cascos azules).

No es tarea fácil poder acercar los instrumentos jurídicos de derechos humanos a todos los cascos azules porque no todos tienen conocimientos previos de derecho internacional. Sin embargo, como uno de los objetivos principales- por los cuales va la misión de paz en cada estado a dónde se despliega- es el de derechos humanos, hace que los cascos azules presten profundo interés en el conocimiento de cada uno de los módulos que se les imparte sobre derecho internacional de los derechos humanos según formatos de las Naciones Unidas.

Además cuestión no menor es que, el mandato de cada misión de paz, es decir la Resolución de Consejo de Seguridad por la cual se pone en marcha una misión de paz de Naciones Unidas, señala explícitamente el tema de protección de los derechos humanos.

II - ¿Qué son las Operaciones de Paz de Naciones Unidas?

Existen diversos conceptos acerca de lo que significan estas Operaciones, sin embargo, consideramos importante lo que señala el Glosario del el Department Peacekeeping Operations (DPKO) que es el que se encarga de las Operaciones de Mantenimiento de Paz de Naciones Unidas. En él se señala que, las Operaciones de Paz de Naciones Unidas pueden catalogarse en Misiones de Paz ; en Operaciones de Mantenimiento de la Paz (OMP); las Coaliciones Multinacionales y Regionales.

El Glosario preparado por el DPKO, conceptúa a las Operaciones de Mantenimiento de la Paz como “ los despliegues preventivos, las operaciones de mantenimiento de la paz, las operaciones de imposición de la paz (coaliciones multinacionales y regionales), las actividades diplomáticas como diplomacia preventiva , asistencia, consolidación, y construcción de la paz, los buenos oficios , como así la obtención de pruebas y asistencia electoral”⁵

Pero la posición oficial de Naciones Unidas la tiene la llamada “Doctrina Capstone” doctrina que desarrolla con claridad el tema de las Operaciones de Paz en esta nueva era. El término Peacekeeping es el término genérico que abarca a todas las operaciones y actividades contribuyentes al logro de la paz duradera. La primer parte de la Doctrina Capstone configura el marco jurídico de las Operaciones de Paz que, tiene como instrumentos jurídicos que garantizan esta misiones en primer lugar la Carta de Naciones Unidas que con sus Capítulos VI (lo pacífico de controversias), Capítulo VII (acción en caso de amenazas a la paz , quebrantamiento de la paz, o actos de agresión) y VIII (Acuerdos Regionales) son la base legal. A partir de la década de los años 90 en donde proliferan este tipo de Operaciones de Paz de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad adoptó la práctica de invocar el Capítulo VII cuando autoriza un despliegue a lugares o zonas volátiles en donde el estado no tiene capacidad de asegurar la seguridad y el orden.

III - La contracara de los derechos humanos en las Operaciones de Paz de Naciones

4 Módulo de “ Estándares Internacionales de Derechos Humanos en Operaciones de Paz” UN OHCHR -MIL-POHRT Manual.

5 Cuadernos de Lecciones Aprendidas, CARI (Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales), Buenos Aires, 2004, p.26-26.

Unidas: la llamada “intervención humanitaria” en el Derecho Internacional.

En virtud del uso de las Operaciones de Paz de Naciones Unidas como herramientas de seguridad colectiva en la actualidad, se ha discutido mucho acerca de cómo se vienen llevando a cabo estas misiones de paz de Naciones Unidas en distintas situaciones que ameritan la participación urgente de estas misiones. La Carta de Naciones Unidas prevé en su artículo 2 inciso 4 la prohibición a sus Estados Miembros del uso o la amenaza de la fuerza, pero permite sin embargo tres excepciones: en caso de legítima defensa (art.51); medidas militares autorizadas por el Consejo de Seguridad bajo el Capítulo VII, y por extensión de medidas militares de organizaciones regionales bajo el Capítulo VIII actuando bajo el Capítulo VII siempre con autorizaciones del Consejo de Seguridad. La cuestión de la legitimidad del uso de la fuerza está dada por las decisiones que tome el Consejo de Seguridad para los casos en que se puede usar la fuerza.

En tal sentido, se ha discutido en el Derecho Internacional si esta intervención de Naciones Unidas por parte del Consejo de Seguridad para enviar misiones de paz responde más que nada a razones de orden político. Lo cierto es que, este tipo de misiones van bajo el paraguas de los Capítulos de la Carta de Naciones Unidas ya mencionados anteriormente, pero tienen como uno de sus objetivos fundamentales cumplir con lo que garantiza el Preámbulo de la misma Carta que es el de mantener la paz y seguridad internacionales. Este podría ser uno de los fundamentos por los cuales no se estaría contraviniendo el Principio de No Intervención de los Estados en los Asuntos Internos.

Lo que aún preocupa, no obstante es el carácter discrecional que se reserva el Consejo de Seguridad para poder decidir en qué situaciones y cuándo usar la fuerza armada.

IV - Derechos humanos y grupos vulnerables en Operaciones de Paz de Naciones Unidas:

En las Operaciones de Paz de Naciones Unidas, existe una protección especial a ciertos grupos vulnerables en sus derechos humanos, estos son las mujeres, los niños y los refugiados y desplazados internos.

Las mujeres víctimas principalmente de abusos sexuales han venido a configurar para Naciones Unidas uno de los temas de mayor relevancia para parar con este tipo de violaciones de los derechos humanos. El abuso sexual para Naciones Unidas en una misión de paz significa: “ cualquier intento de abuso o abuso real de una posición de vulnerabilidad , poder diferencial o confianza para propósitos sexuales , que incluye sin limitarse a ello el hecho de beneficiarse monetariamente , social o políticamente de la explotación sexual de otra persona”⁶

En las Operaciones de Paz el abuso sexual hacia las mujeres y niñas se da en mayor proporción por el tráfico de personas que es el reclutamiento, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción con fines de explotación, entre ellas la sexual.⁷

El abuso sexual hacia las mujeres en una misión de paz puede darse por parte de agentes paramilitares, militares, civiles, y policiales presentes en el lugar de la misión. En este sentido, se ha implementado una Política de Tolerancia Cero para personal de paz de Naciones Unidas, es decir para los cascos azules. Se cuida la credibilidad de las Naciones Unidas.

Un casco azul que comete este tipo de abusos, puede ser despedido y procesado sumariamente e incluso Naciones Unidas puede dar por terminado su contrato con el Organismo.

⁶ Boletín 13 del Secretario General de Naciones Unidas, 2003.

⁷ UN Trafficking Protocolo, art. 3



El caso de los niños en Operaciones de Paz también amerita un análisis interesante en torno a sus derechos humanos y cómo estos se ven violentados en estas situaciones. Las Naciones Unidas tiene un módulo sobre Los derechos de los niños en Operaciones de Paz, que son parte de la instrucción que reciben los cascos azules.

La importancia de tratar los derechos humanos de los niños en Operaciones de Paz tiene que ver con que ellos son considerados grupo vulnerable para Naciones Unidas.

Además que , la protección a los niños en Operaciones de Paz se da porque así se estipula en los mandatos de cada misión de paz.

Acorde con las normas de derechos humanos internacionales la protección de los niños en estas zonas de post conflictos armados se torna un elemento clave para la reconstrucción de la paz y el mantenimiento de la seguridad.

El monitoreo y reporte por parte de los “peacekeepers” así como la comunicación con los niños que tienen que tener los cascos azules son piezas fundamentales para entender y aplicar el marco legal para proteger los derechos de los niños.

En muchos casos, además los cascos azules tienen que lidiar con los llamados “niños soldados”, quienes han perdido sus familias, y han sido reclutados como soldados, mozos, mensajeros, sirvientes, y esclavos sexuales de manera voluntaria o forzosa. Todos ellos son menores de 18 años. El aislamiento de sus familias no les permite reintegrarse a la sociedad y por eso encuentran en sus “nuevas familias” una compañía o una suerte de sostén. Pero estas “nuevas familias” los atraen para formar parte de sus pandillas o milicias.

Tanto los llamados “niños soldados” como los demás que se encuentran en un contexto de misión de paz sufren traumas psicológicos y físicos , cicatrices invisibles . Tienen a la violencia como la solución a cualquier tipo de problema.

El monitoreo y reporte que hacen los cascos azules de Naciones Unidas de violaciones a los derechos de los niños se canaliza a través de agencias nacionales o internacionales para proteger a las víctimas y lidiar con los violadores.

Otro de los puntos que trata el tema de los derechos humanos de los niños es el concerniente al acercamiento de los cascos azules con los niños. En primer lugar construir confianza con ellos no es fácil, para eso hay varias pautas a seguir como por ejemplo permitirles contar su historia, proveerles de un lugar seguro, hablar a su nivel, ser honesto. La comunicación no verbal y el uso de su lenguaje ayuda mucho al relacionamiento entre cascos azules y los niños.

No deben los cascos azules aconsejar a niños muy traumatizados. Si se cree que pueden ser víctimas contactar al agente de protección del niño pertinente en la misión.⁸

La detención debe ser la última opción a ser utilizada por los cascos azules. Y si hubiera detención ésta debe darse de manera separada de los adultos.

En cuanto a los refugiados, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) provee sobre una base humanitaria y apolítica, la protección internacional a refugiados y busca una solución permanente para ellos. Las personas que preocupan al ACNUR son: refugiados y reuidentes de asilo político, retornantes, apátridas, y personas desplazadas internamente (bajo determinadas condiciones).⁹

8 Módulo Children UN -OHCHR-MIL POHRT

9 Módulo Refugees UN-OHCHR-MIL POHRT

Los principales instrumentos jurídicos a nivel internacional sobre refugiados son: La Convención relacionada al Status de Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Para recibir este status de refugiado el artículo 2 A de la Convención de 1951 señala que para tener este status una persona debe tener un miedo bien fundamentado en las siguientes razones: raza, nacionalidad, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social, opinión política y estar fuera de su país de origen o de residencia habitual, así como ser incapaz o imposibilitado por miedo a persecución de pedir la protección de ese país o volver al mismo. Todo este marco teórico y jurídico es el que deben conocer los cascos azules antes de ser desplegados a una misión de paz, para lo cual hay un módulo especialmente que trata el tema de refugiados.

Por otro lado, el tema de desplazados internos (IDPs) como otro grupo vulnerable en una misión de paz de Naciones Unidas también tiene un desarrollo especial en la preparación de los cascos azules. Los desplazados internos, también son personas que preocupan al ACNUR, son aquellas personas que son obligadas a abandonar sus hogares o lugares habituales de residencia como resultados de un conflicto armado, situaciones de violencia generalizada, violaciones contra derechos humanos, desastres naturales o provocados por el hombre. Y tienen que ser aquellas personas que no cruzaron un límite internacional reconocido.¹⁰

Los responsables por los desplazados son Naciones Unidas con sus cascos azules, así como las organizaciones internacionales y las ONGs presentes en una misión.

La misión particular de los cascos azules de proteger a los desplazados internos de acuerdo al mandato de la misión.

También las leyes locales son las que se aplican a los desplazados pero como muchas veces las autoridades locales son las que provocan los desplazamientos, entonces estas leyes ayudan a proteger muy poco a los desplazados internos, y estos cuentan tan sólo con las leyes internacionales. La diferencia entre lo que significa desplazados y refugiados ha impactado profundamente la protección y asistencia legal e institucional de la comunidad internacional. No obstante no hay una convención internacional sobre desplazados internos. Sin embargo se aplican los estándares internacionales existentes. En este contexto los cascos azules de Naciones Unidas deben identificar derechos y garantías relevantes para su protección durante todas las fases de su desplazamiento. Así como proveer en todas las fases del desplazamiento: el acceso a la protección y asistencia y garantías para el regreso o asentamientos alternativos y durante la reintegración.

Estos son los grupos vulnerables que Naciones Unidas prestan especial importancia en Operaciones de Paz.

V - Conclusiones y recomendaciones:

1.- Los derechos humanos en el escenario actual de seguridad y defensa pueden ser enfocados desde la tarea que desempeñan los cascos azules de Naciones Unidas.

2.- La participación de los cascos azules de Naciones Unidas no contraviene el principio de no intervención de los estados en asuntos internos, porque, en situaciones que pongan en peligro la paz y seguridad internacional se puede hacer uso de la fuerza armada si así lo decide el Consejo de Seguridad en virtud de la Carta de Naciones Unidas.

3.- Los derechos humanos son una de las piezas fundamentales para el desarrollo de las misiones de paz, por eso que, los cascos azules deben conocer los instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos, así como cuáles son los

¹⁰ Módulo IDPs- UN OHCHR-MIL POHRT



grupos vulnerables en una misión.

4.- La importancia en el escenario internacional del estudio de los derechos humanos desde el derecho internacional, la seguridad y la defensa nos aproximan a un análisis distinto y prometedor para continuar investigando.

Bibliografía:

Hannah Arendt: "As Origens do Totalitarismo", trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. Al respecto, ver también Celso Lafer, A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo como o pensamento de Hannah Arendt, Cia. Das Letras, Sao Paulo, 1988, p.134.

Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI): "Cuadernos de Lecciones Aprendidas". Número 1-diciembre 1999.

Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI): " Cuadernos de Lecciones Aprendidas". Número 3-octubre 2004.

Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto República Argentina: "Casco Blancos o White Helmets o Capacetes Brancos", 2007.

Módulos para "Derechos Humanos en Operaciones de Paz" UN OHCHR -MIL-POHRT Manual, 2003.

NINO, Carlos Santiago: "The Ethics of Human Rights". Oxford, Clarendon Press, 1991.

Ortíz, Eduardo: "El estudio de las Relaciones Internacionales", Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2004.

Pérez Aquino, Carlos: "Operaciones de Paz en la Posguerra Fría". Círculo Militar, Buenos Aires, 2001.

Secretario General de Naciones Unidas. " Boletín", 2003.

Van Creveld, Martin: "La Transformación de la Guerra", Talleres Gráficos Plantié, Buenos Aires, 2007.



ANÁLISIS TELEOLÓGICO DEL ARTÍCULO 388° DE CODIGO PENAL

Aldo Manuel Ortiz Torres
Estudiante
Universidad nacional Pedro Ruiz Gallo



I. RESUMEN

El presente trabajo es el análisis de la situación problemática surgida por la escasa regulación y delimitación de la excepción típica contenida en el artículo 388° del código penal, tercer párrafo, sobre el peculado de uso y la exclusión de los vehículos de uso personal por razón del cargo. Esta situación ha generado diversas contradicciones entre las sedes de la justicia ordinaria, por lo que se ha recabado resoluciones judiciales con distintos fallos y fundamentos, que versan sobre el tema, para luego analizar el caso específico del alcalde Roberto Torres Gonzales referido a la controversia surgida a partir de la difícil interpretación de la excepción típica mencionada. Además de esto, para darle el rigor científico a este trabajo, se ha recabado la información bibliográfica especializada referente al tema citado, en especial, de los más importantes autores nacionales y extranjeros del derecho penal y de los delitos contra la administración pública, de publicaciones en revistas científicas especializadas en el derecho, y se ha aplicado el método inductivo-deductivo para llegar al puerto de conclusiones lógicas y basadas en fundamentos sólidos.

De esta manera, se propondrá una manera razonable y científica de salvar este vacío, aplicando criterios de interpretación sistemática y teleológica de la norma en cuestión, en especial, de la excepción típica incluida en el tercer párrafo del tenor del texto legal.

II. **PALABRAS CLAVE:** Peculado de Uso, Bien Jurídico, Excepción, Tipicidad, Lesividad.

III. SUMARIO:

I. RESUMEN, II. PALABRAS CLAVE, III. SUMARIO, IV. INTRODUCCION, V. MARCO TEÓRICO, VI. LA ESFERA DE DOMINIO DE LA NORMA CON RESPECTO A LA EXCEPCIÓN TÍPICA: LA CONTROVERSIA. VII. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 388° A LA LUZ DE SU RATIO LEGIS: LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. VIII. ANÁLISIS DEL CASO PRÁCTICO, IX. CONCLUSIONES: X. RECOMENDACIONES:

VII. INTRODUCCIÓN:

Sin duda, la sociedad nacional tiene como uno de los temas de mayor interés el buen uso de los recursos estatales, y el correcto desempeño de los cargos públicos, así como el correcto uso del poder que los mismos conllevan. Por esto, la regulación penal de las conductas realizadas en contra de la administración pública, tanto por los administrados, como por los funcionarios, tiene una especial importancia.

La política criminal peruana, en lo referido a las sanciones penales a quienes perjudican a la Administración Pública, se han caracterizado, a lo largo de la historia, por su complacencia. Esto ha sido objeto de análisis por el maestro Fidel Rojas Vargas¹, que refiere: ***“la política estatal mantiene su postura benignidad frente a los delitos de abuso de autoridad, cometidos desde el poder que da el cargo o la función, contra los ciudadanos y la sociedad civil”***.

A este hecho, más de una vez criticado, se le suma lo difícil de probar los hechos materia de

1 ROJAS VARGAS, Fidel. "Delitos contra la Administración Pública". 4° edición. Editorial Grijley. Lima, 2007, p. 70.



investigación, cuando los investigados ostentan altos cargos en la administración pública, y la oscuridad de algunas de sus normas, lo que dificulta aún más el planteamiento de la teoría del caso en un proceso.

En el presente caso nos avocaremos a analizar un caso de oscuridad normativa, surgido de la agregación de la excepción típica del delito de Peculado de Uso, que libera de responsabilidad a los funcionarios públicos que realizan las acciones que, en situaciones comunes, serían consideradas dentro de la esfera de dominio del peculado de uso, en especial, a los de más alto nivel jerárquico, bajo la figura del *“uso personal por razón del cargo”*.

VIII. MARCO TEÓRICO PENAL

a. Aspectos generales sobre el delito de peculado de uso:

El tenor contenido en el artículo 388° de nuestro código penal, define la conducta típica del peculado de uso de la siguiente manera:

***“El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*”**

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.”

. 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 VASQUEZ², 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”**. Por otro lado, el ilustre profesor Peña Cabrera Freyre³ nos refiere los delitos de peculado de uso y de utilización se entrecruzan por detentar ambos el mismo verbo rector, con las particularidades sobre los bienes objeto del delito que cada tipo penal determina, y por ello plantea la posibilidad de que la extensión del objeto material pudo haberse previsto en los alcances normativos del artículo 387° del CP o, en su defecto, dejar ambas modalidades de Peculado de Uso, en los renglones legales del artículo 388° del CP, es decir, consolidar ambos tipos en un solo tenor normativo. Por otro lado, el mismo profesor Peña Cabrera, recoge lo propuesto por el maestro Hugo Álvarez, sobre la necesidad de incluir en el catálogo de delitos contra la administración pública, la conducta del funcionario público que emplea, en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por la administración.

b. De la tipicidad de la acción

i. Tipicidad Objetiva:

a. Sujeto Activo:

El sujeto activo en el delito de peculado de uso es cualificado, en tanto, según lo

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

3 PEÑA, Alonso. *Derecho Penal, Parte Especial*. Tomo V. Editorial Moreno S.A. Lima, 2010, pg.369

definido en el artículo 388°, y podrá ser **El funcionario o servidor público** que, que tenga en su dominio los instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda. Esta disposición **es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados** cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

Como refiere el profesor ABANTO VASQUEZ, es sujeto **“es fundamentalmente el funcionario público, pero en relación con los bienes públicos que haya recibido como instrumento de trabajo... Los instrumentos de trabajo constituyen bienes «administrados» por los funcionarios que son recibidos por este con la finalidad de emplearlos en el desempeño de sus labores funcionales. Si ello no fuera así, en caso de que el funcionario se “apropie” de estos bienes, no cometería tampoco peculado doloso de uso, sino un hurto”**.

b. Sujeto Pasivo:

El estado.

c. Elementos del Tipo:

La frase “usa o permite que otro use” referida está tomada en su acepción usual. Para Fidel Rojas Vargas⁴, **“usar es un comportamiento activo en provecho o goce personal del sujeto activo o de tercero”**, Mientras que **“permitir que otro use”, es que otro se aproveche del bien**.

Vehículos son medios físicos de transporte de personas o cosas, mecánicos, a propulsión o eléctricos. *Maquinas* son aparatos o artificios mecánicos o eléctricos que permiten aprovechar, concentrar y maximizar la fuerza, rendimiento y tiempo. *Cualquier otro objeto* es la amplitud genérica.

El derecho de propiedad del estado sobre el bien o su relación jurídica de custodia sobre el mismo, son presupuesto indispensable para la tipicidad de la acción.

El concepto servicio, como refiere Fidel rojas, “es fundamental en el modelo peruano de peculado de uso”. Los actos realizados, para ser típicos y subsumibles en el artículo 388°, deber tener un fin ajeno al designado, pudiéndose incluso combinar fines oficiales y particulares.

ii. Tipicidad Subjetiva:

Por principio de legalidad, los tipos penales que no admitan expresamente su comisión a título de culpa, solo pueden ser sancionados por dolo, como es el caso del delito en cuestión.

IX. LA ESFERA DE DOMINIO DE LA NORMA CON RESPECTO A LA EXCEPCIÓN TÍPICA: LA CONTROVERSIA.

El artículo 388°, 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

4 ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra la Administración Pública”. 4ª edición. Editorial Grijley. Lima, 2007, p. 538.



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 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."** Sin embargo, es evidente que la interpretación de esta excepción típica puede llevar a cobijar actos nocivos para el Estado, tanto en relación al bien jurídico Patrimonio de la Administración Pública, como en el bien jurídico Buena Imagen Institucional. Esto es porque la norma no determina los casos en que los funcionarios desbordan tal facultad y hacen uso de los vehículos de uso personal fuera del ámbito de atipicidad. En este punto, 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 situación es sumamente problemática, y así refiere: **"Esta exención resulta difícil de justificar, pues parece constituir un claro caso de violación del principio de igualdad."**

X. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 388° A LA LUZ DE SU RATIO LEGIS: LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El problema generado por la inclusión de la mencionada excepción típica dentro del mismo tenor del artículo 388°, ha devenido en la heterogeneidad de criterios de aplicación de la norma en sede judicial (1488-2011/CSJL; 161-2012/CSJI, 4298-2012-AA, entre otras), en tanto que, como se ha advertido en el acápite anterior, no se ha limitado claramente la esfera de injerencia de dicha excepción.

Para salvar este problema, la Sala Penal de Lambayeque, en el expediente 1488-2011/CSJL, propone que dicho problema puede salvarse aplicándola sistemáticamente con el artículo 10° del mismo código penal, y dispone: **"la exclusión «vehículos motorizados» del genero «vehículos» a que se contrae el primer párrafo del citado artículo, se justifica no por su adscripción a un servicio público sino por el criterio de funcionalidad... como tal, debe interpretarse en forma restringida, no pudiendo extenderse por ejemplo al concepto «servicio familiar por razón del cargo», pues esta salvedad se prevé por la ley como intuitu personae (cfr., lo previsto por el artículo 10 del código penal: «las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas, habrán de estar taxativamente previstas en las leyes»)"**. Sin embargo, esta sola interpretación, a entender del tribunal constitucional, es insuficiente, en tanto que: **"...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..."**

Ante esta circunstancia, se propone aplicar la norma teniendo en cuenta la ratio legis de toda norma penal: la protección de un bien jurídico específico; en el caso concreto, la Administración Pública.

⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. "Delitos contra la Administración Pública". 4° 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

a. Bien Jurídico Administración Pública en la Doctrina:

Evidentemente, el bien jurídico lesionado es la administración pública, como señala el nomen iuris. Sin embargo, entender el concepto de dicho bien, tarea importante en el presente trabajo, supone el análisis de las distintas opiniones, para desembocar luego en una conclusión propia, además del caso específico del delito de Peculado de Uso.

Para el jurista FEIJOO SANCHEZ⁷, en lo referido al concepto de bien jurídico, lo que se pretende tutelar es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, esto es, la eficacia y objetividad con las que se debe servir a los intereses generales, sin que se pretenda con ello exigir la perfección, excelencia o lo impecable, sino el cumplimiento de unos "mínimos" (nivel básico para la pervivencia del sistema político social). Por otro lado, BUSTOS RAMIRES⁸ 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 ALFARO⁹, 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 , el prestigio y dignidad de la función pública, la probidad y honradez de los funcionarios o servidores públicos, y la protección del patrimonio estatal, de los símbolos y distintivos estatales. La corte suprema, refiriéndose al delito de peculado en el acuerdo plenario 4-2005/CJ, también se refiere al bien jurídico protegido por el mismo tipo penal, y cito: **"...tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, , el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico - penal: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales del estado, y b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad."**

De lo planteado, puede desprenderse un concepto bastante claro del bien jurídico Administración Pública, y de su protección penal: "la protección del bien jurídico administración supone controlar el cumplimiento de los estándares mínimos de conducta, tanto en el ejercicio de la función pública, como en el acceso de sus servicios por parte de los administrados, necesario para el desenvolvimiento eficaz de su rol, al margen de los rubros en los cuales se desenvuelva la entidad. Su protección tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de las funciones genéricas de los órganos estatales, en principio. Para tal efecto, protege cada uno de los presupuestos específicos que permiten cumplir tal objetivo, como son

7 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

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

9 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.



la buena gestión de los recursos públicos o la imagen institucional, 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”**.

De este modo, para la incriminación de todo acto, debe tenerse en cuenta la existencia de un elemento en la acción: **“SU LESIVIDAD”**¹⁰. Sobre este particular, refiere Alessandro Spena¹¹: **“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 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.”** Con respecto a este punto, consideramos que la inclusión o exclusión de una conducta a esta excepción debe tener en cuenta si existió afectación al bien jurídico Administración Pública. Esto pues, la excepción típica no tiene como finalidad brindar impunidad a una persona por su calidad de funcionario, para lesionar dicho bien jurídico, pues contravendría directamente el principio constitucional de la igualdad. Muy por el contrario, el fin de esta excepción es limitar al derecho penal en su intervención con respecto a los casos jurídicamente consentidos, no por la investidura del funcionario, sino por la necesidad de la misma administración pública.

XI. ANALISIS DEL CASO PRACTICO

Los hechos materia del análisis práctico es el del alcalde de Chiclayo, Roberto Torres Gonzales, que ha sido objeto de gran controversia en el campo jurídico, y de él han surgido opiniones de renombrados juristas, tanto a favor, como en contra.

Como un breve recuento de los hechos, el alcalde de Chiclayo fue sentenciado por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Lambayeque a 2 años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución bajo el tipo de peculado de uso, y por el hecho de haber ordenado a su chofer que traslade a sus menores hijos desde su casa hasta las instalaciones del Jockey Club de Chiclayo. Luego, la misma sentencia fue declarada nula en un proceso de amparo que terminó en el Tribunal Constitucional, refiriendo que la Sala no motivo eficientemente su sentencia.

Solo para recoger algunas de las opiniones vertidas sobre este caso, citaremos nuevamente a FIDEL ROJAS VARGAS¹², 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...”**, refiriéndose a la sentencia del Tribunal Constitucional

¹⁰ El principio de lesividad se encuentra contenido en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil

¹¹ 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.

¹² 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

que declaraba nula la sentencia que condenaba al alcalde por el delito de peculado de uso, en otras palabras, una posición claramente a favor del alcalde y del tribunal constitucional. Por otro lado, CASTILLO CORDOVA¹³ 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”**.

a. Tipicidad de los Actos Cometidos por el Imputado:

El hecho al que refiere este caso, aunque encaja en lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 388° del código penal, que tipifica el peculado de uso, dejó una controversia interpretativa en relación a su inclusión dentro de la excepción de atipicidad planteada en el tercer párrafo del mismo artículo, referido a los vehículos designados a servicio personal por razón del cargo. Cabe citar nuevamente a CASTILLO CORDOVA¹⁴, 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. Podemos, sin embargo, aplicar el criterio planteado en el presente trabajo para resolver la incertidumbre, el cual 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.

Lesividad de la acción: debió tenerse en cuenta el daño que se le generó 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 CHORRES¹⁵, 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 factivo de las funciones de la administración pública, sino al lesionar cualquiera de los bienes específicos referidos. Esto, pues, como refiere MIRANDA ABURTO¹⁶ 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. Ya en este punto, cabe incluir en el análisis de lesividad de la



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.25

14 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

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

16 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

acción el daño generado a la buena imagen institucional, el carácter de funcionario público elegido por votación popular, lo que lo convierte en una figura especialmente pública, además de ser el primer representante de la municipalidad. 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 FREYRE¹⁷, quien refiere concluyentemente 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”*.

XII. CONCLUSIONES:

1. El artículo 388° del Código Penal deja un margen interpretativo demasiado amplio en lo referido a la excepción típica incluida en el tercer párrafo de su tenor.
2. En este sentido, la interpretación restrictiva del mismo artículo no es suficiente para salvar este problema por sí sola, por lo que es necesario aplicar criterios de interpretación sistemática y teleológica, con relación al artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, y con el fin protector de toda norma penal garantista.

XIII. RECOMENDACIONES:

1.1. Se debe determinar de manera vinculante los alcances de la excepción típica presente en el artículo 388°, tercer párrafo; ya sea esto por medio de una decisión jurisprudencial, bajo la figura del pleno casatorio, o por la vía legal, por medio de la modificación del artículo en cuestión, ya sea con la derogación del tercer párrafo de la norma en cuestión, o con la emisión de una norma interpretativa que ponga fin al problema.



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

5. BIBLIOGRAFIA:

- ROJAS, Fidel. "Delitos contra la Administración Pública". 4º edición. Editorial Grijley. Lima, 2007
- ABANTO, Manuel. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores. Lima, 2001
- PEÑA, Alonso. Derecho Penal, Parte Especial. Tomo V. Editorial Moreno S.A. Lima, 2010
- 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 RAMIREZ, 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 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
- 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, Heshbert. "Uso personal: La atipicidad en el peculado de uso". En: *Gaceta Constitucional*. N° 65, Año VI, mayo de 2013
- 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
- Código penal. Jurista Editores. Edición Junio 2014



IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2015