

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



# IPSO JURE

AÑO 5 N° 21 mayo 2013

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



## PRESENTACIÓN



### **"IPSO JURE" EN ESPECIAL EDICIÓN DEDICADA AL 93º ANIVERSARIO DE LA CSJLA.**

Siendo nuestro norte la impartición de justicia, con independencia, calidad total y total respeto de los principios éticos, hoy a los 93 años de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque que me honro en presidir, debemos señalar que viene cumpliendo su rol por para el cual fue creada e instalada un 23 de mayo del año 1920.

En tal marco, como parte de las actividades aniversarias en cuanto a jornadas de capacitación, asuntos académicos y publicaciones, no podía faltar una edición de esta prestigiosa revista virtual que rige bajo la pluma amplia y vista avizora de su director el Juez Superior Edwin Figueroa Gutarra, por tanto nuevamente un honor el hacer su presentación, edición N° 21.

Hoy, IPSO JURE aparece rindiendo homenaje a la Corte por su nuevo aniversario, resaltando su historia, junto al saber y esfuerzos de cada uno de sus integrantes, encaminados hacia la justicia y el

bien común; histórico porque la Constitución Política del Estado, en su artículo 138º establece que el Poder Judicial es un Poder del Estado, encargado de impartir justicia bajo su dirección y responsabilidad; algo más, con el Estatuto Provisional, promulgado por el General San Martín en 1821, se creó la Alta Cámara de Justicia que originó la que ahora es la Corte Suprema de Justicia de la República, actualmente con incidencia y enlace a 31 Cortes Superiores a nivel nacional, siendo una de ellas, Lambayeque, cuya existencia se da gracias a la iniciativa parlamentaria de los Dres. Mariano N. Valcárcel y Augusto Bedoya, quienes presentaron el proyecto respectivo al Senado para su aprobación, proyecto que se hizo realidad mediante Ley N° 4049, promulgada el 30 de marzo de 1920, por el señor Presidente de la República, también lambayecano, Augusto Bernardino Leguía Salcedo.

IPSO JURE, fiel a su línea y espíritu institucional de acercamiento a la comunidad jurídica y al pueblo, continúa con estas contribuciones, fomentando un clima sostenido y armonioso necesario y urgente para el desarrollo de un colectivo, como lo es nuestra ciudad, región y país. En ello, magistrados, servidores y colaboradores se presentan imbuidos de convicción, integridad y liderazgo, enfocados en un gran reto, el de poder satisfacer las expectativas de nuestra comunidad.

Valorando este alcance va a todos ellos, nuestro reconocimiento, extendido a las dignas autoridades, comunidad jurídica y sociedad, por su presencia y participación en los desafíos frente a los objetivos y metas propuestas, citando como un par de ejemplos el de la lucha frontal anticorrupción y la seguridad ciudadana.

Sea propicia la fecha del 93º aniversario para reiterar que somos una institución que nos debemos a la comunidad y como tal, estamos en el deber de servirles con calidad, eficiencia y honestidad, banderas sin las cuales no podemos arribar a resultados nobles.

Por estas y otras razones bienvenida esta edición de IPSO JURE dedicada a la CSJLA y con ella su magistratura; servidores en general y lectores en el país y el universo de la Internet hoy en día. Gracias a todos, especialmente a su Director y plumas colaboradoras.

**DR. MIGUEL ANGEL GUERRERO HURTADO**  
Presidente

# CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dr. Miguel Angel Guerrero Hurtado, **Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.**
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores **Jueces Superiores.**
- Dras. Carmen Ravines Zapatel y Lita Paola Regina Alvarado Tapia, en representación de los señores **Jueces Civiles.**
- Dres. Jovanny Vargas Ruiz y Oscar Burga Zamora, en representación de los señores **Jueces Penales.**
- Dras. Clara Odar Puse y Esmeralda Carlos Peralta, en representación de los señores **Jueces de Paz Letrados.**

#### **Auxiliares jurisdiccionales de apoyo:**

Sara Véronica Vera Zuloeta.



## INDICE

<b>RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO</b> ENTREVISTA AL DR. CARLOS HAKANSSON NIETO	6
<b>DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL: CONSTRUYENDO NUEVAS PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIALES DESDE UNA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA</b> EDWIN FIGUEROA GUTARRA	8
<b>EL JUEZ INTERCULTURAL</b> JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA	25
<b>EMOCION VIOLENTA EN EL CODIGO PENAL ARGENTINO</b> DANIEL ALEJANDRO ESCALANTE	31
<b>CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA CONTRADICTORY AS PART OF PARTICIPATORY DEMOCRACY</b> DARCI GUIMARÃES RIBEIRO PAULO JUNIOR TRINDADE DOS SANTOS	38
<b>EL DERECHO PENAL DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO</b> MAGDA VICTORIA ATTO MENDIVES	48
<b>EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO FUNDAMENTAL</b> FELICITA DIAZ VARGAS	57
<b>LA NATURALEZA PROCESAL DEL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL</b> VICTORIA ELIZABETH SALIRROSAS SOLANO	61
<b>¿EXISTEN MECANISMOS DEL DERECHO QUE PUEDAN VIABILIZAR EL COMETIDO DEL CONVENIO 169, ES DECIR QUE PERMITAN LA CONSULTA PREVIA?</b> JORGE ROLANDO LLANOS GARCÍA	68



## PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

IPSO JURE 21 sale en su nueva edición con ocasión del XCIII aniversario de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, ocasión especial que nos permite echar una mirada a esta sede judicial, cuna de algunos jueces supremos que han prestigiado la carrera judicial.

Hoy, tras casi una centuria de creación, nuestra Corte abarca las provincias de Chiclayo, Lambayeque y Ferreñafe, a las que se agregan las provincias de Jaén, Cutervo y San Ignacio, pertenecientes al departamento de Cajamarca, comprendiendo la población civil que abarcamos poco más de un millón quinientas mil personas, la cual es atendida por 136 jueces y 826 trabajadores entre auxiliares jurisdiccionales y administrativos.

Lambayeque representa uno de los Distritos Judiciales más grandes al interior del país y honrosamente es sede de la Primera Sala Constitucional Superior del país, órgano que fue gestión directa en el año 2006, del entonces Presidente de Corte Dr. Manuel Huangal Naveda, hoy Presidente de nuestra Sala que también denominamos de Derechos Fundamentales, y que identifica no solo el concepto lato de jurisdicción constitucional sino también de competencias constitucionales definidas, aspecto que pone a Perú en la vanguardia de la protección de derechos constitucionales a partir de jueces especializados en la materia.

Ciertamente aún hay retos enormes que manejar: la carga procesal antes que mito es una realidad y exige del Poder Judicial adaptar formas de respuestas a las demandas de tutela judicial efectiva por parte de los ciudadanos y creemos que en esa tarea hemos logrado avances en definitiva, como efectivamente lo demuestran los avances en el manejo de las Comisiones de Descarga Procesal y la importante implementación de los modelos procesal penal y laboral, dos ámbitos en los cuales Lambayeque ha sentado importantes posiciones jurisprudenciales a nivel nacional.

¿Retos por enfrentar? Proyectos de gran alcance como la notificación electrónica, cero papel, mayor implementación del modelo procesal oral laboral, mecanismos de reconocimiento internacional como "El juez en la comunidad", entre otras ideas, identifican nuestro espíritu de impartición de justicia.

Sabemos que las ideas no bastan. Las ideas deben materializarse. Por ello, la importancia de ser librepensadores en el sentido de hacer y realizar aquello que pensamos. Y pensamos en ser mejores jueces e impulsar una real mejor impartición de justicia. El objetivo es ambicioso y sin embargo, tangible: somos finalmente un servicio a la comunidad, a la cual nos debemos por un mejor servicio, en tanto la justicia la imparte el juez mas ella queda sometida a ese invaluable auditorio universal que representa la conciencia de la comunidad jurídica, cual Volksgeist de la justicia nacional.

Hasta la próxima edición  
El Director



# RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO

## ENTREVISTA AL DR. CARLOS HAKANSSON NIETO

IPSO JURE ENTREVISTÓ AL DR. CARLOS HAKANSSON NIETO, ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE LIMA, DOCTOR EN DERECHO (UNIVERSIDAD DE NAVARRA, ESPAÑA), TITULAR DE LA CÁTEDRA JEAN MONNET DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO (COMISIÓN EUROPEA), Y ACTUALMENTE DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE PIURA (PERÚ),



**IPSO JURE IJ: Dr. Hakansson ¿cómo observa Ud. al Perú, su Tribunal Constitucional y sus jueces constitucionales, en el panorama de ordenamientos constitucionales iberoamericanos? ¿Mantenemos una posición expectante?**

**CARLOS HAKANSSON NIETO CHN:** El desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha convertido a la Carta de 1993 en un documento viviente, algo nunca antes visto en la historia de los textos constitucionales peruanos. Ciertamente, en esta parte del mundo el Derecho Constitucional empieza a vivir lo que se conoce con el nombre del llamado neoconstitucionalismo; es decir, una visión más judicialista y promotora del reconocimiento y protección a los derechos fundamentales en el ámbito nacional y supranacional. Por esas razones considero que el Tribunal Constitucional sí guarda una posición expectante en la región, sus resoluciones (algunas de ellas polémicas como suele ocurrir en la historia de todo Tribunal) están al alcance de todos y son materia de análisis por parte de profesores nacionales y extranjeros.

**IJ: ¿Nos llevan otros países la delantera en la defensa de los derechos fundamentales?**

**CHN:** En el Derecho Constitucional existe una relación directa entre el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales con la democracia, su denominador común es precisamente la ciudadanía; por eso, a mayor desarrollo democrático en el tiempo (alternancia en el poder, institucionalidad, estabilidad política, económica, social, etc.) será mejor y más eficiente el constitucionalismo de un país, pues será más palpable en la sociedad toda una esfera de protección a los derechos y libertades de la persona humana. Naturalmente que las comunidades políticas con tradición democrática nos llevan la delantera en este tema.

**IJ: ¿Cuáles considera Ud. son las fortalezas de nuestro ordenamiento constitucional?**

**CHN:** Las principales fortalezas vienen dadas por la continuidad democrática, tengamos en cuenta que la historia republicana del país no ha tenido más de tres gobiernos democráticos consecutivos. La alternancia en el poder está permitiendo, progresivamente, que la Carta de 1993 se haya convertido en la Constitución con mayor desarrollo jurisprudencial en la historia de los textos constitucionales peruanos; no existe ningún artículo que no haya sido interpretado, directa o indirectamente, por el Tribunal Constitucional.

**IJ: En esa misma línea ¿cuáles son las debilidades de nuestro constitucionalismo?**

**CHN:** El camino democrático es fuente de aprendizaje constitucional, permite que las instituciones maduren y se fortalezcan con el tiempo. El Tribunal Constitucional debe ser más previsor al medir el impacto de sus resoluciones, especialmente aquellas sentencias que establecen los novísimos precedentes vinculantes que, por definición, deben ser pocos y longevos, es decir, convertirse en soluciones jurisprudenciales que puedan mantenerse en el tiempo y que consoliden la estabilidad y cohesión del Estado de Derecho.



## IJ: ¿Será pertinente volver a la Constitución de 1979?

CHN: La Constitución de 1993 ha tomado mucho de su inmediata antecesora (amplio catálogo de derechos, tribunal constitucional, procesos de garantía, reconocimiento de una protección supranacional a los derechos, tratados internacionales, descentralización, forma de gobierno, etc.) y también ha incorporado o mejorado otros aspectos (disposiciones de la constitución económica más acorde con el movimiento de capitales en un mundo cada vez más globalizado, el papel subsidiario del Estado, la defensoría del pueblo, etc.) que han brindado un resultado positivo; en consecuencia, si bien su legitimidad de origen ha sido polémica, con el tiempo transcurrido y sus resultados en materia de continuidad democrática y desarrollo jurisprudencial, la Carta de 1993 ha adquirido una legitimidad de ejercicio; por eso, considero que una eventual y futura reforma constitucional debería realizarse a partir de su propio texto.



# DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL: CONSTRUYENDO NUEVAS PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIALES DESDE UNA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

EDWIN FIGUEROA GUTARRA<sup>1</sup>



**Introducción. I. La discriminación sexual. II. Discriminación abierta y discriminación oculta. III. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. III.I. Antecedentes del caso. III.II. Fundamentos de la Corte IDH. IV. Sentencia 6864-2005 del Tribunal Constitucional español y el matrimonio entre personas del mismo sexo. IV.I. Antecedentes del caso. IV.II. Fundamentos del Tribunal Constitucional español. Conclusiones.**

## Introducción

Los criterios de enfoque de los derechos humanos parten hoy de una concepción de *derechos mínimos* en perspectiva de crecimiento progresivo y ese énfasis es moneda corriente desde el término de la última gran conflagración mundial en 1945, situación a partir de la cual uno de los grandes retos ha sido un tratamiento más igualitario entre los seres humanos y en ello han trabajado febrilmente números instrumentos internacionales.

En ello ha venido jugando un rol preponderante la construcción de nuevos estándares por parte de los jueces, convirtiendo nuestro Derecho en el sistema interamericano y en el ámbito europeo, mucho más en un derecho de precedentes que en un derecho basado en el principio de legalidad, enfoque este último que resuelve las controversias solo desde la perspectiva de la norma jurídica y la aplicación de los enunciados normativos.

Es así que es viable hogaño un enfoque del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la idea de que la realidad que informa su contexto material *va cambiando de sitio* para ubicarse mucho más en esa concepción dinámica de la creación judicial del Derecho, a través de los precedentes, en objetiva expresión del *Common Law*, antes que en la sujeción estricta al principio de congruencia procesal, característico de la Escuela Continental.

Los derechos de connotación sexual, con una tendencia marcada hoy hacia el derecho a la igualdad, han seguido esa acentuada evolución de estándares que los mecanismos cuasi jurisdiccionales<sup>2</sup> y los jueces<sup>3</sup> buscan representar en sus decisiones. Asumimos con objetividad y sin tapujos que las sociedades contemporáneas han esbozado, en forma usual desde antaño y aún con fuerza en la actualidad, una conducta ciertamente de displicencia, en otros casos más difíciles homofóbica, respecto de los derechos de las minorías sexuales y ello es todavía un patrón con cierta consolidación en unas sociedades más que en otras.

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

2 En propiedad la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya ha venido pronunciándose por Informes de Admisibilidad, habiendo sentado precedentes de importancia. De esa forma, tenemos el Informe 71/99 caso 11656, de Marta Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia, de fecha 04 de mayo de 1999, relativa a una denuncia por no permitírsele a la afectada visita íntima debido a su orientación sexual. En la misma línea, el Informe 150/11, petición 123-05. Admisibilidad, de Ángel Alberto Duque contra Colombia, por la falta de acceso a la pensión de sobrevivencia de su pareja fallecida bajo el argumento de tratarse de personas del mismo sexo.

3 Para efectos de este estudio hemos de abarcar el examen de una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-caso Atala Riffo vs. Chile- y una sentencia del Tribunal Constitucional español, a propósito del matrimonio homosexual.

Los grupos de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex, en adelante LGBTI, durante mucho tiempo representaron, ése es un parecer con raíces históricas inadecuadamente encaminadas, minorías decididamente incómodas para las *sociedades tradicionales* en cuanto traducían conductas distintas a las convencionales. Mas hoy nos debemos interrogar: ¿y qué sería “normal” y qué “convencional” desde la perspectiva de una *interpretación evolutiva*? Y de otro lado, ¿hasta dónde pueden ser defendidos los espacios sociales con exclusión de los grupos LGBTI?

Con más énfasis aún: frente a actitudes de rechazo a estos grupos ¿hasta dónde es defendible una discriminación positiva en el sentido de hacer diferencias de rigor que sí corresponderían a contextos del sistema internacional de los derechos humanos y dónde se iniciarían las esferas de “discriminación negativa”?

Es idea central de este ensayo que el análisis de los jueces en la jurisprudencia relativa a los núcleos LGBTI, en los ámbitos interamericano y europeo, ha desarrollado un escenario *in crescendo* de fijación de nuevas reglas materiales<sup>1</sup> que las legislaciones nacionales no han podido definir satisfactoriamente solo desde el principio de legalidad, y de ahí la importancia de que los fallos de los jueces, tanto en el sistema interamericano como a nivel del Convenio Europeo de Derechos Humanos, hayan consolidado importantes líneas de revaloración de los derechos de los grupos LGBTI, en la medida que deben abrirse paso ideas evolutivas de las facultades de estas otras minorías sexuales, en tanto no representan diferencias sustantivas con los grupos heterosexuales.

Por su importancia de primer rango, hemos de destacar una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- el caso Atala Riffo- en el cual una jueza chilena pierde la tuición de sus menores hijas por su condición de lesbiana, situación de suyo polémica, de un lado, y otro fallo del Tribunal Constitucional español a propósito del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 13/2005, que modificaba el Código Civil de España en materia del derecho a contraer matrimonio, norma publicada en el Boletín Oficial del Estado de 02 de julio de 2005. Con la nueva norma, se permitía la unión legal entre personas del mismo sexo. Hemos de orientarnos al examen de los argumentos de las partes en conflicto y hemos de destacar las fortalezas y debilidades de cada uno de esos razonamientos, para concluir en una tesis de progresividad en cuanto al desarrollo evolutivo de los derechos humanos de las minorías cuyo interés nos ocupa.



## II. La discriminación sexual

La discriminación asume dos facetas: una positiva y otra negativa y el estándar de si existe trato discriminatorio en una determinada situación, comporta la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual ha merecido un importante tratamiento en la doctrina<sup>2</sup> y en la jurisprudencia constitucional de los últimos decenios.

No es contrario a derecho argüir una “discriminación positiva” pues allí donde las diferencias existen y son ostensibles, la diferenciación ha de corresponder a una tarea natural en la

1 Es pertinente aquí reconocer la consolidación de importantes instrumentos como los Principios de Yogyakarta, diseñados para la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Estos principios fueron impulsados en un Seminario Internacional que tuvo lugar en Yogyakarta, Indonesia, en la Universidad de Gadjah Mada, del 06 al 09 de noviembre de 2006.

2 Cfr. V. Brünning, Christoph “Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit”, en *Juristen Zeitung*, 2001, pp. 669 y ss; Michael, Lothar “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze”, en *Juristische Schulung*, 2001, pp. 148 y ss.; Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en su volumen: *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 274 y ss. En STC 00045-2004-AI/TC. Caso PROFA Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima. F.J. 31

valoración de derechos entre desiguales. Vale decir, está permitido el trato diferenciado entre quienes no son iguales porque precisamente sus diferencias evidencian que no se trata de personas en situación de igualdad. En la misma lógica, es signo de arbitrariedad la “discriminación negativa” pues ella parte de una ausencia de tesis de justificación en tanto encuentra diferencias entre quienes son iguales y he aquí una faceta contraria a derecho, en tanto no es sostenible plantear diferencias entre quienes son esencialmente iguales.

Las comunidades LGTBI aspiran hoy en día a un trato igualitario y a postular que no existen diferencias con los grupos heterosexuales, en la medida que la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de una persona, es decir, se trata de una condición que no puede servir de base para una diferenciación injustificada.

En efecto, en pleno siglo XXI no resulta un argumento valedero, desde la perspectiva de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la diferencia por orientación sexual y notemos que aquí exigimos, para efectos de cualquier razonamiento contrario, un argumento de raigambre constitucional a su vez compatible con instrumentos internacionales.

Plantear diferencias de los grupos LGTBI con los núcleos heterosexuales no resulta un argumento sustentable desde una perspectiva *in toto* de los derechos fundamentales, en tanto los argumentos de objeción a la igualdad de estos grupos asumen un matiz histórico que solo traduce el uso de estereotipos en el trato hacia dichas comunidades.

Un derecho que se reconoce a una persona, cual fuere su condición, no puede ser desvirtuado o restringido con base en su orientación sexual, pues importa una violación al artículo 1.1<sup>1</sup> de la Convención Americana. Partimos, entonces, de una tesis amplia de proscripción de la discriminación en general, deviniendo categorías no excluidas las vinculadas a la orientación sexual de la persona en la medida que no constituyen razón suficiente para restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención Americana.

## II. Discriminación abierta y discriminación oculta

Los jueces se ven precisados a refutar los actos de discriminación, abiertos u ocultos, siempre que medien condiciones jurídicas determinadas o deban conocer controversias con contenidos vinculados a la discriminación como aspecto jurídico de un problema.

La *discriminación abierta*, aquella que se produce en el medio social, en las relaciones humanas, en el diario trajinar de las interrelaciones humanas y en las interacciones jurídicas, a partir de su propia descripción, puede generar determinadas medidas de los jueces para la cautela de un derecho determinado vinculado a una minoría sexual. A partir de la identificación del acto lesivo, la Administración, los Gobiernos o los jueces, podrán actuar a través de los ámbitos de acción de las normas para la represión de los actos contrarios al derecho a la igualdad por causas de orientación sexual.

Y sin embargo, los verdaderos asuntos complejos corresponden a los actos de *discriminación oculta*, en la medida que ha de ser mucho más difícil identificar los actos cuyas faltas

1 Convención Americana de Derechos Humanos. Parte I - Deberes de los Estados y Derechos Protegidos. Capítulo I - Enumeración de Deberes. Artículo 1. Obligación de respetar los derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

de evidencia o de demostrabilidad, hacen poco viable la represión de un acto lesivo. En efecto, la condición soterrada de este tipo de discriminación, exige un mayor rango de confiabilidad de medios de prueba para sentenciar un acto de contrariedad y sin embargo, muchas de estas situaciones exigen una acción eficaz de las autoridades, administrativas o judiciales, a efectos de preservar los derechos, en esencia también derechos, de las minorías sexuales.

Los jueces han identificado rangos de acción en contra de estos tipos de discriminación a través de los fallos jurisdiccionales. Por su naturaleza propia, devienen más representativas las decisiones de las más altas instancias: en el sistema interamericano, representado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH; y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH.

### **III. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.<sup>1</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

El caso Atala Riffo presenta, a nivel interamericano, importantes apreciaciones a partir de la interrogante base vinculada a si una madre lesbiana se encuentra en la capacidad de poder criar a sus menores hijas o si por el contrario, dada la condición heterosexual del padre, sería a éste a quien correspondería la tuición de las hijas. Se trata de un verdadero problema de *entorno adecuado* en el cual no debería calificar como argumento determinante la orientación sexual de los padres.

#### **III.I. Antecedentes del caso**

La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo aborda una primera cuestión de importancia en el sentido de determinar los alcances del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, el derecho a la vida privada, el derecho a la vida familiar, los derechos del niño, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial.

El caso tiene lugar a raíz de que la señora Karen Atala Riffo pierde la tuición de sus tres menores hijas en un proceso judicial en el cual uno de los elementos prevalentes considerados por la justicia chilena fue la situación de que la señora Atala vivía en su domicilio con otra persona del mismo sexo, su pareja sentimental, y sus tres menores hijas.

La demanda del padre invoca un serio peligro para el desarrollo físico y emocional de las menores hijas en vista de la opción sexual de la madre. La señora Atala compareció en el juicio de tuición refiriendo que el Código Civil chileno no contemplaba la causal de "inhabilitación parental" al hecho de tenerse una "opción sexual distinta".<sup>2</sup>

Entre los testimonios ofrecidos destacó el de una asistente social quien, al ser preguntada sobre si los menores que se crían bajo parejas homosexuales sufren consecuencias adversas, contestó que "sí hay consecuencias sociales como modelos parentales y maternos confusos que afectan la conformación de la identidad sexual".<sup>2</sup>

1 Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas)

2 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fundamento Jurídico 37



El juzgado concedió la tuición provisional a favor del padre mas la sentencia de primera instancia, expedida por parte de otro magistrado subrogante, desestima la demanda en vista de que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad sexual responsable. La Corte de Apelaciones de Temuco confirma el fallo y frente a esta decisión, tiene lugar un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia, la cual por tres votos contra dos, concede la tuición al padre.

Uno de los argumentos centrales de la Corte Suprema fue que las niñas se encuentran en una "situación de riesgo" que las ubicaba en un "estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferenciaba significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal".<sup>1</sup>

### III.II. Fundamentos de la Corte IDH

La Corte consideró que la noción de igualdad se desprende directamente de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona,<sup>2</sup> habiendo ingresado este principio en el dominio del *ius cogens*.<sup>3</sup>

De la misma forma, considera que el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han calificado la orientación sexual como una de las categorías de discriminación prohibida considerada en el artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>4</sup> previsiones que desde la perspectiva europea se ven complementadas por el artículo 14<sup>5</sup> del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Corte considera, de igual modo, que "la demanda de tuición fue interpuesta bajo el supuesto de que la señora Atala "no se encontraba capacitada para velar y cuidar de [las tres niñas, ya que] su nueva opción de vida sexual sumada a una convivencia lésbica con otra mujer, est[aban] produciendo [...] consecuencias dañinas al desarrollo de estas menores [de edad], pues la madre no ha[bía] demostrado interés alguno por velar y proteger [...] el desarrollo integral de estas pequeñ[a]s".<sup>6</sup>

Resulta relevante aquí distinguir, en relación al deber de no discriminación negativa, la importancia que asume la demanda desde la perspectiva de estereotipos alimentados por una perspectiva sesgada de los derechos de las minorías sexuales. Una interrogante se desprende por su propio peso: ¿no es acaso un prejuicio partir de la tesis de que una lesbiana no puede criar a sus propias hijas? A juicio nuestro, la demanda de tuición parte de ese argumento en tanto descalifica a la señora Atala respecto a su idoneidad para la crianza de sus menores hijas.

1 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. 57.

2 Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 24

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

3 La Corte IDH asume una posición principista en tanto determina que en el proceso de tuición, uno de los argumentos centrales que tuvieron en cuenta, de un lado, la tuición provisional del juez de primera instancia, así como la Corte Suprema, en última instancia, fue la orientación sexual de la señora Atala Riffo, contraviniendo de este modo los supuestos de no discriminación de la Convención Americana.

4 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. 88

5 Convenio Europeo de Derechos Humanos: Artículo 14

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

6 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. 96



Agrega a este juicio de valor la Corte IDH: "(...) el proceso de tuición giró, además de otras consideraciones, en torno a la orientación sexual de la señora Atala y las presuntas consecuencias que la convivencia con su pareja podría producir en las tres niñas, por lo que esta consideración fue central en la discusión entre las partes y en las principales decisiones judiciales dentro del proceso (...)".<sup>1</sup> Visto el problema desde esta perspectiva, queda claro que la Corte Suprema de Chile otorgó relevancia significativa a la orientación sexual de la demandada, descalificándola jurídica y fácticamente, valoración que debe ser entendida como una discriminación prohibida por la Convención Americana de Derechos Humanos.

En relación a los alegatos de las partes, la Corte IDH destaca, esbozando a grandes rasgos el principio de proporcionalidad,<sup>2</sup> que los representantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH "argumentaron que el interés superior de las niñas "[e]fectivamente, en teoría [...] sería un fin legítimo". Sin embargo, manifestaron que "[n]o basta [...] aducir un fin legítimo para que lo sea; el Estado tiene la obligación de demostrar que tal fin es real". En este sentido, alegaron que "el Estado simplemente dice proteger a las niñas pero no fundamenta de manera objetiva el daño que se habría irrogado en las niñas y, por lo tanto, la decisión carece de un fin legítimo".<sup>3</sup> En rigor, advertimos que la medida dispuesta por el Estado no satisface las exigencias del subprincipio de idoneidad o adecuación.

Destaca otro argumento en el sentido de que "la decisión de custodia provisoria, tras apreciar la totalidad de la prueba que a la fecha obraba en el proceso [...] concluy[ó] que: i) las niñas presentaban perturbaciones de orden psicológico y carencias afectivas [...], y ii) que el padre daba certeza de ofrecer un entorno adecuado".<sup>4</sup> Sobre este particular, es de observar qué podemos entender por "entorno adecuado" pues esa acepción partiría de que el ambiente ofrecido por el padre heterosexual sí es adecuado, en tanto el ofrecido por la madre lesbiana, es inadecuado, una distinción que desde la perspectiva del principio de igualdad, no resulta sostenible.

Prosiguiendo el examen de proporcionalidad, la Corte IDH destaca que "el Estado señaló que "en relación a la adecuación que deben tener las medidas de los Estados para que no sean discriminatorias, basta para satisfacer el test de ponderación [...] al haberse acreditado en la causa la situación de daño sufrido por las niñas". En concreto, el Estado alegó que "existe abundante prueba en autos que acredita(...) : i) los efectos concretos adversos que tuvo la expresión de la orientación sexual de la demandada en el bienestar de sus hijas, y ii) las mejores condiciones que el padre ofrecía [para] su bienestar, cuestión que en nada dice relación con la orientación sexual de la demandada". Además, arguyó que "exist[ía] evidencia contundente que daba cuenta que la demandada demostraba una intensa actitud centrada en sí misma y características personales que dificultaban el ejercicio adecuado de su rol maternal, circunstancias que llevaron a concluir que la madre no ofrecía un medio ambiente idóneo para el desarrollo de las hijas".<sup>5</sup>

En relación a la misma idea de rol maternal, acusamos nuevamente una idea estereotipada

1 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. 96

2 El principio de proporcionalidad identifica la aplicación de 3 subexámenes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

3 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. 102

4 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. 105

5 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. 107



respecto a que la madre lesbiana no se encontraría en condiciones de ofrecer un entorno adecuado para el desarrollo emocional de las niñas. Es importante destacar, a la luz del fallo en comento de la Corte IDH, que la más alta instancia chilena partió de una distinción sin mayor basamento respecto al rol maternal de la señora Atala y a su calificación de idoneidad solo a partir de su orientación sexual.

Un fundamento sustantivo de la Corte IDH consistió en que no pueden ser “admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.”<sup>1</sup> En este aspecto es importante diferenciar la idiosincracia del juez, propio de un contexto de descubrimiento, frente a la exigencia de aporte de razones, aspecto involucrado con el contexto de justificación. Se trata de dos ámbitos distintos de las decisiones de los jueces y en rigor, no puede el juez aportar prejuicios a su calificación jurídica del problema a resolver, más aún si de por medio corresponde determinar un tema de no discriminación.

Prosigue la Corte IDH en el examen de la decisión de la Corte Suprema señalando que “el Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia mencionó cuatro fundamentos directamente relacionados con la orientación sexual de la señora Atala: i) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala; ii) la alegada confusión de roles que habrían presentando las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo; iii) la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas, y iv) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre.”<sup>2</sup> La Corte IDH considera no sostenibles estos argumentos de los jueces chilenos por partir de premisas estereotipadas y no en propiedad, de razones jurídicas suficientes.

A este debemos sumar la apreciación en el sentido de que “es el Estado el que tiene la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas. Para ello es necesario que en las decisiones judiciales sobre estos temas se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. De lo contrario, se corre el riesgo de fundamentar la decisión en un estereotipo(...) vinculado exclusivamente a la pre-concepción, no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales.”<sup>3</sup> Aquí es importante reiterar la idea primigenia, relevante para la Corte IDH, en el sentido de que a juicio de la misma, la crianza de niños por parte de parejas homosexuales, no representa un efecto negativo en el desarrollo psico emocional de los menores sometidos a su cuidado.

Ahora bien, la convivencia de parejas del mismo sexo y niños no resulta un contrasentido. La Corte IDH destaca que “los peritos Uprimny y Jernow citaron y aportaron una serie de informes científicos, considerados como representativos y autorizados en las ciencias sociales, para concluir que la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta *per se* su desarrollo emocional y psicológico.”<sup>4</sup> A esta apreciación debe sumarse, refiere la Corte IDH, que “la ciencia ha demostrado que la adaptación, el desarrollo y el

1 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile F.J. 109  
2 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile F.J. 113  
3 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile F.J. 125  
4 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. F.J. 128

bienestar psicológico de los niños no están relacionados con la orientación sexual de los progenitores, y que los hijos de padres homosexuales tienen las mismas probabilidades de desarrollarse que los de los padres heterosexuales (...)”<sup>1</sup>

La Corte IDH se remite en rigor al aporte de la ciencia y al concurso de peritos para desestimar una de las premisas base de la Corte Suprema chilena en el sentido de la no calificación de la señora Atala para criar a sus niñas en su condición de mujer lesbiana. En esa lógica, otorga relevancia a los fundamentos técnicos que confirman la no afectación emocional de los niños criados por parejas del mismo sexo.

Sobre la misma idea, son reforzados los argumentos anteriores señalándose que “la Corte resalta que la “American Psychological Association”, mencionada por la perita Jernow, ha calificado los estudios existentes sobre la materia como “impresionantemente consistentes en su fracaso para identificar algún déficit en el desarrollo de los niños criados en un hogar gay o lésbico [...] las capacidades de personas gays o lesbianas como padres y el resultado positivo para sus hijos no son áreas donde los investigadores científicos más autorizados disienten”. En consecuencia, la perita concluyó que: cuando la especulación sobre un futuro daño potencial para el desarrollo del niño es refutado de manera sólida por toda investigación científica existente, dicha especulación no puede establecer las bases probatorias para la determinación de la custodia.”<sup>2</sup> A este respecto y volviendo a desvirtuar los fundamentos de la decisión de la Corte Suprema de Chile, la Corte IDH acota que “la motivación de la Corte Suprema de Justicia se centró en los posibles daños psicológicos que podrían producirse en las tres niñas por el hecho de vivir con una pareja homosexual, sin aludir a razones de suficiente peso que permitieran desvirtuar que la orientación sexual de la madre o el padre no tiene un efecto negativo para el bienestar psicológico y emocional, el desarrollo, la orientación sexual y las relaciones sociales del niño o la niña.”<sup>3</sup>

En relación a los conceptos de familia normal y tradicional, es de destacarse que “la Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.”<sup>4</sup>

Volveríamos a formular una de las primeras interrogantes de este estudio: “¿Y qué es “normal” en materia de sexualidad?: ¿una pareja heterosexual? O ampliando la pregunta: ¿es anormal una pareja homosexual? Notemos que la exigencia de contestación a esta pregunta parte de la necesaria definición de respuestas acordes con el sistema interamericano de derechos humanos y en particular, con las ideas de progresividad de los derechos fundamentales, conceptos reforzados en la jurisprudencia constitucional de los Estados parte. Por consiguiente, la respuesta a esta interrogante no puede partir de una base estereotipada o simplemente conexa a un prejuicio fáctico, sino de una razonable respuesta desde el plano de los derechos primeros de las personas, que en buena cuenta son sus derechos fundamentales y los derechos protegidos por la Convención Americana.

Acudiendo al Derecho Comparado, acota la Corte IDH: “En ello es coherente la jurisprudencia

1 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. F.J. 128. Pie de página 148

2 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. F.J. 129

3 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. F.J. 130

4 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. F.J. 142



internacional. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad)."<sup>1</sup> Debemos observar aquí una importante tendencia tuitiva de los jueces respecto a la protección de las minorías sexuales a propósito de la crianza de sus hijos. Esto resulta una tendencia creciente y no puede ser soslayada en tanto la jurisprudencia apoyada en razones suficientes enriquece el Derecho Interno de los Estados parte de los sistemas interamericano y europeo.

A modo de conclusión, señala la Corte IDH que" (...) este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (...) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (..) por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala."<sup>2</sup>

En suma, la Corte IDH identifica problemas de motivación en la decisión de la Corte Suprema de Chile, a partir del concepto de que una exposición de razones no propias ni congruentes con el problema expuesto puede devenir, al margen de un problema de motivación, en una situación de motivación aparente. En efecto, las razones aportadas por los jueces supremos chilenos, al partir de fundamentos estereotipados, no resultan razones jurídicas propias del caso concreto y en buena cuenta resuelven un problema en base a prejuicios, cuando en realidad correspondía un análisis de fondo desde los estándares jurisprudenciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Respecto a los puntos resolutivos, la Corte IDH declara por unanimidad, que el Estado chileno es responsable por la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R.. De la misma forma, el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada y del derecho a ser oído consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana.

El caso Atala nos deja algunas lecciones de importancia, entre ellas, la premisa taxativa de que los jueces no pueden resolver temas vinculados a Derecho de Familia desde la perspectiva de modelos estereotipados o vinculados a la orientación sexual de los padres.

Si bien el caso chileno presenta diversas facetas pues solo la tuición provisional del juzgado de primera instancia y la decisión de la Corte Suprema, constituyeron decisiones favorables al padre de las niñas involucradas en el caso,<sup>3</sup> resulta preocupante que la más alta instancia chilena- la Corte Suprema- haya partido de claros prejuicios para resolver el delicado caso de la señora Atala, haciendo incurrir en responsabilidad internacional al Estado chileno a partir de una incorrecta apreciación de la tuición conocida.

1 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. F.J. 143

2 Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile .F.J. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. F.J. 146

3 Tanto la sentencia de primera instancia como la decisión de la Corte de Apelaciones de Temuco fueron favorables a la señora Atala.

Y reiteramos nuestra preocupación pues resulta importante, como alguna vez señaló Víctor Abramovich en sus ponencias sobre derechos humanos, que antes que sea una opción que vayamos los ciudadanos al sistema interamericano de derechos humanos, que sea éste en rigor el elemento que vaya hacia nosotros, dada la necesidad de no cargar al sistema interamericano de conflictos.

Es así que en caso de una adecuada implementación de los derechos humanos en el Derecho Interno de los países, los jueces han de estar involucrados con los propios estándares tuitivos del mismo. Si ello así sucediere, ha de ser notorio que muchas menos controversias han de llegar a la CIDH y a la Corte IDH. Y ése es un reto que debemos asumir a efectos de que trabajemos por una mejor y mayor implementación de los valores de los derechos humanos en los sistemas jurídicos propios de nuestros Estados.

#### **IV. Sentencia 6864-2005 del Tribunal Constitucional español y el matrimonio entre personas del mismo sexo.**

El caso de la Ley 13/2005, impugnada por el conservador Partido Popular de España, nos remite a un ámbito muy similar de análisis del caso Atala Riffo, mas desde la perspectiva del sistema europeo de derechos humanos respecto a la viabilidad de que las personas del mismo sexo puedan contraer o no enlace matrimonial.

Se trata de dos facetas de un mismo problema en tanto el caso que resuelve el Tribunal Constitucional español aborda fundamentos cercanos a los determinados por la Corte IDH en el caso Atala Riffo.

Estas verificaciones de entrada nos llevan a una situación objetiva: los estándares de calificación de los jueces en materia de derechos de las minorías sexuales, constituyen un tema que no podemos soslayar en tanto una idea de progresividad en la tutela de los derechos de estos grupos, se ha afianzado en los sistemas interamericano y europeo, y las judicaturas nacionales no pueden cerrar sus ojos a este desenvolvimiento de estándares de las decisiones.

##### **IV.I. Antecedentes del caso**

La demanda es presentada con fecha 30 de setiembre de 2005 por Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, en representación de 71 Diputados del Grupo Popular del Congreso contra la Ley 13/2005 de fecha 01 de julio de ese año.

La norma cuestionada modificaba el artículo 44 del Código Civil español, el cual, bajo la redacción hoy vigente dispone que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. (...) sustituyendo expresiones como “marido y mujer” por la de “los cónyuges” o “los consortes”, o “el padre y la madre” por “los padres” o “los progenitores”.<sup>1</sup>

Los demandantes exponen algunas razones sustantivas en su objeción a la norma modificatoria del Código Civil y consideran tres razones principales: “a) El carácter básico de la institución del matrimonio (...) de ahí que la Ley impugnada desnaturalice el matrimonio, haciendo de una institución con unos contornos tan definidos y universales una

1 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 2



institución polisémica, borrosa y disponible; <sup>1</sup> (...) b) La imposibilidad de que el legislador modifique la Constitución cambiando el nombre acuñado de las cosas empleado por el constituyente. (...); <sup>2</sup> (y) c) La posibilidad de conseguir la finalidad perseguida a través de fórmulas que no supongan una ruptura de la Constitución. (...)"<sup>3</sup>

De los argumentos aportados se desprende una apreciación central en el sentido de una pretendida desnaturalización de la institución matrimonial a partir de la unión de personas del mismo sexo. Sobre esta misma reflexión, tenemos entonces la postulación de una tesis de quebrantamiento del matrimonio en su acepción tradicional heterosexual si esta institución tenía lugar entre personas del mismo sexo.

Al igual que en el caso *Atala Riffo*, podemos argüir: ¿ha de ser mas bien la unión matrimonial la forma "correcta" solo si se produce y tiene lugar entre personas heterosexuales? Esta es la interrogante que vamos a pretender desarrollar y para la cual debemos ensayar una respuesta desde los estándares del Convenio Europeo de Derechos Humanos y desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a lo cual debemos sumar las tendencias en la evolución de las legislaciones de los países miembros del Convenio Europeo, a los cuales la norma paneuropea suele denominar Altas Partes Contratantes.

La demanda observa que se amplían "tales derechos de un modo innecesario y cuando podría hacerse sin desvirtuar una institución tan fácil y universalmente reconocible como el matrimonio, (...) se respeta y avanza desde un punto de vista democrático dando derechos a quienes no los tenían, pero sin perturbar ni disminuir los que la Constitución garantiza (...y) para construir destruye una institución constitucionalmente garantizada como el matrimonio."<sup>4</sup>

Tenemos en la acepción que antecede conceptos muy variados que desarrollar y uno de los principales se referiría a la cuestión siguiente: ¿destruye realmente el matrimonio entre personas del mismo sexo la institución matrimonial propiamente dicha? He aquí una cuestión de relevancia y primer orden, pues la destrucción de una institución alude a una verdadera deformación de un concepto al punto de hacerlo irreconocible. No advertimos, de entrada y en idea de fondo, que ello suceda con la institución del matrimonio porque ella también tenga lugar entre personas del mismo sexo. Sobre este aspecto es necesario destacar que, por el contrario, el aval de la unión matrimonial entre personas del mismo sexo, permite la consolidación de la institución matrimonial en cuanto enriquece las vertientes de las relaciones interpersonales que fluyen propiamente de la unión legal.

En rigor, no podríamos asumir que los efectos del matrimonio solo se puedan extender a las parejas heterosexuales si las parejas del mismo sexo en realidad no representan diferencias sustantivas en su condición de sujetos pasibles de asumir derechos y obligaciones a partir de la unión matrimonial. Por el contrario, la diferenciación inmotivada podría crear un peligroso escenario de discriminación en el caso siguiente: si un hombre y una mujer viven en unión de hecho por un tiempo prolongado y dicha ligazón crea efectos similares a los del matrimonio en cuanto sea compatible con el mismo, ¿bajo cuál tipo de fundamentación desde los derechos protegidos por los instrumentos de derechos humanos, le denegaríamos ese derecho a la unión igualmente muy prolongada de personas del mismo sexo? Advirtamos que se produciría una situación de manifiesto desamparo

1 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 3  
2 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p.3  
3 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 4  
4 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005.p. 4

que el Derecho Interno de los Estados debería evitar.

El Tribunal reseña que “Los diputados recurrentes también esgrimen en defensa de su postura que no existe una garantía mínima de certeza, en el ámbito de la comunidad científica, sobre la conveniencia del adoptado de vivir en el seno de una pareja homosexual. Prueba de ello sería que en los pocos países que han abierto el matrimonio a las parejas homosexuales no se reconoce la adopción conjunta por parte de las mismas.”<sup>1</sup>

El argumento de la parte accionante resulta enteramente rebatible. En efecto, la situación es precisamente la contraria y basta remitirnos al análisis ya desarrollado respecto del caso Atala Riffo: la crianza de niños en el seno de parejas homosexuales, no implica una afectación del desarrollo emocional de estos niños en tanto ha de producirse solo una diferente percepción del modo en que ha de expresarse el afecto de los niños de estos hogares hacia sus padres.

En relación a la demanda interpuesta, destaca el Tribunal que “el examen evolutivo pone de relieve una realidad compartida por la sociedad, el Derecho y la comunidad científica: la homosexualidad es una opción sexual tan aceptable como la heterosexualidad, de modo que no existe razón alguna para que las parejas del mismo sexo no puedan disfrutar exactamente de los mismos derechos que las parejas heterosexuales. Tal afirmación se confirma con la experiencia de otros países pioneros en el reconocimiento de los derechos de los homosexuales, que comienzan por regular la unión legal con beneficios más o menos cercanos al matrimonio para, a continuación, llegar a una plena equiparación con el matrimonio y, posteriormente, a una definitiva integración de la homosexualidad en la institución matrimonial.”<sup>2</sup>

Nuestra percepción al respecto es definitiva: el avance de los derechos de las minorías sexuales abarca un contexto progresivo y representa una cuestión de consolidación en el tiempo. Las legislaciones de diversos países van asumiendo un perfil de mayores reconocimientos y ello representa una tendencia irreversible que las posiciones de crítica no están en condiciones de rebatir desde los propios derechos fundamentales que estas minorías sexuales invocan.

En esa misma línea, destaca el Tribunal Constitucional respecto a los alegatos del Estado que “se hace referencia a estudios sociológicos y psicológicos que desmienten el menor grado de compromiso de las parejas homosexuales y que señalan que no existen diferencias entre los niños criados en el seno de parejas homosexuales y heterosexuales, salvo la mayor naturalidad en la aceptación de la homosexualidad como opción sexual, lo cual no incide en su propia orientación sexual. Dichos informes también demuestran que lo que resulta positivo para el desarrollo del menor es permitir que quienes perciben como sus progenitores también lo sean jurídicamente. Entre la comunidad científica existe asimismo consenso sobre que el aspecto que resulta determinante para conformar el desarrollo de los niños que conviven en su seno no es la estructura de la familia, sino la dinámica de las relaciones que se dan en su seno. (...)”<sup>3</sup>

Aquí es importante destacar la diferencia de conceptos: la estructura familiar puede representar un concepto estático, en tanto que las interrelaciones humanas en el seno de un matrimonio, sin importar su conformación, tienden a definir una acepción dinámica.

1 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 14

2 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 23

3 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005 p. 26



Como uno de sus argumentos principales, destaca el Estado que “la Constitución Española no contiene un concepto de matrimonio, sino que se limita a reconocer el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica, rompiendo con ello con la tradicional discriminación de la mujer.”<sup>1</sup>

Reiteramos un concepto anterior: el concepto de matrimonio no puede ser asociado única y exclusivamente al matiz de heterosexualidad. El matrimonio, al asumir una acepción dinámica, amplía sus contornos para admitir, bajo un concepto de progresividad de los derechos humanos, la idea de horizontalidad en su conformación.

Acota en ese mismo orden de ideas el abogado del Estado que “se recuerda que los elementos del matrimonio han ido cambiando a lo largo de la historia y (...) la homosexualidad ha estado tradicionalmente fuera de la institución matrimonial por la sencilla razón que el Derecho sólo la ha contemplado para reprimirla.”<sup>2</sup> En efecto, la homosexualidad ha sufrido una larga represión por parte de la sociedad y esa cuestión, en pleno siglo XXI, exige un reenfoque de la visión del matrimonio.

#### IV.II. Fundamentos del Tribunal Constitucional español

Precisa el Tribunal Constitucional español que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH desconecta el derecho a contraer matrimonio y la garantía de protección de la familia, cuando establece que el concepto de vida familiar protegido por el art. 8 CEDH no se reserva únicamente a las familias fundadas en el matrimonio, sino que puede referirse también a otras relaciones *de facto* (entre otras muchas SSTEDH en los asuntos X, Y et Z c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997, § 36; y Van Der Heijden c. Países Bajos, de 3 de abril de 2012, § 50).”<sup>3</sup>

Las uniones de facto precisamente son el grupo beneficiario de la modificación de la norma objeto de cuestionamiento y en nuestra opinión, la nueva normatividad logra consolidar un avance sustantivo en materia del derecho a la igualdad.

En valoración de la posición de los demandantes, asume el Tribunal Constitucional que: “los recurrentes entienden que la ley impugnada vulnera efectivamente la garantía institucional del matrimonio, basándose en una interpretación originalista del artículo 32 CE,<sup>4</sup>(...) [y] entienden los recurrentes que la institución matrimonial configurada por la Ley impugnada hace irreconocible la institución clásica del matrimonio, suponiendo una desnaturalización de la institución incompatible con el respeto a la garantía institucional del mismo.”<sup>5</sup> Como valoración histórica destaca el Tribunal que “en los años 50, el matrimonio era, evidentemente, entendido en el sentido tradicional de unión entre dos personas de sexo diferente” (STEDH en el asunto Schalk y Kopf c. Austria, de 22 de noviembre de 2010, § 55). En el año 1978, cuando se redacta el art. 32 CE era entendido mayoritariamente como matrimonio entre personas de distinto sexo (...)”<sup>6</sup>

Interpretar el matrimonio, asume la decisión que comentamos, no puede ceñirse a una percepción cerrada del término y efectivamente, algunas décadas atrás solía entenderse el matrimonio en su acepción clásica de la unión entre el varón y la mujer. Los derechos

1 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 27

2 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 27

3 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 35

4 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 38

5 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 39

6 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. p. 39

humanos han seguido una senda progresiva y hoy, esa definición tradicional no puede ser asumida en los mismos términos, en tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos así como la jurisprudencia constitucional, han sentado nuevos horizontes en las uniones entre las personas del mismo sexo.

Refiere el Tribunal que "(...) desde una estricta interpretación literal, el art. 32 CE sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse aunque, hay que insistir en ello, sistemáticamente resulta claro que ello no supone en 1978 la voluntad de extender el ejercicio del derecho a las uniones homosexuales."<sup>1</sup> Valga acotar que la interpretación literal hoy en día representa una tendencia de suyo minoritaria en la interpretación de los derechos fundamentales, circunscrita a solo esquemas subsuntivos o de lógica formal, abarcando la menor porción de controversias iusfundamentales. Por tanto, ya no podemos interpretar los derechos fundamentales solo desde su percepción de disposición, en el sentido de un enunciado lingüístico, sino se hace exigible asumir la noción de norma, a fin de atender a los sentidos interpretativos del derecho iusfundamental.

Destacando los beneficios de una interpretación evolutiva, señala el Tribunal que: "(...) se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea, expuesta como hemos visto por el Abogado del Estado en sus alegaciones, de que la Constitución es un "árbol vivo", -en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo- que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad,(...)"<sup>2</sup>

Creemos que aquí concurre un argumento fuerte de la sentencia y es precisamente la noción de "interpretación evolutiva" en tanto la idea que dicha definición representa, figurativamente proyectada como un "árbol vivo", ha de conducirnos a que los patrones de entendimiento sobre el matrimonio, no pueden representar los mismos en el contexto actual en comparación a algunas décadas atrás. Los derechos humanos han evolucionado notoriamente y también su interpretación, guiada por una tendencia de progresividad que los instrumentos internacionales se han encargado de recoger así como los jueces se han perfilado por construir a través de estándares jurisprudenciales guiados por una acepción más amplia del derecho a la igualdad, en su vertiente de no discriminación o interdicción de la discriminación negativa o de manifiesta arbitrariedad.

En referencia al avance del matrimonio homosexual en el Derecho Comparado, destaca el Tribunal que: "(...) la equiparación del matrimonio entre personas de distinto sexo y entre personas del mismo sexo se ha consolidado, en los últimos años, en el seno de varios ordenamientos jurídicos integrados en la cultura jurídica occidental. Cuando se aprobó en España la Ley 13/2005, aquí cuestionada, sólo los Países Bajos (Ley de 2000), Bélgica (Ley de 2003), y el Estado de Massachusetts en EEUU (Sentencia de la Supreme Judicial Court, Goodridge v. Department of Public Health, de 2004) reconocían el matrimonio entre personas del mismo sexo. Desde entonces la institución se ha reconocido también en otros ordenamientos como los de Canadá (Civil Marriage Act de 2005), Sudáfrica (Ley núm. 17 de 2006), Ciudad de México (Ley de 2009), Noruega (Ley de 2009), Suecia (Ley de 2009), Portugal (Ley núm. 9/2010), Islandia (Ley de 2010), Argentina (Ley de 2010), Dinamarca (Ley de 2012) y en varios Estados de Estados Unidos de América, en

1 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. F.J. 8. p. 40

2 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. F.J. 9 p. 40



algunos casos a resultas de la interpretación judicial, en otros de la actividad del legislador [Connecticut -2008-, Iowa -2009-, Vermont -2009-, New Hampshire -2010-, Distrito de Columbia (Washington) -2010-, y New York -2011-]. Existen además proyectos legislativos, en distinto estadio de tramitación, en Eslovenia (cuyo Tribunal Constitucional declaró en sentencia de 2 de julio de 2009 que era inconstitucional que las uniones estables del mismo sexo no gozasen de los mismos derechos que las parejas casadas de sexo distinto) y Finlandia.”<sup>1</sup>

Creemos aquí con firmeza en otro argumento de sustento sólido: la tendencia progresiva y a favor, por parte de las legislaciones europeas en materia de derechos de personas del mismo sexo, representa una línea evolutiva creciente que los Estados y sus jueces, al decidir sobre conflictos a propósito de estas materias en sus diversos rangos, no pueden soslayar y más aún, contra la cual resulta de suyo complejo legislar o resolver en contra. Y frente a aquellas situaciones contrarias a esta tendencia, precisamente son los tribunales los que determinan la expulsión de la norma, o su inaplicación (de corresponder), o la responsabilidad internacional de los Estados en aquellos casos en los cuales se juzguen actos contrarios a los derechos protegidos por los instrumentos en materia de derechos humanos.

Acota el Tribunal que “el art. 12 CEDH no puede imponer, hoy por hoy, a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo.”<sup>2</sup> En la misma línea del concepto de interpretación evolutiva, ni podemos forzar contenidos ni podemos restringir nuevas lecturas de las normas si éstas exigen ser compatibilizadas con las subsecuentes interpretaciones en materia de derechos humanos. Por lo tanto, la nueva concepción del matrimonio deja atrás una lectura estática de esta institución para pasar a asumir un nuevo rol dinámico omnicomprensivo de las relaciones interpersonales con objetiva inclusión de personas del mismo sexo.

La reflexión va más allá al señalarse que “tampoco en el ámbito del derecho público existen especiales dificultades para que cónyuges del mismo sexo sean destinatarios de las normas que contemplan al cónyuge como sujeto de obligaciones o de derechos, tales como el régimen tributario, el correspondiente a las prestaciones de Seguridad Social o incluso para aplicar el sistema penal en los casos en que la situación del cónyuge como víctima o como responsable de infracción penal sea determinante.”<sup>3</sup> En adición a ello se destaca que “el régimen jurídico del matrimonio y consecuentemente la imagen jurídica que la sociedad se va forjando de él, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo.”<sup>4</sup>

La distorsión de las instituciones puede representar un efecto contrario si ellas son sometidas a modificaciones incompatibles con su naturaleza. No sucede ello con el matrimonio si adjetivamos su conformación con personas de distinto o del mismo sexo. Nos retrotraemos a una idea primigenia en este trabajo: los derechos humanos demandan una progresividad que los Estados no pueden soslayar y ésa es precisamente una línea de interpretación evolutiva que apunta hacia mayores derechos en materia de minorías sexuales y ése es el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo.

1 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. F.J. 9 p. 42

2 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. F.J. 9 p. 44

3 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. F.J. 9 p. 46

4 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. F.J. 9 p. 46

Finalmente señala el Tribunal que “ desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada.”<sup>1</sup>

La demanda es finalmente desestimada conservando eficacia la modificación legislativa al artículo 44 del Código Civil español, decisión a partir de la cual podemos asumir la inserción de España en una tendencia progresiva de reconocimiento del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Si bien la decisión fue duramente criticada por los sectores conservadores de España, no podemos hacer a un lado este concepto fuerte de la decisión respecto a la “interpretación evolutiva”, en el sentido de un espacio ganado por las minorías sexuales tanto en el ámbito del derecho europeo de los derechos humanos así como su influencia innegable en el sistema interamericano.

## Conclusiones

Realizados los enfoques que anteceden, podemos llegar a algunas conclusiones de interés:

1. Los derechos de los grupos LGTBI han sufrido un rechazo histórico que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha logrado revertir progresivamente. En ello, ha tenido lugar el desarrollo del concepto de “interpretación evolutiva”, premisa sobre la cual las minorías sexuales han logrado los primeros espacios de consolidación de sus derechos.
2. Los grupos LGTBI aún siguen siendo objeto, tanto en el sistema interamericano como en el sistema europeo de derechos humanos, de escenarios de discriminación negativa, materializados en las decisiones de jueces influenciados por estereotipos, situación que configura una forma de trato desigual entre iguales.
3. Sin perjuicio de ello, las más altas instancias representativas de la defensa de los derechos humanos en los ámbitos interamericano y europeo, han asumido un rol tuitivo de orden gravitante en las controversias relativas a los derechos de las minorías sexuales, afianzando un concepto de progresividad que ni las legislaciones ni tras decisiones judiciales restrictivas minoritarias han podido soslayar.
4. En el ámbito interamericano, el caso Karen Atala Riffo y niñas vs Chile, representa un parámetro jurisprudencial de primera importancia, en tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad del Estado chileno tras haber retirado la justicia chilena a la señora Atala, la tuición de sus tres menores hijas. La Corte IDH determinó contraria a la Convención la decisión de la justicia chilena sobre pérdida de tuición, al haberse basado en la orientación sexual de la señora Atala, con lo cual se configuró la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación, consagrada en el artículo 24, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
5. El caso de la decisión del Tribunal Constitucional español sobre la Ley 13/2005, en relación a la acción de inconstitucionalidad promovida por el Partido Popular

1 Sentencia del Tribunal Constitucional español. Caso Ley 13/2005. F.J. 9. p. 47



de España, para dejar sin efecto una modificación del artículo 44 del Código Civil español que a su vez permitía la unión matrimonial entre personas del mismo sexo, representa otro avance sustantivo de los derechos de los grupos LGTBI. En efecto, la aludida modificación legal, al permitir el matrimonio homosexual, sentó las bases de un nuevo hito en la defensa de los derechos de estas minorías.

6. Finalmente, queda aún mucho por trabajar respecto a los derechos de los grupos LGTBI a propósito de las modificaciones legislativas favorables a estos núcleos y las decisiones de los jueces, tanto en el sistema interamericano como en el sistema europeo. Aún existe con fuerza, en muchos ámbitos, ideas estereotipadas y prejuicios respecto a estas minorías sexuales cuyos derechos no pueden ser soslayados. En esa misma lógica, corresponde una mayor difusión de las decisiones relevantes de los órganos jurisdiccionales encargados de la legitimidad democrática de estos derechos, entre ellos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y diversos Tribunales y Cortes Constitucionales.



## EL JUEZ INTERCULTURAL

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA  
CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO  
(UNIVERSIDAD DE CANTABRIA, SANTANDER, ESPAÑA)



Todos lo sabemos: “vivimos en un mundo diversificado y polifónico”<sup>1</sup>. Hay muchos mundos en el mundo. Pluralidad de mundos, no sólo posibles -como decía Leibniz- sino reales. Y no mundos simples sino complejos.

En el pequeño mundo cotidiano de cada uno de nosotros, en las sociedades en las que vivimos, se cruzan distintas culturas. En América (y de modo muy patente en México) esto es impresionante y fascinante<sup>2</sup>. Y la globalización hace que la diversidad cultural se sienta en todas las sociedades. También en Europa lo más extraño puede resultar ya familiar.

Pero no conviene olvidar que lo que hoy nos parece homogéneo ha sido el producto de una fusión histórica. La misma Europa es un sincretismo, resultado de muchas influencias e incorporaciones, no siempre bien avenidas. Todavía sentimos “la tensión entre el espíritu de Atenas y la herencia de Israel”, dos de nuestras raíces más vigorosas<sup>3</sup>. Y España, antes de llegar a América, era el escenario de una peculiar confluencia y conflicto de tres culturas: cristianismo, judaísmo e islam. Pero esto era bien poca cosa si lo comparamos con lo que aquí se encuentra.

En nuestro mundo mezclado nadie hace ya una teoría pura del derecho, como la que proponía Kelsen. La pureza metódica no permite abordar nuestras realidades. Visto en perspectiva, nos parece incluso asombroso que la teoría pura surgiera nada menos que en Viena, la capital del imperio más heterogéneo del mundo moderno, en donde se daban cita oriente y occidente; lo latino, lo germánico y lo eslavo<sup>4</sup>. Kelsen, que fue también uno de los inventores del tribunal constitucional, no sospechó que la jurisprudencia constitucional se revelaría como el terreno más impuro, y por eso mismo más fértil, del mundo jurídico.

Es significativo que las traducciones al español de grandes obras de Kelsen, en las que se habla mucho de los jueces, se han realizado y publicado precisamente en México: los *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* por el exiliado español Wenceslao Roces, la *Teoría general del derecho y del Estado* por el filósofo del derecho mexicano Eduardo García Máynez, la *Teoría pura del derecho* por el profesor argentino Roberto J. Vernengo, y también la traducción de la obra póstuma de Kelsen, la *Teoría general de las normas*<sup>5</sup>. Esto es sorprendente porque si Kelsen hubiera sido latinoamericano nunca hubiera tenido la tentación de ser purista.

Menciono estos detalles porque me interesa recalcar que México ha sido y es el gran

1 Z. BAUMAN, *La posmodernidad y sus descontentos*, trad. de M. Malo de Molina y C. Piña, Akal, Madrid, 2009, p. 247.

2 Este texto se presentó como ponencia en el VI Congreso Iberoamericano sobre Cooperación Judicial, que tuvo lugar en la Escuela Judicial del Estado de México, Toluca, en noviembre de 2012.

3 J. HABERMAS, “Israel o Atenas. ¿A quién pertenece la razón anamnética? Johann Baptist Metz y la unidad en la multiplicidad multicultural”, trad. de P. Fabra, en ID., *Israel o Atenas: Ensayos sobre religión, teología y racionalidad*, Trotta, Madrid, 2001, p. 176.

4 Cfr. sobre Kelsen la presentación de W. M. JOHNSTON, *El genio austrohúngaro. Historia social e intelectual (1848-1938)*, trad. de A. Coletes y otros, KRK Ediciones, Oviedo, 2009, pp. 257 y ss.

5 Cfr. H. KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, trad. de W. Roces, Porrúa, México, 1987; *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, UNAM, México, 1979; *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, Porrúa, México, 1991; *Teoría general de las normas*, trad. de H. C. Delory y J. F. Arriola, Editorial Trillas, México, 1994. También habría que recordar otras obras como *Compendio de teoría general del Estado*, trad. de L. Recaséns Siches y J. de Azcárate, Colofón, México, 1992; *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, trad. de F. Acosta, Fondo de Cultura Económica, México, 1996; *Ensayos sobre jurisprudencia y teología*, edic. de U. Schmill, Distribuciones Fontamara, México, 2004; y los trabajos de Kelsen recogidos en O. CORREAS (Ed.), *El otro Kelsen*, UNAM, México, 1989.

país de la traducción jurídica. Estas historias de exilios y de versiones nos presentan un territorio caracterizado por la hospitalidad y la traducción, dos palabras claves definitorias de lo intercultural<sup>1</sup>. Pensar en términos interculturales es acoger y traducir. Después de Babel, pensar es traducir. Y ya ni siquiera estamos seguros de que la multiplicación y la confusión de las lenguas, que simboliza Babel, sea una maldición. Quizá sea una bendición tener que hablar la lengua de los otros.

Ha sido duro, pero al fin hemos aprendido que no podemos silenciar, excluir o marginar a nadie, y que tampoco tenemos que buscar la uniformidad. El que es diferente ya no quiere ser meramente tolerado, en una actitud condescendiente, que puede resultar ofensiva: reclama sus derechos. Y ni siquiera basta con la coexistencia pacífica de culturas distintas, que nos aísla en nuestras particularidades. Nos vemos abocados a la convivencia, que es comunicación, relación que nos enriquece y nos transforma, que provoca el riesgo de la diferencia, que nos interroga y nos exige reinventarnos. Pensar jurídicamente es cada vez más saber articular, transformar e integrar diferencias. El jurista es siempre un traductor y necesita algo así como un don de lenguas.

Está claro que la convivencia de tradiciones culturales distintas suscita derechos y obligaciones: el derecho a mantener las propias formas de vida, pero también la obligación de aceptar un marco de convivencia definido por principios constitucionales y por los derechos humanos. Para que esto sea posible hacen falta juristas políglotas.

La teoría del derecho de nuestro tiempo necesita hablar un lenguaje abarcador, susceptible de variantes. Necesita desarrollar “un universalismo altamente sensible a la diferencia”, capaz de hacerse cargo “del otro como uno de nosotros”. Hay que construir jurídicamente un “flexible ‘nosotros’” adecuado a una sociedad que “amplía cada vez más sus porosos límites”. La “inclusión del otro” implica que “los límites de la comunidad están abiertos para todos, y precisamente también para aquellos que son extraños para los otros y quieren continuar siendo extraños”<sup>2</sup>. Necesitamos “universalidad sin uniformidad”<sup>3</sup>.

Me gustaría tocar brevemente dos cuestiones de filosofía del derecho que tienen que ver con la difícil tarea del juez que actúa en una sociedad intercultural y cuya identidad es cada vez más la de juez intercultural.

Se trata en primer lugar de la problemática de la alteridad (es decir, del otro y de lo otro), frecuentemente olvidada por la filosofía y por el pensamiento jurídico. El derecho ha trabajado a fondo la intersubjetividad, pero apenas se ha planteado la alteridad.

En segundo lugar abordaré la cuestión de la identidad personal del juez, que ya no es simple sino compleja. Todo sujeto es a la vez uno y múltiple. Lo intercultural no es sólo un rasgo definitorio de las sociedades actuales sino también del propio juez, que integra en su persona una complejidad sin precedentes. Es un juez “desterritorializado” y “nómada”

1 Especial recuerdo merece la figura de uno de los filósofos del derecho españoles más importantes del s. XX, L. RECASENS SICHES, exiliado en México, cuya obra *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, México, 1980, que se publicó originalmente en 1956, sigue teniendo gran interés para los jueces. Ya no sirve la concepción mecánica de la función judicial como silogismo, que calificaba de “caduca” (p. 188). El juez intercultural tendrá que desarrollar una “lógica de lo razonable” (cfr. pp. 277 y ss.). Esta es precisamente que permite abordar las realidades plurales de nuestro tiempo. Nótese que no se trata de lo *racional* sino de lo *razonable*. En esto Recasens fue pionero. Mucho más tarde dirá J. RAWLS, “Una revisión de la idea de razón pública”, ensayo publicado conjuntamente con *El derecho de gentes*, trad. de E. Valencia, Paidós, Barcelona, 2001, que la *razón pública* está al servicio de un “pluralismo razonable” (p. 155) y precisa que “la idea de razón pública se aplica de manera más estricta a los jueces que a otros” (p. 158).

2 J. HABERMAS, *La inclusión del otro: Estudios de teoría política*, Prólogo, trad. de J. C. Velasco, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 23 y 24.

3 O. HÖFFE, *Derecho intercultural*, trad. de R. Sevilla, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 140.



de sí mismo, que necesita atravesar sus fronteras mentales<sup>1</sup>. Quizá un juez que se ha convertido en extraño para sí mismo<sup>2</sup>.

Comencemos por la alteridad. Necesitamos repensar lo social y lo jurídico desde una teoría del otro. Es difícil porque el pensamiento moderno está basado en el yo. Habría que reorientarlo hacia el otro, habría que pasar del *ego* al *alter* ¿Cómo si no dar forma a las nuevas realidades?

Recordemos el privilegio del yo en la filosofía, a partir de Descartes. El énfasis en el yo no tenía precedentes. El *cogito ergo sum* era una conciencia radical del yo y rubricaba un pensamiento procedente del yo. Yo soy yo. Incluso se decía, radicalizando el postulado cartesiano: yo soy el que soy (*ego sum qui sum*), soy como soy, soy porque soy (*sum ergo sum*). Todo esto está profundamente arraigado en nuestra estructura mental.

Desde los inicios de la modernidad el yo se proclamaba a sí mismo como el centro absoluto, el eje, el axioma, el *a priori* de la razón, como dijo Kant. Repitiendo el principio de la lógica aristotélica (A es A), el sujeto reivindica una identidad tautológica: yo soy yo, soy yo mismo, soy así. El yo es el principio y fundamento, que existe *a se* y *per se*; el punto cero que se dice a sí mismo, el legislador que instaura el imperio de una subjetividad autorreferente. Triunfa la primera persona pronominal: yo, me, mi, conmigo. Desde el primado del yo se afronta la tarea de dar sentido al mundo y a uno mismo. Se despliega así una racionalidad autológica, egológica, egocéntrica, que sólo sabe de los enredos del yo.

Esta es la línea mental, la metafísica a la que pertenecemos, que confluyó en el campo jurídico con la invención de la categoría de derecho subjetivo y la reforzó. El derecho comenzó a verse no primariamente como ordenamiento, como *corpus iuris* al modo clásico, conjunto de normas e instituciones, sino como un conjunto de facultades. Con el racionalismo moderno se produjo una formidable torsión y todo comenzó a girar sobre el eje del sujeto, titular de derechos, fundamento, origen y razón de ser del derecho. Así aparecen los derechos humanos, como rasgos, atributos, propiedades del sujeto, cosas suyas que reivindica frente a todos, *erga omnes*.

Para este modo de ver, el otro es como yo. Pero -tendríamos que preguntamos- ¿si el otro no fuera simplemente *alter ego*, otro yo, sino precisamente *alter*, otro? Distinto, pero no ajeno, sino próximo, que me frecuenta y me concierne. Quizá los derechos humanos no sean mis derechos sino, como sospechaba Levinas, los "derechos, ante todo, del otro hombre"<sup>3</sup>.

El otro es uno de los grandes personajes conceptuales del pensamiento contemporáneo. Está destinado a romper la homogeneidad y simetría que proyecta el yo. Pues el otro es en principio heterogéneo, no asimilable, no homologable. Es asimétrico y desafía nuestros equilibrios. Ese otro que es *sui generis* (de su propio género), no cesa de hacer preguntas, de interpelar, de desafiar la soberanía del yo. Él mismo es una pregunta que rompe nuestra lógica redundante, repetitiva, y provoca la diferencia.

1 Aludo a las propuestas de G. DELEUZE y F. GUATTARI, *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, trad. de J. Vázquez y U. Larraceleta, Pre-Textos, Valencia, 1988, por ejemplo en p. 386. Estos conceptos han sido trasladados al ámbito jurídico por el magistrado brasileño J. E. de RESENDE CHAVES JÚNIOR, *El Derecho Nómada: Un paso hacia el Derecho Colectivo del Trabajo, desde el "Rizoma" y la "Multitud"*, Editorial Académica Española, 2011.

2 J. KRISTEVA, *Extranjeros para nosotros mismos*, trad. de X. Gispert, Plaza & Janés, Barcelona, 1991, advertía que "el extraño está en mí", que "el extranjero está en nosotros", por lo que estamos obligados a "reconocer nuestra inquietante extranjería" (p. 233).

3 E. LEVINAS, "Derechos humanos y buena voluntad", en *Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro*, trad. de J. L. Pardo, Pre-Textos, Valencia, 2001, p. 246.



Pero ¿cómo responder al otro, cómo responder del otro, cómo mirar jurídicamente al rostro del otro, de ese otro que ya no se conforma con ser un cualquiera? ¿Cómo juzgarlo? La perspectiva jurídica intercultural está implicada en este pensamiento difícil del otro, de lo otro, al que la razón ilustrada no estaba acostumbrada.

Justamente Hegel, en polémica con la Ilustración, había anunciado que la dialéctica es la venida de lo otro, de algo otro que llega y nos toma por sorpresa. Es el “pasar a otro (*übergehen in Anderes*)”<sup>1</sup>. Las difícilísimas páginas de su lógica estaban llamadas a provocar un trastorno en todo el pensamiento. Y detrás de lo otro dijo que vendría lo otro de lo otro, hasta el límite de lo soportable. Hegel hablaba en singular: lo otro, el otro. Pero hoy sabemos que hay que pronunciar el plural: los otros. Es todavía más difícil. Hay, llegan, muchos otros. Ninguna frontera puede contenerlos.

Tenía razón Antonio Machado, poeta español que murió poco después de pasar la frontera francesa, huyendo de la guerra. Ponía estas reflexiones en boca de un profesor apócrifo de su invención, al que llamó Juan de Mairena: “*De lo uno a lo otro es el gran tema de la metafísica*” (y podríamos añadir que del derecho). La razón tiende a “la eliminación del segundo término” para poder decir: “*lo otro no existe*”, todo es “*uno y lo mismo*”. Pero lo cierto es que “*lo otro no se deja eliminar; subsiste, persiste; es el hueso duro de roer en que la razón se deja los dientes*”. No hay más remedio que creer “*en lo otro*”, en “la esencial Heterogeneidad del ser”, en “la incurable *otredad* que padece lo uno”<sup>2</sup>.

Quizá muchos lectores latinoamericanos recuerden y reconozcan este texto. Lo citaba Octavio Paz como prólogo de una de sus obras maestras, *El laberinto de la soledad*, esa abrumadora reflexión sobre México y sobre lo intercultural, escrita desde otro lado, desde París<sup>3</sup>. Sería tentador servirse de ella para abordar otro gran tema: la soledad del juez.

Pero qué pasa si descubrimos, como dijo Rimbaud, el poeta maldito, que “yo soy otro”, que hay una dificultad para decir yo<sup>4</sup>. Ya no soy el que era, ni siquiera soy el que soy. Soy otro. Esto y aquello, lo uno y lo otro. Este es el segundo tema que querría tocar.

El yo es múltiple. Cada uno de nosotros es multitud. No se trata simplemente del plural mayestático y arcaizante que usaba el juez al dictar sentencias: “Nos, fallamos...”. El juez unipersonal puede hablar en plural porque es en realidad un órgano colegiado. Lo otro, el otro, está dentro. Cuando deliberamos con nosotros mismos, en la deliberación íntima y solitaria, “es preciso, principalmente, que uno mismo se vea como si estuviera dividido en dos interlocutores, por lo menos, que participan en la deliberación”<sup>5</sup>.

El juez es múltiple e intercultural. Con esto no me refiero sólo a que es muchas otras cosas además de juez, a que al lado de su conciencia jurídica está su conciencia moral, su conciencia política, etc. Aun cuando sólo atendiéramos a su dimensión jurídica (y nadie es unidimensional), dispone de distintas instancias: por ejemplo de una conciencia jurídica formal y de otra material, que están escindidas. La voz de la conciencia es audible “sólo en la discordancia de sonidos no coordinados”<sup>6</sup>. En el jurista poliédrico se cruzan varias culturas, al menos varias culturas jurídicas, que son dispares y se interpelan entre sí, que

1 G. W. F. HEGEL, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas. Para uso de sus clases*, trad. de R. Valls, Alianza, Madrid, 1997, § 84, p. 186.

2 A. MACHADO, *Juan de Mairena. Sentencias, donaires, apuntes y recuerdos de un profesor apócrifo (1936)*, Alianza, Madrid, 2009, p. 61.

3 O. PAZ, *El laberinto de la soledad*, Cátedra, Madrid, 2009, p. 141. Es una obra de 1950 que no ha perdido nada de su fuerza.

4 Cfr. A. RIMBAUD, *Prometo ser bueno: Cartas completas*, trad. de P. Cifuentes, Barril Barral, Barcelona, 2009. La famosa expresión (*Je est un autre*) se encuentra en una carta a G. Izambard de mayo de 1871, que en esta edición se traduce como “yo es otro diferente” (p. 22).

5 CH. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*, trad. de J. Sevilla, Gredos, Madrid, 1989, p. 48-49.

6 Z. BAUMAN, *La posmodernidad y sus descontentos*, cit., p. 246.



reflejan la pluralidad de los valores.

El Fausto de Goethe confesaba con angustia su desgarrón interno: “Dos almas, ¡ay!, anidan en mi pecho, y la una pugna por separarse de la otra”<sup>1</sup>. Esto puede ser doloroso. Pero también es beneficioso tener muchas convicciones, muchas tradiciones e historias, muchas almas en el propio pecho, muchos puntos de orientación<sup>2</sup>.

A pesar de lo que dicen algunos críticos de la postmodernidad no es que no creamos en nada y nos hayamos vuelto escépticos. Lo que nos ocurre es que creemos en demasiadas cosas, “demasiadas para poder experimentar la comodidad espiritual que supone la obediencia ciega”. Somos conscientes de que “hay muchas creencias igualmente importantes o convincentes” y que es preciso una “tarea de elección responsable entre ellas”. Pero sabemos que “ninguna opción evitaría a quien la elige el ser responsable de sus consecuencias”, que “haber elegido no significa haber resuelto la cuestión de la opción de una vez por todas” y que esto tampoco da “el derecho a poner a descansar la propia conciencia”<sup>3</sup>.

Ya no nos sentimos de una pieza. Todavía no hace mucho se decía con admiración de algunas personas que parecían compactas, sólidas, uniformes, monolíticas. Eran de una pieza. Pero ahora somos múltiples y complejos. Y también lo es el mismo derecho, que ya no es sistema, como soñó la dogmática alemana, ni *corpus*, como decían los romanos, sino un agregado, un *collage*, una constelación de principios, normas e instituciones. Sólo un jurista complejo puede manejarlo. En una realidad compleja sólo pueden operar naturalezas complejas. La complejidad no se aborda con simplicidad sino con otra complejidad.

Weber destacó el *politeísmo* de los valores como uno de los rasgos de la modernidad. De hecho “vivimos insertos en ordenaciones vitales distintas, gobernadas por leyes distintas entre sí”<sup>4</sup>. El neoconstitucionalismo insiste en la pluralidad de valores (y también podríamos decir de culturas) que conforman el pensamiento jurídico del juez que va a tomar una decisión. Ya no cuenta tanto la subsunción como la ponderación<sup>5</sup>. No hay jerarquías axiológicas, relaciones claras de prioridad. El campo de los valores constitucionales se parece al territorio del nómada: no es un espacio acotado ni cuadrículado por el catastro. No se deja habitar: se deja sólo atravesar, en itinerarios cambiantes, cuyas huellas quizá se borran de una sentencia a otra. Nunca como hasta ahora una decisión jurídica ha sido, más que un silogismo, una travesía.

La *iuris-dictio*, que todo lo espera de la ley, da paso a la *iuris-prudentia*, que cuando atiende al caso concreto no encuentra vínculos legales rígidos<sup>6</sup>. La *scientia iuris*, que soñaba con una racionalidad formal y aspiraba a fórmulas inequívocas, se transforma en *iuris prudentia* para poder abordar el pluralismo de los principios<sup>7</sup>. Es precisamente la *prudentia* “lo que caracteriza a la función judicial distinguiéndola de cualquier otra función burocrática o meramente ejecutiva”<sup>8</sup>. El viejo término aristotélico se está recuperando para designar

1 J. W. GOETHE, *Fausto*, en *Obras completas*, trad. R. Cansinos Assens, Aguilar, Madrid, 2004, Vol. I, Parte I, Escena II, p. 372.

2 Cfr. Z. BAUMAN, *La posmodernidad y sus descontentos*, cit., p. 245.

3 *Ibidem*, p. 246.

4 M. WEBER, *El político y el científico*, trad. de F. Rubio, Alianza, Madrid, 2010, p. 169. Sin embargo su visión era trágica y experimentaba “la imposibilidad de unificar los distintos puntos de vista que, en último término, pueden tenerse sobre la vida y, en consecuencia, la imposibilidad de resolver la lucha entre ellos y la necesidad de optar por uno u otro” (p. 225).

5 Cfr. por ejemplo L. FERRAJOLI, *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, trad. de A. Greppi, Trotta, Madrid, p. 92.

6 Cfr. ID., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Apartado 3, trad. A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 1995, pp. 162 y ss.

7 Cfr. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 122 y ss.

8 L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 164.



los itinerarios mentales y la difícil racionalidad de este juez que afronta la diversidad de la sociedad, del propio derecho y de sí mismo.

Termino con una referencia literaria. En 1984 la Universidad de Harvard invitó a Italo Calvino a impartir un prestigioso ciclo de conferencias, que otros años se había encomendado a personalidades como José Luis Borges o el mismo Octavio Paz. Calvino murió poco antes de pronunciarlas. El título era *Seis propuestas para el próximo milenio*. Dejó el manuscrito incompleto. Iba a tratar de algunos valores o rasgos que serían decisivos en el nuevo milenio, que ya es el nuestro. Uno de ellos es la *multiplicidad*, el último que llegó a desarrollar. Y decía: "¿qué somos, qué es cada uno de nosotros sino una combinatoria de experiencias, de informaciones, de lecturas, de imaginaciones? Cada vida es una enciclopedia, una biblioteca, un muestrario de estilos donde todo se puede mezclar continuamente y reordenar de todas las formas posibles"<sup>1</sup>. Creo que en estas palabras se puede reconocer también el jurista de nuestro tiempo intercultural.

Multiplicidad significa alejarnos de la verdad del *unicum*, salir de la perspectiva limitada del *self*, para entrar en la de los otros y darles la palabra, y también para "hacer hablar a lo que no tiene palabra"<sup>2</sup>.

Este es nuestro destino: multiplicarnos a nosotros mismos para poder seguir siendo jueces en una sociedad múltiple. Ojalá seamos capaces de ser juristas múltiples, complejos, políglotas, nómadas, de un derecho intercultural.

---

1 I. CALVINO, *Seis propuestas para el próximo milenio*, trad. de A. Barnárdex, Siruela, Madrid, 1998, p. 124.

2 *Ibidem*, p. 124.



# "EMOCION VIOLENTA EN EL CODIGO PENAL ARGENTINO"

DANIEL ALEJANDRO ESCALANTE<sup>1</sup>

"Dedicado a mi preciosa hija Jazmín y a mi señora Cecilia.  
A mis padres, quienes confiaron y creyeron en mí en todo momento y por ser ejemplos de persona.  
A Dios por darme las fuerzas y la Fe."  
GRACIAS

## INTRODUCCION

Ciertamente esta atenuante se encuentra tratada de manera acabada en la doctrina nacional e internacional, incluso existe profusa jurisprudencia al respecto. Pero ello en cuanto a su significación jurídica. El interrogante que pretendo desarrollar en este trabajo no tiene que ver con ello. Apunta a analizar su utilización como atenuante en el homicidio a la vez que plantear su validez respecto de su aplicación en otros tipos penales, como por ejemplo en un delito de lesiones, o en el de un hurto.

Creo, desde un punto de vista global, que es un tema sumamente peculiar y a la vez relevante. Precisamente, el magistrado decisor al resolver un caso particular debe hacerlo en base a todos los elementos y circunstancias arrimadas a la causa, fuera de ello nada tiene valor. Y concretamente en el momento de determinar la pena, es necesario ser lo más preciso y exacto posible. Allí de lo que más se valdrá es de la escala penal del tipo penal y de sus agravantes y atenuantes, si es que lo hubiere. Esto es la parte legal, o como expresa la jerga común "como manda el Código".

Pero ¿que pasaría si al imputado se le aplicara la atenuante de la emoción violenta por un homicidio y por el otro lado tendríamos un imputado a quien se lo juzga por amenazas y se lo condena con una pena de similar cantidad? Me refiero a la Justicia del caso...o mejor dicho me refiero a ¿si el Código Penal realmente, desde el enfoque de la afectación de los bienes jurídicos, coordina sus escalas en la gravedad de esa afectación? O bien ¿cada delito se le impone la escala que desea? Créame el lector, y tomando palabras del Dr. Zaffaroni, ya no existe Código, y al escuchar en una Conferencia al Santafesino Dr. Erbetta, quien pronunciaba y reclamaba para que están las escalas penales sino para graduar en base a las circunstancias particulares del caso.

Lo que sí creo con seguridad es que al haberse incrementado los tipos penales en nuestra Ley Nacional, muchos problemas se generan al punto de generar innecesarias superposiciones normativas. Creo que se perdió un poco el rumbo y lo que deseo es que ello se acabe.

## CONCEPTO

La Emoción Violenta no existe como una entidad medica patológica, se trata de un juicio de valor sobre un estado real que puede ser experimentado por cualquier persona. Y en esto es que se debe hacer hincapié. Sinceramente varios fallos contienen esta excesiva afinidad con el aspecto medico del termino cuando en realidad no debería ser así. Lo concreto es que esta "exaltación" sea producto de un suceso de tal magnitud que produzca limitación

<sup>1</sup> Funcionario Judicial Penal en Poder Judicial de Salta. Mail: danielescalata@arnet.com.ar



de los frenos inhibitorios del ser humano. Es más, me aventuro a pensar que es un estado de la persona, como la alegría, dolor, ira, etc. Pero no llega a configurarse de ninguna manera como una enfermedad mental de ningún tipo. Esta es la primera nota mental que debemos tomar como punto de partida.

La emoción, según la ley, para que pueda llegar a ser una eximente incompleta y por ende disminuir la pena, debe ser violenta en el sentido de que con su intensidad disminuya o se debiliten los frenos inhibitorios de la voluntad.

El tipo penal requiere dos elementos: uno subjetivo que es la emoción, y otro normativo, que consiste en que esa emoción, por las circunstancias dadas, sea excusable, con lo cual lo que se debe justificar es la emoción, pero no el homicidio. Y esto tiene una explicación dogmática, ya que si lo que se justificase fuese el homicidio, entonces se estaría frente a una causa de justificación, que como es obvio excluiría la pena y no la atenuaría.

Véase como el tipo penal, según autorizada doctrina, divide en dos elementos. Y precisamente en la parte subjetiva de la misma alude a la emoción, no dice patológica ni enfermiza ni nada que se le parezca. Es simplemente EMOCION en si misma. Repito, como la emoción, tristeza, ira, etc. Es la parte ontica, lo que es en la realidad. Aquí y haciendo un poco de docencia, la ley penal no crea el termino, simplemente lo toma de la realidad como lo que es. Una cosa que tiene que quedar en claro, es que el Derecho, y menos aun el Derecho Penal no crean conceptos, solamente son tomados de la vida real. Por ejemplo un caballo, sabemos cómo es una caballo y por ello el Derecho lo toma de la realidad. No es lo que dice que es la ley. A lo sumo lo que se define legislativamente es definir sus contornos o tomar lo que le parezca importante, pero nada más. Así sucede con la emoción a la que se le agrega la cualidad de ser violenta. Y así sucede con la parte normativa, cual es que emoción y de que manera surge la misma es relevante a los fines penales. Véase que no se crea nada, solo se toma lo que le parece importante al Derecho Penal.

Entendemos primero que es una emoción. La emoción, se puede caracterizar como una crisis, circunscripta y visible del sentimiento, motivada por sensaciones que la percepción introduce en el campo de la conciencia, o por representaciones, es decir imágenes, recuerdos, ideas que surgen de ella. Esta conmoción del animo se puede traducir en ira, dolor, miedo y excitación<sup>1</sup> Véase que el termino nos indica que la misma es activada por una circunstancia o suceso de determinadas características de tal manera que genera en el ser humano una reacción específica, es decir una emoción.

El juicio de justificación es más complejo, ya que supone y exige en el juzgador una valuación jurídica de la totalidad compleja del hecho y del autor. Como es de destacar al momento de aplicar esta atenuante, desde ya que no es fácil tarea. Efectivamente además de considerar los arts. 40 y 41 del CP, el magistrado judicial debería considerar las agravantes y atenuantes aplicables al caso. En este caso de ser un homicidio y aplicarse la emoción violenta, debe efectuar un análisis no sumatorio de partes, sino integral. Importante es buscar el elemento detonante de la emoción violenta en el imputado, y no quedarse con la emoción violenta comprobada porque simplemente no nos sirve de nada estipularlo así.<sup>2</sup>

El elemento normativo, esto es “las circunstancias que hicieran excusable” debe entenderse

1 (Cabello, Vicente P. psiquiatría forense en el Derecho Penal, Hammurabi, Buenos aires, t 2B ps. 85 y ss)

2 Frías Caballero, Jorge, La cólera como elemento del homicidio emocional. Doble homicidio por emoción violenta. Homicidio provocado en el Código Penal Argentino, en Temas de derecho Penal , La Ley, Buenos Aires, 1970, p 285.

de la siguiente manera: la emoción por si no justifica, sino que son las circunstancias que han motivado esa emoción las que llevan a la disminución de la pena. Bien dice Soler que la agresión ilegítima es a la justificante de legítima defensa, como la provocación es a la excusa del homicidio emocional”.

## **JUSTIFICACION**

La ley atenúa el hecho cuando este constituye la reacción explicable, comprensible, excusable y externamente motivada de una conciencia normal, frente a una causa provocadora. La finalidad perseguida por el tipo penal es acordar una atenuación de la pena para hechos de gravedad no común; en palabras de Soler, el juez, al medir y apreciar las circunstancias con las cuales ha de explicar el estado emotivo, no puede dar acogida a motivos fútiles, a situaciones que nada tienen de extraordinario, a bromas, a discusiones intrascendentes. Por ello es que se debe tener muy en cuenta que la atenuante se debe al golpe emocional que provoca en el acusado del delito, lo que conlleva a disminuir su culpabilidad en el acto, según algunos. Esta es la razón de la emoción violenta. Nada más. Repito, no se debe a estado patológico, lo cual es incorrecto.

Tampoco tiene importancia el tiempo, en el sentido de que bien puede existir un lapso prolongado entre la emoción y el homicidio. Efectivamente se ha dicho que debe mediar una relación de inmediatez entre la circunstancia detonante y la emoción violenta. Con el tiempo tal criterio fue flexibilizando, debido a los constantes cambios y nuevas modalidades delictivas. Y creo a mi juicio, que esto es lo acertado. Existen seres humanos que manifiestan sus reacciones de manera muy tardía y sería sumamente injusto en razón de violar el principio de igualdad, que no se los comprenda dentro de la atenuante.

El autor debe haber sido extraño a la causa detonante y debe haber una vinculación entre el estado emocional y el homicidio. Esto es lo básico de la emoción violenta. El acusado debe ser extraño a las circunstancias generadoras de la emoción violenta, efectivamente no tiene sentido de que se las genere el mismo o que simule estarlo. Desde ya ello no está comprendido dentro de la atenuante que estudiamos.

## **PRIMER PROBLEMA. Una situación muy peculiar.**

Supongamos el caso hipotético de un señor, Juan de 43 años de edad mata a su esposa de 29 años de edad al enterarse que tiene su amante, e incluso la misma es del mismo sexo. Pues bien, comprobados los extremos legales, en principio, se le aplicaría el tipo penal del Art. 79 del CP. Es decir que la imputado se le atribuiría una pena de prisión de ocho a veinticinco años. Resulta que durante la sustanciación del juicio, logra la Defensa incluir demostrar la atenuante de la emoción violenta y por ello el caso concluye condenando al imputado pero por el delito de homicidio en estado de emoción violenta conforme Art. 81 inc 1º. Pues bien traducido en números de una pena que se le podría aplicar de hasta 25 años de prisión se le podría solamente imputar por hasta tres años como máximo.

Pues bien imaginemos que en el caso particular, solamente se la condeno por tres años. Muy bien ahora me propondré analizar el bien jurídico afectado en cuestión.

Empecemos por señalar que en el tipo penal de homicidio el bien jurídico afectado es la Vida, en tanto que en una amenaza es la El bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida. Pues bien, ya se puede hacer una comparación entre los dos bienes



mencionados. Como primera conclusión se llega a que la vida es mucho más importante que la tranquilidad personal. Por ende y en base a una lógica no solo jurídica sino más bien de sentido común, nos lleva a pensar que debería sancionarse con mayor punibilidad al que cometiere homicidio. Primera falencia que denoto. Pero hay otra más. Nuestro Código penal en el Art. 93 del CP prevé la emoción violenta en el delito de Lesiones. Muy poco usado en la jurisprudencia buscada. Pero la amenaza? Hurto? Daño? Bueno en páginas más adelante, mostrare solo algunas de las legislaciones que la prevén no en la parte especial del Código Penal, sino en la parte General, que considero a mi modo de ver las cosas, acertado.

En el peor de los casos una persona que es condenada por el delito de Robo con armas del Art. 166 inc. 2 a la pena de cinco años, es decir su mínimo. Por el otro lado, la misma sala condeno a una persona por el delito de homicidio en estado de emoción violenta a la pena de tres años. Pregunto... ¿hay concordancia en nuestro Código Penal? Acaso no deberíamos hacer un grado de importancia respecto a los bienes jurídicos? ¿O debo decir que todos los delitos son iguales? O debo decir que las escalas penales se fueron deformando con el lapso del tiempo?

### **OTRO SUPUESTO**

Ahora veamos el caso de un vecino Don Julián, que se peleó con su vecino Aroldo, ya que sus nietos juegan en la casa del primero, y una vez ofuscado fue a reclamarle y luego le profiere amenazas a su vecino obligándolo a que sus nietos no jueguen mas. El supuesto encuadraría en el tipo penal de la coacción y por ello según Art. 149 bis 2º párrafo puede recibir una condena de hasta cuatro años de prisión.

### **Ahora pregunto, ¿cuál de los dos supuestos es más grave?**

Bueno, seguramente cualquier ciudadano común responderá que el homicidio, sin lugar a dudas se dirá que se afectó la vida del ser humano y se prohibió de ella.

Pero me gustaría que veamos en profundidad y desde un enfoque jurídico lo que sucede. Al caso de emoción violenta tranquilamente se le puede condenar con una pena de prisión de tres años. Por el otro lado tenemos a un vecino que se lo condeno por el delito de coacción con una pena de cuatro años. ¿Es coherente ello? ¿Es peor que amenazar que matar? ¿Qué sucedió? ¿Acaso en la vida real no puede pasar que una persona, por diversas causas, no pudo haberse sulfurado y haber dicho o hecho cosas de las que luego se arrepintió?

Ante estos interrogantes, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni sostiene que nuestro CP no hay una formula general de la imputabilidad ni de la culpabilidad disminuida. No obstante, hay claros casos de culpabilidad disminuida, como la emoción violenta del inc. 1) del Art. 81 y las circunstancias extraordinarias de atenuación en el caso del parricidio, del art. 80. La emoción violenta no debe considerarse limitada al homicidio y a las lesiones, porque conduciría a soluciones aberrantes. Como vimos, por vía de analogía in bonam partem, debe considerarse que es aplicable a cualquier delito en que sea admisible. Existe una contradicción entre el mínimo de la pena de parricidio con culpabilidad disminuida prevista en el art. 82 (parricidio en emoción violenta, diez años como pena mínima) y el del último párrafo del art. 80 (parricidio con circunstancias extraordinarias de atenuación, ocho años como mínimo), cuando la emoción violenta importa menor culpabilidad que las circunstancias extraordinarias. Cabe entender que el mínimo del art. 82 no puede ser



tampoco superior a ocho años.<sup>1</sup>

De tal manera que de la Emoción Violenta surgen dos cuestionamientos, por un lado esta atenuante como extensiva a otros delitos por la sencilla razón de afectar las garantías de igualdad ante la Ley y en virtud del principio pro homine, como también de aplicar la ley más favorable al reo. Por otro lado, y acompañando el interrogante del Dr. Zaffaroni, realiza una comparación entre “circunstancias extraordinarias de atenuación” y “emoción violenta”.

## **DERECHO COMPARADO**

Otra de las falencias que observo en la atenuante de la Emoción Violenta, radica en su ubicación en nuestro Código Penal. Mi principal crítica radica en que su ubicación afecta la aplicación coordinada de las escalas penales de los distintos tipos penales. Más allá de la razón que haya tenido el legislador en su tiempo, el funcionamiento y fisiología del ser humano ha cambiado de manera radical. Y considerando que es un planteo conectado con el anterior expuesto, lo más razonable es que el mismo se ubique en la parte General del Código Penal. Insisto en que está abandonada la Parte General de nuestro Código. Existen algunas legislaciones que van en esta dirección y creo que es lo más recomendable y coherente atento a los tiempos actuales.

Pues bien, establecida la idea, permítaseme repasar solo algunos Códigos que a continuación veremos:

### COLOMBIA CODIGO PENAL CAPÍTULO SEGUNDO *De las Circunstancias*



*Art. 60. - Ira e intenso dolor. El que comentaba el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición.<sup>2</sup>*

Este Artículo se encuentra en el Libro Primero Parte General Título IV de la Punibilidad Capítulo Segundo en el Código Penal de Colombia. Lo primero que observamos aquí es que su tratamiento es ubicado en la Parte General del Código Penal Colombiano. Hasta aquí muy bien, pero algo que me llama la atención es que lo ubicaron dentro del tratamiento de la Punibilidad, es decir en cuanto a la medición de la pena. Respecto a este ítem, debería ser tratado en doctrina, algunos hablan de la imputabilidad disminuida, otros de la punibilidad. Y aquí deviene lo trascendental. La redacción... efectivamente es sumamente explicativa y detallada en lo que quiere aprehenderse de la realidad. Quiero remarcar lo siguiente “ira o de intenso dolor... causado por comportamiento ajeno grave e injusto”. Solo dejar constancia de la claridad de los términos utilizados a tal punto de no dejar dudas en su aplicación. Tal vez los términos “emoción violenta” resulten genéricos y por ello dé lugar a controversia en su entendimiento como surge en la jurisprudencia nacional.

Veamos otro ejemplo, situándonos ahora en España...

1 MANUEL DE DERECHO PENAL - PARTE GENERAL, Segunda Edición, Editorial EDIAR, Diciembre 2006  
2 <http://alcaldiademonteria.tripod.com/codigos/penal/prmrpnal.htm>

Código Penal Español  
CAPÍTULO III

*De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal*  
Artículo 21

*Son circunstancias atenuantes:*

*1ª. Las causas expresadas en el Capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.*

*2ª. La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior.*

*3ª. La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.<sup>1</sup>*

Aquí y a modo de mostrar la postura contraria existen casos como el de Alemania, aquí refiere expresamente al delito de homicidio. No obstante ir en contra de la postura que les propongo a los lectores me interesa mucho la forma en referirse a la emoción y a su circunstancia, la cual es sumamente taxativa.

A continuación procédase a la lectura del texto Alemán...

CODIGO PENAL ALEMAN  
§ 213. Caso leve de homicidio

*Si el homicida sin culpabilidad propia fue excitado a la furia por medio de malos tratos hechos a él o a un pariente o por graves insultos por parte de la persona muerta y con esto incitado de inmediato al hecho o si de lo contrario se presenta un caso de menor gravedad, entonces el castigo es de un año hasta diez años.<sup>2</sup>*

Solo se refiere a la furia, primer dato peculiar. No admite otra reacción, lo que me lleva a rechazar la redacción por la sencilla razón que existen otras alteraciones diferentes a la furia que genera o desencadena la emoción violenta. Ese es el defecto de redactar de manera tan precisa. Creo que la normativa penal si bien debe ser concreta, no debe ser tajante. Lamentablemente la ingeniosidad delictiva genero muchos medios delictivos que ni siquiera hubiésemos imaginado que pudiese suceder.

## CONCLUSION

A esta altura deberíamos pensar si el interrogante planteado en estas páginas fue coherente o no. No obstante ello, una cosa queda clara. Que es necesaria una importante reforma en este sentido. Lo que muchos profesionales del Derecho piensan es que esto se arregla eliminando la atenuante o bien diciendo que se aplique el mínimo del delito genérico. Y no es así. A riesgo de ser simplista, debo decir que el Código Penal se divide en

1 [http://www.ub.edu/dpenal/CP\\_vigente\\_2011\\_01\\_31\\_UB.pdf](http://www.ub.edu/dpenal/CP_vigente_2011_01_31_UB.pdf)

2 [http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp\\_de\\_es.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/leis/cp_de_es.pdf)

dos partes, una parte general y otra especial. Lo que me asusta de la realidad en que nos encontramos, y aquí me permito emitir un juicio de tinte sociológico, con una actitud que consiste en modificar la parte especial y con ello está todo arreglado calmándose las aguas de reclamo social. Y no es así, no hay que ir muy lejos. Véase el movimiento Bloomberg, los secuestros express, el femicidio, trata de personas. Creo que algunos fueron aciertos, pero muy poco se habló de la parte general. Es más, no se en que se esfuerzan en aumentar las penas, si tranquilamente y dadas las condiciones puedo aplicar la libertad condicional. O bien aplicar la suspensión de juicio a prueba. O bien hacer uso de las reglas de la tentativa. O bien hacer uso del término funcionario público, etc.

Debemos ser conscientes de este inconveniente. De tal manera seguiremos cometiendo los mismos errores. Es más, ningún tipo penal tiene correlación con los demás contemplados en otra ley penal. El tipo penal de Daño y la Ley de protección animal, coinciden hasta en los mínimos y máximos. Hay superposición típica diría yo.

Y en general no debe olvidarse la parte general. Sinceramente para que el Derecho Penal fuera sinónimo de delito y muchas gracias. A lo sumo se suele mencionar a los concursos de tipos y hasta por ahí nomás de las reglas de la autoría y tentativa. Pero hay más.

Y continuando en esta línea, de las varias dificultades entre ellas la emoción violenta. Que a mi juicio debería ser incluida en lo que es la parte general del Código como así lo ha sido en otras legislaciones del mundo.

## **BIBLIOGRAFIA**

DONNA, EDGARDO ALBERTO, Derecho Penal - Parte Especial, Tomo I, II y III, segunda edición actualizada, Editorial RUBINZAL-CULZONI EDITORES

Las reglas de la técnica en Derecho Penal, publicado en: Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, vol. XVII, Colombia, 1995, pp. 13-51; también en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1994.

Influjo de la opinión publica en la elaboración de políticas penales por Debora de Souza de Almeida en Revista de Derecho Penal y Criminología - La Ley - Año II Numero 7 Agosto 2012

MAIER, JULIO B. J. - Derecho Procesal Penal - Tomo I - Fundamentos, Editores del Puerto S.R.L. - Buenos Aires 2004 - 3º reimpresión

Boletín de Jurisprudencia en materia penal y procesal penal N° 1, diciembre 2010, Ministerio Público de la Defensa.



# CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

## CONTRADICTIONARY AS PART OF PARTICIPATORY DEMOCRACY

Darci Guimarães Ribeiro<sup>1\*</sup>  
Paulo Junior Trindade dos Santos<sup>2\*</sup>



**Resumo:** Objetiva-se delinear no que diz respeito ao Contraditório como elemento posto ao procedimento processual, que faz com que reavive-se o espírito participativo do indivíduo, sendo mais especificamente a democracia participativa refletida no notável instituto jurídico em alento. Demonstra-se ainda a superação do modelo de democracia representativa. Além disso, por vezes mencionar-se-á o processo justo, para sim demonstrar a sua atual importância.

**Palavras-chave:** Processo; Democracia; Contraditório.

**Abstract:** It aims to outline with regard to the element Contradictory as post procedural proceedings, which makes up the revive participatory spirit of the individual, and more specifically participatory democracy reflected in the remarkable institute legal breath. Demonstrates up yet overcome the model of representative democracy. Also, sometimes it will mention fair process, but to demonstrate their current importance.

**key-words:** Process; Democracy; Contradictory.

1. Introdução; 2. Contraditório como elemento da Democracia Participativa; 3. Conclusão; Bibliografia.

### 1. INTRODUÇÃO

O objetivo do ora artigo e demonstrar que o processo judicial via contraditório faz reavivar de democracia participativa por meio do *espírito participativo do indivíduo*. Justifica-se pela superação da democracia representativa, em que a democracia passou a projetar-se via institutos jurídicos, note-se que uma delas o contraditório, elemento crucial para o Processo-Procedimento. Além disto, funda-se o artigo por meio dos mais renomados e reflexivos processualistas que construíram teorias que perpassam os modelos tradicionais, trazendo assim, a baila o processo como elemento emancipatório da democracia.

Portanto, o *Contraditório como elemento da Democracia Participativa*. Utiliza-se do processo revestido este de um procedimento, onde este procedimento é o que vem a legitimar as decisões estatais, neste caso pela decisão jurisdicional, haja vista, que o contraditório passa a ser uma garantia processual constitucionalizada, que por meio do procedimento estatal garante a participação não processo do cidadão. Busca-se ainda por meio do procedimento em contraditório um processo justo.

1 \*Advogado. Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Especialista e Mestre pela PUC-RS. Professor Titular de Direito Processual Civil da PUC-RS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Membro da International Association of Procedural Law. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual Civil. Membro Representante do Brasil no Projeto Internacional de Pesquisa, financiado pelo Ministério da Educação e Cultura - MEC - da Espanha. Email: [darci.guimaraes@terra.com.br](mailto:darci.guimaraes@terra.com.br)

2 \*Mestrando e Bolsista CAPES pela Universidade de Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) - São Leopoldo; Especialista em Direito Processual Civil e Trabalhista - Associação dos Magistrados da 12ª Região (AMATRA12) em parceria com a Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) - Xanxerê. Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). E-mail: [paulojuniortrindadedossantos@hotmail.com](mailto:paulojuniortrindadedossantos@hotmail.com)

## 2. Contraditório<sup>1</sup> como elemento da Democracia Participativa

Não deve restringir-se o processo como mero procedimento, ultrapassando esta concepção alude-se que o Procedimento faz nascer um ato de declaração de vontade Estatal, que para se chegar a ora declaração guia-se as por suas disposições expressas de caráter meramente instrumental seguindo uma natural concatenação de atos.

Es proceso es un concepto propio de la función judicial, pero se puede hablar de "procedimiento" también para las funciones legislativa y ejecutiva. Todas las veces que para llegar a un acto de declaración de voluntad del Estado (ya sea una ley, un decreto o una sentencia) se haya preestablecido por disposiciones expresas de carácter instrumental la forma y el orden cronológico de las diversas actividad que deben ser realizadas por las personas que cooperan en la creación del acto final, la sucesión dialéctica de estas operaciones, jurídicamente reguladas en vista de ese fin, constituye un "procedimiento".<sup>2</sup>

Essa incursão do processo no âmbito do procedimento, "... porta in evidenza come nel campo della psicologia la concezione della giustizia procedurale sia più estesa, includendo fattori quali il rispetto, l'educazione, la dignità, poco, o nulla, rilevanti in altri contesti."<sup>3</sup>

Portanto a sucessão dialética<sup>4</sup> de atos operacionalizados e juridicamente regulados constituem-se, ou melhor, constroem-se o procedimento, haja vista, que o sua "... definizione del concetto di procedura si dimostra dunque piuttosto insidiosa, risultando legata in maniera indissolubile a valutazioni relative al contesto di applicazione."<sup>5</sup> Hoje se coloca, porém, o problema de se a definição do processo como procedimento com estrutura e desenvolvimento dialético não possa e não deva significar algo distinto e a mais.<sup>6</sup>

Haja vista, que com á égide do modelo de "... *Estado Liberal y Democrático el proceso reproduce en su estructura, como el cielo reflejado en el agua, la dialéctica del liberalismo y de*



1 Constrói o lineamento histórico do que se refere ao Contraditório nas páginas 54 e seguintes: DOTTI, Federica. Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo? Spunti per una riflessione comparata del processo canonico e statale. Tesi Gregoriana. Serie Diritto Canonico 69. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 2005.

2 CALAMANDREI, Piero. Proceso y Democracia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. p. 50

3 BERTOLINO, Giulia. Giusto processo civile e giusta decisione. Tese Doutoral. Disponível em: <[http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI\\_DI\\_DOTTORATO\\_Giusto\\_processo\\_civile\\_e\\_giusta\\_decisione.pdf](http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf)>. Acessado em: 08-08-2012. p. 43-44.

4 Indudablemente han sido muy útiles los estudios sobre la tópic, la retórica y la dialéctica de la Antigüedad Clásica por que han contribuido a iluminar en detalle y a poner de manifiesto un tipo ejemplar de pensamiento jurídico, que tiene máxima importancia y sumo relieve, lo mismo en las funciones del legislador que en las funciones del Juez. (SICHES, Luis Recanséns. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. 2ª ed.. México: Porrúa, 1973. p. 289.)

5 BERTOLINO, Giulia. Giusto processo civile e giusta decisione. Tese Doutoral. Disponível em: <[http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI\\_DI\\_DOTTORATO\\_Giusto\\_processo\\_civile\\_e\\_giusta\\_decisione.pdf](http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf)>. Acessado em: 08-08-2012. p. 43-44.

6 No quadro das recentes orientações que tendem à revalorização da retórica,(1) Giuliani (2) tem o mérito de haver tentado recuperar a especificidade dos problemas do processo, ligando-o às técnicas de uma razão social, dialética e justificativa. Neste quadro, o contraditório não constitui tanto um instrumento de luta entre as partes quanto, mais do que tudo, um instrumento de luta entre as partes quanto, mais do que tudo, um instrumento de operação do juiz (3) e, assim, um momento fundamental do juízo. Enquanto alguns procedimentos são expressões de uma razão calculante como tais ainda formalizáveis (pense-se em algumas técnicas de automação aplicadas à Administração Pública), o processo (quanto menos no seu momento fundamental: o juízo) obedece a uma lógica diversa, a técnicas argumentativas e justificativas. Uma vez deslocado o ângulo visual em direção ao juiz, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética conduzida com a colaboração das partes. Estamos no âmbito de um lógica, não do necessário e do inevitável, mas do provável e do razoável. Quando tratamos de situações conflituais, é possíveis apenas individualizar as estradas irrecorríveis da investigação em termos negativos. O juiz tem a tarefa de selecionar as argumentações errôneas. A patologia da argumentação permite-nos penetrar tanto na dimensão lógica quanto na dimensão ética do processo: o sofisma não é somente um erro lógico, mas também um ato injusto. ((1) PERELMAN-OLBRECHITS-TYTECA, Traitè de l'argumentation. La nouvelle rhétorique, Paris, 1958, traduzido por BOBBIO, Turim, 1996.; (2) GIULIANI, La controversia, contributo alla logia giuridica, Pádua, 1966, bem como, para uma primeira alicação, PICARDI, Dichiarazione di fallimento dal procedimneto al processo, Milão, 1974, pp. 154 e ss.; (3) TARZIA, Le garanzie generali del processo nel prgetto di revisione costituzionale, in. Riv. Dir. Proc., 1998, p. 666.; apud PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. p.143-143.)

la democrazia.<sup>1</sup> Ocorre assim, a aproximação da dialético processual com a política liberal.<sup>2</sup>

O proceso passa a ser concebido como "medio pacífico de debate dialéctico possibilitando que el hombre trabajara con ella en paz"<sup>3</sup> em uma dimensão ética, superando-se assim o caráter totalitário<sup>4</sup> "en el cual el juez lo puede todo y las partes son tratadas como cosas"<sup>5</sup>.

A dialética processual apresentam em sua estrutura "dúplice funzione; come sopra richiamato, per um verso finalizzata ala ricustruzione del fato, per altro protesa ala posizione della norma valutante il fatto."<sup>6</sup>

Ademais a dialética vem a incidir diretamente no direito, por meio da perspectiva processual, que "... secondo cui momento specifico ed irrinunciabile del diritto è la controversia giudiziale, che si manifesta come fenômeno ontologicamente",<sup>7</sup> que eclode sim no resultando de sua aplicação e interpretação no/do caso concreto, e ainda permitindo com a sentença prolatada a sua resolução jurídica que torna-se fonte do direito, assim criando norma<sup>8</sup>, portanto, faz-se assim com que ocorra, o "... superamento critico di una concezione normocentrica, la quale conduce a considerare la scienza giuridica come tecnica di produzione di regole."<sup>9</sup>

La dialettica processuale resulta, pertanto, **fonte di diritto**; ma la stessa dialettica processuale non permette soltanto di addivenire alla definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funzionale anche, e soprattutto, **ala determinazione della norma della norma giuridica pre-posta al caso in giudizio** (tanto da non rappresentare **il processo negli angusti spazi dall'applicazione della regola pre-esistente al caso controverso, si ritiene, vice-versa, che proprio nel processo, caratterizzato dall'incedere dialettico**, non solo si scorga e si individui la norma regolatrice, ma anche che nello stesso processo, **in grazie all'attività dialética delle parti ivi coinvolte, la norma venga posta, ovvero creata.**<sup>10</sup> (sublinhe-se)

1 CALAMANDREI, Piero. Proceso y Democracia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 154.

2 Al gran procesalista alemán James Goldschmidt, que murió en el exilio por cauda se la locura racista, debemos la aproximación agudísima entre la dialéctica del proceso, tal como la consideramos actualmente, y la doctrina política del liberalismo. En el prólogo de su obra fundamental, Der Prozess als Rechtslage (1925), expresa que el derecho procesal puede florecer solamente sobre el terreno del liberalismo; y precisamente por esto, en un trabajo dedicado a honrar su memoria lo llamé "maestro de liberalismo procesal". (CALAMANDREI, Un maestro di liberalismo processuale, in Riv. Dir. Proc., 1951, I, págs. 1 y sigtes.; Apud CALAMANDREI, Piero. Proceso y Democracia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 155.)

3 VELLOSO, Adolfo Alvarado. Garantismo Procesal Contra Actuación Judicial de Oficio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. p. 66.

4 Diferença entre proceso de caráter dialético e totalitário: En el proceso de caráter dialéctico, el fallo constituye la consecuencia que permanece incierta hasta el fin de la marcha del proceso; en el proceso totalitario, la marcha del proceso es la consecuencia de una resolución ya cierta desde el principio. (CALAMANDREI, Piero. Proceso y Democracia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 153-154.)

5 CALAMANDREI, Piero. Proceso y Democracia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 154.

6 Fazzalari pone però dei limiti bem precisi al recepimento della lesione capogrossiana, dalla quale si irradia la dúplice funzione della struttura dialettica del processo... (MORO, Paolo (Org.). *Il Diritto come Processo*: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. p. 95.)

7 Cfr. G. Capogrossi, *Giudizio, processo, scienza, verità* (1950), in Opere, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 57; Apud MORO, Paolo (Org.). *Il Diritto come Processo*: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. p. 16.

8 È nell'incedere dialettico del processo che *si manifesta il diritto dell'oggetto controverso*, um diritto che è la *resultante dell'applicazione al caso di una norma giuridica*, la quale, offrendo una valutazione sullo stesso, ne permite una risoluzione giuridica. La dialettica processual *resulta, pertanto, fonte di diritto*; ma la stessa dialettica processuale non permette soltanto di addivenire alla definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funzionale anche, e soprattutto, ala determinazione della norma giuridica, senza la quale non può predicarsi um giudizio. (MORO, Paolo (Org.). *Il Diritto come Processo*: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. p. 91.)

9 Cfr. Severino, *Téchne-Nomos: l'inevitabile subordinazione del diritto ala técnica*, in Aa. Vv., Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità, Debalò, Bari, 2001, p. 15 e seg.; Apud MORO, Paolo (Org.). *Il Diritto come Processo*: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. p. 15.

10 MORO, Paolo (Org.). *Il Diritto come Processo*: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. p. 92.

Ele, o processo constitucionalizado dispõe de mecanismos que lhes "... revelan nuevos horizontes, ocurriendo así la comparación entre el derecho procesal y el derecho constitucional, entre el sistema de juicio y el sistema de gobierno."<sup>1</sup> Esse redimensionamento do processo como dimensiona Calamandrei que: "... la dialéctica del proceso es la dialéctica de la democracia parlamentaria."<sup>2</sup> Percebe-se que no contexto em que o autor formulou esta tese, demonstra-se ultrapassada<sup>3</sup>, haja vista, ao novo **espírito participativo do indivíduo** o processo (via ações individuais e coletivas) passou a legitimar o cidadão por meio do processo na busca de uma democracia participativa.

A dialética processual "*apoyase en el contradictorio*"<sup>4</sup> (o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética conduzida com a colaboração das partes<sup>5</sup>) que foi revalorizado a partir da metade do século XX através de *Carnelutti, Satta e Fazzalari*, ambos evidenciaram o caráter dialético, dialogal do processo em uma relação simbólica entre partes e juiz.<sup>6</sup> Em complemento Fazzalari<sup>7</sup>, alude que os "... arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório.<sup>8</sup>

Por tanto, "*... el contradictorio es indispensable en el proceso, principalmente a lo que se refiriere a lo interés de la justicia y del juez, ya que precisamente en la contraposición dialéctica de las defensas contrarias ...*"<sup>9</sup> servindo como "*... metodo di migliore ricostruzione della verità dei fatti, non come garanzia fine a sé stessa in contrasto con la ricerca della verità, essa ha lo scopo di migliorare la quantità di informazioni, e prove attraverso le quali il giudice deve accertare la verità dei fatti.*"<sup>10</sup>

O contraditório projeta-se no ambiente da democracia participativa, pois tem estrutura que consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final (sentença), destaque-se, que a deve-se respeitar a "simétrica paridade de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto - conspícuo ou modesto, de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros" dentro do processo.<sup>11</sup>

A democracia participativa que incide diretamente no processo por meio do contraditório, "... torna-se o núcleo essencial à participação, que não pode ser somente aparente e ficta,

1 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 155.

2 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 155-156.

3 En un cierto sentido (y cum grano salis) la pluralidad de las partes en la contienda judicial se asemeja la pluralidad de los partidos en la lucha política. El principio de la iniciativa y de la responsabilidad de las partes, comprendido bajo el nombre de principio dispositivo, por el cada una de las partes en el proceso civil puede ser el artifice de su propia victoria, con la bondad de sus razones y con la habilidad con la que sepa hacerlas valer (faber est suae quisque fortunae), tiene muchos puntos de semejanza con la dialéctica política de los gobiernos parlamentarios, en los que cada uno de los partidos, a través de su programa (y a veces, desafortunadamente, con la habilidad de su propaganda), puede ser el artifice de su propia victoria electoral y, por tanto, de su ascensión al gobierno. (CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 155-156.)

4 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 157-158.

5 PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. p.143.

6 RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da Tutela Jurisdiccional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64.

7 Em outros termos, "há processo, quando no iter de formação de um ato há contraditório, isto é, é permitido os interessados participar na esfera de reconhecimento dos pressupostos em pé de recíproca e simétrica paridade, de desenvolver atividades das quais o autor do ato deve assim, ter ciência, cujos resultados ele pode não atender, mas eliminar. (FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dotrin, nesta revista, 1958, pp. 862 e segs.; apud PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. p.141.)

8 FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. 8ª ed. por Eliane Nassif. 1ª ed. Campinas-SP: Bookseller, 2006. p. 119.

9 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 157

10 BERTOLINO, Giulia. *Giusto processo civile e giusta decisione*. Tese Doutoral. Disponível em: < [http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI\\_DI\\_DOTTORATO\\_Giusto\\_processo\\_civile\\_e\\_giusta\\_decisione.pdf](http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf)>. Acessado em: 08-08-2012. p. 105.

11 FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. 8ª ed. por Eliane Nassif. 1ª ed. Campinas-SP: Bookseller, 2006. p. 119-120.



razão pela qual ao direito da parte de pronunciar-se em juízo corresponde o dever do juiz de escutá-la.<sup>1</sup>

O polo metodológico do direito processual é deslocado da jurisdição ao processo, que vai encarado como um procedimento contraditório,<sup>2</sup> haja vista, que mesmo variando no tempo e espaço, o que constitui estrutura do processo é a ordem dialética, tanto o processo judicial quanto o processo dialético aparecem, dessa forma, unidos por um vínculo profundo, onde à verdade se chega por oposições e por refutações; por tese, por antítese e por síntese.<sup>3</sup>

O processo como procedimento em contraditório: uma ideia simples e genial, que afasta do velho e inadequado clichê panteístico da relação jurídica processual, esquema estático que leva em conta a realidade, mas ao a explica. O contraditório, **como estrutura dialética do processo**, que comprova a autonomia deste em relação a seu resultado, porque ele (o contraditório) existe e se desenvolve, ainda que ao advenha de medida jurisdicional e é empregado mesmo para estabelecer se o provimento jurisdicional devem no caso concreto, ser emitido ou recusado.<sup>4</sup> (grifo nosso).

Deve-se lembrar de que por mais que a ciência processual tenha elevado o processo como instrumento jurisdicional, ela centra este como um procedimento para chegar à tomada de decisões dos poderes instituídos politicamente pelo Estado, similar ao procedimento jurisdicional é o legislativo. Portanto, no procedimento processual ocorre a dialética entre as partes envolvidas nesta relação onde o contraditório exerce crucial atividade. Nesta perspectiva o procedimento cercar-se pelo ato de poder legítimo tendo como base a jurisdição, que pela participação em contraditório faz com que o espírito participativo do indivíduo seja efetivado sim pela democracia participativa. Ganha assim vida no que diz respeito ao **escopo político** o processo via procedimento que vem a garantir a participação por meio do contraditório. Marinoni ensina, que:

A verdade, porém, é de que estas teorias jamais livraram-se do peso da opção de procedimento, e, portanto, se de sua reabilitação se dá a partir o plano político. **O conceito de procedimento com participação em contraditório está umbilicalmente ligado à necessidade de legitimação do poder pela participação.** Em outras palavras, o procedimento que garante a participação (logicamente a participação efetiva e adequada), legitima o exercício do poder. Ademais, dizendo-se que o processo é todo procedimento realizado em contraditório, permite-se que se rompa com o preconceituoso vício metodológico

1 TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 170, 2010 e 371; Apud RAATZ, Igor. *A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado*: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011. p. 28-29.

2 TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione; problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 170, 2010 e 371; Apud RAATZ, Igor. *A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado*: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011. p. 28-29.

3 As formas processuais variam no tempo e no espaço, que seja sob o aspecto de método escrito ou de método oral; quer seja sob a forma de princípio requisitório ou dispositivo; quer seja sob forma de processo público ou privado, etc. mas nessas formas, variando no tempo e espaço, o que constitui estrutura do processo é a ordem dialética. O processo judicial e o processo dialético aparecem, dessa forma, diante de nós, unidos por um vínculo profundo à verdade se chega por oposições e por refutações; por tese, por antítese e por síntese.

A justiça se serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos chegar à verdade. O fluir eterno, dizia Hegel, obedece à dialética; se põe, se opõe e se compõe em um ciclo que pressupõe um início que apenas o alcança no fim. "O todo e suas partes" - diz o filósofo - "integram-se reciprocamente no imenso torvelino; fora dele tudo perde impulso e vida. Nada é instável. Permanente é somente torvelino".

Mas o debate por si mesmo não tem sentido. O processo, se tem uma estrutura dialética, é porque graças a ela procura-se a obtenção de um fim. Toda a ideia de processo é essencialmente teleológica enquanto aponta para um fim. (COUTURE, Eduardo J.. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*: Discurso, ensaios e conferências. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 43-44.)

4 FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. 8ª ed. por Eliane Nassif. 1ª ed. Campinas-SP: Bookseller, 2006. p. 5.

consistente em confirmá-lo nos quadrantes do instrumento da jurisdição.<sup>1</sup>

Alude Marinoni, que: Este ato de poder para ser legítimo, deve ser fruto de um procedimento que realmente **permita a participação em contraditório**. É a participação das partes legitimando o ato de poder que se concretiza no provimento jurisdicional. A legitimação do exercício da jurisdição, pois, depende da efetividade do contraditório.<sup>2</sup> E da jurisdição complementa-se que o Juiz deve "... forma dialogal, colher a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões".<sup>3</sup>

A legitimação do procedimento reflexiona-se no processo<sup>4</sup> incide "... sobre o nexo ineliminável entre Direito e poder político. Direito impotente para efetivar decisões de conflitos de interesses é impensável. Solução de conflitos sem impositividade do que for decidido será atividade desenvolvida para nada. Consequentemente, toda decisão de conflito é ato de poder e de poder político."<sup>5</sup>

*In questa concezione, la controversia tra una pretesa e un'opposta constazione concretiza la realtà dell'ordinamento quando si organizza giuridicamente nel proceso che, per sua intrínseca struttura, impone alle parti contendenti la discussione mediata e racionalmente controllata delle reciproche posizioni contrarie, offrendo a ciascuna di esse la facoltà non soltanto di affermare la própria tesi, ma anche e soprattutto di **contraddire l'avversario** in una lite destinata per expressa richiesta dei disputante ad una composizione giudiziale.<sup>6</sup> (grifo nosso).*

Já à ciência jurídica processual moderna em que a celebração do procedimento que tem reconhecida amplas garantias processuais em que se assegura à participação dos interessados<sup>7</sup> mediante a participação efetiva, adequada<sup>8</sup> e equilibrada<sup>9</sup> superando assim a ideia clássica de contraditório<sup>10</sup>, utilizando-se contemporaneamente como núcleo central



1 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 156-158

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 157

3 MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73; GELSI BIDART, Adolfo. *La humanización del proceso*. Revista de processo. V.9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 115; Apud RAATZ, Igor. *A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado*: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011. p. 29.

4 A noção de relação jurídica processual é indispensável do conceito do processo. O processo, portanto, pode ser visto como o procedimento realizado em virtude do desenvolvimento da relação jurídica processual mediante a participação efetiva e adequada em contraditório. Somete este processo legítima o exercício da jurisdição e, portanto, o poder do Estado. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 158-159.)

5 PASSOS, J. J. Calmon. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 70.

6 <<Il rappotyo tra diritto e processo trova le ragioni fondamentali della sua indissolubilità nel fatto che il **processo muove sempre da una controversia** ed aproda inevitabilmente ad um giudizio. **Affermare la processualità del diritto [...] significa [...] riconoscere che il diritto {e in funzione alla possibilità di controversie che debbono essere definite da um giudizio}**>>. (Cfr. E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1983, p. 293; Apud MORO, Paolo (Org.). *Il Diritto come Processo*: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: Franco Angeli S.R.L., 2012. p. 16-17.)

7 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 14ª ed., rev., e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 77.

8 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 158-159.

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 14ª ed., rev., e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 77.

10 Podemos falar, de novo de um princípio do contraditório; mas, com a expressão "princípio" aqui não entendemos mais os axiomas lógicos da tradição iluminista, nem os princípios gerais dos ordenamentos positivos. O princípio do contraditório representa, acima de tudo, uma daquelas regula e iuris recolhidas no último livro do Digesto, qual seja um daqueles princípios de uma lógica do senso comum, destinados a facilitar a interpretativo baseada sobre a equidade. Estamos, com toda a probabilidade, nas matrizes da noção do "justo processo". (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. p.142.)

do processo<sup>1</sup> que se legitima com o exercício da jurisdição e, portanto, o poder do Estado.<sup>2</sup>

Apesar dos institutos serem diversos, ambos procedimento e processo, onde se constitui pelo processo, a "... forme caratteristiche del primo, <<una efectiva corrispondenza ed equivalenza tra i vari partecipanti, realizzata attraverso la distribuzione di posizioni simmetricamente uguali e mutuamente implicate tra loro>>".<sup>3</sup>

O contraditório como centro da democracia participativa no processo garantido pelo procedimento se produz adequadamente dentro de um regime democrático em pleno "... movimiento, en continuo esfuerzo de superación, un sistema dinámico animado por el perdurable estímulo de mejorarse y de superar al adversario en la bondad de los programas y su eficacia persuasiva."<sup>4</sup>

O contraditório é "uno strumento operativo del giudice, e, quindi, un momento fondamentale del giudizio il contraddittorio viene, di nuovo, spostato, dai margini, al centro del fenomeno processuale" siamo, con ogni probabilità, alle matrici della nozione di "5 **processo justo**<sup>6</sup>, elveva-se como sendo seu "principio fundamental, su fuerza motriz, su garantia suprema."<sup>7</sup>

**Giusto processo** è stato anche interpretato<sup>8</sup> come sinonimo di processo corretto, rinviando tale concetto alle garanzie di contraddittorio (fra le parti, e fra queste e il giudice), al diritto di domanda ed eccezione, ai poteri istruttori delle parti, al diritto di impugnazione. In buona sostanza si tratterebbe del diritto di azione e difesa già garantito costituzionalmente dall'art. 24, 1° e 2° comma e dalle altre norme di carattere processuali contenute in Costituzione. Di analoga portata ci pare l'interpretazione di chi, pur rifiutando quell'orientamento che attribuisce a tale espressione un valore tautologico, sostiene che giusto sia quel processo che rispetta i parametri fissati dalle norme costituzionali intese in relazione fra loro.<sup>9</sup>

**Processo justo** apresenta reflexo contundente e profundo para com o observância no **contraditório** tradado assim como um dos parâmetros constitucionais que estão a disposição de sua "... *garanzie processuali presenti nelle convenzioni internazionali in materia di Diritti umani.*"<sup>10</sup>

Assim, o contraditório frente ao **processo justo** é indispensável que não é exaurido por "sua compreensão como direito d'influenza o come diritto di informazione-reação", passa a ser uma "garanzia di manifestazione nel processo" que se dá pela "partecipazione delle parti

ç1 PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. p.140.

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 158-159.

3 N. Picardi, <<Audoatur et altera pars>>, 159; Apud DOTTI, Federica. *Diritti dela difesa e contraddittorio*: garanzia di um giusto processo? Spunti per una reflexione comparata del processo canonico e statale. Tesi Gregoriana. Serie Diritto Canonico 69.Roma: Pontificia Universitate Gregoriana, 2005. p. 189

4 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 156.

5 N. Picardi, <<Audoatur et altera pars>> p. 160-161; TARZIA, <<Le garanzie generali>>, p. 666; Apud DOTTI, Federica. *Diritti dela difesa e contraddittorio*: garanzia di um giusto processo? Spunti per una reflexione comparata del processo canonico e statale. Tesi Gregoriana. Serie Diritto Canonico 69.Roma: Pontificia Universitate Gregoriana, 2005. p. 189

6 Será aqui utilizado o processo justo, sendo mera adjetivação do até então chamado devido processo legal, apresentam mínimas diferenças, somente muda-se realmente os termos.

7 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 148.

8 PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 242; Apud BERTOLINO, Giulia. *Giusto processo civile e giusta decisione*. Tese Doutoral. Disponível em: <[http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI\\_DI\\_DOTTORATO\\_Giusto\\_processo\\_civile\\_e\\_giusta\\_decisione.pdf](http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf)>. Acessado em: 08-08-2012. p. 13.

9 TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* in convegno elba, 36 ivi 45; CECCHETTI, *Giusto processo*, 606; Apud BERTOLINO, Giulia. *Giusto processo civile e giusta decisione*. Tese Doutoral. Disponível em: <[http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI\\_DI\\_DOTTORATO\\_Giusto\\_processo\\_civile\\_e\\_giusta\\_decisione.pdf](http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf)>. Acessado em: 08-08-2012. p. 14.

10 BERTOLINO, Giulia. *Giusto processo civile e giusta decisione*. Tese Doutoral. Disponível em: <[http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI\\_DI\\_DOTTORATO\\_Giusto\\_processo\\_civile\\_e\\_giusta\\_decisione.pdf](http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf)>. Acessado em: 08-08-2012. p. 6.

*contribuisce al lavoro giurisdizionale. Infatti, la partecipazione ha non solo l'obiettivo di garantire che tutti possano influenzare la decisione, ma anche lo scopo di contribuire all'esercizio della giurisdizione."*<sup>1</sup>

All'interno di questa prospettiva il processo è il luogo di cui scaturisce la vera legge, è il processo che rischiarata, rivela completa trasforma l'opera del legislatore. Al caso concreto deve essere accostata la legge concreta soltanto per mezzo di questo connubio la controversia si risolve.

Per riprendere l'incidenza capogrossiana, è questa duplice trasformazione, che avviene con il determinante contributo delle parti, che permette di giungere al momento della valutazione, del giudizio che pone fine alla controversia, il giudizio è, quindi, ancorato sia al caso concreto, che alla legge concreta; in questo senso è attuazione giusta di giustizia. Giusta perché giustizia non solo rapportata ai, ma anche emersa dai, concreti avvenimenti. Capograssi sottolinea: "il processo è processo: appunto un procedere per arrivare a questa trasformazione, di qualcosa che più non esiste a farla esistere di nuovo, e di una legge che è generale, e farla diventare concreta

***Il processo è, quindi, trasformazione di una legge astratta in una regola concreta***, atto cioè a produrre giustizia, una giusta giustizia. Va altresì specificato come, se l'attore di questa trasformazione è, come rivela Capograssi, il giudice (è quest'ultimo, infatti, che pone la sentenza), il processo di trasformazione stesso è impensabile senza il concorso effettivo delle parti queste, infatti, ***per mezzo del contraddittorio***, offrono gli elementi per innescare la trasformazione della legge generale nella specifica legge del caso concreto.

Sicché, se, per un verso, ogni caso concreto ritrova nel processo la propria legge, per altro la specifica legge non sarà il frutto di un atto di volontà (ad esempio della volontà del legislatore oppure della volontà del giudice, il quale, in questa ipotesi, rivertirebbe il ruolo di legislatore del caso particolare), essa è di una ricerca condotta nel processo ed informata dalla autonomia. La specifica legge del caso concreto, che è poi l'unica legge che valuta e regola concretamente il caso in oggetto, {è la risultante del processo di partecipazione delle parti alla risoluzione della controversia e non si pone, quindi, come eteronoma sovrapposizione di una autorità normativa esterna.<sup>2</sup>

A democrazia moderna è dimensionata pelo contraditório performatizando-se pelo processo judicial que encontra-se em constante "... movimiento, en continuo esfuerzo de superación, un sistema dinámico animado por el perdurable estímulo de mejorarse y de ***superar al adversario*** en la bondad de los programas y su eficacia persuasiva."<sup>3</sup>

Avalie-se deste modo que existe um "... *paralelismo entre la disciplina del proceso y el régimen constitucional en el cual se desenvuelve*"<sup>4</sup>, onde o processo moderno "... responde a los principios constitucionales de los nuevos ordenamientos democráticos, las dos partes son siempre indispensables."<sup>5</sup>

1 CABRAL, Antonio do Passo. *Il Principio del Contraddittorio come Diritto D'influenza e Doveri di Dibattito*. Rivista di Diritto Processuale. Disponibile em: < [http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144620/Il\\_principio\\_del\\_contraddittorio\\_come\\_diritto\\_dinfluenza\\_e\\_doveri\\_di\\_dibattito](http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144620/Il_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_doveri_di_dibattito)>. Acessado em: 03-08-2012.

2 MORO, Paolo (Org.). *Il Diritto come Processo*: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. p. 113.

3 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 155-156.

4 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 154.

5 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 148.



Por óbvio que a “disciplina legal do processo (não só do processo) sofre a influencia das características do regime político”<sup>1</sup> “*democrático, que tiene sin duda un coloquio civilizado entre personas situadas en el mismo nivel humano*”<sup>2</sup>, assim ocorre a inter-relação fulcral e necessária entre regime político e ordenamento processual.<sup>3</sup>

E ainda o contraditório encontra-se arquitetado Constitucionalmente<sup>4</sup>, sendo que posteriormente em algumas decisões de vários Tribunais, o mesmo foi elevado a direito fundamental, sendo uma consequência do pensamento de Estado de Direito<sup>5</sup> ganhando renovada e atual importância diante do Estado Democrático de Direito para o âmbito do processo judicial, desta forma deve ser o instituto amplamente respeitado, e o relevante e que cada código de processo concretizou esse princípio, dando-lhe conteúdo e forma.<sup>6</sup>

### 3. CONCLUSÃO

Defendeu-se assim por toda a explanação delineada no trabalho: a utilização do processo judicial, ou melhor pelo processo justo que eleva-se como mecanismo-instrumento efetivador-realizador da democracia direta. Haja vista, que por meio do processo judicial que é um procedimento estatal ele reflete diretamente como sendo uma decisão dos entes institucionalizados. Sendo assim, o procedimento garante o contraditório que se reveste na ampla participação dialética no processo.

Ativa-se a democracia participativa pela incidência do novo sujeito com espírito participativo, em que busque este a participação nas decisões das instituições estatais por meio do procedimento, seja processo como instrumento da democracia direta que este lhes garanta o *contraditório* em um *processo justo*. Por óbvio que a democracia participativa ganha relevo com o processo.

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. 88-89.

2 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960. p. 173.

3 Adverte Barbosa Moreira, que: ... à luz da experiência histórica. Também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o ----- às garantias democráticas. A realidade é sempre algo mais complexo do que a imagem que dela propõem interpretações assim ----- para não dizer simplórias. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 88-89.)

4 A questão levantada pela reclamante sobre se o Tribunal que examinou a reclamação [do Ministério Público, ou seja, o Superior Tribunal Estadual], querendo decretar uma prisão que fora rejeitada por um tribunal inferior [no caso, pelo Tribunal Estadual - 2ª instância] deverá ouvir o acusado antes dessa decisão exige algumas ponderações, por princípio, sobre o significado do direito ao contraditório em geral ... (...)

Neste sentido, veja-se o Artigo 103 (*Direitos fundamentais do acusado*), que em um de seus incisos arrola o contraditório, sendo que, “... Todos têm o direito de serem ouvidos perante os juízos e tribunais.” (MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. República Federal de Alemanha: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006. p. 915.)

5 O princípio do direito de contraditório, elevado a direito fundamental no Art. 103 GG, é uma consequência do pensamento de Estado de direito para o âmbito do processo judicial. A função dos tribunais, de prolatar uma decisão terminativa [que conclua uma fase processual, podendo se tornar definitiva em não havendo ou não sendo interposto o recurso adequado ou proposta a Reclamação Constitucional] sobre uma situação concreta da vida, não pode, em regra, ser cumprida sem oitiva das partes. Essa oitiva é, assim, primeiramente, pressuposto de uma decisão correta. Além disso, a dignidade da pessoa exige que não se disponha sobre seu direito de maneira leviana, com base [somente] na autoridade [estatal]: o indivíduo não só deve ser o objeto da decisão do juiz, como deve ser ouvido antes de uma decisão que envolva seus direitos, a fim de poder ter influência sobre o processo e o seu resultado (BVerfGE 7, 53 [57]; 7, 275 [279]). (MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. República Federal de Alemanha: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006. p. 915.)

6 MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. República Federal de Alemanha: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006. p. 915-916.

## **BIBLIOGRAFIA**

CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come Diritto D'influenza e Dovere di Dibattito. Rivista di Diritto Processuale. Disponível em: < [http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144620/Il\\_principio\\_del\\_contraddittorio\\_come\\_diritto\\_dinfluenza\\_e\\_dovere\\_di\\_dibattito](http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144620/Il_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito)>.

BERTOLINO, Giulia. Giusto processo civile e giusta decisione. Tese Doutoral. Disponível em:< [http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI\\_DI\\_DOTTORATO\\_Giusto\\_processo\\_civile\\_e\\_giusta\\_decisione.pdf](http://amsdottorato.cib.unibo.it/119/1/TESI_DI_DOTTORATO_Giusto_processo_civile_e_giusta_decisione.pdf)>.

CALAMANDREI, Piero. Proceso y Democracia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

COUTURE, Eduardo J.. Introdução ao Estudo do Processo Civil: Discurso, ensaios e conferências. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do Processo. 14ª ed., rev., e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DOTTI, Federica. Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo? Spunti per una riflessione comparata del processo canonico e statale. Tesi Gregoriana. Serie Diritto Canonico 69. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 2005.

FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Trad. 8ª ed. por Eliane Nassif. 1º ed. Campinas-SP: Bookseller, 2006.

MARTINS, Leonardo. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. República Federal de Alemanha: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual. Nona Série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MORO, Paolo (Org.). Il Diritto come Processo: Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012.

PASSOS, J. J. Calmon. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000. p.143-143

RAATZ, Igor. A organização do processo civil pela ótica da teoria do Estado: a construção de um modelo de organização do processo para o estado democrático de direito e o seu reflexo no projeto do CPC. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 97-132, jul. /set. 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. Garantismo Procesal Contra Actuación Judicial de Oficio. Valencia: Tirant lo Blilanch, 2005.

SICHES, Luis Recanséns. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. 2ª ed.. México: Porrúa, 1973.



# EL DERECHO PENAL DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

MAGDA VICTORIA ATTO MENDIVES

FISCAL PROVINCIAL TITULAR DE LA 53ª FISCALÍA PROVINCIAL PENAL DE LIMA.

**Sumario:** 1.- Introducción. 2.- El Derecho penal, Política Criminal y Constitución. 2.1.- Sobre el Derecho Penal y la Constitución. 2.2.- Política Criminal y Constitución. 3.- El Estado y la Constitución. 4.- Diferentes conceptos de Estado. 4.1.- Estado de Derecho, Estado Social y Democrático de Derecho y Estado Constitucional de Derecho. 4.2.- Tipos de Estado en el Perú. 5.- Derecho penal y Derecho Constitucional. 6.- Nuevo Paradigma: Derecho Penal Constitucional. 7.- El Principio de Legalidad en el marco del Derecho penal Constitucional. 8.- A modo de Conclusión. 9.- Bibliografía.

## 1.- Introducción.

Hoy en día, ya no causa sorpresa escuchar y leer que muchos abogados, sean técnicos aplicativos y/o juristas mencionen con ahínco y orgullo que el sistema jurídico peruano se encuentre vigente de acuerdo a un *Estado Constitucional de Derecho*, una denominación que es producto de una evolución no sólo normativa, sino también interpretativa y cuyo fundamento resulta a grandes rasgos toda una empresa.

También es curioso que muchas veces un gran sector de la comunidad jurídica desconozca las instituciones, normas y en general los fundamentos que implican el uso de: *Estado Constitucional de Derecho*, más aún si se ensaya para definir la Constitucionalización del Derecho penal como Derecho Constitucional Penal.

La idea nos acerca entonces a elaborar, como sucede este fenómeno de repercusión del ámbito Constitucional hacia el Derecho penal; dentro del derecho penal alemán por ejemplo, la idea de *Estado Constitucional de Derecho* es relativamente nueva, ya que el control de la constitucionalidad se desarrolló luego de la posguerra puesto que los trabajos - que constaban básicamente de ensayos - fracasaron en conjunto con los sistemas jurídicos imperantes en la época.

Es de esta manera básica entonces, que se debe entender la relación existente entre los sistemas jurídicos, su interpretación, vigencia con la de un Estado, capaz de identificar la forma en que se desarrolla como persona jurídica y obtiene los objetivos planteados de acuerdo a su programa político. Por ello es necesario identificar las relaciones interdisciplinarias existente entre estas ramas jurídicas, tanto derecho penal, derecho constitucional e inclusive la política criminal, en la misma línea la precisión del *Estado* frente al sistema jurídico vigente, su conformación, denominación.

Luego de haber obtenido las ideas más básicas del presente artículo, corresponde analizar cómo es que el *Derecho Penal Constitucional* se convierte en un nuevo paradigma, cuyo caso se asemeja al fenómeno global del sistema jurídico y cuyo contenido no es más que parte del llamado *Estado Constitucional de Derecho*.

## 2.- El Derecho penal, Política Criminal y Constitución.

### 2.1.- Sobre el Derecho penal y la Constitución:

Existen diversos planteamientos que ensayan un concepto del derecho penal; innumerables autores han llegado a establecer diversos sistemas, renovándolos y mejorándolos a través de la *dogmática penal*, así podemos recoger lo siguiente: *El Derecho penal determina*

que transgresiones contra el orden social constituyen delito, amenazando con la pena como consecuencia jurídica por la realización de aquel. Además con motivo de la ejecución de un hecho delictivo, también prevé la aplicación de medidas de seguridad y corrección.<sup>1</sup>

Jescheck, es uno de los primeros que señaló acerca de la influencia que el Derecho Constitucional ejerce sobre el Derecho Penal: *También la Constitución influye de múltiples formas sobre el Derecho penal, En aquella misma se contienen normas importantes tales como la desaparición de la pena de muerte y el principio de legalidad. También a través de la Constitución se determinan los principios generales de la Política Criminal. Además, de ella se deriva asimismo la obligación del Estado de proteger bienes jurídicos de alto rango a través de las normas penales.*<sup>2</sup>

Ahora bien, en la medida que entendamos el significado y alcance de la Constitución, se podrá explicar la influencia que ésta repercute en las normas jurídico penales, se ha consolidado que la Constitución tiene un valor normativo que se extiende por todas las ramas del sistema jurídico, otorgándole validez y legitimidad, la misma que no puede ser analizado e interpretado en forma simplista.

*La Constitución por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. En todos estos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos.*<sup>3</sup>

Esto no significa que el Derecho penal, se encuentre limitada en su libertad y obligatoriedad, sino más bien, éstas se encuentran amparadas en la constitución, debido a que como ciencia - Ciencia del Derecho penal - se desarrolla según sus reglas, definiendo sus objetivos y métodos en forma autónoma.<sup>4</sup>

En suma; *“El Derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”*<sup>5</sup>

## **2.2.- Política Criminal y Constitución:**

Como el Derecho penal y no siendo objeto de estudio del presente artículo la Política Criminal se encuentra arduamente influenciado por las normas de rangos constitucionales, la Constitución debe ser el marco en el cual la política criminal deba desarrollar su ciencia sin perder en si mismos los derechos de autonomía que le corresponden como tal.

1 JESCHECK, Hans - Heinrich. Tratado de Derecho penal - Parte General. Volumen I. Barcelona: Edit. BOSCH, Casa Editorial, S.A., 1981, pp. 15.

2 JESCHECK Hans - Heinrich. Tratado de Derecho penal - Parte General. 5º Edición. Barcelona: Edit. BOSCH, Casa Editorial, S.A., 1995, pp. 13.

3 GARCÍA DE ENTERRIA. Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Tercera Edición. Madrid: Edit. Civitas S.A., 1983, pp. 49. Aquí se precisa también que la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior.

4 HASSEMER, Winfried. “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo”, en La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio. Valencia: Tirant To Blanch, 2004, pp. 31.

5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. Derecho Penal - Parte General. Segunda Edición. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 2002, pp. 5. Esta acepción parece ser la mas acertada respecto a la actuación de un Derecho penal legítimo que en su funcionalidad respete cabalmente las normas constitucionales.



En consecuencia, la Constitución no contiene en su seno una Política Criminal concreta ni, por tanto, establece unos criterios fijos; si así lo hiciera dejaría de ser el instrumento básico regulador de la convivencia democrática y pluralista para convertirse en un programa político partidista; sin embargo, sí marca unas líneas programáticas generales y contiene un sistema de valores que no puede ser contradichos.<sup>1</sup>

Resulta obligado hacer mención a una de las concepciones modernas de Política Criminal, que se encuentran dentro del estado actual de la discusión dogmática, la misma que es sostenida por Claus Roxin; *Conforme a la situación jurídica y constitucional actual la política criminal no tiene por objeto la lucha contra la criminalidad a cualquier precio, sino la lucha contra el delito en el marco de un Estado de Derecho.*<sup>2</sup>

### 3.- El Estado y la Constitución.

Dentro de los estudios tradicionales de *Estado*, se concibe como elementos constitutivos de la definición de éste al poder, pueblo y territorio, el primero de los elementos mencionados se debe constituir como *poder político* para ello existen maneras coherentes de hacerlo y ella se preside en las mismas relaciones humanas: *la igualdad y la consiguiente libertad personal.*<sup>3</sup>

Entonces el Estado busca la manera de transformar la fuerza en derecho y la obediencia en deber, su sustento entonces nace por el acuerdo de voluntades, el pacto, el *contrato*, se comprende por sí mismo que fuera la teoría del *contrato social* el instrumento para explicar el proceso de *constitución de Estado.*<sup>4</sup> El contrato social, no como un contrato entre gobernantes y gobernados, sino "como un contrato de cada hombre en cada hombre" (Hobbes), a fin de dar vida a un poder objetivo, despersonalizado, que no es de nadie, porque tiene que ser de todos. *La formalización jurídica de dicho contrato social es la Constitución Política del Estado.*<sup>5</sup>

Sin embargo, lo mencionado no debe confundirse, como elementos utilizados por el Gobierno de turno, el Derecho del Estado no se agota en la Constitución, ambos - *Derecho y Constitución* - no son más que instrumentos de los que se dota la sociedad, de los que dotan los individuos a fin de garantizar su seguridad y poder convivir de una manera pacífica y libre.<sup>6</sup>

Cabría preguntarse en donde comienza entonces a realizar un *Estado de Derecho*, o mejor aún, donde se encontraría el Estado Constitucional de Derecho, existe, alguna diferencia sustancial entre las diferentes denominaciones de Estado que sean de repercusión dentro de nuestro sistema jurídico, dentro de la literatura podemos encontrar diversas posiciones temáticas al respecto, por ejemplo:

No es lo mismo ensayar un sistema de comprensión del derecho penal para un estado constitucional de derecho que para un estado legal de derecho. El segundo tenderá a ser clasificatorio, porque

1 Vid. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. 3ª Edición. Valencia: Tirant To Blanch, 1999, pp. 84.

2 ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 70. Vid. *Ídem*; en donde señala que dicha concepción se encuentra sustentada de cinco modos: 1.- Principio de legalidad - *nullum crimen sine lege*, 2.- La teoría de la Imputación Objetiva, 3.- Las causas de justificación, 4.- Principio de Culpabilidad, 5.- Los Derechos Fundamentales.

3 Vid. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Séptima Edición. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, pp. 48.

4 *Ídem*.

5 *Ídem*.

6 *Ídem.*, pp. 49.

*sus agencias judiciales requieren ordenaciones que les permitan resolver casos sin dejar fuera la racionalización de ninguna ley penal.<sup>1</sup>*

En otro sentido, se hace referencia al extraer como ejemplos históricos el hecho de que varios países latinoamericanos el *Estado Constitucional de Derecho* hayan sido muchas veces interrumpido y violentado por golpes de estado lo que contribuyó a arrasar los derechos fundamentales lo que ha implicado que el sistema jurídico vigente tenga mayor dificultad en su consolidación:<sup>2</sup>

*El estado de derecho requiere, entre sus presupuestos fundamentales, el imperio de la ley (como expresión popular) y el reparto del poder estatal entre diversos órganos, y si a su vez, el Estado Constitucional de Derecho reclama el respeto irrestricto de la Supremacía de la Constitución (como ley fundamental del Estado) y de las declaraciones y convenciones Internacionales de Derechos Humanos (que conforman el llamado "derecho internacional de los derechos humanos"), parece claro que (en los hechos) los latinoamericanos vivimos en un Estado de no Derecho (o de poco Derecho) o, en tal caso, en un Estado no Constitucional de Derecho (o, como podríamos también denominarlo) en un Estado poco Constitucional de Derecho. Quizá lo más preocupante sea que las garantías consagradas por esas normas fundamentales (con el fin de que los seres humanos podamos hacerlas valer frente al poder estatal, como pilares básicos de tal modelo de estado), hayan sido transgredidas tan sistemáticamente no sólo por los autoritarios gobiernos de facto, sino también por los gobiernos constitucionalmente elegidos por el pueblo.<sup>3</sup>*

#### **4.- Diferentes conceptos de Estado.**

El Estado a través de la historia a experimentado cambios de acuerdo a los fenómenos y movimientos sociales de su época, han sido amparados, categorizados de acuerdo al sistema jurídico vigente, lo que le ha permitido obtener diferentes denominaciones, desde ser entendido, como un *Estado de Derecho*, *Estado Democrático de Derecho*, *Estado Social de Derecho*, *Estado Social y Democrático de Derecho*, etc., denominaciones que pueden haber coadyuvado a obtener, lo que denominamos como *Estado Constitucional de Derecho*.

#### **4.1.- Estado de Derecho, Estado Social y Democrático de Derecho y Estado Constitucional de Derecho**

Dentro de la literatura podemos encontrar enfoques diferenciadores de la terminología de los Estados mencionados, los mismos que haciendo un análisis comparativo, se encontrarían inmersos en base a una escala evolutiva, para algunos la relación directa entre Estado de Derecho a Estado Constitucional de Derecho, para otros Estado Social y Democrático de Derecho, siendo consolidado a un Estado Constitucional de Derecho, esta última la mejor comprensión del Estado y un sistema jurídico.

El Estado de Derecho - como ya se ha mencionado - es concebido como el que somete a todos los habitantes a la ley; obteniendo como consecuencia que estos habitantes se encuentran subordinados al poder del que manda, aparentemente significaría la simulación de la realidad cuyo resultado es el regimiento del Estado de Derecho como un aparato de poder al servicio de la clase hegemónica.<sup>4</sup>

1 ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. *Derecho Penal - Parte General*. Ob. cit., pp. 87.

2 Vid. VITALE, Gustavo. "Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal". En *Teorías Actuales en Derecho Penal*. Primera Edición. Buenos Aires: AD-HOC, 1998, pp. 72.

3 *Idem*.

4 Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. *Derecho Penal - Parte General*. Ob. cit., pp. 06.



Para algunos, no puede hablarse ya de un Estado de Derecho tradicional, sino mas bien de un Estado de Derecho contemporáneo cuya misión es neutralizar el crecimiento ilimitado del aparato punitivo en especial de sus agentes de ejecución y penitenciarios.<sup>1</sup>

El estado Social y Democrático de Derecho; resulta ser - a mi proposición - una evolución del Estado de Derecho, se explica en tres componentes, los dos primeros son el *Estado Liberal* y el *Estado Social*, constituyéndose también como elemento fundamental la *democracia*; esta denominación es resultante de la implantación de un modelo de Estado que supere los modelos de *Estado Liberal* y *Estado Social*.<sup>2</sup>

*Del estado liberal adopta, adopta sin duda, la idea de estado de Derecho, es decir, de Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional, responde entonces a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad. El estado social en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado Liberal separaban al Estado y la Sociedad.*<sup>3</sup>

Aquí también salta a la luz una posición bastante llamativa, el denominar a que un Estado de Derecho o Estado Constitucional de Derecho han sido superados por la denominación de un Estado Democrático de Derecho, cuyo fundamento se encuentra en la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa así como del pluralismo político.<sup>4</sup>

*El Estado Constitucional de Derecho; lo que distingue al derecho del estado constitucional de derecho de los otros sistemas jurídicos positivos es que se hallan codificadas y reguladas también las normas sobre la producción de las reglas de la lengua jurídica: no sólo las normas formales sobre la producción de los actos lingüísticos sino también las normas sustantivas sobre los significados o contenidos legítimamente expresables; no sólo las reglas sintácticas que condicionan la vigencia y la validez formal de las decisiones normativas, conectándolas a determinadas formas de producción, sino también las reglas semánticas que condicionan la validez sustancial vinculándola a significados que pueden o no pueden, o deben o no deben expresarse; en suma, no sólo los signos, sino también los significados jurídicos. Las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleo-positivista fueron sustituidas por el principio puramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en el derecho, gracias a este tercer paradigma, bajo la forma de principios positivos de justicia, o sea, de principia iuris et in iure, estipulados en normas supraordenadas a la legislación.*<sup>5</sup>

La comunicación entonces basada entre el Estado Constitucional de Derecho y el íntegro del sistema jurídico, debe ser manifiesta, creando criterios valorativos estandarizados que

1 *Ídem.*, pp. 138.

2 Vid. MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Segunda Edición, Barcelona: Casa Editorial BOSCH, 1982, pp. 21.

3 *Ídem.*, pp., 20 - 21. En donde señala que históricamente, el Estado liberal y el social se hallan en la relación dialéctica de tesis y antítesis.

4 Vid. DO REGO MACEDO, Sergio. "La despenalización del Ilícito Tributario". En *Teorías Actuales en Derecho Penal*. op. cit., pp. 524.

5 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris - Teoría del derecho y de la democracia*. Primera Edición. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2011, pp. 802.

en comunión con la *interpretación constitucional* legitimaran la aplicación del ordenamiento jurídico en conjunto.<sup>1</sup>

#### 4.2.- Tipos de Estado en el Perú.

La Constitución Política del Perú en su artículo 43º en su primer párrafo señala: “*La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana*”; reconociéndose diversos tipos de Estado, tales como el Estado Democrático, Estado Descentralizado, Estado Representativo, Estado Social, Estado Unitario, todos ellos reconocidos por la literatura y jurisprudencia nacional.

Al respecto sobre la jurisprudencia constitucional peruana ha señalado que en strictu sensu sería denominado como “*Estado de Derecho, constitucional, democrático y representativo, social, independiente, soberano, uno e indivisible, unitario, descentralizado y con separación de poderes*”, cuyas calificaciones provienen del artículo señalado, sin embargo dichas calificaciones se circunscriben a las denominaciones acentuadas como *Estado de Derecho y/o Estado Constitucional de Derecho*.<sup>2</sup>

En ese mismo sentido, señala que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional no hace mayor diferencia entre los términos de Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho, en ambos casos e indistintamente, colige su significado a que el poder público respeta la legalidad existente.<sup>3</sup>

#### 5.- Derecho penal y Derecho Constitucional.

Como en toda rama jurídica, siempre se realiza un análisis interdisciplinario con las demás ciencias, si bien no ahondaremos en un tema cuyo contenido es bastante claro, no podemos soslayar en hacer algunas precisiones.

Así pues se solía consolidar al Derecho Constitucional – concepto que a criterio personal es restrictivo – como aquel estudio del proceso a través del cual el Estado se somete al Derecho; es decir, el estudio del proceso a través del cual el Estado se convierte en un Estado de Derecho.<sup>4</sup>

En sentido estricto, el derecho penal y el derecho constitucional se vinculan de modo formal a través de la supremacía constitucional, el nexo funcional entre ambas ramas se encuentra taxativamente en el título preliminar del *Código Penal*, principios que a lo largo del contenido se encuentran también reconocidos en la Carta Magna, estos principios no se agotan en la mera descripción expresa sino que han sido profundamente tratadas a nivel de la literatura nacional y jurisprudencia. Sobre el contenido y estrecha relación de ambas disciplinas podemos rescatar:

1 La idea de Estado *constitucional de Derecho* expresa, hoy, algo más. A partir de una garantía, fundamental aunque indudablemente todavía de tipo “formal”, como es todavía aquella proporcionada por el Estado de Derecho, se llega, en las modernas constituciones de matriz liberal-democrática, a una garantía también de tipo *material* o de *contenido*. Quiero decir que, no sólo el predominio del Derecho, la recepción absoluta e incondicional, *erga omnes*, de la *regula iuris* predeterminada, son aseguradas contra los intentos de violación incluso por parte del legislador (éste es el primer significado de la *legalidad constitucional*); más aun, las modernas constituciones expresan, así también, elecciones de valores fundamentales que se imponen al legislador estatal y, más en general, al poder público como criterios *materiales* de legitimidad relativa al contenido de su acción. En PALAZZO, Francesco. “Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal”. En *Teorías Actuales en Derecho Penal*. op., cit., pp. 153.

2 Vid. RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Primera Edición. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, pp. 93.

3 *Ídem.*, pp. 94.

4 Vid. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Op. cit., pp. 72.



*El Derecho penal, es de todas las ramas del Ordenamiento, la más estrechamente ligada con la Constitución. Ya hemos visto que su función es la tutela de valores e intereses con relevancia constitucional (y a este punto hemos de volver a referirnos ampliamente al tratar el llamado "principio de ofensividad"). La Constitución es la norma que define y escoge los valores a los que ha de servir el Ordenamiento. Por eso, no sólo delimita el campo de acción del Derecho penal (en mi opinión, de forma positiva), sino que además, fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos. Así, somete expresamente al legislador democrático a la obligación positiva de tutelar ciertos bienes, como el medio ambiente o el patrimonio cultural e histórico. Ello no puede conducir a pensar que no exista una obligación implícita de tutela de otros valores, cuya naturaleza individual ha hecho innecesaria la mención: el Tribunal Constitucional declaró, por ejemplo la necesidad implícita de tutelar la vida en formación (STC 11-4-1985). Del artículo 9.2 CE, auténtica formulación del Estado Social de Derecho, donde se proclama que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones de remover los obstáculos para hacer efectivas la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra y asegurar su participación en la vida política, económica, cultural y social, se desprende, como también después veremos, no sólo la legitimación sino incluso la obligación de tutelar valores de titularidad social, comunitaria o supra individual: los bienes jurídicos colectivos.<sup>1</sup>*

## **6.- Nuevo Paradigma: Derecho Penal Constitucional.**

Actualmente se vive con mucho entusiasmo e interés el estudio de una disciplina que se encuentra naciente; *el Derecho Penal Constitucional*, inclusive ha sido incorporada a planes de estudios de muchas universidades, tales como la Mayor de San Marcos, en donde se trata de entender como es que el Derecho penal ya no es una rama cuyo análisis interpretativo deba realizarse aisladamente al Derecho Constitucional, sino que combinada con el Derecho Constitucional forman el Derecho penal Constitucional cuyo contenido se desarrolla en aquellas instituciones jurídicas cuyo fundamento nuclear se encuentra en forma implícita en la Constitución.

Pero este fenómeno no puede desarrollarse tan sólo con el auxilio de la dogmática penal y el Derecho Constitucional sumida en ella, sino que dentro de la transformación aparece *la interpretación constitucional*, mediante la cual precisamente, el Tribunal Constitucional ha logrado contribuir de forma positiva a superar las limitaciones de la dogmática penal.<sup>2</sup>

La constitucionalización del derecho penal, debe realizarse en función al avance de los métodos de interpretación constitucional, sin embargo, el ejercicio no se termina en ello, puesto que para que exista un verdadero Derecho penal Constitucional deben absolverse 3 niveles: *el primero* es el reconocimiento expreso de las normas constitucionales en las normas jurídico penales, esta circunstancia, ya puede verse plasmada en nuestro actual código penal y código procesal penal, los mismos que contienen en sus respectivos títulos preliminares principios previamente reconocidos por la Constitución; *segundo*; una conciliación y conexión mutua entre la dogmática penal y la Constitución, este nivel tiene la intervención de *la interpretación constitucional*; *tercero*, sustento práctico en los niveles de aplicación judicial, la armonía propuesta en el primer y segundo nivel, debe ser manifiesta en el tercero, de tal forma que la aplicación de las normas jurídico penales,

1 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales. Op., cit., pp. 83 - 84.

2 Vid. LANDA ARROYO, Cesar. Interpretación Constitucional y Derecho penal. en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2005\\_06.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2005_06.pdf), pp. 76.

vengan intrínsecamente comprendidos en las resoluciones judiciales como parte del Derecho Constitucional o mejor dicho como anexo a las normas Constitucionales.<sup>1</sup>

### **7.- El Principio de Legalidad en el marco del Derecho penal Constitucional.**

El ordenamiento jurídico penal peruano, cumple con las exigencias del Estado de Derecho, las mismas que han sido consagradas en la Constitución y el Título Preliminar del Código Penal de 1991, en donde se observa los distintos *Principios Generales* que rigen el Derecho penal Peruano; entre ellos el *Principio de Legalidad*, cuyo contenido ha sido estudiado hasta el cansancio, sin embargo, no por ello se ha agotado todo estudio que permita cada vez otorgar mayor seguridad al ciudadano y el ordenamiento jurídico.

Si hemos afirmado que los poderes públicos nacen y se limitan por la Constitución, y sabemos que el Derecho penal supone la ingerencia más grave que puede llevarse a cabo por el Estado respecto de los ciudadanos, limitando su derecho a desarrollar libremente la personalidad, comprenderemos fácilmente que la constitución contenga importantes limitaciones a esa tarea, que afectan a todos los poderes del Estado, y que serán ampliamente abordados en las lecciones siguientes. Así el poder legislativo queda limitado por la necesidad de que las normas penales supongan la mínima restricción posible de las libertades para asegurar dichas libertades (principio de prohibición de exceso), del que son consecuencias la necesaria relevancia constitucional de los bienes jurídicos (principio de ofensividad) y la adecuación de las consecuencias jurídicas (principio de proporcionalidad); y el ejecutivo y el judicial, por su sometimiento a la ley (principio de legalidad) y por los que derivan, en los casos concretos de su aplicación, de la dignidad de la persona (principio de culpabilidad).<sup>2</sup>

Consta en este sentido que el Principio de legalidad es la referencia mas alta del Derecho penal y su afirmación, se encuentra basada en la ley penal que es la única fuente directa del Derecho penal; sin embargo, dicha afirmación resulta nublada, si esta se hace referencia dentro de un ordenamiento jurídico cuyo marco jurídico se encuentra sustentado en base a normas que obedecen a un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, lo cual infiere la necesidad de establecer principios que regulen la funcionabilidad de cada norma y ley penal.

Aquí se precisa que ley, norma penal y principio de legalidad forman un trípode, cuya relación coexiste, en que la norma penal como regla de conducta que se encuentra contenida y expresada en una ley penal y que esta al mismo tiempo se encuentra sometida al Principio de Legalidad, cumpliendo de esta manera una función de garantía que es amparada en nuestra Constitución.<sup>3</sup>

La Constitución ha reconocido que la ley, es la única fuente directa del Derecho penal, expresada literalmente en el Artículo 2, numeral 24, inciso d) "*nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*". Con la misma coherencia se colige el Código penal, que señala en el Art. II de su título preliminar y recoge uno de los principios bases del sistema jurídico "*Principio de legalidad*".

1 Ídem., pp. 77 y siguientes. La aplicación de las teorías de la interpretación constitucional ha demostrado que el análisis debe realizarse en función a la interpretación institucional.

2 CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales*. Op., cit., pp. 86.

3 Sobre la *función de garantía de la ley penal*, Vid. WESSELS, Johannes. *Derecho penal - parte general*. 6º Edición, traduc. Buenos Aires: Ediciones De palma Buenos Aires, 1980, pp. 13 y siguientes.



## 8.- A modo de Conclusión.

El Derecho penal Constitucional se encuentra en desarrollo y consolidación, las instituciones jurídicas como se indicó deben ser desarrollados en los tres distintos niveles, de tal forma que permita la aplicación práctica en armonía con el ordenamiento jurídico en su conjunto, los principios también deben ser respetados y debidamente interpretados con el auxilio de las teorías de la interpretación constitucional.

No resulta temerario indicar que muchas veces se observa una deficiencia en las decisiones jurisprudenciales de nuestro Tribunal Constitucional, el cual es la entidad encargada, finalmente, de hacer uso y aplicación de las teorías de la interpretación constitucional lo que implique una falta de coherencia entre lo resuelto y el ordenamiento jurídico vigente. Al respecto, es de tenerse mayor cuidado, puesto que el Derecho penal, como señala Muñoz Conde, es violento por la forma violenta en como se produce un delito, lo que a dicha violencia se le debe atender con sumo cuidado respetando los parámetros de los principios fundamentales.

## 9.- Bibliografía:

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales. 3º Edición. Valencia: Tirant To Blanch, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris - Teoría del derecho y de la democracia. Primera Edición. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2011.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Tercera Edición. Madrid: Edit. Civitas S.A., 1983.
- HASSEMER, Winfried. "La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo", en La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio. Valencia: Tirant To Blanch, 2004.
- JESCHECK, Hans - Heinrich. Tratado de Derecho penal - Parte General. Volumen I. Barcelona: Edit. BOSCH, Casa Editorial, S.A., 1981.
- JESCHECK Hans - Heinrich. Tratado de Derecho penal - Parte General. 5º Edición. Barcelona: Edit. BOSCH, Casa Editorial, S.A., 1995.
- LANDA ARROYO, Cesar. Interpretación Constitucional y Derecho penal. en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2005\\_06.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2005_06.pdf),
- MIR PUIG, Santiago. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Segunda Edición, Barcelona: Casa Editorial BOSCH.
- PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Séptima Edición. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000.
- ROXIN, Claus. La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch , 2000.
- RUBIO CORREA, Marcial. El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Primera Edición. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.
- VITALE, Gustavo. "Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal". En Teorías Actuales en Derecho Penal. Primera Edición. Buenos Aires: AD-HOC, 1998.
- WESSELS, Johannes. Derecho penal - parte general. 6º Edición, traduc. Buenos Aires: Ediciones De palma Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. Derecho Penal - Parte General. Segunda Edición. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 2002.



# EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO FUNDAMENTAL

FELICITA DIAZ VARGAS

ESPECIALISTA JUDICIAL CSJLA

MAGISTER, EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y GOVERNABILIDAD POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUÍZ GALLO - LAMBAYEQUE



## INTRODUCCIÓN

En el contexto mundial, se aprecia una sobre explotación de los recursos naturales, y la degradación del Medio Ambiente, el cual demuestra que el mundo constituye un sistema físico biológico integrado; así surgen problemas comunes, como la destrucción de la capa de ozono, la contaminación marítima, la contaminación del agua potable, los accidentes nucleares, la pérdida de biodiversidad, el deterioro de vínculos culturales con el ambiente, el deterioro de la calidad del aire y en general, la degradación ambiental. Estos peligros que se encuentran en agenda tanto en países desarrollados como en desarrollo, han hecho surgir una nueva solidaridad en post de proteger el medio ambiente.

La contaminación ambiental, ocupa un lugar de enorme importancia en el pensamiento científico general. Empero son otras disciplina científicas, las que se han ocupado del tema: la biología, la economía, la ecología, la química; sin embargo el derecho no se ha hecho presente en una proficua y adecuada labor legislativa, menos doctrinal sobre el problema, dando lugar a que la legislación ambiental, sobre el particular sea frondosa, sistemática y cuando no, con una deficiente técnica - legislativa, que es el caldo de cultivo, para que se incremente la criminalidad ambiental.

Los derechos fundamentales, representan la concreción en el ámbito nacional de los derechos humanos, como parte consustancial del concepto actual de contaminación, que no solo representa un límite formal a la actuación de los poderes públicos, sino principalmente un límite de carácter material estos son, los derechos fundamentales, según ha precisado el Tribunal Constitucional, son parte central del ordenamiento jurídico del país y su dimensión no es solo subjetivo, es decir como atributos subjetivos de las personas, sino también objetivo como normas de fundamentación de todo el sistema jurídico.

Nuestra Carta Magna, no señala cuál es el contenido protegido del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. A diferencia de muchos derechos constitucionales cuyo contenido protegido puede extraerse de su formulación constitucional de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, en el caso a un ambiente equilibrado y adecuado, la determinación de ese contenido es más problemática. No obstante, la Constitución vigente proporciona algunas características a partir de las cuales es posible determinar su contenido. En efecto, no solo se limita a señalar que es un atributo subjetivo del ser humano el vivir en un medio ambiente. Es decir que todos vivimos en uno, sino que también subraya que ese ambiente debe ser equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida.

El derecho a vivir, en un medio ambiente adecuado tiene un carácter *erga omnes*, lo que posibilita el uso del recurso de protección como una especie de acción popular o pública, en la medida que el derecho a la protección del medio ambiente, es un derecho cuya degradación afecta a toda la comunidad, ya que sus efectos impactan el medio en el cual todos vivimos.



## 1.- INSTITUCIONES INTERNACIONALES.

Cada Estado, a través de sus ordenamientos jurídicos como el derecho internacional, deben preservar la naturaleza para el desarrollo del género humano a fin de tener una calidad de vida adecuada tanto para las generaciones actuales, como venideras, conjugando el desarrollo económico social, con la preservación básica del medio ambiente. Así surge el derecho ambiental e internacional, con la Declaración de Estocolmo<sup>1</sup>, reconocido desde el año 1972, el cual marca un hito en el desarrollo de la problemática ambiental en el mundo, dicha Declaración estableció un vínculo entre derechos fundamentales y protección ambiental, sosteniendo que el hombre tiene derecho a la libertad, igualdad y adecuadas condiciones de vida, en un medio ambiente de una calidad que permita una vida de dignidad y bienestar.

Asimismo, en otras normas constitucionales internacionales, le encontramos en las Cartas aprobadas en Grecia, Portugal y España, en la década de los setenta y en el ámbito nacional, el propio artículo 123 de la Constitución Política del Perú de 1979, que si bien no reconocía el carácter fundamental de este derecho, pero lo enunciaba de manera completa, que el texto constitucional actual, en su artículo 2 numeral 22 que prescribe. *“Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, enérgicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del estado prevenir y controlar la contaminación ambiental”*

## 2.- LA DEFINICIÓN JURÍDICA DE AMBIENTE.

El ambiente, se entiende como aquel ámbito que engloba al aire, el agua y los medios de transmisión de estos, como “elementos naturales de titularidad común”, que constituirían la base esencial del Derecho Ambiental.

El medio ambiente, es un bien jurídico colectivo y difuso, porque es fundamental para la convivencia social, ya que posibilita al hombre en su existencia como especie y es una condición indispensable para una calidad de vida natural adecuada a las generaciones presentes y futuras.

Los elementos que integran el concepto de medio ambiente mantienen entre sí complejas interrelaciones, las cuales impiden considerar al medio ambiente en forma estática, este tiene un carácter esencialmente dinámico producto del constante cambio o transformación a la que se encuentran sometidos los bienes ambientales de cuya protección hace responsable la Constitución a los órganos estatales y a la comunidad.

En consecuencia, el derecho a un medio ambiente libre de contaminación es un concepto de carácter antropomórfico, en la medida que son los seres humanos quienes definen la calidad del entorno deseable y quienes han convertido ámbitos antes jurídicamente irrelevantes en derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, todo lo cual responde a una perspectiva de calidad de vida y a las posibilidades de desarrollo de la vida humana en un contexto de recursos finitos y de un entorno cuya contaminación tolerable es limitada, especialmente teniendo presente una perspectiva de solidaridad intergeneracional.

<sup>1</sup> La conferencia se realizó en Suecia, del 5 al 16 junio de 1972, y se denominó Conferencia de Estocolmo - Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano.

### 3.- CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A GOZAR DE UN AMBIENTE EQUILIBRADO Y ADECUADO.

El derecho al medio ambiente<sup>1</sup>, es fundamental para la existencia de la humanidad, el cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el pleno disfrute de otros derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos. Por lo tanto, al contar con un ambiente adecuado para el desarrollo de la vida condiciona el ejercicio de otros derechos fundamentales, como son el derecho a la vida, a la libertad, a la salud, etc.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, en sus sentencias<sup>2</sup>, que el derecho al medio ambiente, se encuentra reconocido en el artículo 2 inciso 22 de la Constitución vigente, el cual presenta dos dimensiones:

- El derecho a gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado y
- El derecho a la preservación de un medio ambiente con dichas características.

En cuanto a la primera dimensión, se refiere al disfrute de un ambiente cuyos elementos se relacionan de manera natural, armónica y que le permita un adecuado desarrollo de su vida. Ello supone también que los particulares y el Estado, se abstengan de realizar actos que puedan afectar negativamente el medio ambiente. Además, sostiene que el Estado debe prevenir la contaminación o a descontaminar o a exigir determinadas acciones u omisiones de particulares destinadas a posibilitar la vida de las personas en un medio ambiente adecuado; es decir que el Estado debe velar para que el derecho ambiental no sea afectado y tutele la preservación de la naturaleza.

La segunda dimensión, entraña la obligación del Estado de mantener o lograr que los bienes ambientales se encuentren en las condiciones adecuadas para su disfrute. Implica el desarrollo y la ejecución de políticas por parte del Estado y compromete también a los particulares, principalmente a aquellos cuyas actividades inciden significativamente en el ambiente. Ello conlleva la realización de acciones de prevención, conservación y recuperación del medio ambiente o de sus componentes.

### 4.- EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO.

El derecho al medio ambiente, es un derecho humano, por cuanto se trata de uno de los derechos de mayor preocupación, en el mundo jurídico; esté derecho se interrelaciona con los demás derechos humanos ya sea con los derechos de la primera con los de la tercera y cuarta generación. En tal sentido, no solo hacen un acople sistémico incluido en la Constitución, sino que son la única forma de comunicar sistemas complejos que hasta el momento nunca se habían escuchado y comprendido.

El derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, se encuentra incluido en los derechos de la tercera generación, clasificación que tiene que ver con el momento histórico en que aparecieron, con su contenido y con los sujetos titulares de los derechos.

El acceso a la protección de un derecho fundamental, depende en buena medida del contenido de ese derecho. En el caso del derecho de vivir en un medio ambiente sano, es

1 El derecho al medio ambiente, fue proclamado como el derecho del hombre en la Declaración de la Conferencias de las naciones Unidas en Estocolmo, el día 16 de junio de 1972.

2 Ver sentencia Exp. N° 03510-2003-AA,f.J.2.



un derecho complejo que implica la participación, tanto del derecho humano como bien jurídico tutelado, que hace que estemos frente de un derecho fundamental de cooperación<sup>1</sup>.

El jurista BIDART CAMPOS<sup>2</sup>, reconoce que el derecho constitucional para darle vigencia sociológica a estos derechos debe esforzarse mucho más, tanto o más que en el caso de los derechos sociales, en buscarle las prestaciones que los satisfagan y el sujeto pasivo que las tome a su cargo y se vea compelido a cumplirlas.

El núcleo del Derecho Ambiental, se caracteriza por su afán protectorio del medio ambiente que rodea al hombre, a los fines de que este medio sirva para satisfacer las necesidades de la sociedad actual sin desatender su protección para el posterior aprovechamiento por parte de las generaciones futuras. En otras palabras, se trata del derecho del hombre a vivir, en el presente y proyectando su futuro como especie, en un ambiente sano.

Dicho núcleo está en constante interacción y vinculación con su entorno, dado éste por la sociedad en su conjunto y sus comportamientos.

## CONCLUSIONES

- El hombre tiene el derecho a la libertad, igualdad y a las condiciones de vida, es decir vivir en un medio ambiente de calidad, con dignidad y bienestar.
- El derecho al medio ambiente, es un derecho humano, por cuanto este se encuentra interrelacionado con otros derechos como el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano.
- El contenido esencial del derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado, se encuentra prescrito en el artículo 2 inciso 22 de la Constitución vigente, el cual presenta dos dimensiones: El derecho a gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado y El derecho a la preservación del ambiente.

## BIBLIOGRAFÍA.

### Libros:

Los Derechos Fundamentales, Estudios de los Derechos Constitucionales desde las Diversas Especialidades del Derecho. T.C. Gaceta Constitucional. Primera Edición - Febrero -2010. Gaceta Jurídica S.A.

CAMPOS, Bidart; "Teoría General de los Derechos Humanos", Edición, Astrea. Buenos Aires, 1991

VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael, "El Recurso Constitucional de Protección sobre Materia Ambiental en Chile, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso N°13 (1989- 1990)

### Revista:

CEPAL- SERIE, Medio Ambiente y Desarrollo; Publicación de las Naciones Unidas, Mayo 2006.

Revista de Derecho, Universidad del Norte; Volumen 20, Año- 2003.

Lincografía:

[www.conam.gob.pe/](http://www.conam.gob.pe/)

[www.juridicas.unaam.mx](http://www.juridicas.unaam.mx)

[www.justicia.org.pe](http://www.justicia.org.pe)

[www.t.c.gob.pe](http://www.t.c.gob.pe)

[wp.cedha.net](http://wp.cedha.net)

1

[www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

2

CAMPOS, Bidart, "Teoría General de los Derechos Humanos", Edición, Astrea. Buenos Aires, 1991, Pág. 340.



# LA NATURALEZA PROCESAL DEL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

MG. VICTORIA ELIZABETH SALIRROSAS SOLANO



## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PROCESO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL EN EL DERECHO PERUANO
  - 2.1. CÓDIGO CIVIL DE 1984
  - 2.2. LEY N° 27048
3. LA NATURALEZA PROCESAL DEL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL
  - 3.1. EL ACTUAL PROCESO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: ANÁLISIS DE LA LEY N° 28457
  - 3.2. EL PROCESO MONITOREO
  - 3.3. ¿EL ACTUAL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL ES UN PROCESO MONITOREO?
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

Los lazos de parentesco son variados y múltiples, de diverso origen e intensidad. Se extienden como un vínculo o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza (consanguinidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado).

De todas estas relaciones parentales la más importante y la de mayor jerarquía es la filiación (del latín: filius, hijo) entendida como la relación jurídica parental yacente entre el hijo y su padre.

PLANIOL Y RIPPERT definen la filiación como "(...) la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra".<sup>1</sup>

La filiación puede ser matrimonial o extramatrimonial; tipología que data desde el derecho romano, que se caracterizaba por dividir a los hijos en aquellos habidos dentro del matrimonio y los habidos fuera de él, criterio éste que prevalece hasta nuestros días para efectos de la determinación más no para la jerarquía filial, la cual ha sido desplazada por el principio de igualdad (unidad de la filiación).

La filiación extramatrimonial puede establecerse a través de dos maneras: a) el reconocimiento del progenitor; y, b) la declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

La Ley N° 28457 estableció un nuevo procedimiento para los procesos de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, el mismo que pese a tener una saludable intención, como

1

PLANIOL, Marcel y RIPPERT, Georges.- "Tratado elemental de Derecho Civil". Editorial Ediciones Jurídicas América. Buenos Aires - Argentina. 1948. Pág. 454.



es lograr la determinación de la filiación a través de un proceso ágil y expedito, se ha visto sometido a duros cuestionamientos, incluso se le ha atribuido su inconstitucionalidad.

El presente artículo tiene por propósito determinar la naturaleza jurídica del proceso establecido mediante la Ley N° 28457, debido a que se viene mencionando que se trata de un proceso monitoreo; figura novísima y que resulta interesante estudiar y verificar si efectivamente el proceso sub examine se encuentra dentro de aquél.

## **1. EL PROCESO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL EN EL DERECHO PERUANO**

### **1.1. CÓDIGO CIVIL DE 1984**

El Código Civil de 1984 regulaba bajo su texto original la declaración judicial de paternidad, estableciendo su procedencia en determinados supuestos, los mismos que se encuentran expresamente previstos en la norma legal respectiva que a continuación reproducimos:

Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

- a) Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita;
- b) Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, como probado por actos directos del padre o de su familia.
- c) Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto, se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
- d) En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
- e) En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea de la concepción siempre que la promesa conste de manera indubitable.

### **1.1. LEY N° 27048**

La Ley N° 27048, publicada en el Diario oficial "El Peruano" con fecha 06 de enero de 1999 dispuso la modificación del Código Civil, introduciendo novedades en materia de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación; norma que constituyó toda una innovación ante la introducción por primera vez en nuestro medio de la prueba biológica para determinar la filiación extramatrimonial, con lo cual el Perú se puso a la par con otras legislaciones modernas en el tema de la investigación de la paternidad.

## **2. LA NATURALEZA PROCESAL DEL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL**

### **2.1. EL ACTUAL PROCESO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL: ANÁLISIS DE LA LEY N° 28457**

La Ley N° 28457 dispuso la modificación del proceso de declaración judicial de filiación extramatrimonial establecido por la Ley N° 27048, que a su vez había modificado el texto



original del Código Civil de 1984.

RUEDA FERNÁNDEZ efectuando una descripción sucinta del proceso establecido mediante la Ley N° 28457, señala “Esta Ley regula el procedimiento para obtener una declaración judicial de filiación extramatrimonial. De acuerdo a la ley el proceso se inicia con la petición de quien tenga interés en obtener una declaración de paternidad, esta pretensión se interpone ante un Juez de Paz Letrado quien expedirá resolución declarando la filiación demandada. El demandado puede formular oposición al mandato judicial en el término de diez días y siempre que se obligue a realizarse la prueba del ADN; dependiendo del resultado negativo o positivo de la prueba la oposición será declarada fundada o infundada respectivamente; señala la norma que cuando el resultado de la prueba de ADN es positivo o cuando el demandado no formula oposición, el mandato se convertirá en una declaración judicial de paternidad, la que es apelable en el plazo de tres días y se resuelve por el Juez Especializado de Familia en el plazo de diez días”<sup>1</sup>.

VARSÍ ROSPIGLIOSI<sup>2</sup> señala que el proceso se encuentra estructurado en base a los siguientes lineamientos:

Modernidad. Como hemos indicado, se trata de un proceso actualizado de acuerdo a la efectividad de los avances biocientíficos. Su justificación radica en el hecho de que tomando en cuenta el grado de certeza del ADN debiera existir un proceso que utilice y reconozca dicho resultado de manera directa y primaria (no en segundo plano), creando un trámite judicial especial, de por sí innovador.

Proceso sui géneris. Algunos refieren que se trata de un proceso especialísimo<sup>3</sup>, otros de un proceso monitorio en el entendido que funciona, más que a manera de advertencia, de exigencia en la declaración de paternidad. La realidad es que este proceso cambia todas las reglas de investigación filial presentando un modelo ejecutivo de averiguación del Estado (decimos ejecutivo en un sentido netamente académico dado que no podemos equivalerlo).

Proceso basado en la efectividad del ADN. Este proceso se fundamenta, es decir, tiene su ratio essendi, en la fuerza y contundencia de los resultados genéticos que pueden obtenerse del ADN (99.99 % de efectividad), desbaratando los axiomas jurídicos que con el devenir de los años colmaron los expedientes (páginas, folios, fojas de defensas y contradefensas) truncando la vida de tantas personas que, sin padre ni gloria, vieron disminuidos sus derechos de entroncamiento familiar.

Acceso a la justicia. Este proceso estimula la canalización de acciones de filiación tomando en cuenta la realidad existente sustentada en trámites judiciales farragosos que desalientan a los litigantes y sus pretensiones de tanta trascendencia. El acceso a la justicia es un derecho fundamental de todo ciudadano y un deber del Estado. Es el componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva con el que lograremos sociedades más justas y democráticas. Como se indica en su noción, “el acceso a la justicia requiere necesariamente mirar más allá de los tribunales<sup>4</sup>, no basta que la ley sea efectiva, es necesario contar con un proceso eficiente que cumpla los objetivos de las normas lo que

1 RUEDA FERNÁNDEZ, Silvia.- “El Fin no Justifica la Inconstitucionalidad de los Medios: Ley 28457 de Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial”. Artículo publicado en [www.jusdem.org.pe/.../1%20El%20fin%20no%20justifica%20los%20medios.Declaracion%20de%20Filiacion%20Extramatrimonial%202.pdf](http://www.jusdem.org.pe/.../1%20El%20fin%20no%20justifica%20los%20medios.Declaracion%20de%20Filiacion%20Extramatrimonial%202.pdf)

2 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique.- “El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de paternidad)”. Artículo publicado en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona50/50Varsi.htm>

3 SUÁREZ VARGAS, Luis: “El ‘especialísimo’ proceso de filiación”, en: Jurídica, Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano, Año 2, martes 15 de febrero de 2005, No. 33, Pág. 3.

4 FERRANDINO, Álvaro: “Acceso a la justicia”, en: PASARA, Luis (Compilador): En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina, Lima, Consorcio de Justicia Viva, 2004,



logra, al menos, facilitar bastante esta nueva ley.

## 2.2. PROCESO MONITOREO

El proceso de filiación extramatrimonial establecido por la Ley N° 28457 ha sido calificado como **proceso monitorio**, lo cual motiva preguntarnos ¿**Qué es un proceso monitorio**?

Desde un punto de vista terminológico "monitorio" significa que sirve para avisar, es decir, que sirve de aviso o advertencia. Procede de la raíz latina "monitorius" que significa amonestar; concepto terminológico insuficiente desde un punto de vista jurídico, ya que desde dicha óptica monitorio es aquel proceso a mitad de camino entre el declarativo y el de ejecución que asienta su base en dos premisas: a) La emisión de una orden de pago por el Juez "inaudita parte", a la vista de la solicitud unilateral del acreedor; y, b) La simple oposición inmotivada del demandado hace ineficaz la orden de pago.

CALAMANDREI define el proceso monitorio como "(...) aquel en el que en virtud de la simple petición escrita del acreedor, el juez competente libra sin oír al deudor una orden condicionada de pago, dirigida al deudor, con advertencia de que el mismo puede hacer oposición dentro del término establecido".<sup>1</sup>

PRADO BRINGAS define el proceso monitorio como "(...) un procedimiento especial provisto de cognición plena eventual y sumarización en el procedimiento, que se emplea para aquellas pretensiones de dar sumas de dinero, que se presume no van a ser contestadas por el deudor; en donde, a partir de la expedición de un mandato inicial de pago, sumado a una técnica procedimental consistente en la inversión de la iniciativa del contradictorio, se tiende a la rápida creación de un título ejecutivo."<sup>2</sup>

El proceso monitorio presenta las notas típicas de los procesos de conocimiento abreviados, y se estructura de manera particular sobre tres pilares: 1º) el principio dispositivo; 2º) la inversión del principio de contradicción o bilateralidad; y, 3º) el principio de preclusión.

En conclusión, el monitorio es un modo de proceso cuya característica es que, presentada la demanda, si cumple con los requisitos que fija la ley, inaudita altera pars, el juez dicta una resolución favorable, condicionada a que el demandado no se oponga dentro del plazo que se le asigna. Es decir que esta figura procesal produce una verdadera sentencia condicional, a simple requerimiento del actor, y si no se la impugna en tiempo y forma, surte todos los efectos de la cosa juzgada material. Por el contrario, si es impugnada, cae la sentencia, y la demanda sirve de base para proseguir un proceso de conocimiento.

CALAMANDREI, partiendo de un estudio comparado, develó dos clases de procedimiento monitorio: a) procedimiento puro; y, b) procedimiento monitorio documental.

**El procedimiento monitorio puro** se caracteriza por los siguientes rasgos: 1º, que la orden condicionada de pago se libra por el juez a base de la sola afirmación, unilateral y no probada, del acreedor; 2º, que la simple oposición no motivada del deudor hace caer en la nada la orden de pago, de manera que el juicio en contradictorio, que puede eventualmente desarrollarse en mérito de tal oposición, no se dirige a decidir si la orden de pago debe ser revocada o mantenida, sino a decidir ex novo sobre la originaria acción de condena, como

1

CALAMANDREI, Piero.- "El procedimiento monitorio". Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial EJEA. Buenos Aires - Argentina. 1953. Pág. 267

2

PRADO BRINGAS, Rafael.- "Notas introductorias sobre el procedimiento monitorio". Artículo publicado en <http://www.aedp.com.pe>

si la orden de pago no hubiera sido nunca emitida.<sup>1</sup>

**El procedimiento monitorio documental** se caracteriza por cuanto el mandato de pago presupone que los hechos constitutivos del crédito sean probados mediante documentos en donde la oposición del deudor no hace caer sin más el mandato de pago, pero tiene, en cambio, el efecto de abrir un juicio de cognición en contradictorio en el cual el tribunal, valorando en sus elementos de derecho y de hecho las excepciones del demandado, debe decidir si éstas son tales que demuestren la falta de fundamento del mandato de pago o si por el contrario, éste merece, a base de las pruebas escritas ya proporcionadas por el actor, ser; sin embargo, mantenido y hecho ejecutivo.<sup>2</sup>

### 2.3. ¿EL ACTUAL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL ES UN PROCESO MONITOREO?

MARTEL CHANG al respecto señala: “Para tramitar la pretensión de filiación por paternidad extramatrimonial se ha dejado el proceso ordinario (de conocimiento) y se ha adoptado el proceso monitorio puro, donde el dicho de la parte demandante es suficiente para obtener decisión favorable, salvo que el resultado de la prueba del ADN le resulte adverso”.<sup>3</sup>

ARIANO DEHO, por su parte, manifiesta que “(...) el legislador en aras de la “agilidad” procesal ha optado por consagrar un sui generis procedimiento con estructura monitoria, vale decir, un procedimiento cuya primera fase tiene la estructura invertida respecto a un normal proceso declarativo, en cuanto la promoción del contradictorio es dejada a la iniciativa del “emplazamiento”, el que, si quiere, podrá promoverlo justamente oponiéndose. Resulta (por decir lo menos) insólito que se haya establecido un procedimiento monitorio en relación a situaciones jurídicas indisponibles como son los status”.<sup>4</sup>

RUEDA FERNÁNDEZ, sostiene: “La ley 28457 señala un proceso similar para una pretensión declarativa sobre derechos subjetivos, buscando una supuesta efectividad a costo de las garantías de la administración de justicia y seguridad jurídica. De este proceso señalado en la ley se podría sostener que inicialmente se da como un proceso monitorio puro en que se resuelve en base al simple pedido de la parte interesada, no obstante no se da la secuencia, pues el mandato no cae en ineficaz por la simple oposición del demandado, sino que exige una oposición sustentada en el sometimiento a la prueba del ADN, quedando el mandato subsistente hasta resolver la oposición y en caso de ser desamparada se vuelve en declaración judicial de filiación; como se aprecia, no se exige que la acción se encuentre sustentada en medios de prueba consistentes en documentos, no estamos ante un proceso monitorio documental en que la emisión del mandato (de pago) se encuentra supeditada a que el crédito se encuentre probado con documentos “en donde la oposición del deudor no hace caer sin más el mandato de pago, pero tiene, en cambio, el efecto de abrir un juicio de cognición en contradicción en el cual el tribunal, valorando en sus elementos de derecho y de hecho las excepciones del demandado, debe decidir si éstas son tales que demuestren la falta de fundamento del mandato de pago o si por el contrario, éste merece, a base de las pruebas escritas ya proporcionadas por el actor, ser sin embargo mantenido y hecho ejecutivo”; no podemos decir que en el proceso previsto en la ley 28457 se dé la

1 CALAMANDREI, Piero.- “El procedimiento monitorio”. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial EJEA. Buenos Aires - Argentina. 1953. Pág. 33

2 CALAMANDREI, Piero.- Ob. Cit. Págs. 37-38

3 MARTEL CHANG, Rolando.- “Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro”. Artículo publicado en “Actualidad Jurídica”. Gaceta Jurídica. Lima - Perú. Tomo 138. Mayo. 2005. Pág. 70.

4 ARIANO DEHO, Eugenia.- “El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?”. Artículo publicado en “Actualidad Jurídica”. Gaceta Jurídica. Lima - Perú. Tomo 134. Enero. 2005. Pág. 66.



posibilidad de pasar a un juicio de cognición en contradicción, al haber prescindido de etapas procesales fundamentales, como son el saneamiento –para verificar la validez de la relación procesal, asimismo el emplazado no tiene la posibilidad de cuestionar la relación procesal ni formular excepciones-, el saneamiento probatorio y actuación de medios de pruebas –el demandado no tiene libertad para ofrecer sus medios de prueba, tampoco puede formular cuestiones probatorias, ni puede negarse a practicarse la prueba de ADN-, no tiene posibilidad de ser oído –no se le permite alegar y aunque lo hiciera no va a ser oído, pues el Juez solo va a resolver en base al resultado de la prueba de ADN. En consecuencia no estamos ante un proceso monitorio puro, ni documental; el proceso previsto en la ley 28547 es uno diferente que rompe el equilibrio que debe existir entre un proceso eficaz y rápido con el pleno ejercicio del derecho de defensa del emplazado.”<sup>1</sup>

**Por nuestra parte, consideramos que el moderno proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial no es un proceso monitorio puro, sino una variante de éste por cuanto a diferencia del proceso monitorio puro, en donde la oposición del emplazado (presunto progenitor) acarrearía la interrupción de la pretensión y subsiguiente conclusión del proceso judicial, en el proceso de filiación peruano la mera oposición no conlleva aquel efecto, sino mas bien la exigencia legal de sometimiento de la prueba de ADN a efectos de establecer en aquella instancia la verdad de las afirmaciones señaladas en el escrito de demanda, obviamente, partiendo del hecho que el demandado que contesta la demanda formula OPOSICIÓN a la pretensión de la actora.**

Así, el proceso judicial de paternidad extramatrimonial no es un proceso monitorio puro, ni mucho documental, aunque no cabe cuestionamiento alguno que reviste rasgos similares al primero, que difiere por la trascendencia procesal de la mera declaración del demandado al formular oposición.

Finalmente, consideramos que aquel proceso moderno peruano en nada afecta las garantías procesales del demandado, pues tiene posibilidad de ejercitar su derecho de defensa, el mismo que necesariamente debe estar respaldado en prueba, de ahí que si el emplazado al contestar la demanda niega la imputación de paternidad, aquella declaración para tener un peso en el proceso necesariamente debe estar acompañada de la prueba que avale aquel hecho y la mejor prueba de ello –en los tiempo actuales- sin duda alguna que es la prueba de ADN.

### 3. CONCLUSIONES

La declaración judicial de la filiación en el derecho peruano ha presentado una evolución, que se inicia desde el Código Civil de 1984, pasando por la Ley N° 27048 y concluyendo actualmente en la Ley N° 28457.

El moderno proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial no es un proceso monitorio puro, sino una variante de éste por cuanto a diferencia del proceso monitorio puro, en donde la oposición del emplazado (presunto progenitor) acarrearía la interrupción de la pretensión y subsiguiente conclusión del proceso judicial, en el proceso de filiación peruano la mera oposición no conlleva aquel efecto, sino mas bien la exigencia legal de sometimiento de la prueba de ADN a efectos de establecer en aquella instancia la verdad de las afirmaciones señaladas en el escrito de demanda, obviamente partiendo del hecho de una oposición.

1

RUEDA FERNÁNDEZ, Silvia.- Ob. Cit.

#### 4. **BIBLIOGRAFÍA**

ARIANO DEHO, Eugenia.- "El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?". Artículo publicado en "Actualidad Jurídica". Gaceta Jurídica. Lima - Perú. Tomo 134. Enero. 2005.

CALAMANDREI, Piero.- "El procedimiento monitorio". Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial EJEA. Buenos Aires - Argentina. 1953.

FERRANDINO, Álvaro: "Acceso a la justicia", en: PASARA, Luis (Compilador): En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina, Lima, Consorcio de Justicia Viva, 2004,

MARTEL CHANG, Rolando.- ""Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro". Artículo publicado en "Actualidad Jurídica". Gaceta Jurídica. Lima - Perú. Tomo 138. Mayo. 2005.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges.- "Tratado elemental de Derecho Civil". Editorial Ediciones Jurídicas América. Buenos Aires - Argentina. 1948.

PRADO BRINGAS, Rafael.- "Notas introductorias sobre el procedimiento monitorio". Artículo publicado en <http://www.aedp.com.pe>

RUEDA FERNÁNDEZ, Silvia.- "El Fin no Justifica la Inconstitucionalidad de los Medios: Ley 28457 de Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial". Artículo publicado en [www.jusdem.org.pe/.../1%20El%20fin%20no%20justifica%20los%20medios.Declaracion%20de%20Filiacion%20Extramatrimonial%202.pdf](http://www.jusdem.org.pe/.../1%20El%20fin%20no%20justifica%20los%20medios.Declaracion%20de%20Filiacion%20Extramatrimonial%202.pdf)

SUÁREZ VARGAS, Luis: "El `especialísimo` proceso de filiación", en: Jurídica, Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano, Año 2, martes 15 de febrero de 2005, No. 33

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique.- "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de paternidad)". Artículo publicado en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona50/50Varsi.htm>



# ¿EXISTEN MECANISMOS DEL DERECHO QUE PUEDAN VIABILIZAR EL COMETIDO DEL CONVENIO 169, ES DECIR QUE PERMITAN LA CONSULTA PREVIA?

JORGE ROLANDO LLANOS GARCÍA\*

“EL DISFRUTAR DE UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO NO ES FRUTO DEL DESARROLLO SOCIAL SINO UN PRIUS PARA SU EXISTENCIA. ES UN DERECHO VINCULADO A LA PROPIA VIDA HUMANA; EL CUAL PRECEDE LÓGICAMENTE AL PROPIO DERECHO: SIN MEDIO AMBIENTE ADECUADO NO HAY HOMBRE, NI SOCIEDAD, NI DERECHO”. LOPERANA ROTA



El deber genérico de los Estados de proteger los derechos de propiedad indígenas requiere la tutela judicial efectiva de esos derechos. Los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a la tutela judicial efectiva de sus derechos territoriales, derecho amparado por los artículos 8º y 25º de la Convención Americana y las disposiciones conexas de la Declaración Americana. En este sentido, el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales debe ser garantizado judicialmente de la misma manera en que se otorgan recursos judiciales para la garantía del derecho a la propiedad privada no indígena. En criterio de la CIDH, “para los pueblos indígenas, el acceso a un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo es de especial importancia en relación con el goce de sus derechos humanos, dadas las condiciones de vulnerabilidad en que normalmente se encuentran por razones históricas y por sus circunstancias sociales actuales”<sup>1</sup>

La capacidad de obrar colectiva de los pueblos indígenas, a través de sus representantes libremente elegidos, es una precondition para garantizar el cumplimiento efectivo por el Estado de la obligación de garantizar su propiedad comunal, a través de acciones tales como la solicitud de demarcación territorial y la participación activa en todas las fases de este procedimiento; la solicitud de otras medidas de protección del derecho de propiedad comunal; y el acceso a las instancias administrativas y judiciales competentes para denunciar violaciones a dicho derecho. La Corte Interamericana ha derivado, por lo tanto, del carácter colectivo del título de propiedad indígena, la necesidad de que se reconozca la capacidad colectiva de acceder a los mecanismos judiciales o administrativos para la defensa de ese derecho. En el caso del pueblo Saramaka v. Surinam, la Corte Interamericana explicó que la limitación del reconocimiento de la personería jurídica únicamente a los miembros individuales de las comunidades indígenas “no toma en cuenta el modo en que los miembros de los pueblos indígenas y tribales en general, y el Saramaka en particular, gozan y ejercen un derecho en especial; es decir, el derecho a usar y gozar colectivamente de la propiedad de conformidad con sus tradiciones ancestrales”<sup>2</sup>

La Jurisprudencia Interamericana ha caracterizado la propiedad territorial indígena como una forma de propiedad que se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos; los territorios de los pueblos indígenas y tribales “les pertenecen por su uso u ocupación ancestral”<sup>3</sup> El derecho de propiedad comunal indígena se fundamenta asimismo en las culturas jurídicas indígenas, y

1 \* Miembro del equipo de la Clínica Jurídica en Materia Ambiental de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Practicante en la Notaría “Santa Cruz”, Ha sido Asistente Judicial del Juzgado de Investigación Preparatoria - Modulo Básico de Justicia de Motupe - CSJLA. Auxiliar Jurisdiccional del Sexto Juzgado de Trabajo - CSJLA, Egresado del Programa Ferreyros de Administración de Carrera, Ha realizado prácticas en Sala Laboral; Mixta Transitoria - CSJLA y Consultorio Jurídico de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Voluntario del Jurado Nacional de Elecciones. Egresado de International Institute for Democracy and Electoral Assistance - IDEA.

CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 104(n). En Relatoria sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Fundamento 351. Disponible en <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>

2 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 168. En Relatoria sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. - Fundamento 372.

3 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 231. En Relatoria sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. - Fundamento 68.

en sus sistemas ancestrales de propiedad, con independencia del reconocimiento estatal<sup>1</sup>; el origen de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales se encuentra también, por ende, en el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra que ha existido tradicionalmente entre las comunidades<sup>2</sup>. En el caso de las comunidades Mayas del Distrito de Toledo, por ejemplo, la CIDH concluyó que éstas comunidades habían demostrado tener derechos comunales de propiedad sobre las tierras que habitaban, derechos que “derivan del uso y la ocupación de larga data del territorio por el pueblo Maya, que las partes han convenido es anterior a la colonización europea, y se extienden al uso de la tierra y sus recursos para fines relacionados con la supervivencia física y cultural de las comunidades maya”<sup>3</sup>. La Corte Interamericana ha explicado, por su parte, que “como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”<sup>4</sup>. Como se precisará más adelante, sin embargo, los pueblos indígenas que han perdido la posesión del territorio que han ocupado ancestralmente mantienen sus derechos de propiedad, y son titulares del derecho a la recuperación de sus tierras<sup>5</sup>.

El Reglamento de la Ley N° 29785 (Ley de Consulta Previa) en su Artículo 3, inc. k) señala que se entiende por Pueblo Indígena u Originario al Pueblo que desciende de poblaciones que habitaban en el país en la época de colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. (...) La población que vive organizada en Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas podrá ser identificada como Pueblos Indígenas o parte de ellos, conforme a dichos criterios. (...). Además agrega el Decreto Ley N° 22175 - Ley de Comunidades Nativas y de desarrollo agrario de las regiones de selva y ceja de selva en su artículo 8° que: Las Comunidades Nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Cejas de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso.

También se tiene la Ley N° 24656 - Ley General de Comunidades Campesinas, en su artículo 2° precisa que las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal de

1 En efecto, el derecho al territorio comunal se deriva en primer lugar del uso y ocupación tradicional de la tierra y recursos necesarios para la subsistencia física y cultural de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros [Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 96], y en segundo lugar de los sistemas consuetudinarios de propiedad de allí derivados. Según ha explicado la CIDH, las comunidades indígenas tienen “derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales con base en patrones tradicionales de uso y ocupación ancestral” [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(a)]. Los pueblos indígenas y tribales tienen, por ende, derechos de propiedad, posesión y dominio respecto de las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115]. En Relatoría sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. - Fundamento 68.

2 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(c). En Relatoría sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. - Fundamento 68.

3 CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 127. En Relatoría sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. - Fundamento 68.

4 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 127. En Relatoría sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. - Fundamento 68.

5 Para la Corte Interamericana, “la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas” [Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128]. En Relatoría sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. - Fundamento 68.



la tierra, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de las actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país. De la misma manera lo señala el artículo 134º del Código Civil Peruano.

En doctrina se ha definido como: “un grupo social integrado por campesinos andinos, identificados económica, social, cultural e históricamente dentro de un espacio territorial y que, más allá de una relación individual – familiar destaca en sus actividades, desarrollan una interacción colectiva para provecho de todos los miembros”.<sup>1</sup> SESSAREGO señala que: “son organizaciones de personas naturales vinculadas ancestralmente a dicha actividad, que se distinguen por un conjunto de características peculiares que involucran aspectos culturales, sociales y económicos”.<sup>2</sup>

La Constitución Política en su artículo 2º, numeral establece el derecho a la propiedad, para luego agregar en su artículo 70º que la propiedad es inviolable (...), y en el caso del régimen agrario en su artículo 88º prescribe que el Estado garantiza el derecho a la propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa (...).

El Código Civil Peruano establece que: las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo las excepciones establecidas en la Constitución Política del Perú. Se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad. Dicho precepto coincide con lo establecido en el Artículo 13 del Decreto Ley N° 22175 – Ley de Comunidades Nativas y de desarrollo agrario de las regiones de selva y ceja de selva y con el artículo 7º de la Ley N° 24656 – Ley General de Comunidades Campesinas.

La protección del medio ambiente constituye un correlato de protección in integrum del derecho a la propiedad. Éste último derecho no podrá ser ejercido por las comunidades si de por medio no hay protección del medio ambiente en sentido amplio, y constituyen escenarios de potencial riesgo las inversiones de diverso orden – mineras, madereras, petroleras, etc. Que no se observen una correlación de previsión de efectos dañosos. En este orden de ideas, los Estudios de Impacto Ambiental, previos a las inversiones, constituyen un medio de exigencia previa a fin de evitar daños directos y colaterales en las tierras de las comunidades indígenas y triviales.<sup>3</sup>

I.

He creído conveniente citar los Intereses Afectados en el daño al medio ambiente que lo desarrolla el Maestro Carhuatocto Sandoval en su obra Guía de Derecho Ambiental.

La afectación del interés jurídico determinara no sólo la legitimidad para obrar sino sobre todo el petitorio de una demanda por responsabilidad por daño ambiental. De esta manera la legitimidad para obrar dependerá del interés involucrado:

- a) la legitimidad para obrar tendiente a la defensa, restauración, compensación y reparación del medio ambiente, la tiene cualquier persona. No necesariamente quien interponga la demanda debe ser el directo afectado o tener un interés económico en el mismo, pues actúa en su rol de ciudadano defendiendo un bien colectivo. En el caso del Estado vislumbramos que se establecerá inexorablemente una Procuraduría

1 PEÑA JUMPA, Justicia comunal en los Andes del Perú, El caso de Calahuyo, PUCP, Fondo editorial, Lima, 1998, p.66, citado en ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Derecho de las Personas, Editorial Rodhas, 5ta ed., Lima, 2008, p.923.

2 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho de las Personas, GRIJLEY, 9a ed., Lima, 2004, p.404.

3 FIGUEROA GUTARRA, Edwin, IPSO IURE, Año 4, N° 17, Mayo 2012, p. 27

Ambiental adscrita al Ministerio del Ambiente que se hará cargo de estos casos.

- b) se configura cuando una persona demanda se le resarzan el perjuicio que ha sufrido producto del daño al medio ambiente. En este caso tendrán legitimidad para obrar el perjudicado o su representante. El daño ambiental lo afecta de manera indirecta a perjudicado su salud, sus bienes o propiedad pero la catástrofe ambiental puede tener un espectro mucho mayor solamente que en este caso el demandado puede estar reclamando por el perjuicio individual dejando a salvo el derecho de la colectividad por reclamar por el daño ambiental total.
- c) si la colectividad perjudicada con el daño ambiental está conformada por un conjunto de personas determinadas quienes delegan a un representante legal la legitimidad procesal. Este puede ser el caso de una comunidad indígena afectada por un derrame de petróleo, un centro poblado contaminado por relaves mineros, un comité de gestión de un área natural protegida que reclama el cese de la tala de la misma, una asociación (inscrita o no inscrita) de conservación que reclama el cese de actividades contaminantes de una fábrica, etc.
- d) si el conjunto de personas perjudicadas con el daño ambiental es un grupo indeterminado de personas. Este es el supuesto contemplado por el artículo 82º del Código Procesal Civil. Este es el supuesto de una población indígena en aislamiento voluntario o contacto inicial o un grupo de comunidades campesinas, y en defensa de las mismas, un tercero, como una persona jurídica dedicada a la defensa del ambiental, entabla un proceso judicial, donde su rol será de parte procesal que defenderá, a la parte sustancial o verdaderos afectados, esto es las poblaciones indígenas antes mencionadas.

La base constitucional de la pretensión de la demanda por responsabilidad por daño ambiental en el numeral 22 del artículo 2º de la Constitución Política del Estado consagra el derecho fundamental de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Este es un derecho de tercera generación pues tiende a preservar la integridad de la sociedad humana, resulta oponible al Estado y exigible a él, pero que por sobre toda las cosas requiere el concurso de todos los actores sociales para su cumplimiento efectivo. De esta manera, su cumplimiento debe ser exigido por uno o todos los miembros de la comunidad, pues su afectación le incumbe a ella y a todos.

El derecho a un ambiente sano y equilibrado es una consecuencia de la dignidad propia del ser humano, entendida como las condiciones mínimas para el desarrollo del hombre por sí mismo, independientemente de la conducta del individuo, como especie necesitamos un mínimo de recursos para imprimir nuestros valores y no dejar de ser hombres. En un ambiente contaminado y degradado es imposible que un ser humano pueda desarrollarse y vivir con dignidad, siendo estas circunstancias adversas lo que envilecería y degradaría su naturaleza. Así como el ser de un pez no podría concebirse sin agua, el hombre no puede ser tal, sin un ambiente equilibrado y adecuado para la vida, conformando ello parte de su dignidad. En consecuencia, este derecho constitucional al igual que el resto, forman parte de ese mínimo invulnerable de condiciones que el Estado debe resguardar y garantizar.

En ese sentido, existe una obligación del Estado democrático de proteger a las personas contra los ataques al medio ambiente, para permitir que el desarrollo de la vida se



realice en condiciones dignas y aceptables. El papel del Estado no sólo supone tareas de reparación frente a daños ocasionados, sino de manera especialmente relevante, de prevención para evitar que aquellos no sucedan.

Finalmente, tengamos presente que el artículo 143º de la Ley General del Ambiente señala que “cualquier persona, natural o jurídica, está legitimada para ejercer la acción de responsabilidad por daño ambiental, contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental”, siendo los organismos no gubernamentales quienes lideran este tipo de acciones judiciales en resguardo del ambiente, aunque sus pretensiones giran principalmente en una inhibitoria de la conducta dañina y la indemnización a las personas o colectividad afectada, pocas destinan los recursos a la reparación del ambiente.

El Convenio 169 de la OIT establece que los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.<sup>1</sup>

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:<sup>2</sup>

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La Consulta Previa desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas y Originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa 26253.<sup>3</sup>

El derecho de los Pueblos Indígenas u Originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad

1 Artículo 2º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

2 Artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

3 Artículo 1º de la Ley N° 29785 (Ley de Consulta Previa)



de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. La finalidad de la Consulta Previa es alcanzar un acuerdo o consentimiento entre el Estado y los Pueblos Indígenas u Originarios respecto a la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente, a través de un diálogo intercultural que garantice su inclusión en los procesos de toma de decisión del Estado y la adopción de medidas respetuosas de sus derechos colectivos.<sup>1</sup>

Podemos iniciar un proceso civil facultados por el artículo 82º del Código Procesal Civil, el cual prescribe que: Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello (...).

Iniciaremos un proceso constitucional facultados por el artículo 40º del Código Procesal Constitucional, señalando que: "(...) Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente y otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos (...)"

Existen mecanismos de participación en nuestras normas vigentes en materia ambiental, como para el procedimiento de evaluación de los estudios ambientales. Así, de acuerdo a lo establecido por el inciso 1 del artículo 48 de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, dispone que: "(...) las autoridades públicas establecen los mecanismos formales para facilitar la efectiva participación ciudadana en la gestión ambiental y promueven su desarrollo y uso por las personas naturales o jurídicas relacionadas, interesadas o involucradas con un proceso particular de toma de decisiones en materia ambiental o en su ejecución, seguimiento y control"; Asimismo, se han aprobado normas de desarrollo sectorial específico como el Decreto Supremo N° 028 - 2008- EM, que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana en el Sub Sector Minero, la R.M.N° 571 - 2008 - MEM-DM que aprueba los *lineamientos para la Participación Ciudadana en las Actividades de Hidrocarburos*, y la R.M N° 535-2004-MEM-DM que aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades Energéticas. Todas normas que establecen responsables y mecanismos específicos.

La Dirección General de Asuntos Ambientales Energéticos (DGAAE) del Ministerio de Energía y Minas, en coordinación con el responsable del proyecto y la autoridad regional del lugar donde se llevará a cabo el proyecto energético, deberán convocar talleres informativos; los cuales se ejecutarán antes de la elaboración de los Estudios de Impacto Ambiental, durante y una vez presentado el mismo. Luego se dispone la obligación de su sustentación en la audiencia pública, que toma lugar en la localidad más cercana al proyecto, que asegure mayor asistencia de la población.

---

<sup>1</sup> Artículo 2º y 3º de la Ley N° 29785 (Ley de Consulta Previa)



Mecanismos de participación en el Procedimiento Administrativo General, en este escenario, vale también la pena recordar que ya existen otras instituciones jurídicas de participación general para el procedimiento administrativo, y que inclusive van más allá que lo establecido en la norma de consulta previa. Entenderíamos que será deber de las entidades en cuestión hacer compatibles los mandatos, condiciones y requisitos. Así en su artículo 60º de la Ley N° 27444 Ley de Procedimiento Administrativo General indica que si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento. Lo mismo dispone cuando se trata de intereses difusos mediante la publicación y una Audiencia Pública.

Ahora, si bien la diferencia claramente es que no se obliga a la administración a consultar sino únicamente a informar, se prevé el derecho de tales terceros a apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él. Es decir, se incorporan al procedimiento. Notemos que aunque pareciera que la LPAG otorga más derechos a los posibles afectados que la propia Ley de Consulta Previa, esta última procedería por impulso de la entidad del Estado, mientras que la primera luego de la comunicación inicial, depende del impulso del potencial afectado para mantenerse como parte e intervenir en la formación del acto administrativo que resuelva el caso.

La posibilidad de intervenir es también desarrollada para situaciones en que no haya un procedimiento administrativo de por medio, así, el artículo 107º de la misma norma, se refiere a la solicitud en interés particular del administrado para la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

Como vemos, en nuestro ordenamiento ya existe la posibilidad legal de intervenir previamente a la emisión de un acto administrativo nocivo a los intereses de terceros, siendo el fundamento de la incorporación.

Por otro lado puede además indicarse que el supuesto para una Consulta Previa, es el mismo que la LPAG tiene para la obligación de una audiencia pública, vale decir:

“Art. 182. Las normas administrativas prevén la convocatoria de una audiencia pública, como formalidad esencial para la participación efectiva de terceros, cuando el acto al que conduzca el procedimiento administrativo sea susceptible de afectar derechos o intereses cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas, tales como en materia medio ambiental, ahorro público, valores culturales, históricos, derechos del consumidor, planeamiento urbano y zonificación; o cuando el pronunciamiento sobre autorizaciones, licencias o permisos que el acto habilite incida directamente sobre servicios públicos”. Notemos que el desarrollo de la audiencia y sobre todo su efecto sin embargo no son los mismos que la Ley de Consulta Previa, pues lo máximo que logra un tercero en el primero es presentar información para requerir el análisis de nuevas pruebas, así como expresar su opinión sobre las cuestiones que constituyan el objeto del procedimiento o sobre la evidencia actuada. Sin embargo no se le somete a una votación respecto a si acepta o no el proyecto.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> HUAPAYA NAVA, Mario & VALDIVIEZO DEL CARPIO, Mitchell, “Rasgos de los procedimientos administrativos para la aplicación de la Ley de Consulta Previa en el Perú”, Aportes para un Estado Eficiente, Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Palestra Editores, 1era ed., Lima- 2012. P. 54-56

Entonces nos queda claro que si bien existen mecanismos del Derecho Peruano que logran la tutela de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, protección al derecho a la propiedad y la participación de los ciudadanos en los procedimientos administrativos, es necesario contar con una Ley específica en la materia, como bien ha optado el Estado Peruano al publicar la Ley N° 29785 (Ley de Consulta Previa) y su Reglamento para poder cumplir cabalmente con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.



# IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

---

---

**La República**

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2013