

Ad Verbum

REVISTA DE LA
CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA
DEL CALLAO

AÑO V - N° 07 - AGOSTO 2009



3 editorial

5 DOCTRINA

7 constitucional

- 9 Gobernabilidad Democrática y Constitución (a propósito del caso peruano)
Domingo García Beltrame

19 civil

- 21 La Condonación
Édipe Ostending Parodi - María Castillo Tzuyre
- 29 Excepciones Cambiarias y Excepciones Procesales
Adrián Simón Pini
- 36 Teoría de la Prueba en el Proceso Civil
Victor Roberto Olmedo Blanes
- 42 Apuntes sobre el "nuevo" recurso de casación civil
Juan Manroy Galvez
- 44 El Proceso contencioso administrativo en materia previsional
Roberto Luis Acevedo Mesa
- 49 penal
- 51 El Principio de Excepcionalidad y de Provisionalidad del mandato de detención
César Hinostroza Durand
- 54 La Constitucionalidad del modelo acusatorio
Gustón Molina Huamán
- 56 ¿Derechos fundamentales o derechos humanos?
Yrma Flor Estrella Caba
- 62 La Trascendencia de la Casación en el Código Procesal Penal
Carlos Zaccarero Mateos
- 64 Concepciones generales sobre la pena
Fidel Gómez Alva

- 67 La Reparación Civil y Delitos de Peligro en la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema
Victor Jimmy Acuña Martínez

- 71 Los Delitos Modernos
Elizabeth Castilla Colón

- 73 La Cámara de Gessel en los delitos contra la libertad sexual
Ramón Vallejo Utría

- 75 La Prisionización
Rodrigo Pastor Arce

- 80 Descripción objetiva de los supuestos de hecho en el delito de lavado de activos
Yuri Lombr Anzueto Cortijo

83 derecho tributario

- 85 El Problema de Aplicar la "Fórmula del Peso" (Ponderación) en los Límites al Poder Tributario:
A propósito del mal entendimiento de la "Solidaridad-Deber de Contribuir" en el Perú
Michael Zatuleta Alvarez

87 temas varios

- 89 "Urge descentralizar el gobierno del Poder Judicial"
Néstor Palomino Cotruca

- 101 Promoción de la Justicia de Paz.
Roland De Las Casas Ayala

- 103 El equívoco entre la labor del administrador de justicia y lo que percibe el litigante
Wilfredo Luis Calderín Rodríguez

- 106 La Motivación de las resoluciones dictadas por el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación de magistrados
Nelson Pirado Ok

El ánimo de publicar la revista institucional Ad Verbum en su séptima edición surge por la inquietud cultural y académica que caracteriza a los hombres de letras, especialmente de aquellos que nos dedicamos a la delicada y muchas veces incomprendida función de impartir justicia en nuestro país. En ese contexto, el componente humano de la Corte Superior de Justicia del Callao encuentra en ella un foro de participación, de opinión y un espacio común en el que pudiesen tener cabida nuestros intereses intelectuales.

Es propósito de esta revista constituirse en un aporte intelectual para enriquecer el quehacer jurídico del sistema de impartición de justicia, en el entendido que organizaciones como la nuestra, requieren de un alto grado de profesionalización y capacitación, a fin de que nuestra institución esté en condiciones de responder pronta y eficazmente a los requerimientos sociales presentes y futuros, aprovechando el momento histórico que nos ha tocado vivir, encaminando nuestros esfuerzos al usuario y su credibilidad en el sistema judicial.

Es compromiso de Ad Verbum mantener una tribuna independiente, transparente, objetiva, abierta a la participación de todas aquellas personas que se sientan identificadas con la defensa de la Constitución, las leyes y el fortalecimiento del Estado de Derecho en busca del tan anhelado equilibrio social que debe imperar en nuestro Distrito Judicial.

César Huostroza Pariachi
Presidente de la
Corte Superior de Justicia del Callao

Director

Dr. César Hinostroza Paríachi

Comité Editorial

Dr. Gastón Molina Huamán

Dra. Yrma Estrella Cuma

Dr. Víctor Roberto Obando Blanco

Dr. Ricardo Pastor Arce

Dr. Víctor Jimmy Arbulú Martínez

Dra. Claudia Barrantes Carrillo

Dr. Néstor Palomino Cotrina

Lic. Daniel Vega Fariás

Diseño y Diagramación

Luis Enrique Barba Paredes

Impresión

Editora Jurídica Grijley

Jr. Azángaro 1075 - Of. 207

info@grijley.com

Carátula:

Matrimonio entre dos ciudadanos romanos (Mural de un sarcófago en el Museo de Capodimonte)



La revista no se identifica necesariamente con los artículos y opiniones que se publican.

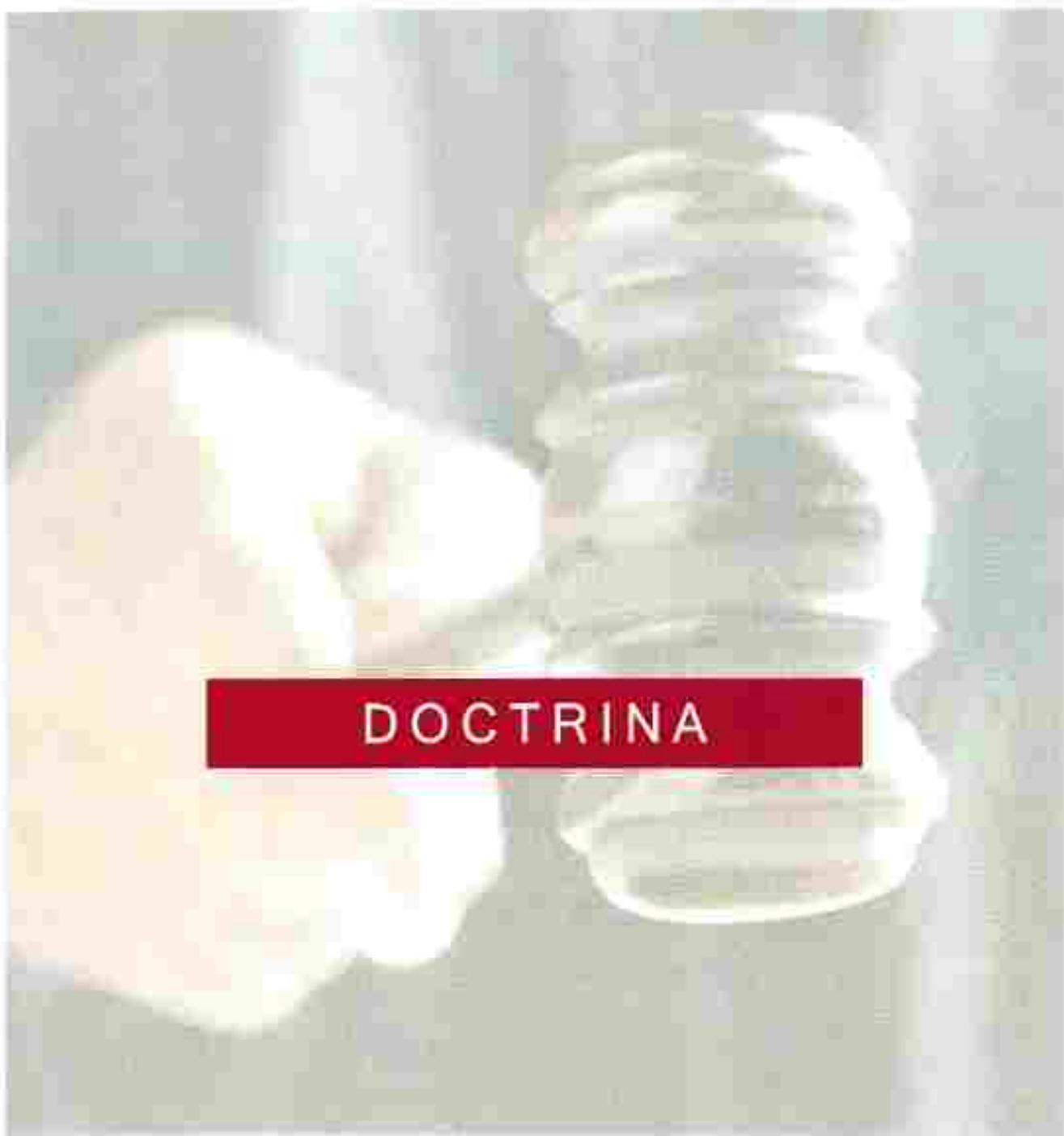
AdVerbum

AÑO V - N° 7 - AGOSTO 2009

Adverbum Es una publicación de la
Corte Superior de Justicia del Callao

Av. Dos de Mayo cdra. 5 a/n - Callao

Central Telefónica: 410-0300
Depósito Legal: 2005-1663



DOCTRINA





A photograph of a man in a dark suit and glasses, seen from the side, looking at a laptop computer. He is standing on a roof with reddish-brown tiles. The scene is dimly lit, possibly at dusk or dawn. A red rectangular box is overlaid on the image, containing the text 'DERECHO CONSTITUCIONAL' in white, uppercase letters.

DERECHO
CONSTITUCIONAL



Gobernabilidad democrática y Constitución (a propósito del caso peruano)



Por
Domingo García Belaunde
Abogado

Sumario: 1. Precisiones previas. 2. El entorno latinoamericano. 3. Gobernabilidad. 4. Centralismo y descentralismo como opciones. 5. El presidencialismo como mal y como superarlo. 6. La globalización y sus efectos. 7. Panem et circenses..... 8. La Constitución y para que sirve. 9. ¿Qué hacer? 10. Algunas notas sobre el Perú. 11. Bibliografía.

1. Precisiones previas

El problema de la gobernabilidad es muy antiguo. Se encuentra en los orígenes de la cultura occidental, en especial, en los filósofos que problematizan los sistemas de gobierno, ensalzan lo que consideran bueno y buscan evitar su degeneración o perversión (así Platón y Aristóteles). Y esta inquietud atravesará el pensamiento político hasta nuestros días. Y sigue siendo objeto de reflexión.

Lo que es nuevo en realidad es el nombre, que responde a una coyuntura especial surgida en el siglo XX, como producto de la crisis que se produce a partir de la primera posguerra, y se agudiza en la década de los cincuenta. Todo esto vinculado con la agudización de los conflictos, la explosión demográfica (la rebelión de las masas detectada por Ortega y Gasset a mediados de los años treinta en su famoso libro) y el problema de la legitimidad, esto es, la capacidad de mandar sin ser cuestionado.

El término surge en relación con su opuesto, la ingobernabilidad. Y es planteado, al parecer, en 1975 por el politólogo Samuel P. Huntington, más preocupado, sin embargo, por la ingobernabilidad que aducía a las sociedades industriales contemporáneas. Lo hizo con otros colegas a fin de presentarlo a la Comisión Trilateral, constituida en Tokio en 1973.

Ahora bien, el término inglés *governability* y su adaptación al castellano como *gobernabilidad*, estuvo durante tiempo proscrito del idioma español en sus versiones oficiales. Pero hoy el Diccionario de la Real Academia Española lo acepta (en su vigésima segunda edición de 2001), pero como sinónimo de *gobernanza*, que se utilizó preferentemente en los primeros tiempos. La batalla, sin embargo, la ha ganado la traducción, o mejor, la adopción directa de la palabra al castellano, y por eso se habla de *gobernabilidad*. Y así desde la década de 1980, en adelante.



“...la gobernabilidad entendida como democrática, sólo se presenta en esa magnitud en el siglo XX, que es en realidad el siglo por excelencia de la expansión democrática.”

Por cierto, cuando se habla de gobernabilidad se entiende capacidad de gobernar un determinado país, esto es, que una comunidad es gobernable o es bien gobernada; capacidad de mando, de conducción política y de disciplina democrática. Y es que siempre ha habido gobierno o sociedades gobernadas; bien gobernadas en el sentido que existía orden, seguridad y manejo del aparato público. Pero esto último se consigue de muy diversas maneras, y no es inusual que existiesen en el pasado sociedades que arrojaban un alto índice de gobernabilidad. Pero eso sucedía porque muchas veces la gobernabilidad se obtenía por otros medios, y sobre la base de otras creencias.

Pero cuando se gobierna en democracia, y por ella se entiende un régimen igualitario, en donde todos tienen iguales derechos, aun cuando en la práctica existan desigualdades, y en donde las autoridades son elegidas por cortos períodos, se deben al voto popular y crean expectativas, el problema de la gobernabilidad, entendida como gobernabilidad democrática, se vuelve problemático.

Es claro, pues, que la gobernabilidad entendida como democrática, sólo se presenta en esa magnitud en el siglo

XX, que es en realidad el siglo por excelencia de la expansión democrática (el siglo XIX fue el que inició la lucha por ella, pero no la alcanzó plenamente).

Y esta gobernabilidad democrática debe entenderse, para los fines de este trabajo, dentro de una variable importante: cual es la que se ejerce o practica dentro del vasto continente o subcontinente conocido como América Latina, que no tiene las ventajas que gozan los Estados Unidos o los países industrializados y ricos (la Unión Europea, Canadá, Australia, Japón, etc.). Aun cuando se encuentra en mejor situación que las antiguas colonias africanas, hoy independizadas, y de algunos países del Oriente.

2. El entorno latinoamericano

Como bien señaló hace algunos años el mismo Huntington, América Latina, esto es, los países al sur del Río Grande, que fueron colonias de las antiguas coronas española y portuguesa, tienen una historia y una evolución también singular. Brasil, como se sabe, fue un imperio hasta 1889, pero independiente y sin relación con la corona de Portugal, lo cual lo libró probablemente de los turbulentos años iniciales que tuvieron sus vecinos. Pero en términos generales, ha tenido unas características comunes, por lo menos desde los inicios del siglo XX.

Descubiertas a fines del siglo XV, ampliamente colonizadas a partir del siglo XVI, a través de un intenso como peculiar proceso de interacción y mezclas culturales, económicas, religiosas, etc., fueron adquiriendo fisonomía en el transcurso de tres siglos, hasta que a inicios del siglo XIX, coincidente o como consecuencia de la invasión de las tropas napoleónicas a la península ibérica, se entumban como independientes: Brasil bajo una monarquía, y el resto de los países, como repúblicas, si bien agitadas y volubles.

Las jóvenes naciones hispanoamericanas van a tener en el siglo XIX diversas vicisitudes: guerras continuas entre ellas, precisión y cambio de fronteras, no siempre bien fijadas por la administración colonial, continuas revueltas de tipo militar y civil, exportación de materias primas y productos no elaborados, dependencia económica de Inglaterra, primero, y luego de los Estados Unidos. Y todo esto atraviesa el siglo XIX y llega hasta mediados del siglo XX.

El gran quiebre, se produce, en cierto sentido, en la década de 1930, cuando aparecen partidos de masas, con políticas nacionalistas y distributivas de largo alcance, que originan movimientos y gobiernos de distinto signo: es la masificación producto de la democratización.

En ese contorno, ayudado por la intensa agitación democrática, surge la revolución de las expectativas, que se condensa, por así decirlo, con la revolución cubana de 1959 (experimento, sin embargo, que a la larga dejó de ser modelo por su dependencia del exterior y sus prácticas antidemocráticas).

La caída del muro de Berlín (1989) y el posterior colapso de la otrora poderosa Unión Soviética (1991) así como el colapso de las llamadas democracias populares de la Europa del Este, se encargaron de lo demás.

Una honda de libre mercado, de apertura de fronteras, se abrió por doquier, dando origen a diversidad de inquietudes. Esto ha hecho surgir varios planteos, que veremos luego.

3. Gobernabilidad...

Aun cuando he adelantado algo sobre lo que es la gobernabilidad, cabe agregar algunas palabras sobre ella. Y es que, una definición fácil, y en cierto sentido tautológica, sería decir que consiste en encontrar los factores que permitan que una sociedad determinada sea gobernable, esto es, que tenga orden, previsión en sus postulados, metas u objetivos, y un buen basamento institucional. Esto no es todo, pero en términos generales, nos permite saber que entendemos por gobernabilidad, más aun cuando su opuesto, o sea, la ingobernabilidad, es fácilmente entendible.

Por cierto, hay muchas definiciones de lo que es la gobernabilidad, pero aquí mencionamos esa, pues es relativamente sencilla, no es tan extensa y además es de fácil intelección.

Pero luego de la definición o precisamente por ella, tenemos que ver dos aspectos estrechamente vinculados con la gobernabilidad y que la hacen posible: i) legitimidad y ii) eficacia. Analicémoslos.

La legitimidad se ha entendido de muchas maneras. Aun más, se sabe que a la larga es un factor que tiene raíces políticas y sociales, y que ha variado con los tiempos. La famosa clasificación tripartita de Weber, sin agotar sus variantes, es bastante expresiva.

Así, en otra época, quien mandaba por derecho divino, sustento del régimen monárquico, de monarquía absoluta,

partía del hecho de que Dios había concedido, otorgado o permitido el trono a una persona o familia. Y esto, generalmente aceptado por la población, permitía que pudiese ejercerse la autoridad sin problema alguno.

La legitimidad, entendida como problema sociológico, tiene aquí, en el principio monárquico, una de las de mayor duración a lo largo de la historia, pues ha estado en vigor durante siglos y a veces se pensó que sin ella los pueblos no podían vivir (recuérdese las luchas por la sucesión en países monárquicos, en donde lo que se buscaba era la sangre azul, o la cercanía a ella para acceder al trono).

Pero la legitimidad empieza a cuestionarse desde el siglo XVIII, y más en concreto, desde el siglo XIX, en donde asoma la llamada legitimidad democrática, que hace nacer del voto, la legitimidad que otras veces se encontraba en la cuna. Es cierto que hay varias experiencias históricas de los últimos cien años que la han negado (el nazismo y sus variantes). Pero ello no ha desautorizado el principio, que ha vuelto con gran fuerza luego de la Segunda Guerra Mundial, sobre todo, tras la caída del muro de Berlín (el marxismo pretendió instaurar un nuevo tipo de legitimidad, con razones muy elaboradas por lo abstracto, como poco convincentes en la práctica, pero a la larga, los mismos hechos la dieron de baja).

Pero luego de estos sucesos, la legitimidad que se acepta es la democrática, entendiéndose por tal, la democracia representativa, basada en elecciones libres y competitivas.

El segundo aspecto señalado es el de la eficacia. Es decir, tener consecuencias positivas y deseadas. Y esto pudo darse en otras épocas sin mayores consecuencias, cuando las expectativas de las poblaciones eran más simples, y en cierto sentido, menos exigentes.

O sea, cuando lo que se buscaba era la no intromisión del Estado en ciertas áreas, la protección de la vida y la propiedad, la presencia del orden en las sociedades, la defensa frente al exterior y hacer ciertas cosas básicas que la población requería. Pero cuando se piden más cosas, como por ejemplo, educación básica, asistencia en salud para la población, pleno empleo, seguro social para los desocupados y otras demandas similares, que precisamente condujeron a lo que ha sido llamado el Estado de Bienestar (Welfare State), la cosa puede complicarse.

O dicho de otra manera: la satisfacción no solamente de los derechos llamados de primera generación, sino también los de segunda, o derechos económicos, sociales y culturales, que son derechos prestacionales. Y aquí surgen las dificultades, pues para el otorgamiento de estos derechos, que en realidad son beneficios que se otorgan a

"La gobernabilidad ...consiste en encontrar los factores que permitan que una sociedad determinada sea gobernable, esto es, que tenga orden, previsión en sus postulados, metas u objetivos, y un buen basamento institucional."

una determinada población, debe contarse con la existencia de un Estado que sea rico o por lo menos bien dotado, para proporcionar tales beneficios. Y si existe un Estado que tiene riqueza para otorgarlos, es porque existe una sociedad rica, ya que es sabido que la riqueza del Estado proviene, aparte de su patrimonio inmobiliario y de algunas empresas estatales, de los impuestos que pagan los contribuyentes. Si la población es pobre, no pagará impuestos y el Estado será pobre. Si la sociedad es rica, los ciudadanos serán contribuyentes que contribuirán a la riqueza del Estado, que podrá otorgar tales beneficios.

El problema se presenta cuando siendo rico el Estado, o teniendo una buena disponibilidad de dinero, ofrece tanto, que al final el propio Estado se queda sin recursos, como ha sucedido con algunas experiencias latinoamericanas, a través del fenómeno conocido como populismo (visible, por ejemplo, con el peronismo).

Con lo cual, lo que se inició bien, puede acabar mal.

Y así pasamos al problema inicial: si la eficacia no sólo es tener orden, sino además beneficios a los menos favorecidos, sobre todo en el orden de bienes materiales, se puede llegar al final con un Estado pauperizado, que llegó sin querer al punto de partida.

De ahí que desde 1989 se haya iniciado un proceso de intensa liberalización en la economía, que ha empujado a la llamada Reforma del Estado, que comenzó a aplicarse en nuestros países, con la privatización del sector público como remedio al crecimiento desmesurado del Estado.

Naturalmente esto no ha traído los beneficios que se esperaban, pero los hechos están ahí.

Puede pues, decirse que en cuanto a la legitimidad, hoy en día se da por aceptada la legitimidad democrática nacida del voto.

El problema, sin embargo, no es éste, sino el segundo aspecto, esto es, la eficacia. Actualmente ésta se entiende de manera diferente a como se entendía hace cien años. Por eficacia la población quiere, en primer lugar, empleo, luego tener acceso a la salud y a la educación, y, posteriormente, derecho a un futuro mejor y normalmente, mayores niveles

de vida. Que esto lo dé el Estado, lo logren los particulares, o lo consigan ambos, es algo que no interesa. Pero la eficacia que se busca es, conquistados los derechos clásicos de la primera generación, alcanzar un bienestar mínimo, sobre todo, que alcance para todos. Y esto es lo que en América Latina no existe aún, pues se advierten:

- a) amplios márgenes de pobreza,
- b) desocupación,
- c) analfabetismo en determinados países,
- d) salud precaria,
- e) desocupación,
- f) alto desempleo.

Ahora bien ¿cómo se logra esta eficacia? O mejor dicho ¿cómo se superan estas carencias?

Hubieron varios tipos de respuestas, pero sin lugar a dudas, al final, todas reconducen al área política. En la política y en sus agentes, dentro y fuera del poder, corresponde dar las soluciones. Dicho en otras palabras: la eficacia se busca desde el poder. Veamos algunas de ellas.

4. Centralismo y descentralismo como opciones

Cuando las jóvenes repúblicas hispanoamericanas empezaron su andadura política, se discutió largamente sobre la forma de Estado que deberían adoptar. Una de ellas, fue la monárquica, que tuvo sus adeptos y sus intentos en la primera mitad del siglo XIX, pero a la larga desapareció. Monárquicos, a su manera, fueron Miranda y Belgrano, y en los hechos, San Martín. México tuvo un emperador, Agustín de Iturbide (1821) y el Brasil una monarquía hasta 1889. Pero no pasó de ahí. A la larga, la república se impuso y hoy está generalizada.

Pero el otro gran debate fue el relativo a la distribución territorial del poder. Y aquí lo que hubo fue la gran tentación federal, que vino por imitación de los Estados Unidos, si bien ello fue consecuencia de una determinada experiencia histórica, y de circunstancias políticas que no existieron en los países hispanoamericanos.

No obstante, la idea federal tuvo vasta audiencia, y todavía hoy los países más extensos y poblados, son federales: México (integrado por entidades federativas)

Brasil y Venezuela (con estados) y Argentina (con provincias).

En los demás países que apostaron por el estado unitario, se llegó a una gran concentración que dio origen al centralismo, de corte francés, que avanzado el siglo XX ha ido revirtiéndose en forma paulatina. Así, se han introducido, según los países, diversas modalidades de descentralismo, todas ellas de desigual calibre, pero en plan de perfeccionamiento. Algunas interesantes pero limitadas, como en Chile, otras más audaces, como es el caso de Colombia, y otras en sus inicios (como es el caso del Perú). En países pequeños, como los centroamericanos, el problema no alcanza el nivel que se presenta en países más grandes.

Ahora bien, después de mucho tiempo, se ha visto que el centralismo, en realidad, no es conducente y no ayuda a la gobernabilidad, y en eso existe clara conciencia. Y por eso los esfuerzos de los últimos años van en ese sentido. Sin embargo, a contracorriente de este esfuerzo, se da en la experiencia la práctica de federaciones centralizantes, lo que es paradójico, y de lo cual es vivo ejemplo la Argentina, Venezuela y en cierto sentido, México.

Esto es sólo un punto de vista, que ayuda a la gobernabilidad, pero que no es determinante.

5. El presidencialismo como mal y cómo superarlo

En los últimos tiempos ha acriecido una crítica al presidencialismo tal como se da en la América Latina, atribuyéndole prácticamente todos los males políticos que soportan nuestras naciones, y como contrapartida proponen cambios sustanciales en los sistemas de gobierno, proponiendo como bálsamo para todos estos males la adopción del parlamentarismo. Y en algunos casos más matizado, el modelo semipresidencial de origen francés (1958), aun cuando con algunos antecedentes. En otras palabras, se pide remplazar lo que se tiene y que no funciona bien, por lo que no se tiene y, según se dice, funciona bien (así Linz y sus seguidores).

El planteo así descrito en forma por demás sumaria, parte, en mi opinión, de un enfoque defectuoso. Cual es considerar que algunas formas de gobierno son mejores que otras. Que eso lo afirmasen los clásicos, cuando la teoría política era más prescriptiva que descriptiva y más filosófica que empírica, era perfectamente explicable, y así hasta el siglo XIX. Pero que hoy, a fines del siglo XX y principios

del XXI, se siga con esa postura, es algo que no se compadece con el actual estado de la cuestión.

Y es que en realidad no existen modelos buenos o malos, sino modelos que funcionan bien y modelos que funcionan mal. Y dicho funcionamiento no es producto del modelo per se, sino del entorno al cual se aplica. Los modelos son productos históricos y son difíciles de exportar, aun cuando se den situaciones políticas y sociales parecidas. Muchos son los que pueden alabar el sistema parlamentario en Alemania o la monarquía inglesa o el régimen convencional suizo. Pero eso no quiere decir que sean mejores que los otros, sino que en esos países, por especiales razones históricas y políticas, funcionan bien, sin que eso sea garantía de que trasladados a otros ambientes, funcionen igual que en sus lugares de origen.

Ante todo hay que tener presente que el presidencialismo en América Latina, se adoptó desde muy pronto por una serie de razones, pero básicamente dos: la primera es que era prácticamente lo único aceptable que existía en el panorama para las nuevas naciones. Si revisamos el mapa político de entonces, pasado el periodo de la llamada "Europa napoleónica", lo único que existía desde la península ibérica hasta el Imperio Otomano, era monarquías, más o menos despóticas, imperios féreos y ninguna democracia efectiva (Suiza recién iniciaba su andadura, y las repúblicas italianas del renacimiento y de fines del siglo XVII, eran sólo un recuerdo). Y lo único exitoso eran los Estados Unidos, creador precisamente de ese modelo. Y porque además, en países con inmensos territorios, sin tradición política,



sin partidos y sin instituciones sólidas, ese modelo era lo único que se ofrecía a la mano con posibilidades de éxito. El parlamentarismo nació dentro de la monarquía inglesa, pero en aquel momento no se encontraba del todo asentado y, además, no calzaba, aparentemente, con la república que todos tenían en mente (el caso del Brasil es distinto, por la existencia del Imperio, que duró hasta 1889).

Y eso fue lo que se experimentó durante todo el siglo XIX, en medio de sobresaltos. En el siglo XX, sobre todo a partir de 1940, la situación fue mejorando paulatinamente, aun sin alcanzar grandes niveles, pero lo más probable es que mejore con una mejor democratización y sin cambiar el sistema.

En todo caso, cambiar del presidencialismo al parlamentarismo, de la noche a la mañana, sin opinión pública consistente, sin partidos políticos maduros, es una aventura cuyo resultado es impredecible. Si a eso se llega, será paulatinamente, y como fruto de una evolución lenta, pero no de golpe, como algunos pretenden. De hecho, algunas experiencias parlamentarias o semiparlamentarias que hemos tonido (Chile, Brasil, Perú, etc.) no han dado resultados. Y es probable que no la den de inmediato.

De hecho, el cambio de una forma de gobierno a otra, puede no significar nada, y aun más, erosionar la legitimidad del sistema. No se puede cambiar, alegrement, una realidad por una utopía, olvidándose de los serios problemas que el parlamentarismo ha tenido en algunos países que se encontraban en mejor situación que los nuestros.

Algo parecido puede hallarse en el llamado por Duvorger 'modelo semipresidencial, que en realidad debería denominarse como 'semiparlamentario', y que ha funcionado bien en Francia, pero con pocos seguidores que se dan en situaciones similares.

La solución no es, pues, cambiar de un sistema político a otro, sino mejorar lo existente. Y propiciar un desarrollo del sistema que paulatinamente conduzca a mejores logros. Pero sin olvidarse que más importante que el cambio de las instituciones, es formar las condiciones para que ellas funcionen, con independencia del sistema que se adopte.

6. La globalización y sus efectos

Desde la década del ochenta, y más en concreto, a raíz de la caída del Muro de Berlín en 1989 y todo lo que ello significa, ha avanzado el fenómeno llamado de "globalización". El nombre en cierto sentido es nuevo,

pero el hecho ha existido desde siempre, si bien con características y limitaciones propias de cada tiempo y lugar.

Lo que se quiere decir con este concepto, que se ha vuelto de uso recurrente, es que el mundo se ha hecho más pequeño, que se han borrado las barreras de todo orden, y que estamos más intercomunicados que antes, pero también que ha habido una intensa movilización no sólo de hombres, sino de servicios y capitales. Aun la poderosa China, comunista en lo político, no ha vacilado, hace ya varios años, en abrir sus puertas al capital extranjero, en especial norteamericano, que se ha instalado con sus fábricas y que con pagos míseros, producen gran cantidad de bienes que luego son vendidos en el resto del mundo.

Esta globalización ha traído el libre tráfico de todo orden, que sin lugar a dudas ha sido beneficioso para la humanidad. Y esto se advierte, sobre todo, en el ámbito político y cultural (como lo demuestra la extensión de los medios y de la misma información a través del mundo de la red).

Pero lo que ha causado un malestar en este fenómeno de globalización, que por así decirlo es imparable, es el aspecto económico. Esto es, en la globalización se han reproducido las mismas taras que existían antes en el mundo capitalista, en la cual unos cuantos países desarrollados ponían las reglas y otros las obedecían sin ventaja alguna. Aun en ejemplos sencillos se puede advertir el hecho. Estados Unidos, por ejemplo, pide apertura de mercados a los países de América Latina, para que los bienes importados puedan entrar libremente a bajos aranceles, y aun más, que no protejan a sus productos nacionales. Sin embargo, esto que se exige a la América Latina, es incumplido por el mismo Estados Unidos, que subsidia a determinados productos y a otros los protege con altas barreras arancelarias. Es decir, predica para el exterior, lo que no practica al interior de sus fronteras.

Y frente a esto, lamentablemente, los países menos desarrollados no han sabido o no han podido defenderse. Y este es el talón de Aquiles de la globalización, en el cual ya hay voces de alerta.

Lo que se tiene que hacer frente a la globalización, que es indetenible, es ver cómo manejarla, de manera tal que en el aspecto económico-financiero, no termine por producir en los países de la periferia efectos no deseados y malestar creciente. Y esto es una decisión política que afecta a la gobernabilidad.

7. Panes et circenses.....

Uno de los aspectos de la eficacia que hoy se solicita a las democracias es, básicamente, el pleno empleo y muchas veces un seguro que sirva básicamente para la alimentación y la salud. Así se ha visto en el pasado y se ven todavía, gobiernos populistas que destinan una parte importante del presupuesto a sostener comedores populares en donde por sumas simbólicas, y decididamente financiadas por el Estado, se proporcionan las tres comidas del día, dejando así la impresión de que el Estado se preocupa por los más bajos estratos de la población. Estos regímenes asistencialistas (como son los ejemplos recientes de Fujimori en el Perú y de Chávez en Venezuela) a la larga tienden a destruir las instituciones, y parecerían dar legitimidad a los regímenes que se preocupan, como en la antigua Roma, de dar comida y entretenimiento a las grandes masas. Factor que es preocupante y que en nada ayuda al mejor desempeño de un régimen democrático en la región, porque el pan y el circo no son eternos, y a la larga fatigan incluso a quienes se benefician con ellos.

8. La Constitución y para qué sirve

De acuerdo con un cuadro diseñado por Albert Blaustein en 1980, para acompañar a su inmensa colección de Constituciones del mundo, existían a ese momento 155 países con Constitución (más o sin ella, como el Reino Unido, Israel, etc.). De las 155, 33 eran anteriores a 1960 y el resto, o sea, 122, habían sido promulgadas a partir de 1960 y son las que estaban en escena en aquella época. Y este inmenso número estaba relacionado sobre todo con los países fuera del mundo desarrollado, es decir, países africanos, asiáticos y latinoamericanos (al bien éstos últimos, en menor escala). Lo que significa que la Constitución, entendida como pacto social, como norma del más alto nivel y destinada a durar en el tiempo, había perdido su sentido, pasando a ser una norma más destinada a satisfacer demandas de coyuntura. Y este dato de 1980, no ha hecho más que agravarse desde entonces.

Y si en el siglo XIX latinoamericano, las constituciones eran útiles para justificar cualquier golpe de timón en los respectivos gobiernos (como lo fueron, también, en el periodo post revolucionario francés del siglo XVIII) hoy en día se piensa que cada crisis debe arreglarse con la dación de una nueva Constitución, de la cual se esperan efectos taumatúrgicos:

Lamentablemente, la realidad no se compadece con estas aspiraciones, pues es lo mismo que poner la carreta delante de los bueyes. Las Constituciones, a la larga, pueden no servir para nada, ya que ellas en sí mismas, no dan nada ni otorgan ni mejoran nada. Las constituciones se parecen a un juego de ajedrez: tienen un objetivo, así como determinadas reglas. Y si queremos alcanzar los objetivos, hay que seguir las reglas. Y esto es un acto de voluntad política, que es la base del cumplimiento de toda Constitución. Y precisamente, por ser la base de todo el ordenamiento, no tiene manera de hacerse cumplir, ni menos de sancionar a quienes la violan, ignoran o incumplen. Ello depende de la voluntad política de la clase dirigente, frente a lo cual nada se puede hacer. Veamos un caso concreto. La Constitución peruana de 1979, inspirándose en los ejemplos de otras constituciones (en especial la mexicana de 1917 y la venezolana de 1961) estableció lo siguiente en su artículo 307:

Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere 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.

San juzgados, según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables de los hechos señalados en la primera parte del párrafo anterior. Así mismo, los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen sucesivamente si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución.

El Congreso pueda decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los prejuicios que se le hayan causado.

Pero tan enérgico enunciado normativo no funcionó, pues la clase política peruana lo ignoró y prefirió mantener, con ligeras enmiendas, la Constitución de 1960, fruto del gobierno autoritario de Fujimori.

El golpe de Estado que el 5 de abril de 1992 perpetró Fujimori en el Perú, no ha recibido hasta ahora una sanción efectiva. En 1993, se convocó un Congreso Constituyente que aprobó y sancionó una nueva Constitución, la de 1993, que sigue vigente hasta ahora.

Fujimori mediante una curiosa implosión, dejó el cargo en noviembre de 2000, cuando intentaba cumplir un tercer período presidencial consecutivo, y fue reemplazado, provisionalmente, por Valentín Paniagua en la presidencia de la República. A él siguió, en julio de 2001, el presidente Alejandro Toledo, que amplió su mandato en julio de 2006. Ahora bien, ¿qué se ha hecho para cumplir el artículo 307^o de la Constitución de 1979 que parecía la más pétrea de todas las cláusulas...? Absolutamente nada. La clase política que sucedió a Fujimori, se limitó a borrar la firma de éste en la promulgación de dicha Constitución e intentó una reforma total de la Constitución de 1993, pero desde ella misma, con lo que la ha ido legitimando en el camino. Y frente a esto nadie, ni siquiera los que en su momento fueron partidos de oposición, han hecho nada al respecto, lo cual demuestra que no hay voluntad política para cambiar nada. El ejemplo es elocuente y habla por sí solo.

De lo expuesto se desprende que, en realidad, las Constituciones sirven de poco si no existe detrás de ellas una férrea voluntad política para hacerlas efectivas. Son, como decía Alberti hace más de un siglo, cartas de navegación, útiles en la medida que las aceptemos y que tengamos la intención de seguir las para llegar al rumbo que ellas señalan. Pero que no sirven si no existe esa voluntad que es expresada por la clase política o por un movimiento fuerte de opinión pública. La Constitución es, por tanto, un instrumento necesario, pero no suficiente.

A ello se debe agregar que la importancia de una Constitución es que ella asuma un contenido democrático, que consagre valores democráticos y que no sea un documento de mera fachada, como sucede muchas veces (como han sido varias Constituciones en el pasado y en parte lo son todavía algunas, como la Constitución bolivariana de 1999, la cubana de 1976, etc.).

9. ¿Qué hacer?

La clave de la gobernabilidad es que sea democrática y que precisamente permita eso, o sea, conducir una sociedad, de acuerdo a valores democráticos.

Pero para ello hace falta no sólo una voluntad política, o si se quiere, una clase política decidida a ello, sino un entorno socio económico que la haga posible. Y esto en vista de las demandas, muchas veces excesivas, que hacen los pueblos, y que terminan sobrecargando el sistema, que al final no se da abasto. Esto se soluciona en mucho con un sistema económico

“A ello se debe agregar que la importancia de una Constitución es que ella asuma un contenido democrático, que consagre valores democráticos y que no sea un documento de mera fachada, como sucede muchas veces (como han sido varias constituciones en el pasado y en parte lo son todavía algunas, como la Constitución bolivariana de 1999, la cubana de 1976, etc.)”

sostenido que procure niveles aceptables de vida, que la población vea como adecuados, y sobre todo que también se acepten los esfuerzos que se realizan en esa dirección.

Pero esto no lo resuelve el aparato jurídico, por más moderno y perfeccionado que sea.

10. Algunas notas sobre el Perú

Al igual que los demás países de la región, el Perú atraviesa en los actuales momentos por un problema de gobernabilidad. Y de esto es en parte responsable el actual Gobierno, que no ha comprendido que hay que hacer cosas que es necesario hacer, que hay que evitar el populismo y sobre todo, afrontar seriamente el problema de la reforma del Estado. Es cierto que existe un manejo adecuado de la economía a nivel macroeconómico, pero ello no llega todavía a los más bajos niveles de la población, ni tampoco se traduce en una política moderna sobre inversiones, a reducir el aparato estatal y fijar metas a futuro. Pero lo curioso del caso es que, precisamente, por esto, el propio Gobierno mediante Decreto Supremo N° 002-2004-PCM de 9 de enero de 2004, declaró el año 2004, como año del Estado de Derecho y de la gobernabilidad democrática.

La gobernabilidad empieza por el Estado y por sus titulares, como es obvio. Pero no acaba ahí. No obstante, señalemos algunos puntos que es necesario tomar en cuenta y que son parte de la realidad:

a) Aparato estatal sobredimensionado: lo que se comprueba con el excesivo número de servidores públicos (entiéndase aparato burocrático) así como un número grande de instituciones públicas (incluyendo ahí empresas públicas, si bien esto último ha sido radicalmente disminuido en la última década, en un proceso no concluido). Y esto es de lo más notorio que existe en la región.

b) Deterioro en la calidad del gasto público: gran parte de los ingresos están destinados a solventar gastos corrientes, o sea, pagos de servicios, en forma desproporcionada.

c) Como consecuencia de lo anterior, se advierte una baja inversión pública, incluso a nivel de infraestructura (puentes, caminos, escuelas, etc.).

d) Política tributaria errática: que se advierte en dos dimensiones; por un lado, no existe una política tributaria que signifique fines y objetivos de recaudación y actividades imponibles que a su vez puedan significar ingresos reales no discriminatorios. Por otro, la administración tributaria tiene una actitud intimidatoria con los contribuyentes, a los cuales en lugar de cobrar, acobarda con pretensiones innecesarias. Esto significa que cada vez que se necesita cubrir algún gasto, se recurre al expediente fácil de crear algún tributo, o simplemente incrementar la tasa de uno que ya existe.

e) Mala política de distribución del gasto: al no haber una política para el gasto público, éste se ordena según necesidades básicas, sin fijarse métodos ni contenidos. Una buena parte del gasto va para cubrir la deuda externa (la deuda interna casi no se cubre y no hay interés en ello) otra para cubrir sueldos y salarios, y el resto para las urgencias que más presión hacen sobre el aparato del Estado. Al final, el gasto es desordenado, se gasta en donde no se debe y en donde se necesita el dinero del Estado, dicho dinero no llega.

f) Mal control del gasto público: no obstante las denuncias de corrupción, no se ha implementado un control sensato del gasto público. La Contraloría General, cuya misión constitucional es precisamente esa, se dedica a la publicidad de sus modestos logros y en perseguir problemas minúsculos, o en hacer investigaciones innecesarias. En la práctica, se ha convertido en un ente inútil.

g) Aparato judicial deficiente: advertido desde hace más de veinte años, poco es lo que se ha hecho de verdad por replantear y tomar en serio la problemática judicial, que atravesó una severa corrupción durante la década pasada. A fines de 2003, se dio una iniciativa que partió de la propia magistratura, encontró eco en los demás poderes públicos, y se creó la CERAJUS, comisión encargada de estudiar la

realidad judicial y proponer alternativas. La Comisión entregó sus estudios hace algunos meses, y ello, como es lógico suponer, implica destinar al proyecto una fuerte dosis de inversión pública. Pero ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo parecen interesarse en el tema. De hecho, el proyecto de presupuesto para el año 2005, no contiene ninguna partida especial para implementar las reformas, con lo cual queda claro que todo no pasó de las buenas intenciones. Y que por el momento nada se hará para mejorar el aparato judicial.

h) Crecimiento del sector informal: al lado de la economía formal, que es la que en realidad interesa, existe un fuerte sector de economía informal, paralela o sumergida, que se da en todas partes. Este sector es fruto de determinadas circunstancias históricas, y lo ideal es que tienda a desaparecer o a reducirse sustancialmente, pues los países no avanzan mucho con este tipo de economías (si bien los ayudan a resistir). Pues bien, no obstante algunos esfuerzos realizados, la economía informal ha crecido velozmente en los últimos años, y es una de las más grandes de América Latina. Este crecimiento tiene muchas explicaciones, pero una de las más importantes es el papel del Estado, que ha hecho muy poco por formalizar la economía y tampoco ha dado grandes facilidades para ello. Por el contrario, no obstante que se ha desmontado gran parte de las empresas públicas luego de la privatización de los años noventa, el Estado se ha desentendido de este sector, y se ha dedicado tan solo al sector formal, tanto en lo que se refiere a estímulos, como a controles. Así, por ejemplo, el Estado a través de su administración tributaria vigila muy cercanamente a las empresas legalmente constituidas, pero no hace el menor esfuerzo por supervisar o acotar tributos a las informales, que se ven así incrementadas, muchas veces por la corrupción imperante (caso especial de la proliferación, sin control, de casinos y máquinas tragamonedas). Y muchas otras por el excesivo costo que significa mantenerse en la formalidad.

Naturalmente, estas no son todas las causas o los hechos, pero creo que son los principales. Gran parte de ellas las he tomado de la conferencia inédita del congresista Rafael Valencia-Dongo Cárdenas, impartida en la Universidad Católica Santa María de Arequipa (12 de mayo de 2004) que fue acompañada de cuadros que, con autorización del autor, reproduzco en parte en el anexo.

11. Bibliografía

Aun cuando reciente, el tema cuenta con numerosa bibliografía, enfocada desde distintos ángulos. Un primer panorama puede verse en la voz "Gobernabilidad" a cargo de Gianfranco Pasquino en el "Diccionario de Política" coordinado por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y

G. Pasquino, Siglo XXI editores, tomo I, México, varias ediciones; y la voz Gobernabilidad en la "Enciclopedia de Política" de Rodrigo Borja, Fondo de Cultura Económica, México, varias ediciones.

Panoramas generales, cf. Manuel Alcántara Sáez, *Gobernabilidad, crisis y cambio*, CEC, Madrid 1994; Xavier Arbós y Salvador Giner, *La gobernabilidad, Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial*, Siglo XXI editores, México 1996; Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés Editores, Barcelona 1984; Ramón Cotarelo, *Del Estado de bienestar al Estado del malestar*, CEC, Madrid 1990; Samuel P. Huntington, *La tercera ola*, Edic. Paidós, Buenos Aires, varias ediciones; Id. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Edic. Paidós, Buenos Aires, varias ediciones; Juan Linz, *La quiebra de las democracias*, Alianza Universidad, Madrid 1987; Giovanni Sartori, *¿Qué es la democracia?*, Altamir ediciones, Bogotá 1994; Ralf Dahrendorf, *La cuadratura del círculo, Bienestar económico, cohesión social y libertad política*, Fondo de Cultura Económica, México 1996; René Antonio Mayorga, coordinador, *Democracia y gobernabilidad en América Latina*, Editorial Nueva Sociedad, La Paz 1992; Diego Achard y Manuel Flores, *Gobernabilidad: un reportaje de América Latina*, PNUD y Fondo de Cultura Económica, México 1997 (contiene entrevistas a diversos personajes, en especial presidentes, técnicos e intelectuales); *Bases para la gobernabilidad, Encuentro de Presidentes, Santiago de Chile, 2001*; Constantino Urcuyo, *Reforma política y gobernabilidad*, Editorial Juricentro, San José 2003; Fernando Henrique Cardoso, *Reforma del Estado y gobernabilidad democrática*, en "Brújula", Publicación de la Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 6, 2004.

Sobre problemas en nuestra América, un panorama histórico, cf. Carlos Pereyra, *Breve historia de América*, Ed. Aguilar, Madrid 1941. Entre los más recientes, cf. Fernando López-Alves, *Sociedades sin destino ¿América Latina tiene lo que se merece?*, Edic. Taurus, Buenos Aires 2002 y Carlos Alberto Montaner, *Las raíces torcidas de América Latina*, Plaza y Janés Editores, Barcelona 2001.

Un panorama institucional, Giuseppe de Vergottini *Las transiciones constitucionales*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá 2002; Bernardino Bravo Lira, *El Estado Constitucional en Hispanoamérica*, Escuela Libre de Derecho, México 1992 y Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001.

Análisis sobre la región, cf. Comisión Andina de Juristas, *Crisis de la democracia en los Andes*, Lima 2001 y *La democracia en América Latina*, PNUD, Buenos Aires 2004. Un análisis de envergadura, cf. Pedro Planas

Parlamento y gobernabilidad democrática en América Latina, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 3 tomos, Lima 2001.

Sobre el Perú, aparte de los cuadros que se anexan preparados por Rafael Valencia-Dongo, cf. Enrique Vásquez Huamán, *Estrategias del poder, Grupos económicos en el Perú*, Universidad del Pacífico, Lima 2002; Martín Tanaka, *Los espejismos de la democracia*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima 1988; Valentín Paniagua Corazao, *Constitución, democracia y autocracia*, UNAM, México 2004 y Peter F. Klaren, *Nación y sociedad en la Historia del Perú*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima 2004.

El fenómeno más reciente que afecta a la gobernabilidad, pues en cierto sentido ha eliminado o mediado el Estado-nación, es la globalización, sobre lo cual se ha escrito mucho, tanto a favor, como en contra. Entre otros, señalamos los siguientes: Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización?*, Edic. Paidós, Buenos Aires 1998; Joseph E. Stiglitz, *El malestar en la globalización*, Ed. Suma de Letras, Madrid 2003; Marcos Kaplan, *Estado y globalización*, UNAM, México 2002; Anthony Giddens, *Un mundo despojado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Edic. Taurus, México 2003 (breve, pero contundente análisis); Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, compiladores, *Estado Constitucional y globalización*, Edic. Pompa-UNAM, México 2003 (una valiosa compilación con textos de diferentes autores).



A photograph showing a person's hands holding a large stack of books. The books are of various colors and sizes, piled high. The background is a warm, golden-brown color. A red banner is overlaid on the image, containing the text "DERECHO CIVIL" in white, uppercase letters.

DERECHO CIVIL



La condonación



Por
Felipe Osterling Parodi*
Mario Castillo Freyre**

1. Consideraciones generales. 2. Extinción de obligación por condonación.
3. Condonación de uno de los garantes. Efectos. 4. Condonación de Deuda.
5. Condonación de la prenda. Presunciones.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La condonación constituye otra de las formas de extinción de las obligaciones previstas por el Código Civil.

En el ámbito del Derecho civil, condonar es perdonar una deuda o, en expresiones distintas, renunciar a un crédito, con la anuencia del deudor. Así, cuando el acreedor perdona una deuda, y el deudor conviene en ello, se extingue la obligación a cargo de este último.

Son múltiples las definiciones de la doctrina sobre el tema. Con sus variantes, todas ellas siguen la misma línea en cuanto al fondo.

La doctrina mayoritaria se centra en el animus donandi del acreedor y en el subsecuente acto de

renuncia a su crédito. Pero ¿qué sucede si el deudor no desea ser condonado, es decir, qué pasa con el derecho de toda persona a pagar su deuda, a cumplir con su obligación? Dicho de otro modo, ¿dónde se encuentra el principio de no afectación a terceros con nuestros actos?

La gratuidad implica una liberalidad por parte del acreedor, quien se encuentra realizando un acto parecido a la donación, pero no respecto de un bien, sino con relación a un crédito, en favor de la misma persona que está obligada a satisfacerlo. Asimismo, el sujeto a ser beneficiado con tal renuncia (y, gr. el deudor) debe prestar su asentimiento, pues el pagar las propias deudas constituye un derecho.

No entraremos a detallar las múltiples razones (muchas no relevantes para el Derecho) que pueda tener una persona para mantener su débito, o sus

* Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que llevó a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República, Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

** Magister y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

motivos por los cuales prefiera honrar su deuda, pero lo cierto es que tiene la potestad soberana y absoluta de optar por pagar su deuda o aceptar, en el caso de un ofrecimiento de condonación por su acreedor, no pagarla. Los favores, así como los regalos y, en general, los actos de beneficencia, no se imponen a quien no desea recibirlos; lo contrario sería avasallar a la persona en su dignidad personal. Por ello, la norma del Código Civil establece que la condonación de la deuda es un acto bilateral «la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor [...]», ya que requiere de convenio entre ambas partes; de lo contrario, no tendrá validez ni surtirá efecto, es decir, no extinguirá la obligación:

Así, por mucho que el acreedor insista en no cobrar su crédito y se lo comunique a su deudor por medio de diversas vías (personalmente, por teléfono, por facsímil, por correo electrónico, por carta notarial, etc.), si no hay respuesta por parte del deudor en sentido afirmativo, la obligación subsistirá y el deudor mantendrá su derecho a pagarla, consignando la prestación en caso necesario. Por ello, desde que la condonación implica consentimiento entre acreedor y deudor, esta figura supone un contrato.

2. EXTINCIÓN DE OBLIGACIÓN POR CONDONACIÓN

De acuerdo a lo prescrito en el artículo 1295° del Código Civil, a fin de que la condonación surta su principal efecto (cual es extinguir la obligación), se requiere su probanza. Por esta razón, tal probanza debe ser clara y objetiva (vía contrato escrito, o algún signo visible, como la devolución del documento original en que consta la deuda), pudiendo ser material o inmaterial, pero inequívoca:

Artículo 1295.- «De cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero».

Siendo la condonación una renuncia del acreedor —sprobada por el deudor— a un crédito, viene a ser un acto de disposición, por lo que se debe prestar atención a los derechos de terceros, los cuales no deben ser vulnerados. Sería el caso, por ejemplo, de Antonio, quien tiene un crédito exigible a su favor por 8,000 nuevos soles, que Ana le debe pagar. Imaginemos que los ingresos de Antonio tan sólo le alcanzan para cubrir sus necesidades básicas, sin posibilidades de generar ahorros, y que además tenga dos acreedores cuyos créditos han vencido y se mantienen aún impagos. En este supuesto, dado que la única forma en que Antonio pueda honrar su deuda es cobrando la suma que Ana le adeuda, la condonación de la deuda de Ana atentaría contra los derechos de dichos acreedores y, en este caso, Antonio no estaría en aptitud de renunciar a intereses ajenos.

Lo mismo ocurriría en el supuesto de Pedro, viudo y padre de dos menores, único sostén del núcleo familiar. Si Pedro estuviese atravesando por una delicada situación económica y condonara una deuda, atentaría contra los intereses y derechos de su familia, perjudicando a terceros con su renuncia, la misma que no sería posible por afectar los intereses colectivos. Caso distinto sería si su situación económica le permitiera disponer de tal suma alterando insignificanmente su patrimonio.

Es conveniente precisar, aunque podría parecer evidente, que el término «deuda» en el numeral 1295 no se circunscribe a obligaciones de dar, sino que abarca también a las obligaciones de hacer y a las de no hacer.

Si Pablo está obligado con Rosa a realizar un trabajo de fumigación en el jardín de esta, podría ocurrir que Rosa, movida por un sentimiento de compasión, dada la mala salud de aquél, decidiese condonarle tal deuda. En ese caso, ella debería informar sobre su decisión y recibir su conformidad. De esa manera, se extinguiría la obligación de hacer de Pablo.

Como dijimos, la condonación es un acto bilateral, requiriéndose no sólo la manifestación de voluntad del acreedor, sino la aceptación del deudor, hasta cuyo momento no opera el efecto extintivo de la obligación. Queremos reiterar la importancia del



La gratuidad implica una liberalidad por parte del acreedor, quien se encuentra realizando un acto parecido a la donación, pero no respecto a un bien, sino en relación a un crédito, en favor de la misma persona que está obligada a satisfacerlo. Asimismo, el sujeto a ser beneficiado con tal renuncia (v. gr. el deudor) debe prestar su asentimiento, pues el pagar las propias deudas constituye un derecho.

asentimiento del deudor, ya que éste tiene derecho a cumplir su obligación. En caso contrario dicho deudor podría salir perjudicado no sólo moral sino económicamente; en particular cuando se trata de obligaciones de hacer.

Por ejemplo, veamos el caso de Martín, cantante que se encuentra iniciando su carrera artística, quien es contratado por la empresa productora «Estrellas» para dar una función especial, conjuntamente con tres conocidos cantantes, en el teatro «Ópera», acordando que su pago no será por concepto de ingresos por taquilla, sino una suma específica, la misma que «Estrellas» le abona por adelantado. Aquí la empresa ya cumplió con su prestación, quedando pendiente sólo la obligación de Martín consistente en cantar cinco canciones en el transcurso de las dos horas que durará el espectáculo.

Es claro que a Martín no sólo le interesa el pago recibido, sino fundamentalmente cumplir con su obligación, puesto que hacerlo le reportará beneficios mayores a su carrera.

Más aún, tomando en cuenta esta oportunidad realiza por su cuenta una campaña de publicidad y promoción, haciendo mención expresa del evento a realizarse.

Si en la víspera de la función, «Estrellas» le comunicara su decisión de condonarle la deuda, y que, por tanto, se encuentra exonerado de la obligación de cantar, resultaría poco probable y hasta extraño que Martín se considerase beneficiado con semejante «liberación», aun conservando el monto pagado anticipadamente por «Estrellas». Es necesario, por ello, que el deudor tenga la facultad de elegir entre cumplir con su prestación o aceptar la remisión de la deuda.

En la eventualidad de que Martín no aceptara la condonación, no podría exigir forzosamente a «Estrellas» que lo dejara ingresar al Teatro para actuar la noche de la función, ya que tendría que emplear violencia a fin de lograrlo. Resulta obvio que en este caso Martín, además de tener el derecho a conservar la suma pagada

por la empresa promotora de espectáculos, podría demandarla por los perjuicios sufridos al cancelar su participación en el concierto, los que se habrían derivado de la frustración de sus expectativas de promoción.

3. CONDONACIÓN DE UNO DE LOS GARANTES. EFECTOS

Sabemos que la condonación de la deuda por el acreedor en favor del deudor y aceptada por éste, extingue la obligación (argumento del artículo 1295). Esto implica la extinción de la deuda con todas sus garantías, ya que, como sabemos, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Empero, el artículo 1296^o contempla el supuesto de que el acreedor celebre un convenio de condonación no con el deudor, sino con uno de sus garantes. De ser éste el caso, las consecuencias serán que la obligación del deudor se mantendrá plenamente vigente, así como las de los demás garantes, pero la obligación del garante sujeto de la condonación se habrá extinguido, con las limitaciones que luego analizamos.

El texto del artículo 1296^o es el siguiente:

Artículo 1296^o.- «La condonación a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes.

La condonación efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó».

El artículo 1296 regula la situación en que exista más de un garante, ya que, si la obligación estuviera garantizada por uno solo y esta garantía fuese condonada por el acreedor, es claro que se extinguiría la totalidad de la garantía, subsistiendo la obligación a cargo del deudor. En cambio, la relación obligacional es más compleja en caso de que existan varios garantes, por lo que resulta necesario establecer la situación de quienes no fueron condonados.

Si hubiese otros garantes además de aquél cuya garantía se hubiese condonado, dicha condonación no surtiría efectos respecto a los demás garantes y, en tal



virtud, seguirán garantizando el cumplimiento de la deuda. No se extingue, en consecuencia, la obligación de los demás garantes.

En caso de existir garantía mancomunada, la responsabilidad de los garantes no abarca el íntegro de la deuda asumida por el deudor principal, sino cada uno de ellos responderá exclusivamente por su cuota parte, autónoma y diferente de las demás, no resultando ninguno afectado por la condonación en favor de alguno de los otros.

Así, imaginemos que José, Martín y Pedro son garantes mancomunados del crédito que Ana tiene a su favor contra Antonio (este último es el deudor principal). Suponiendo que la deuda asciende a 15,000 nuevos soles y que los garantes se obligaron por partes iguales, entonces cada uno de ellos es responsable por 5,000 nuevos soles. Si Ana liberara a José de su garantía, la situación de Martín y la de Pedro no variaría: ambos seguirían respondiendo por sus montos originales, es decir, por 5,000 nuevos soles cada uno. Ana no podría exigir más de esta suma a cada uno de ellos.

Vale la pena reiterar que, en ese caso, en nada se altera la obligación principal a cargo del deudor (Antonio).

Ahora bien, tratándose de garantía solidaria la situación es distinta. Aquí habría que preguntarse si la condonación a uno de los garantes solidarios puede aprovechar o perjudicar a los demás garantes. Para ello, debemos distinguir si la condonación ha

sido realizada contando con el asentimiento de los otros garantes o si se llevó a cabo sin tal asentimiento.

Si la condonación operada en favor de uno de los garantes solidarios hubiese sido hecha contando con el asentimiento de los demás garantes, sólo aprovecharía al garante que la hubiese celebrado con el acreedor. Esto quiere decir que los garantes solidarios restantes continuarían respondiendo por el total de la garantía, ya que se entiende que prestaron su consentimiento con el fin de exceptuar de responsabilidad al liberado, asumiendo ellos dicha carga. En el mismo ejemplo anterior, si la fianza hubiera sido solidaria y la condonación de José hubiese contado con el asentimiento de Martín y de Pedro, estos últimos seguirían garantizando solidariamente la obligación por 15,000 nuevos soles.

Si, por el contrario, dicha condonación hubiera sido realizada sin el asentimiento de los otros garantes (término que incluye los supuestos en que no se hubiese comunicado dicha condonación a los otros garantes o que, comunicándola, éstos guardaran silencio o se pronunciaran contrarios a la misma), aprovecharía a todos los garantes, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó. Es decir, cuando los garantes son solidarios y se libera a uno de ellos sin el consentimiento de los otros, los demás detraen de la garantía la parte que tocaba al liberado, por lo que les aprovecha parcialmente. A pesar de no haber sido establecido de manera expresa por el Código Civil, consideramos evidente que dicho aprovechamiento será proporcional a los montos garantizados por los garantes favorecidos en las relaciones internas entre ellos.

Así, en este supuesto, la condonación de Ana a José, realizada sin el asentimiento de Martín ni de Pedro (garantes solidarios), reduciría el monto total de la garantía de 15,000 nuevos soles a 10,000 nuevos soles, pues se restaría el monto correspondiente al garante respecto a quien se ha producido el perdón.

Por último, si alguno de los garantes es insolvente, ¿qué responsabilidad tendría el garante a quien lo condonaron su garantía? Si dicha condonación se produjo con el asentimiento de los demás garantes, no tendría responsabilidad alguna; pero, en caso contrario, compartiría, en su proporción original de las relaciones internas entre los garantes, la parte del insolvente.

4. CONDONACIÓN DE DEUDA

La presunción contenida en el artículo 1297 del Código Civil en el sentido de que hay condonación de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquella, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado, resulta de delicada interpretación, ya que aplicar su texto literalmente podría acarrear consecuencias no deseadas por el Derecho. Por ello, lo analizaremos de manera cuidadosa.

El texto del referido numeral es el siguiente:

Artículo 1297° - «Hay condonación de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquella, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado».

Conviene advertir que la norma en cuestión amerita una interpretación delicada que ponga énfasis en el hecho de que, para que en efecto se configure, se debe cumplir con una serie de condiciones, toda vez que debe destacarse que la presunción es *iuris tantum* pues admite prueba en contrario.

Así, no se puede aplicar su texto literalmente ya que ello podría acarrear consecuencias no deseadas por el Derecho. Por ello, lo analizaremos de manera cuidadosa.

Ese análisis nos orienta a advertir que, en tanto las renuncias no se presumen, la norma, como veremos, establece expresamente el acto o la acción concreta y puntual que debe realizar el acreedor para que se genere tal presunción.

El referido precepto señala que la simple entrega al deudor por parte del acreedor del documento original en que consta la deuda, constituye remisión de la misma, con la única salvedad de que se permite, en su caso, que el deudor pruebe el pago.

Para que el supuesto se configure y se le pueda aplicar la consecuencia jurídica propia de la condonación, a saber, la extinción de la obligación, es indispensable que se cumplan tres condiciones:

En primer lugar, que la entrega del documento original haya sido hecha voluntariamente. En segundo lugar, que la entrega haya sido hecha por el propio acreedor, pues sólo de esta forma podría haber motivo para establecer la presunción de que trata la ley. En tercer lugar, que la entrega haya sido realizada al mismo deudor. Si el documento fue

entregado a otra persona, no sería claro ni indubitable que la intención del acreedor fue la de liberar gratuitamente al deudor; el documento podría haber sido entregado en calidad de depósito o para que el tercero se encargara de cobrarlo.

Por otro lado, consideramos que la salvedad a la presunción expresada en la propia norma («salvo que el deudor pruebe que la ha pagado») es adecuada, ya que si bien la obligación igualmente se extingue, sea por condonación o por pago, es evidente que al deudor que pago le podría resultar más conveniente, no sólo para efectos de imagen de solvencia y de credibilidad personal, sino para la seguridad de su propio pago (suponiendo que su acreedor tuviera a su vez otros acreedores que no estuviesen de acuerdo con la condonación, o que se consideraran posteriormente inoficiosa, reputándose como donación) que queda establecida la extinción de la obligación por un cumplimiento adecuado. En este caso su posición como deudor sería incuestionablemente más firme que la que tendría si la deuda le hubiere sido perdonada.

A nadie que paga le interesa ni conviene, en principio, que se crea que su deuda se extinguió en virtud de una condonación. Por ello la norma contiene una presunción *iuris tantum* para el deudor, es decir, que está en este último probar que no ha habido condonación. No basta que el deudor alegue que ha pagado, sino que debe demostrarlo aportando las pruebas que correspondan, destinadas a acreditar que la entrega del documento ha sido consecuencia del pago realizado por él.

En opinión nuestra, para resumir lo dicho, la prueba en contrario de esta presunción corre tanto de cargo del deudor (a quien interesa demostrar que la extinción de la obligación obedeció a su pago), como de cargo del acreedor, al que correspondería probar que si entregó el documento original en que consta la obligación, no fue con intención de condonarla.

Cabe señalar que en el ámbito mercantil no se presume la condonación de la deuda, ni tampoco el pago de la misma con la entrega de las facturas por los comerciantes a sus deudores, a pesar de constituir aquéllas documentos originales, pues en estos casos las facturas deben contener una inscripción que indique que se encuentran canceladas.

Ahora bien, analizando la propia presunción, podría parecer inadecuado que la misma sólo admita prueba en contrario por parte del deudor, porque se trataría, a primera vista, de una presunción *iuris tantum* para el deudor y *iuris et de iure* para el

acreedor. La norma no señala qué ocurre en caso de que el acreedor, por cualquier otra razón que no sea la remisión o condonación de la deuda, entregue al deudor el título en que consta aquélla. Consideramos, por las razones que expondremos a continuación, que el verdadero espíritu de la norma es el de una presunción *iuris tantum*, tanto para el acreedor como para el deudor.

5. CONDONACIÓN DE LA PRENDA. PRESUNCIONES

Antes analizar lo prescrito por los artículos 1298 y 1299 del Código Civil, ambos dedicados a regular el tema de la condonación de la prenda, consideramos necesario aclarar que los mismos, no obstante la entrada en vigencia (30 de mayo de 2006) de la Ley de la Garantía Mobiliaria (Ley N° 28677), aún se encuentran vigentes.

Aunque una visión preliminar y superficial podría llevarnos a la conclusión de que la Ley de la Garantía Mobiliaria ha derogado implícitamente dichos preceptos, por haber derogado el Título del Libro de Derechos Reales dedicado a la prenda, así como las normas especiales sobre la materia, lo cierto es que sólo ha limitado tácitamente sus alcances.

En nuestra opinión, las normas contenidas en los artículos 1298° y 1299° del Código Civil no se encuentran derogadas, en la medida en que la prenda, aunque ya no está regulada como una garantía típica, no ha sido prohibida y, en consecuencia, es perfectamente factible pactarla.

Nuestra posición encuentra sustento en la propia Ley de la Garantía Mobiliaria, ya que al establecer en su Segunda Disposición Final que las demás garantías sobre bienes muebles se regirán supletoriamente por lo que ella dispone, está aceptando la existencia y validez de aquéllas entre las que se encuentra la prenda.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta evidente que no podría pactarse la prenda sin desplazamiento o prenda con entrega jurídica, en tanto la Ley de la Garantía Mobiliaria se ha encargado de eliminar los registros en donde ella antes se inscribía.

La celebración de un contrato que obligue a constituir un derecho real de garantía prendaria requiere, para su validez, la entrega del bien materia del mismo, constituyendo ésta, a nuestro modo de ver, la garantía mobiliaria más eficaz que existe en nuestros días.

Con estas premisas, nuestro análisis de los artículos 1298 y 1299 se va a centrar en lo que se conoce como «prenda con desplazamiento», por ser ésta la única viable en nuestro sistema de garantías vigente.

Al ser claro que la obligatoriedad de la entrega al acreedor o a un tercero del bien objeto de garantía prendaria es la esencia de la prenda, resta por preguntarse qué ocurre si una vez entregado el bien al acreedor o a un tercero y constituida la prenda, dicho bien es devuelto al deudor.

Si se produce la devolución del bien por el acreedor al deudor, propietario del mismo, esta devolución hará presumir que la prenda se ha extinguido. Lo mismo sucedería si la devolución la efectúa un tercero, cumpliendo instrucciones del acreedor.

En realidad, existen dos presunciones que caminan juntas: una, el carácter voluntario de la devolución de la prenda al deudor, y otra (en concordancia con el artículo siguiente), que tal devolución voluntaria únicamente determina la condonación de la prenda.

La primera de ellas se encuentra regulada en el artículo 1298° del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1298°.- «La prenda en poder del deudor hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario».

La presunción allí establecida es claramente *iuris tantum*, condición jurídica establecida en forma expresa por la norma —dada la frase final «salvo prueba en contrario»—, previéndose la posibilidad de que la devolución de la prenda no hubiera sido voluntaria, sino hecha sin asentimiento del acreedor. De ser éste el supuesto, resulta claro que el acreedor perjudicado tendría la posibilidad de demostrarlo, para que no se generen los efectos jurídicos previstos por el precepto.

Es decir, se presume que el acreedor entregó al deudor el bien prendado por su propia voluntad, a menos que se pruebe lo contrario. Entonces, es el acreedor quien debe demostrar la sustracción o despojo del bien por parte del deudor, por haber sido inducido a ello, forzado o como víctima de una apropiación indebida, etc. Si no puede probarlo, opera la presunción de que lo entregó voluntariamente.

La segunda presunción, involucrada con la primera, es que dicha devolución voluntaria implica la condonación de la prenda. Así, el artículo 1229^o señala lo siguiente:

Artículo 1299^o – «La devolución voluntaria de la prenda determina la condonación de la misma, pero no la de la deuda».

La referida norma no establece aquí salvedad alguna que permita admitir prueba en contrario, pero siguiendo una lógica similar a la del artículo 1298^o del Código Civil, si consideramos que tal posibilidad se halla en el espíritu de la ley y en la racionalidad del sistema. Entendemos que elementales principios de seguridad jurídica deben proteger al deudor contra la volubilidad o la prepotencia del acreedor, quien luego de condonada la prenda mediante su entrega, pudiera pretender decidir unilateral y arbitrariamente que el bien continúe pignorado.

El legislador no optó por proteger al deudor antes que al acreedor porque considera al primero como «parte débil» y al segundo como «parte fuerte» de la relación obligacional, ya que este argumento carece de sustento racional. La opción del legislador tiene sus cimientos en los usos y costumbres de las personas. Es mucho más frecuente que la prenda en poder del acreedor se mantenga en posesión de éste hasta el final, es decir, hasta el cumplimiento íntegro de la obligación principal. Por algo es garantía. La única razón, desde una óptica lógica, por la que el acreedor devuelve la prenda por su propia voluntad es, o bien por la extinción de la obligación principal, o porque desea condonar la garantía prendaria.

En el caso analizado de la prenda, es la tradición (o entrega) del bien objeto de la misma, lo que da vida jurídica a dicho derecho real de garantía. Un acreedor juicioso y razonable no devuelve a su deudor, por tanto, el bien que prueba y sustenta su derecho de garantía, a menos que ya no desee conservar el status de acreedor prendario. Hay que recordar que el acreedor que tiene en su poder un bien del deudor como garantía, está obligado a custodiarlo y a conservarlo en las mismas condiciones en que le fue entregado, siendo responsable por cualquier daño o deterioro; esto es porque se convierte en un depositario del bien, con todas las obligaciones que ello implica.

Ahora bien, ¿qué ocurre en caso de que el acreedor, afectivamente, haya hecho entrega voluntaria al deudor del bien dado en prenda, pero que el ánimo de tal actuar no haya sido el de la

condonación de la garantía prendaria? Podría haber sido inducido con engaño a entregar al deudor el bien. Por ejemplo si de buena fe se lo «prestó» al deudor por un periodo determinado (podría ser hasta por unas pocas horas) y luego, al pretender recuperarlo, el deudor alega que le fue devuelto y, por tanto, condonada la garantía, y que por ello lo puede conservar. En este caso, según la norma bajo análisis, se presume la condonación, pero evidentemente que sería posible la prueba en contrario, por ejemplo, si el acreedor actuó diligentemente e hizo firmar al deudor un documento en el que constara la razón de la entrega temporal a éste del bien.

Es opinión nuestra que, a pesar de los posibles problemas y críticas que se puedan hacer a esta presunción, la naturaleza de la prenda con entrega física (prenda tradicional), cuya racionalidad es la de proteger al acreedor y a los terceros (ya que la posesión constituye una publicidad imperfecta, es decir, que al el deudor conserva una prenda de este tipo en su poder tiene reunidas la propiedad y la posesión sobre el bien y podría volverlo a gravar o inclusive enajenarlo sin que el nuevo adquirente tenga la menor idea de las cargas que pesen sobre él), hace que siga siendo más eficiente conservar esta obligatoriedad de la entrega y conservación del bien en poder del acreedor mientras dure la garantía. Una presunción como ésta desincentiva al acreedor a entregar al deudor el bien hasta que la garantía se extinga, lo cual, indudablemente, es más eficiente.

De otro lado, es importante resaltar que la condonación de la prenda no implica la condonación de la obligación.



La prenda constituye una garantía real, esto es, un accesorio de la obligación principal, razón por la cual la devolución del bien pignorado determina la extinción de dicho derecho real de garantía, pero no la extinción de la obligación principal. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero lo principal no sigue, necesariamente, la suerte de lo accesorio. Por tal razón, si bien se extingue la garantía, permanece intacta la obligación. La única salvedad la constituiría el acuerdo entre partes como, por ejemplo, si en el contrato se establece que extinguida la garantía la obligación principal también se extingue.

Hemos dicho que la devolución del bien pignorado «hace presumir» la condonación de la prenda, lo cual es bastante distinto a señalar que la devolución de dicho bien «determine» la condonación de la prenda, que corresponde a la terminología empleada por el Código. Esta última fórmula nos parece no sólo exagerada, sino hasta peligrosa. Es algo así como una presunción iuris et de iure, es decir, que no admite prueba en contrario. Como hemos visto —e insistimos en ello—, dicha presunción resulta eficiente, pero siempre y cuando admita prueba en contrario por ambas partes. Entonces, la entrega no debe implacablemente determinar, sino tan sólo presumir una voluntad.

En efecto, consideramos que es válida la presunción de que la devolución voluntaria de la prenda manifiesta el propósito de su condonación, ya que, como sabemos, el punto central o razón de ser de la obligatoriedad de la entrega del bien por el

deudor como requisito constitutivo de dicho derecho de garantía, está destinado a proteger a terceros y al propio acreedor.

Sin embargo, siempre debe admitirse explícitamente la prueba en contrario, ya que las presunciones armonizan de la forma más equitativa posible las costumbres del mercado y la protección de los intereses de las partes, pero no deben fallar situaciones que escapen al supuesto asumido por la ley. En esos casos, la realidad debe primar y entonces las partes en conflicto deben encontrarse en total posibilidad de demostrar que sus circunstancias son especiales. La norma debe ayudar a facilitar las relaciones humanas, dando un marco de seguridad jurídica para todo tipo de transacciones, pero sin ser una camisa de fuerza rígida que no permita salida a situaciones no previstas.

Por estas razones, creemos que las presunciones respecto de la condonación de la garantía prendaria, contenidas en los artículos 1296 y 1298, deben admitir, necesariamente, prueba en contrario.

Finalmente, por lo expresado, consideramos evidente que la extinción de la garantía no implica la extinción de la obligación garantizada. El principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y no a la inversa, es de lógica jurídica elemental y resulta redundante hasta el extremo, por lo que bien podría no haberse incluido en el Código Civil este texto legal.

Si la condonación operada en favor de uno de los garantes solidarios hubiese sido hecha contando con el asentimiento de los demás garantes, sólo aprovecharía al garante que la hubiese celebrado con el acreedor.

Excepciones cambiarias y excepciones procesales



Por
*Adrián Simons Pina*¹

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo sólo pretende ofrecer al lector un breve análisis de cómo es que debiera entenderse el panorama de las excepciones; a fin de establecer si éstas pertenecen al ámbito del derecho material o sustantivo o, por el contrario, si éstas pertenecen al derecho procesal de manera exclusiva o en todo caso, si éstas tienen un carácter mixto (excepciones sustantivas y excepciones procesales).

Para tal efecto, recurriremos tanto a la doctrina mercantil como a la doctrina procesal, por cuanto consideramos que el derecho no puede ser visto desde un solo prisma. Una mirada parcial solo servirá para continuar en el reino de las confusiones.

II. LA DENOMINADA "ACCIÓN" CAMBIARIA.

Uribe y Menéndez, denominan a las "acciones" cambiarias como "...aquellas que corresponden a los sucesivos tenedores legítimos de la letra para el ejercicio de los derechos de crédito que el título incorpora, de cuya satisfacción responden

*solidariamente todos los firmantes de la letra. (...) En realidad no hay más acciones cambiarias que la acción directa contra el aceptante y su avalista y las acciones de regreso contra los demás firmantes de la letra.*²

Los mismos autores, nos indican que la acción directa sirve para procurar el importe no pagado de la letra, respecto de quien asumió la obligación cambiaria directa de pagar a su vencimiento (el aceptante); de igual manera, quien se obligó en calidad de garante (fiador o avalista).³

En lo que se refiere a la denominada acción de regreso, esta opera respecto de los llamados obligados en vía de regreso, siendo éstos el librador, los endosantes y los avalistas.⁴

En suma, la denominada "acción cambiaria" es el ejercicio en sede judicial de los derechos contenidos en una obligación cartular o cambiaria, en contra de quienes se hayan obligado en el propio título valor.

Ahora, y como veremos más adelante, la denominación "acción cambiaria" no parece ser la más

¹ Miembro del Instituto Interamericano de Derecho Procesal, Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Profesor en la Maestría de Derecho Procesal en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC, Director de la Asociación Peruana de Derecho Procesal, Miembro del Instituto Peruano de Derecho Mercantil.

² Uribe y Menéndez, *Urubiz*, Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, La contratación mercantil, derechos de los valores, derecho concursual, derecho de la negociación, Edit. Civitas, Madrid, 2001, página 812.

³ *Id.*, página 812.

⁴ *Id.*, página 814.



apropiada. Todo empieza con la debida comprensión del concepto de "acción", el cual es el punto de partida para comprender a cabalidad su uso en el derecho sustantivo y en el derecho procesal. Y por supuesto, saber si es un concepto propio del derecho sustantivo o del procesal.

III. EL DERECHO DE ACCIÓN.

El derecho de acción, como hoy es conocido, tiene sus orígenes en el siglo XIX, en el cual la doctrina procesal alemana tuvo la ventaja de no contar con un Código que comentar (por lo menos hasta la Ordenanza de 1877). Por ello, mientras la codificación napoleónica lanzó a la doctrina francesa tras las huellas de lo consagrado en los dos códigos, el de procedimiento civil y el de instrucción criminal, la doctrina alemana se vio libre de esa servidumbre, y pudo postularse desde la raíz, los problemas que la realidad suscitaba para el proceso.

Podría decirse que, si en el siglo XIX los franceses comentaban un código ya promulgado, los alemanos se dedicaban a poner las bases científicas para elaborar el suyo. Esta circunstancia es la que origina que el procesalismo científico naciera en Alemania.

La doctrina alemana, comprendió a mediados del siglo XIX, que el proceso no es un mero devenir fáctico, sino jurídico; que no es una mera relación fáctica, sino jurídica, que afecta necesariamente la esfera jurídica de las partes en conflicto; haciendo, por ende, surgir derechos, modificándolos o extinguiéndolos. De ahí el descubrimiento de Bölow, que el proceso es una relación jurídica de derecho público, que se desenvuelve de modo progresivo, entre el órgano jurisdiccional y las partes.

Además, un tema decisivo fue la discusión en torno a la acción, antablada entre Wrietscheld y Muthar, de ella resultó que el derecho de acción se independizó del derecho subjetivo material, siendo concebido como un derecho de naturaleza pública, que se ejerce ante el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales.

En suma, el surgimiento del derecho procesal como ciencia autónoma, se debe a los procesalistas alemanes y la difusión de éste a los italianos, entre ellos el maestro Chiovenda.

Sobre la base de lo expuesto, hoy en día, es doctrina pacífica la noción sobre el "Derecho de Acción", el cual es entendido como el derecho de toda persona de acudir ante el órgano jurisdiccional a fin de petitionar tutela judicial efectiva, sin importar el contenido de su pretensión procesal. Es el simple derecho de tocar las puertas del Poder Judicial y obtener algún tipo de pronunciamiento fundado en derecho.

Peyrano indica que "vale la pena recordar que el descubrimiento de la nota autonomía del derecho de acción, constituyó un verdadero hito en la historia del Derecho procesal civil que vino a independizar a éste (hasta entonces esclavizado al Derecho civil, del cual era un apéndice subordinado) y a concederle el rango de disciplina científica con principios propios. Antes de Chiovenda y de los maestros germanos del siglo XIX se afirmaba que el proceso no era otra cosa que el mismo derecho material violado "en pie de guerra". Luego de ellos muchos comenzaron a sospechar que el derecho material conculcado era llevado ante los tribunales en mérito de un derecho (el de acción) distinto de aquél".⁴

Ahora bien, el "derecho de acción" goza de las siguientes características:

- Es subjetivo.
- Es abstracto.
- Es público.

⁴ Peyrano, Jorge Walter. Apuntes sobre Conceptos Procesales Básicos, Revista Jurídica Zúru, Rosario, tomo 24, sección doctrina, página 52-53.

- Es autónomo; y
- Es constitucional.

Es **subjetivo**, porque pertenece a todo sujeto de derechos con prescindencia de si puede ejercerlo o no. Es **abstracto**, porque es un derecho de continente, carece de contenido, es sólo el derecho de acudir al órgano jurisdiccional y pedir tutela judicial efectiva. Es **público**, porque se ejerce ante un poder del Estado, ya que éste tiene el monopolio de la solución de los conflictos de intereses. Es **autónomo**, porque es diferente del derecho sustantivo, tiene principios y normas propias que justifican la autonomía del proceso. Es **constitucional**, porque es un derecho fundamental, a nadie se le puede impedir el acceso a la justicia en busca de la tan ansiada tutela jurisdiccional efectiva. Es más, sobre este punto, nos atrevemos a afirmar que el derecho de acción es un derecho constitucional implícito a tenor de lo dispuesto por el artículo tercero de la Constitución Política del Estado.⁵

En suma, habiéndose distinguido claramente la "acción" o "derecho de acción" del derecho sustantivo reclamado (en este caso el derecho cambiario), ¿cuál será la manera correcta de denominar al derecho cambiario objeto de controversia, el cual es llevado ante los estrados judiciales, por el acreedor?

Si entendamos a la pretensión como "...una manifestación de voluntad a través de la cual alguien reclama algo ante el órgano jurisdiccional y contra otro"⁶, consideramos que la respuesta a la interrogante planteada sería referirnos a la **pretensión cambiaria** como la expresión más adecuada; la cual, se materializaría a través de una demanda cambiaria (primer acto de impulso procesal), la misma que sería tramitada por una vía probledimental, previamente establecida por la ley procesal (ejm. proceso ejecutivo).

IV. LAS DENOMINADAS EXCEPCIONES CAMBIARIAS.

La doctrina comercial es pacífica respecto de la clasificación de las denominadas excepciones cambiarias, las cuales se dividen básicamente en dos grandes grupos:

- 1) **Excepciones reales:** Son aquellas vinculadas al instrumento cambiario mismo; y
- 2) **Excepciones personales:** Son aquellas que se sustentan en las relaciones personales entre acreedor y deudor cambiario.

Sobre la base de lo indicado, con el permiso del paciente lector, haremos una breve referencia a su tratamiento y clasificación doctrinaria.

Bernardo Trujillo⁷ identifica a las denominadas excepciones cambiarias en cinco agrupaciones:

- **Primer grupo de excepciones:** Las que se basan en el hecho de no haber sido el demandado quien suscribió el título. Entre ellas describe las siguientes: a) falsificación de firma; b) homonimia; c) firma verdadera pero puesta con fines distintos a los enunciados por el acreedor o demandante.
- **Segundo grupo de excepciones:** Las que se fundan en la incapacidad del demandado de suscribir el título. Estas, están referidas a los actos de los incapaces, dado que dichos actos no pueden producir efectos jurídicos válidos: "el incapaz no puede renunciar a su incapacidad".
- **Tercer grupo de excepciones:** Las que se fundan en la falta de representación o de poder suficiente de quien haya suscrito el título a nombre del demandado o empleado. Este tercer grupo se refiere a la ausencia de representación y al poder insuficiente.
- **Cuarto grupo de excepciones:** Las fundadas en la omisión de los requisitos que el título deba contener y que la ley no supla expresamente, para poder ser actuado válidamente en sede judicial. Estas excepciones están vinculadas directamente al principio de literalidad de forma del título valor, dado que si el título valor no reúne los requisitos que le son propios, podría decirse que éste no podrá generar las consecuencias que la ley prevé para las obligaciones cambiarias.
- **Quinto grupo de excepciones:** Las fundadas en la alteración o falsificación del texto del título valor. Estas se vinculan, también, al principio de literalidad de forma, pero que pueden tener consecuencias adicionales al derecho cambiario, como son las de índole penal.

Joaquín Garrigues⁸ recoge la distinción propuesta haciendo una distinción entre las **excepciones personales o relativas** y las **excepciones reales o absolutas**. Según el mencionado autor, dicha distinción "...descansa justamente en el contrato causal; las excepciones personales derivan de ese contrato y, por eso, sólo pueden oponerse a la persona participante en

⁵ Artículo 1° - La enumeración de los derechos constitucionales en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

⁶ Trujillo, Ob. Cit. página 11-12.

⁷ Trujillo Carril, Bernardo. De los títulos valores. Tomo I (Iva. Edición, Edt. Temis, páginas 277, 295, 299, 294, 333 y 703).

⁸ Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tercera Edición, Edt. Porra, México, 1961, páginas 795 y 796.

él; las excepciones reales derivan directamente de la letra, afectan la obligación cambiaria misma y por eso, pueden ser opuestas a cualquier tenedor⁸.

En efecto, Garrigues califica a las excepciones reales o excepciones *in rem*, como aquellas propias del derecho cambiario que se refieren a la forma del título. Afirma que "todas ellas son visibles en el título cambiario. El deudor no necesita invocar ninguna otra relación jurídica extraña a la letra para excusarse de su pago"⁹. Por ende, opina el mismo autor, que las demás excepciones, por exclusión, deben ser consideradas como excepciones personales o relativas (*in personam*).

Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez¹⁰ proponen clasificar a las excepciones en: i) excepciones cambiarias en sentido estricto (dentro de las cuales se ubican las reales y las personales) y ii) las excepciones extracambiarias.

En tal sentido, las excepciones cambiarias en sentido estricto "...son aquellas que traen causa de los vicios o vicisitudes de la letra en sí, o de las obligaciones asumidas por los distintos firmantes de la misma (-)

Unas son excepciones de naturaleza real, oponibles frente a cualquier tenedor de la letra; y otras, por el contrario, son de naturaleza personal y, por tanto, sólo pueden ser esgrimidas contra un determinado tenedor¹¹.

Finalmente, en lo que se refiere a la doctrina foránea, Fernando Sánchez-Calero¹² concluye que "la doctrina (...) establece la distinción entre excepciones de carácter real, que son aquellas que derivan de vicios de la propia letra, y las de carácter personal, que se basan en las relaciones personales entre el acreedor (tenedor de la letra) y el deudor cambiario¹³".

En sede nacional los profesores Beaumont y Castellares¹⁴ asumiendo un aporte de la doctrina italiana identifican dos clases de excepciones: "aquellas llamadas procesales o de *rito*, que dependen de la falta de condiciones necesarias para el ejercicio de la acción; y las sustanciales, que a su vez se clasifican en absolutas y relativas, según sean oponibles a cualquier legitimado activo u oponibles

sólomente a un legitimado activo. Son también objetivas y subjetivas, según sean oponibles por cualquier deudor cartular o solamente por un determinado deudor cartular".

V. LA EXCEPCIÓN PROCESAL

Aunque parezca algo arbitrario, empezaremos indicando que aún, hay quienes piensan que en materia cambiaria, toda defensa propuesta en contra de una pretensión cambiaria, equivale a una excepción sea esta de naturaleza real o personal: o de naturaleza procesal o sustantiva.

Dicha asimilación (defensa = excepción) hoy sólo forma parte de la historia del derecho procesal. En tal sentido se expresa el profesor Juan Morroy Gálvez:

"Hay un momento en la evolución histórica de la excepción -la ubicamos durante el período justinianeo-, en que desapareció la diferencia entre defensa y excepción, llegando a sostenerse que la excepción era la oposición que el demandado hacía a la demanda, bajo cualquier alegación procesal o material.

Este equivoco es para la ciencia procesal civil contemporánea, un dato histórico. Hoy se acepta que así como hay un derecho de acción por el que todo sujeto de derechos puede exigir al Estado tutela jurídica, existe un derecho de contradicción por el que todo emplazado ante el Órgano Jurisdiccional puede exigir al Estado que le otorgue las garantías de un proceso válido. El derecho de contradicción se concreta procesalmente en el llamado derecho de defensa, es decir, en la obtención de las condiciones procesales establecidas por el ordenamiento para ser emplazado válida y oportunamente, así como para poder contestar y probar sin reservas ni limitaciones¹⁵".¹⁴

De acuerdo con lo expresado en los párrafos precedentes, podemos decir que toda excepción es una forma de defensa, pero no toda defensa es una excepción. En efecto, el derecho de contradicción (que es la contracara del derecho de acción) se manifiesta a través del derecho de defensa, el cual, puede considerar hasta tres tipos de defensas: i) las defensas de fondo (contradicción a la pretensión propuesta por el demandante), ii) las defensas previas (cuestionamiento a una obligación de hacer

8 Garrigues, Ob. Cit. página 295.

10 Uría, Rodrigo, Menéndez, Aurelio. Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, La Contratación Mercantil, Derecho de los Vales, Derecho Concursal, Derecho de la Navegación. Edit. Civitas, Madrid, 2001, páginas 517 y 519.

11 Sánchez Calero, Fernando, Instituciones de Derecho Mercantil, 3na. Edición, página 359.

12 Beaumont Collinson, Ricardo, Castellares Aguilas, Ricardo, Comentarios a la Nueva Ley de Títulos Valores. Gaceta Jurídica, primera edición, 2000, pág. 148.

13 Morroy Gálvez, Juan. El proceso civil en un libro sobre prescripción y caducidad, ver en La Formación del Proceso Civil, Ponencia Escrita Humada, Edit. Comunitas, 2002, página 29.

14 Ob. Cit., Conceptos Elementales de Proceso Civil, página 117.

consistente en ejecutar algún acto previo sea por mandato de la ley o acuerdo entre partes y iii) las defensas de forma o excepciones (cuestionamiento a la relación jurídica procesal o a la posibilidad de expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo).

Con la breve introducción planteada, en el párrafo precedente, la excepción "...no es otra cosa que una de las formas que toma la defensa; en este caso se le llama defensa de forma, y consiste en la denuncia que hace el demandado afirmando que hay un presupuesto procesal o una condición de la acción ausente o defectuosa en el proceso: la que determina una relación procesal inválida o la imposibilidad de un pronunciamiento válido sobre el fondo, respectivamente."¹⁸

Teniendo en consideración el concepto de excepción propuesto, es importante tener presente que la excepción es un concepto netamente procesal ya que está vinculado directamente a los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. En efecto, los presupuestos procesales son aquellos elementos necesarios para la existencia de una relación jurídica procesal válida (competencia, capacidad procesal, capacidad para ser parte en un proceso y requisitos de la demanda) y las condiciones de la acción son aquellos elementos indispensables para que el juzgador pueda emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo (voluntad de la ley, interés procesal o interés para obrar y legitimidad para obrar o legitimatio ad causam). Por ende, no consideramos apropiada aquella clasificación que proponía dividir a las excepciones en procesales y sustanciales.

Sobre el particular, el profesor Juan Monroy Gálvez propone lo siguiente:

"En nuestra opinión, tanto cuando el demandado opone una excepción cuyo fundamento implica la denuncia de la ausencia o defecto de un presupuesto procesal, como cuando denuncia la omisión o defecto de una condición de la acción, se está ante una excepción que siempre será procesal, por su naturaleza. En consecuencia, decir excepción procesal es un pleonasma.

Existen hechos extintivos, impeditivos o modificativos que por desconocimiento u olvido del actor, existen al momento que ejercita su derecho de acción sin que este lo advierta. Estos hechos están referidos no al proceso, ni mucho menos al derecho de acción, se refieren al derecho sustantivo del actor o, si se quiere, a la relación jurídica sustantiva establecida previamente al proceso con el demandado. Pues bien, estos hechos relacionados a la defensa de fondo del demandado, pueden ser invocados en el proceso como excepciones.

"Podemos decir que toda excepción es una forma de defensa, pero no toda defensa es una excepción. En efecto, el derecho de contradicción (que es la contracara del derecho de acción) se manifiesta a través del derecho de defensa..."

En nuestra opinión, la relación de tales hechos con el derecho material o sustantivo discutido es íntima, tanto que sólo se explica que la doctrina acepte su invocación como excepción, como un medio de conceder una defensa rápida. En nuestra opinión, lo hechos analizados conforman una defensa típica antes que una excepción. Por tanto, a nuestro juicio, una excepción sustantiva es una contradicción terminológica."¹⁹

Por otro lado, las excepciones se clasifican de la siguiente manera, según el efecto que producen en el proceso:

- Excepciones dilatorias: Son aquellas que suspenden el trámite del proceso hasta que no se cumpla con incorporar el presupuesto o condición de la acción. Es importante precisar que una excepción dilatoria podría convertirse en perentoria, en el supuesto que la parte obligada a subsanar el defecto no lo haga o no cumpla con hacerlo dentro del plazo concedido.
- Excepciones perentorias: Son aquellas que extinguen definitivamente el proceso, dado que no es posible subsanar el presupuesto procesal o la condición de la acción, denunciados como inexistentes.

Ahora bien, las excepciones perentorias, a su vez, se subdividen en: i) simples: como aquellas que extinguen el proceso pero sin afectar la pretensión procesal, la misma que podrá ser ejercida en otro proceso (ejm. excepción de incompetencia); y ii) complejas: como aquellas que, además, de concluir el proceso, extinguen para siempre la pretensión procesal (excepción de cosa juzgada).

A todo lo expuesto por la doctrina procesal, debemos advertir que también la doctrina mercantil ha realizado una distinción entre lo que es una defensa y lo que es una excepción. En efecto, Joaquín Rodríguez, sobre el particular, expresa lo siguiente:

"Estos dos preceptos legales obligan a estudiar los conceptos de excepción y de defensa que en ellos se mencionan.

¹⁸ Monroy Gálvez, Juan. *Temas de Procesal Civil*, apuntes para un estudio sobre la excepción. Librería Studium ediciones, Lima, 1987, págs. 141 y 142.

Desde luego, conviene advertir que no se trata de una repetición descaudada, ni de expresiones sinónimas, sino de un cuidadoso empleo de términos técnicos disímbolos:

Un maestro insuperable (Carnelutti) ha manifestado que la contestación a una pretensión jurídica tiene como base la existencia de una situación jurídica que sirva de fundamento a aquélla. Esta inexistencia, teniendo en cuenta el mecanismo jurídico, puede manifestarse en los siguientes casos:

- a) Inexistencia del fundamento de derecho de la pretensión, o mejor dicho, inexistencia del elemento de derecho de su fundamento.
- b) O bien, inexistencia del elemento de hecho del fundamento de la pretensión.
- c) O bien, existencia de un hecho que según una norma o un precepto jurídico, tenga efecto extintivo o impeditivo de la situación jurídica que constituye el fundamento de la pretensión.

Respecto de otorgarle al juez la potestad de rechazar in limine la contradicción a una demanda cambiaria que no se sustente sobre la base de los supuestos antes mencionados, parece lo más apropiado dada la naturaleza del proceso ejecutivo.

Cuando se apoya en un fundamento de tipo a) o b), la contestación se llama *defensa*; *defensa de hecho* o *defensa de derecho* en cada una de las hipótesis; la *defensa* es, por lo tanto, la *contestación de la pretensión que se funda en la negación del elemento de hecho o de derecho de la pretensión*.

Cuando se apoya en un fundamento de tipo c), la contestación se llama *excepción*; este nombre, originado en el proceso formulario romano, sirve para designar la contestación de la pretensión que se funda en un hecho que tiene eficacia extintiva o impeditiva del efecto jurídico afirmado como fundamento de la pretensión.¹⁶

En igual sentido opina Luis Muñoz al afirmar lo siguiente: "Por nuestra parte creemos que son excepciones los obstáculos no definitivos y las defensas (los definitivos, ambos con trascendencia judicial)".¹⁷ Ahora, si bien es cierto el citado autor efectúa una

distinción entre "excepción" y "defensa", dicha distinción no corresponde a la verdadera naturaleza de las instituciones objeto de comentario. Como ya lo dijimos en líneas arriba, las excepciones pueden ser definitivas, tal es el caso de las excepciones perentorias complejas; las que no sólo extinguen el proceso sino que también aniquilan para siempre a la pretensión procesal.

Bonfanti y Garone, explican lo siguiente:

"Siguiendo un criterio algo diverso al de los autores italianos y sus continuadores, proponemos por razones prácticas que entre nosotros, cuando hablamos de excepciones cambiarias: lo hagamos refiriéndonos a aquellas defensas nominadas y laxativas que autorizan los Códigos de Procedimientos como oponibles en el juicio o proceso ejecutivo cambiario. [...]"

Como una aclaración más, dejamos constancia que en los comentarios de los autores italianos, referencias y transcripciones de los mismos, hemos utilizado deliberadamente el término *defensa* en lugar de *excepción*.¹⁸

Como es de verse, un sector importante de la doctrina mercantil ha comprendido la naturaleza eminentemente procesal de la excepción, precisando que los cuestionamientos a la validez o eficacia de un título valor o a las relaciones personales entre las partes intervinientes en la relación cambiaria, es de exclusiva pertenencia del derecho sustantivo mercantil.

VI. EL ARTÍCULO 19° DE LA LEY DE TÍTULOS VALORES.

Como bien lo refieren los doctores Beaumont y Castellares,¹⁹ la norma en cuestión regula las defensas que puede ejercer el demandado en un proceso en el que se pone a cobro un título valor cambiario. Dichas defensas son denominadas "causales de contradicción", las cuales son consideradas laxativas; es decir, al momento de ejercer la contradicción no es posible postular otras que no encuentren expresamente dispuestas en la norma objeto de comentario.

El artículo 19° regula las siguientes causales de contradicción:

- a) el contenido literal del título valor o en los defectos de forma legal de éste;
- b) la falsedad de la firma que se le atribuye;
- c) la falta de capacidad o representación del propio demandado en el momento que se firmó el título valor;
- d) la falta del protesto, o el protesto defectuoso, o de la formalidad sustitutoria, en los casos de títulos valores sujetos a ello;

16. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, tomo I, Derechos sobre acciones, 3.ª ed. Pohna México, 1971, página 277.

17. Muñoz, Luis. Títulos - Valores Crediticios. Libro de cambio, pagaré y cheque, 2da. Edición, tipografía editora argentina, Buenos Aires, 1973, página 160.

18. Bonfanti - Garone, De los títulos de crédito, Segunda edición, Edit. Abeledo Perrot, páginas 529 y 530.

19. Beaumont - Castellares, op. cit. página 147.

- e) que el título valor incompleto al emitirse haya sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, acompañando necesariamente el respectivo documento donde consten tales acuerdos transgredidos por el demandante;
- f) la falta de cumplimiento de algún requisito señalado por la ley para el ejercicio de la acción cambiaria. De igual manera el citado artículo, regulada dos formas de contradicción especial:
- g) El deudor también puede contradecir al tenedor del título valor, proponiendo las defensas que se deriven de sus relaciones personales y las que resulten procedentes, según la ley procesal.
- h) El demandado no puede ejercer los medios de defensa fundados en sus relaciones personales con los otros obligados del título valor, ni contra quienes no mantenga relación causal vinculada al título valor, a menos que al adquirirlo, el demandante hubiese obrado a sabiendas del daño a aquél.

Las causales de contradicción contenidas en los acápites a), b), c), d) y f) son defensas cambiarias de naturaleza real; ello porque están referidas a vicios derivados del propio título puesto a cobro en sede judicial. En cambio las defensas cambiarias contenidas en los acápites e), g) y h) son de naturaleza personal ya que derivan de las relaciones jurídicas sustantivas entre las partes vinculadas al negocio jurídico cambiario.

VI. EL ARTÍCULO 690°-D DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

La norma procesal en cuestión regula las como causales de contradicción las siguientes:

- a) La inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título;
- b) La nulidad formal o falsedad del título ejecutivo;
- c) La extinción de la obligación exigida; o
- d) Cuando se completa un título en clara violación a los acuerdos adoptados; y
- e) Las excepciones y defensas previas.

Ahora bien, cualquier contradicción que no sea hecha sobre la base de los supuestos contenidos en el artículo 19° de la Ley de Títulos Valores y los del artículo 690-D del Código Procesal Civil, debe ser rechazada de manera liminar, decretándose la improcedencia de ésta.

Respecto de otorgarle al juez la potestad de rechazar in limine la contradicción a una demanda cambiaria que no se sustente sobre la base de los supuestos antes mencionados, parece lo más apropiado dada la naturaleza del proceso ejecutivo. Permitir otras defensas, terminaría por convertir a dicho proceso especial en uno de cognición plena.

Sobre el particular el profesor Peyrano explica lo siguiente:

"Ahora bien: ¿ la posibilidad de que el órgano jurisdiccional rechace in limine una pretensión conlleva algún menoscabo para dicha pretensión? Estamos persuadidos de que ello no ocurre. Se debe distinguir entre el rechazo in limine de la acción (lo que es un despropósito porque siempre la acción ejercida generará un proceso que podrá no desarrollarse en extenso y completamente, pero que siempre seguirá siendo un proceso) y el rechazo ab initio de la pretensión. En puridad, la primera jamás podrá ser rechazada (insistimos en ello) porque por necesidad cumplirá igualmente con su función primordial, que no es otra que la de dar pie al inicio del accionar jurisdiccional y a la formación de un proceso. En cambio, la segunda (...) puede ser repelida inauguralmente por influencia de diversos motivos. El derecho de acción es un derecho de acudir a los tribunales, a ser oído en los estrados judiciales; no es un derecho absoluto a la sustanciación íntegra, completa y acabada del juicio promovido".²⁸

Finalmente, respecto del ámbito de aplicación del artículo 690-D° del Código Procesal Civil, puede apreciarse claramente de él, que se regulan como causales de contradicción, típicas defensas cambiarias que atacan al título mismo objeto de ejecución judicial. Ello sin perjuicio, tal como lo indica el primer párrafo de la citada norma, el demandado puede postular como excepciones o defensas previas las que se encuentran tipificadas en los artículos 446° y 455° del Código Procesal Civil.

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Debemos indicar, sobre la base de todo lo expuesto, que en nuestra opinión constituye un mito, que sólo genera confusión, el considerar a las defensas cambiarias como excepciones sustantivas. Nos queda claro que la excepción es un instituto meramente procesal, que opera para denunciar la presencia defectuosa o inexistencia de algún presupuesto procesal o condición de la acción.

De igual manera, consideramos apropiado que el legislador, no haya hecho referencia al término "excepción cambiaria" en el artículo 19° de la nueva Ley de Títulos Valores.

El Derecho procesal civil, es una ciencia joven, por ello tenemos que salir constantemente en defensa de sus instituciones. Consideramos que Fukuyama se equivocó al vaticinar el fin de las ideologías, en el ámbito del proceso estamos en una permanente lucha ideológica; la defensa de los preceptos desarrollados es parte de esa lucha.

28. Peyrano, Jorge Wilfrido, El Proceso Argentino, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1993, página 50.

Teoría de la prueba en el proceso civil



Por
Victor Roberto Chando Blanco*

"La verdad constituye un necesario ideal regulativo que orienta la actividad probatoria y la comprobación de los hechos (...) Una de las condiciones para que el proceso conduzca jurídicamente y de modo racional a decisiones correctas, y por lo tanto justas, es que éste sea orientado a establecer la verdad en orden a los hechos relevantes de la causa"
(MICHELE TARUFFO: "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa")

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto y fin de la prueba. 3. Objeto de la prueba. 4. Principios de la prueba. 5. Carga de la prueba. 6. Valoración de la prueba. 7. Teoría de los hechos nuevos.

1. INTRODUCCIÓN.

El moderno derecho de la prueba reviste gran importancia al ser una pieza clave en el **derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos** y en donde radica, la **garantía de la defensa en proceso**. El juez en esta materia vigila, orienta, explora y **gestiona la prueba**.

La doctrina procesal ha sostenido que la prueba viene a ser "el alma del proceso", para denotar su trascendencia. El maestro argentino **Augusto Morello** señala que la prueba es uno de esos temas cruciales que el procesalista no puede dejar de transitar. La aspiración a la mayor efectividad de la tutela jurisdiccional sugiere, una comprensión cabal de las tendencias modernas de la prueba, y la utilización más intensa de los medios de averiguación de los hechos.

Solla repetir el maestro Santiago Sentis Melendo que los procesos se ganan o se pierden con la prueba y eso acontece en los diversos sistemas legales, del derecho romanístico continental, como el nuestro, el del *common law*.

La sistematización de la prueba anota Silva Vallejo es el producto de una brillante escuela de geniales conceptualistas alemanes: la escuela de los pandectistas. Entre los pandectistas dedicados al estudio de la teoría de la prueba se menciona, en primer lugar, al profesor suizo Andreas Heusler, para quien la prueba en el proceso civil es prueba histórica, prueba de hechos.¹

Históricamente hablando, anota el mismo autor, la prueba surgió en el ámbito del Derecho y, concretamente, en la teoría de las obligaciones, para absolver la apasionante de la prueba de las

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Maestría en Derecho Civil y Comercial, Juez Civil Titular del Callao, Vocal Provincial de la Segunda Sala Civil del Callao. Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Lima e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor de la Academia de la Magistratura. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

¹ Revista Jurídica del Perú, "El Sistema de la Prueba en el Proceso Civil", Lima, T. 76, 2007, pág. 228.

obligaciones. Por ello, desde Pothier (1699-1772) esta materia fue uno de los temas clásicos del Derecho de obligaciones. El Derecho procesal sistematizó la teoría de la prueba y el Derecho constitucional reorientó estos estudios a la luz de la doctrina del debido proceso.²

El **derecho a la prueba** constituye parte del derecho fundamental al debido proceso formal o procesal, por ello la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que tiene un reconocimiento implícito en la Constitución Política. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que el derecho a probar no sólo implica el derecho de las partes a aportar pruebas en la etapa probatoria o fuera de ella de manera excepcional, sino a que se admitan, actúen y valoren debidamente; teniendo en cuenta en la sentencia o decisión y que esa debida valoración se vea reflejada en la motivación.

El profesor Joan Picó I Junoy explica que el derecho a la prueba implica, en primer lugar, el derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites intrínsecos o inherentes a la actividad probatoria y los extrínsecos o debidos a los requisitos legales de proposición. En segundo lugar, supone que el medio probatorio sea **practicado** pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita del mencionado derecho. En tercer lugar, el derecho a la prueba conlleva que el medio probatorio admitido y practicado sea **valorado** por el órgano jurisdiccional (valoración motivada que tiene lugar en la sentencia) ya que, en caso contrario, se le estaría substrayendo toda su virtualidad y eficacia.³

2. Concepto y finalidad de la prueba.

El fin de la prueba puede encontrarse únicamente en la **búsqueda de la convicción judicial**, el objeto de otorgar la **efectiva tutela de los intereses en litigio**. La verdad es algo complejo, no es posible llegar a ella. El juez llega a establecer la "verdad jurídica" en los hechos alegados, debiendo las partes proporcionar todos los elementos probatorios a su alcance. Se define a la prueba "...como la búsqueda de la verdad en el proceso. Esta averiguación se realiza a través de los medios y de los sucedáneos pertinentes, idóneos para formar convicción en el ánimo del Juez, quien es el destinatario de la prueba y quien la aprecia a la luz de las reglas de la sana crítica".

El **derecho a la prueba** es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso. Se conceptúa la **prueba** como el conjunto de



motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos; para los fines del proceso, que de los medios aportados se deducen.

Por nuestra parte podemos definir la **prueba** como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto a los datos aportados por las partes, certeza que conforme a nuestro ordenamiento procesal civil peruano se derivará del convencimiento razonado del juez conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 197°), pudiendo decidir de oficio la práctica de medios de prueba (artículo 194°) garantizando el principio del contradictorio, de rango constitucional.

Señala el maestro Juan Monroy Gálvez: "Cuando un juez elabora una sentencia, emplea un proceso de aplicación judicial del derecho. (...) El método legal y racional y sus variantes es el más reconocido en el pensamiento jurídico contemporáneo. El juez necesita de dos elementos: normas y hechos. Provistos de ellos, debe usar argumentos, los que surgen de las fuentes del derecho reconocidas en cada sistema (la ley, la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia, etc.), para justificar racionalmente su decisión."⁴

3. Objeto de la prueba.

Una vez determinado qué es la prueba el paso siguiente consiste en preguntarse sobre qué recae la prueba, qué es lo que se puede probar dentro de un proceso. Generalmente suele decirse que objeto de la prueba son los HECHOS y así parece entenderlo el artículo 188° del CPC al señalar: "Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez.

2. Ob. Cit., Páginas 211 y 212.

3. El Derecho a la prueba en el proceso civil. Benavente, Ed. (Lima, 1995).

4. "El juez y el convencimiento" (Dato "El Convencimiento", 16 de febrero del 2007, página 4)

“La carga de la prueba se presenta al momento de sentenciar, cuando el juez valora los medios probatorios y encuentra que existe un hecho controvertido que no está debidamente acreditado y estando imposibilitado de actuar medios probatorios de oficio, acude a las reglas de la carga de la prueba y ve a quién le interesaba acreditar ese hecho.”

respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”; asimismo, el artículo 190° del citado regula la pertinencia e improcedencia, señalando que “Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión, i ca que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez” (primer párrafo).

En esta línea posiblemente sea más correcto decir que lo que debe probarse son las afirmaciones efectuadas por las partes sobre los hechos, aunque puede admitirse, para simplificar, que normalmente el objeto de la prueba serán hechos. Con técnica rigurosa, el objeto de la prueba serán los datos que han sido alegados por las partes, ya que no faltan ocasiones en que ha de ser objeto de la prueba la costumbre y el derecho extranjero.

Sobre los hechos, pues reposa la esencia del tema probatorio, del tema *probandum*.

Fundamentalmente la prueba recaerá sobre afirmaciones de hechos realizadas por las partes, sobre los hechos que constituyen el supuesto base de la norma jurídica cuya aplicación se pide. Ahora bien, no todos los hechos han de ser probados, pues existen algunos que están exentos de la necesidad de ser probados. Las excepciones se refieren a:

a. **Hechos admitidos (o no controvertidos).** En el proceso regido por el principio dispositivo los hechos admitidos por todas las partes no precisan ser probados y, aún más, ni siquiera debe ser intentada la prueba sobre los mismos. La prueba ha de versar sólo sobre los hechos controvertidos. Los hechos controvertidos son aquellos afirmados por una parte y negados por la otra. Respecto de los hechos no controvertidos debe entenderse que no cabe realización de la actividad probatoria; la prueba refrenda a hechos no controvertidos es siempre inútil (artículo 190° numeral 1).

b. **Hechos notorios.** Son aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial, incluyendo naturalmente al juez. La notoriedad de un hecho es esencialmente un concepto relativo, siendo lo normal que lo conozca el hombre dotado de una cultura de grado medio, entre los cuales tiene que estar necesariamente el juez. El artículo 190° numeral 1 del CPC hace referencia a los hechos que sean notorios o de pública evidencia.

c. **Hechos favorecidos por una presunción.** Parte de la doctrina incluye dentro de las excepciones de prueba, a los hechos favorecidos por una presunción legal. Hay aquí un error de base, pues lo que en realidad ocurre es que se altera el tema a probar y surge la contrapueba. En efecto, en las presunciones legales existen uno o varios indicios y un hecho presumido y lo que la ley señala, admitido o probado el indicio, se presume existente el hecho presumido, el cual no necesita ser probado directamente; todo esto no impide que exista prueba, pues siempre deberán probarse el o los indicios. Todas las presunciones legales *iuris tantum* admiten prueba en contrario, de lo que se deduce que no existe exención de prueba, sino norma especial sobre la carga de la prueba, que es cosa muy distinta.

d. **Alegaciones de derecho nacional.** El conocimiento de la norma jurídica es una de las obligaciones del juzgador, en virtud del principio *iura novit curia* y ello es consustancial a la función jurisdiccional de aplicar el derecho objetivo (artículo 190° numeral 4 concordante con el artículo VI) del TP del CPC).

En los casos en que debe aplicarse una norma material extranjera, las partes han de probar su contenido y vigencia; tal como lo expresa correctamente el artículo 2052° del Código Civil: “Las partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido. El juez puede rechazar o restringir los medios probatorios que no considere idóneos”.

Respecto del tratamiento de la costumbre, la misma se caracteriza por la forma de su producción, en cuanto que debe concurrir en ella el requisito de **espontaneidad**, que debe manifestarse a través del **uso o efectiva acomodación, continuada y uniforme**, de la conducta a tales reglas. Las doctrinas para considerar la **costumbre jurídica** como DERECHO se encuentran agudamente divididas.²

En resumen, podemos decir que un medio probatorio puede ser declarado **improcedente** por dos motivos:

2. Luis Díez-Piçoz, *Fundamentos Jurídicos y Teoría del Derecho*.

a. Por **inútil**, cuando se refieren a hechos vinculados a la materia controvertida, pero que son innecesarios probarlos.

b. Por **impertinente**, cuando se refieren a hechos que no tienen relación con la materia controvertida.

El tema de prueba son los hechos que deben probarse en un proceso (controvertidos). El **hecho pertinente** es el que guarda relación con el objeto de la controversia. Debemos tener en cuenta que existen algunos hechos que teniendo relación con la materia controvertida no deben ser probados por estar **exentos de prueba**, como por ejemplo los hechos en los cuales las partes están conformes, los hechos presumidos legalmente, los hechos notorios, los hechos imposibles y el derecho nacional. Es básico determinar cuál es el tema de prueba, porque ello nos servirá para realizar el **saneamiento probatorio**, es decir sólo se admitirán los medios probatorios que busquen acreditar el tema de prueba.

4. Principios de la prueba.

Los principios que rigen la prueba son los siguientes:

a. **Principio de necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos.**- Se establece que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial están acreditados con medios probatorios aportados al proceso, ya sea por el juez o por las partes. El juez no puede invocar su conocimiento privado sobre los hechos, ya que ello vulnera el principio de publicidad y contradictorio indispensable para la validez de todo medio probatorio.

b. **Principio de unidad de la prueba.**- Significa que el conjunto probatorio del proceso forma una unidad y así debe ser apreciado por el juez, esto es, deben ser valorados en forma conjunta, confrontándose uno a uno todos los medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia.

c. **Principio de adquisición de la prueba o de comunidad.**- Señala que el medio probatorio no pertenece a quien lo aporta, pues éste al ser incorporado al proceso, debe ser tomado en cuenta para acreditar cualquier hecho, así sea en contra de quien lo presentó, una vez presentado el medio probatorio pertenece al proceso. Respecto a la adquisición de la prueba, el profesor argentino **Oswaldo Alfredo Gozaini** señala: "La reunión del material probatorio es común (...) También es común el significado que arroja cada medio, al punto de quedar demostrado que ninguna prueba favorece en lo útil para descartar lo desfavorable. De acuerdo a ello, todas las partes se benefician o perjudican por igual".

d. Principio de contradicción de la prueba.

Señala que la parte contra la que se ofrece un medio probatorio (o al ordenarse una prueba de oficio) debe tener la oportunidad de conocerlo y discutirlo, su actuación debe llevarse con conocimiento de las partes.

e. **Principio de preclusión de la prueba.**- Tiene que ver con el momento de ofrecer el medio probatorio, ya que éste debe ser ofrecido en el momento que la ley procesal establezca, salvo el caso de los medios probatorios extemporáneos. Los **límites extrínsecos o debidos a los requisitos legales de proposición** se deban al carácter procesal del derecho a la prueba, y hacen referencia a las formalidades y cauces procedimentales imprescindibles para ejercitarlo válidamente, entre los cuales el plazo legal de ofrecimiento, perentorio, fatal, salvo los casos de prueba no ofrecida oportunamente, prueba ofrecida extemporáneamente (teoría sobre los hechos nuevos), medios probatorios en la apelación de sentencia.

f. **Principio de la pertinencia y conducencia o idoneidad de la prueba.**- Señala que los medios probatorios deben referirse a los hechos controvertidos y deben servir para dar certeza al juez respecto de tales hechos. Los **límites intrínsecos o inherentes a la actividad probatoria** se concretan en aquellos presupuestos o condiciones que, por su propia naturaleza, debe cumplir toda prueba, siendo éstos la **PERTINENCIA** y la **LICITUD** de la misma.

Entendemos, con el maestro Michelo Taruffo, que una prueba es pertinente cuando responde a la función que le es propia, esto es, cuando el hecho sobre el cual versa dicha prueba supone un elemento útil para la declaración judicial del *factum probandum*.

5. Carga de la prueba.

El Derecho romano consideró la carga como un concepto propio del Derecho probatorio, pasando a la Edad Media ya como carga de la prueba, consecuencia de los trabajos e investigaciones de los glosadores, incorporándose legislativamente, en la Edad moderna, en el Código de Napoleón y de ahí a los posteriores cuerpos normativos europeos de donde se exportó a los americanos.

La doctrina procesal señala que **la carga de la prueba implica un imperativo del propio interés**; es decir, el que no cumple un acto que conviene a su propio interés sufre en el proceso las consecuencias de ese incumplimiento; pierde la condición ventajosa que hubiera obtenido de cumplir ese acto.

El desarrollo doctrinal del concepto de la carga de la prueba, se debe principalmente a los trabajos de

Goldschmidt, Rossmberg y Carnelutti, quienes sentaron las bases fundamentales de la llamada doctrina de la carga en general y de la carga de la prueba en particular.

El procesalista colombiano Hernando Devis Echandía sostiene la tesis que la noción de carga de la prueba tiene dos aspectos:

- a. Es una **regla de juicio para el Juez**, porque la va a indicar cómo fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre lo cual basa su decisión; esto le permite que no dicte una sentencia inhibitoria.
- b. Es una **regla de conducta para las partes**, porque les va a indicar cuáles son los hechos que a cada parte le interesa probar.

Así, para Devis Echandía la carga de la prueba es: *"Una regla de juicio que le va a indicar al Juez como fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos controvertidos o indirectamente establece a cuál parte le interesa probar determinado hecho".*

La carga de la prueba se presenta al momento de sentenciar, cuando el Juez valora los medios probatorios y encuentra que existe un hecho controvertido que no está debidamente acreditado y estando imposibilitado de actuar medios probatorios de oficio, acude a las reglas de la carga de la prueba y va a quien le interesaba acreditar ese hecho.

Devis Echandía, luego de enumerar las diferencias entre carga y obligación o deber, las resume en:

- a. La obligación y el deber son relaciones jurídicas pasivas, la carga es una relación jurídica activa;
- b. En la obligación o el deber hay un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y otra persona o el Estado, el cual no existe en la carga;
- c. En la obligación o al deber se limita la libertad del sujeto pasivo, mientras que en la carga conserva completa libertad de ordenar su conducta;
- d. En la obligación o al deber existe un derecho (privado o público) de otra persona a exigir su cumplimiento, cosa que no sucede en la carga;
- e. La obligación o el deber implican, por consiguiente, una sujeción, y la carga, por el contrario, contiene una facultad o poder;
- f. El incumplimiento de la obligación o el deber es un ilícito que ocasiona sanción, mientras que la inobservancia de la carga es lícita, y, por tanto, no es sancionable;
- g. Existen obligaciones y deberes de no hacer y las cargas se refieren siempre a la ejecución de actos o conductas positivas;

- h. El cumplimiento de la obligación o el deber beneficia siempre a otra persona o a la colectividad, al paso que la observancia de la carga solo beneficia al sujeto de ella; por eso, puede decirse que aquellos satisfacen un interés ajeno y esta solo un interés propio (sin que deje de existir en el primer caso un interés propio en liberarse de la obligación o el deber, esto es, en adquirir la libertad).⁷

En materia de reglas de la carga de la prueba, Devis Echandía, desde el punto de vista de sus características esenciales, enumera:

- a. Forma parte de la teoría general de la aplicación del derecho.
- b. Es una regla general para toda clase de procesos.
- c. **Contiene una regla de juicio para el juez y una pauta para la actividad probatoria de las partes.**
- d. No determina quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que no se produzca.
- e. **Debe ser una regla objetiva consagrada en la ley.**
- f. **Su aplicación constituye una cuestión de derecho.**
- g. **Debe apreciarse con un criterio objetivo**
- h. **Es independiente del sistema de valoración de las pruebas y de los deberes de veracidad, lealtad y probidad que tienen las partes.**

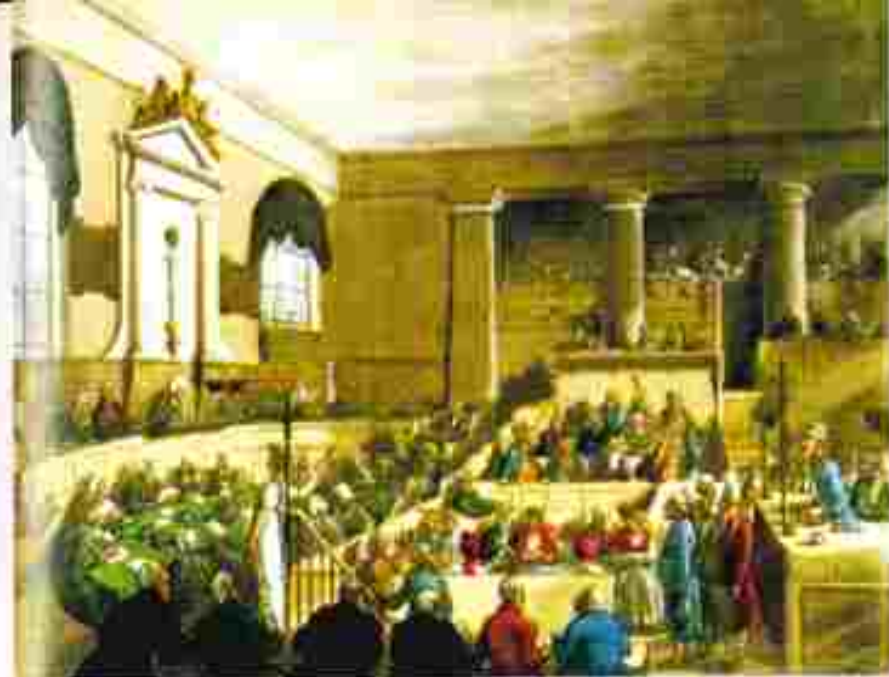
Un sector de la doctrina critica al tema de las "cargas dinámicas de la prueba", según los textos de los procesalistas argentinos, Augusto Morello, Roland Arazi y Jorge Peyrano, sostiene que en rigor la existencia de una regla objetiva necesariamente requiere un criterio objetivo para su correcta aplicación, de lo contrario se incumirá en arbitrariedad; si un criterio objetivo se pudiera apreciar subjetivamente, pues la elasticidad o extensión de un criterio de esta naturaleza, pugna con un resultado pretendido objetivo. Apreciarse la carga de prueba con un criterio objetivo significa que no debe apreciarse con un criterio subjetivo, como lo sería si se considera quién, en concepto del juez, se encontraba en mejores condiciones de aportar la prueba, o bien, si se consideran las condiciones en que se pueden encontrar las partes en relación a los medios de prueba.⁸

6. Valoración de la prueba

La valoración es el juicio de aceptabilidad (o de veracidad) de los resultados probatorios (es decir, de las hipótesis). La valoración constituye pues el núcleo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que conduce, a partir de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba, a una afirmación sobre hechos controvertidos.

7. Buenos Aires, Edil. Universidad, 1994, t. I, pag. 431.

8. Ponencia del profesor chileno Hugo Rubio Oakley en el Primer Encuentro Latinoamericano de Postgrados en Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, 27 de noviembre de 2007.



El CPC sigue la doctrina moderna, en materia de imputación de la prueba, de la valoración razonada o libre valoración o sana crítica. El sistema de sana crítica es un proceso racional en el que el juez debe utilizar a fondo su capacidad de análisis lógico para llegar a un juicio o conclusión producto de las pruebas actuadas en el proceso. El juez forma libremente su convencimiento con elementos culturales que hacen de la prueba una ciencia y no un simple acto humano. Al respecto, el maestro Santiago Sentís Melendo nos dice: "Se identifica por algunos con la lógica, por otros con el buen sentido, extrayendo las reglas de la lógica, basándose en la ciencia, en la experiencia y en la observación; otras veces es la lógica crítica aplicada al proceso".³

El maestro colombiano Jairo Parra Quijano en su intervención ante el IV Congreso Internacional de Derecho Procesal realizado en la Universidad de Lima en Octubre del 2007, señaló que la valoración no es un momento repentino y abrupto. Conforme a las reglas de la sana crítica se aplica la ley de la experiencia, las reglas de la ciencia y la lógica. Significa la libertad arreglada del juez. A través de cauces de racionalidad tiene que justificarla utilizando el método analítico: estudiar la prueba individualmente y después relacionarla en su conjunto. La inmediatez es un método para recepcionar la prueba. No es un sistema para valorar la prueba.

Un aspecto de la valoración llamado en doctrina al "control de lógica", trata del examen para conocer si el razonamiento jurídico del juez es correcto desde el punto de vista lógico.

7. Teoría de los hechos nuevos

La teoría sobre los hechos nuevos no suele ser tratada regularmente en los manuales y tratados sobre el proceso civil. Solo como anuncio de la complejidad que contiene dicho tema

diremos que el CPC ha adoptado la **concepción restrictiva**, cuya fuente doctrinaria está tomada del maestro italiano de la Universidad de Roma Elio Fazzalari. Podemos concepcionar a los hechos nuevos como los acontecimientos ocurridos con posterioridad a los hechos de la demanda, y que guardan relación con el objeto del proceso (pretensión procesal: petitorio y causa petendi). Se presentan en dos supuestos:

- Quando con posterioridad ocurriese o legase a conocimiento de las partes algún hecho nuevo, y que no estaba en aptitud de haberlo conocido;
- Que el demandante conocía pero no tenía la prueba, es decir, creó obtener la prueba y la consiguió.

El límite sería que los hechos ignorados por las partes no pueden variar el objeto del proceso. Nuestro CPC se refiere a los medios probatorios extemporáneos en su artículo 429⁴. Lo que resulta muy difícil de explicar, luego de exponer los supuestos de los hechos nuevos, ¿cómo se prueba el conocimiento?. La finalidad de estas formas excepcionales refuerzan el derecho de defensa. Recordemos que el derecho a la prueba se encuentra inseparable del derecho a la defensa, que impone unas nuevas perspectivas y una sensibilidad mayor en la relación con las normas procesales afines a ello, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación.

Los casos en los cuales se pueden ofrecer los medios probatorios fuera de los actos postulatorios están determinados por la prueba no ofrecida oportunamente que contenga una prueba decisiva atendiendo al objeto del proceso, la prueba ofrecida extemporáneamente en los casos permitidos por ley y los hechos nuevos. El grado de eficacia radicará fundamentalmente en la prudencia, objetividad y espíritu reflexivo de los jueces para la aplicación.⁵

3. La prueba. Los grandes textos de derecho procesal; Buenos Aires, Edt. EUNSA, 1989, pág. 286.

4. Osando Blanco, Roberto. "Los medios probatorios fuera de los actos postulatorios". En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, marzo 1998, No. 6, pág. 77.

Apuntes sobre el “nuevo” recurso de casación civil



Por
Juan Monroy Gálvez
Abogado

Históricamente es irrefutable que la ley como expresión de la voluntad popular, la Constitución como documento únicamente político y la preeminencia de los parlamentos sobre los otros poderes, son principios políticos caducos en los Estados contemporáneos.

Esa es la razón por la que la actividad legislativa se ha trasladado masivamente a los ejecutivos, con el agregado de que los Tribunales Constitucionales se han encargado –a través del control constitucional de la ley– de reducir la importancia de los parlamentos. En tal consideración, decir que la ley es la voluntad soberana del pueblo es una ficción y, por ello mismo, afirmar que los parlamentos expresan esa voluntad es sólo una metáfora del bien perdido.

Esto explica por qué nuestro Congreso legisla muy poco en comparación con el Ejecutivo. Sin embargo, cada cierto tiempo los medios reproducen una pugna curiosa: se cuestiona al Congreso su escasa producción legislativa y éste rechaza la “imputación” acreditando, con un listado puntual, que no es cierto. Lo real es que, por un lado, se trata de un reclamo imperferino –quiero decir, que legislar más no significa hacerlo mejor– y por otro, haría bien el Congreso en aceptar que lo hace poco, dado que le será imposible probar que lo hace bien.

Hace unos días se promulgó una ley que modificó el recurso de casación civil, una de las instituciones procesales más importantes, en tanto define la actuación de la Corte Suprema, nuestro máximo órgano judicial. Decir que el Congreso ha errado en lo que se propuso con la ley sería como felicitarlo, importaría admitir que tenía un objetivo.

Un congresista ha afirmado que esta ley va a reducir la cantidad de recursos. Si ese fue el objetivo a lograr, no es complicado acreditar que el resultado a obtener será exactamente el contrario. Nos explicamos.

La ley aprobada tuvo como antecedente un proyecto trabajado durante los últimos tres años. Uno de sus objetivos, en efecto, fue reducir el acceso de los recursos a la Corte a fin de convertir a ésta en una suerte de árbitro de las costumbres, de la moral pública, de los derechos de las minorías y de las mayorías que no tienen representación política, de los bienes no renovables, en fin, de lo más trascendente y complejo que se puede discutir respecto del futuro de nuestra sociedad.

Por cierto, una tarea tan delicada como la descrita no puede hacerse con 20,000 expedientes al año. Estados Unidos tiene diez veces nuestra

objeción, pero su Corte Suprema nacional conoce menos de 200 casos anualmente. Éste era el fin del proyecto: tener una Corte Suprema que no sólo resolviera casos, sino que instruya, enseñe, oriente, comunique. Que sea la expresión de un desplazamiento del poder político hacia ámbitos donde predomine lo razonable antes que el voluntarismo vertical. Sin embargo, con la destreza del doctor Viktor Frankenstein, el Congreso destazó tres instituciones del proyecto, esenciales para que el fin se concretara. Describámoslas:

- a) Si un caso recibe dos sentencias en un mismo sentido, ¿es necesaria una tercera? Atendiendo al fin buscado y a razones lógicas la respuesta es no. Sin embargo, el **principio del doble y conforme**, así se llama este instituto, fue eliminado.
- b) En el Perú más del **90%** de los recursos de casación civil son improcedentes. En tales casos la Corte Suprema ni siquiera llega a revisar su contenido. Sin embargo, entre la presentación del recurso y la devolución del expediente transcurren en promedio **18 meses**, por tanto, la casación permite atrasar año y medio la ejecución de una sentencia, esto es, la eficacia de lo decidido. Para evitar este uso malicioso del recurso se propuso que las sentencias más comunes –llamadas “de condena”– se ejecuten sin esperar que se decida el recurso. Esta institución se conoce en doctrina como **ejecución de la sentencia impugnada**. Por cierto, estaba desarrollada en el proyecto pero fue desechada por el Congreso sin que mediara siquiera una razón para ello.
- c) La doctrina del precedente no necesariamente el *stare decisis* que es otra cosa, es el instrumental por excelencia para conseguir que una Corte Suprema aproveche el efecto guía de la jurisprudencia. El artículo 400 del Código Procesal Civil, ahora derogado, padecía de limitaciones técnicas para cumplir tal cometido. Sin embargo, el reformado artículo 400 sólo agrava las limitaciones que tenía el anterior. No sólo se desconoce cuál es la opción de *overruling* acogida, sino que se condena a la Corte a ser el oráculo del derecho peruano, sin posibilidad de elegir en qué casos su fundamentación no será precedente.

Y dos cerezas para una torta:

1) En la ley derogada había un sistema de motivos del recurso cuyo cumplimiento exigía una técnica especial asaz de anacrónica. Éste ha sido

“Lo real es que, por un lado, se trata de un reclamo impertinente –quiero decir, que legislar más no significa hacerlo mejor– y por otro, haría bien el Congreso en aceptar que lo hace poco, dado que le será imposible probar que lo hace bien.”

reemplazado por un sólo motivo: la **infracción normativa**. Con los controles antes descritos esta reducción tenía sentido; eliminados éstos, el uso malicioso del recurso se va a multiplicar (jamás olvidemos que en todo proceso las partes también están enfrentadas respecto de la duración de aquél). En consecuencia, de ahora en adelante quien quiera dilatar su caso sólo tiene que describir la presunta infracción normativa. El estrepicio está consumado.

2) Por una razón que no ha sido expresada, simplemente porque no existe, se ha regulado la aplicación inmediata de la ley. Esto implicaría que los recursos que llegan con el sustento de alguna de las causales del derogado artículo 386, deberían ser examinados por la Corte atendiendo a si cumplen o no con la causal de “infracción normativa”. Como ningún recurso va a contener dicha causal mis colegas no son brujos la Corte debería declarar la improcedencia de todos los recursos de casación interpuestos antes de la vigencia de la nueva ley, pero que estaban pendientes de calificación a la fecha de su entrada en vigencia. Eso es de aplicación inmediata.

Sin embargo, estoy seguro de que ello no va a ocurrir. Los recursos tienen que ser calificados atendiendo a la fundamentación que contienen. Se va a tomar que realizar una interpretación *contra legem*, la cual, siendo delicada y peligrosa, suele ser admitida en doctrina siempre que el empleo de la interpretación literal conduzca a una situación jurídica absurda o arbitraria. Y esto no es novedad, ya que en *Thomas vs. Sorrell*, la Casa de los Lorens enseñó: *“Una ley que un hombre no puede obedecer, ni obrar conforme a ella, es nula y no es ley; pues es imposible obedecer contradicciones, y obrar conforme a ella”*. Es una sentencia de 1677.

¿Hasta cuándo las leyes con un elevado componente técnico van a seguir siendo aprobadas pensando en la estadística de fin de año? Somos demasiado pobres como para desperdiciar, por negligencia inexcusable, la oportunidad de producir una reforma del Estado bien hecha.

El proceso contencioso administrativo en materia previsional



Por
Roberto Luis Acevedo Mená
Jefe Supremo de la Corte
Suprema de Justicia de la República

El Derecho constitucional a la seguridad social como objeto de protección del proceso contencioso administrativo en materia previsional.

Antes de abordar lo relativo al proceso contencioso administrativo en materia previsional, conviene detenerse a analizar cuál es el objeto de protección por dicho proceso a efectos de comprender mejor las particularidades y necesidades del mismo.

La concepción de la seguridad social como el derecho constitucional que toda persona tiene y que el Estado reconoce como derecho universal o derecho humano con carácter inalienable, cuyo propósito es protegerlo frente a futuras contingencias elevando su calidad de vida, ha sido recogida por el artículo 10^o de nuestra Constitución Política en los siguientes términos:

"El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida".

En estos tiempos resulta plenamente aceptada la función y fin social que cumple el derecho, cuya expresión es el derecho social y su principal axioma: "la protección del débil".¹ En esta línea de ideas, se considera que desde el punto de vista económico, la vida del hombre tiene dos espacios, uno de productividad y otro desprovisto de actividad económica-productiva; éste segundo espacio, se evidencia en dos momentos distintos y opuestos: cuando se prepara para ser productivo y en la vejez. Mientras se prepara para ser productivo, el amparo de los padres y de la familia es el sustento que garantiza su subsistencia, pero durante la vejez, resulta indispensable un sistema de seguridad social que garantice la subsistencia digna del hombre; toda vez que con su fuerza de trabajo aportó a la sociedad y cumplió su función social dentro de esta.

Sin embargo, la concepción del derecho previsional ha sufrido cierta variación en su carácter solidario a partir de la creación del sistema privado de pensiones, cuya naturaleza atenúa el principio de solidaridad, privilegiando el contrato entre las partes, como el contrato de seguro previsional.

¹ DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. México, Editorial Porrúa S.A., 4ta. Edición, 1977, pp. 116-117. CABANELLAS, Guillermo. Introducción al Derecho Laboral. Buenos Aires, Biblioteca Obrera, 1960, pp. 15-16.

Actualmente el Perú, cuenta principalmente con tres regímenes previsionales ordinarios que son: (a) El Sistema Nacional de Pensiones SNP, cuya expresión legislativa es el Decreto Ley 19990, (b) El Régimen de la Cédula Viva, expresado en el Decreto Ley N° 20530 y (c) el Sistema Privado de Pensiones SPP, expresado en el Decreto Ley 25897.

Los dos primeros regímenes son administrados por el Estado y forman parte del sistema público de pensiones, mientras que el tercero es administrado por entidades privadas, denominadas AFP. En este panorama, podemos distinguir en el derecho previsional, dos regímenes generales diferenciados por el sujeto que se encarga de su administración, y dentro del primero, dos regulaciones específicas (20530 y SNP). De esta manera, en el sistema previsional, integrado desde el punto de vista del sujeto que los administra, se reconoce un sub sistema público y un sub sistema privado.

La incidencia del carácter constitucional del derecho a la seguridad social implica que éste no solo tenga una dimensión subjetiva a favor del titular del derecho, sino también una dimensión objetiva que impone al Estado, a través de sus órganos encargados de hacer efectivo este derecho, y a las entidades privadas involucradas con su administración, un deber de cumplimiento y garantía de este derecho fundamental, lo que se extiende indistintamente al Poder Judicial al atender y resolver las pretensiones derivadas de la seguridad social. De ahí que al resolver estos conflictos, el juez contencioso en materia previsional no sólo tiene el deber de controlar la actuación de la administración en materia previsional, sino también el de velar por el cumplimiento y garantía del derecho constitucional a la seguridad social, lo que convierte a estos jueces al mismo tiempo en jueces constitucionales.

De otro lado, con la vigencia de la Ley N° 27584, que convierte al proceso contencioso administrativo en uno de plena jurisdicción, se garantiza en mayor medida el derecho a la tutela judicial efectiva en este proceso, concordando con CASSAGNE² en cuanto señala que este principio produce un impacto trascendente en el proceso contencioso administrativo, posibilitando la libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo o sofocarlo o tomar irrazonable su aplicación lo que guarda relación con el agotamiento

de la vía administrativa previa, un derecho probatorio amplio, así como obtener una sentencia de fondo motivada y fundada, en un tiempo razonable y que esa sentencia se cumpla de manera eficaz.

II. La actuación del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República en materia previsional.

Las ejecutorias emitidas en los últimos años por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República han establecido criterios materiales y procesales que constituyen jurisprudencia en materia previsional, las cuales requieren ordenación a fin de ser fuente efectiva de Derecho en la práctica jurisprudencial.

La justicia constitucional se ha desarrollado principalmente a través de los procesos de amparo, cumplimiento e inconstitucionalidad, se expresa básicamente en la actuación del Tribunal Constitucional el que ha contribuido en la fijación de los criterios previsionales, interpretando tanto derechos específicos como inespecíficos de rango constitucional, de los que son titulares los pensionistas.

“...La concepción del derecho previsional ha sufrido cierta variación en su carácter solidario a partir de la creación del sistema privado de pensiones, cuya naturaleza atenúa el principio de solidaridad, privilegiando el contrato entre las partes, como el contrato de seguro previsional.”

Dicha actuación se ha hecho efectiva haciendo uso tanto de la doctrina o jurisprudencia constitucional como de precedentes vinculantes, conforme al mandato contenido en los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

El artículo VI precitado establece: “Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y

² CASSAGNE, Juan Carlos. “La Tutela Judicial efectiva, su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa.” En: Estudios de Derecho Administrativo III. Buenos Aires, Ediciones Díaz Forno de Cuyo, 2000, pp. 24-27.



principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

Por su parte, el artículo VII que regula el precedente vinculante señala lo siguientes: “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”.

A su vez, las ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia de la República en los procesos contenciosos administrativos regulados por la Ley N° 27584, han generado doctrina y principios jurisprudenciales referidos a la justicia contencioso administrativa previsional.

El artículo 37° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, regula el precedente vinculante en materia contencioso administrativa en los siguientes términos:

“Cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema lije en sus resoluciones principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, constituyen precedente vinculante.”

Haciendo uso de esta facultad, la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha definido precedentes vinculantes en materia contencioso administrativa previsional incorporados en la página web

correspondiente a la Primera Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Durante el año 2008, de un total de 9.219 expedientes ingresados, 4005 correspondían únicamente a casaciones previsionales, lo que representa un 43% de la carga total de dicha Sala. De dicho total de expedientes se resolvieron por parte de la Primera Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia 5.941 expedientes.

Sin embargo, pese a la excesiva carga procesal, principalmente derivada de materia previsional, y no obstante los esfuerzos desplegados por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución N° 258-2008-CE-PJ se creó la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, la que se encargaría de tramitar los expedientes asignados desde el número 1 al 4000 del año 2008, mientras la Primera Sala Transitoria continuaría recibiendo los expedientes que se elevan a la Corte Suprema de Justicia de la República.

La situación a nivel de Juzgados es de considerable importancia dada la excesiva carga procesal que en materia previsional vienen asumiendo. Frente a dicha situación el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resoluciones Administrativas Nos. 167-2008-CE-PJ y 319-2008-CE-PJ, ha dispuesto instaurar la subespecialidad previsional dentro de los Juzgados Contenciosos Administrativos de Lima; así como convertir algunos Juzgados Civiles de Lima en Juzgados Contenciosos Administrativos con Subespecialidad Previsional. Esta subespecialidad previsional será asumida por el 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16° y 17° Juzgados Contencioso Administrativo Permanente, y por el 1°, 2°, 3° y 4° Juzgados Transitorios de la misma materia.

Asimismo, se ha dispuesto que el 19°, 26°, 38°, 39° y 49° Juzgado Civil de Lima se conviertan en Juzgados Especializados en lo Civil y Sentenciadores de la subespecialidad previsional.

Conforme a la información proporcionada por el Área de Desarrollo de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, la carga procesal en materia previsional de los referidos juzgados al mes de diciembre de 2008 es de 25,000, entre los Juzgados Transitorios Previsionales (9,565) y los Juzgados Permanentes Previsionales (15,435).

3. Información recopilada y proporcionada por el Asesor del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial, Dr. Kenneth García Trillos.

III. Pretensiones en materia previsional: Sobre el contenido esencial del derecho a la pensión y su tutela jurisdiccional a través del proceso de amparo y el proceso contencioso administrativo en materia previsional.

Todas las pretensiones de orden previsional respecto de regímenes previsionales administrados por el Estado, se tramitan en el proceso contencioso administrativo previo agotamiento de la vía administrativa. Dicho agotamiento no es necesario cuando la pretensión planteada en la demanda esté referida al contenido esencial del derecho a la pensión y, haya sido denegada en la primera instancia de la sede administrativa, de acuerdo con el artículo 19° inciso 4 de la Ley N° 27584, supuesto este último incorporado por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1067, publicado el 28 de junio del año 2008.

La referencia al "contenido esencial del derecho a la pensión" en una norma legal hace alusión directa a la teoría del núcleo duro de los derechos constitucionales y con ello a las definiciones del Tribunal Constitucional sobre dicho núcleo en lo referente a derechos previsionales.

El Tribunal Constitucional en el considerando 37 de la sentencia emitida en el Expediente N° 1417-2005-AVTC- LIMA, caso de Manuel Anicama Fernández, emitida el 8 de julio del 2005, estableció los criterios por los que se define el contenido esencial de los derechos previsionales:

En primer término, ha establecido el Tribunal Constitucional que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social conestanciales a la actividad laboral, pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al sistema nacional de pensiones.

En segundo lugar, ha determinado el Tribunal Constitucional que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión.

Asimismo, ha establecido el Tribunal Constitucional que en tanto el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el

derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un mínimo vital.

Es precisamente en estos casos, en los cuales está presente el contenido esencial de los derechos previsionales que el Tribunal Constitucional admite que la tutela jurisdiccional se brinde en el proceso de amparo, como excepción a la regla de que los derechos en general, y previsionales especialmente, contra los actos de la administración pública, se tramitan en el proceso contencioso administrativo regulado por la Ley N° 27584.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN:

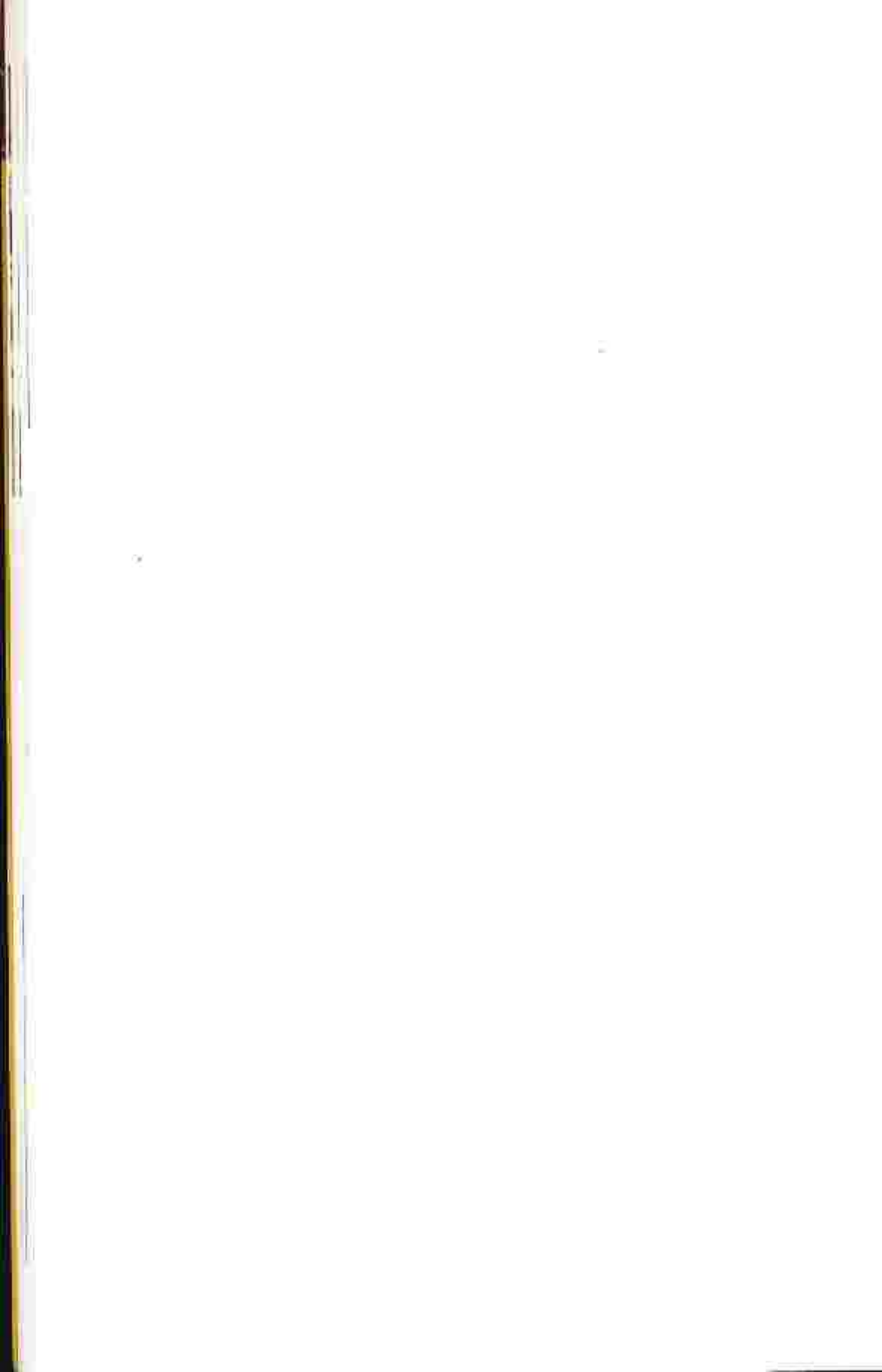
Los esfuerzos que viene desplegando el Poder Judicial a través de las decisiones administrativas emitidas por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial para afrontar esta problemática social y jurídica, así como sus diversos órganos jurisdiccionales desde las Salas Constitucionales y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República hasta los recientes Juzgados Contenciosos Administrativos con Subespecialidad Previsional, en la fijación de doctrina y principios jurisprudenciales uniformes para la solución de estas controversias de naturaleza social no serán suficientes si no media por parte de la administración en materia previsional una voluntad firme y decidida de poner término a estos conflictos en sede administrativa, sin necesidad de que los justiciables tengan que acudir al Poder Judicial reclamando derechos que por mandato de la Constitución o la ley les corresponde percibir.

La expedición del Decreto Supremo N° 150-2008-EF, a través del cual se establecen disposiciones relativas a la aplicación de la Ley N° 23908 y su atención de oficio por parte de la Oficina de Normalización Previsional, así como la reciente publicación en el diario oficial El Peruano con fecha 28 de marzo de 2009 del Decreto Supremo N° 077-2009-EF, que establece disposiciones relativas al pago de devengados al Sistema Nacional de Pensiones, Decreto Ley N° 19990, constituyen signos positivos de la administración que coadyuvan al cumplimiento y garantía del derecho constitucional a la seguridad social de una gran parte de la población peruana.





DERECHO PENAL



El principio de excepcionalidad y de provisionalidad del mandato de detención



Por
César Hinojosa Parluchi
*Presidente de la Corte Superior
de Justicia del Cauca*

EL PRINCIPIO DE LA EXCEPCIONALIDAD DE LA DETENCIÓN JUDICIAL.

En un Estado constitucional de derecho la prisión provisional no debe convertirse en regla general. Por el contrario, sólo debe aplicarse en los casos absolutamente necesarios para el cumplimiento de sus fines¹. El mandato de detención no puede convertirse en una ejecución anticipada de pena, ni tener carácter obligatorio.²

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 9^o inciso 3 consagra de manera clara la necesidad de que los Estados que suscribieron el Pacto consagran el principio de la excepcionalidad de la detención al prescribir que: *"La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general"*.

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas ha elaborado y expedido unas *reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)* que consagran el principio de la excepcionalidad de la detención:



"6. La prisión preventiva como último recurso.

6.1 En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad [...]"

1. Cf. GINEÑO SENDRA, VICENTE, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Cívica 2004, p. 537; CALDERÓN CEREZO, ANGEL - CHOCLAN MONTAÑO, JOSÉ ANTONIO, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 260; ARAGONESES, MARTÍNEZ, SAFA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Cívica, 6^{edición}, 2005, p. 300.

2. Cf. LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARIA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1988, Tecnos, 2^a edición, p. 270.

Asimismo ha recomendado:

"2.3. A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas".

En la sentencia del Tribunal Constitucional peruano que resolvió el **EXP. N° 3357-2003-HC/TC (CASO HUAMÁN CÓRDOVA Y OTRO)** de fecha 02 de julio del 2004 ha señalado:

"La prisión provisional constituye también una seria restricción del derecho humano a la libertad personal, el mismo que constituye un valor fundamental del Estado constitucional de derecho, pues en la defensa de su pleno ejercicio subyace la vigencia de otros derechos fundamentales, y es allí donde se justifica, en buena medida, la propia organización constitucional. Por ello, la *detención provisional no puede constituir la regla general a la cual recurre la judicatura, sino, por el contrario, una medida excepcional de carácter subsidiario, razonable y proporcional*".

Asimismo, el Supremo intérprete de la Constitución, en el **EXP. N° 791-2002-HC/TC (CASO RIGGS BROUSSEAU)** mediante sentencia de fecha 21 de julio del 2002 ha prescrito:

"Al tratarse la *detención judicial preventiva* de una *medida excepcional*, el principio *favor libertatis* impone que la *detención judicial preventiva* tenga que considerarse como una *medida subsidiaria, provisional y proporcional*, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar. El carácter de *medida subsidiaria* impone que antes de que se dicte, el juez deba

considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la *detención judicial preventiva*, se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente válido, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar de la *detención judicial preventiva*".

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 7 de septiembre del 2004 que resolvió el Caso Tibi vs. Ecuador declaró:

"106. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter *excepcional*, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática."

II.- El principio de la provisionalidad de la detención judicial.-

La doctrina procesal penal y constitucional está de acuerdo en afirmar, de manera unánime, que el principio que rige la imposición de las medidas cautelares, entre las que se cuenta el mandato de detención, es el de *provisionalidad* y/o *transitoriedad*. La provisionalidad es la característica más importante de las medidas cautelares.

Se ha señalado, con razón, que: "Las medidas cautelares son siempre provisionales"³ sólo son aplicadas por un tiempo⁴ y en la medida que están sometidas a restricciones temporales nunca pueden ser definitivas⁵ o de duración indeterminada.⁶ Con razón, se sostiene que la prisión provisional puede ser reformable de oficio o a la instancia de parte durante el curso del proceso⁷ y está sujeta a variación en la medida que cambien los presupuestos y condiciones que justificaron la aplicación de la anterior medida (de detención).

3. Cf. GIMENO SENDRA, VICENTE. *Derecho procesal penal*, p. 464; ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA. *La prisión provisional*, p. 43.

4. Cf. GIMENO SENDRA, VICENTE - MORENO CATENA, VÍCTOR - CORTES DOMÍNGUEZ, VALERIO Iñ. *Derecho procesal penal*. Madrid: 1999, Colex. 1ª ed., p. 474; ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA. *Derecho procesal penal*. Valencia, 2003, *Temas de Derecho*, 2ª ed., p. 203.

5. Cf. ORÉ GUARDIA, ARSENIO. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima 1999, Edición Alternativas, 2ª ed., p. 733.

6. Cf. BARDNAVILLAK, SILVIA. *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal*. Valencia, 2001, *Temas de Derecho*, 10ª ed., p. 443; ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA. *La prisión provisional*, p. 44; SÁNCHEZ, VELARDE, PABLO. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, 2004, p. 733; CUSAS VILLANUEVA, VÍCTOR. *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*. Lima, 1997, *Palencia*, p. 172.

7. Cf. CUSAS VILLANUEVA, VÍCTOR. *Proceso Penal. Teoría y Práctica*, p. 172.

8. Cf. ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA. *La Prisión Provisional*, p. 237.

La única manera de que la prisión provisional o el mandato de detención no se convierta en pena es justamente reconociendo el carácter provisional de estas medidas.

Tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en el caso **RIGGS BROUSSEAU**, Exp. N° 791-2002-HC/TC (en el mismo sentido en el caso **HUAMAN CORDOVA Y OTRO**, Exp. N° 3357-2003-HC/TC; **SILVA CHECA**, Exp. N° 1091-2002-HC/TC):

"La detención judicial preventiva debe ser también una medida provisional, es decir, el mantenimiento de ésta sólo debe persistir entre tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado. UNA VEZ INVESTIGADOS LOS HECHOS, EL CONTENIDO GARANTIZADO DE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD PERSONAL Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EXIGE QUE SE PONGA FIN A LA MEDIDA CAUTELAR, PUES DE LO CONTRARIO, SU MANTENIMIENTO TENDRÍA QUE CONSIDERARSE COMO UNA SANCIÓN PUNITIVA, INCOMPATIBLE CON SU NATURALEZA CAUTELAR Y CON LOS DERECHOS ANTES ENUNCIADOS".

El Tribunal Constitucional peruano en el caso **DOMINGUEZ TELLO** (Exp. N° 1260-2002-HC/TC) ha declarado:

"La inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva en arbitraria por no encontrarse razonablemente justificada".

Incluso, hay quienes plantean, en aplicación del principio de provisionalidad que el mandato de detención sea revisado periódicamente de manera obligatoria a través de la introducción de una

"La doctrina procesal penal y constitucional está de acuerdo en afirmar, de manera unánime, que el principio que rige la imposición de las medidas cautelares, entre las que se cuenta el mandato de detención, es el de provisionalidad y/o transitoriedad"



disposición legal expresa, sin que ello sea obstáculo para que se pueda revocar la medida de oficio¹³.

El principio de transitoriedad de la detención es un derivado del principio constitucional de proporcionalidad en su variante del subprincipio de necesidad, el cual reclama que solo se debe acudir a la prisión preventiva en la medida que no haya una mediata alternativa menos gravosa.

La consecuencia material de este principio es que la detención no puede ser indefinida, ilimitada o sin fecha de caducidad, pues se atentaría con los principios y bases de un Estado de Derecho.

13. Ib. p. 44.
14. Ib. p. 238.

La Constitucionalidad del modelo acusatorio



Por
Gastón Molina Huamán
Juez Superior Titular Presidente de
la Corte Superior Penal del Callao



Por primera vez en la historia de nuestra legislación, el Nuevo Código Procesal Penal, promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 957, establece disposiciones específicas que lo caracterizan como un cuerpo normativo procesal absolutamente constitucionalizado. En efecto, así tenemos que el artículo 155°.1 del nuevo Código Procesal Penal establece mandatoriamente

que: "la actividad probatoria en el proceso penal está regulado por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código". Del mismo modo el artículo 356.1 del mismo cuerpo legal, precisa entre otros, que el juicio, etapa principal del proceso, "se realiza sobre la base[...] de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú[...]". Como se puede notar, cuando se hace referencia a la constitucionalización del proceso penal, en el modelo acusatorio, sus límites no se concentran exclusivamente en la Constitución Política del Estado, lo que dicho sea de paso es una Constitución abierta, sino se hace referencia a los Tratados Internacionales aprobados y ratificados por el Perú, sobre este respecto hay que agregar, que aun cuando no exista tratado aprobado o ratificado, siempre se podrá recurrir al principio de reciprocidad, así como a las disposiciones del propio código, que como se podrá notar contienen en su esencia disposiciones de absoluto respeto por los derechos fundamentales de los imputados, sin dejar de lado el que corresponde a los agravados.

Un somero análisis del Título Preliminar ha de confirmar lo antes dicho. Allí se condensan instituciones reglas y principios tan importantes como el de imparcialidad, plazo razonable, oralidad,

publicidad, contradicción, igualdad procesal, igualdad de partes), así como los ya conocidos relativos a la instancia plural, *ne bis in idem*, diferenciación de roles, órgano jurisdiccional predeterminado por ley, motivación, proporcionalidad, favorabilidad de la ley procesal, legalidad de la prueba, derecho de defensa y lo más importante, y también novedoso, la prevalencia de las normas del Título Preliminar sobre cualquier otro del mismo Código.

¿EN QUÉ CONSISTE EL MODELO ACUSATORIO?

César San Martín Castro en su ponencia presentada en el curso de Pos grado de Derecho "Investigación y prueba en el Derecho Procesal Penal" de la Universidad de Castilla-La Mancha – Toledo 2006, cita al respecto a Máurico Duce y Cristian Riego, a fin de esbozar lo que denomina características centrales del sistema acusatorio, a saber:

- a) **Existencia de un juicio oral, público y contradictorio, como etapa central del procedimiento.**- La oralidad se constituye, en la etapa central del procedimiento (léase juzgamiento o juicio), en el vehículo fundamental (único) de comunicación, a fin de poner en práctica garantías tan importantes como la publicidad y el contradictorio (entre otros).
- b) **La separación de funciones jurisdiccionales y persecutorias, coincidentemente la diferenciación de roles entre jueces y fiscales.**- Esta característica resulta fundamental para entender el modelo acusatorio, esto es, la importancia de una clara distinción entre los roles que desempeñan tanto jueces y fiscales, (más bien fiscales y jueces) habida cuenta que la etapa investigatoria antes radicaba en el órgano jurisdiccional y hoy, por el contrario, este rol se invierte, correspondiéndole dicha función al Ministerio Público. Esta característica del principio acusatorio, no es otra cosa que el resultado de un Estado de Derecho, conforme al artículo 43^o de nuestra Constitución, esto es, un sistema demo-crático de derecho, que esencialmente distingue a dos personas diferentes, por un lado quien acusa, que bien puede ser el Ministerio Público (casi exclusivamente) o también un particular para los casos especiales, (querrelas) y, por otro lado, el juzgador, a quien le corresponde emitir

“...La concepción del derecho previsional ha sufrido cierta variación en su carácter solidario a partir de la creación del sistema privado de pensiones, cuya naturaleza atenía el principio de solidaridad, privilegiando el contrato entre las partes, como el contrato de seguro previsional.”

pronunciamiento respecto de los marcos de la acusación, con las limitaciones propias del objeto procesal, esto es el hecho o los hechos inculcados.

- c) **El reconocimiento de los derechos básicos del debido proceso a favor de los imputados, sin perjuicio de asumir la persecución penal pública como un componente fundamental.**- Este marco configurativo del sistema acusatorio gráfica aún más el por qué se considera que el nuevo modelo procesal penal es un proceso constitucionalizado, en la medida que, sin desatender los derechos de los agravados y el de la persecución penal pública a cargo, casi exclusivamente, del Ministerio Público, privilegia los derechos –fundamentales– del imputado, de allí que se considere este modelo como uno garantista, orientación que se presenta en el proceso desde el inicio hasta su total conclusión, con el único objeto de evitar la comisión de arbitrariedades que puedan afectar estos derechos, en la medida que el ejercicio punitivo del Estado, no puede ser ilimitado.

Finalmente, nada hay que garantice el éxito del modelo, salvo el convencimiento que los operadores o sujetos procesales puedan mentalizar. En otras palabras, involucrarse en el tema del nuevo modelo procesal implica, sin duda, más allá de la bondad de los principios, normas y reglas que regulan el acusatorio, un cambio de mentalidad que nos permita asimilar el modelo como aquel que propiciará lo cambios estructurales y mentales necesarios para evitar, lo que ahora es común, violar los derechos constitucionales y fundamentales de los imputados.

¿Derechos fundamentales o derechos humanos?



Por
Yvonne Flor Estrella Cama
Jefe Superior Titular del Collage

como sinónimo de derechos humanos, y ello lo advertimos frecuentemente, mediante conversaciones, exposiciones, u otros similares; incluso en tratados es utilizado estos términos sin hacer diferencia alguna; ¿quizá por la complejidad del tema por obedecer a una posición ideológica? Vaya interrogante que merece tratarla.

Bajo ese contexto, creo que son distintas instituciones, de ahí que es muy significativo e importante considerar lo verídico por el especialista en la materia, el profesor Faundez Ledesma, quien señala que el calificativo de "derechos fundamentales", es muy utilizado por la doctrina como sinónimo de derechos humanos; sin embargo ambos términos corresponden a una connotación diferente, cuyo sentido de esta concepción es compartida por Reynaldo Bustamante², quien al abordar el tema de los derechos humanos, considera que la doctrina viene utilizando diversas locuciones para referirse a este tipo de derechos; que algunos lo utilizan como sinónimos, mientras que otros anotan ciertas diferencias, poniendo como ejemplos a los derechos individuales, derechos naturales y por último a los derechos fundamentales, pero que sin

Esta interrogante me hice muchas veces, si eran términos sinónimos o distintos, sin poder discernirlos con precisión, bueno, ofrezco estas líneas como un pequeño ensayo; dando a conocer sus alcances, contenido y naturaleza. En efecto, se ha observado la frecuencia del uso de la expresión de derechos fundamentales

1. FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales. 2ª edición. Costa Rica. IICR, 1990. p. 27.

2. BUSTAMANTE ALARICÓN, Reynaldo. Postulismo jurídico y derechos humanos. In: el Veritas 17, 24, Lima.

embargo no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de estas dos últimas expresiones.

Sin embargo, Faúndez Ledesma, precisa que la expresión de derechos humanos está reservado para ciertos derechos básicos o elementales, que son inherentes a toda persona, y que derivan por su condición de ser humano, que califica su contenido material.

Es necesario, en verdad, abordar las precisiones teóricas respecto a estas dos definiciones que aparentemente guardan similitud en su terminología, pero lo que sí es claro es que en ambas locuciones gira el hombre, ser humano o persona humana positivado. Así lo observamos cuando se dice que una de las características resaltantes del mundo contemporáneo es el reconocimiento de que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarse licitamente. Estos derechos no dependen de su reconocimiento por el Estado ni son concesiones suyas. Tampoco dependen de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la cual pertenece. Son derechos universales que corresponden a todo habitante de la Tierra. La expresión más notoria de esta gran conquista es el artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos³. Entonces, por cierto vemos que ambas terminologías no se convergen, sino, más bien, guardan concordancia. De ahí, que es interesante e importante conocer las consideraciones sostenidas por los eruditos en la materia.

De este modo, primero, debemos centrarnos en sus definiciones lo que nos permitirá conocer sus diferencias, su contenido y naturaleza, por consiguiente empezaremos por la expresión de los derechos humanos.

LOS DERECHOS HUMANOS Concepto, contenido y naturaleza.

Con respecto al sentido lingüístico, sobre la acepción de derechos humanos, existen distintas expresiones, así tenemos a los derechos naturales, derechos públicos subjetivos, derechos morales, derechos individuales o derechos fundamentales, términos que han ido adoptándose a través del tiempo y la historia. Con lo cual entendemos que su

expresión no es pura; sin embargo, guarda una conexidad cultural explicada bajo un desarrollo histórico, con sus características que marca el tiempo, esto es, considerando su estado social, su filosofía, su ideología y posición científica⁴.

El término "derechos humanos" es, sin duda, uno de los más usados en la cultura jurídica y política actual, tanto por los científicos y los filósofos que se ocupan del hombre, del Estado y del Derecho, como por los ciudadanos. No en vano se puede decir que esa idea de derechos humanos tiene un significado similar al que tuvo en los siglos XVII y XVIII la de Derecho natural. Por su función reguladora de la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos, y por la convicción de muchos seres humanos de que constituyen una garantía para su dignidad y un cauce (el principal), para su libertad y su igualdad, la comprensión adecuada de los derechos es una tarea teórica de gran alcance práctico⁵.

Coincidentemente, Pérez Luño, considera al referirse a los derechos humanos que "son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad humana (es decir las exigencias de una serie de principios o valores universalmente aceptables o válidos en sí mismos) las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional o internacional"⁶.

Es más, la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano, no puede ser empleado licitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehiculado para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones consonas con la misma dignidad que le es consustancial⁷.

Faúndez Ledesma define a los derechos humanos como las prerrogativas que conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual⁸. De la definición acotada, se desprende el elemento material y formal que son inherentes al concepto de derechos humanos.

3. NIKKEN, Pedro, El concepto de derechos humanos en la publicación, por el Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Los Derechos Humanos en los Instrumentos Internacionales y su desarrollo, en la Doctrina, Selección de Textos, p. 3.

4. PECES-BARBAMARTÍNEZ, Gregorio, Curso de derechos fundamentales, Editorial Imprenta Nacional del Bolívar Oficial del Estado, Madrid, 1946, p. 23.

5. PECES-BARBAMARTÍNEZ, Gregorio, Lecciones de derechos fundamentales, Editorial Trilce, Madrid, 2004, p. 18.

6. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Derechos humanos, estado de derecho y constitución, Tecnos, Madrid, 2001, p. 48,3.

7. NIKKEN, OI, CI, p. 9.

8. FAÚNDEZ LEDESMA, OI, CI, p. 28.



Bajo esta concepción, los derechos humanos han pasado a constituir una categoría normativa de la mayor importancia en cuanto a lo que constituye un comportamiento legítimo respecto de los órganos del Estado. Ciertamente, históricamente, los derechos se han ido desarrollando como una garantía del individuo y de los grupos más vulnerables dentro de la sociedad en contra de la opresión del Estado como derecho del individuo que tendrían preeminencia frente a los derechos del Estado, de la sociedad o de otros grupos.

Su caracterización de derecho inherente a todo ser humano y de vigencia universal hace que sus obligaciones correlativas recaigan en los Estados y no en otros individuos, situación que la doctrina la califica como "efecto vertical" de los derechos humanos, sin dejar su "efecto horizontal", esto es, de las obligaciones específicas para los Estados, en cuanto es garante de los mismos derechos.⁹

Indudablemente, apreciando todo este contexto, nos permite considerar que las raíces y evolución de los derechos humanos están en páginas pasadas, en realidad es todo un tránsito de lucha política, como se genera "y logra" los derechos del ser humano; sin embargo, es a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, que se ha dado mayor impulso en el reconocimiento internacional de ciertos derechos básicos de la persona, a los que se denominó derechos humanos; y a los que paralelamente se rodeó de garantías y de mecanismos procesales

internacionales de protección, configurando un sistema de garantía colectiva de los Estados, distinto del previsto en los ordenamientos jurídicos nacionales y complementario de éstos.¹⁰

Por otra parte, Häberle, sostiene que los "derechos humanos" son también "derechos del pueblo", en un sentido más profundo y filosófico-jurídico aún no plenamente elaborado por las teorías de los **derechos fundamentales**, constitucional y del Estado.¹¹

López Sánchez, señala que la evolución de los derechos es un proceso de constante tensión dialéctica en la historia y, en ese sentido, aborda el proceso evolutivo de los derechos humanos, clasificando su desarrollo bajo un contexto de Estado absolutista (el Estado soy yo), de Estado liberal (doctrinas contractualistas) y de Estado constitucional. Indudablemente, existe una íntima relación entre la historia y el fundamento de estos tres modelos: el inglés, el americano y el francés, que han sido la base de la edificación de los **derechos humanos**, que serán útiles para comprender las distintas revoluciones y movimientos sociales que se encargaron de impregnar los valores jurídicos de igualdad, libertad y fraternidad, sobre los cuales se construyó el Estado Liberal de derecho, para posteriormente erigirse el Estado constitucional. De ahí la importancia de conocer el alcance de estos tres modelos.

EL MODELO INGLÉS, se origina en las ideas del iusnaturalismo racionalista y el contractualismo del siglo XVII y la Carta Magna de Juan sin Tierra, en 1215, continuando con la Petition of Rights de 1628, el Acta de Habeas Corpus de 1679, la Bill of Rights de 1689 y el Act of Settlement de 1701. Cuyo modelo de las libertades consiste en la "composición de libertades por parte del Estado, mediante el tránsito pacífico del estado medieval al estado moderno del siglo XVII, prescindiendo de la presencia de un poder político soberano altamente concentrado, capaz de definir las esferas de las libertades individuales".¹²

El modelo CONSTITUCIONALISMO AMERICANO, es heredero de las ideas del *liberalismo político de John Locke y la tradición empirista y utilitarista anglosajona. Predominando la concepción del derecho natural sobre el Derecho positivo. Por otra parte, por la influencia de pensadores como Puffendorf, es el iusnaturalismo racionalista, Montesquieu y el movimiento filosófico ilustrado se asemeja al modelo político francés*.¹³

⁹ Ibid. pág. 25

¹⁰ Ibid. p. 25

¹¹ HÄBERLE, Peter. *Nueve ensayos constitucionales y un Lección Jubilar*. Editorial Puerto. Lima, 2004, p. 65

¹² LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. *Justicia constitucional, derecho supranacional e integración en el derecho latinoamericano*. Editorial Grijó, 2007, pp. 196-197

¹³ PECE-SARBA, Gregorio. *Cursos de Derechos Fundamentales*. Editorial Universidad Carlos III. Sus. Madrid, 1988, p. 150

Cabe recordar la existencia de otros acuerdos como antecedentes de la Revolución Americana en el siglo XVIII, entre ellos, están la Declaración del Pueblo de Virginia y la Declaración de Independencia de 1776, en los que se afirma que todos los hombres son iguales. En el mismo sentido es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que reconoce que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos, pero con un modelo historicista e individualista.

Precisamente con este modelo surge una Constitución limitativa de los poderes del Estado. Su acceso al Derecho constitucional, da lugar al surgimiento de los derechos civiles y políticos denominados primera generación de derechos humanos; y a los derechos económicos, sociales y culturales, como de segunda generación de los derechos humanos.

Sin embargo, ahí no queda todo, se acentúa la necesidad de la existencia de la protección internacional de los derechos humanos como una forma de preservar la vida, la dignidad y la salud. Su presencia se deja sentir, entre otros, con La Convención de la Haya de 1907. Es en ese campo internacional donde aparecen los llamados de tercera generación de los derechos humanos, cuya finalidad es la protección de ciertas categorías de personas con una serie de denominaciones; asimismo, de los derechos colectivos de la humanidad, esto es, derecho al desarrollo, a un medio ambiente sano y el derecho a la paz.

Prieto Sánchez, mencionado por López Sánchez, precisa que "la revolución norteamericana no buscaba un legislador virtuoso y omnipotente a fin de emprender la transformación social, sino, al contrario, un legislador limitado que no coincidiese en el desconocimiento de los derechos"¹⁴.

Y, por último, el paradigma FRANCÉS, se da con la Revolución francesa y el movimiento filosófico, situación que "no les producía muchas simpatías el poder de los jueces, ya que no se les veía como los protectores de los **derechos fundamentales**, sino

más bien como instrumento de dominio al servicio del despotismo"¹⁵.

Estos múltiples movimientos políticos, con reconocidos logros de derechos plasmados en relevantes documentos, traen a colación lo sostenido por Pedro Nikán, sobre derechos humanos, al considerar que son derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, y que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer. De ahí que el poder público debe ejercerse al servicio del ser humano. Y, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarle licitamente.

Otro entendido en el tema es el conocido Pérez Luño, quien al referirse a los derechos humanos, precisa que los teóricos no han podido eliminar el halo emotivo que circunda a la expresión derechos humanos, ni sustraerse a sus implicaciones ideológicas; es más, en muchas ocasiones sus tesis se han dirigido de forma expresa a potenciarlas; porque en efecto, si se interroga al ciudadano medio respecto a qué entienda por derechos humanos; en su mayoría dirán que es superfluo, por la pretendida evidencia que cada ser humano tiene de sus propios derechos; porque si se profundiza el alcance de esta expresión, las divergencias serán notables y hasta a veces contradictorias. Aun cuando es muy corriente sostener que los derechos humanos son el producto de la progresiva afirmación de la individualidad.¹⁶

Nuestro Tribunal Constitucional también ha desarrollado el concepto sobre derechos humanos.¹⁷

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Concepto, contenido y naturaleza.

Es importante tener una definición clara sobre los derechos fundamentales, en un Estado democrático de Derecho, en razón de que es básico contar con una doctrina jurídica, que nos precise el rol de los **derechos fundamentales**. De igual manera los requisitos que deben contar las limitaciones que a ellos pueden imponerse, y en efecto, ello va a permitir resguardar el rol esencial de la persona y de su

¹⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, O. CIL p. 186.

¹⁵ FIGUEROA I. I. Raunado. Mencionado por López Sánchez, op. Cit. p. 188.

¹⁶ PEREZ LUÑO, Antonio. En: *Los Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1998. p. 21, 22 y 23.

¹⁷ STC. Exp. N° 0050-2004-AI/TC. I. 71. "Los derechos humanos son la expresión jurídica de un conjunto de facultades y libertades humanas que enciernen las necesidades y aspiraciones de todo ser humano, con el fin de realizar una vida digna, racional y justa. Es decir que, con independencia de las circunstancias sociales y de sus diferencias accidentales entre las personas, los derechos humanos son bienes que protogen todos los seres humanos por su condición de tales. Por ello, regular la legitimidad de las sanciones penales y no las ordenamientos jurídicos. La noción de derechos humanos en sí misma está sujeta de manera permanente a la tentación de manipularse. El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, considera conveniente resaltar esa aproximación a serlo desde la dogmática constitucional que permita su comprensión. Sobre ellos es posible predicar que son titulares de los principios de universalidad, imprescriptibilidad, intransferibilidad e inalienabilidad, irrevocabilidad, eficacia, trascendencia, interdependencia y complementariedad, igualdad, progresividad e universalidad y corresponsabilidad. Estas principios deben integrarse a la concepción de derechos fundamentales plasmados en la Constitución, que a su vez son resultado de las exigencias de los valores que concierne a la actividad política separadora, cuya realización normativa se encuentra en el derecho positivo. Más, esta limitación constitucional no puede ser entendida restrictivamente como una limitación formalista de los derechos humanos, sino con el criterio de la inclusión de los instrumentos normativos de politización, así como de las técnicas de su protección y garantía."

dignidad, pilares básicos de nuestro ordenamiento fundamental (por cierto, lo observamos en nuestra Constitución Política, Título I y Capítulo I, y en los demás ordenamientos).

“Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de derechos fundamentales: son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”¹⁸.

Al respecto, Pérez Luño, precisa que el término “derechos fundamentales” (*droits fondamentaux*) fue el primero en aparecer. Surgió en Francia en el año 1770, en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En este sentido, gran parte de la doctrina entiende que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales. También agrega que para algún autor los derechos fundamentales serían aquellos principios que resumen la concepción del mundo (*Weltanschauung*)¹⁹.

Por otro lado, Häberle, señala que, recientemente, en el seno de la doctrina alemana se ha querido concebir los derechos fundamentales como la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos políticos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho.

Sin embargo, puede observarse o deducirse de lo acontecido que se ha reservado el término derechos fundamentales para designar los derechos humanos positivados a nivel interno; considerándose, usualmente, la denominación de derechos humanos en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales. Lo que, pone en relieve la evidencia de que en nuestros días, la casi totalidad de los sistemas políticos desde las democracias liberales a los socialistas admiten virtualmente o de manera oficial alguna doctrina sobre los derechos del hombre. De ahí la referencia obligada en la mayoría de los textos constitucionales de los denominados derechos humanos²⁰; como también que las declaraciones constitucionales de derechos y libertades, tanto las antiguas como las nuevas, son constantemente violentadas.

López-Castillo, señalado por Rubio Llorente, dice que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de²¹ los ciudadanos no sólo en su sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. A la vez, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, regida por la Constitución. Y es bajo ese contexto, que los califica como los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores.

En tales términos, los derechos fundamentales surgen con las Constituciones; y, como bien lo dice Cruz Villalón, son una categoría dogmática del Derecho constitucional, de ahí que el Derecho constitucional nace con los derechos de la persona,²² cuya relevancia se da en el plano teórico como histórico.

No obstante, a la luz de lo que hemos apreciado, respecto de los conceptos expuestos por connotados juristas, es suficiente fijarnos en las finalidades y los valores que han animado al constitucionalismo, que nace y se consolida para tutelar la libertad del individuo en sus relaciones frente al poder público del Estado moderno; viene a ser su razón de ser en la afirmación de la noción de “poder limitado”. De hecho, los principales institutos jurídicos que remarcaban la evolución del Estado liberal de Derecho— desde la separación de los poderes a la reserva de ley, desde la rigidez constitucional al principio de legalidad— terminan por garantizar y favorecer el disfrute de los derechos humanos²³.

Por otro lado, Alexy, considera que los derechos fundamentales deben entenderse como un conjunto de normas y posiciones adscritas a una disposición de derecho fundamental. Precisa que estas disposiciones son las proposiciones de la Constitución que establecen los derechos fundamentales.

Giancarlo Rolla, desde esta perspectiva, precisa que los derechos fundamentales—a pesar de estar constituidos por una pluralidad de derechos específicos y autónomos— pueden ser considerados en toda su unidad, como elemento que caracteriza la forma de Estado, desde el momento que pertenece a los valores supremos sobre los cuales se funda la Constitución de un determinado país. En otras palabras, entre Constitución democrática y derechos fundamentales de la persona se establece una relación dialéctica según la cual, por un lado, la Constitución—en cuanto fuente suprema del ordenamiento—constituye la base de su reconocimiento y de su tutela; por otra parte, el disfrute del contenido esencial de los derechos fundamentales es la condición esencial para la subsistencia del Estado democrático de Derecho²⁴.

18 FERRAJOLI, Luigi, Los fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 19.

19 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Tecnos, Madrid, 1999, p. 30-31.

20 El caso nuestro, se encuentra aludido como Derechos Fundamentales de la Persona, en el artículo 2 del capítulo I del título I de nuestra Constitución Política de 1992.

21 RUBIO LLORENTE, Francisco, Derechos fundamentales y principios constitucionales. Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1980, p. 76.

22 ROLLA Giancarlo, Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Gley, Lima-Perú, 2006, p. 94.

23 ROLLA, Ob. Cit. p. 56.

24 ROLLA, Ob. Cit. p. 55.

A la luz de estas consideraciones y más allá de la terminología usada de los derechos humanos o derechos fundamentales, se puede colegir en la existencia, sin duda, de una relación o nexo inquebrantable entre Estado constitucional y garantía de los derechos fundamentales.

Peces-Barba, precisa que, atendiendo a la praxis lingüística, existen distintas palabras que expresan el concepto de *derechos humanos*, como *derechos naturales*, *derechos públicos subjetivos*, *libertades públicas*, *derechos morales* o *derechos fundamentales* y otros similares. Que, sin embargo, guardan cohesión cultural e histórica, derivadas de intereses, ideologías, posiciones científicas o filosóficas de fondo, pero con una raíz en el mundo moderno.

No obstante, con el término *derechos humanos*, se alude a dos situaciones diferentes:

La primera a una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna;

La segunda al término derecho para identificar un sistema de Derecho positivo; ejemplo cuando los derechos humanos están reconocidos en el Título Primero de la Constitución española y están protegidos, en su caso, por el recurso de amparo.

Tan es así, que se considera a la locución de derechos humanos como de un uso ambiguo al iusnaturalista y el positivista; mejor dicho, el uso del término "derecho" para reforzar la presión de la pretensión moral y su vocación de ser "Derecho positivo".

Prosiguiendo, con lo sostenido por Peces-Barba, los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.

"En conclusión cuando hablamos de derechos fundamentales estamos refiriéndonos, al mismo tiempo a una pretensión moral justificada y a su recepción en el Derecho positivo. La justificación de la pretensión moral en qué consisten los derechos se produce sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano. La recepción en el Derecho positivo es la condición para que pueda realizar eficazmente su finalidad".²⁵

De ello, podemos deducir que los derechos fundamentales no son otra cosa que los derechos humanos positivados en los ordenamientos jurídicos estatales, principalmente en su normativa constitucional.

También, es relevante la influencia de las posiciones ideológicas al referirse a estos fenómenos de derechos humanos y derechos fundamentales, de las cuales derivan sus conceptos. Así, tenemos que sectores del iusnaturalismo actual no aceptan el término dado para nuestros días, aunque reconocen su valor en la génesis histórica de los derechos. Eso es el caso, en España, de Pérez Luño o de Eusebio Fernández, aun cuando no hay duda que el término más común y el que todos los hombres comprenden o influyen es el de derechos humanos.

En conclusión, es evidente que las polémicas y divergencias, aun siendo intensas y argumentadas, tienen en común su nacimiento en el mundo moderno, respondiendo a una cultura individualista y antropocéntrica, frente a la cultura objetivista y comunitaria propia de la Edad Media, teniendo como sujeto al hombre, ser humano o persona humana y su protección como núcleo central, reconocido por el ordenamiento constitucional de un determinado país.

Al respecto el Tribunal Constitucional del Perú, también ha definido a los derechos fundamentales.²⁶

25. PECES-BARBA, OIV. OI. Pp. 18-28.

26. STC. Caso N°0058-2004 AYTC, FFJJ/72/79.

FJ. 72 "La necesidad de la delimitación conceptual de los derechos fundamentales, con respecto a otras categorías como los derechos humanos, es de suma importancia (en la función que cumplen dentro del Estado social y democrático de Derecho). El intérprete constitucional se encuentra obligado a partir de la letra siempre abierta de garantizar no el estado jurídico y las garantías que comprenden los derechos fundamentales, que debe conjugarse con el consiguiente esfuerzo práctico por consolidar su definitiva implantación.

Podemos partir por definir los derechos fundamentales como bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Esta noción tiene como contenido sustantivo presupuestos éticos y componentes jurídicos que se demuestran en el desarrollo histórico. Este es el sentido concreto en el cual debe concebirse el derecho a la acción.

En atención a ello, los derechos fundamentales, como objetivo de realización social, sirven para "[...] designar los derechos humanos positivados a nivel formal, en tanto que la fórmula derechos humanos es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales" [44].

[...] Los derechos fundamentales, como instituciones reconocidas por la Constitución, visibilizan la situación de los poderes públicos, orientan las políticas públicas y engendran la labor del Estado -eficacia vertical-, e irradien los estándares inter-procesales y eficacia horizontal.

En esencia, se supone que los derechos fundamentales "[...] aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado no otorgue con arreglo a las leyes, sino que reconoce y protege como hechos antes que él, y en los que sólo cabe pensar en una eventual renuncia en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado" [45].

No esta forma, el Tribunal Constitucional considera necesario configurar la naturaleza de los derechos fundamentales, que encontrando en sí mismos una esencia, deben ser percibidos por los seres humanos como una experiencia concreta de la vida cotidiana, para lo cual se deben garantizar condiciones objetivas para su pleno goce y ejercicio."

FJ. 79. [...] La esencia de los derechos fundamentales

Los demandantes expresan que los derechos fundamentales se caracterizan por su universalidad, precisando que pueden ser protegidos sin distinción o comunicación propia con ningún motivo. [...] afirmando que es un derecho moral de valor universal, deontológico, que preside de las normas históricas y la leyenda de las instituciones sociales concretas, así como del ámbito cultural, que humaniza la dimensión efectiva de los derechos fundamentales.

Este Tribunal considera que no se puede realizar una afirmación sobre el principio de universalidad de manera abstracta, los derechos están siempre presentes en la historia de la cultura e involucran con los valores que le dan sustento, entre ellos la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad y la estabilidad presupuestaria.

El principio de la universalidad no supone abstracción. Esta realización debe desarrollarse dentro de un Estado que garantice la democracia como forma de organización del poder y los derechos de la persona humana. Esto así se justifica plenamente la historicidad y la variabilidad de algunos presupuestos morales que fundamentan derechos, contenidos e incluso el deber de respetar al legislador.

La trascendencia de la casación en el Código Procesal Penal



Por
Carlos Zecunarro Mateus*

La opinión pública, viene reconociendo los esfuerzos que realizan el señor Presidente del Poder Judicial, la señora Fiscal de la Nación y otras autoridades, para avanzar decididamente en la pronta y gradual aplicación del actual Código Procesal Penal, ahora ya vigente en los distritos judiciales de Huaura, La Libertad, Arequipa, Moquegua, Tacna y Lambayeque. En ese contexto, se advierte que la institución de la casación penal, dentro del sistema acusatorio que se instaura, viene adquiriendo cada vez mayor presencia en los estrados judiciales del Perú, situación que nos ha motivado a vertir algunos modestos comentarios al respecto.

SOBRE SISTEMAS PROCESALES PENALES

Conforme al Diccionario¹, un sistema viene a ser el conjunto de principios, normas o reglas, enlazados entre sí, acerca de una ciencia o materia; ordenado o armónico; conjunto que contribuya a una finalidad; método o doctrina.

En ese sentido, actualmente en el Perú, en nuestro concepto, se transita de un sistema penal que inicialmente fue inquisitivo y que después varió en parte a uno mixto por las numerosas modificatorias que se introdujeron en el tiempo al Código de Procedimientos Penales de 1940, a un sistema acusatorio, que algunos califican como adversarial y otros también como garantista.

En el sistema inquisitivo, como muchos lo han planteado, en el enjuiciamiento criminal correspondía al juez la iniciativa probatoria y la discrecionalidad punitiva, sosteniéndose que en su desarrollo y aplicación se advertían elementos relacionados con la falta o restricción de garantías para las partes. En resumen, el juez investiga y a su vez emite sentencia. Por su parte, en el sistema acusatorio es el juez el que decide según los resultados de la acusación y la controversia mantenida con la defensa. Aquí el Ministerio Público investiga y acusa, y el juez juzga y emite sentencia. En el mixto, el proceso ordinario tiene dos etapas que son la instrucción y el juicio oral, y se advierten elementos de los dos sistemas anteriormente señalados; sosteniéndose que el actual aún vigente Código de Procedimientos Penales, se encuentra adscrito dentro de este último.

ETIMOLOGÍA Y ANTECEDENTES

Casación viene de la voz francesa: *casser* que significa "anular" o "quebrantar", y no otro es el sentido que ahora tiene².

En ese marco de referencia, se señala que por casación se entiende la acción de casar o anular, teniendo extraordinaria importancia en materia procesal, por que se trata de una facultad que está atribuida a los más altos tribunales para conocer de los recursos que se interponen contra las sentencias

* Magister en Derecho, Presidente de la Primera Sala Mixta Transitoria Penal del Cajas.
1. Ocorio, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales; Editorial Heliasta; Buenos Aires, Argentina; p. 926.
2. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Tomo I, pág. 609

definitivas de los tribunales de instancia, revocándolas o anulándolas, es decir casándolas o confirmando las, como se anota en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, de M. Ossorio.

Históricamente, como se ha destacado en varios estudios realizados sobre el particular, fue la Revolución francesa la que introdujo la institución del jurado que se sostiene es de origen popular. En cuanto interesa a la casación, su efecto radica en que su fallo era incontestable en materia penal, en cuanto a la apreciación que el jurado se formulaba con respecto a los hechos, empero, en el aspecto jurídico, la aplicación que se efectuaba de la ley penal sustantiva no podía ni debía seguir la misma suerte, por los trastornos que traería una violación o errónea aplicación de la ley, ya fuera a favor o en contra del imputado. Para no permitir esa posible incorrección en la aplicación del derecho se estableció en Francia la casación penal.

MODALIDADES

Es de conocimiento que los motivos de derecho sobre los cuales se asienta la casación, comprenden tanto lo que se denomina la *vitia in iudicando* (ley sustantiva) como la *vitia in procedendo* (ley procesal).

Conforme destacó el Dr. César Sax Martín, en una disertación efectuada en la Corte Suprema, se pueden apreciar las siguientes modalidades de casación penal: la casación constitucional (vulneración de preceptos constitucionales); la casación procesal (quebrantamiento de normas procesales); la casación material (que afecta a una norma de orden sustantivo); y la casación jurisprudencial (respecto a precedentes jurisprudenciales vinculantes).

EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Antes de la vigencia del Código Procesal Penal, se reguló la casación en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 34^o, inciso 2, al establecer que las Salas Penales conocen de los recursos de casación conforme a ley. Asimismo, en cuanto a la potestad casatoria se refiere, el Artículo 32^o estatuye que la Corte Suprema conoce de los procesos en vía de casación con arreglo a lo establecido en la ley procesal respectiva. En ese sentido, la institución materia de comentario ya se encontraba instaurada.

EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

En cuanto a impugnación se refiere, el actual Código Procesal Penal, está regulada en la Sección Quinta, del Libro Cuarto. En principio, se establece que adquiere la

denominación específicamente de recurso y no de medio impugnatorio, determinando que procede contra sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o sustitución de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

Empero, la interposición de dicho recurso está sujeta a limitaciones, se entiende para no ser indiscriminadamente formulada.

En ese contexto, se establece, en cuanto se refiere a los autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años; vale decir, la pena conminada del delito incriminado debe fluctuar entre la mínima y mayor a seis años; en ese sentido, para delitos cuya penalidad es menor a dicho término no resulta procedente.

DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El inciso 4 del artículo 427^o del Código Procesal Penal, determina que excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Al respecto, resulta necesario anotar que esta disposición tiene vinculación con el *certiorari*, que consiste en la posibilidad de que disponen los Magistrados de la *Supreme Court Of the United States* y de la *House of Lords británica* (*leave to appeal*), de seleccionar los asuntos sobre los que consideran relevante una decisión de sus respectivos tribunales, lo que suelen decidir sobre todo en casos en que consideran importante la decisión del tribunal para formar un precedente o para rectificar uno anterior, o incluso en casos en que razones de justicia avalen esta decisión del tribunal; por ejemplo en Estados Unidos, cuando de su decisión depende la ejecución de una pena de muerte; resultando que dicha decisión es discrecional.³

Para finalizar, dentro de esta apretada síntesis, es preciso acotar que la casación penal, actualmente, es de conocimiento de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República y es fundamentalmente distinta del recurso de nulidad, que aún se sigue concediendo en los procesos penales dentro de la normativa del Código de Procedimientos Penales.

3. El hecho y el derecho de la casación penal, de Jorge Néstor Fieroli, p. 281, Editorial Barcelona.

Concepciones generales sobre la pena



Por
Fidel Gómez Alca
Jefe Penal, Director del Cálculo

1. PENA.- Comúnmente se ha concebido como un mal que se impone a quienes han cometido un delito. Desde este punto de vista, se le considera como reacción contra quienes atacan a la sociedad; este concepto era ya conocido en la época de Ulpiano, para quien "la pena es la venganza de un delito"; Von Listz define la pena como "el mal que el juez inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobabilidad social con respecto al acto y al autor. Por su parte, Margliore, después de decir que el principio de retribución es el que mejor refleja el contenido y la naturaleza de la pena, la define como "un mal conminado e infligido al reo dentro de las formas legales, como retribución del mal del delito para reintegrar el orden jurídico injuriado".

La pena también se define como la consecuencia jurídica derivada de la comisión de un delito; Asimismo, el instrumento empleado por el derecho para la represión de conductas es el Código Penal cuando el sujeto activo de un tipo penal las transgrede. Es la sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplados en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito. El término pena (dolor) deriva del término en latín *poena* y posee una connotación de dolor causado por un castigo. El Derecho penal moderno aboga por la proporcionalidad entre el delito y la pena. En muchos países se busca también que la pena sirva para la rehabilitación del criminal (lo cual excluye la aplicación de penas como la pena de muerte o la cadena perpetua). La doctrina penal

alemana del siglo XIX creó algunos aforismos como: "nulla poena sine culpa" (no hay pena sin culpabilidad), "nulla poena sine lege scripta" (no hay pena sin ley escrita, principio de publicidad de las normas: "nullum crimen, nulla poena, sine praevia", no hay crimen ni pena sin una ley previa, principio de tipicidad y de irretroactividad de normas penales. "nulla poena sine iudicio", no hay pena sin juicio).

2. NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA PENA.- En este aspecto, se acostumbra distinguir dos grandes etapas o grupos, una, la de la pena fin, porque se la considera como teniendo un fin en sí misma, que se cumple con su sola aplicación, otra, la de la pena medio, en la que se le da ese carácter con el objetivo de intimidar o de colocar al delincuente en situación de que no pueda volver a delinquir.

3. FINALIDADES DE LA PENA.- Los fines que se le asignan presuponen que esta sea un mal para quien la sufre. Como lo es en todos los ordenamientos jurídicos positivos, pues toda pena significa una suspensión o restricción de los bienes jurídicos de que goza el condenado, ya sea que recaigan sobre la vida, la libertad, el patrimonio o el honor del penado.

La pena debe cumplir las siguientes finalidades: a) un fin retributivo, b) un fin preventivo; y c) un fin resocializador.

Según Santiago Mir Puig, si la pena no cumple con ellas sería un acto arbitrario, injusto e ilegal; principio que se enmarca dentro del inciso 22 del artículo 139^o de nuestra Constitución Política.

3.1. Finalidad retributiva.- La Teoría Absoluta o Retribucionista, Manuel Kant sostiene que la pena va servir para imponer o mantener el orden social y el principio de autoridad; la pena es en sí misma, es un fin en sí mismo. Si el delincuente ha negado la vida de su víctima, el Estado (Ley) debe negar el derecho a la vida del delincuente, es decir, la pena debe ser proporcional al daño causado. Dentro de esta misma corriente, la Teoría Religiosa, creó el aforismo que dice: "El que a hierro mata a hierro muere".

Para los fines comprendidos en esta tendencia o teoría, al delincuente que ha transgredido una norma jurídica se le aplica el castigo que merece. Por consiguiente, la pena es la retribución que sigue al delito. Se entiende que la pena no es un premio o estímulo, sino una sanción, esta sanción ya no es como en la Edad Media (torturas), sino de causar una aflicción espiritual, como, por ejemplo, estar lejos de su familia, o vivir a salto de mata.

Dentro de este grupo existen dos enfoques que pueden considerarse como los principales: a) la retribución moral y b) la retribución jurídica, cuyos clásicos más representativos fueron Kant y Hegel, respectivamente.

a. Retribución moral.- Para quienes ven a la pena como una retribución moral, así como el bien debe premiarse, el mal merece su castigo. Es un imperativo categórico, un mandato derivado de la ley, la pena debe existir independientemente de su utilidad, por cuanto así lo exige la razón, y ser aplicada al individuo solamente porque ha cometido un delito.

b. Retribución jurídica.- Los partidarios de la retribución jurídica sostienen que, al cometerse un delito, el individuo se revela contra el derecho, necesiándose en consecuencia una reparación –la pena– para reafirmar de manera indubitable la autoridad del Estado. Hegel dio a esta doctrina una forma dialéctica. Según este autor, dos negaciones están en pugna: el delito, negación del delito. La pena es pues, la negación de una negación y el mal de ella debe ser igual, el valor al mal del hecho cometido.

3.2. Finalidad preventiva.- Gira alrededor de la Teoría de la Prohibición Social. A través de la pena se evita que el delincuente vuelva a cometer un delito (queda advertido).

La Teoría Relativa o Preventiva de la pena, sostiene que el fin de la pena está fuera de la pena, es decir, si hay que condenar para "readaptar", encontrar la resocialización, entonces, la finalidad no es el castigo, sino la readaptación.

Feuerbach, dice que la Teoría Preventiva General de la pena produce una "coacción psicológica" y que ésta va a cada uno de los miembros de la sociedad –Va ha



producir temor. En otras palabras, la pena es disuasiva. Al sujeto que se le imponga una sanción por haberse burlado de la coacción psicológica, va ha servir para retraerse a los demás.

Von Liszt, sobre la Teoría de la Prevención Especial, sostiene que la pena tiene un destinatario (es el delincuente) y como tal habrá que resocializarlo, dándole un tratamiento adecuado (médico, laboral, psicológico, social, educativo) para luego reincorporarlo a la sociedad.

Según las doctrinas de la intimidación, la pena, que implica un sufrimiento, tiene por finalidad evitar los delitos por medio del temor que inspira.

Estas teorías, que señalan la importancia de la pena como amonesta dirigida a la colectividad, sólo tienen en cuenta el aspecto preventivo con respecto al posible autor del delito (prevención general), desconociendo del momento de la retribución jurídica (prevención especial). Además, se confundió lo que la pena es, con el objeto o fin que con ella se persigue, en este caso intimidar.

3.3. Finalidad resocializadora.- Esta teoría sostiene que la pena debe cambiar el comportamiento o corregir la conducta del delincuente, a través de un comportamiento penitenciario (laboral, médico, psicológico, social, educativo), a efectos de que cumplida la pena se integre a la sociedad como un hombre útil.

Es la conocida como Teoría de la Unión o Mixta, defendida por Claus Roxin "Tratado de Derecho Penal". Se denomina así porque va a unir algunas características de las teorías absoluta y relativa, se sostiene que las penas van a ser drásticas, pero también hay que darles una oportunidad al condenado (tratamiento penitenciario) libertad provisional, condicional, etc.

“...La pena es la retribución que sigue al delito. (...) ésta sanción ya no es como en la Edad Media (torturas), sino de causar una aflicción espiritual, como por ejemplo, estar lejos de su familia, o vivir a salto mata”.

El modo tradicional de agrupar las teorías que se refieren a la función de la pena ha sido objetado como ilegítimo, ya que puede afirmarse que ninguna de ellas ha dejado de reconocerle un fin. Puede decirse como lo hace Antolisei, que todas las teorías, no obstante la aparente gran variedad, se mueven alrededor de tres ideas fundamentales: la retribución, la intimidación y la enmienda.

Las teorías de la enmienda, llamadas también convencionalistas, tienden a evitar que el delincuente reincida, procurando su reeducación.

La función de la pena es, entonces, mejorar al reo, consiguiendo su enmienda, la pena deja así de ser un mal.

Un definido representante de esta tendencia fue Roeder, quien afirma que el delito cometido demuestra que la persona está necesitada de un mejoramiento moral y una severa disciplina, que la encasaja para volver a ser útil a la sociedad.

Se critica a la Teoría de la Enmienda que es generalizadora, al sostener que es innecesaria para quienes han cometido delitos culposos o políticos; se señala también, que prescinde los criterios de Retribución e intimidación.

Desde el punto de vista ontológico, es decir, de lo que la pena es en sí, como objeto jurídico, tiene naturaleza retributiva (Mezger, Cuello Calón, Núñez, Vasalli). Esta esencia retributiva de la pena no obsta a que tenga diversos fines, que deben fijarse separando previamente las etapas por las que atraviesa, mientras está en la ley es una amenaza o si se quiere una advertencia del Estado para quienes la violen. En una segunda etapa, el magistrado la aplica a quienes se han hecho merecedores de ella, y finalmente se la ejecuta; pasa pues por tres fases: legal, judicial y ejecutiva.

La pena, en su finalidad, en cuanto es amenaza cometida en la ley, tiende a ejercer coacción psíquica sobre los componentes del grupo, con el propósito de

mantener el orden jurídico establecido por el Estado; la función de la pena en esta fase es de prevención general. La pena al ser aplicada por el Juez, es específicamente retribución o compensación jurídica, pues es el momento en que para el derecho, se restablece el orden jurídico. No debe entenderse por restablecimiento del orden jurídico la vuelta de las cosas a su estado anterior al delito, sino el restablecimiento del imperio del derecho. En la tercera etapa, cuando la pena se cumple, el fin que se persigue es la enmienda o reeducación con miras a la prevención especial.

4. Características de la Pena:

4.1. Principio de legalidad.- No hay delito ni hay pena sin Ley. Significa que sólo se debe imponer la pena que en forma expresa está señalada en la ley penal. El juez debe respetar el mínimo y máximo de la pena señalado en la ley; sin embargo, se rompe este principio cuando se baja la pena por debajo del mínimo legal, lo que no sucede al revés.

Este principio que inspira actualmente al Derecho penal, apareció como una reacción contra los abusos del desmedido arbitrio judicial. A través de la historia, a este principio se le conoce, tradicionalmente, como "nullum crimen, nulla poena, sine lege".

4.2. Principio de culpabilidad.- De este principio se desprende que no puede existir pena sin culpabilidad del imputado; la pena debe fundarse en la verificación, comprobación de los hechos ilícitos que le son atribuidos al sujeto. No debemos olvidar que culpabilidad es reprochabilidad. La sanción penal implica dos cosas, primero, que una persona no puede ser castigada si éste actúa sin culpabilidad, ya que toda pena supone culpabilidad; segundo, la imposición de la pena al sujeto responsable se sustenta en su grado de culpabilidad.

4.3. Principio de lesividad.- La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. De lo que se infiere que toda conducta típica para que sea sancionable debe haber lesionado o por lo menos haber puesto en peligro el bien jurídico protegido por la ley penal. Su axioma es no hay delito sin daño.

4.4. Principio de proporcionalidad.- Esto es que la pena debe ser proporcional al daño causado. Así, por ejemplo, una cosa es hurtar una gallina y otra cosa es matar al dueño.

4.5. Principio de jurisdiccionalidad.- Significa que, sólo tiene la potestad de imponer la pena el Poder Judicial juez competente.

La Reparación civil y delitos de peligro en la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema



Por
Victor Jimmy Arbujá Martínez
Juez Penal Titular del Callao

La reparación es el objeto civil del proceso y el artículo 92° del Código Penal establece que se determina conjuntamente con la pena y el artículo 93° fija su contenido en: a) La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y b) La indemnización de los daños y perjuicios.

Los daños y perjuicios, para autores como Sessarego, son redundantes puesto que son lo mismo; sin embargo otros doctrinarios hacen la siguiente diferencia: los daños serían, el daño moral y el daño a la persona, mientras que los perjuicios estarían constituidos por el daño emergente y el lucro cesante¹.

Con relación a la restitución, esta comprende la devolución del bien que ha sido sustraído de la esfera de control del agraviado y el artículo 94° del Código Penal fija pautas como por ejemplo que la restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de éstos para reclamar su valor contra quien corresponda.

Definimos el daño como el menoscabo que sufre la víctima del delito y la reparación civil es la decisión con la que se busca resarcirla. Siendo esta materia de connotación civil vinculada a lo penal, es ineludible referirse a las definiciones que están en el Código Civil. Así el artículo 1984° dice respecto al

daño moral, que es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia; asimismo, el artículo 1985° del Código Civil desarrolla el contenido de la indemnización y comprende las consecuencias que derivan de la acción u omisión que causa el daño, incluye el lucro cesante, esto es, lo que ha dejado de percibir la víctima como renta; el daño a la persona o conocido también como daño personal al proyecto de vida, y el daño moral que es la afectación psicológica que sufre la víctima. Otra pauta es que debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido, esto es, entre la conducta del imputado y el resultado dañoso producido en el agraviado.

Los daños objetivos, como dicen los civilistas, se prueban, y los daños subjetivos se estiman. Se establecen dos categorías de daños: los patrimoniales y los extra patrimoniales. Dentro de los patrimoniales tenemos al *daño emergente* que es la pérdida patrimonial debidamente sufrida y con las consecuencias nefastas que surgen en el patrimonio del agraviado como consecuencia directa de la materialización del hecho generador del daño, siendo pues un empobrecimiento del contenido económico actual del patrimonio del sujeto². Otro daño es el *lucro cesante* que es la ganancia dejada de percibir, algo que una persona natural o jurídica deja de ganar como consecuencia directa del hecho

1. PEÑA CABRERA, Raúl, citando a Villanueva Yamaná, en: Tratado de Derecho Penal, Grifex, Lima, 1999, p. 604.

2. OSTERLIND PAROCCI, Felipe, Las obligaciones, Fondo Editorial, Lima, 1998, p. 208.

causante del daño, o la ganancia o utilidad que deja de percibir la víctima con motivo de la lesión. Los extrapatrimoniales son: el Daño Moral que en la doctrina italiana es el daño a los sentimientos o al ámbito psicológico y el Daño a la persona que según Fernández Sessarego sería al proyecto de vida de la persona; como ejemplo, podemos señalar el caso de aquella persona que desea ser pianista y le son amputadas las manos. La doctrina italiana sólo considera el daño a la persona como daños físicos.

En los delitos de peligro, señala el Supremo Tribunal en el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 dado en Lima el trece de octubre de dos mil seis, no se puede descartar a priori la inexistencia de daños civiles, por ser estos delitos de mera actividad. El Derecho penal tutela los bienes jurídicos que son dañados por la acción delictiva, delitos de resultado, y también cuando son puestos en peligro. En ambos supuestos consideramos que se afecta el ordenamiento jurídico porque se infracciona la norma que está detrás del tipo penal; por ejemplo no robar, no matar, no estafar. Esa infracción es reprobada por el orden jurídico penal y obliga al Estado a ejercer el *ius puniendi* para sancionar a los responsables. Los grados de lesividad son distintos en los delitos de peligro y de resultado, y a efectos de guardar proporción, aquí nos salimos de la lógica de sólo otorgar reparaciones civiles a daños causados al objeto del delito. Podemos tener un *simil curi* la tentativa donde se fijan reparaciones civiles por el hecho de haber intentado dañar al bien jurídico, y entonces lo que advertimos es que el daño no sólo está en ocasionar concretos resultados dañinos al objeto de la acción, sino que la norma penal sanciona y reconoce como daño el hecho de que el sujeto

activo viola el ordenamiento jurídico. Ahora, debemos ser claros que en nuestro concepto, todos los delitos sean de peligro o de resultado colisionan con el orden jurídico y lo afectan. Desde esta perspectiva tiene algún sentido el razonamiento del Supremo Tribunal en el criterio que los jueces deben fijar reparaciones civiles en los delitos de peligro, obviamente respetando los principios de proporcionalidad y de lesividad. El problema de este acuerdo plenario es que la misma Corte Suprema no señala cuáles son los patrones que deben seguir los jueces para poder reparar el daño en el delito de peligro. Sin embargo, en ejecutorias supremas hay intentos para establecer algunos criterios, aunque en nuestro concepto de forma errada. Por ejemplo el R. N. N° 2253-2005 Arequipa³ del cuatro de noviembre de dos mil cinco, presentado por el fiscal superior a la sentencia de la Sala Superior en el extremo que declara infundado el pedido de pago por concepto de reparación civil que debería abonar el sentenciado en la cause seguida por el delito de peligro común, en la modalidad de tenencia ilegal de armas de fuego y municiones, en agravio del Estado. La ejecutoria Suprema fundamenta el porqué se debe imponer una reparación civil aun tratándose de delitos de peligro:

[...] de acuerdo a la normatividad penal vigente todo delito acarrea como consecuencia no sólo la imposición de una pena, sino también da lugar al seguimiento de responsabilidad civil por parte del autor, motivo por el cual es menester fijar un pago por concepto de reparación civil, toda vez que el Estado destina recursos a efectos de prevenir la comisión de delitos, como es el de la tenencia ilegal de armas, por ende la afectación al Estado y a la sociedad se encuentra acreditada, pues el portar armas de fuego sin la respectiva licencia no se encuentra prevista dentro de los casos de riesgo permitido[...]

En esta ejecutoria suprema se carga al delito de tenencia de armas un gasto que no es propio sólo de esta clase de delitos, puesto que en todos los delitos hay un gasto que tiene que realizar el sistema de administración de justicia para la sanción de los ilícitos. Entonces establecer este hecho como fundamento no nos parece correcto. Habría que ir más allá respecto de las bases de la reparación civil. La ejecutoria suprema cuestiona la labor del fiscal en el sentido que no argumenta el porqué de la necesidad de la reparación civil así:

[...] siendo el encargado de tutelar los intereses del Estado, entendiéndose éste como sociedad organizada, no puede obviar un fundamento jurídico básico, como es el de las consecuencias jurídicas del delito."



3 Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema Perú. Editado por Comisión Ejecutiva. JUSPERI. Poder Judicial. 2016. Edición Digital.

En esta Ejecutoria suprema se declara Nula la sentencia de una Sala Superior Penal de Arequipa por no haber consignado el monto por concepto de reparación civil, determinando que es una irregularidad funcional y aplicándose a los jueces Superiores una medida disciplinaria. Aunque no encontramos más datos en la sentencia respecto de la actuación de la sala superior, esto es, la no consignación de la reparación civil, no sabemos si fue porque consideraron que en los delitos de peligro no se ocasionan daños, o fue una omisión; en fin, haciendo un paréntesis, debemos señalar que si fue resultado de su razonamiento esta no es un motivo para sanciones; y por último, si no fuera así, una sanción aplicada sin haber sido oídos, pese a ser legal porque está en la Ley Orgánica del Poder Judicial, es inconstitucional ya que es violatoria del derecho a la defensa.

La Corte Suprema ha fijado como criterio, aunque sin desarrollarlo, que la reparación civil se rige por el principio del daño causado. Así, se advierte en la Ejecutoria Suprema R.N. Exp. N° 1733-2005 Junín⁴ del veintisiete de octubre de dos mil cinco:

"[...] la reparación civil se rige por el principio del daño causado, cuya unidad procesal civil y penal protege el bien jurídico en su totalidad, así como a la víctima; por ende la graduación del mismo, se encuentra prevista en los artículos noventa y dos y siguientes del Código Penal".

La Corte Suprema considera que el delito de tráfico de drogas en su modalidad de posesión constituye un tipo de delito abstracto por lo que con esa concepción señala pautas para poder determinar el monto de la reparación civil en la Ejecutoria Suprema R. N. N° 4235-2006 Lima⁵ del doce de marzo de dos mil siete:

"[...] tratándose de un delito de peligro abstracto, de riesgo o de pura actividad como es el tráfico ilícito de drogas, cuya punibilidad tiene su origen en la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas, la reparación civil debe fijarse en función a la dañosidad de la droga incautada, la magnitud o entidad del hecho delictivo y el número de agentes que han participado en su comisión, sobre la base de los principios de suficiencia y razonabilidad o proporcionalidad; que, en el caso concreto, se trató de una tenencia con fines de comercialización de un kilo con ochocientos veinticinco gramos de marihuana y ocho envoltorios de clorhidrato de

cocaína, donde el agente del hecho punible Leopoldo Enrique Vallejos Quintana se dedicaba a esta ilícita actividad desde hacía seis meses antes de ser intervenido por los efectivos policiales, interviniendo por lo menos otros dos individuos que lo abastecían de sustancias tóxicas; que siendo así, el monto de la reparación civil debe ser incrementada de manera prudencial [...]"

En delitos de peligro lo que se calcula es lo que potencialmente pudo ocasionar la conducta prohibida. Así, en el R. N. N° 1772-2005 La Libertad⁶ del veinticuatro de octubre de dos mil cinco se establece:

"[...] la reparación civil se impone teniendo en cuenta los efectos que el delito ha tenido y sus consecuencias lesivas, así como debe guardar proporción con la entidad y daño ocasionado al bien jurídico afectado; que el delito de tenencia ilegal de armas de fuego es un delito de peligro abstracto de mera actividad y de comisión instantánea; que la tipificación penal busca proteger la seguridad en general en cuanto la sola posesión de un arma de fuego por los particulares sin el control respectivo de las autoridades correspondientes acarrea un peligro para la vida e integridad corporal de las personas, el patrimonio, entre otros; que, siendo así, el monto de la reparación civil debe aumentarse prudencialmente".

En delito de terrorismo, la Corte Suprema, ante una conducta prohibida de un elemento subvorsivo de contribuir en información para la organización terrorista Sendero Luminoso, se fija como criterio para poder calcular el daño causado por este delito de mera actividad a las actividades de las fuerzas armadas y policiales para tutelar la seguridad pública. Así, en el R. N. N° 2484-2004 Huanuco⁷ del siete de octubre de dos mil cuatro se dice:

"Que los hechos imputados a Sifuentes Sandoval, y declarados probados en la sentencia de instancia, estriban en que se integró a la organización terrorista 'Sendero Luminoso' en la zona de Santa Rosa de Mishollo, departamento de San Martín, e informó a sus líderes del movimiento de la Policía nacional y de las Fuerzas Armadas en dicha zona; que como no se perpetró una conducta específica lesiva a bienes jurídicos fundamentales pues se desarrolló labores de propaganda e información, la reparación civil debe circunscribirse al ámbito indemnizatorio, para lo cual es de valorarse

4 Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema del Perú, op. cit.

5 Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema del Perú, op. cit.

6 Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema del Perú, op. cit.

7 Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema del Perú, op. cit.

"En delitos de peligro lo que se calcula es lo que potencialmente pudo ocasionar la conducta prohibida. Así se establece en el R. N. N° 1772-2005".

prudencialmente un conjunto de actos que realizó en desmedro de la función de seguridad encomendada a las fuerzas del orden en la zona de participación del imputado..."

En el R. N. N° 3734-2005 Cono Norte³ del cinco de diciembre de dos mil cinco dice sobre peculado que el bien jurídico, esto es la confianza en la administración pública, es indeterminado y no establece alguna pauta para medirla:

"Que, atento a la norma antes invocada, la pretensión de la parte civil debe interponerse formalmente durante la etapa intermedia del proceso, de suerte que al no haberse hecho así los montos aludidos posteriormente carecen de virtualidad procesal; que también es de tener en cuenta que la responsabilidad civil está delimitada por el daño efectivo causado por el delito, el cual ha de ser consecuencia directa del mismo; que, la reparación, y la indemnización de los daños y perjuicios serán establecidas siempre que éstos aparezcan determinados como ciertos, al punto que deben responder en conjunto a las afectaciones sufridas por la víctima, que en el caso de autos al tratarse de un delito que vulnera la confianza en los servidores públicos, no aparece con claridad el ámbito reparatorio ya que su valor económico es indeterminado, siendo que al acreditarse la gravedad de los hechos y de la consecuencia del mismo, corresponde aumentar razonablemente el monto de la reparación civil".

Veamos a la luz de las cuatro clases de daños, cuáles son las que podrían generar un delito de peligro.

Daño emergente.- Aquí no hay ningún objeto ni persona afectada, pues este daño se materializa con una actuación directa.

Lucro cesante.- Este deviene de una inutilización de un objeto o en el caso de una persona la imposibilidad de percibir rentas o ganancias. En el caso concreto tenemos que si no hay daño emergente menos puede haber lucro cesante.

Daño a la persona.- Aquí no se afecta a ninguna persona en particular, la seguridad pública es un concepto de una pluralidad de personas, esto es de un colectivo.

Daño moral.- ¿Cuál es el efecto psicológico en la sociedad frente a un delito de peligro? Desde nuestro punto de vista, este concepto es el que más se acerca a los efectos del delito de peligro, puesto que al ser un peligro potencial en un símil podemos concluir que se produce una aflicción colectiva de la sociedad al colocarla en un estado de zozobra. Nos explicamos con el siguiente ejemplo: cuando un grupo de personas advierte que alguien en estado de ebriedad conduce un vehículo, por máxima experiencia, saben que puede ocasionar un accidente y esto produce miedo y lo que hacen es protegerse justamente por el temor a ser lesionados, o que sus bienes sean afectados. Otro ejemplo es cuando se ve a una persona sin tener autorización legal portando un arma de fuego; lo que generalmente se hace es distanciarse prudencialmente por precaución y por miedo a que esta pueda realizar un disparo y causar lesiones. De este raciocinio podemos concluir que es el daño moral lo que el juez puede estimar a efectos de fijar la reparación civil, pero está referida a un daño moral colectivo o de la sociedad que en este tipo de delitos es la agravada, y esta es la pauta que propongo a efectos, que se fijen reparaciones civiles en los delitos de peligro.

En conclusión, la omisión de este Acuerdo Plenario de la Corte Suprema es que no establece con claridad la regla jurídica a efectos de sustentar el daño al bien jurídico, y cómo se puede calcular o estimar el mismo en los delitos de peligro.

3. Imputación Socializada de la Corte Suprema del Perú, op. cit.

Los delitos modernos



Por
Elizabeth Castillo Colán
Jefe del Tercer Juzgado Penal del Callao



El incesante avance de las ciencias, en general, y el desarrollo estrepitoso de la tecnología, en particular, logran de por sí cambios imprevisibles y hasta muchas veces imperceptibles para el ser humano.

En efecto, el avance vertiginoso de las ciencias resulta a veces un tobogán demasiado resbaladizo en el que el hombre no está dispuesto a apostar con la audacia de un aventurero.

Esto es precisamente lo que refleja, en muchos casos, nuestra realidad jurídica. No basta que este avance brinde todo sus favores al servicio del desarrollo humano sino que se hace "indispensable", que surjan los conflictos, dentro de las relaciones humanas, creados, a su vez, como una de las muchas consecuencias de este vertiginoso avance, para que el hombre tome conciencia de la real y concreta existencia que la tecnología impone y

antonces, aunque un poco receloso, guardando en las maletas los sabores del pasado, apuesta por crear todo un nuevo sistema normativo que pueda regular, al fin, con eficiencia y seguridad, toda esta gama de novísimas y relucientes nuevas formas de relaciones humanas.

Así llegamos -sin lugar a duda- a establecer que el incesante avance de la ciencia y tecnología viene aparejado de cambios inevitables en la conducta del ser humano que hacen sea cada vez más tenue la división entre lo lícito y lo delictivo.

Lo que antes representaba el acudir al Código Penal en busca de un seguro oráculo, en el que bastaba una consulta adecuada para obtener respuesta oportuna, hoy se vuelve una labor desfasada o, en el peor de los casos, un manejo inadecuado, inoportuno, incongruente y hasta incorrecto de un añejo cuerpo de leyes que grita y reclama urgente relevo.

Esta es una realidad en la que inevitablemente se cuentan los llamados delitos informáticos que definitivamente ameritan nueva y adecuada legislación, pues existen muchos tipos legales que no estaban desarrollados al momento en que el legislador optó por tipificar ciertas conductas como delitos.

El desarrollo incesante de la informática, estimulado básicamente por la compatancia y las nuevas expectativas de los usuarios, hace necesaria la protección del sistema informático que evita básicamente la impunidad frente a futuras acciones delictivas que ya se empiezan a observar y que atentan contra lo que podemos llamar el sistema informático. Se puede decir que nuestra legislación

peca de asistemática y hasta en ciertos casos de desinformada respecto de la ubicación de estos "nuevos" tipos penales.

Así, resulta evidente que muy pocos "intuyen" que frente a los delitos informáticos cabe hablar de la multiplicidad en la violación de bienes jurídicos, pues parece ser que lo que en realidad vulnera esta novedosa tipología penal es una mixtura de bienes jurídicos que en algunos casos compromete tanto al patrimonio como a la libertad de las personas o al sistema informático mismo y la protección de datos. Es decir no solo se vulneran bienes de carácter económico-patrimonial, que resultaría siendo lo más resalante y, por lo tanto, rápido de percibir; sino que están en juego bienes jurídicos de carácter tan valioso y personal como la intimidad de incuestionable protección estatal lo que hace imposible negar su existencia.

De forma tal que es urgente frente a esta clase de delitos lograr nuevos y mejorados tipos penales antes que buscar una adecuación forzada y hasta traumática dentro de los tipos penales existentes; pues hace mucho que se está haciendo evidente que los delitos perpetrados a través de computadoras no se encuentran en la agenda de los delitos tradicionales por lo cual, repetimos, se hace necesario, de manera subsidiaria, una nueva tipificación.

Busquemos pues presuroso socorro y auxilio urgente para nuestro Derecho penal iluminando el camino para guiar su doctrina y romper su duro positivismo, apostando por remodelar sus institutos a fin de que no solamente se vuelvan prácticos y conformes con el nuevo contingente de advenedizas relaciones humanas sino, y sobre todo, brinden con su presencia, y en su existencia misma, seguridad oportuna y adecuada protección jurídica que es al fin y al cabo uno de sus más celebrados argumentos de existencia.

Este nuevo género de delitos arrasan con toda normativa, no respetan lustras lógicas, ni encumbrados argumentos pues simplemente están hechos en el espacio que el legislador no pudo prever, ni la doctrina sustentar. Hace falta nueva normatividad, pero sobre todo hace falta un poco de especial audacia para arremeter contra aquello que pretende burlar lo creado. Los doctrinarios del Derecho penal tienen la palabra; los legisladores, a su vez, poseen los instrumentos. No basta con sólo opinar sino, además, empujar con muchos brazos a fin de llegar.



...“El avance vertiginoso de las ciencias resulta a veces un tobogán demasiado resbaladizo en el que el hombre no está dispuesto a apostar con la audacia de un aventurero”.

La Cámara de Gesell en los delitos contra la libertad sexual



Dr.
Ramón Vallejo Odría
Juez Penal Titular del Callao

Con fecha 23 de marzo del presente año, la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial del Callao ha emitido la Resolución Administrativa N° 303-2009-MP-PJFS-DJCALLAO, mediante la cual dispone aprobar la implementación y ejecución del Plan piloto de funcionamiento de la Cámara de Gesell en el Distrito Judicial del Callao, dando así un paso importante en la protección de las personas que hayan sido víctimas de delitos contra la libertad sexual, sobre todo en el caso de los menores de edad; por las peculiaridades de este dispositivo, que a continuación explicaremos; incluso considero que la Cámara de Gesell podría ser empleada en la investigación de otro tipo de delitos, para efectuar un reconocimiento físico, por ejemplo, ya que con el uso de este dispositivo el agraviado o el testigo no se sentirían influenciados por la presencia del imputado.

El dispositivo de la Cámara de Gesell (Gesell Dome), fue concebido por el psicólogo y pediatra Arnold Lucius Gesell, nacido en Alma, Wisconsin, Estados Unidos en 1880, fallecido en 1961, quien se dedicó a estudiar las etapas del desarrollo de los niños, destacándose por el uso de los últimos avances en el video y la fotografía. En sus investigaciones, Gesell estudió a muchos niños, incluyendo a Kamala, la "niña lobo", también hizo investigaciones en animales jóvenes, incluyendo monos.

La Cámara de Gesell consiste básicamente en dos habitaciones divididas por una pared en la que hay un vidrio de gran tamaño que permite ver desde una de las habitaciones lo que ocurre en la otra, pero no al revés. Gesell la creó para observar las conductas de los niños sin que se sintieran presionados por la mirada de un observador, ya que ellos no saben lo que ocurre en la otra recámara.

En los casos de abuso de menores, la Cámara de Gesell tiene una doble función, ya que por un lado, tiende a reducir el daño que sufre el menor por el recuerdo traumático del abuso del que ha sido víctima; se realiza una sola entrevista que sirve como prueba para el resto del proceso, pero también garantiza el derecho de defensa del acusado, ya que los peritos que este haya nombrado, sus abogados o hasta el mismo procesado, en las legislaciones que lo permiten, pueden estar presentes mientras se interroga a los menores, observando así sus reacciones y la espontaneidad de lo relatado por el menor, lo que evita también que éste sea manipulado, lo que no pocas veces es alegado por el agresor como móvil de la denuncia.

En una de las áreas de la cámara, el área para las personas observadas es llamada "Área de Trabajo", se ubica a la persona que es sujeto de la diligencia y al experto, que generalmente es un psicólogo forense, excepcionalmente se permite la

presencia de una tercera persona que facilite la comunicación (traductor o intérprete) y de un acompañante de confianza, que en el caso de los menores será uno de sus progenitores. Al área para las personas observadoras se la llama "Área de Observación", en ella se ubica el solicitante de la diligencia y las personas que este considere indispensables.

Tanto las partes como el órgano jurisdiccional que ordena la diligencia, pueden seguir el desarrollo de la misma desde otra sede, usando los elementos técnicos destinados al efecto, pudiendo intervenir durante su desarrollo solo en forma indirecta y a través del psicólogo o profesional que haga sus veces, quien se encarga de canalizar las inquietudes de aquellos, garantizando la integridad psíquica del menor. No está demás indicar que la Cámara de Gesell ya viene siendo utilizada judicialmente en diversas partes del mundo para tomar declaraciones de los menores víctimas o testigos de delitos contra la vida o la integridad sexual con el fin de reducir el daño que sufre el menor por el recuerdo traumático del hecho, incluso en nuestro país ya ha sido implementada con anterioridad en el Distrito Judicial de Lima Norte. En nuestro país, actualmente el menor, víctima o testigo, es citado para declarar hasta tres o cuatro veces, ante la policía, ante el fiscal, ante el juez y luego en la sala de juzgamiento (en los procesos ordinarios) lo que le ocasiona innumerables molestias y afecta su tranquilidad emocional. Cuando se trata de la víctima genera la victimización secundaria, la cual produce efectos nocivos en la salud física y emocional, que se conoce

como Post traumatic Stress Disorder -PTSD- (desorden por estrés pos traumático) o la Neurosis Traumática, toda vez que la victimización secundaria provoca la actualización del suceso, generando una nueva experiencia traumática, lo que se manifiesta sobre todo en los menores, en bajo rendimiento escolar, aislamiento, pesadillas, dificultad en las relaciones con sus pares, mal comportamiento, etcétera.

Para evitar situaciones como estas se expidió la Ley N° 27055 (24-01-99) que modificó los artículos 143° y 146° del Código de Procedimientos Penales, indicando el artículo 143° del anotado que "en los casos de violencia sexual en agravio de niños o adolescentes la declaración de la víctima será la que rinda ante el fiscal de familia, con arreglo a lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes, salvo mandato contrario del juez", sin embargo, los jueces muchas veces tienen que volver a citar a la agraviada o al agraviado a declarar ante su despacho, puesto que las contradicciones en una misma versión del relato, las notorias faltas de espontaneidad y las deficiencias en las preguntas de la declaración preliminar, no permiten al juzgador tomar dicho elemento como sustento de una condena, con lo que dicha disposición lejos de ser beneficiosa para la víctima lo perjudica más, legándose en algunos casos a tener que absolver al imputado por insuficiencia probatoria, cuando solo se tiene su versión exculpatoria contra la versión inculpativa de la víctima. A lo que se añade la ineffectividad de esta diligencia porque el fiscal que interroga a la víctima (fiscal de familia) no es el mismo que el que interviene en la inductiva y sin un conocimiento cabal de la imputación de la víctima no se puede efectuar preguntas adecuadas al procesado. Este problema, no logra ser superado con la obligación de los fiscales de familia de remitir un informe al fiscal provincial penal, máxime cuando esta obligación generalmente no se cumple y cuando se hace tales informes, son sumamente escuetos y no resultan los aspectos principales por donde debe proseguir la investigación de los hechos. Si tenemos en cuenta que los delitos contra la libertad sexual, o contra la indemnidad sexual, son los de mayor incidencia después de los delitos contra el patrimonio y de los de tráfico ilícito de drogas en nuestro distrito judicial, se hace imprescindible hacer buen uso de este instrumento, ello dependerá, como siempre, de la voluntad de los operadores de desterrar prácticas inquisitivas y de ponerse a tono con la modernidad, todo lo cual redundo en una administración de justicia más ajustada a los estándares internacionales del debido proceso y en una justicia predecible.



La prisionización



Por
Rodolfo Pastor Arce
Jefe Penal Titular del Cúllao

La privación de la libertad como reacción penal a las conductas ilícitas previamente fijadas dentro del catálogo contenido en el cuerpo penal no se reduce, en sus efectos negativos, a la propia persona que ha de soportarla, sino que sus consecuencias trascienden su propio entorno individual para extenderse a todos aquellos que de alguna manera mantienen una relación vinculatoria con este.

Ya en 1940, Donald Clemmer, un oficial correccional norteamericano, acuñaba el término "prisionización" en su libro *The Prison community*, para definirlo como el proceso de adecuación que experimentaba el interno desde el momento mismo de su ingreso al centro penitenciario, hasta más allá de su excarcelación, y que consistía básicamente en la adopción de los usos, costumbres, valores, normas y cultura general de la prisión; vale decir, la asimilación o interiorización de la subcultura carcelaria.

Si lo que pretendemos es acercarnos de la manera más próxima y sincera a lo que es la prisión no podemos maquillar su realidad ni minimizar sus efectos, sino por el contrario debemos adoptar una posición consecuente y transparente con el mundo

que se esconde detrás de los muros que circundan este espacio.

LA PÉRDIDA DE LA LIBERTAD

La decisión judicial que determina el encarcelamiento de una persona (sea de manera provisional via medida cautelar, o en forma temporal definitiva, via sentencia condenatoria) va a provocar en el sujeto un cambio drástico y traumático en todos los niveles que forman su personalidad; vale decir, en lo cognoscitivo, en lo emocional, en lo espiritual, en sus hábitos y en sus costumbres; debido a que va a empezar a formar parte de un nuevo habitat, va a asumir comportamientos reglamentados a fuerza de excesivos normativismos propios del sistema carcelario, va a compartir pesares, tristezas; penurias con otros internos que no necesariamente, por compartir el mismo destino, son iguales que él o piensan o quieren lo mismo que él; va a experimentar nuevas relaciones; se van a generar en él nuevos sentimientos, no siempre loables, es más, casi nunca encomiables; va a enfrentar una realidad dura, en donde imperan el sometimiento, la supervivencia, las carencias, la ley del que más puede -por las buenas o por las malas-, el abuso, el



odio, el aburrimiento y la desidia. Irán perdiendo el concepto de futuro y confundiendo la definición de mañana, cuando el día a día es suficiente.

Se va a enfrentar a un mundo hostil en donde destacan la violencia institucional y el maltrato integral. La política del nada te pertenece y la idiosincrasia de lo tuyo es mío. Lo único que podrá conservar como propiedad privada serán sus pensamientos, porque hasta sus deseos y voluntades les serán arrebatados si no se impone al sistema. Un sistema en el que la corrupción viene de todos lados, golpea y, muchas veces, vence. Un sistema que lejos de abonar en el arrepentimiento de quien delinquirá, o lejos de motivar el cambio de aquellas conductas que lo colocaron detrás de los muros, no hace sino sumergirlo más en el submundo de lo legalmente prohibido. Porque entre rejas, lo único que les queda es sobrevivir, y sobrevivir simplemente significa, en muchos, adecuarse al sistema, y todo esto responde únicamente a una aseveración que alcanza el nivel de dogma: La cárcel deshumaniza.

La presentación es dramática, pesimista y hasta patética, pero acaso no es cierta?

Dicen que hasta los animales cuando son extraídos de su hábitat natural sufren el cambio, y les cuesta la adaptación a su nuevo medio. Se dice también que en la actualidad, dentro de lo que son los conceptos de la psicología infantil se vienen desarrollando programas de adaptación en los

niños para evitar efectos traumáticos cuando son cambiados de colegio, de barrio o de amigos; entonces cómo dudar de las consecuencias nefastas que genera el encarcelamiento en la persona que no estuvo preparada para ello, porque a pesar de que el delincuente es consciente que sus actos lo podrían llevar a la prisión, ese conocimiento no implica haber estado preparado para "vivir" entre rejas y en las condiciones expuestas.

El primer síntoma que van a percibir apenas pierdan la libertad será la reducción de sus espacios. Sus vidas se reducirán al espacio que se les asigna, cuando se les asigna, porque en la actualidad encontrar espacios en nuestros centros penitenciarios, para necesidades tan simples y básicas como dormir, resulta poco menos que imposible, sea porque efectivamente ya no los hay por la sobrepoblación y el hacinamiento, o porque el sujeto no cuenta con los medios suficientes para "encontrarlos". El espacio que ocupe no es su espacio, sino de quien se lo dio, y lo conservará hasta que otro con más "derecho" venga a ocuparlo.

La celda será su nuevo espacio vital, por lo menos durante la temporada que van a pasar mientras cumplen su condena. Tal como se ha incrementado la población penal parece una ironía utilizar conjuntamente los vocablos celda y espacio. Acaso podemos hablar de espacios en nuestros centros penitenciarios cuando contamos con 79 penales cuya capacidad de albergue fue proyectada para recibir 23.733 internos, y cuenta a

mayo de 2009 con 44.974; de los cuales 42.130 son varones y 2.844 son mujeres; 28.850 se encuentran en calidad de procesados y 16.124 sentenciados; el 41,42% se encuentran en un rango etario entre los 18 y 29 años de edad; el 48,64% entre los 30 y 49 años y el 9,94% son mayores de 50 años¹. Vale decir que según los números expuestos existe una sobre población aproximada del 189% a nivel nacional; exceso que en el caso del establecimiento penal del Callao, por ejemplo, roza el 500% si se considera que su capacidad de alojamiento está proyectada para 573 internos y a mayo de 2008 lo ocupan 2.688 internos.

Los ambientes y espacios que les son asignados a los procesados y condenados, se establecen en función a los criterios de clasificación establecidos por la ley². Pero sin embargo, las disposiciones legales, una vez más, se dan de cara con la realidad; sino preguntémosnos si el interno ocupa el ambiente adecuado que ordena el artículo 3^o; o si el interno es alojado en un ambiente individual o colectivo, de acuerdo con el tratamiento que le corresponde. ¿Tratamiento? Claro que existe, pero dentro de las posibilidades del sistema. ¿Acaso, las posibilidades no son mínimas, precarias o insuficientes? ¿Acaso no es un problema de política penitenciaria el que los llamados a diseñarla no quieren asumir la responsabilidad? Piensan que la solución al incremento de los niveles de delincuencia se satisface haciendo cada vez más gravosas las penas. ¡Qué error! Por que no empezar, simplemente, con cumplir lo que las leyes preceptúan, es decir, con los fines de la pena, que según tenemos entendido, son la reeducación, la resocialización y la reincorporación del penado. Criterios, sobre los que debemos mencionar también en honor a la verdad, que en la actualidad se encuentran sumamente cuestionados por su bajo nivel de eficacia; desarrollándose actualmente, dentro de la tendencia doctrinal vigente conceptos como los de integración o normalización social.

Entonces resulta claro que mientras que el término "espacio" no compatibiliza con el toma de prisiones, el concepto de hacinamiento sí calza perfecto con esta realidad. El hacinamiento es otra de las realidades que sustentan la prisionización

“La privación de la libertad no sólo provoca la extracción del penado de su seno familiar, sino que en los casos en que purga la condena fuera del lugar de residencia de sus familiares, termina por confinarlo en el aislamiento individual;”

por las nefastas consecuencias que ella acarrea; como son, por ejemplo, limitación de servicios básicos, promiscuidad, desviación del comportamiento sexual, drogadicción o alcoholismo.

Pero la prisionización, enculturación o aculturación, como también la denominan, se agudiza aún más cuando el penado debe cumplir su condena en establecimientos lejanos a la localidad en la que habita su familia. Esta situación ocasiona que las visitas se hagan cada vez más espaciadas, y en no pocos casos, terminen por desaparecer. La privación de la libertad no solo provoca la extracción del penado de su seno familiar, sino que en los casos en que purga la condena fuera del lugar de residencia de sus familiares, termina por confinarlo en el aislamiento individual; rompiendo con ello las relaciones mínimas con las únicas personas llamadas a prestarle el apoyo emocional; destruye su círculo más cercano; provoca el olvido de él hacia sus familiares y viceversa. Sobre el particular ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional cuando ha señalado que “la lejanía del establecimiento penal así como su ubicación en un lugar inhóspito y alejado de la ciudad, afecta el derecho a la visita familiar, de los recursos sin el cual puede verse afectada la finalidad resocializadora y reeducadora de la pena.”³ Mención especial acontece con los penados extranjeros en quienes esta situación se hace más latente. O en las madres que deben ser separadas de sus hijos cuando estos cumplen los 3 años de edad.

El encarcelamiento genera en el penado sentimientos de desesperanza de cara al futuro; de desconfianza hacia el que está a su costado; de desilusión por medidas administrativas injustas; de

1. Según estadísticas del INPE. www.inpe.gob.pe/estadisticas.

2. Cuando hacemos referencia a la ley, nos referimos al Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo N° 854.

3. Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1429-2002-RC (18/11/2002).

impotencia frente al más fuerte; de debilidad frente al sistema; de inmovilidad por la pérdida de la locomoción; de ahogamiento por los espacios reducidos; de envidia por los que están extramuros; de introversión por la pérdida de comunicación con sus familiares; de ocio por la carencia de programas ocupacionales; de enajenamiento por la falta de actividades productivas.

El sistema no los provee de actividades ocupacionales acorde con el número de internos. No existen suficientes programas educativos o laborales. Tan solo les proporciona a algunos limitadas oportunidades de hacer deporte; pero no se preocupa en desarrollar actividades culturales, cívicas o familiares; quizás sean las bibliotecas los únicos lugares donde se hallen espacios, pero estos no son ocupados, entre otras circunstancias, por la falta de incentivo o motivación o por el propio nivel cultural de los internos.

¿En estas condiciones se hace viable, acaso, cumplir con el objetivo de la pena? Resulta evidente, pues, que no, a pesar de que el numeral 22 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, mientras que según el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal señala que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora; y en consonancia, el artículo II de la ley establece que la ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Es cierto que por el momento los sistemas alternativos de reacción penal propuestos no resultan confiables y adecuados para una efectiva sanción de las conductas ilícitas, pero no menos cierto es también que sí debemos seguir aplicándolos, que desde todo punto de vista es

cuestionable; sin embargo, debemos aplicarlos en estricta sujeción al respeto a los principios que inspiran los derechos fundamentales y las normas internacionales, y dirigiéndolo decididamente a la consecución de los fines de la pena; vale decir, a la implementación de tratamientos penitenciarios que procuren la efectiva reeducación, resocialización y, posterior, reincorporación del penado a la sociedad.

Quienes tienen la desdicha de ingresar a un centro penitenciario nacional seguro que nunca tuvieron ni siquiera una idea cercana de lo que ello significa. Solo quienes la sufren pueden "con autoridad" describir esa realidad. Quienes conocemos periféricamente la problemática por algún nivel de acercamiento que tenemos a él, seguro que tampoco podemos caracterizarlo en su verdadera dimensión. Pero, si somos capaces de exponer realidades tan palpables y verificables como esta, sin estar dentro, nos preguntamos cuán dura podrá ser la realidad intramuros. No nos podemos contagiar de los conceptos que se manejan cuando de prisionización se trata, no podemos alimentar y contribuir a esta problemática.

Aquellos que estamos involucrados con el quehacer penitenciario nos cupe la tarea de evitar ahondar las características descritas; seamos funcionarios penitenciarios, jueces, Estado, psicólogos, asistentes sociales, criminólogos o policías. No podemos seguir manejando el concepto socialmente aceptado de que el preso solo es un preso, sino que es un ser humano que debe cumplir con la condena justamente impuesta, no es un número de expediente, sigue gozando de la protección de la Constitución; sigue siendo parte de la sociedad, aunque con derechos restringidos temporalmente; no ha perdido ni su nombre ni su dignidad; tal como lo ha señalado el Tribunal constitucional cuando dice que: "Detrás de las exigencias de 'reeducación', 'rehabilitación' y 'reincorporación' como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente la concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1 de la Constitución) y, por lo tanto, este constituye un límite para el legislador penal. Dicho principio, en su versión negativa impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso, los delincuentes, deben considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía".

"No podemos seguir manejando el concepto socialmente aceptado de que el preso sólo es un preso; sino que el preso es un ser humano que debe cumplir con la condena justamente impuesta, el preso no es un número de expediente, el preso sigue gozando de la protección de la Constitución;..."



No hemos entendido aún que invertir en la resocialización del preso es invertir a futuro en la seguridad de la propia sociedad. Ya el artículo 58° de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos ha definido como principio rector que "el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo"⁴. Todo preso va a recobrar su libertad en el algún momento, y será responsabilidad del Estado lo que hizo con el preso cuando lo tuvo bajo su custodia. Si lo que pretende el Estado es devolvernos a la sociedad a un ser humano amargado, con sed de venganza, sin nada que perder, frustrado, sin futuro, indiferente, solitario, humillado, entonces está en el camino correcto.

4. Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0610-2582-AUTO 03/01/88.

5. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Aceptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente, celebradas en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2070 (LXII) del 13 de mayo de 1977.

**NUEVA CENTRAL TELEFÓNICA
DE LA CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA DEL CALLAO**

410-0303

Descripción objetiva de los supuestos de hecho en el delito de lavado de activos



Por
Yami Leonor Angulo Cornejo
Justiciera Fundadora Titular del Callis

Introducción

La decisión de intensificar la lucha contra la criminalidad organizada, ha dado lugar, entre otras medidas, a reprimir los actos de blanqueo de capitales de procedencia ilícita. Esta decisión, sin embargo, no ha quedado en el plano puramente legal de tipificar un delito, sino que se motivado un sistema de control administrativo en el sector económico para prevenir dicho delito, que se encuentra estrechamente ligada con la legislación penal que combate el lavado de activos. No obstante, el punto central a tratar en el presente artículo es el referente a la descripción material de los tipos penal de lavado de activos y los verbos rectores que rigen su ámbito normativo.

Generalidades

Es necesario precisar que las conductas de convertir o transferir, así como de ocultar o tener debe estar comprendido en un proceso diseccionado a lavar activos de procedencia ilícita, otorgándoles legalidad. Si no se presenta este contexto de actuación, las conductas realizadas podrán dar lugar a un delito de receptación o de encubrimiento, pero no a un delito propiamente de lavado de activos. Es evidente que en esta clase de delitos se realiza el adelantamiento de la protección penal al criminalizar

conductas que no afectan la condición esencial del mercado, es necesario que la punición de dicha conducta esté enfocada a dar legitimidad a los activos de procedencia ilícita. Delimitando el propósito del presente artículo, expondremos las conductas que giran alrededor de las conductas punibles del lavado de activos.

Los actos de conversión y transferencia

Prescriban el artículo 1° de la Ley N° 27765:

“El que convierte o transfiere dinero, bienes, objetos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”¹.

La normativa antes descrita responde a las exigencias y estándares definidos en el literal a) ítem i) del inciso 1, del artículo 6° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional²; al literal a) del artículo 1°1.1 de la Ley modelo de las Naciones Unidas sobre el Blanqueo, Decomiso y Cooperación Internacional en lo relativo al Producto del Delito³.

1. El mencionado dispositivo fue elaborado conjuntamente por la Comisión de Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas y el Lavado de Dinero.

2. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25, ACNUR, ORG/ Biblioteca, consultada el 21 de julio de 2009.

(buscar texto legal); y del inciso 1 del artículo 2° del Reglamento modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico de drogas y otros delitos graves de la CICAD-OEA³.

La estructura interna del referido ilícito penal se configura como un tipo legal **alternativo y común**, que define dos conductas delictivas que pueden ser ejecutadas por cualquier persona: **la conversión y la transferencia**. Estos actos, que se encuentran debidamente criminalizados, pueden ser realizados por un agente o varios agentes, en momentos sucesivos. Asimismo, la norma incluye al autor del delito precedente, siempre que ejecute los actos posteriores de movilización de los activos ilícitos generados producto de su anterior proceder ilícito.

El tipo exige que el sujeto activo realice uno de los comportamientos señalados, pudiendo tener la calidad de autor en tal ilícito cualquier persona natural, entendiéndose que por cuestiones estrictamente teleológicas se excluye al participe en el delito previo, al existir una estrecha vinculación entre este delito y las figuras penales de receptación y encubrimiento⁴. Es recurrente que, en la práctica, el involucrado en este tipo de delitos también se encargue de la conversión del dinero obtenido.

Las conductas antes descritas se encuentran presentes en la fase de colocación (etapa inicial) e intercalación (etapa intermedia).

¿En qué consisten o cómo se podría definir las conductas anteriormente referidas? de la siguiente forma:

Actos de conversión.- Es el comportamiento que consiste en la colocación o movilización primaria de dinero líquido, comprendiendo inclusive a los que recolectan el dinero de origen ilícito, siempre que el mismo ejecute la operación de lavado.

En la materialización de las conductas de conversión de activos se recurre a varias técnicas de estructuración y fraccionamiento, como el uso de "pitufos" con la finalidad de evadir los controles preventivos. El agente, además, realiza pequeñas inversiones en la adquisición de inmuebles o automóviles. También es común que se convierta el dinero ilícito a través del uso de servicios como casinos, restaurantes, etc.

Visto de dicho modo, la conducta de conversión comprende todos los actos propios de un proceso de



sustitución, recayendo directamente sobre el objeto material. Y una vez desplegado el referido accionar, el resultado, esto es, **el bien convertido o transformado ha de tener como base el bien originario**. También se puede incluir conductas de mutación de los bienes, mediante la adición o supresión de nuevos elementos, así como la transformación del mismo bien sin segregar o incluir nada. A fin de asegurar la validez del tipo penal, se entienda que dicha conducta puede desarrollarla el mismo blanqueador de dinero, así como encomendar dicha tarea a una persona ajena a él, la cual esté bajo su dirección.

Actos de transferencia.- Buscan tipificar operaciones de lavado posteriores a la etapa de colocación, las cuales ocurren dentro de la llamada etapa de intercalación u estratificación donde la finalidad del agente es alejar los capitales o bienes convertidos de su origen ilícito y de su primera transformación. No se trata sólo de transferencias bancarias, sino de toda una actividad de transformación sucesiva y continua de bienes de permuta o reventa. No es necesario de que dicha conducta alcance una cobertura internacional⁵.

Los actos de ocultamiento y tenencia

Prescritos en el artículo 2° de la Ley N° 27765 de la siguiente manera:

“El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad

3. Ley modelo de las Naciones Unidas sobre el Blanqueo, Desbarbado y Cooperación Internacional en lo relativo al Producto del Delito (1999), <http://www.moln.org/publicaciones/99ana.htm>, consultado el 21 de Julio de 2009.

4. Reglamento modelo sobre delitos de lavado de activos relacionado con el tráfico de drogas y otros delitos graves de la CICAD-OEA, http://www.unir.org/doc/11/letrichipenal/letrama02_20080328_51.pdf, consultado el 21 de Julio de 2009.

5. Si el ilícito de lavado de activos estuviese emparentado con los delitos de receptación o encubrimiento, la consecuencia lógica de esa vinculación sería indudablemente asumir las mismas razones para no castigar a los partícipes en el delito previo. Bourgoignie, Derecho penal de los negocios, Carrera/Vázquez, Buenos Aires, 2004, pag 261 y ss.

6. Banco Central. (Editor). Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero, Separata del Cuarto Cuatrimestre al Lavado de Dinero desde los sistemas Judiciales CICAD-DEVIDA. Lima, septiembre de 2002, pág. 9.

7. Dentro del Derecho Penal (...) lo importante es entender que la utilización del término transferencia como traslado de bienes a una esfera jurídica o a otra, al margen de si existe o no el cambio de la titularidad o poder dominical (...) las transferencias electrónicas entre entidades financieras, nacionales e internacionales, son las principales formas en que se concreta esta acción típica” Alarcón Toranzo Gálvez Villegas. “El delito de lavado de activos”, Grijley, Lima 2004, pp. 47 y 48).

de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa⁸.

La precitada norma se encuentra adecuada a los requisitos internacionales impuestos en los literales a ítem ii y b ítem i del inciso 1, del artículo 6° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; de los literales b y c del artículo 1° 1.1 de la Ley modelo de las Naciones Unidas sobre Blanqueo, Decomiso, Cooperación Internacional relativo al Producto del Delito; y de los incisos 2 y 3 del artículo 2° del Reglamento modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico de drogas y otros delitos graves de la CICAD-OEA.

Por los supuestos que contiene dicha norma, se configura como un tipo penal alternativo, cuyo sujeto activo puede ser cualquier persona. El comportamiento se basa en el ocultamiento y la tenencia de dinero de procedencia ilícita, en el cual un mismo agente puede realizar ambas conductas, eso sí, de manera secuencial. Debiéndose precisar que en dicho delito se reporta la intervención sucesiva e independiente de distintos sujetos⁹. Queda incluido en dicha figura el autor del delito precedente que produjo los activos ilegales que, una vez concluido el proceso de lavado, pueda volver a tenerlos en su poder, y que al poseer activos que tengan un aparente velo de legitimidad, conlleve a invertirlos en cualquier actividad económica.

Los actos de ocultamiento y de tenencia se constituyen como la fase final del lavado de activos, conocida por los peritos como la etapa de **Integración**¹⁰, en las que los activos han adquirido una aparente legalidad. Su representación resulta ser amplia y casuística, al usarse siete verbos típicos, los que constituyen esencialmente actos de ocultamiento y tenencia, los cuales contemplan la siguiente descripción y poseen el siguiente alcance:

Adquirir.- Equivale a los actos de compra u obtención, siempre onerosa de la propiedad y dominio de bienes.

Utilizar.- Consiste en el uso directo o indirecto de los bienes. Es el usufructo de un bien perteneciente a tercero. Su aplicación no solo se limita a fines lícitos, sino también ilícitos¹¹.

Guarda.- Comprende actos externos de protección física de bienes. El agente provee de condiciones materiales adecuadas para la conservación de calidad y de cantidad de los bienes. Esto se configura en actos de tenencia y no de ocultamiento, ya que existe la posibilidad de guardar los bienes sin necesidad de ocultarlos.

Custodiar.- Alude a los actos de vigilancia sobre los bienes que si pueden encontrarse ocultos. El sujeto activo no ejerce dominio o

posesión sobre los mismos; no obstante, sus actos de custodia pueden estar orientados a preservar materialmente el goce de tales derechos para terceros¹².

Recibir.- Es una transmisión de bienes que incluye actos de transferencia física. Este acto puede basarse en una cesión de dominio gratuito como la donación o el préstamo, del uso o de arriendo.

Dicha recepción conlleva a una tenencia temporal o permanente de tales bienes. A través de esta posesión, el agente puede realizar actos de ocultamiento o que lo remita a un nuevo receptor.

Ocultar.- Es todo acto que consiste en esconder físicamente los bienes producto del lavado de activos, dificultando su hallazgo o identificación, mediante el *modus operandi* de sacarlos fuera de circulación o ubicación visibles para terceros.

En la legislación colombiana, el significado de ocultamiento es similar a la nuestra, entendiéndose que es el acto de esconder, tapar, disfrazar o encubrir a la vista; por tanto resulta adecuada y pertinente la explicación que hace la doctrina peruana al sostener que ocultar significa el desplegar maniobras o actos tendientes a esconder y a hacer ineficaz la identificación de una cosa, en este caso un bien, dinero, ganancias o efectos provenientes de un delito previo.

Mantener en su poder.- Es la manifestación de la posesión de los bienes recibidos, y que el sujeto activo ejecuta de manera expresa. Es lo contrario a ocultar. En ese supuesto mantiene de manera visible y registrada los bienes. La expresión o la alusión típica a dicho verbo proyectan un claro sentido de permanencia de bienes con el autor.

Conclusiones.

En tal sentido, al exponer sucintamente el cuadro de conductas del delito de lavado de activos, esto es, los actos de conversión y transferencia, así como de tenencia y ocultamiento, es pertinente advertir que el objeto material de tales comportamientos puede recaer sobre dinero, bienes, efectos y ganancia, los cuales tendrán un origen ilícito, cuya ilegalidad debe provenir necesariamente de un delito, pero no de cualquiera, sino de los que tengan un cierto grado de gravedad, los cuales se encuentran enumerados en el artículo 6° de la Ley de Lavado de Activos (siendo estos el tráfico ilícito de drogas, la defraudación tributaria, secuestro, trata de personas, entre otros). Por lo que, básicamente el conocer los actos materiales que componen los artículos 1° y 2° de la referida ley, servirá de base para la correcta interpretación de la figura penal comentada previamente.

8. Phadé Saldarriaga Vidari Roberto, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Editorial Jurídica Grisley, 1.º ed., 2017, p. 146.

9. Otra fase del lavado de activos, se define como la actividad de desviar fondos blanqueados a organizaciones ilegítimas que no tienen una vinculación aparente con las organizaciones criminales. La introducción de los bienes en la economía legal se hace otorgando una apariencia de legalidad a través de la forma de inversiones legales, créditos o inversiones de ahorros. García Cervero, Percy. Op. Cit. Pág.458.

10. García Cervero, Percy. Op. Cit. pag.458.

11. Con relación a los verbos típicos de guardar y custodiar, es similar su opinión con la de García Cervero, Percy. Op. Cit. pag.458.

A white flower with a red ribbon is the central focus of the image. The flower is in full bloom, with several layers of white petals. A vibrant red ribbon is wrapped around the center of the flower, forming a loop. The background is a soft, out-of-focus grey, which makes the white and red colors stand out. The overall composition is simple and elegant.

DERECHO TRIBUTARIO



El Problema de aplicar la “fórmula del peso” (ponderación) en los límites al poder tributario: A propósito del mal entendimiento de la “solidaridad-deber de contribuir” en el Perú



Por
Michael Zavala Alvarez*

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Este trabajo se refiere a las actividades de “ponderación” verificables en recientes casos concretos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, y que han tenido el efecto de derrocar a lo que conocemos como los clásicos principios jurídico-tributarios, los cuales son en todo Estado constitucional piedra angular que limita el ejercicio del poder tributario del Estado, además de ser también de cumplimiento en las etapas aplicativas de las normas jurídicas.

El ejemplo más común es el de las sentencias que inaplican los clásicos mandatos constitucionales materiales de “respetar la capacidad contributiva” y de “no confiscatoriedad de las normas tributarias”, a efectos de aplicar una suerte de supraprincipio de solidaridad y deber de contribuir, por cuanto tienen éstos más peso que aquéllos según el Tribunal Constitucional peruano, satisfaciendo así la lógica de moral social-solidaria de bienestar general de los magistrados implicados y, por ende, que consideran menos importante el bienestar individual de los contribuyentes afectados por la violación a su derecho de propiedad y el hecho que su carga fiscal es desmesurada o insostenible (dependiendo del caso concreto).

Otro ejemplo se verifica cuando un juzgador de una democracia “no deja sin efecto” un tributo contrario a la capacidad contributiva, por cuanto el magistrado prefirió vía ponderación darle “más peso” (prioridad) a la obligación moral de contribuir, bajo la promesa que es una suerte de norma de *orden público-tributario imperativo*, aun cuando no se esté acorde a la realidad económica del contribuyente y le sea perjudicial, como -de suyo- ocurrió en la sentencia que no declaró la inconstitucionalidad del impuesto a las transacciones financieras peruano.

Mi opinión es que los cursos de acción definidos vía ponderación son inadecuados porque llevan a resultados, que desde una perspectiva económica que no son necesariamente deseables en un país en vías de desarrollo como el Perú, el cual requiere *certainty and juridical safety*, y, desde una perspectiva jurídica resultan una abierta violación al mandato del artículo 74 *in fine* de la Constitución Política que ordena que las normas que violen lo previsto en dicho precepto no surten efecto. Consideramos, pues, que las normas inconstitucionales que violen tal precepto constitucional y que no se declaren inconstitucionales, constituyen un claro *abus de droit* del juzgador (Tribunal Constitucional en este caso), cuando no abiertas sentencias “inconstitucionales”, en sentido de

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres y Profesor de Derecho Tributario USMP. Presidente del Comité Directivo del Centro de Estudios Tributarios de la USMP. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Tributario. Miembro de la International Fiscal Association.



irrespeto a la Constitución material, similar a como ocurría en la Alemania nazi bajo la Constitución de Weimar, y que denunciara Otto Bachof y demás juristas después de la Segunda Guerra Mundial.

2. ¿NATURALEZA RECÍPROCA DEL PROBLEMA?

Existe un excelente análisis jurídico del problema planteado realizado por el prestigioso tributarista español César García Novoa sobre la problemática de la "solidaridad-deber de contribuir" en el Perú. Por lo que el objetivo del presente trabajo busca simplemente aportar al debate iniciado por dicho prestigioso profesor de la Universidad de Santiago de Compostela, no sin antes explicitar mi total adhesión a su tesis.

Siendo esto así, considero que el problema es consecuencia de una divergencia, entre la "capacidad contributiva solidarística a la peruana" a la luz del Estado socialista y, la "capacidad contributiva clásica" a la luz del Estado de Derecho democrático-capitalista, ignorando que hoy vivimos en un Estado constitucional, el cual es una evolución de ambos modelos históricos, empero, que rescata del segundo la clásica teoría del *ability to pay taxation* (capacidad contributiva), pregonada desde Adam Smith en su *An Inquiry into the Nature And Causes of the Wealth of Nations* (1776) y vigente hasta hoy en todo el mundo del *common-law* del Derecho continental europeo y latinoamericano. Es decir que, el Estado constitucional no implica dejar de lado los logros y avances garantizados del contribuyente obtenidos desde las revoluciones norteamericana, francesa y peruana.

Por otro lado, los defensores peruanos de la "capacidad contributiva solidarística" argumentan inclusive, que estamos ante una justificada consecuencia del uso de la razón que intenta escaparse del positivismo, sin que ello implique una posición unanaturalista, para convertirse en una nueva "pseudoteoría de la argumentación jurídico-tributaria a la peruana", donde no solo la capacidad contributiva clásica, sino además todos los límites al poder tributario del artículo 74° se convierten en "reglas derrotables", es decir, susceptibles de ser inaplicadas en vía de la "fórmula del peso".

La conclusión a la que parece haber conducido este tipo de análisis a los magistrados firmantes de los casos concretos que hemos encontrado en ciertos fallos del Tribunal Constitucional peruano, excepcionales todos ellos, es que es preferible dejar de lado los límites al ejercicio del poder tributario, a fin de que la solidaridad prevalezca inderotablemente, con lo cual se garantiza un mayor bienestar general y un efecto redistributivo mayor.

Adviértase que hemos calificado a la doctrina de la capacidad contributiva solidarística "a la peruana", porque cuando uno revisa a los teóricos italianos (Franco Gallo y Gaspare Falsitta) propulsores de la doctrina de la "capacidad contributiva solidarística", no se encuentra siquiera la sugerencia de que en vía de la fórmula del peso se inaplique la capacidad contributiva clásica o los demás límites al poder tributario.

En otras palabras, según la lógica de nuestros magistrados peruanos sobre la "capacidad contributiva solidarística", es más deseable sobregavar al agente contribuyente, quien además ya tributa por otras hipótesis jurídicamente válidas, en lugar de gravar a otros contribuyentes que no tienen tal capacidad de ser proveedores sino, por el contrario, receptores de solidaridad.

Vale decir, el contribuyente que ya tributa acorde a su capacidad contributiva debe, además, contribuir en reemplazo de quienes en teoría no pueden, sin que quede claro en los casos objeto de análisis, si es por culpa de la desidia del legislador o por la incompetencia del órgano administrador del tributo, o como consecuencia de un problema institucional de incapacidad para redistribuir, entre otras razones.

Esta lógica implícita en los fallos del Tribunal Constitucional peruano opera como una suerte de "razón de la sinrazón" o de "falacia inderrotable", que inclusive puede apelar a argumentos teológicos (de hecho, el concepto mismo de solidaridad tiene un profundo contenido religioso), y generaría como consecuencia un estado de total inseguridad.

institucional y jurídica, así como la siembra de la semilla de la destrucción del rol garantista del Estado constitucional que hoy conocemos.

Por otro lado, no negamos que el significado del mandato del artículo 74° de la Constitución Política tendría que ser interpretado por los tribunales según las circunstancias cambiantes, así como en relación con los otros derechos protegidos bajo la Constitución; sin embargo, tan cierto como lo anterior es el hecho que tales normas son límites al poder tributario, por tanto, se deben aplicar sí o sí por los operadores jurídicos: incluyendo a la administración tributaria, por lo que si se relativiza su aplicación, entonces, terminan siendo "límites limitados", lo que sería contrario a su verdadero rol en un Estado constitucional.

En ese orden de ideas, el principal objetivo del presente trabajo es tratar de establecer cuál es la metodología más racional y acorde al Estado constitucional de la "regla de la razón", cuáles son sus límites y cuáles principios jurídico-tributarios son inderrotables o deberían serlo, al margen de si las Constituciones escritas de los países los contienen o no.

Claro está que en la búsqueda preferimos demostrar cómo la "capacidad contributiva clásica" (no la solidarística) es la piedra angular de los principios jurídico-tributarios que garantizan per se el Estado Constitucional de los contribuyentes. Mas aún, consideramos que cuando de lo denotado y connotado de una Constitución se infiere que esta incrustado el principio de capacidad contributiva, esto se torna inmutable en el ordenamiento jurídico, siendo que la Constitución ayuda a garantizar que los tribunales procederán para maximizar su existencia, en lugar de minimizarla. Ese ha sido el caso en la larga historia de la jurisprudencia comparada en relación con este tema y así debe rescatarse a la capacidad contributiva, a pesar de los excepcionales casos que veremos han ocurrido en la práctica en el Perú.

Si bien existen filósofos del Derecho y constitucionalistas que podrían verse afectados frente a la frase que enartolamos de que la capacidad contributiva debe ser considerada como principio inderrotable en la jurisprudencia comparada, ello no es ajeno a la realidad jurisprudencial tributaria del mundo del Derecho occidental.

Determinar, pues, cuáles son los principios inderrotables que actúan como verdaderas reglas de Derecho tributario constituye nuestra principal motivación.

"...la jurisprudencia constitucional peruana ha señalado que existen los siguientes principios connotados: (i) capacidad contributiva; (ii) solidaridad, deber de contribuir -y de colaboración con la administración pública-; (iii) seguridad jurídica, ..."

3. LOS LÍMITES AL PODER TRIBUTARIO Y LOS CASOS EN QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO HA PONDERADO LAS REGLAS DEL ARTICULO 74° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA HA INAPLICADO A LA LUZ DEL SUI GÉNERIS PRINCIPIO PERUANO DE "SOLIDARIDAD-DEBER DE CONTRIBUIR" MAL IMPORTADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.

Como se sabe en el artículo 74° de la Constitución peruana de 1993 se establece:

"Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante Decreto Supremo.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria.

Las leyes relativas a los tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.

De esta carta magna peruana y de su jurisprudencia constitucional se infiere que existen en el Perú los siguientes principios denotados: (i) reserva

de ley relativa (no la absoluta), debiéndose tener en cuenta que originalmente se interpretaba el artículo 74° como principio de reserva de ley en sentido absoluto, es decir, que no se podía trasladar a norma inferior a Ley ningún aspecto de la hipótesis de incidencia: i) Igualdad Tributaria, distinta a la igualdad ante la ley del artículo N° 2 CP 93; ii) no confiscatoriedad; iv) Respeto a los derechos fundamentales de la persona.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional peruana ha señalado que existen los siguientes principios connotados: i) capacidad contributiva; ii) solidaridad, deber de contribuir -y de colaboración con la administración pública-; iii) seguridad jurídica, aunque este último se ha usado y aceptado jurisprudencialmente únicamente como argumento coadyuvante.

“... podemos inferir que en el marco del Estado Constitucional el juicio de ponderar es de extrema importancia, tanto en el common-law como en el Derecho continental europeo y latinoamericano, por cuanto provee de una estructura argumentativa orientada a fiscalizar todas las actuaciones del poder público y de los agentes privados...”



En el Perú, como puede advertirse, si bien no existe el principio de capacidad contributiva, denotadamente el Tribunal Constitucional peruano (TCP) lo ha connotado y desarrollado en dos momentos:

En un primer momento, el TCP ha reconocido la capacidad contributiva acorde a como se le conoce en la dogmática y jurisprudencia comparada clásica, siendo a esto al que denominamos “capacidad contributiva clásica”.

En un segundo momento, el TCP ha limitado y desechado excepcionalmente en cuatro casos (no en otros) la “capacidad contributiva clásica”, como bien ha denunciado el propio García Novoa recientemente: el ITF y bancarización, arbitrios, percepciones e ITAN. Curiosamente, el TCP ha inaplicado la capacidad contributiva cuando lo ha “ponderado” con el deber de contribuir y principio de solidaridad propios, según palabras del TCP, del Estado social, es decir, dejando de lado el rol del Estado de Derecho y de que la capacidad contributiva es un límite al poder tributario, a efectos de no dejar sin herramientas de recaudación al Estado.

Al respecto, cualquiera que pueda revisar la doctrina constitucional comparada europea puede advertir que ha habido un error en la importación peruana de esta doctrina solidaridad-deber de contribuir. En efecto, con relación a la doctrina del deber de contribuir y el principio de solidaridad español e italiano es fácil advertir que no tienen intrínseca ni extrínsecamente lo que el TCP ha señalado en forma arbitraria respecto de estos institutos. Y es que el TCP los ha elevado a supraprincipios, lo cual no ocurre en ningún país europeo. La importación defectuosa se ha producido tanto del ordenamiento español como del italiano, por cuanto en ambos países se tiene como regla lo siguiente: “todos tienen el deber de contribuir al gasto público en función a la capacidad contributiva”. Es decir, tanto en Italia como en España el DEBER DE CONTRIBUIR no está ajeado o disociado de la CAPACIDAD CONTRIBUTIVA, el cual es un límite al poder tributario que aplica, sí o sí.

De hecho, el artículo 31° de la Constitución española dice:

“1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

Como puede advertirse en este precepto constitucional, en España el principio de capacidad económica es explícito y según Colado tiene dos significados:

i) La capacidad económica es el fundamento que justifica el hecho imponible de contribuir y, por tanto, el cumplimiento del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. "Con dicho principio se pretende garantizar que sólo se establezcan tributos sobre quienes llevan a cabo actos, hechos o negocios jurídicos indicativos de capacidad económica, no pudiendo exigirse tributo alguno que no responda a la existencia de dicha capacidad económica".

ii) La capacidad económica es la "medida, razón o proporción de cada contribución", es decir "se debe de acuerdo con la capacidad que se tiene; lo que debe encontrar reflejo en el hecho imponible y en los elementos esenciales destinados a cuantificar el tributo. Desde esta perspectiva el principio de capacidad económica opera como límite para el legislador en la configuración de los tributos, obligándole a diseñar el hecho imponible de los distintos tributos atendiendo a determinadas circunstancias o índices que sean reveladores, directa o indirectamente, de capacidad económica. Índices directos de capacidad económica son la obtención de renta o la titularidad de un patrimonio, mientras que índices indirectos reveladores de capacidad para contribuir son el consumo de bienes o el tráfico y circulación de riqueza".

Para Álvaro Rodríguez Bereijo, ex Presidente del TC español: "A mi modo de ver, la naturaleza y estructura de norma principal del precepto constitucional que consagra la capacidad económica, que opera como límite frente a la libertad de configuración del legislador tributario, no obsta a que desde la perspectiva individual constituya también una posibilidad de poder jurídico reaccional o de protección (en ese sentido, un derecho subjetivo) de cada contribuyente a que su contribución de solidaridad se produzca de acuerdo con su capacidad económica".

Finalmente, el propio TC español ha sentenciado:

"[...] desde una perspectiva material, el artículo 31.1 CE consagra no sólo los principios ordenadores del sistema tributario, que son al mismo tiempo, límite y garantía individual frente al ejercicio del poder, sino también derechos y deberes de los ciudadanos frente a los impuestos establecidos por los poderes tributarios del Estado. Existe el deber de pagar el impuesto de acuerdo con la capacidad económica en el modo, condiciones y cuantía establecidos por la

Ley; pero existe, correlativamente, un derecho a que esa contribución de solidaridad sea configurada en cada caso por el legislador según aquella capacidad".

Así queda demostrado, que el TCP ha importado el deber de contribuir como si fuera algo superior a la capacidad contributiva o en general a cualquier otro límite al poder tributario, pese a que ello no ha sido sostenido por la jurisprudencia ni la doctrina española. El TCP al momento de efectuar la "importación de ideas" ha omitido que el deber de contribuir en España implica coligadamente aplicarlo en forma conjunta con la capacidad contributiva de cada contribuyente.

En Italia, la capacidad contributiva también es explícita y es también un bastión de extrema importancia para limitar el ejercicio del poder tributario. Francesco Moschetti bien dice sobre el precepto constitucional: "artículo 53" adquiere pues gran importancia en el Derecho tributario como norma exponente de los fundamentales criterios de justicia y racionalidad fiscales". Continúa Moschetti: "[...] la capacidad contributiva viene dada por aquella parte de la potencia económica, de la riqueza de un sujeto, que supere el mínimo vital. En efecto, si 'capacidad' significa *aptitud, posibilidad concreta y real, no puede existir capacidad de concurrir a los gastos públicos cuando falta o se tenga sólo lo necesario para las exigencias individuales*". La capacidad contributiva es reconocida en Italia como "límite de la discrecionalidad del legislador tributario: como únicos presupuestos legítimos para el nacimiento de la obligación se consideraban aquellos hechos de la vida social que fueran inicio de capacidad económica".

Abundando en razones, en Alemania y Argentina, entre otros países, en tanto asumen su ordenamiento jurídico interno que está inmerso en el Estado constitucional, utilizan o invocan la capacidad contributiva pese a no estar denotado en sus textos constitucionales, como límite al poder tributario, sea o no coligadamente con la prohibición de confiscatoriedad; y la primera época del TCP, como hemos explicado, también iba en este sentido alemán y argentino. En efecto, los Tribunales Constitucionales argentino y alemán, entre otros, lo reconocen en muchos de sus diversos fallos; de hecho, es tan común encontrar referencias a la capacidad contributiva en los fallos del Tribunal Constitucional alemán, al igual que ocurre en los Tribunales de Italia y España, cuyas Constituciones si lo reconocen en forma expresa.

Así pues, en resumen, nuestro TCP ha creado una doctrina *Sui Géneris* sobre la solidaridad-deber

de contribuir en estas cuatro sentencias (referenciadas antes), dejando de lado via ponderación a los límites al poder tributario, lo cual es una clara arbitrariedad, un prevaricato constitucional y destruye así las bases del derecho constitucional tributario tal y como lo entiende toda la región y el Derecho continental europeo, siendo que, ha mutado nuestra capacidad contributiva a una "capacidad contributiva solidarística".

4. ¿QUÉ ES EL JUICIO DE PONDERACIÓN Y PARA QUÉ SIRVE?

El juicio de la ponderación es la forma de resolver conflictos de *antinomias externas o contingentes*, a nivel de normas materiales constitucionales (valores, principios, derechos, directrices), donde no se conoce *ex ante* ni durante el análisis del caso concreto, los supuestos de aplicación para la solución del conflicto, en tanto en teoría no exista una regla segura para resolver el problema. Siendo que algunos de estos conflictos se entiende que son circunstanciales e, inclusive, necesarios.

Las antinomias externas o contingentes, son las generadas por el conflicto dentro de un mismo cuerpo legal, en nuestro caso de estudio en la Constitución, siendo que las reglas de especialidad, jerarquía y cronología resultan insuficientes para resolver el caso concreto, toda vez que el problema de la colisión es porque un sujeto está obligado a cumplir dos obligaciones superpuestas, es decir, el sujeto (contribuyente en nuestro caso) está constitucionalmente obligado en el tiempo y espacio a cumplir con ambas obligaciones, aun cuando ello resulte imposible en el plano fenoménico.

Prieto pone como ejemplo el hecho de que en un sistema existan dos obligaciones: "se deben cumplir las promesas y se debe ayudar al prójimo en caso de necesidad. De la lectura de ambos preceptos no se deduce contradicción alguna en el plano abstracto, ni tampoco es posible decir cuál de las normas resulta más general o más especial. Pero el conflicto es evidente que puede suscitarse en el plano aplicativo: ayudar al prójimo puede impedirnos cumplir una promesa. [...] sabemos que en algunos casos pueden entrar en conflicto, pero ni es posible determinar exhaustivamente los supuestos de colisión, ni tampoco establecer criterios firmes para otorgar el triunfo a una u otra. Sólo en presencia de un caso concreto podemos advertir la concurrencia de ambas normas y sólo en ese momento aplicativo hemos de justificar por qué optamos a favor de una u otra, opción que puede tener diferente resultado en un caso distinto".

Por el contrario, y a diferencia de las anteriores antinomias en concreto, también existen las antinomias *internas o en abstracto* que suponen, como señala Prieto: "[...] que los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente, de forma tal que, al menos, siempre que pretendamos aplicar una de ellas,

nacerá el conflicto con la otra. Por ejemplo, una norma permite hacer huelga, y otra prohíbe esa misma conducta para ciertos funcionarios: no cabe duda de que la especie de la huelga de funcionarios forma parte del género de las huelgas; en consecuencia, o una de las normas no es válida o la segunda opera siempre como regla especial, es decir, como excepción constante a la primera. Podemos constatar la antinomia y adelantar su solución sin necesidad de hallarnos ante un caso concreto".

Nótese que en las antinomias externas o contingentes la colisión no es producto de una contradicción abstracta, así como tampoco se trata de dos obligaciones sucesivas o jerarquizadas, supuestos en los cuales, si se determina cuál es género y cuál norma es la especial, se soluciona el primero, si se determina la cronología también respecto del segundo y, en el último caso, si se establece la prioridad jerárquica también.

Por otro lado, es factible que las antinomias en abstracto o internas pueden convertirse en antinomias en concreto o contingentes, "porque detrás de cada precepto legal siempre (o casi siempre) es posible encontrar un principio o norma constitucional que lo respalda, y también otro que lo contradice", en cuyo escenario, tal vez sea posible intentar una concordancia o armonización entre ellas; caso contrario, se preferirá alguno de los principios en un caso concreto, y otro en un caso diferente.

Prieto, sostiene que el juicio de ponderación es también el juicio de proporcionalidad: "La ponderación, en efecto, conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto".

La ponderación equivale a establecer una "jerarquía móvil" de un principio respecto de otro principio, es decir, una orden de prelación del *case by case*, por tanto, nunca es permanente, siendo que el principio "no preferido jerárquicamente" en el caso concreto, no pierde validez jurídica en general, es decir, que puede invocarse en otro escenario o supuesto fáctico ante un juzgador. Pudiendo ocurrir, inclusive, que derrotado el principio derrotado, en otro supuesto, con el mismo principio vencedor, pueda el derrotado ser preferido.

Prieto dice que con la ponderación no se obtienen "por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad pública sobre la libertad individual, o a la libertad de información sobre el derecho al honor, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso de conflicto entre las mismas normas".

Siendo esto así, podemos inferir que en el marco del Estado constitucional el juicio de ponderación es de extrema importancia, tanto en el *common law* como en el Derecho

continental europeo y latinoamericano, por cuanto provee de una estructura argumentativa orientada a fiscalizar todas las actuaciones del poder público y de los agentes privados; a efectos de poder quitar los efectos de las que supongan un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los derechos fundamentales.

Ahora bien, siguiendo a Pietro, las fases en el proceso de argumentación ponderada según la doctrina son las siguientes:

- i) Juicio de medida con fin legítimo constitucionalmente: Fin constitucionalmente legítimo de la medida enjuiciada como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio.
- ii) Juicio de idoneidad: Acreditación de adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada.
- iii) Juicio de necesidad: Necesaria lesión de un principio o derecho fundamental.
- iv) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

4.1. Juicio de medida con fin legítimo constitucionalmente: Fin constitucionalmente legítimo de la medida enjuiciada como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio

No hay nada que ponderar si la medida enjuiciada no tiene un fin constitucional o si resulta ilegítima constitucionalmente; y la actuación pública es gratuita. Pietro señala que este primer requisito tiene un rol negativo: "o impone la consecución de un cierto catálogo de fines, sino que sólo excluye algunos, en particular los que puedan considerarse contrarios a la Constitución".

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional español Nº 55/1995 no puede ponderarse sacrificios de libertades constitucionalmente proscritos y, además, socialmente irrelevantes.

4.2. Juicio de idoneidad: Acreditación de adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada

Si en la actuación no se acredita idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección de la finalidad expresada, entonces "significa que para esta última resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión; y, entonces, dado que sí afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención".

"Pese a la distinción entre principio y regla, algunos operadores tributarios, cuando no magistrados (felizmente en forma aislada aún), las confunden por el hecho que los límites al Poder Tributario consagrados denotada o connotadamente en las Constituciones, se llaman por la doctrina y/o jurisprudencia comparada como "principios".

Este juicio de idoneidad es empírico y técnico.

Pietro sostiene que "no se trata de imponer en vía jurisdiccional las medidas más idóneas y eficaces para alcanzar el fin propuesto, sino tan sólo de excluir aquellas que puedan acreditarse como gratuitas o claramente ineficaces".

4.3. Juicio de necesidad: Necesaria lesión de un principio o derecho fundamental

Debe acreditarse que no existe otra medida que resulte menos restrictiva o gravosa. Vale decir, que si la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, resulta exigible escoger aquella que menos perjuicio cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna.

Los jueces, a la luz de este requisito, deben tener un género de argumentación prospectiva, por cuanto no basta con constatar que la medida enjuiciada comporta un sacrificio en aras de la consecución de un fin legítimo sino, por el contrario, deben pronosticar si ese mismo resultado podría obtenerse con una medida menos lesiva.

4.4. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto

Consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los "beneficios" que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la realización de un derecho, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de otro derecho o para la satisfacción de otro bien o valor. Aquí es donde rige la llamada ley de la ponderación: "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro" (Alexy citado por Pietro).

La proporcionalidad implica un juicio de afectación normativo o jurídico, toda vez que ya no se trata de indagar si en la praxis o técnicamente la medida es idónea o si existe otra menos gravosa. Se trata de valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la norma o conducta en cuestión.

En resumen, estamos ante la determinación del "peso definitivo" que, en el caso concreto, tienen los principios confrontados.

5. EL ESTADO CONSTITUCIONAL FUNCIONA COMO MARCO O SUPRAPRINCIPIO JURÍDICO

Consideramos al Estado Constitucional como nuestro Marco de Estado de Derecho democrático occidental moderno, aun cuando sea conocido con otros nombres. El Estado Constitucional es para nosotros la conjunción natural y evolutiva de lo que se conoce en doctrina como Estado de Derecho formal (Estado de Derecho democrático-capitalista o liberal) y material (Estado Social).

Vale decir, nuestro concepto de Estado constitucional reconoce las libertades políticas y económicas, separación de poderes y límites al ejercicio del poder estatal, esgrimidas en el modelo constitucional posterior al Estado absolutista, predominante entre los siglos XVIII y XIX, para luego incorporar de suyo diversas mejoras, cuyas fuentes fueron la doctrina social de la Iglesia, el socialismo y la social democracia, por ejemplo; entre otras ideologías, las cuales reconocen deberes constitucionales al ciudadano, sin desconocer sus derechos y, a la par, tratan de explicitar cómo hacer realidad los derechos fundamentales de los ciudadanos desde la actividad del Estado como proveedor de bienes y servicios públicos (p.e. educación y salud pública en teoría gratuita, sistema de pensiones; rol redistributivo del Estado, mínimos salariales, igualdad material, etc.) ante las fallas naturales del mercado y de los agentes privados.

Si bien algunos sostienen que los capítulos económicos de las Constituciones no tienen razón de ser, toda vez que la economía la designa el gobernante de turno, en términos jurisprudenciales constitucionales, tales preceptos (denotados o connotados) sociales son aplicados en la práctica, con lo cual se desmiente el hecho de sostener que la Constitución económica, financiera y tributaria carezca de función o rol alguno.

Es tan importante reconocer el marco de Estado constitucional que la dogmática alemana ha sostenido que tiene naturaleza de *supraprincipio* (o *Rechtsstaat*), el cual permite el ejercicio de todos los derechos fundamentales, libertades políticas y económicas,

aplicación de deberes naturales y jurídicos, así como la aplicación de los principios tributarios como límites a poderfiscal.

Nuestro Estado constitucional tiene naturaleza jurídica de supraprincipio, al ser aplicado como garantía jurídica por los países del Derecho continental europeo, del *common-law* y del Derecho latinoamericano, excluyendo contadas excepciones (aunque son temporales), además de muchos otros países de este orbe (Japón, por ejemplo). El Estado constitucional se justifica, por sí mismo, como el más logrado y cercano a la justicia fundamental, aun cuando en el camino evolucione y se perfeccione, como ha ocurrido en el último siglo, al incluir desde conceptos puros de libertad hasta los de *welfare state* o Estado de bienestar, a raíz del surgimiento de las teorías sociales y sus derivaciones. De ahí que el Estado constitucional propugna la relevancia de los intereses generales, pero también reconoce y protege el derecho de propiedad, siendo que el tributo no niega dicho reconocimiento sino, por el contrario, coexiste respetándolo.

Vale decir, que en el Estado constitucional del *common law*, UE y América Latina -sin importar la perspectiva ideológica adoptada- el tributo y la propiedad privada van de la mano en tanto aquél es un límite del *property right*, empero, a la luz de principios y valores derivados de la Constitución. Esto es una prueba más de que en el Estado constitucional se reconoce la "conjunción" de las teorías liberales, social democráticas, social cristianas, entre otras, pero, "centradas y conjugadas" por el *ius naturalismo* intrínseco, materializado en los derechos fundamentales, la seguridad jurídica y demás límites del poder tributario. Laureados nobeles de economía han reconocido esta realidad, sin importar su escuela económico-ideológica, tales como James Buchanan, desde su libertaria concepción económica e independientemente que realice críticas desde su *Public Choice Theory*, así como Richard Musgrave desde su *Welfare State Theory*.

Como bien sostiene García Novos al hacer referencia al Convenio Europeo: "La limitación de la potestad tributaria es, por tanto, una inherencia a esa intervención legal legítima, pues se basa en el deber de contribuir, pero, necesariamente limitada por un criterio de justicia, que no puede ser otro que la capacidad contributiva [...]. Ello se pone de manifiesto en la abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que no puede ser catalogado, precisamente, de órgano de ideología liberal) en defensa del recurso a la proporcionalidad a la hora de establecer tributos. Valgan como muestras la sentencia de 16 de julio de 2002 (caso *Dagerville vs. Francia*) que consideró que la actuación del Estado francés que por razones de transposición tardía de una Directiva, exigió al contribuyente el pago del IVA (del que estaba exento con arreglo a dicha Directiva), fue una intromisión

desproporcionada en el derecho de propiedad y, en consecuencia, procedía devolver el impuesto indebidamente cobrado. Una manifestación específica del criterio de proporcionalidad a la hora de valorar una determinada norma tributaria en relación con el derecho de propiedad es que la aplicación de dicha norma no constituya una 'carga excesiva' para el contribuyente. Así se desprende, por ejemplo, en la decisión de la Comisión de 16 de enero de 1985 (caso *Travers y otros vs. Italia*), relativa a la exigencia de una retención a cuenta de rendimientos profesionales superior al impuesto definitivo sobre el rendimiento".

Así pues, en resumen, no existe un Estado social puro, como tampoco existe un Estado Liberal puro, existe simplemente un "Estado constitucional", el cual actúa como un mega principio defensor.

6. LOS LÍMITES AL EJERCICIO DEL PODER TRIBUTARIO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL NO SE PONDERAN: UN CASO DE PREFERRED POSITION.

Según el jurista constitucional alemán Robert Alexy, el juicio racional "de la ponderación" se puede formular de la siguiente forma:

"Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro".

Ahora bien, contrario a como ha mal interpretado excepcionalmente nuestro TCP, independientemente de la región del mundo, y que, por ende, han aplicado en los casos concretos criterios injustos, no es factible sostener que todo se "pondera en sede judicial-constitucional".

Las normas que no califican como "principios", es decir, las normas "reglas" que están hechas para ser cumplidas no se someten a la "fórmula del peso" o "ponderación", se cumplen o no se cumplen y, obviamente, previo a su aplicación se "interpretan" a la luz de todos los métodos posibles del ordenamiento jurídico, empero, "nunca se ponderan"; los mecanismos de solución de conflictos de las "reglas" tienen otras vías tales como, i) cláusula de excepción; ii) declaración que una de las reglas es inválida; iii) criterio de la regla especial vs. regla general; y iv) prelación por el tiempo de creación.

El mismo Alexy reconoce esta distinción entre reglas y principios, así como el hecho que éstos son los que se ponderan:

"El fundamento de teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios. Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son

mandatos definitivos. [...] Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario [...].

El significado de la diferenciación entre las reglas y los principios resulta del hecho de que el carácter de los principios tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, [...].

Siendo esto así, entonces, las preguntas de rigor serán ¿los llamados principios jurídico-tributarios se ponderan en un Estado constitucional? ¿el respeto a los derechos fundamentales, el principio de legalidad, no confiscatoriedad, capacidad contributiva clásica, seguridad jurídica, entre otros, en tanto constituyen límites al poder tributario al formar parte del Estado constitucional que funge como mega garantía no deben ni pueden ponderarse?

En nuestra opinión, en la medida que tenga la naturaleza jurídica de "reglas constitucionales" no pueden ponderarse en el marco de un Ordenamiento jurídico interno, diferenciando a éste de los ordenamientos internacionales y comunitarios donde rigen otras reglas y principios. Es decir, en el ámbito del ordenamiento interno, si se trata de reglas válidas a la luz del Estado constitucional, "es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla".

Pase a la distinción entre principio y regla, algunos operadores tributarios, cuando no magistrados (felizmente en forma aislada aún), las confunden por el hecho que los límites al poder tributario consagrados



denotada o connotadamente en las Constituciones (como, por ejemplo, en el artículo 31^o 1 de la Constitución española, en el art. 74^o de la Constitución peruana), se llaman por la doctrina o jurisprudencia comparada como "principios".

Prieto explicita este problema vigente:

"[...] en los últimos tiempos se ha generado una abundante literatura que tiene también como protagonista a los principios, pero que guarda poca relación, al menos directamente, con la contraposición entre principios explícitos e implícitos. Me refiero a la idea según la cual ciertas normas, llamadas 'principios' (ahora no importa su origen) presentarían una estructura distinta a la del resto de las normas, llamadas entonces 'reglas'".

Vale decir que, aun cuando fueren nominados por cierta doctrina o, inclusive, por cierta jurisprudencia como principios, el operador jurídico está obligado a desentrañar su real esencia y naturaleza jurídica, y sobre todo a tener en cuenta su función y rol garantista en un Estado constitucional. En efecto, no puede confundirse a un principio ponderable cuando en realidad es una regla válida aplicable si o si, porque estaríamos violando el mandato imperativo de la misma o, de lo contrario, concediéndole al Estado la posibilidad de violar los límites que controlan constitucionalmente su poder, lo cual equivaldría a violar la Constitución. Como bien dice Ronald Dworkin en su clásico *Los derechos en serio* la distinción entre reglas y principios se determina por:

- La aplicabilidad disyuntiva de las reglas.
- La dimensión del peso de los principios.

No podemos entender a las reglas como mandato de optimización en la técnica argumentativa, sin ignorar que ello implica limitar las normas que garantizan la libertad en un Estado constitucional contra el gobierno arbitrario. Ferrajoli, bien decía:

"La función garantista del derecho consiste, en suma, en la limitación de los poderes y en la correspondiente ampliación de las libertades. En este sentido, la libertad, pero también la igualdad, en su calidad de garantía de los derechos fundamentales de todos, depende de las leyes, cuya función es la indicada por Kant, de hacer convivir las libertades de todos".

Prieto sostiene en similar sentido, que reconoce también la necesidad de distinguir los "principios" que per se son ponderables respecto de las "reglas" constitucionales que o se cumplen, o se incumplen y, por ende, donde no hay ponderación sino, todo lo contrario, simplemente subsunción.

En tal sentido, de ponderarse una "regla constitucional" existe un alto riesgo de que la "mayor exacción o confiscación tributaria" gane, a fin de que el gobernante de turno (en caso control directo o indirectamente a sus órganos administradores de justicia) pueda "redistribuir" más. En efecto, considérese el siguiente ejemplo: si un contribuyente se encuentra con magistrados marcadamente "solidarios", es decir, que le dan un sobre peso al Estado social ignorando la naturaleza del Estado constitucional, solo existirá una verdad previsible, que dicho contribuyente perderá su caso contra el fisco, en lugar de aplicar la lógica de la razonabilidad de los argumentos a la luz de los límites al poder tributario.

Para evitar este problema, es importante tener en claro que, si bien el Estado constitucional le atribuye a los jueces en general y a los vocales constitucionales, en tanto órganos resolutores de conflictos constitucionales-tributarios del ordenamiento jurídico interno, la posibilidad de "ponderar" y de considerar derrotables a los principios que no sean reglas, lo cierto es que esta ponderación no aplica respecto de las garantías y límites al poder estatal en materia tributaria (interna), traducido en los límites constitucionales al ejercicio del poder tributario, en tanto reglas y no principios.

Abundando en razones, inclusive, si la naturaleza jurídica de alguna "regla constitucional-tributaria" no quedara clara, en el sentido que se confunde con un "principio", tal *principialización* de la regla -como denomina García Figueroa a dicho fenómeno- debe a lo más "ratificar" el hecho que ante todo es una "regla"; aun cuando su esencia no quedara clara, con lo cual se debe aplicar y punto, es decir, no se debe ni puede "ponderar". De suyo, consiguientemente, no se pueden relativizar los límites al ejercicio del poder tributario, aun si se discutiera la naturaleza de regla o principio.

A la luz de lo expuesto, en nuestra opinión, en materia constitucional-tributaria, bajo un Estado constitucional *the limits to tax power* constituyen una garantía de los ciudadanos contra la arbitrariedad del Estado, en tanto

califiquen como "reglas o mandatos definitivos e imperativos" de la Constitución al Legislativo y Ejecutivo en el momento de crear, modificar, suprimir o conceder beneficios fiscales; así como a los operadores a la hora de aplicar las normas tributarias, siendo que esta "regla" otorga una innegable, eficiente, eficaz y fácil seguridad jurídica a los ciudadanos.

Por ello, en el Estado constitucional no deberían ponderarse en general la "solidaridad-deber de contribuir" respecto de los "límites al poder tributario", a fin de brindar seguridad jurídica a los operadores sociales. Igual ocurre en el Derecho penal, en el penal tributario y en el tributario sancionador, donde las "garantías" en general son inderrotables, es decir, nadie pensaría que los principios *non bis in idem*, tipicidad, presunción de inocencia, entre otras verdaderas reglas (aunque denominados principios por la doctrina y jurisprudencia) sean "ponderables", sin perjuicio que pocas reglas del Derecho penal (tributario penal inclusive) hayan tenido éxito masivo o no jurisprudencialmente tal como ocurre con el derecho a la "no autoinculpación"; y quien lo haga o aplique judicialmente estaría asumiendo ser parte de un Estado neo-absolutista, amén del disfraz nominal que se auto rotula, no en un Estado constitucional. Igual asimismo ocurre en materia constitucional tributaria en todo ordenamiento jurídico interno.

Claro está que algunos sostienen equivocadamente, que dado que todo es "ponderable" los límites al poder tributario también; en cuyo escenario, según esta corriente, una "razonable ponderación" no debe implicar un resultado arbitrario al dejarse el resultado a la mejor "argumentación" todo lo contrario, lo que resuelva el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional será el resultado de la democracia.

Mi posición es que no todo es "ponderable", esto es falso. En el Derecho penal y sus también denominados principios garantistas encontramos un fenómeno similar al constitucional tributario que estamos tratando, donde sus principios actúan como reglas. Usando un parangón es como si un juez sostuviera que el principio de tipicidad penal es derrotable en vía de ponderación, vale decir, que puede condenarse a un inculpaado a pesar de que su supuesto fáctico no calza en el tipo penal, empero, dada la moral social se le hace calzar; la arbitrariedad es fácil de advertir, si negáramos lo contrario, e igual ocurre en el constitucional tributario.

Abundando en razones, el problema de sostener que "todo es derrotable", inclusive el artículo 74° de la Constitución Política peruana, es que, volviendo a nuestro ejemplo, la ponderación en el contexto del

marco del ordenamiento jurídico interno, de la solidaridad-deber de contribuir como supraprincipio vs. los límites al poder tributario -como ha efectuado el Tribunal Constitucional peruano-, la "solidaridad" o "moral social" al ser subjetiva y fácilmente "comprable", puede implicar de suyo, una alta probabilidad de perder para el contribuyente via "fórmula del peso".

Si por un lado se tiene una actuación del Estado que viola la prohibición de no confiscatoriedad y de no transgredir la reserva de ley o la seguridad jurídica o el *ability to pay taxation* y, por otro el lado, la defensa del fisco sostiene que la norma o actuación tributaria sirve para "ser solidarios con los pobres que no tienen para pagar tributos" (ya que el destino teórico del tributo es para neutralizar la falta de caja fiscal porque los pobres no pagan); entonces, es fácil advertir que la solidaridad se preferirá, máxime si se tiene en cuenta el deber de contribuir como algunos lo han malentendido.

Se concluirá que se debe "confiscar" o violar el formalismo de la reserva de ley o, inclusive, dejar sin efecto algún derecho fundamental, ignorar la capacidad contributiva, porque de suyo es más "justo socialmente", más "moralmente solidario" permitir al Estado mayor caja para que redistribuya a los "pobres que no tienen para pagar tributos", sin perjuicio, claro está que nunca quedaria claro cómo se les redistribuirá y si se cumplirá este ideal, siendo lo más altamente probable que no ocurra nada.

Ahora bien, consideramos que la ponderación termina siendo un peligro para la seguridad jurídica y un factor de anti garantía de los contribuyentes; los neoconstitucionalistas de la región latinoamericana aceptan esta realidad y sostienen que en estos casos es mejor que la jurisprudencia asuma la clásica posición de los límites al poder tributario y, por consiguiente, que los límites al *tax power* se deben entender como "reglas".

En nuestra opinión, sería un error, aun si negáramos la clásica posición de los límites al poder tributario, sostener que todos son "principios" y "no reglas". Vale decir, inclusive si negáramos la posición de que el artículo 74° de la Constitución peruana y el artículo 31°.1 de la Constitución española han dictado "reglas" al imponer límites al detentador del poder tributario (derechos fundamentales, legalidad, no confiscatoriedad, capacidad contributiva, igualdad tributaria, entre otros), en caso convirtiéramos a los preceptos constitucionales en principios, estaríamos siendo cómplices de la arbitrariedad al darle un cheque en blanco al mismo Estado para que decida en sede judicial el peso mayor, por ejemplo, de la

solidaridad (en el caso antes planteado) vs. la no confiscatoriedad y capacidad contributiva.

El Estado constitucional que defendemos implica avances sociales (redistribución de la riqueza, salud, educación, etc.), pero no permite el "robo" a través de la "confiscación sin justiprecio y sin caso *ex lege*" o a través del "cambio de las reglas de juego al caso concreto vía fórmula del peso". En tal sentido, por ejemplo, si una norma es retroactiva debe dejarse sin efecto así le implique recorte dinerario al erario, y no por el contrario, convalidarla a la luz de la premisa de que el Estado social que contiene la solidaridad-deber de contribuir es un supraprincipio que prevalece sobre todo. No, todo lo contrario, el supraprincipio del Estado constitucional ordena que esto no ocurra.

Así pues, en resumen, si bien el artículo 74^o de la Constitución peruana recoge lo que doctrinariamente se conoce como principios, lo cierto es que actúan jurídico-tributariamente como reglas, por tanto, no son ponderables.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

A la luz de lo analizado, se puede inferir lo siguiente:

- i) En un Estado constitucional, conforme lo entendemos, los límites al poder tributario, en el contexto del ordenamiento jurídico interno (no internacional ni comunitario-europeo), manifestados en la prohibición de no confiscatoriedad, en la capacidad contributiva, en la reserva de ley, en la igualdad tributaria y demás límites al poder tributario, si bien son factibles de ser interpretados, no son susceptibles de aplicárseles ningún "juicio del peso" (ponderación).
- ii) Caso contrario, equivale a abrir la puerta a la arbitrariedad y "limitar los límites" al poder estatal.
- iii) La capacidad contributiva, la no confiscatoriedad y demás límites al poder tributario si bien son conocidos como "principios" actúan, en nuestro ordenamiento, como verdaderas "reglas", hechas para ser cumplidas por el defraudador del poder tributario cuando crea, modifica o suprime normas tributarias, así como por los operadores cuando las aplican, incluyendo a los magistrados de cualquier instancia resolutora y de cualquier país que se precie de ser democrático.
- iv) Finalmente, en el supuesto que los jueces, inclusive el TCP concluyeran erróneamente que todo es "ponderable", es decir, que sobre todo es factible aplicar la fórmula del peso, debe tenerse en cuenta la lógica, naturaleza jurídica y función socio-jurídica de que los límites al poder tributario previstos en toda carta magna (escrita o no) que se precie de ser parte de un Estado constitucional, tiene una "posición preferente" (*preferred position*), en tanto que constituye una garantía del contribuyente.

La proporcionalidad implica un juicio de afectación normativo o jurídico, toda vez que ya no se trata de indagar si en la praxis o técnicamente la medida es idónea o si existe otra menos gravosa.

Este análisis reproduce, en su esencia, el contenido de mi exposición en la Conferencia "Análisis Jurídico de la Constitución Tributaria: A propósito de la Jurisprudencia del Deber de Contribuir y el Principio de Solidaridad", realizada por el Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de San Martín de Porres (USMP), en noviembre de 2008.

Por otro lado, agradezco los útiles comentarios de Milegros Rodríguez Bardeales, en su condición de no-abogada, así como a las valiosas conversaciones sobre esta problemática con los doctores Pedro José Carrasco Pareda y Alfonso García Figueroa, ambos profesores titulares de Derecho Tributario y Filantropía del Derecho, respectivamente, de la Universidad de Castilla - La Mancha (UCLM) durante mi estancia como profesor visitante de Derecho Tributario en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo de la Universidad de Castilla, La Mancha (UCLM), en febrero y marzo de 2009. No obstante todo lo anterior, el contenido del presente trabajo es de entera responsabilidad imputable única y exclusivamente al autor. Para cualquier comentario, pueden escribir al autor a: trazaru@uclm.es.

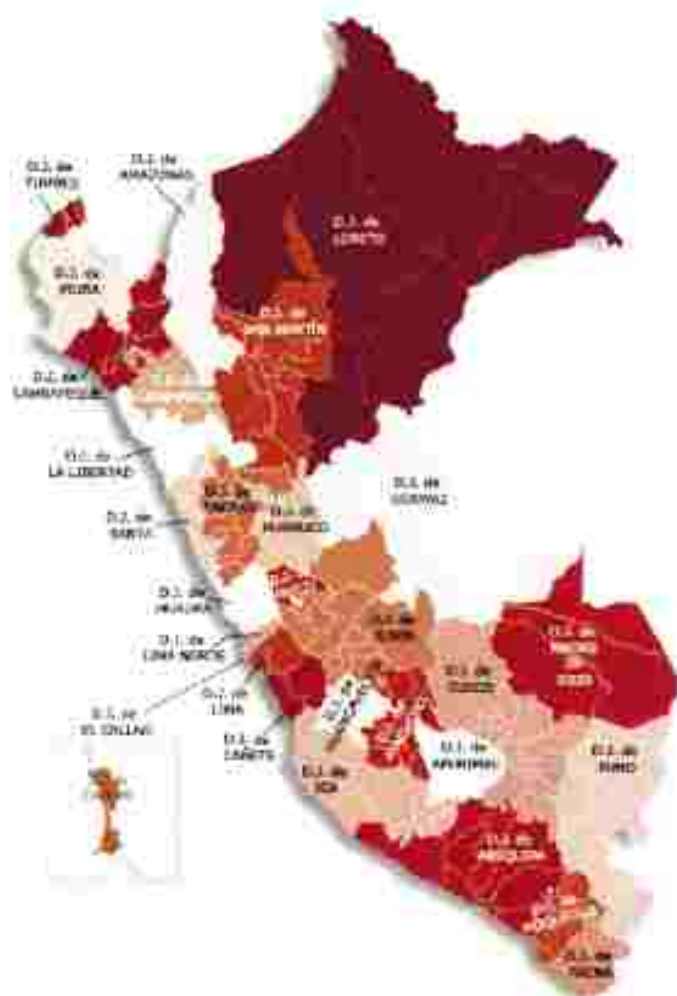


TEMAS VARIOS

Urge descentralizar el gobierno del Poder Judicial



Néstor Palomino Cotrina
Administrador del Instituto Penal del Callao



En el año 2005 integré la Comisión de Apoyo a la Gerencia de Administración del Gobierno Regional del Callao, se nos encomendó la tarea de realizar las acciones necesarias conducentes a la adquisición del terreno en el que se construirá la nueva sede judicial chalaca. En otras ocasiones participé en las actividades de presupuestos participativos convocados por el gobierno regional y municipal, así como también en el año 2008 fui parte de la Comisión Encargada de la Elección de los Juocos de Paz Urbanos de esta localidad.

A partir de estas experiencias pude constatar la urgente necesidad de flexibilizar la organización judicial y el desfase existente con el actual escenario administrativo del país; por ello, no me sorprendió que don Javier Villa Stein, Presidente del Poder Judicial (P.J.), en su discurso de apertura del presente año judicial anunciara la ampliación de las competencias de las diez Cortes Superiores de



"... Con el proceso de descentralización entraron en funcionamiento los gobiernos regionales, a los que se les asignaron competencias que antes estaban a cargo del Gobierno nacional, y se les transfirieron recursos..."

Justicia que cuenten con Consejos Ejecutivos Distritales en temas referentes a la adquisición de bienes y servicios, acciones concenientes al traslado de magistrados y lo relativo a las ocurrencias del personal administrativo, evidenciando con ello la necesidad de aflojar la férrea organización centralista que por imposición legal asfixia a la entidad que representa.

Como marco de referencia echamos un vistazo al actual mapa político y administrativo del País.

Con el proceso de descentralización entraron en funcionamiento los gobiernos regionales, a los que se les asignaron competencias que antes estaban a cargo del Gobierno nacional, y se les transfirieron recursos. Las modificaciones introducidas al Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), no permiten que el poder decisorio del gasto público se concentre única y exclusivamente en el Ministerio de Economía y Finanzas. En este nuevo escenario de organización administrativo estatal, los actores regionales y locales, empujados por su propia dinámica social

vienen rediseñando sus roles, una expresión de ello son los movimientos amazónicos y andinos, que cada vez se muestran más renuentes de aceptar que sus destinos se decidan por autoridades arraigadas en la Capital de la República, así estos detenten la representación nacional. A partir de esta realidad resulta previsible y válido que la población exija a sus autoridades regionales y locales resultados concretos y palpables.

Atado como esté a su cuasi obsoleta ley orgánica, (que fue promulgada para un escenario diferente), el P.J. es casi ajeno a esta realidad manteniendo por mandato legal una estructura administrativa central de tal manera que los destinos de una Corte de Justicia del interior se deciden casi siempre desde la capital. Un ejemplo emblemático de ello, es la autorización para la creación de los Juzgados de Paz, cuyos jueces mayoritariamente no letrados son elegidos por el liderazgo que ejercen en su comunidad; *¿cómo puede desde la lejana Lima, autorizarse la creación de juzgados que se ubican en la espesura de la selva amazónica, en la inhóspita de una montaña serrana, en la aridez del desierto costero, o en la marginal población urbana?*

Es el momento que el Legislativo ponga al P.J. a tono con los cambios administrativos del país, dotando de mayor protagonismo y autonomía a las Cortes Superiores y a sus órganos de gobierno de responsabilidades más acordes con el nuevo escenario político administrativo, de tal manera que los destinos institucionales no sean el resultado de directrices que provienen de Lima.

El doctor Javier Vila Stein ha mencionado: el inicio de una "perestroika" al Interior del P.J. es el momento entonces que las Cortes Superiores (dentro del reducido marco legal de nuestra Ley Orgánica), por iniciativa propia, planteen asumir el protagonismo que les corresponde, lo que debe ir aparejado de una total apertura de las sesiones de los Consejos Ejecutivos a la ciudadanía pública, si el P.J. no lo hace por sí mismo, más tarde o más temprano, la dinámica social se lo va a plantear.

Estamos atentos y seamos previsoros, que no nos sorprenda si los actores sociales regionales, los movimientos populares, indigenistas, la sociedad civil organizada, los movimientos políticos del interior, por legítimo interés o elaborado cálculo de ganancia política, dirigen sus miradas a las autoridades judiciales responsables de conducir las políticas públicas vinculadas al gobierno judicial, regional o local.

Promoción de la justicia de paz



Por
Blanca de Inés Casas Ayala
Asesora de nivel de la Segunda Sala Civil del Callao



Hemos recibido gratamente la noticia que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial ha dispuesto la creación de cuatro Juzgados de Paz en la Provincia Constitucional del Callao¹; ello no es algo casual, pues nace de la preocupación de este Distrito Judicial, a raíz de la petición de grandes sectores representantes de la sociedad civil de esta comunidad, por superar el problema de justicia de una gran parte de la población urbana del Callao que no cuenta con acceso a este servicio fundamental).

ANTECEDENTES

Si nos remontamos a los orígenes de la justicia de paz en el Perú, veremos que esta es muy antigua: en la Constitución de 1823 se precisó la figura del Juez de Paz, pero no como lo conocemos ahora, ya que era una función que debería asumir el alcalde para demandas de menor cuantía y faltas o delitos considerados leves; luego, en la Constitución de 1826 se estableció que el Juez de Paz tendría un

papel conciliador; y en la Constitución de 1828 que se hace referencia al conocimiento de juicios verbales. A través de nuestra historia la figura del Juez de Paz siguió presente hasta la actualidad. A nivel Latinoamericano sabemos que fue Venezuela uno de los que primigeniamente instituyó al Juez de Paz, en el caso de Colombia, los Juocos de Paz no son abogados y son elegidos por las comunidades; en Uruguay, no es preciso ostentar el título de abogado para ser Juez de Paz y en Ecuador la justicia de paz está prevista constitucionalmente y no se requiere para su desempeño ser abogado.

A pesar de que la justicia de paz estaba asociada a los alcaldes, es más era ejercida por estos, con el pasar del tiempo el cargo pasó a ser desempeñado por el personaje notable de la zona, una persona respetada por la comunidad y cada vez se fue alejando más de las zonas urbanas, asumiendo en lugar de ellos los Jueces de Paz Letrados.

Palabras claves: credibilidad y confianza

La importancia de esta institución es obvia, entre otras causas porque existe una diferencia marcada en cuanto a la cantidad de Jueces de Paz que ejercen a nivel nacional y los jueces dentro de la

1. Mediante la Resolución Administrativa 136-2009-JCE-PJ se ha resuelto crear: Juzgados de Paz en los Asentamientos Humanos Manuel C. Dujarrin, Santa Rosa, Néstor Gandarte y Manuel Ramón Castilla, para la atención de una población aproximada en su conjunto de 41,663 habitantes.

“Los jueces de paz cuentan con la aceptación de la comunidad donde desempeñan su función y esto los legitima, porque la comunidad asume que este juez es el que imparte justicia en los conflictos sometidos a su conocimiento”.

carrera judicial, siendo el porcentaje bastante significativo².

Tenemos que admitir que estos Jueces de Paz, a través de su función hacen posible la convivencia social en lugares donde la justicia formal no se encuentra presente. Ahora bien, no debemos medir su importancia por el hecho, muchas veces señalado, de efectuar una descarga de la labor del Poder Judicial, ya que como sabemos la justicia de paz existente, principalmente al interior del país, funciona donde no existe la justicia formal, siendo así su importancia no debe medirse o en todo caso no principalmente por este aspecto, sino más bien por su esencia.

Los Jueces de Paz cuentan con la aceptación de la comunidad donde desempeñan su función y esto los legitima, porque la comunidad asume que este juez es el que imparte justicia en los conflictos sometidos a su conocimiento. Esta aceptación nace de la confianza, ya que (a diferencia de la justicia formal) conoce a este personaje, su forma de vida y de relación con los miembros de la comunidad, y esa forma de vida es aceptada y respetada, siendo que lo que él decida será acatado.

Esta es la clave de su éxito, esa conexión con su ámbito geográfico, vida y costumbres, ello implica no solo llevar una vida de relación social aceptable sino además la capacidad de resolver conflictos de otorgar soluciones y de proponer los medios de resolver las controversias, creando imaginativamente las que más se adaptan al grupo social donde se desenvuelve, ello es así además, porque él mismo forma parte de ese grupo social.

Si bien el Juez de Paz resuelve conflictos cotidianos de la población, esto hace posible el restablecimiento de la paz social de determinado grupo humano.

Promoción de la justicia de paz

La justicia de paz no solo requiere de apoyo, sino de promoción, porque ha demostrado a través de su vigencia que suple una necesidad vital para todo ser humano: tener un mecanismo que sirva para resolver los conflictos; si bien estos se consideran de poca intensidad, pues no pueden resolver asuntos como delitos o filiación, resuelven los problemas que generan conflictos cotidianos de la comunidad urbana o rural.

Lo que define la función de este juez de pequeñas causas, es la capacidad de resolver en equidad, de tal manera que la paz social alterada pueda ser restablecida sin resquebrajar la relación interpersonal de los miembros de la comunidad.

La justicia de paz, al menos en nuestra realidad social, nace como una respuesta a la ausencia del Estado, a través de la justicia formal (carencia de magistrados de la carrera judicial), no podemos pretender equiparar la justicia de paz a la justicia formal, sin que ello implique que el Juez de Paz no pueda acceder a niveles de preparación, que exceden al conocimiento jurídico para el mejor desempeño de su función; lo que no podemos hacer es pretender que su actuación sea igual a la del juez de carrera, pues su dinámica no es la misma, aunque ambas busquen el mismo resultado: resolver conflictos y restablecer la paz vulnerada.

Quedan muchos aspectos que contemplar para hacer viable, en mejores condiciones, la actuación de la justicia de paz, brindando mayor apoyo a estos magistrados no abogados, que desempeñan su función en zonas alejadas y de extrema pobreza, dotándolos de recursos, capacitación y efectuando un nivel de coordinación permanente. Desde el Poder Judicial existe ese intento de brindar el apoyo que esta justicia no formal requiere, ya que a través de la Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz (ONAJUP)³ se pretende la promoción y el fortalecimiento de la justicia de paz, señalando que esta justicia está basada fundamentalmente en la conciliación equitativa, respetando las características pluriculturales del país y contribuyendo a lograr que la justicia no sea un factor de exclusión, superando barreras geográficas, lingüísticas, económicas y culturales que la afectan.

Consideramos imprescindible el apoyo y promoción a la justicia de paz, como diría el padre Hubert Lanziens, lo que es prioritario es ese sentimiento de justicia, de equidad, de dignidad.

2. Según datos del Instituto de Demografía (ID) del año 2008, los Jueces de Paz suman alrededor de 4500, en tanto que en todo el Poder Judicial son alrededor de 1800 jueces y voceros profesionales. Lavitán Filizola, David, Datos de la Justicia de Paz, pa.justicia.pucp.edu.pe/pa/institucional/temas/cuarta.htm.

3. Mediante Resolución Administrativa N° 155-2004-CE-PJ, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial creó la Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz, para atender la problemática de la justicia de paz.

El equinoccio entre la labor del administrador de justicia y lo que percibe el litigante



Por
Wilfredo Luis Calderón Rodríguez
Asistente de Juez del Cuarto Juzgado Civil del Cuzco

La palabra equinoccio que proviene del latín *aequinoctium* que significa 'noche igual' se refiere al momento del año en que los días tienen una duración igual a las noches en todos los lugares de la Tierra sin excepción, ni un minuto más ni un minuto menos, en el 2009 ocurrió el 20 de marzo y el próximo será el 22 de septiembre. El equinoccio es una época en que los dos polos de la Tierra se encuentran a igual distancia del Sol, cayendo la luz solar por igual en ambos hemisferios, por ello, vista desde el espacio, la Tierra en esos días al dividirse en una cara de luz y otra de penumbra muestra una perfección milimétrica que recuerda la igualdad a la que hace referencia una balanza correctamente equilibrada, símbolo por antonomasia de la justicia.

Ciertamente la búsqueda del equilibrio es un método confiable por medio del cual se accede a la justicia; esta búsqueda del equilibrio que debe existir entre la labor del magistrado con la ley y los principios del derecho es garantía del trato justo y el juzgamiento adecuado de las causas que se ventilan en los juzgados.



De la correspondencia equilibrada que debe existir entre las decisiones que toma un juzgador con lo que ordena la ley, no existe ningún punto de discusión, creo que nadie pondría en duda que el arbitrio del juez se encuentra sujeto a lo que la ley dispone y a lo que la justicia declara. ciertamente es algo evidenciamen te lógico, sin embargo, este aspecto tan disertado por otros colegiados no es objeto del presente artículo. Creo firmemente que la labor del juez y su personal no solo debe mantener un equilibrio con lo que la ley establece y su conciencia reclama, sino que existan otros muchos "contrapesos" en la balanza que no deben ser ignorados. En mi opinión, existe en la labor del juzgador otro tipo de equilibrio, que muchos magistrados y trabajadores olvidan o que ha pasado prácticamente inadvertido a pesar de que la consecuencia de su inobservancia trae desconfianza entre la administración de la justicia y la población. Este equilibrio es la correspondencia entre la justa labor del magistrado; y de los auxiliares jurisdiccionales, y lo que percibe el litigante de la conducta dentro del proceso.

Respecto a la labor del juez y administradores de justicia, la mayoría de aquellos que abordan este tema hacen una lista o relación, a veces extensa en extremo, de las virtudes que deben tener, llegando casi todas, luego de una disertación filosófica-pragmática, a la conclusión de que el Juez y el auxiliar jurisdiccional debe ser "seres virtuosos", o "ser ético" y que por lo mismo deben ser un conglomerado de virtudes, es decir, un administrador de justicia debe preocuparse por ser una persona excepcional, por tanto debe ser una persona valiente, imparcial y objetiva como mínimo, tal como establece el Código de Ética del Poder Judicial, lo cual conforma la esencia de todo magistrado. Esta apreciación, desde mi humilde opinión, es un error de enfoque, dado que para lograr una labor profesional digna de la administración de justicia que se confía a algunos ciudadanos por la sociedad, el magistrado y el auxiliar jurisdiccional no "deben ser" sino que "deben hacer", de nada sirve encontrarnos ante el ser más virtuoso del planeta si su comportamiento no es ético, por ello, un juez o su personal no es "el virtuoso", sino el que "procede virtuosamente"; porque en suma son las acciones lo que determinan en verdad quiénes somos, en otras palabras el buen administrador de la justicia no debe de ser una amalgama "virtudes" sino una amalgama de "acciones virtuosas", acciones que deben traducirse en su trabajo, en su labor, en cada una de las decisiones que toma al resolver los así llamados conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas.

Un administrador de justicia, cuando decide el interior de un proceso sólo puede dirigir su conducta

sobre la base de un único camino posible "un acto virtuoso", ahora bien, para que un acto pueda ser considerado como virtuoso debe cumplir con dos requisitos básicos: a) tener el ejecutante conocimiento de que la acción es justa de acuerdo a la ley y los principios del derecho; b) la actuación debe ser libre e independiente, de acuerdo con ese conocimiento. Con esto queda aclarado uno de los elementos: la conducta virtuosa, ahora pasaremos a analizar el otro contrapeso de esta particular balanza: la visión del litigante del accionar del administrador de justicia.

El Derecho y los procesos integrados que lo componen son una estructura tan particular y diferente a otras realidades, que siendo objetivos podemos afirmar que es tan alejada y distante del ciudadano común, que al mismo le resulta tan incomprendible como la música japonesa de la época Edo podría parecerle a una persona aficionada al rock pesado moderno. Con ello no afirmamos que el Derecho tenga un grado de sofisticación y complejidad que solo pueda ser comprendido por mentes eruditas y doctas, simplemente que su lenguaje, reglas y direcciones han sido elaborada precisamente para satisfacer su propia funcionalidad y eficiencia, lo cual trae como consecuencia ineludible que a menos que se haya dedicado un tiempo considerable al estudio académico de los mismos, lo más seguro es que un ser natófito no entienda todo lo que ocurre al interior del proceso; por ello, la visión general que tiene una persona promedio de los actos de los servidores de la justicia son siempre ambiguos o envueltos en la penumbra.

La ambigüedad, desde el punto de vista de la pragmática, existe cuando una palabra, sintagma u oración es susceptible de dos o más significados o interpretaciones, siendo que la palabra ambigüedad es también un término militar que significa "atacar desde dos flancos al mismo tiempo" y precisamente los generales emplean tal táctica para confundir al enemigo y que el mismo no sepa hacia dónde dirigir su contraataque o defensa. La ambigüedad de las acciones de los actos que se celebran en el quehacer judicial no escapa a esta dualidad de las interpretaciones. Como todo acto judicial es por naturaleza ambiguo para una persona no conocedora de la ley, el litigante constantemente realiza un juicio de valor básico (esto está bien o está mal) y, valga la verdad, como la conciencia popular mayormente tiene una idiosincrasia equivocada y arraigada de que el Poder Judicial es una institución enemiga de los intereses del pueblo, casi siempre llega a la conclusión de que se ha cometido un acto injusto contra sus intereses, no importando que tan a derecho se encuentre la decisión.

Presupuesto, esta conclusión negativa que tiene el litigante de que se está violando sus derechos, ocurre frecuentemente tan igual en los "actos deshonestos" como en los "actos virtuosos" de los magistrados y de los auxiliares jurisdiccionales, porque ambos actos, a pesar de ser uno incorrecto y otro correcto, el acto de acuerdo a derecho mayormente, tienen un gran defecto: la ambigüedad con la que es presentado ante el justiciable. Claro que muchos magistrados y personal pueden decir que ello no reviste una importancia relevante, dado que como conducta se ajusta a la ley y al fin y al cabo se está haciendo justicia; sin embargo, la presencia constante de la ambigüedad no debe ser tomada a la ligera por más acorde con la justicia se encuentren las decisiones judiciales, dado que esto trae un resultado no deseado, un mal que lleva años acarreado nuestra institución, la desconfianza.

La indiferencia por parte de los auxiliares jurisdiccionales y su falta de preocupación sus actos y resoluciones no sean ambiguos acrecienta enormemente la brecha que existe entre los servidores públicos y los integrantes de la sociedad, lo que tiene un solo responsable: el administrador de justicia. Creo firmemente que es un deber no solo el efectuar actos virtuosos, sino que dichos actos sean claros, que no revistan interpretaciones negativas y que, como todo lo que es cierto, sean evidentes.

Una forma de hacerlo es simplificar las razones que motivan las resoluciones, haciéndolas fáciles de comprender, evitando términos excesivamente complejos; otra es la atención al público, la cual debe ser cordial, pero sobre todo explicando a la parte el estado de los actos que se generan en su proceso, lo cual no debe ser confundido con un asesoramiento, sino que dentro de la imparcialidad que reviste esta atención la misma no debe, por ejemplo dejar en una oscuridad absoluta al litigante y que lo hablado solo sea entendido por el juez y el abogado de esta parte que vino con él a la entrevista y sobre todo se debe evitar que los actos no generen suspicacia.

"Ciertamente la búsqueda del equilibrio es un método confiable por medio del cual se accede a la justicia, esta búsqueda del equilibrio que debe existir entre la labor del magistrado con la ley y los principios del derecho es garantía del trato justo y el juzgamiento adecuado de las causas que se ventilan en los juzgados".

La práctica también me ha enseñado que muchos "actos virtuosos" de los magistrados y del personal, como revistan ambigüedad tanto en su contenido como en su ejecución, son tomados por abogados y litigantes no éticos y los denuncian como transgresiones a la ley; obviamente en esos casos el encargado del órgano de control requiere un análisis de la legislación para llegar a la conclusión de que en verdad es un "acto virtuoso" amparado por el derecho, pero precisamente esto es el defecto, si entre los mismos estudiosos de la ley, el "acto virtuoso" no es claro, vemos que lo único que se consigue es que la propia marcha de la justicia se obstruya a sí misma.

El plus del acto virtuoso es la claridad del mismo, con lo cual se logra un equilibrio con lo que realmente es "una labor justa", cual libro abierto las acciones deben ser comprendidas y entendidas por las partes del proceso, dado que el proceso no pertenece ni a los jueces ni al personal que labora en el Poder Judicial, si no que pertenece a las partes y el fruto de nuestro trabajo debe ser sólo para ellos. El árbol se conoce por su fruto y así como dice Romanos 12, 8: "El que da, hágalo con sencillez; el que ocupa un puesto de responsabilidad, desempeñe su cargo con todo cuidado". Así nosotros, llamados servidores públicos, tenemos como principal función el servir, pero este servicio debe ser prestado con amabilidad, colaborando entre nosotros a soportar nuestras respectivas cargas y de esta manera cumplir con lo que dicta la ley y la justicia.

La Motivación de las resoluciones dictadas por el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación de magistrados



Nelson Pinedo Ob
Jefe Titular del Vocerío



Una de las funciones que la Constitución de 1993 asigna al Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante CNM) es la tarea referida a la ratificación de jueces y fiscales, al señalar en el inciso 2 del artículo 154° que "son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles

cada siete años"; si bien dicha atribución otorgada al CNM resulta clara, sin embargo, tal claridad no se presenta cuando se pretende indagar sobre la forma como debe darse dicho proceso de ratificación de magistrados. En ese sentido, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha establecido precedentes vinculantes, particularmente tres, mediante los cuales se pretendió esclarecer el tema dentro del marco de un Estado constitucional de Derecho.

El inciso 3 del artículo 139° de la Constitución establece que "son principios y derechos de la función jurisdiccional 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". Si bien la Constitución de 1993 establece expresamente el cumplimiento de tal formalidad en el caso de resoluciones judiciales, más no en el caso de resoluciones emitidas por la entidad administrativa, debemos recordar que la motivación de las resoluciones emitidas en procesos administrativos, constituye un derecho implícito contenido también en la Constitución, derivado de la norma constitucional invocada y sustentado en el artículo 2° de la misma Constitución, que señala: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno".

La importancia de esta figura radica en el justo derecho que tiene el administrado de saber las razones por las cuales no se ha producido su ratificación en el cargo de magistrado por parte del ente administrativo competente, a fin de ejercer los derechos impugnatorios que la ley le franquea y facilitar la posibilidad de control constitucional que sobre él ejerce el máximo intérprete de la constitución, si se tiene en cuenta que dentro de un Estado constitucional de Derecho, como el nuestro, no existen zonas exentas de control constitucional.

Dentro de la experiencia nacional, tres han sido las sentencias emitidas por el TC que constituyen puntos de referencia, que muestran cómo el máximo intérprete de la Constitución ha venido evolucionando su criterio en cuanto al tema en estudio, iniciando con una etapa caracterizada por una falta de protección, continuando por una segunda etapa en donde la protección resulta ser parcial, para finalmente llegar a una tercera, en donde se pretende que dicha protección sea total.

a) Etapa de falta de protección del derecho.- En esta primera etapa, el TC vino a considerar la facultad de ratificar a los magistrados por parte del CNM como una función netamente discrecional propia de los procesos a cargo de los "jurados", en donde no cabe cumplir con el requisito de la motivación de lo que se decide y resuelve.

La sentencia relevante, viene a ser la dictada en el caso Luis Felipe Almenara Brayson, en donde el TC estableció que "desde una interpretación histórica es evidente que el mecanismo de ratificación judicial ha sido cambiado y, por ende actualmente percibido como un voto de confianza o de no confianza, en torno a la manera cómo se ejerce la función jurisdiccional. Como tal, la decisión que se tome en el ejercicio de dicha competencia no requiere ser motivada".

b) Etapa de protección parcial del derecho.- Con la sentencia dictada en el caso Jaime Amado Álvarez Guillón se viene a dar un cambio radical sobre el tema en discusión, pues en ella, el TC, cambia de criterio, exponiendo como justificación de tal cambio la finalidad de "hacerla compatible con el nuevo marco normativo que regula las ratificaciones y, al mismo tiempo, de optimizar el desarrollo y defensa de los derechos constitucionales involucrados en esta materia". Tal justificación obedece a la reciente puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional en cuyo inciso 7 del artículo 5° se señala que "no proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con

"El TC estableció que 'desde una interpretación histórica es evidente que el mecanismo de ratificación judicial ha sido cambiado y, por ende actualmente percibido como un voto de confianza o de no confianza en torno a la manera como se ejerce la función jurisdiccional. Como tal, la decisión que se tome en el ejercicio de dicha competencia no requiere ser motivada' "

previa audiencia al interesado, [...]"; lo que significa, a contrario sensu, que los procesos constitucionales sí proceden contra resoluciones dictadas por el CNM en materia de ratificación de jueces y fiscales cuando no hayan sido motivadas o hayan sido emitidas sin previa audiencia al interesado.

En el caso Jaime Amado Álvarez Guillón el TC, haciendo uso de la figura del *overruling*, estableció un nuevo precedente vinculante en reemplazo del anterior que obligó al CNM a motivar las resoluciones en materia de ratificación de magistrados, estableciendo un elemento adicional, que dicho precedente produce sus efectos vinculantes sólo para casos que se produzcan en el futuro y no para casos anteriores y menos al caso en análisis. Como justificación de esta última decisión, en el ítem 5 de la sentencia comentada, el TC señala que viene a utilizar la técnica del *overruling prospective*, indicando que la misma se utiliza cuando un juzgador pretende "advertir a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia ínsita en una modificación repentina de las reglas que se consideraban como válidas".

La aplicación de la técnica del *overruling prospective*, al caso concreto, resulta constitucionalmente injustificado, a nuestro entender, por dos razones: primero, porque la "advertencia" de que en lo sucesivo se deberá motivar las resoluciones referidas a ratificación de magistrados, en rigor, no va dirigida a toda la población, como señala el TC en la sentencia comentada, sino únicamente al Estado (CNM), pues es éste la única institución pública con competencia para ratificar magistrados, siendo que con tal actitud el TC opta por salir en defensa de los "derechos" del Estado, por decirlo de alguna manera, antes que en defensa del derecho de una parte de la población como son los magistrados, y en segundo lugar porque con la aplicación de la técnica del

overruling prospective al caso concreto, el TC decidió hacer prevalecer el principio de seguridad jurídica antes que el principio de justicia, lo que en rigor no resulta razonable ni proporcionado dentro de un Estado Constitucional de Derecho, obligado a efectuar, no sólo conductas negativas de abstención, sino también conductas positivas que impiden la violación de derechos fundamentales.

c) Etapa de protección integral del derecho.- En la sentencia del caso Juan de Dios Lara Contreras, el TC cambió el precedente vinculante establecido en el caso Álvarez Guillén, pero sólo lo hizo en el extremo de su aplicación en el tiempo, pues deja de lado la técnica del *overruling prospective* para asumir la técnica del *overruling retrospective*, al considerar que la aplicación del precedente contenido en el caso Álvarez Guillén sólo para casos futuros, resulta ser una técnica que trastoca el derecho a la igualdad, pues deja sin protección constitucional el derecho de los magistrados no ratificados con anterioridad a la vigencia de dicho precedente.

En ese sentido, en la sentencia comentada se señala que "dicha situación ha generado una distinción allí donde la ley no la ha formulado y ha traído como consecuencia un trato diferenciado en la aplicación de la ley, generando de este modo una afectación al derecho a la igualdad de aquellos magistrados que no fueron ratificados a través de resoluciones inmotivadas. Siendo honestos con nuestras convicciones, si bien reconocemos que esta técnica constituye un verdadero avance en el desarrollo jurídico por su firme contribución a la unificación jurisprudencial, no es menos cierto que su aplicación no debe estar orientada a constituirse en un elemento que imposibilite una efectiva protección y tutela de los derechos fundamentales".

A mi entender, el hecho de que no se contara, a la fecha de resolver el caso Álvarez Guillén, con un precedente vinculante sobre el tema que obliga expresamente a la motivación de las resoluciones en sede administrativa, no era óbice para que los integrantes del CNM lo tomaron en cuenta, no sólo porque resulta ser un derecho implícito reconocido en la Constitución de 1993, sino también porque ya el TC se había pronunciado indirectamente sobre la existencia de dicho derecho fundamental en el caso Juan Carlos Gallegari Herazo al tratar la facultad del Presidente de la República de disponer el pase a situación de retiro de los miembros de las fuerzas armadas y policiales, en donde expresamente señaló: "Es por ello que este Tribunal Constitucional reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al

adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente exponer las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada".

En buena cuenta, lo que se pretende con este nuevo precedente vinculante, es que las decisiones del CNM, en materia de ratificación, sean en todo caso y por siempre, motivadas. Esto es, lo que propugna el TC es que aquel deber de fundamentación sea exigible y contrastable en todo caso concreto, sin interesar el tiempo en que se hayan emitido las decisiones del CNM y particularmente la fecha en que se haya establecido el precedente vinculante. Creemos que esto es, sin lugar a dudas, el norte principal de aquella sentencia, que, afirma como ella misma lo dice una defensa efectiva de los derechos fundamentales.

Hay que reconocer ciertas deficiencias formales incurridas en la confección de la sentencia, la misma que ha sido expuesta por algunos juristas reconocidos del medio, quienes sustentados fundamentalmente en los votos singulares de los magistrados Larida Arroyo y Beaumont Callirgos, advierten en ella una falta de motivación adecuada, al señalar que si con la aplicación de la técnica del *overruling prospective* se vino a vulnerar el derecho a la igualdad como se señala, sin embargo, no se tuvo en cuenta que dicho derecho no fue invocado en la demanda, menos se utilizó el lesi de igualdad para determinar tal violación y menos se ha venido a invocar el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución en donde se regula dicho derecho supuestamente violado. No obstante todo esto, resulta importante resaltar la intención de la sentencia que pretende, como se ha indicado, ofrecer una defensa efectiva de los derechos fundamentales basados en la dignidad de la persona, que dentro de una concepción iusnaturalista precede al derecho positivo.

A manera de conclusión, debemos señalar que ha evolucionado favorablemente el criterio de interpretación del TC sobre el deber de fundamentar exigible al CNM en materia de ratificación de magistrados, pues desde un criterio de no exigibilidad de fundamentación (STC N° 1941-2002-AA, caso Almenara Bryson), se ha pasado a un criterio de exigibilidad de fundamentación solo a casos futuros (STC N° 3361-2004-AA, caso Álvarez Guillén), hasta llegar, finalmente, a un criterio de exigibilidad de fundamentación en toda circunstancia, tiempo y lugar (STC N° 01412-2007-PA/TC, caso Lara Contreras), que hace plausible, desde esta óptica, una mayor protección de los derechos fundamentales del magistrado particularmente en cuanto a ratificación se refiere.

La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional



OFERTA DE PRE-VENTA

Compre el conjunto
de 12 tomos
\$350
Precio normal
\$450

12
Tomos

Estudios en homenaje a **Héctor Fix-Zamudio**
en sus cincuenta años como investigador del Derecho

“Una obra emblemática del Derecho público”

En conmemoración a los 50 años de su Obituario (1956-2006)

La obra se divide, para su estudio, en doce tomos temáticos: I. Teoría general del Derecho procesal constitucional; II. Tribunales constitucionales y democracia; III. Jurisdicción y control constitucional; IV. Derechos fundamentales y tutela constitucional; V. Juicio y sentencia constitucional; VI. Interpretación constitucional y jurisdicción electoral; VII. Procesos constitucionales de la libertad; VIII. Procesos constitucionales orgánicos; IX. Derechos humanos y tribunales internacionales; X. Tercer Juicio y Derecho procesal; XI. Justicia, federalismo y Derecho constitucional; y XII. Ministerio Público, contencioso-administrativo y actualidad jurídica.



GRISLEY

Novedades **GRIJLEY**

Jorge Carrión Lugo

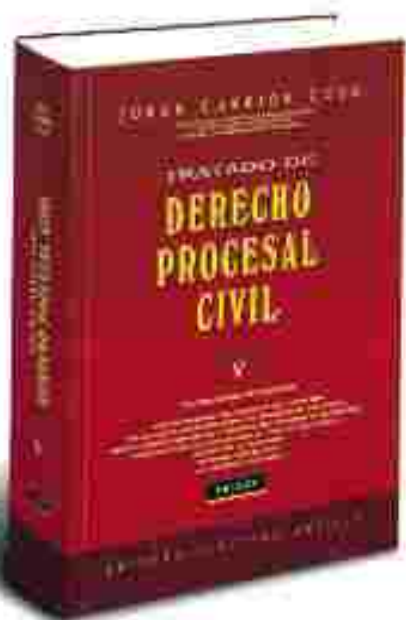
Tratado de Derecho Procesal Civil

ISBN: 978-9972-04-175-1
448 páginas
Formato: 17,3 x 24,8 cm.

TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, en sus cinco volúmenes, presenta un estudio completo del nuevo Código de Procedimiento Civil, aprobado por el Poder Judicial, con las modificaciones fijadas por el Sistema Legislativo N° 10991, Ley N° 10991, así como, un estudio amplio de los recursos casacionales con las modificaciones establecidas por el artículo de reforma legislativa y por el N° 25584, Estado familiar, la sucesión forzada. Entre otros, últimos artículos, son de utilidad en todos los procesos regulados por el Código Procesal Civil.

La amplia exposición de los actos, tanto en su actividad de derecho procesal como en la magistratura judicial, le da jerarquía especial a los temas contenidos en este volumen con la base de la ley y la jurisprudencia reciente igualmente, se constituye un abastecido mayor de los fuentes doctrinarias que sustentan el estudio que ha asumido el autor, así como la utilidad de la jurisprudencia publicada en relación con el proceso de ejecución.

Este volumen constituye una obra fundamental para los abogados, para los jueces, para los magistrados y para los estudiantes de Derecho, quienes podrán así ver, concretamente, con el Derecho procesal civil.



Oswaldo Hundskopf Exeblo

Manual de Derecho societario

ISBN: 978-9972-04-105-3
344 páginas
Formato: 17,3 x 24,5 cm.

La Ley General de Sociedades, Ley N° 26807, es un libro de suma importancia, porque es la que consolida el Derecho societario peruano dando estabilidad de normas y análisis por abogados, académicos y peritos y por los alumnos, tanto en su etapa formativa como en su etapa de desempeño para desarrollar su trabajo de investigación, especialmente en materia civil y comercial. Precisamente, este Manual de Derecho societario es un documento que ofrece toda la información básica que se requiere para saber la norma societaria nacional. La selección del manual de Oswaldo Hundskopf Exeblo y la calidad del trabajo en el Manual, son las que facilitan el entendimiento de las instituciones societarias, permitiendo, además, que el lector cada día se vaya familiarizando y actualizando su conocimiento.

GRIJLEY

www.grijley.com

Ampliamos su visión profesional del derecho

Novedades GRILEY

Jorge Bravo Cucci

Fundamentos de Derecho tributario

ISBN: 978-8471-04-249-6
412 páginas
Formato: 17,2 x 24,5 cm.

El libro del profesor Jorge Bravo Cucci, *Fundamentos de Derecho tributario*, es la síntesis de su preocupación teórica con la sociedad civil de los impuestos tanto del Derecho. Usando la mejor doctrina en rigor, el autor plantea una hipótesis, de la teoría general a la dogmática fiscal y a la realidad, con el propósito de fundar las leyes para una profunda renovación del Derecho tributario peruano. Y lo hace con los pies afincados en la realidad que bien conoce, por la misma práctica jurídica de su libro como abogado de empresas, y por su defensa constante por los derechos fundamentales y de las instituciones del Estado democrático de Derecho.

Tercera edición



Manuel Alipio Román Olivas

El Derecho de impugnación de acuerdos societarios

336 páginas
Formato: 17,2 x 24,5 cm.

El libro concluye el trabajo de investigación iniciado por el autor en la obra *La nulidad profunda del patrimonio del prestario relacionado con las nulidades e impugnaciones de acuerdos societarios* iniciado en nuestro actual Ley General de Sociedades, segundo a proponer una alternativa al postulado que se viene invocando en la interpretación de los artículos 36, 139 y 130 de la referida ley.

Para ello el autor comienza por analizar la propiedad legal, las acciones sociales sobre bienes y evaluado sucesivos subrogaciones, tanto sociales como registrales.

En el desarrollo del tema se establece formal relación entre la nulidad y anulabilidad de acciones, y se trata incluso respecto a la nulidad de la forma propia de acciones en contingencia a la nulidad del acto anulable dentro de la forma.

Como puede verse el libro que esta obra debe ser acogida por los estudiantes del tema, por los abogados y los miembros de la magistratura, es una guía de análisis de un tema que ha quedado incógnita y que necesita un determinado tratamiento. ...

HERNANDO MOROYA ALBERTI

GRILEY

www.griley.com

Ampliamos su visión profesional del derecho.

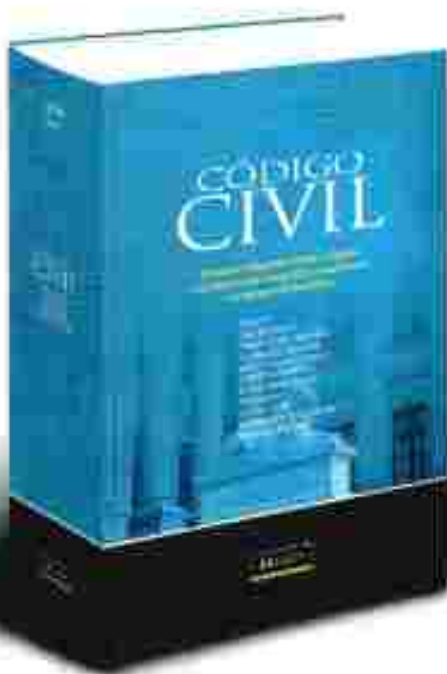
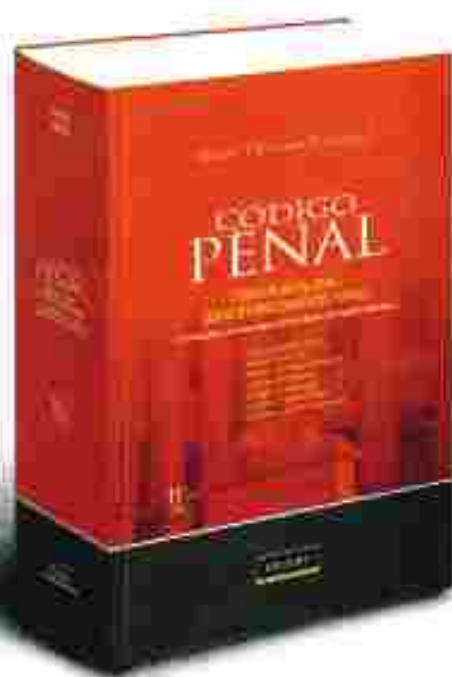
Novedades GRILEY

Reiner Chocano Rodríguez

Código penal

ISBN: 978-9972-04-287-6
1.344 páginas
Formato: 14,5 x 20 cm.

Este publicación se ha elaborado pensando especialmente en las necesidades del usuario a la hora de revisar, estudiar, analizar, revisar o interpretar los textos del sistema jurídico que contiene en esta misma edición. Además que ha sido objeto de ciertos ajustes en la selección y sistematización de su contenido, la misma parte de sobre la cuidadosa dedicación que se ha puesto en ella, logrando presentar de modo útil y sistemático toda la información legal y jurisprudencial del Poder Judicial ecuatoriano y transcripciones para la comunidad jurídica. La obra se ha conformado con un diseño atractivo y de calidad, gracias al editor que comparte el mismo espíritu Griley, habiéndose conseguido una edición final bien lograda, de notable efecto estético, que se distingue por su mejor calidad y contenido, en la cual finalmente pretendemos que el usuario se beneficie al contar con un material de trabajo actualizado de la 4ª edición, de fácil consulta y de mucha utilidad práctica.



Código civil

ISBN: 978-9972-04-271-2
1.072 páginas
Formato: 14,5 x 20 cm.

Esta publicación ha sido elaborada pensando especialmente en las necesidades del usuario a la hora de revisar, estudiar, analizar, revisar o interpretar los textos del sistema jurídico que contiene en esta misma edición. Además que ha sido objeto de ciertos ajustes en la selección y sistematización de su contenido, la misma parte de sobre la cuidadosa dedicación que se ha puesto en ella, logrando presentar de modo útil y sistemático toda la información legal y jurisprudencial del Poder Judicial ecuatoriano y transcripciones para la comunidad jurídica. La obra se ha conformado con un diseño atractivo y de calidad, gracias al editor que comparte el mismo espíritu Griley, habiéndose conseguido una edición final bien lograda, de notable efecto estético, que se distingue por su mejor calidad y contenido, en la cual finalmente pretendemos que el usuario se beneficie al contar con un material de trabajo actualizado de la 4ª edición, de fácil consulta y de mucha utilidad práctica.

GRILEY

www.griley.com

Ampliamos su visión profesional del derecho

Novedades GRILEY

Francisco Escribano

La configuración jurídica del deber de contribuir

Perfiles constitucionales

ISBN: 978-9782-04-273-7

912 páginas

Formato: 17,3 x 24,5 cm.

El deber de contribuir al sostenimiento de las gastos públicos constituye el objeto de estudio de este libro desde una perspectiva jurídica, dogmática y jurisprudencial. Así podrá encontrarse el análisis de la fatigosa tarea de configuración jurídica desde su dimensión restrictiva, al ser el sistema ordenador objeto de tal norma, hasta la identidad de su "íntima finalidad". La configuración de ese proceso significa su concreción entre los límites de rango de rango del principio del contrato constitucional. De este modo, podrá encontrarse materia de estudio a través del exhaustivo análisis de la jurisprudencia constitucional en materia de contribución.

Esta obra de Francisco Escribano, en la actualidad catedrático de Procedo Tributario en la Universidad de Sevilla, fue publicada originalmente en 1988 en Madrid, por la prestigiosa editorial Civitas, en su primera edición, pero ha sido recientemente actualizada con un estudio del autor sobre el deber de contribuir en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, además de mejoras que recoge toda la doctrina reciente y actualizada sobre el tema que será de mucha utilidad para los especialistas en estas materias.

Gratuito para los autores de la obra, que podrá ser consultada en la dirección de correo electrónico: griley@griley.com



2ª edición
Civitas y Griley



Gustavo Gutiérrez

Proceso competencial

ISBN: 978-9977-06-276-0

128 páginas

Formato: 17,3 x 24,5 cm.

Este libro pertenece al tema parte de la colección jurídica de Griley que desarrolla uno de los procesos constitucionales más importantes en la historia nacional: el proceso competencial.

El proceso competencial se ha convertido en la vía más del Derecho procesal constitucional en el Perú, lo que se evidencia con la gran aceptación en la jurisprudencia, siendo uno de los tipos de proceso más utilizados de las Tribunales Constitucionales, precisamente, al conflictiva de competencias entre los órganos del Estado.

Este trabajo ha sido escrito en un nivel de modo práctico al proceso competencial, y por tanto de un punto de vista de los abogados, así, además, se ha hecho un estudio de los aspectos más relevantes de este proceso en el marco constitucional, los aspectos que se ven reflejados en la jurisprudencia y la doctrina, así como las leyes promulgadas que han conformado el Código Procesal Constitucional.

Se trata de un importante aporte para el estudio de este recurso, que una vez más contribuye a la defensa de los valores del Derecho constitucional en el Perú.

GRILEY

www.griley.com

Ampliando su visión profesional del derecho.

Novedades GRILEY

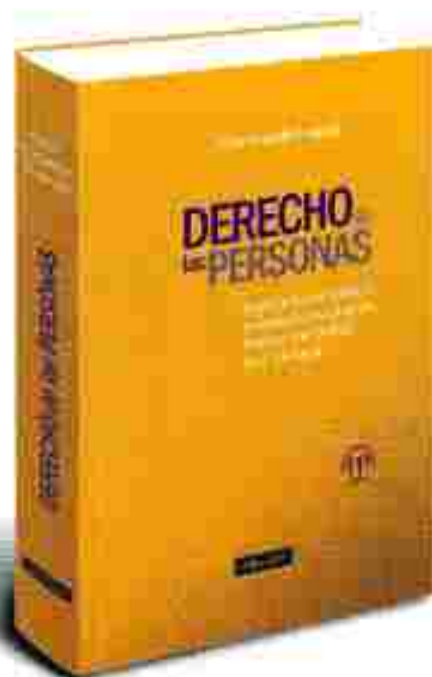
Carlos Fernández Sessarego

Derecho de las personas en el nuevo proceso penal peruano

ISBN: 978-9972-04-208-7
592 páginas
Formato: 17,3 x 24,3 cm.

La intransferible calidad del libro, que prevalece en su contenido e idioma, lo ha hecho necesario de parte del público lector de una segunda impresión e continuación desde 1985, momento en el que se inició la vigencia de la Constitución de 1979. La comprensión del derecho de las personas, así como ha constatado su vigencia, no solo por su contenido sino porque ha sido contemporáneo de los hechos. Así como Carlos Fernández Sessarego, fue el promotor de la reforma en el seno de la Comisión que elaboró el Código Civil de 1984, lo que fue reconocido luego su gestión como Ministro de Justicia. Por lo expuesto, el libro se ha convertido en una obligada fuente de consulta de toda investigación, juicio, abogado y estudiante de Derecho interesado en su temática. Su autor es reconocido tanto al nivel académico como al del momento actual y, por lo expuesto, sus obras internacionales, como el manual del derecho de las personas en el ámbito latinoamericano. Fernández Sessarego es un autor creativo, por lo que sus obras aportan, como son la "Teoría Fundamental del Derecho" y la "Teoría del Caso al Proceso de Giza" se han incorporado a la literatura jurídica del mismo tiempo.

11ª edición
Actualizada y reimpresa



Revista Peruana de Derecho Público

Estudios

Diez años de historia constitucional peruana (1978-1979)
Reseña histórica
por **Carlos Espinosa**

Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia
por **Dora Neuz**

Prohibición de discriminación y admisión en clubes privados
por **Juan María Brusa Uscor**

El control de las políticas públicas por el Poder Judicial en el Brasil
por **Marcelo Fauriol**

¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?
(Control de constitucionalidad y convencionalidad)
por **Juan Carlos Hines**

GRILEY

www.griley.com

Ampliamos su visión profesional del derecho

*Estamos trabajando
por un trato digno al justificable y
una mayor eficiencia y eficacia
en la administración de justicia*



PODER JUDICIAL

Corte Superior de Justicia del Callao





PODER JUDICIAL

Corte Superior de Justicia del Callao