

Ad Verbum

REVISTA DE LA
CORTE SUPERIOR
DE JUSTICIA
DEL CALLAO

AÑO VIII - N° 9 - ABRIL 2012



- 1 Editorial**
- 3 Derecho penal - Procesal penal**
- 4 Adhesión del lavado de activos al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional como delito mundial**
Daniel Peirano Sánchez
- 9 La prueba en el NCPP**
Gastón Molina Huamán
- 12 Criminalidad y delincuencia organizada en el nuevo proceso penal: un aporte desde la criminología y la política criminal**
Miguel Pérez Arroyo
- 16 El derecho a ser escuchado que tiene todo niño, niña o adolescente en los procesos sobre violación sexual**
Madeleine Idefonso Vargas
- 21 Derecho civil - Procesal civil**
- 22 El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva del proceso civil: nuevas tendencias**
Roberto Obando Blanco
- 27 La actualidad del proceso cautelar en el Código Procesal Civil del Perú**
Anibal Quiroga León
- 35 Derecho constitucional**
- 36 Crítica al neoconstitucionalismo**
Raúl Chanamé Orbe
Simón Alejandro Verástegui Gastelú
- 39 Tribunal Constitucional y arbitraje ¿Procede el amparo contra laudos?**
Samuel B. Abad Yupanqui
- 44 México y Perú: entre la Comisión y la Corte**
Néstor Palomino Cotrina
- 47 La CIDH en la mira**
Lesly Llatas Ramírez
- 49 La creación de los juzgados especializados constitucionales**
Luis Egildo Henríquez Darteano
- 51 Doctrina**
- 52 La participación del ciudadano en la justicia: el tribunal del jurado**
Joaquín Jiménez García
- 57 La interpretación de la norma como técnica jurídica**
Jesús Antonio Rivera Oré
- 60 La independencia del magistrado en el Poder Judicial: entenderla y respetarla es tarea de todos**
Conzuelo Rojas Saavedra
- 63 Derecho ambiental**
- 64 Algunas aproximaciones sobre el acceso a la justicia ambiental en el Perú**
Caral Mora Paniagua
- 67 Derecho administrativo**
- 68 La capacidad sancionadora de los organismos municipales**
Nosmi Nieto Nacarino
- 73 Actos administrativos: herramienta de acceso a la justicia en el Poder Judicial**
Jeny Prado Aparicio
- 77 Especial**
- 78 La política, la universidad y la juventud**
Eliás Mendoza Habersperger

La Corte Superior de Justicia del Callao, con el compromiso contraído con el foro nacional, de contribuir con la difusión y el reforzamiento de nuestra cultura jurídica, ha preparado recientemente, a través de la Comisión Especial, la novena edición de nuestra revista institucional "Ad Verbum", la misma que únicamente contiene temas jurídicos.

Hemos logrado que connotadas personalidades del Derecho, generosamente colaboren escribiendo importantes artículos, con los que intentamos, desde aquí, poner a disposición de los hombres de Derecho los vigentes conceptos de las distintas ramas de esta dinámica disciplina, que a todos debe ilustrar correctamente.

Advertimos que los autores de los referidos artículos, como es característico en ellos, se han esforzado en presentar un trabajo didáctico que permita conseguir, sin la menor complicación, su propósito de llegar a plenitud al lector, utilizando un lenguaje claro y preciso que haga posible la fácil comprensión de sus explicaciones.

Como Corte Superior de Justicia, nos anima en la preparación de este sencillo trabajo bibliográfico, el concepto exaltado por el distinguido Eduardo J. Couture, cuando acertadamente nos recomienda: "Estudia. El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado".

Fiel a lo expuesto, consideramos una obligación permanente conocer cada día más sobre las modernas teorías y tendencias del Derecho actual, porque estimamos que el Derecho como creación del hombre, también envejece, y consecuentemente se hace necesaria su constante renovación.

Dr. Daniel Peirano Sánchez
Presidente de la Corte Superior del Callao

AÑO VIII - Nº 9 - ABRIL 2012

Director

Dr. Daniel Peirano Sánchez

Diseño y diagramación

Luis E. Barba Paredes

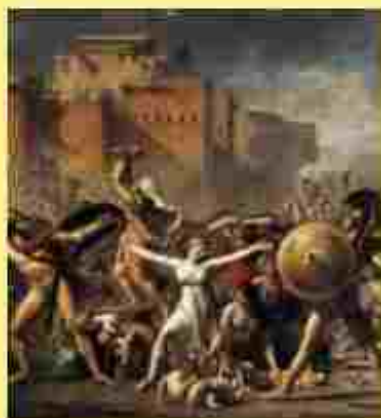
Impresión:

J&M Impresores

Telf.: 577-5212

Carátula:

La intervención de las sabinas
Jacques-Louis David - 1799



La revista no se identifica necesariamente con los artículos y opiniones de los autores.

**Ad
Verbum**

AÑO VIII - Nº 9 - ABRIL 2012

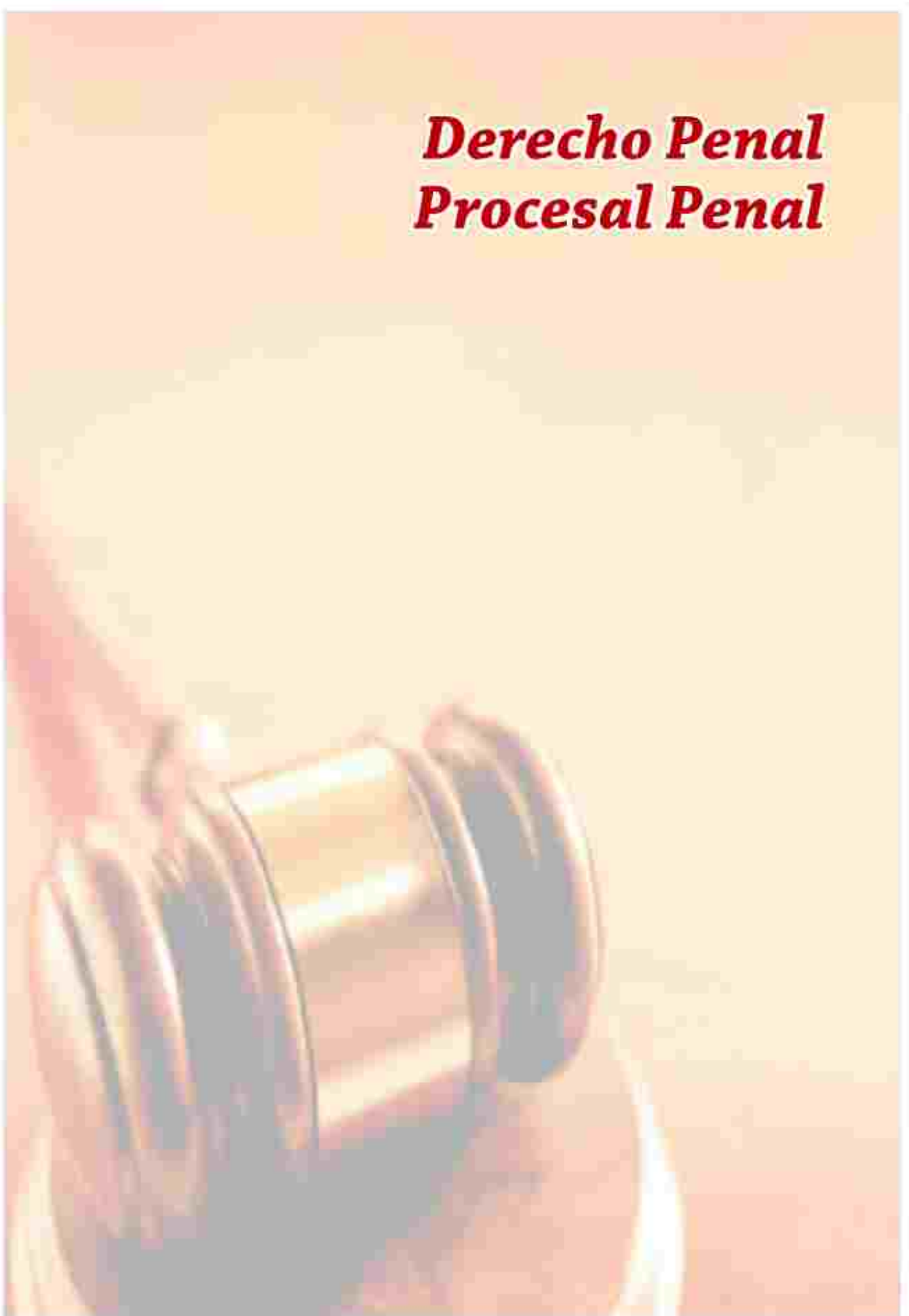
Ad Verbum es una publicación de la
Corte Superior de Justicia del Callao

Av. Dos de Mayo Cdra. 5 s/n - Callao
Central Telefónica: 410-0303
Depósito Legal: 2005-5863

Ad
Verbum
REVISTA DE LA
CORTE SUPERIOR DE
JUSTICIA DEL CALLAO



Derecho Penal
Procesal Penal





Adhesión del lavado de activos al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional como delito mundial

*Daniel Adriano Peirano Sánchez**

RESUMEN: El presente artículo atiende sobre la imperiosa parvedad de adherir al Lavado de Activos como delito mundial, al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Es conocido que la C.P.I., envuelve: dispensar justicia ejemplar y de castigo, registrar la historia, reforzar valores sociales, fortalecer la probidad individual, educar a las generaciones actuales y futuras y lo más importante desterrar y prevenir futuras barbaries humanas. En este contexto el delito de Lavado de Activos pese a la existencia de una parafernalia legal a través de Tratados y Convenios Internacionales, es insuficiente ya que como vemos en la actualidad hasta la fecha las organizaciones criminales internacionales gozan de arbitrariedad ya que bajo el principio de territorialidad traspasan fronteras ocultando sus ilícitos bienes a través de los denominados "Paraisos Fiscales" aunado a la corrupción de funcionarios que el dinero malicioso provoca en las instituciones formales del control de la criminalidad.

De allí el sustento de nuestra investigación académica se fortalece al demostrar científicamente que su criminalización internacional en el Estatuto de Roma, es sin duda una impostergable necesidad que la sociedad global reclama para poner coto a la impunidad.

PALABRAS CLAVES: Organizaciones criminales, lavado de activos, crimen internacional, impunidad.

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Candidato a optar el grado de Magister en Derecho penal por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Actualmente, Presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

SUMARIO: I. Aspectos generales II. El delito de lavado de activos III. Antecedentes del delito de lavado de activos IV. La prueba en el delito de lavado de activos V. Tratamiento legislativo del lavado de activos en el Perú VI. Estructura y sistemática de la Ley 27765 VII. Los tratados internacionales con respecto al lavado de activos VIII. La cooperación internacional para fines de decomiso en relación al delito de lavado de activos IX. Bibliografía.

I. Aspectos generales:

La inquietud de la comunidad internacional por la sanción de determinadas conductas consideradas graves es antigua. Así el lavado de dinero, fue penalizado por las legislaciones de los Estados, estableciéndose mecanismos de colaboración internacional para su persecución. En nuestros días, también se siguen apreciando esfuerzos de cooperación internacional a nivel de las legislaciones y los mecanismos de control y persecución, para combatir la comisión de delitos como el de **lavado de activos**.¹

Ahora bien, con el propósito de enfrentar esta situación, se celebraron diversos tratados al respecto, obligándose los Estados a tipificar estas conductas en sus legislaciones internas y a colaborar en su persecución. De este modo que el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas en virtud de dichos tratados, lo único que generó fue la atribución de responsabilidad internacional a los Estados, razón por la cual un sector de la doctrina indica que en estos casos no estamos estrictamente frente a normas jurídico penales o de Derecho Penal Internacional, afrontando una nueva criminalidad propia de una sociedad en continua mutación. Por ello es que el connotado **Blossiers Hume**², diseñó la siguiente e innovadora clasificación en:³ locales, regionales, nacionales, transnacionales, transfronterizas, transnacionalizadas, multinacionales.

Dichas organizaciones criminales ejercen sus actividades con notable impunidad. En consecuencia, nuestro artículo proyecta respaldar jurídicamente la necesidad de adicionar como crimen mundial el delito de lavado de activos, al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Para lograr este importante objetivo es necesario que las instituciones encargadas del control de la criminalidad y que gozan de iniciativa

legislativa, fundamenten proyectos de ley y que a través de nuestro Congreso de la República se formen comisiones que proponga en foros internacionales la necesidad de adicionar dicho ilícito a la lista de delitos de la Corte Penal Internacional.

II. El delito de lavado de activos

Es importante denotar que se conoce como lavado de activos a las distintas actividades realizadas por las organizaciones criminales y demás agentes delictivos con el fin de colocar, convertir y ocultar los efectos y ganancias ilícitamente obtenidos (producto de actividades ilegales, delincuenciales), integrándolas a la actividad económica y financiera del país para hacerlas pasar como si fueran lícitas o legales; dichas actividades consisten principalmente en efectuar inversiones, ventas, transferencias, adquisición y posesión de diversos bienes así como también operaciones al interior del sistema financiero y bursátil, con las que se busca ocultar el origen ilícito o ilegal de tales fondos.

El lavado de dinero o activos produce alteraciones en el sistema económico financiero de un país al integrar en el mercado interno recursos que se obtienen a un costo considerablemente menor respecto a las actividades lícitas, hecho que trastorna los principios en los que se basa el orden socio económico.

III. Antecedentes del delito de lavado de activos

Por primera vez en que se incorporó la figura de lavado de dinero en nuestro Código Penal fue en el mes de noviembre del año 1991, a través del Decreto Legislativo 736, en donde solamente se consideraba como delito de lavado de dinero (lo que hoy se denomina lavado de activos) a las ganancias ilegales provenientes de actividades del tráfico

ilícito de drogas.⁴

A la postre dicho Decreto Legislativo fue derogado por el Artículo 1 de la Ley N° 25399, publicada el 10-02-1992, siendo incorporado nuevamente la norma por el Artículo 1 del Decreto Ley N° 25428, publicado el 11-04-92. Posterior a ello se da otra modificación mediante el Artículo Primero de la Ley N° 26223, publicada el 21-08-93, siendo el último párrafo de ésta norma adicionado por el Artículo Único de la Ley N° 27225, publicada el 17-12-99.

Esta norma, con sus consiguientes modificatorias reguló el comportamiento penal de sujetos activos de este delito hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 27765 del 27 de junio del año 2002, fecha a partir de la cual se deja de hablar de lavado de dinero (proveniente del tráfico ilícito de drogas), y se utiliza el término "lavado de activos" para referirnos a las actividades orientadas a legalizar o lavar dinero mal habido o de ilícita procedencia, considerando las ganancias ilegales provenientes de actividades delictivas en general y no exclusivamente del tráfico ilícito de drogas, pues conforme al artículo 6º de la citada ley, las ganancias ilegales pueden provenir de actividades del tráfico de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, secuestro, extorsión, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, defraudación tributaria; contra el patrimonio en su modalidad agravada; delitos aduaneros, u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal.⁴

IV. La prueba en el delito de lavado de activos.

Ahora bien, la prueba que se convalida en el delito de lavado de activos resulta estar un tanto apartado de la concepción formal de la prueba, ya que la prueba usual en este delito es la indiciaria, a cuyo efecto la experiencia

dicta como válidos, y a título simplemente enunciativo los siguientes indicios:

- a) El incremento inusual del patrimonio de quien realiza las operaciones de ingreso de dinero o bienes al mercado o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, características del negocio mercantil llevado a cabo, razonabilidad de las inversiones o por tratarse de dinero en efectivo, pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias.
- b) La inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transferencias dinerarias.
- c) La constancia de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de drogas o con personas o grupos relacionados con aquellas, y.
- d) La utilización de documentos falsos para aparentar operaciones inexistentes, que estos indicios y otros que se establezcan caso por caso, siempre que por su gravedad y fuerza convictiva permitan inferencias razonables, y claro está, en la medida que se encuentren plenamente acreditados, pueden enervar la presunción de inocencia y, por ende, justificar una sentencia condenatoria.

En efecto, para la procedencia de una sentencia condenatoria se exige la concurrencia de los elementos indiciarios precedentemente señalados anteriormente, indicios que en conjunto hacen unidad de prueba que crea convicción en el Juzgador sobre la responsabilidad penal del procesado o los procesados y como tal se hacen merecedores de la correspondiente sanción penal.

V. Tratamiento legislativo del lavado de activos en el Perú

En la Convención de las Naciones Unidas de diciembre de 1988, se aprobaron medidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, precisando que cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho material positivo nacional cuando se cometan intencionalmente la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que estos procedan del tráfico ilícito de

drogas y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él.⁴

El Perú ingresó a una etapa decisiva del proceso de reforma y sustitución del Código Penal de 1924. Por aquel entonces, además, el delito de tráfico ilícito de drogas estaba tipificado en una legislación especial promulgada con el Decreto Ley N° 22095 de 1978, el cual había sido objeto de continuas enmiendas, destacando por su importancia para la descripción de las figuras delictivas la modificación introducida con el Decreto Legislativo 122 en 1981.

Debido a que la legislación nacional sobre el control de drogas se adscribía a los postulados del Modelo Psicosocial de Intervención y al hecho político que lo acordado en la Convención de Viena, se hallaba pendiente de aprobación en el Parlamento, los proyectos del Código Penal de 1986, 1988 y 1989 que fue promulgado en abril de 1991, no incorporaron en su cuerpo de leyes disposiciones referidas a la criminalización del lavado de dinero.

Con respecto al Código Penal de 1991, es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) El Código Penal del 1991 al integrar en su catálogo de delitos al tráfico ilícito de drogas, optó por trasladar las hipótesis típicas previstas en el Capítulo V del Decreto Ley 22095, cuyos supuestos habían sido en lo esencial modificados por el Decreto Legislativo 122 en 1981.
- b) La única modificación que en materia de los delitos de tráfico ilícito de drogas hizo el legislador de 1991, estuvo circunscrita al tipo básico del delito (Art. 296). Y para ello se recepcionaron los contenidos del artículo 344 del Código Penal Español, modificado por la Reforma de Urgencia de 1983.

Por ende, las fuentes legales seguidas por el Código Penal peruano de 1991 eran anteriores a la Convención de Viena, razón por la cual la omisión del lavado de dinero era desde aquella óptica explicable, entendiéndose el orden cronológico.

El lavado de dinero o activos produce alteraciones en el sistema económico financiero de un país al integrar en el mercado interno recursos que se obtienen a un costo considerablemente menor respecto a las actividades lícitas, hecho que trastorna los principios en los que se basa el orden socio económico.

No obstante, los hechos posteriores a la vigencia del nuevo Código Penal fueron creando las condiciones adecuadas para la incorporación del delito de lavado de dinero al derecho nacional. Al respecto, cabe señalar como relevantes los compromisos de interdicción que asumió el Estado Peruano con los Estados Unidos de Norteamérica, a través de un convenio bilateral aprobado por Decreto Supremo N° 100-01-PCM en mayo de 1991. El literal (h) apartado 27, de las Políticas de Interdicción propuestas en dicho documento fijaba como acción prioritaria contra el narcotráfico: "Lucha contra el enriquecimiento ilícito procedente de varias fuentes y el ocultamiento o lavado de recursos ilegales, a través de medios tales como sistemas de contabilidad adecuados de las instituciones financieras, intercambio internacional de

información que incluya los documentos de transacciones financieras, investigaciones a nivel nacional e internacional, cooperación en materia de observancia de la ley e investigación de injustificados signos exteriores de riqueza.

De igual forma, deben destacarse como hechos coadyuvantes a la criminalización específica del delito de lavado de dinero en el derecho penal nacional, la participación peruana en el grupo de expertos que convocó la **CICAD-OEA**, para la elaboración del "Reglamento Modelo" de legislación continental que recomendó la reunión de Ixtapa, así como la ratificación de la Convención de Viena por el Congreso a través de la Resolución Legislativa 25352 del 23 de septiembre de 1991. Es más, podría afirmarse que las circunstancias citadas dejaron exerta la oportunidad **político criminal** para la represión de los actos de enobrimiento financiero en el país, pues alinearon definitivamente al derecho interno con las principales tendencias internacionales de criminalización.⁵

En suma ante un conglomerado de decretos legislativos que fueron promulgados por el Ejecutivo durante el mes de noviembre de 1991, se incluyó al Decreto Legislativo 736⁶, que adicionaba dos artículos a la Sección II, del Capítulo III, del Título XII del Código Penal, sobre tráfico ilícito de drogas. Dichos dispositivos signados como **artículos 296 A y 296 B**, tuvieron por función político-penal criminalizar los actos de lavado de dinero proveniente del narcotráfico. Debemos resaltar que para justificar esta decisión, el legislador recurrió a argumentos similares a los tradicionalmente expuestos para explicar las frecuentes modificaciones ocurridas en nuestra legislación penal antidroga. En tal sentido se destacaba la ineficacia de las posiciones vigentes, la necesidad de cumplir con acuerdos estratégicos internacionales y la voluntad política del Estado de reprimir severamente el tráfico ilícito de drogas. No obstante, la condición novedosa de los hechos criminalizables, así como la relación coyuntural que el Estado atribuye al narcotráfico con las organizaciones



terroristas fueron, también, empleadas en los considerándoseos del Decreto Legislativo 736. Sobre ello señalaba el legislador: "Que el Estado no puede permanecer indiferente ante esta amenaza por lo que es imprescindible adoptar medidas legales para contrarrestarla definiendo con precisión las nuevas conductas delictivas que se relacionan con los bienes, productos o beneficios ilegales que se obtienen como consecuencia del proceso de comercialización de drogas, así como el movimiento de estos capitales para evitar su reciclaje al volver a ingresar al circuito económico del país mediante operaciones de lavado de dinero, lo que amerita describir el tipo básico respectivo, indicando taxativamente aquellas circunstancias específicas que permitan apreciar al juzgador las agravantes o atenuantes de la pena.

Ahora bien, en cuanto a técnica legislativa el nuevo delito era incorporado a través de dos modalidades de ejecución, como se ha señalado; la primera, prevista en el artículo 296 A, se relaciona con los actos de conversión, transferencia y ocultamiento de los bienes originados o derivados del tráfico ilícito de drogas. Y la segunda, tipificada con el artículo 296 B, estaba dedicada a los actos de lavado de dinero a través del sistema financiero o mediante procedimientos de repatriación de capitales, los cuales fueron derogados por la **Ley Nro. 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos**.⁷

VI. Estructura y Sistemática de la Ley 27765

La Ley Penal contra el Lavado de Activos (Ley 27765) adoptó una estructura y sistemática similares a las que habrían sido empleadas en otras normas penales complementarias, que tipificaban delitos fuera del Código Penal como la Ley de Terrorismo (Decreto Ley 25475), la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo 813) y la Ley de los Delitos Aduaneros (Ley 28008).⁷

Este tipo de normas se caracterizaba por integrar conjuntamente disposiciones penales, procesales y de ejecución penal. El legislador nacional, pues, construyó la nueva normatividad penal contra el lavado de activos de esa misma manera. Por consiguiente, al interior de la Ley 27765 encontramos tres clases de normas:

Normas penales. Estas disposiciones están dedicadas a la tipificación y sanción de los actos criminalizados. Ese es el caso de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley.

Normas procesales. Son aquellas que se refieren a la investigación o juzgamiento del delito, así como a la actividad probatoria. En la Ley que comentamos tienen esa condición el artículo 5º y 6º.

Normas de ejecución penal. Se trata de normas que aluden al régimen de cumplimiento de penas o a la aplicación de beneficios penitenciarios. El artículo 7º de la Ley Penal contra el Lavado de Activos es una regla de este tipo.

VII. Los tratados internacionales con respecto al lavado de activos

El Perú ha suscrito tratados bilaterales y multilaterales en materia de lavado de activos y de cooperación judicial internacional en materia penal, los cuales tienen un amparo carta magna, disponiendo primeramente de acuerdo al artículo 55 de la Carta Magna que forma parte del derecho nacional, constituyendo así un instrumento fundamental para crear las condiciones pertinentes y vinculantes para lograr la lucha contra el lavado de activos.

El fenómeno del crimen organizado que es de carácter transnacional va más allá de un área o territorio determinado en donde se aplica un marco jurídico, perdiendo así fuera de dicha jurisdicción validez y eficacia las normas de un país.⁸

Pero tenemos que la criminalidad organizada y la corrupción no solo traspasan las fronteras nacionales sino que deliberadamente lo hace para que las autoridades no les alcancen por el principio de territorialidad.⁹ Y no solo se hallen limitados en su jurisdicción las autoridades judiciales sino también la policía. Razón por la cual para superar dichas limitaciones es que surge en 1925 la expresión de "Entre ayuda Penal", también denominada posteriormente como "Entre ayuda Penal" que implica colaboración entre los Estados, sin detrimento de sus respectivas soberanías.

VIII. La cooperación internacional para fines de decomiso en relación al delito de lavado de activos

En este acápite es de carácter procesal, y queremos destacar que se cuenta con instrumentos internacionales sobre la disposición de los dineros, bienes, efectos o ganancias, esto es respecto a las consecuencias accesorias, patrimoniales o reales en relación al delito, así tenemos:

- a) **Acuerdo sobre extradición.** (Congreso Bolivariano de Caracas) del 18 JULIO 1991 Art. XI aprobado por el Perú por Resolución Legislativa N° 2155 del 22 OCTUBRE 1911 y ratificado el 22 DICIEMBRE 1916. "Todos los objetos que constituyen el cuerpo del delito, los que provengan de él o hayan servido para cometerlos, lo mismo que cualesquiera de otros elementos de convicción que se hubiera encontrado en poder del fugitivo, serán después de la decisión del Estado competente, entregados al Estado solicitante".¹⁰ Países signatarios: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. En la actualidad, vigente solo con Colombia por haber sido reemplazado respecto de los demás firmantes, por las disposiciones de la convención sobre Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), firmado en la Conferencia Panamericana de la

Habana que Colombia no ha ratificado.

- b) **Código de Derecho Internacional Privado-Código de Bustamante:** (VI Conferencia Internacional Americana). Suscrito en La Habana, el 20 de febrero de 1928. Aprobado por Resolución Legislativa N° 6442 del 31 de diciembre de 1928. Instrumento de ratificación depositado el 19 de agosto de 1929. En vigencia desde el 18 de septiembre de 1929 (según Art. IV de la Convención). Países signatarios que lo han ratificado: Bolivia (R) (*), Brasil (R), Costa Rica (R), Cuba, Chile (R), Ecuador (R) (*), el Salvador (R), Guatemala, Haití (R), Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú (*), República Dominicana (R) y Venezuela (R) (*).¹¹
- c) **Convención Interamericana contra la Corrupción.** Del 29 de Mayo 1996, aprobada por Resolución Legislativa N° 26757 del 05 de Mayo 1997 y ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE del 12 Mayo de 1997.
- d) **Convención de las NN. UU. contra la corrupción**
- e) **Convención de las NN. UU. contra la Delincuencia Transnacional Organizada (Convención de Palermo)**

1 DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2000) Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma. Lima, Pág. 11.

2 BLOSSIER HUME, Juan José (2000) Política Criminal y Anticriminal, Edit. Disartgraf, Lima, Pág. 54E.

3 FLORES CHAVEZ, Rosa Isabel, publicado en Revista Electrónica artículo, TV, en Lima, el día 13.12.2010.

4 BLOSSIER HUME, Juan José. Op. Cit. Pág. 125.

5 BLOSSIER HUME, Juan José (2005) Aportes para las Nuevas Funciones de la Corte Penal Internacional, Edit. Disartgraf, Lima, Pág. 130.

6 Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27 de junio del 2002.

7 PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2007) Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, Edit. Grijey, Lima, Pág. 127.

8 ROLANDO RAMÍREZ, Rosa Mercedes (2005) Lavado de Activos en el Perú y a Nivel Mundial, Edit. Ediciones Jurídicas, Lima, Pág. 339.

9 BLOSSIER HUME, Juan José (2007). Criminalidad Organizada & Corrupción, Edit. Disartgraf, Lima, Pág. 334.

10 BERNALCAVERO, Jorge Antonio (2007) El Lavado de Activos en la Legislación Peruana, Edit. San Marcos, Lima, Pág. 102.

11 (*) Países de la Comunidad Andina. ® Ratificado con Reserva.

Bibliografía:

BLOSSIER HUME, Juan José (2000) Política Criminal y Anticriminal, Editorial Disartgraf, Lima.

BLOSSIER HUME, Juan José (2005) Aportes para las Nuevas Funciones de la Corte Penal Internacional, Editorial Disartgraf, Lima.

BLOSSIER HUME, Juan José (2007) Criminalidad Organizada & Corrupción, Edit. Disartgraf, Lima.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2000) Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma. Lima.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2007) Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, Editorial Grijey, Lima.

ROLANDO RAMÍREZ, Rosa Mercedes (2005) Lavado de Activos en el Perú y a Nivel Mundial, Edit. Ediciones Jurídicas, Lima.

BERNALCAVERO, Jorge Antonio (2007) El Lavado de Activos en la Legislación Peruana, Edit. San Marcos, Lima, Pág. 102.

(*) Países de la Comunidad Andina. ® Ratificado con Reserva.

LA PRUEBA, en el Nuevo Código Procesal Penal

Dr. Gastón Molina Huamán
Juzg Superior Titular del Callao

El nuevo Código Procesal Penal, promulgado en el año 2004, denominado por algunos como acusatorio, y por otros acusatorio adversarial, se remonta al Proyecto del Código Procesal Penal Tipo para Ibero América de 1978, que ha inspirado los ordenamientos procesales de Costa Rica de 1996, Chile del año 2000, Colombia del 2004, entre otros. De Europa hemos heredado la influencia de los códigos de Alemania de 1987 e Italia 1988, siendo el antecedente más específico en nuestro país, el Código Procesal Penal de 1991.

Concepto de prueba

Como prueba debe entenderse todo medio que produce un conocimiento cierto o probable, acerca de cualquier cosa, y en sentido laxo es el conjunto de motivos que suministran ese conocimiento.¹

En sentido estricto y bajo la concepción que inspira el nuevo modelo procesal penal, prueba es todo lo que sirva, para el descubrimiento de la verdad concreta o la denominada verdad legal, que no es otra que las imputaciones formuladas en la acusación fiscal, que a su vez constituye los hechos sobre los cuales se pretende aplicar la ley penal.

Objetivo de la prueba

En el artículo 155 del Nuevo Código Procesal Penal se precisa lo que es objeto de prueba, a saber: los hechos

referidos a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, al igual que todo lo referido a la posible responsabilidad civil, derivada del injusto penal. Se precisa igualmente, que no puede constituir objeto de prueba, las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, lo que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio. Un dato esencial lo constituye la posibilidad que tienen los sujetos procesales, de acordar que determinada circunstancia que forma parte del objeto procesal, no necesite ser probada, acuerdo que deberá constar en acta.

Diferencia entre actividad probatoria y actos de investigación

Es necesario determinar la diferencia entre la actividad probatoria, con los denominados actos de investigación. El artículo 155 del Nuevo Código Procesal Penal, se dedica a desarrollar la actividad probatoria, precisando que se encuentra regulada por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú; y, por el propio Código.

La actividad probatoria está constituida por un conjunto de manifestaciones de voluntad, de conocimiento o de razonamiento que proceden de los sujetos procesales, normadas por la ley y que tienden a producir un estado de certeza o admisión de una objetiva probabilidad.²

1. PEÑA CABRERA FREYRE, Alberto Raúl. Manual de Derecho Procesal Penal, con Aregajo al Nuevo Código Procesal Penal. 3era. Edición. Abril 2011. Ediciones Legales E.I.R.L. Pág. 344.
2. http://www.cej.org.pe/pdf/diplomados/estado_inspdoco00no.pdf

Por su parte, los actos de investigación forman parte de la denominada etapa de investigación preparatoria, que a diferencia del acto de prueba, no se integra en el juicio oral.

Los actos de investigación pueden fundamentar resoluciones sobre medidas cautelares, algunas peticiones o incidencias que se produzcan en el proceso, en tanto que los actos de prueba servirán en su momento, para fundamentar una sentencia.

En los actos de investigación, no existe un absoluto respeto para los principios de inmediación y contradicción, lo que sí es necesario en los actos de prueba.

Finalmente, cabe concluir afirmando que los actos de investigación no tendrán la eficacia jurídica que los actos de prueba, excepto cuando aquellas no puedan reproducirse en el acto oral (prueba preconstituida).

Principios que rigen la actividad probatoria

En el marco del nuevo modelo procesal penal, esto es dentro del sistema acusatorio, la actuación probatoria se debe llevar a cabo con total respecto a los derechos fundamentales, en función de los cuales, podemos citar los siguientes principios:

- a) **Legalidad.-** Este principio guarda estrecha relación con la conducencia o idoneidad legal de la prueba, tendiente a demostrar determinado hecho; lo que se quiere es que su empleo no sea contrario al orden jurídico vigente, esto es, que el método empleado se encuentre permitido por la ley o si, conforme a ella, es el idóneo para demostrar el hecho pretendido. Tiene una doble vertiente, formal y material, la primera exige la adecuación de la proposición probatoria a las formalidades que la ley determine para su admisibilidad; la segunda, exige que el acopio probatorio se efectúe, con pleno respeto a los derechos fundamentales, esto es, la imposibilidad de proponer, actuar y valorar la denominada prueba ilícita, ilegal o prohibida. El Nuevo Código contiene disposiciones expresas en este sentido, en sus artículos 157.3 y 159.
- b) **Pertinencia.-** Este principio hace referencia a que entre el medio de prueba y el hecho que se ha de probar, tiene que existir una relación lógica, esto es, que el medio probatorio se encuentre directamente referido al objeto del proceso. Solo así podrá ser pertinente.
- c) **Legitimidad.-** Este principio está relacionado tanto con el sujeto que aporta la prueba como con el que la valora. Ello implica que goce realmente de facultades procesales.
- d) **Libertad de la prueba.-** La tendencia que impone



“Los actos de investigación pueden fundamentar resoluciones sobre medidas cautelares, algunas peticiones o incidencias que se produzcan en el proceso, en tanto que los actos de prueba servirán, en su momento, para fundamentar una sentencia.”

el modelo acusatorio es el de la libertad probatoria, lo cual implica que es posible probarlo todo y por cualquier medio, en la medida que no afecte los derechos fundamentales de la persona.

- d) **Utilidad.**- En la medida que la prueba sea relevante para la resolución del caso concreto, tendrá utilidad. No se trata de sobreabundar elementos probatorios sino de establecer con precisión el servicio que pueda prestar la prueba dentro del proceso, descartando aquello que sea irrelevante para el fallo y por consiguiente inútil, ya sea superflua, redundante o simplemente corroborante de hechos ya satisfactoriamente probados.

Valoración de la prueba

A diferencia del denominado “criterio de conciencia”, el modelo acusatorio impone en el juzgador la obligación de respetar el sistema que contiene las denominadas reglas de la sana crítica, valoración razonada de la prueba y la libre valoración de la prueba. No podemos dejar de señalar, que esto constituye un enorme avance en el sistema valorativo probatorio.

El Nuevo Código Procesal Penal establece en el artículo 158, que en la valoración de la prueba el juez habrá de observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, en tanto que respecto de la prueba indiciaria, dispone que se hace necesario que el indicio esté probado, que su inferencia se base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, así como que los indicios contingentes, deberán ser plurales, concordantes y convergentes, con ausencia de contradicciones consistentes.

El sistema de libre convicción o sana crítica racional exige que las conclusiones a las que arribe el juez en su valoración probatoria, sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoya, que es lo mismo en lo que constituye sus fundamentos el fallo. Si bien en este nuevo modelo, el juez logra valorar la prueba actuada con total libertad, sin embargo resulta claro que deberá hacerlo con respeto de los principios de la recta razón, esto es, de acuerdo con las normas de la lógica, la psicología y la experiencia común.³



La necesidad de motivar las resoluciones, no es otra cosa que la obligación que tienen los jueces de proporcionar las razones de tal convencimiento, que pasan por describir el elemento probatorio y luego exponer su valoración crítica.

Las denominadas reglas de la sana crítica, no son otra cosa que la ciencia y la experiencia, las que sirven para generar convicción respecto de lo que produce la prueba o la negación de la misma.

Otra concepción del principio de libre valoración de la prueba, pasa por dos circunstancias: primero, la libre valoración no es otra cosa que la no sujeción a exigencias tasadas en los textos legislativos; y, en segundo lugar está la libertad de valoración, sino por el contrario imponen la utilización de reglas como la lógica y las máximas de la experiencia, lo que en su conjunto constituyen las denominadas reglas de la sana crítica.

Finalmente, las máximas de la experiencia no son otra cosa que los datos de hecho, que existe en el resultado obtenido (resolución), como consecuencia del común modo de ser y obrar de las personas o cosas. En otras palabras, son normas de conducta que el grupo o la sociedad van aceptando en función a la convivencia práctica y las costumbres, que poseen una validez general y por consiguiente independiente de los casos particulares.

³ GERHARD, Walter. Libre Apreciación de la prueba. 1995.



Criminalidad y delincuencia organizada en el Nuevo Proceso Penal: *un aporte desde la criminología y la política criminal*

Miguel Rafael Pérez Arroyo¹

I.- Introducción:

El mundo contemporáneo ofrece nuevos retos a todas las Ciencias Penales y a la Criminología. Especialmente ésta última, es la que más ha evolucionado en su línea aportativa frente al problema criminal y es que en razón de la forma como se estructura la sociedad contemporánea, también la criminalidad se ha venido transformando y evolucionando.

Desde lógicas individuales de comisiones delictivas hasta lógicas organizadas y cada vez más complejas, en donde la cultura de la desaparición de la prueba y la violencia ejercida contra quien se atreve a cuestionarles juega un rol más que

importante para su perpetuación y enquistamiento social, con visos a destruir las sociedades y volverlas cada vez más injustas, violentas y perversas. Asociado a este fenómeno se presenta la corrupción, de la que se sirven los grupos organizados del delito. Desde esta perspectiva, se pretende incluir los fenómenos delictivos corruptos a estas formas de criminalidad, siendo el proceso penal, en orden a sus fines político criminales de búsqueda de la verdad y de legitimación de la sanción penal a conseguir, el principal y privilegiado llamado a estructurar cada vez formas más eficaces de control penal formal.

1.- Delito y criminalidad como objeto de estudio compartido entre todas las ciencias penales y la criminología.

El delito se presenta, en los tiempos contemporáneos, como un objeto de estudio y de trabajo metodológico para todas las Ciencias Penales en su conjunto y, desde luego, para la Criminología. Afirmación que ni bien hecha puede generar muchas suspicacias e inquietudes pero que se justifican plenamente por el derrotero que poco a poco ha tenido la Criminología, en su pretensión informativo y de aportación fáctico, histórica y objetiva en la lucha contra el delito y su expresión fenomenológica: la criminalidad.

Así, la Criminología ya no es más una disciplina que se integre a las Ciencias Penales, como siempre se le ha pretendido incorporar, sino que se coloca sobre ellas; tanto sobre el Derecho Penal, el Proceso Penal y el Derecho Penitenciario; 01 lado de lo Política Criminal a quien la nutre permanentemente para mejor informarle sobre las estrategias que hay que seguir y desechar, en la lucha contra la Criminalidad. Cuando se legisla sobre un tema en concreto, a nivel de Ciencias Penales, se crean normas materiales, procesales o de ejecución penal, pero siempre ello debe estar impregnado de datos históricos, objetivos y concretos respecto de lo que se pretende legislar, en razón de la materia y de los objetivos concretos que se pretenden alcanzar sobre la base de dicha legislación. Y para ello, es útil la Criminología; necesaria y trascendental.

Para el Derecho Penal, su objeto de estudio será por siempre el hecho punible, en su expresión más pura; el delito (la falta también es un hecho punible). Pero sobre todo, su consecuencia jurídica per se, "la pena" (de la que deriva incluso su calificación científico: el derecho penal -*diritto penale*, *strafrecht*, etc.). Para la Criminología, el "delito" queda corto en cuanto a objeto de estudio; siendo que el delito es sólo una expresión normativizada de la realización de una conducta desviada, disfuncional a las expectativas sociales. Por tanto, no es el delito, en su expresión normativa; el objeto de estudio de la Criminología; sino más bien la conducta desviada, sociológicamente hablando. A su vez, el sujeto desviado, la víctima y el control social. Desde esta perspectiva, el fenómeno delictivo, la criminalidad, se estructura en una construcción a tres niveles: conducta desviada (que en algunos casos podrá ser una conducta delictiva -en tanto que toda conducta delictiva es desviada, pero no al revés- el sujeto desviado y el control social afecta al mismo, y desde luego, la víctima quien es el sujeto sobre quien recae el daño criminal y civil de las acciones delictivas. De aquí que se pueda decir, con razón, que la Criminología se identifique con las Ciencias Penales, en cuanto a uno de sus objetos de estudio, pero incluso aquí, se desprende del concepto normativo del delito y se expande al de la conducta desviada y otras formas de expresión de la delictividad; siendo que a este nivel, cobra autonomía científica y reclame carta de naturaleza autónoma como Ciencia Social del Crimen.

También es útil la Criminología, para desentrañar los fenómenos concretos de la criminalidad contemporánea, tanto

en sus formas comisivas como en sus diversas expresiones fenomenológicas concretas²; todo ello a fin que las respuestas político criminales, a nivel de Derecho Penal material y Procesal -o la vez que de ejecución penal-, sean eficientes a los objetivos político criminales a que se contrae toda política responsable en el control de la criminalidad; su reducción incidental y su impacto positivo respecto al miedo al delito y la inseguridad con que la motiva, la delincuencia, sentimientos adversos de la sociedad respecto del sistema penal y de enjuiciamiento criminal: más efectividad de los órganos de control penal y menos delincuencia.

En este sentido, el delito le sirve al proceso penal, para fijar su razón dialéctica, su objeto de investigación y enjuiciamiento; tanto en términos de ocurrencia de hechos (truncos y circunstanciales), así como de atribución de responsabilidad (*thema probandum*). Así, el objeto del proceso será el hecho punible, sancionable con pena o medida de seguridad, y pretende con ello, legitimar la consecuencia jurídica ya sea en términos de condena como de absolución de cargos (como también el sobreseimiento y archivo del proceso). Con lo que el respeto de los derechos fundamentales del procesado, relativos ciertamente al proceso penal como son el del debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho de defensa se vuelvan de vital importancia, mereciendo el calificativo -por lo menos en el caso del derecho de defensa-, de "irrestringido" (conforme lo señalado en el artículo 139.14 de la Constitución Política del Estado).

A esta posición clásica del proceso penal, se añaden contemporáneamente, planteamientos ciertamente polémicos pero que a su vez responden a las necesidades político criminales de una sociedad en cuya morfología y caracterización (postmoderna, postindustrial), no sólo requiere de un proceso penal de garantías ciudadanas y respeto indiscriminado de los Derechos Fundamentales, sino que también de efectividad y sobre todo, de una clara voluntad de luchar contra el delito y su expresión fenomenológica más grave, la delincuencia organizada.

Todo ello sin olvidar que la razón de la existencia del Estado es el ser humano, y en concurrencia de su protección, el respeto de sus derechos fundamentales; pero tampoco (siendo una exigencia de cara a los nuevos parámetros morfológico sociales de las sociedades contemporáneas - postmodernas, post-industriales), que el Estado debe protegerse, racional y proporcionalmente contra expresiones criminales sumamente graves, como es el del asociacionismo criminal, expresado con la delincuencia y la criminalidad organizada.

2. Objetivo político criminal: la sensibilización social frente al delito, el delito es un problema social y comunitario.

Siendo la morfología social contemporánea la así planteada, interesa entonces que, desde la Criminología; con destino al Derecho Penal material y procesal, se busque una mayor apertura frente al problema de la criminalidad. Esto se logra con lo que GARCIA PABLOS DE MOLINA, estructuró en su

momento, relativo a "la empatización con el problema criminal". Esto es:

- i) El problema criminal no es problema sólo de las autoridades oficiales encargadas de su prevención y persecución pública, ex officio, por encargo Constitucional, conforme el artículo 1630 de la Constitución Política del Estado. Esto es, del Estado. El problema criminal corresponde ser asumido por toda la sociedad. Es un problema comunitario por lo que partiendo desde el Estado, en cuanto a planeamiento estratégico, es a la propia comunidad a la que el Estado debe comprometer en la lucha contra ella. Básicamente porque, a pesar que es el Estado el primer obligado en la lucha contra la criminalidad (conforme ya se ha dicho, constitucionalmente), se torna indispensable comprometer a la propia sociedad en su conjunto en la lucha contra la criminalidad, en el entendido que dichas conductas disfuncionales y contrarias a las expectativas sociales ordinarias y normativizadas (con especial relevancia éstas), conllevan a situaciones de distorsión en las relaciones interpersonales, colectivas y comunitarias (infra y extracomunitarias); y, en el caso de un tipo concreto de delincuencia y criminalidad (la delincuencia y la criminalidad organizada), a la destrucción de la propia sociedad.³
- ii) Procurar, desde el proceso penal, una lógica de apertura y flexibilización de los problemas que afectan a la sociedad y que requieren una respuesta pronta y eficaz respecto del problema criminal. Esto se traduce, por ejemplo, en que se pueden crear tipologías procesales propias, procedimientos y formas legitimadoras de la persecución penal ex officio, a partir de establecer bases objetivas mínimas con expresión objetiva de caracteres específicos en cuanto a necesidades político criminales concretos. Ejemplo, el Procedimiento del agente encubierto para fines de combatir la delincuencia y criminalidad organizada, atendiendo, dicha base objetiva (delincuencia y criminalidad organizada), a criterios de configuración objetiva derivadas a otros campos de las Ciencias Penales (por ejemplo a la propia Criminología), la mismo que nos dirá cuándo estamos ante un fenómeno criminal concreto en ese sentido, sin necesidad o pasando por alto que en el Código Penal no existe un conjunto de delitos definidos en términos comunes como de "delincuencia y criminalidad organizada".⁴

3. La delincuencia y criminalidad organizada como expresión fenomenológica del delito inserto en un tipo concreto de sociedad.-

Interesa a la Criminología el fenómeno criminal. El fenómeno delictivo; en toda su complejidad fenomenológica antes que normativa (la cual viene rezagada siempre). Le interesa prevenir el delito, individualmente (prevención primaria, secundaria y terciaria) e institucionalmente (prevención primaria y cuaternaria)⁵, con la finalidad de evitar en la sociedad la sensación de desprotección (miedo al delito), de impotencia y crisis generalizada (sociedad crítica de anomia



institucionalizada), en cuanto a intereses jurídicos y sociales que compete al Estado (y a la sociedad misma), defender para procurar su sobrevivencia. De toda esta lógica de prevención, le interesa con más rigor aquellas formas de criminalidad que no sólo destruye al individuo sino aquel que lo desestructura, destruye el tejido social y vuelve la vida en sociedad en una parábola más que contar y evitar.

Al proceso penal no le compete prevenir la delictividad sino que la viabiliza. Cumple como fin al asegurar que los resultados del proceso se ajusten a la verdad y que esa verdad, en términos contrastados, den como resultado la imposición de una sanción penal o una absolución que satisfaga por completo a la sociedad. Una vez impuesta la pena, la prevención terciaria cumple su cometido, de ahí que haga viable la prevención resocializadora puesto que se impone una pena a un

inocente, el teórico fin resocializador del sistema, una vez impuesta la pena, no sólo verá aniquilado del inicio su pretensión, sino que puede ser incluso adverso a lo que se pretende con el uso del sistema carcelario.

Bajo esta perspectiva, proceso penal y criminología se estrechan en un mismo esfuerzo: combatir con eficacia y efectividad la criminalidad, y con mayor rigor aquella que se presente con caracteres asociativos y que plantea retos importantes: a las ciencias penales actuales. Así, conforme se ha venido sosteniendo, en ciencias penales, tanto el Derecho Penal, el Proceso Penal como las demás disciplinas a fines, se han nutrido de una descripción compleja de cómo es que las sociedades contemporáneas se presentan y respecto de las cuales todas ellas deben confluir para dar solución al problema criminal.

A esta posición clásica del proceso penal, se añaden contemporáneamente, planteamientos ciertamente polémicos pero que a su vez responden a las necesidades político criminales de una sociedad en cuya morfología y caracterización (postmoderna, postindustrial), no sólo requiere de un proceso penal de garantías ciudadanas y respeto indiscriminado de los derechos fundamentales; sino que también de efectividad y sobre todo, de una clara voluntad de luchar contra el delito y su expresión fenomenológica más grave, la delincuencia organizada.

1. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y las Universidades de Castilla La Mancha y Complutense de Madrid. Máster en Criminología por la Universidad de Castilla La Mancha. Doctorado por la Universidad de Alicante de España. Actualmente es Profesor Titular de Criminología y Proceso Penal en la Universidad San Martín de Porres, Director General del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (Perú).
(*) Ponencia Magistrada en el VII Congreso Internacional de Criminología de México - Universidad de Ixtahuaca - "Nuevos retos y futuro de lo Nuevo Criminología - Noviembre de 2011". A su vez, en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal de Ica - Perú - Diciembre de 2011.
- (**) Este trabajo está dedicado a la memoria de mi padre, Rafael Pérez Vásquez. Fallecido hace cinco meses. Con la promesa de seguir para adelante y trabajar incansablemente por nuestros sueños, un Derecho Penal, material y procesal, mejor y más informado.
2. Sobre la base de esta afirmación, se han estructurado muchas descripciones respecto de cómo y bajo qué características se vienen produciendo las afectaciones diversas de la criminalidad y la delincuencia organizada, a la vez que otros fenómenos delictivos, en las sociedades contemporáneas; desde la lógica caracterológica propia de las sociedades postmodernas, hasta la concreción misma, respecto de ese tipo de sociedad postmoderna; de los fenómenos delictivos concretos (Vid. Ut. Infrá).
3. Una experiencia parecida se vivió en Perú, entre los años 1990 y 1995 (primer gobierno del condeñado Presidente Alberto Fujimori Fujimori). Básicamente, en que el gobierno, bajo móviles distintos a los expuestos, pero también incurso en esta ideología de compromiso social y comunitario frente al delito y la criminalidad, utilizó al pueblo, lo adiestró, lo armó, lo transformó conjuntamente con su cultura de control de "buenas costumbres" (asentado en algunas comunidades que buscaban una constancia en las prácticas sociales de sus "miembros intracomunitarios"), a uno de "control de actos terroristas" y todo acto delictivo contrario a los intereses intracomunitarios pero con proyecciones extracomunitarias. Debido a ello, aparecieron los " Rondas Campesinas", como forma de organizaciones comunales que estaban bajo cargo de cualquier acto delictivo que dañara a cualquier miembro de la comunidad y que -proyectadamente, en el caso de los delitos de terrorismo, pasaron en peligro al propio Estado peruano-. Se le dotó incluso de una forma de autonomía jurisdiccional relativa, creando en el artículo 149^o de la Constitución Política del Estado una cláusula de jurisdicción penal indígena de exclusión relativa que ordena que dichas " Rondas Campesinas" pueden administrar Justicia, bajo sus normas de derecho consuetudinario y respetando los límites de los derechos fundamentales. Todo ello, hasta llegar a un acuerdo plenario de 2000 (1/2000-CJ-1 J-0), que lo elevó a rango de prácticas jurisdiccional indicada y recomendada paratoda la Jurisdicción Penal ordinaria, dados los conflictos que normalmente aparecían debido a esta "licencia" constitucional (Vid. PÉREZ ARROYO, M. El tratamiento Criminológico, Penal y Procesal Penal de las Minorías Etnoculturales en el Derecho Contemporáneo. Alicante - Lima (Tesis Doctoral-2010). Inédita. p. 713-715).
4. Esto no significa, ciertamente, conforme a lo exige la Criminología contemporánea; respecto de lo que significa la "denormalización del delito", para hacer frente al estudio de la criminalidad. Este objetivo amplificador, propio de la Criminología, a efectos del proceso penal, propone una valoración fenomenológica del delito, de la criminalidad, en este caso, de criminalidad sumamente lesivo como es el de la delincuencia y criminalidad organizada (Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. Criminología. Lima: INPEGOP, 2008, p. 225 y ss).
5. En un trabajo complementario al presente, he defendido ampliamente este tema en el sentido que la labor del criminólogo es la prevenir la conducta criminal, esencialmente y una vez ocurrida ésta, intervenir de la mejor manera a los efectos deseados al orden social y funcional o las expectativas sociales. De esta forma, se aprecia que esta prevención se da a tres niveles, ya desarrollados ampliamente en estudios previos (Cfr. GARCÍA PABLOS, A. Ob. CIT. p. 510 y ss); el primario, el secundario y el terciario. Respectivamente. Pero hoy uno más que puede ser útil considerar y que se ha propuesto como el "cuaternario" y que centra su atención en el abuso del sistema penal como factor de incidencia criminógena, como factor que condiciona la conducta criminal (Cfr. PÉREZ ARROYO, M. "la prevención como labor criminológica y político criminal fundamental", en desarrollo y tierra, pássim). Cfr. "Estrategias de lucha contra la criminalidad organizada ...", en VII Congreso Internacional de Criminología, Ixtahuaca, México, 8-11 de noviembre de 2011 (Ponencia).



*Madeleine Hldefonso V.
Juez Superior (p) del Cuzco*

El derecho a ser escuchado que tiene todo niño, niña o adolescente en los procesos sobre violación sexual

En los últimos meses, un importante diario del país ha informado a la ciudadanía con los siguientes títulos: "Solo ocho de cada 100 acusados por violación sexual han sido sentenciados en Perú" y "El 75% de víctimas de violación son peruanas menores de edad". De ambos artículos periodísticos se destaca lo siguiente:

- Solo 163 de las 1,874 personas acusadas de violación sexual en el Perú han sido sentenciadas en el año.
- Existen deficiencias en los procedimientos de investigación, tales como: a) La Policía Nacional no verifica los domicilios del

agresor y la víctima, y no se percata que en la mayoría de casos los violadores viven cerca o conviven con la víctima; b) No hay suficientes establecimientos de salud para la realización del examen médico legal, pues se señala que si la denuncia se realiza durante el fin de semana, la víctima debe esperar hasta el lunes para pasar el examen médico legal, y si el hecho se produce en zonas alejadas, no hay especialista para examen y los afectados deben viajar hasta la capital. Estas situaciones y deficiencias en el procedimiento dificultan (o en algunos casos impiden) la obtención de elementos probatorios a tiempo para detener,

procesar y sentenciar a los violadores de menores.

- El 75% de víctimas de violación sexual en el Perú son mujeres menores de edad y la mayoría de agresores son personas conocidas por la víctima (la cuarta parte de las violaciones contra menores son cometidas por parientes cercanos; el 12% por el padrastro).

La información propalada ensombrece nuestro panorama si tenemos en cuenta lo que revela el Informe Defensorial N.º 126 sobre: "Aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes", cuando se señala, entre otros aspectos, que:

- En la mayoría de los casos, el presunto agresor es una persona cercana a la víctima y que ésta es expuesta a la amenaza y a la intimidación por parte de él o de su entorno. Esta situación en la práctica, implica que la principal fuente de prueba no es asegurada para los fines del proceso penal, al no adoptarse una medida de protección a favor de las víctimas.
- Bajo porcentaje de exámenes psicológicos tanto practicados como ordenados, lo que estaría minimizando la utilización de un importante elemento de prueba que permitiría corroborar, en gran medida, la verosimilitud de los relatos de las víctimas o de los presuntos autores.
- Solo el 15.3% de menores de edad víctimas de agresión sexual se constituyen en parte civil en este tipo

de procesos penales, explicación que encuentra según el Informe citado, en el temor que puedan sentir las víctimas respecto de exponer su situación en un proceso penal que no garantiza la reserva de su identidad, así como la falta de acceso a un abogado de oficio que las asista y asesore:

"Solo el 10.2% contó con asesoría de un abogado. En este sentido, resulta preocupante que en un 88.8% de los casos que son objeto de la investigación, las víctimas no hayan tenido un abogado defensor (ni particular ni de oficio) durante su manifestación policial. Esto permite afirmar que las víctimas menores de edad de delitos sexuales se encuentran en una mayor situación de indefensión (...)".

De una lectura de los datos e

información presentada podemos fácilmente advertir que existe discrepancia entre lo que proponen las normas legales y lo que ocurre en la realidad, en un tema trascendental que concierne a la infancia y adolescencia, vale decir, en relación al derecho del niño, niña o adolescente a ser escuchado u oído en todo tipo de procedimiento administrativo y judicial.

El sistema legal tanto a nivel internacional como nacional ha previsto reconocer a la infancia y adolescencia un conjunto de derechos, siendo uno de orden vital el derecho del niño, niña o adolescente a ser escuchado en todos los asuntos que los afectan y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta. En el caso nacional, la previsión legislativa abarca lo siguiente:

- Que el niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de



formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.

- El Ministerio de Justicia designará el número de abogados para encargarse de brindar la asistencia judicial gratuita a los niños y adolescentes que necesitan, y en los casos de violencia sexual contra los mismos, la asistencia legal será gratuita y obligatoria.
- Ante la violación de los derechos del niño se puede acudir al abogado de oficio.
- Los consultorios jurídicos populares podrán brindar asesoría y patrocinio legal a los niños, niñas o adolescentes que resultan víctimas de violación sexual.

Aquella previsión legislativa nacional aún es insuficiente, ya que la doctrina y la legislación comparada vienen desarrollando las variadas dimensiones que comprende el derecho a ser escuchado del que gozan los niños, niñas y adolescentes, el cual constituye un principio general de la Convención sobre los Derechos del Niño, de igual categoría que el principio del interés superior del niño, el derecho a la vida y el desarrollo, y el derecho a la no discriminación. Es un derecho cuya manifestación no solo se establece como derecho en sí mismo, sino también como pauta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos de la infancia y adolescencia.

La doctrina ha dejado establecido que el derecho a ser escuchado del que goza todo niño, niña o adolescente no debe ser interpretado como un acto momentáneo sino como parte de un proceso de intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños.

- Este derecho, conforme a la interpretación oficial de la Convención antes citada, esencialmente, consiste en:
- Es una opción para el niño, pero

una obligación de garantizar para el Estado.

- Asegurar de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior.
- El niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas, es decir, que pueda expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.
- El niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria en especial cuando se investiguen acontecimientos dañinos, para evitar la revictimización.
- El derecho a ser informado de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias.
- No basta con escuchar al niño, sino que las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente cuando el niño sea capaz de formarse un juicio propio.
- Los procedimientos para escuchar eficazmente a un niño tienen que ser accesibles y apropiados, descartando un entorno intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad.
- La representación del niño puede ser realizada por uno de los progenitores o ambos. Por un abogado u otra persona cuando hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio (progenitor o progenitores) en los casos civiles, penales o administrativos. Los representantes deberán conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con los niños.
- A nivel de niños considerados como grupos, para la defensa de sus derechos pero también para ser alentados a que se formen una opinión libre y participen en la vida social, entre otras manifestaciones.

En la práctica, generalmente, el derecho del niño a ser escuchado es tomado en una dimensión momentánea (como acto de momento) y como una

prueba más dentro del procedimiento judicial. De ahí que, por ejemplo, en la mayoría de los procesos por violación sexual, la víctima niño, niña o adolescente aún participa como "medio de prueba", de quien se recaba la versión o declaración sobre los hechos, pero no se le brinda información sobre sus derechos, la implicancia de la investigación y del proceso, la información de cómo se han de adoptar las decisiones a lo largo del proceso, de los servicios públicos a su alcance, de las medidas de protección que pueden favorecerlo, de las medidas para ser representados en caso de conflicto de intereses con sus padres o tutores, ni menos se pone al alcance del propio niño, niña o adolescente víctima de agresión sexual los servicios de abogados de oficio.

La situación de la víctima de agresión sexual menor de edad se encuentra invisibilizada en las investigaciones y los procesos judiciales con mayor grado a lo que ocurre en el caso de los adultos, básicamente, por cuanto, la defensa de sus derechos corresponde ser ejercitada a través de sus representantes.

Conforme evidencian los estudios, en más del 75% de casos las víctimas de violación son peruanas menores de edad, y más de la cuarta parte de los agresores sexuales tienen una relación de parentesco, familiaridad, o relación cercana con el niño, niña y adolescente víctima de agresión sexual. Esta constatación pone en crisis la mera declaración formal del derecho a ser escuchado que tiene el niño, niña y adolescente en nuestro ordenamiento. Ello por cuanto, si en la mayoría de los casos el presunto agresor es una persona cercana a la víctima, entonces, ésta última puede estar expuesta a la amenaza y a la intimidación por parte del agresor o de su entorno, sea cuando se trate de agresión sexual por el padrastro, por los tíos, por los abuelos, primos u otros familiares.

Aspectos en la que está en cuestión la eficacia del derecho a ser escuchado:

“El derecho a ser escuchado que tiene todo niño, niña y adolescente constituye uno de los valores fundamentales que les corresponde como seres humanos y que constituye expresión de la especificidad de los derechos de la infancia y adolescencia.”

- En muchos procesos judiciales se ven casos en los que el padrastro es el único proveedor o sostenedor del hogar, o tiene hijos menores con la madre de la víctima, casos en que esta última tiende a no proteger el derecho de su hijo o hija agredido.
- Semejante situación se presenta en casos de parentesco cercano, en los que hay presión del entorno familiar.
- También se presentan casos en que el representante legal del niño, niña o adolescente víctima de violación sexual, a lo largo del proceso, cambia de versión sobre los hechos sin medir la trascendencia de este accionar en los derechos de sus representados (sus hijos e hijas), incluso presionan a la víctima para que cambie de versión sobre los hechos con la intención de favorecer al agresor sexual.
- La concurrencia del niño, niña o adolescente al establecimiento de salud para que se practique el examen psicológico, prueba que permitiría en gran medida corroborar la verosimilitud de los relatos sobre la agresión sexual, está sujeto a la decisión y disponibilidad de tiempo del padre o madre representante legal, concurrencia que es de esperar que no se producirá en caso de conflicto de intereses del representante legal con el menor agredido (cuando los agresores son el padrastro, padre, abuelos, entre otros familiares del representante), como se devela en el estudio.
- No se brinda el acceso efectivo y al alcance del propio niño, niña o adolescente víctima de agresión sexual los servicios de abogados

de oficio, de modo tal que ante la desidia del padre o madre que lo representa, el derecho a ser oído y sus demás derechos se ven afectados.

- Hacer uso del sistema de defensa pública (abogados de oficio), contratar un abogado privado, realizar el seguimiento del caso, intervenir en el proceso judicial para la defensa de su interés y ser escuchado, aportar pruebas, exigir la protección de su derecho vulnerado, hacer uso de los sistemas de salud que reparen el daño, entre otros, bajo el esquema actual está supeditado al accionar de sus representantes (sus padres), que en condiciones de conflicto de intereses operará, de seguro, en perjuicio de la víctima.

Estas constataciones y otras, han servido a la doctrina y legislación comparada para desarrollar mecanismos efectivos, normas y demás garantías para lograr una participación más activa del niño, niña y adolescente dentro de un procedimiento judicial, mediante la designación de un abogado especializado, representante especial o Curador Ad Litem, entre otros, cuya función ha de ser la de abogar y representar, a lo largo del proceso, el mejor interés del niño, niña o adolescente afectado, vale decir, ejercer una efectiva representación y defensa de los intereses.

Como postulan Millán y Villavicencio, la interpretación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es darle al niño, niña y adolescente la más amplia oportunidad de defenderse y plantear sus intereses

de conformidad con el mecanismo procesal que corresponda, es decir, intervenir en todos los asuntos que les afecten, formular alegaciones, presentar pruebas y estar protegidos contra la indefensión.

El Comité de Derechos del Niño en la Observación General N.º 12 (2009) sobre: El derecho del niño a ser escuchado, ante el riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante natural (sus padres), refiere que debe postularse una representación independiente, sea mediante un abogado u otra persona (trabajador social), que represente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitores, instituciones u órganos).

Por otro lado, Millán y Villavicencio advierten de un piso mínimo que deben considerar los Estados Partes para establecer modelos de representación judicial de los niños, niñas o adolescentes, previsto en el artículo 12 de la Convención citada. Y destacan una auténtica obligación positiva para los Estados destinada a que éstos diseñen mecanismos legales efectivos para garantizar este derecho. Consideran además, que cualquier regulación legal de esta materia debe ser clara respecto de las calidades o requisitos que debe reunir ese representante, por cuanto se corre el peligro de omitir la referencia explícita a que dicha persona puede ser un simple curador ad-litem o puede ser un abogado, incluso en términos dogmáticamente correctos, un letrado especializado en infancia.

Los autores antes citados, también señalan que el derecho de defensa no solo surge cuando alguien lo requiere, sino que es al Estado a quien le



corresponde asumir la obligación positiva de dotar a una persona de la asistencia letrada para asegurar el adecuado ejercicio del derecho.

A MODO DE CONCLUSIÓN

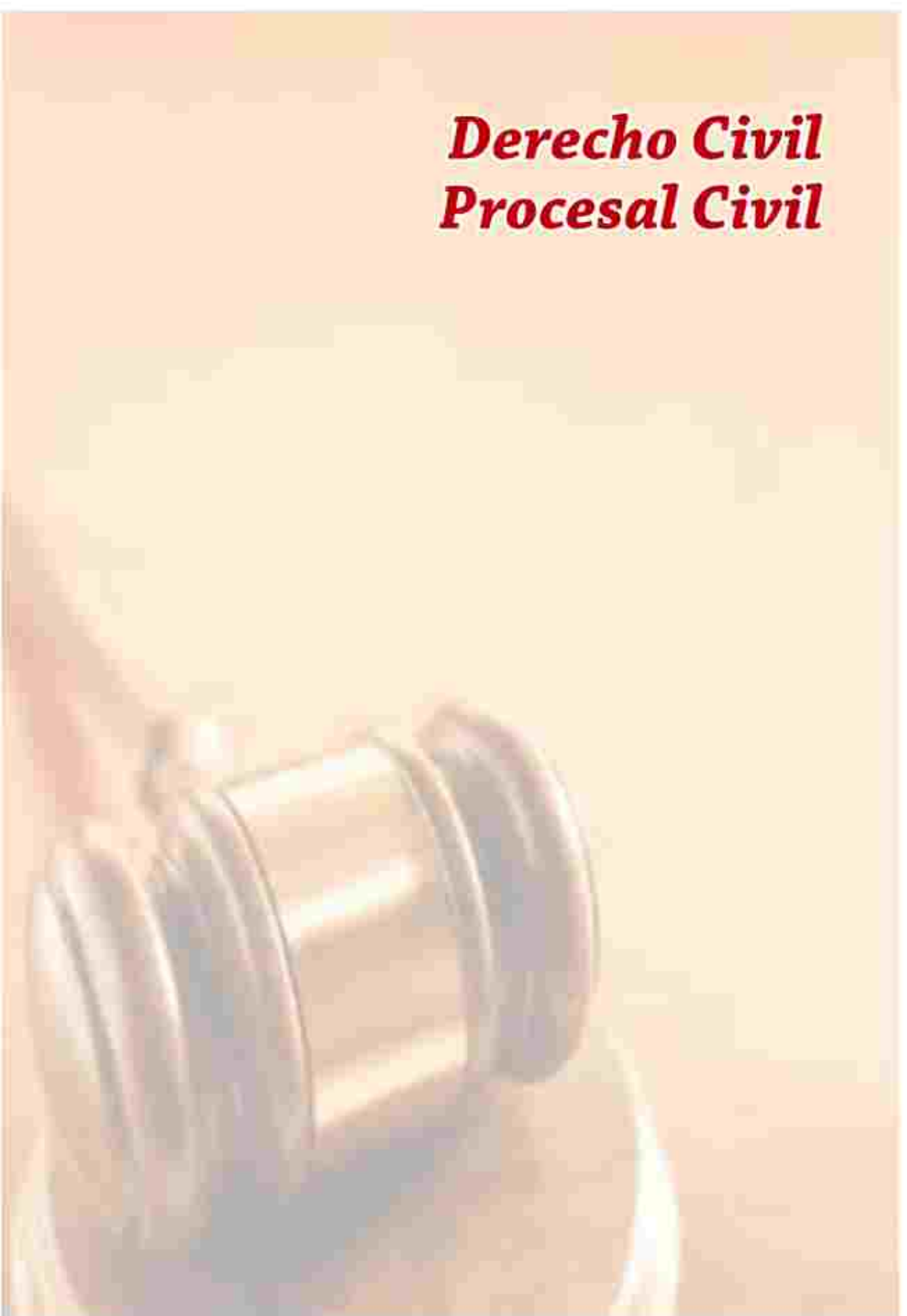
El derecho a ser escuchado que tiene todo niño, niña y adolescente constituye uno de los valores fundamentales que les corresponde como ser humano y que constituye expresión de la especificidad de los derechos de la infancia y adolescencia; cuyo respeto debe trascender desde el discurso

hacia la implementación de mecanismos específicos en el ordenamiento sustantivo y procesal, así como en la práctica judicial y administrativa para garantizar su pleno ejercicio.

Un paso importante que se debe dar para garantizar el pleno ejercicio del derecho a ser escuchado que tiene todo niño, niña, y adolescente, es la incorporación legal de la representación técnica a modo de abogado del niño o curador ad litem o, y de ese modo también garantizar su derecho a participar en la toma de decisiones, particularmente, en los procedimientos judiciales que los involucran. Por ello, una medida inicial debería ser la modificación del artículo 146 del Código de los Niños y Adolescentes para introducir un párrafo que prevea la designación por el Juez de un abogado de oficio o de cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo mandato de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de las acciones penales en casos de delitos contra la libertad sexual (actos contra el pudor, violación sexual, etc.). También deberá designarse un curador ad litem para aquel niño, niña o adolescente inmerso en un proceso penal como víctima, de apreciarse inactividad o falta de colaboración de sus padres para llevarse adelante las pruebas ordenadas.

- 1 Consultable en: <http://elcomercio.pe/lima/1349970/noticia-soleo-dcho-cada-100-acusados-violacion-sexual-ha-sido-sentenciados-peru>
- 2 Consultable en: <http://elcomercio.pe/lima/1336004/noticia-preocupante-75-victimas-violacion-con-mujeres-menores-edad>
- 3 Elaborado por la Defensoría del Pueblo, publicado en noviembre de 2007. Disponible en internet.
- 4 Numeral 34 de las Conclusiones del Informe Defensorial 120.
- 5 Numeral 21 de las Conclusiones del Informe Defensorial 120.
- 6 Numeral 50 de las Conclusiones del Informe Defensorial 120.
- 7 Numeral 15 de las Conclusiones del Informe Defensorial 120.
- 8 Art. 12 de la Convención: "1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función a la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado (...)"
- 9 Art. 0 Código de los Niños y Adolescentes
- 10 Art. 146 del Código de los Niños y Adolescentes
- 11 Art. 147 del Código de los Niños y Adolescentes.
- 12 Artículo 5 de la LEY N.º 20300, Ley del Servicio de Defensa Pública y el Artículo 9 del su reglamento contenido en el DECRETO SUPREMO N.º 013-2009-JUS.
- 13 La Observación General N.º 12 (2000) sobre: El derecho del niño a ser escuchado, elaborado por el Comité de Derechos del Niño.
- 14 La Observación General N.º 12 (2000) antes citada.
- 15 Millán, Patricio y Villavicencio, Luis: La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección. En: Revista de Derechos del Niño Número 1/2002 p. 05
- 16 Numeral 30. CRC/C/GC/12
- 17 Millán, Patricio y Villavicencio, Luis: Ob. Cit. p. 04-06
- 18 Millán, Patricio y Villavicencio, Luis: Ob. Cit. p. 50
- 19 Propuesta que se adopta teniendo como modelo la legislación chilena. Artículo 10, de la Ley n.º 10.066.

Derecho Civil
Procesal Civil



“El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva del proceso civil: nuevas tendencias”

Victor Roberto Obando Blanco**

Agradezco en primer lugar esta gentil invitación de los organizadores de este evento académico internacional, y por permitirme tener el privilegio de compartir esta sesión con el maestro Luiz Guilherme Marinoni, quien con la producción jurídica de otros profesores de su país, son fuente obligada de consulta para las investigaciones en nuestra disciplina y en particular en el estudio de los fundamentos constitucionales del derecho procesal. Y diría más: no solo de su doctrina, sino también la práctica judicial en el Brasil, como es en el caso de la aplicación del principio de no contestación en la fijación de hechos controvertidos (función delimitadora del Juez), donde se busca también señalar aquellos hechos que no han sido materia de controversia, no relevantes para el tema probandi sino para el tema decidendum.

Para efectos de esta exposición, he tomado cinco temas: definiciones del DTJE (análisis crítico de la jurisprudencia del Supremo Tribunal en sede nacional), las **manifestaciones concretas del DTJE** (tema central), la relación del proceso con el derecho material, la instrumentalidad del proceso, la reforma constitucional.

REFLEXIÓN INTRODUCTORIA

Quisiera compartir con Ustedes como reflexión introductoria las palabras del jurista filósofo Luis Prieto Sanchis, quien señala lo siguiente:

“Las ideas hoy tan presentes en nuestra jurisprudencia como razonabilidad, ponderación, prohibición de exceso, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad desplazan al modelo mecanicista de la codificación, el centro de gravedad del Derecho se despija también de las disposiciones normativas a la interpretación de la autoridad del legislador a las exigencias de justificación racional del juez.”

A manera de dato histórico, como sabemos, después de la Segunda Guerra Mundial, el derecho constitucional contemporáneo planeó la **relación entre Constitución y proceso**, donde se parte de concebir a los propios derechos fundamentales como garantías procesales, es decir, otorgándoles implícitamente a los derechos humanos un contenido procesal de aplicación y protección concreta. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce

* Exposición ante el II Seminario Internacional de Derecho Procesal “Proceso y Constitución” organizado por la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el Auditorio de la Facultad de Derecho el día 12 de mayo del 2011.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister en Derecho Civil y Comercial en la misma Universidad. Juez Civil Titular del Callao. Juez Superior (p) de la Primera Sala Civil del Callao. Profesor de Derecho Procesal Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal y Asociado de la Academia de la Magistratura. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Autor de la obra: “Proceso Civil y Derecho fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Base para un modelo” (ARA Editores, 2011)



necesariamente a dos cosas: primero, que el Estado asegure la tutela jurisdiccional y, segundo, que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos.

I DEFINICIONES DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva constituye la reafirmación del **carácter instrumental del proceso**, en tanto mecanismo de pacificación social. En esa línea, dicha efectividad abarca no sólo aquellas garantías formales que suelen reconocerse en la conducción del proceso (lo que, en teoría, atañe más al derecho al debido proceso) sino que, primordialmente, se halla referida a la protección eficaz de las concretas situaciones jurídicas materiales, amenazadas o lesionadas, que son discutidas en la litis.

Para que este derecho fundamental pueda ser considerado pleno, debe ser apreciado en toda su integridad, para tal efecto, el profesor español FRANCISCO CHAMORRO BERNAL ha subdividido el derecho a la tutela judicial efectiva a su vez, en cuatro sub-derechos básicos:

I. El derecho de libre acceso a la función jurisdiccional y al proceso en sí mismo.

- ii. El derecho de defensa o la prohibición constitucional de indefensión.
- iii. El derecho a obtener una resolución fundada en "Derecho" que ponga fin al proceso.
- iv. El derecho constitucional a la efectividad de la tutela judicial.¹

La situación jurídica material lesionada o amenazada requiere del valor eficacia en el proceso civil. Solo se puede tutelar un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva si se tiene técnicas procesales capaces de permitir la tutela de todos los otros derechos fundamentales. La única manera de pensar que la tutela jurisdiccional pueda ser efectiva es mirando el proceso en función al derecho material.

La tutela jurisdiccional efectiva se viene a convertir en la principal garantía fundamental dentro de un proceso jurisdiccional. La tutela jurisdiccional efectiva será aquel derecho fundamental de la persona a través del cual busca defender en el plano real sus derechos materiales. De esta manera, el proceso jurisdiccional es un instrumento para alcanzar dicho fin: es por ello que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sólo es aplicable dentro del proceso judicial. Este derecho permite que el proceso cumpla con sus fines.

De acuerdo a la doctrina desarrollada por el profesor brasileño Luiz Guilherme Marinoni,² el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual **se requiere de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos.** Se desea proponer, que el derecho a la tutela jurisdiccional, aún sin perder su característica de derecho a la

igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el **derecho a la efectiva protección del derecho material**, del cual son deudores el legislador y el juez. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva contiene el derecho a procedimiento (técnica procesal) realmente capaz de atender a los derechos, sea ante el Estado, sea ante los particulares. En el uso de la técnica cautelar, la expansión de la cautelar innominada significó un fenómeno de democratización del proceso, del acceso a la justicia y a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos.

Reafirmando su posición, el profesor Marinoni², desarrolla la **tutela preventiva** y la **tutela inhibitoria** del ilícito, como formas de tutela jurisdiccional diferenciada.

En esa línea la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano señala:

Uno de los elementos que componen la tutela jurisdiccional y que la definen es la efectividad. La tutela jurisdiccional que la Constitución reconoce debe revestir, entre otras exigencias, efectividad. La tutela no se agota en la sola provisión de protección jurisdiccional, sino que ésta debe estar estructurada y dotada de mecanismos que posibiliten un cumplimiento pleno y rápido de su finalidad, de modo que la protección jurisdiccional sea real, íntegra, oportuna y rápida. (STC N° 06356-2006-PA/TC de fecha 14 de abril de 2009, Fundamento Jurídico 8, el subrayado es nuestro).

Es por ello, que **resulta criticable la noción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia de la República** que señala:

Este derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) es un concepto abstracto distinto a la relación materia discutida en el proceso, y que se agota cuando las partes mediante el derecho de acción hacen valer sus pretensiones al incoar la demanda, contestar la misma, al reconvenir, y de acuerdo a otras formas procesales para hacer valer conforme la ley procesal, por tanto, el sentido del fallo justo o injusto no depende de esta institución procesal, sino de otras categorías sustanciales y procesales que se desarrollan en el proceso y terminan con una resolución definitiva... (Cesación N° 432-2005/ Camaná-Arequipa expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 2 de abril de 2007).

Sobre el "agotamiento" de este derecho también se refiere la **Cesación N° 2329-2000/ Huánuco** expedida por la **Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República**, publicada en el Diario Oficial "El Peruano", el 2 de enero del 2001.

II

MANIFESTACIONES CONCRETAS DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.

Por nuestra parte, diremos que debe explicarse más allá de las definiciones teóricas aquellas **manifestaciones**



concretas de dicho derecho en el proceso (sean como derechos contenidos en él, principios, potestades del Juez así como otras instituciones jurídicas cuyo fundamento es la tutela jurisdiccional efectiva) a través del desenvolvimiento de sus distintas etapas, y, a partir de allí, definir algunas situaciones que puedan concebirse como controvertidas, además de otros puntos que pueden denominarse 'casos atípicos'.

Los **mecanismos procesales en aplicación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva**, tienen que ver con derechos, principios, potestades del órgano jurisdiccional, instituciones procesales e **incluso hay procedimientos enteros, como el cautelar. Es importante observar allí que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no se entiende solamente desde la perspectiva del demandante, sino también del demandado, por cuanto muchas de las instituciones que se abordan sirven precisamente para tutelar los intereses de la parte demandada** (por ejemplo, el rechazo in limine de la demanda).

III

RELACIÓN DEL PROCESO CON EL DERECHO MATERIAL

La relación del proceso con el derecho material es un aspecto de mayor importancia en la teoría y práctica de la tutela jurisdiccional. El proceso revela un valor propio, al establecer las formas de tutela, por medio de las cuales se puede tomar efectivo el derecho material, sin perjuicio de la eficacia y de los efectos propios de la actividad jurisdiccional. La evolución de la sociedad y del derecho pasó a exigir, sin embargo, el ejercicio de la jurisdicción con el objetivo de tutelar no sólo derechos subjetivos, sino el propio ordenamiento constitucional. La

Instrumentalidad pone al descubierto la indispensabilidad del derecho material para el derecho procesal, en el sentido que este último no tendría razón de ser o ni siquiera posibilidad de existir si no contase con el derecho material. Al mismo tiempo, y correlativamente, sin el derecho procesal no podría existir un ordenamiento que es caracterizado por la prohibición de auto tutela.⁴

Se ha venido creando así una suerte de censura, en palabras del maestro PROTO PISANI, según el cual, los alcances realizados por el Derecho Material poco tienen que ver con el proceso y viceversa. Se creyó que la función instrumental del proceso estaba cubierta con la existencia del proceso de conocimiento capaz de solucionar indistintamente todos los conflictos acaecidos en el Derecho Material, sin poder ver el surgimiento de nuevos derechos que exigen de una forma de tutela jurisdiccional diferenciada.

IV LA INSTRUMENTALIDAD DEL PROCESO

Debe atenderse a los alcances de la instrumentalidad del proceso, es decir, la concepción del proceso no como un fin, sino como un medio para la concreción de la tutela efectiva de los derechos materiales (principio de efectividad), de los valores políticos y democráticos de la Constitución Política y, sobre todo, la pacificación social. El formalismo nunca debe sobreponerse a los fines del proceso, porque a estos sirve, de ahí la trascendencia del principio de elasticidad de las formas procesales a las exigencias sustantivas, humanas y constitucionales de la causa consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil en concordancia con los principios que integran la teoría de la nulidad procesal, entre ellos, el principio de convalidación.

La efectividad calificada, en perspectiva dinámica, implica, en primer lugar, el derecho de la parte a la posibilidad seria y real de obtener del Juez una decisión de mérito, alejándose, siempre que sea posible, de los obstáculos formales que impidan esa finalidad. Además, la efectividad calificada exige que la tutela jurisdiccional se adapte a la naturaleza de las situaciones subjetivas tutelables, de manera que sea plenamente satisfecha la necesidad de protección manifestada en la demanda.⁵

La propuesta principal de la tesis del profesor brasileño Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, es la del **formalismo-valorativo**. El proceso es visto, además de técnica, como un fenómeno cultural, producto del hombre y no de la naturaleza. En aquel los valores constitucionales, principalmente los de efectividad y seguridad, dan lugar a derechos fundamentales, con características de normas principales. El fin último del proceso ya no es sólo la realización del derecho material, sino la concreción de la justicia material, según las particularidades del caso.⁶

La malformación que consistió en el entendimiento que el derecho procesal se anclaba en el formalismo (la forma por la forma), se debió a que nuestra disciplina no avanzó a la par de la filosofía del derecho y el constitucionalismo. Por ello, las columnas vertebrales del nuevo derecho procesal la encontramos en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso.

El garantismo es un sistema de garantías complejo, que aparece con las constituciones de post guerra, donde se da la interpretación de los principios constitucionales y garantías básicas de la justicia y el proceso. La efectividad



debe ser una práctica diaria de la impartición de justicia. Las garantías verdaderas, a decir del maestro Michelle Taruffo, la comprenden no solo la imparcialidad del Juez -mal entendida por algunos por la que el Juez debe ser totalmente pasivo al interior del proceso- sino la garantía de acceso a la justicia, la garantía de la defensa, la garantía de una decisión justa, la garantía de la realización de los derechos (tutela cautelar, ejecución de sentencia).

Según reiterada y constante doctrina jurisprudencial española, el derecho a la tutela judicial efectiva se configura fundamentalmente como una garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con **critérios jurídicos razonables. Se deberá revisar la interpretación judicial de la razonabilidad, ante la denuncia de una sentencia arbitraria.**

V REFORMA CONSTITUCIONAL

En el marco de la teoría de la garantía procesal de los derechos fundamentales, se puede interpretar que la Constitución Política de 1993 ha consagrado por vez primera como principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (artículo 139 inciso 3, capítulo VII, título IV del Poder Judicial).

Tomando el Informe elaborado por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú presentado en Julio del 2001, se propone y recomienda incorporar el derecho al debido proceso en el capítulo de Derechos Fundamentales trasladándolo de la parte referida al Poder Judicial, resaltando su verdadera naturaleza y entendiendo por debido proceso, no solo desde la perspectiva procesal, sino se debe reconocer como derecho fundamental al debido proceso sustantivo, es decir, la vigencia de criterios como los de razonabilidad y proporcionalidad, que deben guiar la actuación de los poderes públicos.

Por nuestra parte proponemos mantener la incorporación que hiciera la actual Constitución Política al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, con el agregado de "efectiva", resaltando así el valor "eficacia" en el proceso judicial, cuyo antecedente en el derecho comparado lo encontramos en la Constitución española de 1978, sustentado en la diferencia de origen, contenido y ámbito de aplicación con el derecho al debido proceso.

PALABRAS FINALES

Conscientes de la crisis de institucionalidad que existe en nuestro país, la misma ha puesto en evidencia para el tema de la justicia, que durante casi dos décadas se siga hablando de procesos de reforma del Poder Judicial con pocos resultados en el sistema de justicia, ya que lo único que se ha evidenciado es la simple "administración de la crisis". Ahí va pues, el mensaje a los jóvenes, a la juventud estudiosa de nuestro país. De ellos dependerá que este país cambie de verdad.

Al finalizar, hago mías las palabras del Presidente de la Corte Suprema de Costa Rica doctor Luis Paulino Mora Mora pronunciadas en la ponencia titulada "El Rol de los Jueces ante la Modernización Judicial", realizada en Lima el día 7 de setiembre del 2000, quien desarrollando el tema del Juez como actor de los procesos de reforma judicial afirma lo siguiente:

"Indudablemente, la parte central de nuestro servicio, es la respuesta del juez, frente al ciudadano y por eso es indispensable, orientar la cultura organizacional, hacia un concepto del juez, como aliado de la sociedad, como garante de los derechos ciudadanos, que busque la solución del conflicto por encima de excusas burocráticas, consciente de que su rol en la sociedad es determinante para las relaciones familiares, económicas, comerciales, con el Estado, en fin, para la convivencia pacífica en general."

Termino señalando que ante estas carencias y urgencias del sistema judicial, nos queda afirmar que el momento de actuar ha llegado, no podemos esperar, si es que buscamos aplicar el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, base para un modelo de justicia accesible, eficiente, transparente, pronta y cumplida.



Casena de San Marcos (1996), maestro de maestros José León Barandiarán y el maestro Max Arias Shereiber Pezel, en compañía con el autor del presente artículo.

1. La Tutela Judicial Efectiva: Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución", Barcelona, Bosch, pp. 12 y 13; citado por Adrián Simóns Pino, "El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales". En: Revista de Derecho Temis, N° 58, Derecho Procesal Civil, 2010, p. 82.
2. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Lima, Palestra Editores, 2007, Biblioteca de Derecho Procesal N° 5, p. 230.
3. Tutela Específica de los Derechos. Lima, Palestra Editores, 2008, Biblioteca de Derecho Procesal N° 3, p. 35.
4. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Teoría y Práctica de la Tutela Jurisdiccional. Lima, Comunitas, 2003; pp. 150 y 155.
5. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En: Derecho Procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas. Lima, Universidad de Lima, octubre 2005. p. 75.
6. Del formalismo en el proceso civil. Propuesta de un formalismo-valorativo. Lima, Palestra Editores, 2007, Biblioteca de Derecho Procesal N° 7, pp. 20-23.



Anibal Quiroga León (*)

La actualidad del proceso cautelar en el **Código Procesal Civil del Perú**

(*) Profesor Principal y ex Editor General de la Revista *Derecho-PUC* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex vocal suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y Miembro Honorario del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Secretario Ejecutivo del Capítulo Peruano del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Investigador ocasional del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-UNIDROIT (Roma, 2022). Ex Codirector de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Secretario Ejecutivo del Centro de Investigaciones de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEFRO). Abogado en ejercicio.

EL PROCESO Y EL TIEMPO

Aún cuando resulta común identificar como sinónimos **acción, proceso, procedimiento, juicio y forma procesal**, cada uno de estos términos son diferentes y deben ser diferenciados entre sí, no obstante su íntima relación, por lo que es menester identificar cada uno de dichos conceptos en el margen de la sutileza que ello suponga.

El proceso judicial supuso ser aquella elaboración socio-jurídica que permitió desde antiguo la superación del mecanismo de la autodefensa, de la acción directa, de la justicia por mano propia, de manu militari y de la ley del Talión (autotutela) como medio de solución de los conflictos, haciéndose necesaria la intervención del Estado en la solución de los conflictos de intereses de los particulares con el propósito de lograr un desarrollo social en justicia y paz a través de la cautelación de las relaciones jurídicas y la sanción de sus contraventores.

Ello corre a cargo del Órgano Jurisdiccional, y éste a su vez funciona válidamente bajo una concatenación de actos jurídicos-procesales cuya culminación es la solución de la controversia bajo presupuestos, unánimemente acatados, de equidad y justicia. Esto segundo es el proceso.

CARNELUTTI (1) dice que según la acepción común, proceso, como procedimiento (de *procedere* -*Pro-Caedere*), indica ir-hacia-adelante mediante una serie, secuencia o cadena de actos coordinados para el logro de una finalidad. Es, pues, el conjunto de todos los actos que se realizan para la solución de un litigio. UGO ROCCO (2) lo define como el conjunto de las actividades del Estado y de los particulares con las que se realizan los derechos de estos y de las entidades públicas, que han quedado insatisfechas por falta de actuación de la norma de que derivan. CALAMANDREI (3) indica que el proceso judicial, civil o penal, consiste en una serie de actividades realizadas por el hombre, que colaboran para la consecución del pronunciamiento de la sentencia o en poner en práctica una medida ejecutiva. COUTURE (4) lo define a su vez como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión. MICHELI (5) nos dice que por proceso se entiende una serie de actos, realizados por varios sujetos, unificados estructural y funcionalmente por la unicidad del fin que la ley atribuye al conjunto de los actos mismos y, precisamente, la actuación en concreto de una cierta forma de tutela jurisdiccional. El proceso por antonomasia es, en efecto, el proceso jurisdiccional en el cual intervienen un órgano del Estado (el juez) en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Los seguidores de GOLDSCHMIDT (6) lo conceptúan como el método que siguen los jueces para definir la existencia del derecho de la persona que demanda, frente al Estado, a ser tutelada jurídicamente y para otorgar amparo en el caso que tal derecho exista. Finalmente, los adscritos a la escuela de CHIOVENDA (7) precisan que es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan mediante los funcionarios judiciales del Estado para lograr la acción de la ley en un caso concreto, con el fin de declarar o satisfacer coactivamente los derechos consagrados en ella.

Etimológicamente Proceso proviene de los términos *pro-caedo*, *pro-caedere* que significan *marchar hacia delante*.

El proceso se constituye así como una concatenación lógica de actos jurídico-procesales organizados racionalmente y orientados hacia la finalidad de la decisión *meritum causae* en la resolución de la controversia de que trate. El Proceso conlleva la idea de una realidad dinámica extendida en el tiempo opuesta a lo inmediato o instantáneo y que, además, requiere de la conexidad de tales actos, pues en caso contrario, tampoco se podría hablar de proceso.

Ahora bien, de la misma manera se ha visto anteriormente que el concepto jurisdicción tenía dos acepciones, una genérica y otra específica, igualmente el concepto del proceso puede estar referido a cualquiera de las dos acepciones comúnmente referidas como proceso jurisdiccional, en sentido lato y, proceso judicial en sentido estricto. Sin embargo, es adecuado dentro del derecho procesal referirse en sentido estricto al proceso como al proceso jurisdiccional-judicial o proceso jurisdiccional a secas.

ALZAMORA VALDEZ (8) nos dice que, el proceso, se traduce en constante dinamismo del órgano jurisdiccional del Estado y de las partes, se desarrolla en el tiempo, que ejerce trascendental influencia sobre él. Los hechos y los actos jurídicos, vistos desde las otras esferas del derecho, tienen cierto sentido de validez atemporal, pero dentro del proceso, que significa sucesión y continuidad, el tiempo es casi constitutivo de tales hechos. Triple es la relación del proceso con el tiempo: en primer lugar, el tiempo es el marco de la actividad procesal, en segundo lugar, es su ordenador, y, en tercer lugar, constituye una condición formal.

En efecto, el proceso como actividad dinámica, fluye y se desarrolla en un período o espacio de tiempo. En este sentido, se cumplen los distintos actos procesales que constituyen el proceso, desde el inicio hasta el final. La

duración del proceso es un valor esencial de la justicia, es decir, la duración del conflicto de intereses debe llegar con la mayor celeridad. Asimismo, la excesiva limitación en el tiempo del proceso o de los actos procesales, puede llegar a lesionar el Debido Proceso Legal (derecho de defensa) que constituye un derecho fundamental y una garantía constitucional.

La limitación de los plazos que disponen las partes para ser escuchadas y probar sus afirmaciones, límites excesivos, puede constituir una negación del derecho de defensa. Es necesario resaltar que dichos actos procesales se produzcan en ciertas circunstancias de tiempo para que sean válidos. En consecuencia, los que se hagan fuera de aquellos lapsos serán inválidos, es decir, nulos. Conforme VESCOVI (9) existen espacios de tiempo hábiles, genéricamente, para realizar actos del proceso en general (días y horas hábiles). Pero además, y según el contenido y la función (finalidad) de cada acto, habrá un lapso de tiempo determinado para que dicho acto pueda cumplirse. Esto es lo que se llama plazo. COUTURE (10) nos dice que el proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho.

El proceso judicial supuso ser aquella elaboración socio-jurídica que permitió desde hace tiempo la superación del mecanismo de la autodefensa, de la acción directa, de la justicia por mano propia, de manu militari y de la ley del Talión (autotutela) como medio de solución de los conflictos...

Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido. Esto acontece, con frecuencia, por la desnaturalización práctica de los mismos principios que constituyen, en su intención, una garantía de justicia, pero en otras oportunidades es la propia ley procesal la que, por imperfección, priva de la función tutelar. Es menester, entonces, una ley tutelar de las leyes de tutela, una seguridad de que el proceso no aplaste al derecho, tal como se realiza por aplicación del principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley procesal. La tutela del proceso se realiza por imperio de las provisiones constitucionales.

En este sentido, el principal defecto del proceso es el tiempo. El proceso toma tiempo. Esta situación plantea una paradoja: el ordenamiento prohíbe la autodefensa, de la acción directa, la justicia por mano propia; por otro lado, el ordenamiento jurídico confiere al particular un medio de protección del conflicto de intereses, sin embargo, ese medio de protección no actúa de manera inmediata, sino que requiere que transcurra el tiempo para que la mencionada protección sea efectiva. Pero esa demora genera un peligro, y muchas veces termina por producir la amenaza de lesión o una mayor lesión, muchas veces irreparables. De esta manera, el tiempo que toma la demanda de resolución de un conflicto de intereses que se encuentre lesionada o amenazada puede terminar por premiar a quién produjo la lesión o mantiene la amenaza y por perjudicar a quien el ordenamiento jurídico desea proteger. Tal como mencionamos, la relación entre el proceso y el tiempo, se centra en hacer que el proceso fluya dentro del tiempo necesario para que el demandado pueda ejercer su derecho de defensa y para que el Juez pueda adoptar una debida decisión, y a su vez, evitar que ese tiempo termine por perjudicar la declaración de una sentencia eficaz.

II. CLASES DE PROCESOS

II.1. El Proceso de Conocimiento.-

II.1.1 DEFINICIÓN.-

El proceso de conocimiento lleva al

Juez a conocer una determinada controversia entre sujetos y a resolverla, estableciendo cuál sea la situación jurídica entre las partes litigantes, es decir, a establecer quien entre los justiciables tiene la razón, mediante una resolución de fondo, generalmente una sentencia imperativa e inmutable, a la cual se le atribuye la calidad de cosa juzgada. CARNELUTTI⁽¹¹⁾ señala que, la fórmula del proceso de cognición asigna al proceso el contenido de conocer. Conocer y juzgar, en el terreno lógico, son la misma cosa.

En efecto, a través del proceso de conocimiento se pretende que el Juez, previo conocimiento del litigio resuelva la pretensión discutida. Los procesos de conocimiento pueden concluir con la decisión del Juez de constituir una nueva relación jurídica, de ordenar una determinada conducta a alguna de las partes, o de reconocer una relación jurídica ya existente. Estos diversos resultados pueden ser alcanzados a través del proceso de conocimiento.

Por otra parte, los códigos imponen una aplicación subsidiaria de las reglas del proceso de conocimiento a los otros procesos, resulta la vía de mayor amplitud para resolver los conflictos de intereses.

II.1.2 CARACTERÍSTICAS.-

Una de sus principales características resultan los plazos amplios que se reflejan en todas sus etapas. A manera de ejemplo, el plazo para contestar la demanda, plazo para recibir y calificar la prueba y en el término para dictar sentencia, el proceso de conocimiento es aquel que tiene como objeto una pretensión inicialmente incierta tendiente a lograr que la Judicatura que conoce la causa, conozca a fondo el problema, reciba la prueba y dicte sentencia de mérito, decidiendo de forma definitiva la cuestión.

II.2. EL PROCESO DE EJECUCIÓN.-

II.2.1 DEFINICIÓN.-

El proceso de ejecución es la actividad que desarrolla el órgano jurisdiccional del Estado para conseguir el cumplimiento de una obligación que

consta en un título ejecutivo o de ejecución, es decir, que se haya predeterminada por el Estado o predeterminada por la ley. El título ejecutivo en mención, puede ser judicial y extrajudicial, y éste último puede ser, a su vez, convencional y administrativo. El título ejecutivo judicial es la sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada (*res iudicata*). Asimismo, el título ejecutivo convencional es el que resulta del reconocimiento hecho por el deudor a favor del acreedor de una obligación cierta y exigible, reconocimiento al cual la ley le atribuye efectos análogos a la sentencia. En tanto, el título administrativo es el que tiene su origen en un acto de la administración pública.

Conforme el Art. 688° del Código Procesal Civil⁽¹²⁾; son títulos ejecutivos los que a continuación indicamos: 1) Las resoluciones judiciales firmes; 2) Los laudos arbitrales firmes; 3) Las Actas de Conciliación de acuerdo a ley; 4) Los Títulos Valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectiva, o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia; 5) La constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores; en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia; 6) La prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido; 7) La copia certificada de la Prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta; 8) El documento privado que contenga transacción extrajudicial; 9) El documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual; 10) El testimonio de escritura pública; 11) Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo.

II.2.2 CARACTERÍSTICAS.-

CARNELUTTI⁽¹³⁾ señala que la finalidad característica del proceso ejecutivo consiste, pues, en procurar al titular del derecho subjetivo o del interés protegido la satisfacción *sin o contra la*

voluntad del obligado. En el proceso ejecutivo se contraponen también, como en el jurisdiccional, dos partes, y entre ella se interpone un tercero, que es el órgano del proceso, pero el lin a que tiende cada una de estas *dramatis personae* es esencialmente distinto del que caracteriza el proceso de conocimiento. No nos encontramos ya antes dos partes que se disputan la razón y un juez que busca cuál de las dos la tenga, sino ante una parte que quiere tener una cosa y otra que no quiere dársela, en tanto que el órgano del proceso se la quita a ésta para dársela a aquella.

Entre las características del proceso de ejecución podemos indicar las siguientes: 1) El proceso de ejecución, al igual que el proceso de conocimiento, requiere de la interposición de la demanda, 2) A diferencia del proceso de conocimiento, la iniciativa puede corresponder al acreedor o al deudor, cualquiera de ellos puede entablar la demanda, contrario sensu, en el proceso ejecutivo la demanda solamente puede ser interpuesta por el acreedor, 3) No persigue que se declare la existencia o certeza de la obligación, sino el cumplimiento de la misma, 4) Aunque no persigue la declaración de la existencia y certeza de la obligación sino su cumplimiento, es un proceso contencioso porque la ley permite al demandado contradecir la ejecución y, la contradicción se somete a trámite concluyendo con la sentencia, 5) Las partes están en situación de desigualdad, el acreedor está en situación de ventaja frente al deudor, por el mérito que la ley le confiere al título ejecutivo, pues es parte de la existencia de la obligación, por ello el Juez al proveer la demanda y admitiendo la ejecución no corre traslado de la demanda sino que ordena el cumplimiento de la obligación, 6) Es un proceso breve, 7) Es un proceso que admite diversos procedimientos en atención a la naturaleza de la obligación cuyo cumplimiento se persigue.

II.3 EL PROCESO CAUTELAR.-

II.3.1 DEFINICIÓN.-

Las medidas cautelares son mecanismos de protección y garantía del resultado del proceso iniciado (o por



iniciarse) con la finalidad de evitar que el derecho controvertido sea iluso al expedirse una sentencia favorable al demandante del proceso. A tal efecto, la normatividad procesal (y la doctrina) nos otorga una serie de providencias cautelares a efectos de obtener la finalidad descrita con anterioridad. Por ello, el juzgador –antes de resolver la concesión o no de una medida cautelar– deberá ponderar los derechos afectados (en una eventual ejecución de la misma) con el interés particular del solicitante de la medida.

Como se puede apreciar, las medidas (o providencias) cautelares tienen su fundamento en función a un hecho determinante de la realidad jurídica: el tiempo en el proceso. En efecto, el proceso –como cualquier obra humana– es imperfecto, al ser un acto con proyección temporal que requiere del desarrollo de diversos sub-actos en el tiempo. (14) En tal sentido, la dilatación del proceso puede impedir la efectividad del derecho solicitado por quien solicita tutela jurisdiccional, lo cual constituye un obstáculo que impide su realización inmediata, retrasándolo e volviéndolo ilusorio.

En este contexto, la doctrina procesal (y la jurisprudencia naciente) tendieron a evaluar y analizar instrumentos por los cuales se evitará este perjuicio inherente al proceso. A tal efecto, después de años de desarrollo, nace la institución de las medidas cautelares, que intentan evitar los peligros implícitos a la imperfección del proceso, procurando garantizar desde el momento de la presentación de la demanda, e incluso en ocasiones con anterioridad a ésta, la efectividad del derecho afirmado en la demanda.

En ese orden de ideas, las medidas cautelares tienen un rol importante en la eficacia del proceso y la realización del derecho material, más aún teniendo que el paso del tiempo dentro del proceso puede distorsionar el objeto del mismo, lo cual –finalmente– vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la persona que requiere de la actividad jurisdiccional con la finalidad que su derecho no sea vulnerado.

No obstante lo expuesto, la doctrina procesal (y la jurisprudencia procesal civil nacional) ha “malinterpretado” la finalidad y el objeto del proceso cautelar a través

de lo que podemos denominar "garantismo procesal activo" en donde se pretende privilegiar única y exclusivamente al solicitante de la medida cautelar, sin tener en consideración la posición del afectado con la misma, máxime si existe el principio procesal "igualdad de armas".

No negamos que el procedimiento cautelar exista una relativización del contradictorio por su objeto y finalidad (inaudita pars), pero ello sólo se circunscribe a la afectación del derecho de defensa en aras de la tutela judicial efectiva del solicitante de la providencia cautelar, más no a otros mecanismos de defensa procesal.

CARNELUTTI (15) nos dice que, a diferencia del proceso jurisdiccional, el proceso cautelar no conduce ni a la cosa juzgada ni a la restitución forzosa; a la cosa juzgada, porque su finalidad consiste en darle la razón o en negársela a uno u otro de los litigantes; a la restitución forzosa, porque no tiene por finalidad remediar la lesión de una pretensión, por el contrario, mediante él se trata de crear un estado jurídico provisional, que dure hasta que se efectúe el proceso jurisdiccional o el ejecutivo. En virtud del proceso cautelar, la res, no es, pues, iudicata, sino arreglada de modo que pueda esperar el

juicio; a este arreglo, cuyo concepto se aclara comparándolo con el vendaje de una herida, le cuadra el nombre de medida cautelar, la que a su vez presupone el proviemento cautelar, o sea el acto mediante el que el oficio dispone el arreglo provisional del litigio.

III. EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LAS GARANTÍAS PROCESALES Y EL PROCESO CAUTELAR

III.1 EL DEBIDO PROCESO EN LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.-

Los elementos esenciales que en conjunto dan realidad al Debido Proceso o Tutela Judicial Efectiva, esto es, aquellos principios y presupuestos procesales ineludibles que han de garantizar y hacer práctico, se encuentran en gran parte contenidos en la normatividad de la Constitución Peruana de 1993 a partir de sus Arts. 138 y siguientes, en el Capítulo VIII -Poder Judicial- de su Título IV -De la Estructura del Estado-, habiendo tenido como impronta los Arts. 232º y siguientes de la Constitución Política del Estado de 1979(D). Sin embargo tal relación, ayer y hoy, debe ser entendida como meramente ejemplificativa o enumerativa, y no taxativa o *numerus clausus*, pues los instrumentos o

instituciones de orden fundamental pueden ser muchos y más variados, teniendo como base interpretativa el *Principio Pro Libertate* y constituyendo un absurdo pretender encerrar en una interpretación restrictiva las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia a sólo las que allí aparecen consignadas.

La Constitución establece un *minimum*, y no un *máximo*, que ineludiblemente deben aparecer en el proceso judicial para que se le repute como tutelador efectivo de derechos subjetivos, esto es, como un Debido Proceso Legal. La relación de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia no se agota en sí misma y es susceptible de ampliación doctrinaria o interpretativa.

Para poder ubicar al Debido Proceso Legal y la Tutela Jurisdiccional Efectiva dentro de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia, podemos hacer una primera sistematización que facilite su estudio. En esto podemos seguir la pauta que para el efecto traza FIX-ZAMUDIO (16).

III.1.1 UNIDAD DEL PODER JUDICIAL.-

Parecería que las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia se inician en el numeral 139º de la Carta Fundamental de 1993. Sin embargo, en el Art. 138º, primera parte, ya se sientan las primeras bases de lo que vendría a ser la primera de ellas cuando expresamente se sostiene que:

**"Art. 138º.- La potestad de administrar Justicia emana del pueblo y se ejerce a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.
(...)"**

Esto es lo que recibe la denominación del Principio de Unidad del Poder Judicial y que ya se encontraba contenido en el Art. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial(D) promulgada mediante Decreto Ley 14605 de 25 de julio de 1963, hoy repetida por el Art. 1º.º. Del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1992.

Dentro de un esquema democrático



de Estado de Derecho la potestad jurisdiccional debe ser siempre una sola, no sólo para el mejor desenvolvimiento de la dinámica del Estado sino como efectiva garantía para los justiciables de certeza en su camino procesal. Obviamente esto surge en los inicios de la teoría de la separación de los poderes que inspirara el Barón de Montesquieu para la Revolución Francesa, en base a la filosofía de John Locke, en una reformulación aristotélica de Política, y que condensara magníficamente Duguit (17).

III.2. LAS GARANTÍAS PROCESALES Y EL PROCESO CAUTELAR.-

El proceso judicial en su preparación, apertura, desarrollo y conclusión importa tiempo. Tiempo y proceso son elementos que están coimplicados.

El tiempo en el proceso es un elemento vinculado con la garantía de la defensa en juicio y debido proceso. Es decir, el tiempo en el proceso es una exigencia deóntica. Un proceso instantáneo sería un proceso arbitrario o, desde una perspectiva constitucional, un "no proceso". Aunque para ser más precisos, corresponde sustituir la voz tiempo por la duración que es un matiz de aquella pues, en verdad, hasta el instante implica tiempo, pero la palabra *duración* connota desarrollo, expectativa, desgaste, biografía.

Para que exista un proceso que resulte plausible desde el punto de vista constitucional se debe dar un sistema procedimental que asegure el acceso a la jurisdicción a las partes con igualdad de posibilidades y oportunidades de intervenir útilmente en construir un resultado que finiquite el conflicto. Esto importa asegurar espacios de actividad para que cada uno de los contradictores y, al mismo tiempo, que de manera recíproca cada uno de éstos controle la actividad que el otro despliega en el proceso. Del mismo modo, las partes deben contar con posibilidad de controlar la actividad del órgano jurisdiccional y, en muchos casos, con herramientas para refutar las decisiones o procedimientos jurisdiccionales (medias de impugnación).

La Constitución establece un **mínimum, y no un máximo, que ineludiblemente deben aparecer en el proceso judicial para que se le repute como tutelador efectivo de derechos subjetivos, esto es, como un debido proceso legal.**

De manera tal que, podría sostenerse, que es inherente al debido proceso adjetivo: la duración. El tiempo contribuye a que ese formato ordenado de disputabilidad que llamamos proceso, otorgue las garantías de despliegue de estrategias aleatorias y probatorias con las que los litigantes aspiran convencer al juez.

Sin embargo, este tiempo que demanda un proceso y sus pasos previos (por ejemplo, la mediación) de la misma forma que son una garantía del derecho de defensa, pueden resultar, también, un obstáculo para que ese derecho y para que el fin del proceso resulte satisfactorio. Ese es el efecto paradójico del tiempo en el proceso, lo necesitamos para desplegar las garantías pero, a veces, es el tiempo el que sabotea esas garantías.

En síntesis, el proceso tiene como norte la seguridad jurídica. La paradoja se presenta cuando el propio proceso, como actividad, genera o incrementa las condiciones de inseguridad. Es decir, el propio proceso se vuelve contra su fin y,

con su desarrollo en pos de seguridad jurídica, fagocita esta meta. Eso es lo paradójico: que el proceso se niegue a sí mismo.

De manera que las medidas cautelares son una suerte de reaseguro del debido proceso adjetivo que coadyuva a que el proceso no se transforme en un escenario para el fracaso de la tutela efectiva. La directriz que emana del Art. 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos refiere que la tutela efectiva es una garantía de prestación del Estado (cfr. Art. 2º y 25º CADH).

Por su parte, ARIANO DEHO (18) establece que constituyen principios y derechos de la función jurisdiccional "*la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*" indica su función garantista del proceso. En efecto, si la función jurisdiccional se manifiesta y realiza mediante el proceso, debemos partir de la premisa que nuestra norma constitucional no le atribuye esa función garantista a cualquier proceso, sino que se requiere que éste sea un *debido proceso*; sin embargo, tampoco basta un *debido proceso*, es necesario que ese proceso conduzca a la tutela del derecho del recurrente de la misma, es decir, a la tutela jurisdiccional efectiva.

En tal sentido, la tutela cautelar constituye un derecho fundamental. No obstante, no existe un precepto ni constitucional ni legislativo que así lo establezca, pero hoy se ha abierto paso, gracias a la jurisprudencia europea, en especial la constitucional y comunitaria, esta visión necesariamente garantista de la tutela cautelar, rescatándose un viejo principio chovendiano: *la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón*.

IV. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CAUTELAR (19)

IV.1. CARACTERÍSTICAS.-

1. INSTRUMENTALIDAD.-

Las medidas cautelares sirven de medio para garantizar la efectividad de la sentencia, es decir, están al servicio de la

efectividad del proceso. Es así que nunca podrá existir una medida cautelar por sí sola, pues siempre se necesitará que exista el objeto que con ella se quiere garantizar, al cual le sirve de medio o instrumento de eficacia. Cabe resaltar que, si las medidas cautelares son un medio para garantizar la efectividad de la sentencia y la vigencia de determinados valores previstos en el ordenamiento jurídico.

Este carácter de instrumentalidad determina que, si bien la tutela cautelar actúa sobre la situación sustancial, en realidad no brinda aquella protección que en el proceso principal se está requiriendo para ella, sino que lo único que hace es garantizar la eficacia de la tutela jurisdiccional que se está solicitando para ella en el proceso.

2. PROVISIONALIDAD.-

Las medidas cautelares son provisionales en la medida que mantendrán su vigencia hasta que no se dicte la sentencia con autoridad de cosa juzgada, u otra resolución que disponga su levantamiento o se produzca una circunstancia que la deje sin efecto. De tal manera, las medidas cautelares tienen una vida limitada en el tiempo, es decir, no tienen una vocación de permanencia; sin embargo, esa limitación temporal está condicionada a que se produzca un hecho futuro, es decir, el dictado de la sentencia con autoridad de cosa juzgada.

3. SUJECCIÓN A LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.-

Para conceder o denegar una medida cautelar el Juez ha tenido que evaluar, además de la adecuación de la medida, algunas circunstancias que al momento en que se concedió o denegó la medida constituyen, a su juicio, la apariencia de fundabilidad de la pretensión y el peligro de la demora necesarios para otorgarla. Sin embargo, es posible que durante el tiempo que demore el proceso, estas circunstancias que llevaron al Juez originalmente a conceder o denegar una medida cautelar, varíen, en cuyo caso podrá variar también la resolución que en su momento resolvió conceder o denegar la medida cautelar.

De esta manera, en la medida que el juicio sobre la procedencia o no de una medida cautelar, se hace con el propósito de garantizar la sentencia que se va a dar en el futuro, el cambio en las circunstancias que llevaron en su momento al Juez a conceder o denegar una medida cautelar permite la modificación de la resolución mediante la cual decidió la conferida concesión o rechazo. Por ello, se dice que la resolución cautelar se halla sometida a la cláusula *rebus sic stantibus*.

En este sentido, la variación de la resolución que concede o deniega la medida cautelar en función de la

cláusula *rebus sic stantibus* puede pedirse sólo a pedido de parte, a través de un pedido de revocación de la medida cautelar, o la reproposición de ella, o un pedido de modificación.

4. JURISDICCIONALIDAD.-

Esta característica hace referencia al hecho de que es intrínseco al ejercicio de la potestad jurisdiccional el dictado y ejecución de medidas cautelares. El ejercicio de la potestad de los órganos jurisdiccionales no depende ni descansa en la ley, sino en la Constitución, con lo cual, a pesar de no existir una norma legal que lo autorice, dicha potestad puede ser ejercida por los por los órganos jurisdiccionales.

IV.2. PRESUPUESTOS DE LA TUTELA CAUTELAR.-

1. VEROSIMILITUD DEL DERECHO.-

La finalidad del proceso cautelar, consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución definitiva que debe recaer en otro proceso, al cual se halla ligado por un nexo de instrumentalidad. En este sentido, el fundamento de la pretensión que constituye objeto de aquél no puede depender de un conocimiento exhaustivo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento superficial dirigido a lograr una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso. En efecto, para obtener el pronunciamiento de una resolución que estime favorablemente una pretensión cautelar, resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor (*fumus boni iuris*), de modo tal que, según un cálculo de probabilidades, resulte posible anticipar en el proceso principal una declaración de certeza del derecho.

Con las medidas cautelares se busca impedir que el resultado de un proceso se vea frustrado por las contingencias que puedan ocurrir durante el curso del proceso. En efecto, uno de los supuestos en que se funda cualquier medida cautelar es la verosimilitud del derecho, entendido como la posibilidad de existencia del mismo y no como una incontrastable realidad que sólo se logrará conocer al agotarse el trámite respectivo. La verosimilitud requerida no impone la obligación de efectuar un examen jurídico riguroso, sino que basta con la "apariencia" del derecho, máxime si las medidas cautelares tienen un carácter esencialmente provisional.

2. PELIGRO EN LA DEMORA.-

Constituye un presupuesto específico que da fundamento a la pretensión cautelar, pues, el peligro probable que la tutela judicial definitiva que el actor espera de la sentencia, al dictarse en el proceso principal, no pueda en los hechos o en la realidad

Este carácter de instrumentalidad determina que, si bien la tutela cautelar actúa sobre la situación sustancial, en realidad no brinda aquella protección que en el proceso principal se está requiriendo para ella, sino que lo único que hace es garantizar la eficacia de la tutela jurisdiccional que se está solicitando para ella en el proceso.

hacerse efectiva (*periculum in mora*). Es decir, por el transcurso del tiempo los efectos de la decisión final del Juez pueden resultar inoperantes. En efecto, uno de los requisitos generales para la procedencia de las medidas cautelares es la existencia del peligro en la demora, es decir, de un temor fundado en la configuración de una lesión o peligro de lesión de un derecho cuya protección se persigue, y que de no hacerlo en forma inmediata, se corre el riesgo que en el supuesto de una sentencia favorable para el actor, ésta permanezca incumplida.

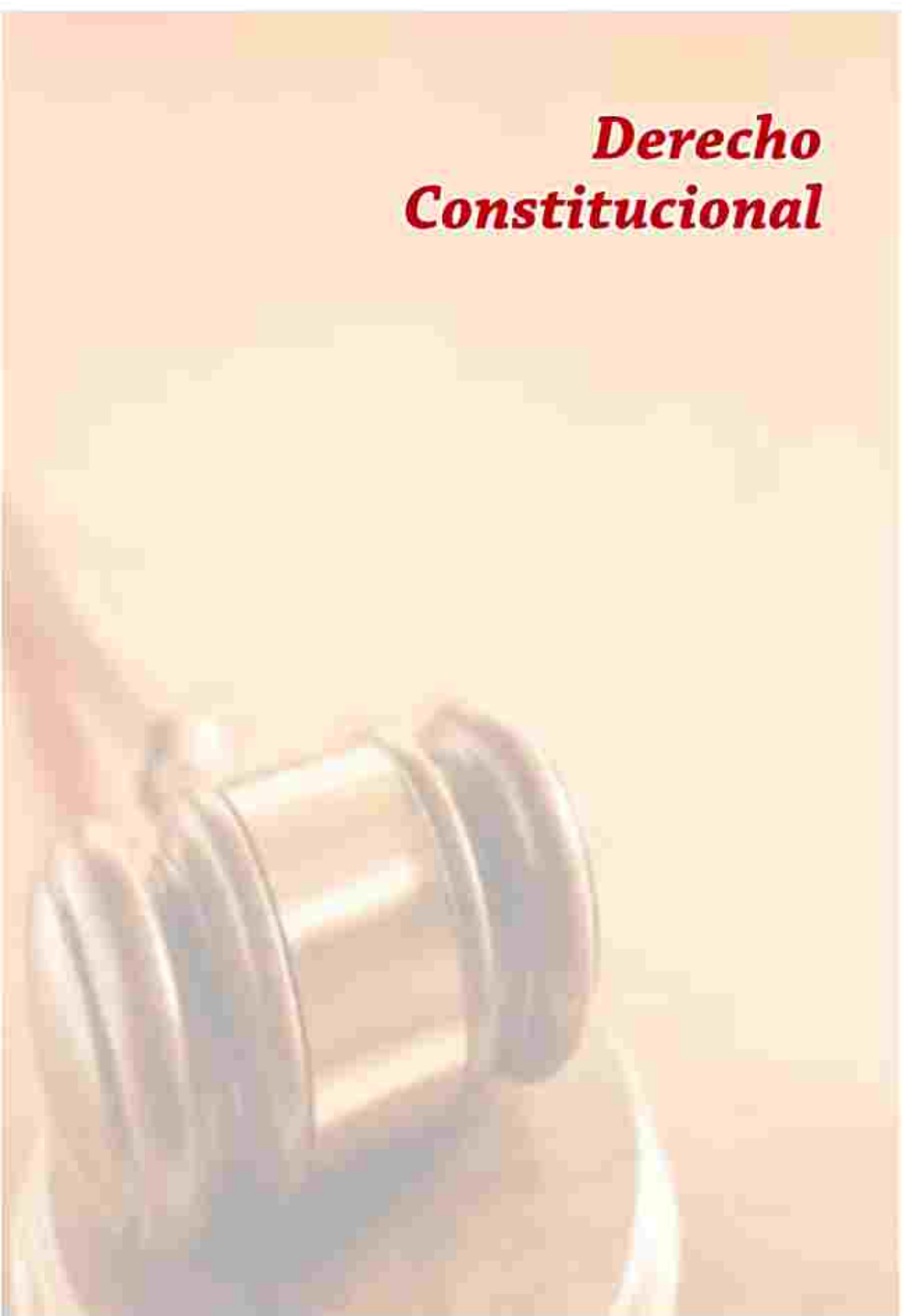
3. CONTRACAUTELA.-

La tutela cautelar, cuya característica es la celeridad, y como señalamos, se concede la providencia mediante un procedimiento meramente informativo y de un conocimiento sumario, sin audiencia de la parte afectada (*inaudita pars*). En tal sentido, la ley impone como requisito de admisibilidad de las medidas cautelares que versan sobre bienes, la prestación, por el actor, de una caución que asegure a la otra parte el resarcimiento de los eventuales daños que ocasione la medida indebidamente peticionada. El fundamento de la contracautela, es contrarrestar la falta de contradicción inicial, que garantiza, en general, el proceso cautelar.



1. CARNELUTTI, Francesco. - Sistema de Derecho Procesal Civil; Tomo I y II, Ed. UTEMA, Buenos Aires, 1994; p.48 y p. 300.
2. ROCCO, Ugo. - Teoría General del Proceso, Ed. Porrúa Hnos., México D.F., 1994; cit. por PEÑA DUEÑAS, Hernán. - Distinción de los Conceptos Fundamentales del Derecho Procesal; Op. Cit. p. 67.
3. CALAMANDREI, Piero. - Instituciones del Derecho Procesal Civil; p. 67.
4. COUTURE, Eduardo. - Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ed. Depalma, Bs. Aires, 1985, p. 121-122.
5. MITCHELL, Gian Antonio. - Curso de Derecho Procesal Civil; Tomo I, Eds. Jurídicas Europa-América, Bs. Aires, 1971; p. 6.
6. Citado por PEÑA DUEÑAS. - Op. Cit. p. 70.
7. Op. Cit.
8. ALZAMORA VALDEZ, Mario. - Teoría del Proceso Civil; p. 207-208.
9. VESCOVI, Enrique. - Teoría General del Proceso, Editorial Themis, Bogotá, 1984, p. 283-284.
10. COUTURE, Eduardo. - Op. Cit. p. 148.
11. CARNELUTTI, Francesco. - Derecho y Proceso, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. Aires, p. 77.
12. Artículo Modificado por el Art. Único de D. Legislativo Nº 1009, de 28/06/2008.
13. CARNELUTTI, Francesco. - Instituciones de Derecho Procesal Civil; Tomo III, Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal, Hans, México, 1907, p. 35.
14. RAMOS MENDEZ, Francisco y SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. - Las medidas cautelares en el Proceso Civil, Barcelona: Industrias Gráficas M. Pareja, 1974; p. 11.
15. CARNELUTTI, Francesco. - Op. Cit. p. 124.
16. FIX-ZAMUDIO, Héctor. - EL Ejercicio de las Garantías Constitucionales sobre...; Los Problemas Contemporáneos del Poder Judicial; La Protección Procesal de los Derechos Humanos; y, III. Jurisdicción como función esencial del Estado Moderno.
17. Citado por PAREJA PAZ SOLDAN, José. - Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979; J. Valenzuela, Ed., Lima, 1980; t. I, pp. 306.
18. ARIANO DEHO, Eugenia. - Op. Cit., p. 587-588 y p. 507-508.
19. PRIORI ROSADA, Giovanni. - La Tutela Cautelar: su configuración como derecho fundamental, ARA Editores, 2000, p.

Derecho Constitucional



Crítica al neoconstitucionalismo

Frente a la figura del neoconstitucionalismo en el Perú tanto en su lenguaje, teoría y objeto de estudio, prevemos que conllevará nuevas contradicciones, con mayor incidencia para aquellos que deben fundamentar sus argumentos y decisiones, planteándoles crecientes retos a todos los operadores del derecho, con especial énfasis a los jueces.

Así se convierte en peligrosa la disminución del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de "ponderación" de los principios constitucionales y de la interpretación "moral" de la Constitución, por lo que el profesor Paolo Comanducci propone se aplique:

- Una moral objetiva, conocida y observada por los jueces (o, lo que es lo mismo, si existiera una moral positiva, conocida y observada por los jueces);
- Que los Jueces construyan un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran elegir para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor (esto es al estilo de Dworkin o de Robert Alexy)

Sólo bajo estas condiciones, la creación de principios (por obra del legislador), o la configuración de principios (por obra de los jueces) o de la dogmática, podría reducir la creciente indeterminación del derecho:

Por tanto, el juez se enfrenta a un conjunto de dilemas axiológicos y lógicos, que podrían inducir a contradicción, paradojas o amoralidad, e incluso a dispares decisiones, que provoquen errores en un sistema judicial carente de coherencia propiciando la inseguridad jurídica, Paolo Comanducci refiere que:

- Si existiese una moral objetiva, igual ésta no es conocida ni compartida por todos los jueces.
- No existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (pluralismo ético).
- Los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, y no construyen un sistema consistente de derecho y moral para resolver los casos;
- Los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera que sea el significado, aun el más débil, que queramos atribuirle a esta palabra).

Frente a esto Comanducci concluye que crear o configurar principios, o ponderarlos caso por caso, no parecen ser actividades que persigan (como parece creer Dworkin) directamente la certeza del Derecho. Finalmente, como se puede advertir la certeza del Derecho quedaría confiada a la conciencia moral de cada juez.

Hans Kelsen indicaba que los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, y la moral podrían "jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional",³ por lo que recomendaba "abstenerse de todo este tipo de fraseología"⁴ abstracta e indeterminada en las constituciones, en tanto no existan criterios homogéneos o integradores, como refiere Francisco Laporta que los jueces no están preparados para esta tarea porque "su razonamiento moral no pasa de ser vulgar".⁵

Según, el profesor Pedro Salazar Ugarte, quien trata sobre la distinción entre el garantismo y el neoconstitucionalismo, solamente el garantismo logra ser consistente con el problema descrito, por la diferencia de posiciones que ambas aproximaciones teóricas adoptan frente al tema del positivismo metodológico (el Garantismo separa al Derecho de la Moral, y considera más la unión entre el Derecho y la política, al contrario del neoconstitucionalismo que sólo une al Derecho y la Moral). El modelo garantista rechaza frontalmente el decisionismo en derecho. Para esta teoría, la función judicial debe ceñirse, rigurosamente, al principio de legalidad.

Al unir el derecho y la moral, obtenemos que los fundamentos de las decisiones de los Jueces se basan en normas morales universales, por lo que debería utilizar coherentemente estas normas para fundar sus propias decisiones futuras. Además al basarnos en la moral motivada del neoconstitucionalismo tendríamos problemas con respecto a la selección y elecciones del juez, las cuales se sustentarán en sus creencias morales, pudiendo ser estas creencias moralmente incorrectas, o contrarias a los valores compartidos por la mayoría, o contrarias a criterios aceptados por la cultura jurídica, etc.

El Perú ante el neoconstitucionalismo.

Este programa del derecho constitucional, ha surgido, madurado y debatido principalmente en los países de Europa

No propugnamos el abandonar el estudio o lectura de estas fuentes del derecho, sino que para poder estar en un estado constitucional deberíamos de comenzar por analizar cuáles son los problemas particulares de un país que ha carecido de un auténtico sentimiento constitucional, que es una larga construcción histórica, sociológica y cultural que demanda consensos colectivos sobre el orden ideal.

occidental y, recientemente, por diversas vías fue adoptado en algunas de sus proposiciones en América Latina, sin un debate previo esclarecedor que su importancia requiera al ser una nueva teoría que no posee el estatuto de doctrina definitiva.

En los últimos años del Siglo XX y la primera década del Siglo XXI, aparece a través de su reflexión el denominado "nuevo constitucionalismo latinoamericano".

El neoconstitucionalismo ha madurado en varias décadas en Europa de la post guerra, gracias al desarrollo teórico de reconocidos juristas y a fallos de sus diversos Tribunales Constitucionales; mientras que nuestros Tribunales Constitucionales son instituciones que nacen en años recientes, en algunos casos de manera incierta y accidentada, buscando limitar el poder y garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.⁹

Sin duda, las proposiciones del neoconstitucionalismo, como apuntan algunos tienen vieja data, lo que ocurre es que la dinámica social y jurídica nos devuelve a un debate que alcanzó proporciones en el Siglo XVIII con la crítica Kantiana que se superó temporalmente con la emancipación Kelseniana de todo supuesto axiológico o valorativa, en la norma.

El primer Tribunal Constitucional, fue creado por los austriacos el 25 de enero de 1919, propuesta por Hans Kelsen, quien en su "Teoría general del derecho y del Estado" plantea la jerarquización de las normas, proponiendo que la norma suprema es la Constitución y deduce por razones propias de la tradición austriaca y europea en general que este criterio implica la necesidad de una jurisdicción constitucional.

El autor de "Teoría pura del derecho" propone que un ente distinto al Poder Judicial, por estar contaminado de una visión de subordinación al orden estatal secular, sea el órgano competente para decidir la anulación de los actos considerados inconstitucionales, naciendo así el Tribunal Constitucional, que el mismo presidió, idea que fue incorporada en diversos ordenamientos jurídico-constitucionales de Europa como el de España o Alemania y posteriormente en América Latina.

En nuestro país, nace con la Constitución de 1979, denominándose Tribunal de Garantías Constitucionales, entendido como órgano de control de la Constitución (Art. 296) y

con la actual Constitución se denomina Tribunal Constitucional, retirando el término garantías, y se establece igualmente que es el órgano de control de la Constitución. Se define su autonomía e independencia y se indica que será compuesto por siete miembros, a diferencia del tribunal anterior, cuya composición fue de nueve.

Pero no siempre todas las decisiones tomadas por el Tribunal han sido coherentes, sino recordemos las sentencias contradictorias, cambios de posturas sin fundamento, paradojas entre sentencias en casos parecidos, copias literales de otros tribunales; abuso en el uso de la autonomía procesal constitucional sin reglas claras, entre otros temas de discusión, lo cual nos deja ver que aún queda mucho por hacer, y edificar aprendiendo de otros, pero racionalizando y adaptando creativamente sus teorías.

Si bien gracias al trabajo del Tribunal Constitucional por primera vez hemos visto la irradiación de los derechos fundamentales en el resto de ramas del derecho, no podemos decir aun hoy que seamos un estado de alto desarrollo constitucional.

Sería exagerado decir que somos un país plenamente constitucional, porque tenemos una Constitución, un Tribunal Constitucional y hemos avanzado tímidamente en algunos derechos fundamentales.

No por estos indudables avances podríamos admitir que hemos cumplido a cabalidad el programa del constitucionalismo moderno.

No podemos saltar la etapa de crecimiento y maduración del constitucionalismo europeo, mientras sigamos siendo miméticos y pretendiendo adoptar las teorías constitucionales europeas sin visión crítica en nuestro país, ya que las realidades son distintas, y caeremos en la ciega importación, propia de sociedades que se niegan a crear sus propios razonamientos jurídicos para su singular realidad.

No propugnamos el abandonar el estudio o lectura de estas fuentes del derecho, sino que para poder estar en un estado constitucional deberíamos de comenzar por analizar cuáles son los problemas particulares de un país que ha carecido de un auténtico sentimiento constitucional, que es una

larga construcción histórica, sociológica y cultural que demanda consensos colectivos sobre el orden ideal.

Además, este desarrollo constitucional requiere como base cambios institucionales y culturales, así Mario Bunge indica que "Ni siquiera la legislación social más avanzada puede cambiar la sociedad por sí sola. Esa legislación es impotente, y de vez en cuando contraproducente, a menos que esté acompañada por cambios económicos y culturales capaces de modificar ciertas actitudes y hábitos. Considérese por ejemplo, la ley de edad laboral mínima. Al hacer que el trabajo infantil sea un delito, condena a los niños pobres a trabajar en infames talleres ilegales o a algo peor: la delincuencia, la prostitución o el hambre. Ocurre lo mismo con el divorcio fácil: resuelve problemas conyugales desesperados, pero arroja a las divorciadas sin calificación a la indigencia. Todos los remedios parciales son similares".

Nuestro Tribunal Constitucional, se encuentra lleno de materia provisional, materia que no es propiamente lo que debería de ver un ente de esta naturaleza, asimismo, las Salas constitucionales del Poder Judicial se concentran a ver este tipo de expedientes que deberían de atenderse por otra vía; por lo que se requiere una reelaboración de los tipos de casos que deberían de atenderse en vía constitucional, además nuestros actuales Juzgados Constitucionales poseen métodos del derecho positivo, más carecen del empoderamiento de lo que es una instancia constitucional careciendo de formación en derechos humanos, derechos fundamentales, tratados internacionales de derechos humanos, y todas las innovaciones

del derecho constitucional, materias las cuales vienen diciéndose muy recientemente en las facultades de derecho y en centros especializados de estudio jurídico del país.

Se debe de encarar los aportes del neoconstitucionalismo de manera analítica, guardando las reservas del caso, en aquellos aspectos que corresponden a una evolución teórica sofisticada propia de otras tradiciones históricas, institucionales y culturales. Europa ha creado su tradición desde Grecia hasta el Tratado de Niza, configurando así el neoconstitucionalismo tras dos milenios de evolución institucional, América Latina conmemora recién un bicentenario de creación institucional, jurídica y cultural, haciendo del pasado y el presente un solo tiempo que nos proyecta al porvenir.

Finalmente, debemos de tener presente que al estudiar un corpus legal nuestro análisis será superficial, si es que no consideramos que el derecho está dentro de la estructura social.

Recurramos a los métodos actuales de la epistemología, la ontología y también a la axiología, para conocer objetivamente los alcances y límites del sistema normativo en nuestra sociedad. Aprovechemos como Bunge indica que tenemos algo de lo que nuestros antepasados carecían, a saber, ciencias sociales y socio-tecnologías emergentes, así como el medio de promover su ulterior progreso, a saber, investigaciones más rigurosas. De modo que hay fundamentos para la esperanza.

1. Decano del Colegio de Abogados de Lima - Abogado y catedrático universitario. Posee los grados de bachiller, magister y doctor en derecho y ciencia política por la UNMSM. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política. Posee Postgrado en Derechos Fundamentales por la Universidad Complutense de Madrid, en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca y en Derecho Constitucional Comparado por la Universidad de Zaragoza, España. Diplomado en Políticas Públicas por la George Washington University, EE. UU. Es Profesor Principal en la Universidad de San Marcos, Instituto de Gobierno, Académica de la Magistratura y el CAEN. Es Presidenta del Consejo Superior de Arbitraje. Es consultor de la Enciclopedia Jurídica Ornes de Argentina, investigador de la Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra de España. Ha publicado una docena de libros sobre su especialidad entre los que destaca su Diccionario Constitucional (siete ediciones) y su Constitución Comentada (cinco ediciones). Es director de la revista Abogados.
2. Asesor Legal del Decanato del Colegio de Abogados de Lima - Abogado y asistente de cátedra. Posee los grados de bachiller, y estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, así como de Filosofía en la mención de Epistemología por la UNMSM, y Post-Título de Derecho Procesal Constitucional en la PUCP.
3. Keisen, H. (2001). La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional), Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. (cito de la edición contenida en Escritos sobre Democracia y el socialismo, Editorial Debate, Madrid, 1983), p. 142. Citado por Salazar Ugarte, Pedro, El Garantismo y el Neoconstitucionalismo frente a frente, en www.juridicas.unam.mx/wcc/ponecias/15230.pdf, p. 10.
4. *Ibidem*, p. 142-143.
5. Francisco Laporta (Octubre, 2005). "Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta", en *El Cronista*, No. 0, Madrid, cit., p. 40. y Dworin, R. (Abril, 2010). "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", en *Isonomía*, No. 32, pp. 7-29, citados por Salazar Ugarte, Pedro, El Garantismo y el Neoconstitucionalismo frente a frente, Ob. Cit. *idem*.
6. En América Latina, el caso más precoz se dio con el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales incorporado en la Constitución cubana de 1940, y duró hasta 1952, siendo una copia de la Carta española de 1931, con pequeñas variantes, empero, este Tribunal era una sala del Tribunal Supremo, del Poder Judicial.
7. La concepción de Keisen (1941-1942) del derecho fue como "la técnica social específica del orden coercitivo" del mismo modo de Hart (1961), como "un conjunto de reglas que construyen nuestras acciones en la vida cotidiana". Este punto de vista pasa por alto los derechos y los males sociales y no da cabida a las ciencias sociales. Fourn lo llamaba "jurisprudencia mecánica" (citado por Bunge M. (1999). *Las Ciencias sociales en discusión - Una perspectiva filosófica - 1ª Edición en Español*; Horacio Pons, Trad. Social Science under Debate, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, p.353-354).
8. En España como modelo del Austriao se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1931, lamentablemente duró muy poco (1933 - 1936), debido a la precipitación de la guerra civil.
9. En la época post bélica, en la cual nace el concepto de neoconstitucionalismo, tenemos el Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht, con sede en Karlsruhe), que viene a ser el órgano constitucional encargado del control de constitucionalidad de las leyes en la República Federal Alemana, la cual tiene su nacimiento en la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland), promulgada el 23 de mayo de 1949 para Alemania Occidental.
10. Si consideramos las comunidades campesinas, nativas, pueblos ancestrales, y a los poblados más lejanos del país, podremos ver un total abandono del Estado por atender las necesidades básicas de sus habitantes, por lo que podemos afirmar que en esos lugares los principios contenidos en nuestra Constitución Política; son programas incumplidos, demandas insatisfechas, derechos inacabados.
11. Bunge M. (1999), Ob. Cit. p. 407.
12. *Idem*, p. 457,1.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ARBITRAJE: *¿Procede el amparo contra laudos?*

Samuel B. Abad Yupanqui
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Suele afirmarse que *"el fundamento –y la justificación– de arbitraje como institución para la solución de cuestiones litigiosas se encuentra en la voluntad de los contratantes que aceptan previamente la decisión de los árbitros"*. Es decir, la justicia privada se basa en la autonomía de la voluntad de las partes quienes acuden al arbitraje para resolver sus conflictos sobre derechos disponibles. Por ello, acceder al Poder Judicial a través del recurso de anulación contra un laudo sólo cabe en determinados supuestos y el recurso de casación sólo procede cuando se dispone la anulación total o parcial del mismo. En este contexto, se debate si debe ser viable el proceso de amparo. Un precedente del Tribunal Constitucional (TC) dictado el año pasado ha establecido nuevas reglas:

La Constitución (artículo 139 inciso 1) regula el estatuto del Poder Judicial y reconoce los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Agrega que *"No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral"*. Es decir, concede rango constitucional al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos.

La naturaleza jurídica del arbitraje ha generado intenso debate. En España, el Tribunal Constitucional (TC) lo ha calificado como un "equivalente jurisdiccional" (STC 15/1989, FJ 9). En cambio, nuestro TC considera al arbitraje como "jurisdicción arbitral" (Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, F.J. 8).

La posibilidad de acudir al proceso de amparo para cuestionar laudos arbitrales no sólo cuenta con una dimensión procesal sino también material. En efecto, ¿los árbitros pueden vulnerar derechos fundamentales al resolver una controversia? Cuando el artículo 59 de la Ley de Arbitraje señala que todo laudo es “definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento”, ¿pretende proscribir el empleo del amparo? Precisamente en las líneas siguientes abordaremos esta temática evaluando el último precedente fijado por el TC (Exp. N° 00142-2011-PA/TC) que diseña el “nuevo” proceso de amparo contra laudos arbitrales.

1. Antecedentes: la necesidad de agotar el recurso de anulación.

El Código Procesal Constitucional optó por diseñar un amparo subsidiario que exige el agotamiento de las vías previas y, además, que no exista una vía judicial igualmente satisfactoria o vía paralela. El TC desde la STC N° 6167-2005-PHC admitió la procedencia del amparo contra laudos arbitrales siempre que se hayan agotado las vías previas establecidas. En tal ocasión, señaló que “de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo”. En la STC N° 1567-2006-PA, reiteró su criterio al señalar que el amparo sólo procede contra un laudo arbitral cuando se hayan agotado los recursos de apelación y nulidad a que se refería la anterior ley de arbitraje.

Esta situación cambió en parte, pues la nueva Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071) eliminó el recurso de apelación y sólo contempla al recurso de anulación que “constituye la única vía de impugnación del laudo” (artículo 62).

Si bien durante la vigencia de la ley anterior, el TC exigía el agotamiento del recurso de anulación antes de acudir al amparo, existían dudas pues no todas las afectaciones a derechos fundamentales podían subsumirse dentro de los supuestos que habilitaban el recurso de anulación. Esta situación condujo a que el TC en la STC N° 04195-2006-AA, F.J. 2 sostuviera que:

“(…) este Colegiado, si bien comparte el criterio conforme al cual el proceso de anulación de laudo arbitral constituye, en principio, una vía previa al amparo (...); no considera que ello signifique prescindir de atender el hecho de que, conforme al artículo 73º de la Ley General de Arbitraje, sólo se puede impugnar un laudo en base a una lista cerrada de causales. (...) este Colegiado estima que una afectación que no esté contemplada como causal de anulación de laudo, y que, sin embargo, compromete seriamente algún derecho constitucionalmente protegido a través del proceso de amparo, no puede ni debe tramitarse como un recurso de anulación, de modo que para estos supuestos queda habilitado el amparo (...).”

En tal caso, el TC consideró que existían supuestos en

los cuales podía interponerse una demanda de amparo directamente contra un laudo. Es decir, entendió que en tales supuestos no existía vía previa. Este criterio permitió que se pudieran presentar procesos distintos contra el mismo laudo: por un lado, el recurso de anulación, por ejemplo, si se sustentaba en uno de los supuestos previstos por el artículo 73 de la anterior ley de arbitraje, y por otro, el amparo, si se trataba de la afectación de otros derechos fundamentales.

2. El recurso de anulación ¿recurso o proceso?

Un tema importante es determinar la naturaleza del recurso de anulación, es decir, ¿es un recurso o un proceso?. En España, el artículo 40 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, sobre arbitraje regula la “acción de anulación”. Al respecto, se afirma que: “La nueva LA deja sentada definitivamente la naturaleza de la anulación como un auténtico proceso, y no un recurso, a nuestro juicio, con todo acierto”.² En Brasil, para cuestionar un laudo o, como lo denomina la Ley 9.307, una “sentencia arbitral” se debe “intentar una acción autónoma de impugnación”.³ Si se examina en detalle la naturaleza del recurso de anulación podríamos concluir que no se trata de un recurso sino más bien de un proceso autónomo. No obstante, parecería que la “posición peruana” se inclina por reconocer su naturaleza recurso, lo cual evita –además– “justificar la restricción al principio de doble instancia”.⁴

De aceptarse que el citado “recurso” es un proceso, no sería una vía previa sino más bien una vía paralela y, por tanto, la regla sería acudir al recurso de anulación –y no al amparo– salvo que no sea una vía igualmente satisfactoria, aspecto que debe ser evaluado en cada caso concreto por el juez. Y es que la vía paralela es un proceso autónomo –distinto al amparo– que se inicia con una demanda y que persigue la misma pretensión. La vía paralela no es un recurso que forma parte de un proceso o de un procedimiento administrativo. Inicialmente el TC calificó al recurso de anulación como vía previa pues consideraba que “(...) no constituye, *stricto sensu*, un nuevo proceso judicial, sino parte integrante y residual del proceso arbitral” (Exps. 6149-2006-PA/TC, 6662-2006-PA/TC, F.J. 10). En el nuevo precedente cambia de opinión y lo califica como una “opción procesal”:

“17. (...) Que se haya previsto por mandato del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje, la posibilidad de un recurso de anulación (...) como fórmula a posteriori, no significa que tal mecanismo sea parte integrante del proceso arbitral. Se trata más bien, por su propia finalidad así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, de una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate”.

Es decir, el TC estaría reconociendo la naturaleza del recurso de anulación como proceso autónomo pues no sería “parte integrante del proceso arbitral” sino más bien “una

verdadera opción procesal". Es decir, como reconoce la doctrina, se trataría de "una acción de anulación de carácter autónomo que se resuelve declarando la validez o nulidad del laudo".⁵

3. La residualidad desarrollada por el precedente del TC.

La décima segunda disposición complementaria de la ley de arbitraje, bajo el subtítulo "acciones de garantía" - utilizando una antigua expresión procedente de la Ley 23506 (1982) que fue derogada por el Código Procesal Constitucional-, precisó que: "Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal

"boca de la ley", según la cual él termina siendo un automatismo. En definitiva, a quien le corresponde calificar una vía procesal como paralela es al juez en función del caso concreto y no al legislador.

Asimismo, afirmar que el recurso de anulación es la vía específica e idónea para proteger "cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado", es desnaturalizar al recurso de anulación pues aquel según la propia ley de arbitraje (artículo 62) sólo procede por "las causas taxativamente establecidas en el artículo 63". No obstante, una interpretación amplia del supuesto contenido en el artículo 63 numeral 1) literal b) de la ley al señalar "que una

Si bien durante la vigencia de la ley anterior, el TC exigía el agotamiento del recurso de anulación antes de acudir al amparo, existían dudas pues no todas las afectaciones a derechos fundamentales podían subsumirse dentro de los supuestos que habilitaban el recurso de anulación.

Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo". A nuestro juicio, la citada norma pretendía cerrar la puerta al proceso de amparo.

Cabe indicar que el TC (Exp. N° 6167-2005-HC/TC, F. J. 14) había establecido que "si lo que se cuestiona es un laudo arbitral (...), de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo." Es decir, calificó al recurso de anulación como una "vía previa"; en cambio, la nueva ley se refiere a una "vía específica e idónea". ¿se refiere a lo mismo? ¿o más bien pretende calificar al recurso de anulación como una "vía paralela"?

A nuestro juicio, la citada norma por tratarse de un decreto legislativo no podría producir un cambio tan trascendente como calificar al recurso de anulación como una vía paralela. En efecto, la Constitución (artículo 200) exige que la regulación de los procesos constitucionales se efectúe por ley orgánica y dicha materia no puede ser abordada por un decreto legislativo (artículos 101 y 104). De otro lado, determinar cuándo el recurso de anulación constituye una vía paralela es una competencia que sólo le corresponde al Juez o al TC y no a una ley. De aceptar que una norma le puede decir al juez cuál es la vía idónea y que en tales casos "siempre" debe declarar la improcedencia del amparo sería volver a una etapa ya superada: la del juez

de las partes (...) no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos" permitiría sustentar una mayor cobertura para la procedencia del referido recurso, aunque existen opiniones que pese a dicha redacción lo circunscriben al debido proceso adjetivo⁷. En todo caso, es evidente que el recurso de anulación no ha sido diseñado para tutelar todos los derechos fundamentales, lo cual incluiría tanto a los derechos procesales (debido proceso) como los materiales (v.g. el de propiedad).

En consecuencia, consideramos que la citada disposición complementaria de la ley de arbitraje no se ajusta a lo dispuesto por la Constitución. Por ello, probablemente el TC quiso establecer este precedente. Según el TC, la vía judicial idónea para cuestionar un laudo es el recurso de anulación:

"18. Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa (...), sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional".

Sin embargo, el TC no sustenta suficientemente las razones por las cuales debemos considerar al recurso de anulación como una vía igualmente satisfactoria o "paralela".

Como se sabe la finalidad del referido recurso no es tutelar derechos fundamentales; sin embargo, para el TC aquel cumple dicha función. De esta manera, en la práctica el citado precedente amplía los supuestos en los cuales puede acudirse al recurso de anulación. Se habría convertido en una suerte de "proceso de tutela de derechos fundamentales". ¿Esa será la verdadera naturaleza del recurso de anulación nacional a partir de este precedente?

Además, según la Ley de arbitraje la interposición del recurso de anulación "no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial" salvo que se "cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable" (artículo 66). En cambio, en el amparo no se exige tal requisito; entonces ¿el recurso de anulación es una vía igualmente satisfactoria? A ello, debemos agregar que el recurso de anulación no cuenta con las mismas medidas cautelares que el amparo; será realmente ¿una vía paralela? El TC no evalúa tales argumentos ni sustenta claramente por qué califica a la anulación como la vía idónea y desestima la procedencia del amparo. Es decir, nuevamente vemos una falta de mayor motivación.

4. Los derechos tutelados por el "nuevo" amparo contra laudos.

El TC ha especificado los derechos que podrían ser tutelados por una demanda de amparo contra un laudo arbitral; sin embargo, sus alcances han ido cambiando. Inicialmente señaló (Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, F.J. 18) que el control constitucional a través del amparo procede:

"(...) cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI in fine y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente"

De esta manera, era evidente que el debido proceso debía ser respetado en el arbitraje. Argumento similar fue

esgrimido en la STC N°1567-2006-PA, F.J.13. Posteriormente, en la STC N° 4972-2006-PA desarrolló con mayor detalle este criterio al precisar algunos supuestos puntuales que permitirían el control constitucional de la "jurisdicción arbitral":

"17. (...) a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (...); b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (...); c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (...)"

Es decir, el TC amplió los derechos protegidos por el amparo pues ya no sólo se refería a la tutela procesal efectiva sino también al debido proceso sustantivo.

Precisamente, en los últimos años, algunas decisiones del TC fueron criticadas por anular laudos arbitrales sin una sólida justificación. Ello explica que haya querido fijar un precedente para establecer nuevas reglas cuando se cuestiona un laudo a través del proceso de amparo. Este precedente pretende garantizar la autonomía del arbitraje evitando el uso indebido del amparo.

Según el TC, la vía judicial idónea para cuestionar un laudo es el recurso de anulación regulado por la Ley de Arbitraje. ¿Cuándo podrá acudirse al amparo? Sólo en tres casos que fluyen del Fundamento Jurídico 21 de la sentencia: si el laudo desconoce un precedente vinculante del TC, si el laudo no aplica una norma por reputarla inconstitucional pese a que el TC o el Poder Judicial la consideran válida, o si un tercero que no forma parte del convenio arbitral lo cuestiona.

El TC ratifica así que los laudos pueden ser controlados a través del amparo, pero en supuestos realmente excepcionales. Los criterios anteriores pasaron a la historia al día siguiente de publicada dicha sentencia en "El



Peruano”, es decir, a partir del 06 de octubre. Además, el TC reconoció que los árbitros pueden hacer uso del control difuso, en otras palabras, dejar de aplicar las normas si estiman que son inconstitucionales. Un “control difuso arbitral”.

Hace bien el TC en fijar un precedente en materia arbitral y modificar criterios anteriores, aunque podemos discutir algunos de sus extremos. Así por ejemplo, puede cuestionarse el hecho que el TC no sustente las razones por las cuales el amparo sólo será procedente en los tres supuestos antes mencionados. ¿Por qué tres y no cuatro o cinco? Antes se permitía el amparo cuando los árbitros desconocían la jurisprudencia del TC, hoy ése supuesto ha sido eliminado, ¿por qué? En definitiva, lo peculiar de esta sentencia es que no se justifican las razones por las cuales el amparo sólo procederá en los tres supuestos antes mencionados.

5. Reflexiones finales.

En el ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la libre contratación las partes pueden acordar legítimamente resolver sus controversias a través del arbitraje; más aún, aquel cuenta con expreso sustento constitucional. Sin embargo, esta autonomía tiene límites y, por ello, existen materias que no pueden ser objeto de arbitraje y, además, en caso de afectarse derechos fundamentales se discute si podría acudir al proceso de amparo.


El nuevo precedente del TC sólo permite el cuestionamiento a través del amparo de las decisiones recaídas en los procesos arbitrales en tres supuestos puntuales. Además, estima que el recurso de anulación puede ser calificado como una vía paralela, dejando criterios anteriores que lo consideraban una vía paralela. Una deficiencia de esta sentencia es que le ha faltado una mayor motivación que explique las razones por las cuales arriba a tales conclusiones.

A nuestro juicio, la procedencia del amparo contra laudos arbitrales debe ser excepcional y tratar de lograr un equilibrio razonable entre la institución del arbitraje, sus mecanismos ordinarios de control –v.g. el recurso de anulación– y el proceso de amparo para evitar que se termine “judicializando” al arbitraje. Por ello, creemos que sólo debería circunscribirse a tutelar el debido proceso. El TC inicialmente amplió los supuestos de procedencia a través de decisiones que fueron criticadas por anular laudos arbitrales sin una sólida justificación y ahora los ha cerrado. En definitiva, es preciso tratar de encontrar un razonable equilibrio entre la denominada “justicia arbitral” y la llamada “justicia constitucional”. La finalidad de este precedente es establecer nuevas reglas con carácter vinculante es positiva, aunque carece de una sólida argumentación.

Precisamente, en los últimos años, algunas decisiones del TC fueron criticadas por anular laudos arbitrales sin una sólida justificación. Ello explica que haya querido fijar un precedente para establecer nuevas reglas cuando se cuestiona un laudo a través del proceso de amparo.



1. CORDÓN MORENO Faustino, “Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas”, Madrid: Cuadernos Civitas, 2010, p. 10.
2. RINDUOSA SEGOVIA Rafael, “La impugnación del laudo en la Ley de Arbitraje española de 2003”, en Revista Peruana de Arbitraje, Lima: Grijley, 1^{er} S, 2006, p. 374.
3. BARBOSA MOREIRA José Carlos, “La nueva ley de arbitraje brasileña”, en Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima, 1007, p. 290.
4. ALVANAVARRO Esteban, “La anulación del laudo”, Primera parte, Lima: Palestra, Centro de Arbitraje PUCP, Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, p. 58.
5. CORDÓN MORENO Faustino, Ob. Cit., p. 70.
6. “En esta materia, la LA no crea nuevas o distintas causales de anulación a las ya existentes en la LGA. Simplemente se ha limitado a establecer con precisión las condiciones que la partes interesada tiene que haber observado para que, en su momento, pueda deducir algunas de las causales de anulación reconocidas en la LA”, CANTUARIAS BALAVERRY Fernando y Roque J. Caivano, “La nueva Ley de Arbitraje Peruana: un nuevo salto a la modernidad”, en Revista Peruana de Arbitraje, Lima: Grijley, N° 7, 2005, p. 75.
7. AVENDAÑO VALDEZ Juan Luis, en SOTO-OCAGUILA Carlos Alberto y Alfredo Bullard González (Coordinadores), “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”, Tomo I, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 600.



Inés Fernández Ortega y Rosendo Radilla Pacheco:
casos emblemáticos en México sobre abuso militar.

Néstor Palomino Cotrina
Administrador del módulo penal de la Corte del Callao

México y Perú:

Entre la Comisión y la Corte

TRES CASOS DIFERENTES CON UN DENOMINADOR COMÚN

- **México, Estado de Guerrero, 22 de Marzo del 2002, 3 pm.**
Como de costumbre, Inés Fernández Ortega, indígena Me'phaa de 25 años de edad, realizaba los quehaceres de su hogar. Una patrulla militar de once hombres llegó hasta su casa. Tres de los uniformados ingresan, uno de ellos apuntándole con el cañón de su fusil al rostro le preguntó; ¿a dónde ha ido tu marido a robar carne? Inés tiene miedo, permanece callada no entiende lo que le preguntan, no habla castellano. El militar la obliga acostarse en el piso, le levanta sus prendas y la ultraja delante de sus cuatro hijos. Para la creencia de su comunidad, aquel día, Inés también perdió el alma.
- **México, Estado de Guerrero, 25 de agosto de 1974.**
Una patrulla militar detiene el autobús con destino a Chilpancingo en el que viajaba Rosendo Radilla Pacheco, líder social, ex alcalde del Municipio de Atoyac. El detenido es conducido al cuartel de la localidad donde es visto con huellas de torturas. Treintaisiete años después, Rosendo Radilla no aparece.
- **Perú, Lima, 22 de abril de 1997, 3.23 pm**
Una explosión en la residencia del embajador japonés, dio inicio a una emblemática operación militar. Hay bajas por el lado de los comandos y de los rehenes. Oficialmente se anunció al país, que todos los terroristas fueron muertos en combate. Poco después, tres rehenes, dieron a conocer que algunos emerretistas ya reducidos, fueron ejecutados.

¿Qué tienen en común estos tres casos?

Que todos ellos fueron investigados o juzgados por la justicia militar por decisión o inacción de la justicia civil.



El caso mexicano.

La Comisión y la Corte, tienen una línea de actuación doctrinaria que forma parte de la Convención Americana, en el sentido que las cortes militares, no resultan idóneas para investigar, juzgar y sancionar acusaciones sobre derechos humanos cometidos por los integrantes de las fuerzas armadas. Tal criterio había sido expuesto en las sentencias condenatorias contra el estado mexicano en los años 2010 y 2011 por la violación sexual cometida en agravio de Inés Fernández Ortega y por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco.

Los fallos causaron revuelo en la conciencia jurídica del país azteca que como nación, asumió con hidalguía lo resuelto por la justicia internacional y de motus proprio, la judicatura mexicana, dictó medidas para que en lo sucesivo, los jueces tengan un rol más activo en la protección de los derechos fundamentales.

Precisamente, mi visita a México en el mes de octubre del año 2011 coincidió con tal revuelo. En conversaciones con funcionarios de la Suprema Corte, todos coincidían que la sentencia supranacional marcaba un antes y un después y que el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana era un hecho inobjetable y una decisión consumada.

La actitud frente a la sentencia, era de total apertura. En lugar de satanizar a los jueces de la Corte asumieron como sociedad y de manera colectiva, que era una oportunidad para reforzar la institucionalidad, incluso, la Secretaría de Defensa a cargo de las fuerzas armadas, sin pataleta alguna, simbólicamente publicó en su portal institucional, extractos de las sentencias supranacionales y de otras más, en la que se encontraban involucrados elementos del ejército, saludable medida en momentos que algunas regiones de ese país se encuentran bajo control militar. El mensaje era obvio; las fuerzas armadas no avalarían a sus integrantes que se situaron al margen de los derechos humanos.

En el frente judicial, una de las consecuencias beneficiosas de los fallos de la Corte Interamericana, fue el fortalecimiento de

los mecanismos de acceso a la justicia constitucional. Por acuerdos plenarios, la Suprema Corte proscribió que temas de derechos humanos fueran vistos en el fuero militar y lo que resulta destacable, en clara afirmación que el rol de la justicia es también el equilibrio de poderes, frenó al poder político al facultarle a la judicatura la realización de controles de *convencionalidad*, es decir, inaplicar leyes que fueran contrarias al Pacto de San José.

La judicatura mexicana ha levantado un muro de contención a las decisiones del poder ejecutivo, en momentos que los halcones se encuentran empeñados en dar una respuesta militar al accionar del crimen organizado controlado por los cárteles de la droga.

En el frente político, se reformó el Artículo 102º de la Constitución Federal, obligando a las autoridades a dar respuestas a las recomendaciones que realicen la Comisión o la Corte.

El caso peruano

A partir de la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de declarar *admisiva* la petición presentada por Aprodeh contra el estado peruano; a raíz de los testimonios sobre las presuntas ejecuciones extrajudiciales realizadas durante el operativo de rescate *Chavin de Huantar*, determinados sectores del país han reaccionado con virulencia exigiendo desde el retiro del Perú de la Convención Americana, hasta una movilización nacional, portando cual cruzados en guerra santa, el estandarte del *"honor patria"*.

Distinto a lo ocurrido en México han sido las reacciones en el Perú. Nuestro país al igual que Colombia, es un sentado frecuente en el banquillo de la Corte de San José. Esa actitud tozuda de actuar en contra de aquello que constituyen líneas de acción para la protección de los derechos humanos; es lo que una vez más, lo coloca en ese lugar.

Un claro ejemplo de ello es la resolución de la Sala Penal de la Corte Suprema peruana, que en el año 2002, sustrajo de la competencia de la justicia ordinaria a trece implicados, que ante el Poder Judicial habían sido denunciados por el fiscal Richard Saavedra.

La justicia militar (que un año después los absolvió por falta de pruebas), eritabló contienda de competencia y la Corte Suprema resolvió a su favor, salvó los casos Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos y Huamán Azourra que diez años después, siguen como procesados en el fuero común.

La Corte Suprema jamás debió permitir que el fuero militar asumiera jurisdicción ni siquiera parcialmente, es precisamente esa suprema resolución -entre otros puntos más-, lo que ahora pone al Perú, ad portas de ser demandado.

¿Es una conspiración contra el Perú?

No lo es. La Comisión Interamericana ha actuado de

acuerdo a lo que la Convención Americana exige: estándares mínimos de garantías en el juzgamiento.

Ni la Comisión ni la Corte, buscar responsabilidades individuales, carecen de competencia para ello. Su pronunciamiento alcanza solo a los estados, las responsabilidades personales corresponden encontrarlas a la justicia de los propios países, pero repito, bajo mínimas garantías de imparcialidad, investigación y juzgamiento; en ello todos debemos estar de acuerdo.

¿Es el fuero militar el foro idóneo para investigar o juzgar temas de derechos humanos?

No lo es y en eso quiero creer, que la mayoría de los peruanos estamos también de acuerdo.

¿Hizo bien la sala penal de la Corte Suprema al sustraer a los investigados de los alcances de la justicia ordinaria?

De ninguna manera; la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional ha precisado textualmente que: *"...la ejecutoria de la Corte Suprema que dirimió la contienda de competencia en favor del Fuero Militar en aplicación de la Ley N° 24150, constituye un lamentable retroceso de la justicia peruana en la perspectiva de una investigación eficaz, imparcial y transparente de conductas que vulneran los derechos fundamentales de las personas, tal decisión, desnaturaliza la*

competencia material de los tribunales militares que debe circunscribirse a la protección de los bienes jurídicos castrenses".

Separar la paja del trigo

El operativo *Chavín de Huantar* no está en cuestión, el arrojo, la valentía y el heroísmo de los comandos tampoco. Lo que la justicia tenía que investigar eran las fundadas sospechas que entre los militares se "sembraron" elementos de SIN conocidos como los "gallinazos", con la exclusiva misión de ejecutar a los rendidos.

Si hubo ajusticiamientos o no, si ello fue planificado durante el operativo o se decidió a su conclusión eran precisamente los temas que la justicia debía investigar.

Salvo sus seguidores, nadie va a defender al accionar terrorista, pero ello no implica que quienes actúan en representación del estado, puedan usar los mismos métodos de aquellos a los que combaten, pensar así significaría la barbarie.

Que no nos confundan, que no se pretenda pasar como héroes a los villanos. A los "gallinazos" no les corresponde un ápice de gloria.

Precisamente, es por los héroes del operativo *Chavín de Huantar* que debemos separar la paja del trigo.





Lesly Llatas Ramírez¹

La CIDH en “la mira”

Análisis de la posición del Estado peruano ante el Consejo Permanente de la OEA

Debemos saludar la clara y contundente intervención del Estado peruano ante el Consejo Permanente de la OEA, en su período de sesión ordinario de fecha 25 de enero de 2012, sobre las “observaciones al Sistema Interamericano de derechos humanos” -SIDH-; el Estado peruano dejó sentado la exigencia rigurosa de los criterios de admisibilidad que pasa por la verificación del agotamiento de la vía interna para evitar que la tramitación de expedientes ante la CIDH resulte paralela a la de sede nacional, es decir, que estando en trámite un caso “X” ante los propios órganos del Estado, sea a su vez tramitado ante la CIDH y ésta se avoque a su conocimiento, hecho que como bien lo ha recalcado el Estado peruano ante la OEA, resultaría una “doble instancia” deenaturalizando el objetivo del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. *Considero que no se trataría solamente de una doble instancia sino de una verdadera injerencia o intromisión en asuntos internos colisionado con el respeto al Estado de Derecho, a la democracia y la soberanía del Estado peruano.* Lo hemos visto en el caso Chavín de Huantar, que estando el proceso judicial en marcha, los presuntos responsables de las ejecuciones extrajudiciales

(que no son los comandos de la Operación Chavín de Huantar), fueron objeto de pronunciamiento de fondo por parte de la CIDH y sometidos a la Corte IDH.²

Asimismo, se viene procesando al Estado peruano ante la Corte IDH por el caso de Mónica Feria Tinta acusada de terrorismo y con una orden de captura internacional, toda vez, que de acuerdo a la información propalada ante los medios de comunicación, la Corte Suprema de Justicia revocó la resolución de la Sala Penal Nacional contra el terrorismo disponiendo su inmediata captura; hoy en día la sindicada como terrorista, por la propia procuraduría del Estado peruano, se haya prófuga de la justicia; lo cierto es, que estos hechos evidencian la ineficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, fundamentalmente en la falta de suministro de información y que la misma sea veraz y actualizada; en la veracidad de los hechos y en la ligereza en que se incurre para tramitar estos casos generando una alta sensibilidad política y social en la sociedad peruana que fue duramente golpeada por Sendero Luminoso y el MRTA, grupos terroristas sindicados como tal por nuestra

legislación interna y además por el Consejo de la Unión Europea, en su posición común 2004/309/PESC de fecha 02 de abril de 2004, incluyéndose al MRTA en el 2009 por pedido de la Cancillería peruana. En el punto 31 de este informe aparece Sendero Luminoso como grupo terrorista.

El Sistema Interamericano de derechos humanos es un *órgano subsidiario*, quiere decir, que son los Estados quienes están obligados a garantizar con efectividad nuestros derechos fundamentales y a impartir justicia a través de sus órganos y poderes del Estado, con sujeción a la Constitución y a la Ley, el SIDH actuará en caso de que se haya vulnerado algún derecho y/o disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos y siempre que se hayan agotado la vía interna; los órganos supranacionales jurisdiccionales no tiene por función revocar las sentencias judiciales de los órganos internos de cada Estado, su función consiste en verificar, comprobar si hubo o no violación de un derecho contemplado en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Estado peruano ha ido enmendando los errores cometidos por el gobierno autoritario de Alberto Fujimori Fujimori, los mismos que han sido observados con la CIDH y la Corte, y en este contexto, fue fundamental el apoyo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; pero hoy en día el Perú se encuentra bajo un régimen democrático con sujeción a un Estado de Derecho, estamos intentando sanear las heridas dejadas por el terrorismo con un estado de "vigilancia ciudadana", es decir, teniendo una mayor capacidad de respuesta por parte de la sociedad y de los medios de comunicación, para oponernos a todo aquello que pretenda menoscabar la seguridad, la paz y la vigencia de la democracia. Así por ejemplo, la reacción inmediata de la sociedad y de la prensa para advertir que el movimiento por la amnistía y derechos fundamentales conocido como "Movadef", una agrupación política basada en el pensamiento Gonzalo, que pretendía inscribirse como partido político, lo que representaba una amenaza a la democracia.

Se dice que la "CIDH tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas". Sin embargo este objetivo se ha visto tergiversado por la práctica en que ha incurrido el propio sistema al conocer con apasionamiento casos de terrorismo que han sido ventilados ante su jurisdicción, provocando un "sesgo" en su actuar; pues es el sistema y no el Estado -en esta oportunidad- el que ha provocado su propia desconfianza. Ello también conlleva al quebrantamiento de la universalidad de los derechos humanos; los derechos humanos son de todos, y no solo de los terroristas; al evidenciarse demasiada flexibilidad de estos casos ante el sistema, nos induce a pensar que el SIDH se creó sólo para unos

en desmedro de otros. En ese sentido, el Estado peruano dejó sentada su posición ante la OEA respecto a que todos los Estados miembros de la OEA deben compartir los compromisos hemisféricos en materia de DDHH.

El Perú quiere olvidar el pasado oscuro que nos dejó el terrorismo pero que el Sistema Interamericano no los trae a la memoria de forma recurrente, al admitir casos de terroristas que alegan violación de sus derechos, abriendo más las heridas y obstaculizando el inicio de un proceso de reconciliación. En ese sentido, el Estado peruano dejó sentada ante la OEA que: "*son cada vez más frecuentes los casos en los que las personas responsables de graves crímenes perpetrados con extrema violencia y mediante actos de terrorismo acuden a la CIDH alegando supuestas violaciones a sus derechos. Una tramitación de tales casos, ajena a la sensibilidad de la sociedad peruana frente a hechos que en su momento dieron lugar a sentimientos de zozobra y terror generalizado, no contribuye a una percepción positiva de la labor que desarrolla este importante órgano del sistema de protección regional de los derechos humanos.*"

De otro lado, el Sistema interamericano tiene que responsabilizarse de sus propias decisiones. Generar un ambiente de desconfianza de esta naturaleza conlleva a que sean los propios Estados quienes tomen la decisión final de retirarse del Pacto de San José de Costa Rica y por ende del SIDH y ello no sería justo para quienes han acudido a este sistema por "otras violaciones (no terrorismo)" buscando la justicia que no encontraron en sus países.

El Estado peruano tiene que aprender su mayor lección con lo sucedido, reforzar el Poder Judicial, el TC, el JNE, cuyas resoluciones sean adecuadas a los estándares internacionales de derechos humanos, administrar justicia con sujeción al debido proceso; lo que si debe quedarle claro al Estado peruano es que si el Sistema Interamericano no adopta las enmiendas del caso, no redirecciona su comportamiento a las observaciones que le formulen los Estados, entonces se debe proceder a denunciar a la Convención Americana de Derechos Humanos y el retiro del sistema interamericano por contravenir con la dignidad de la nación peruana.

No por ello seremos una "parta" como lo señaló el canciller; por el contrario lo seríamos si permitimos la trasgresión de nuestra soberanía y el respeto que merece nuestra dignidad como peruanos con el endoso de decisiones internacionales sesgadas y por demás injustas para el Estado. Está en el Sistema Interamericano la decisión de seguir siendo el órgano supranacional que garantice la "universalidad de los DDHH" honrando el objetivo para lo cual fue creada.

1. Abogada egresada de la Universidad de San Martín de Porres (1997). 15 años de ejercicio profesional; Especialista en Derechos Humanos y Derecho Constitucional; autora de varias contribuciones académicas en materia de su especialidad; Autora del Libro Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos: Una aproximación al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas". Estudios concluidos de Maestría en Derechos Humanos y Derecho Constitucional (virtuales) en la Universidad Alas Peruanas.
2. Véase el artículo publicado Caso Chavín de Huantar: Héroe o Violador? "La Encrucijada" en: Revista Universidad y Negocio N° 51-Diciembre 2011. Pág. 18.
3. Sistema Interamericano de derechos humanos.

La creación de los juzgados especializados constitucionales

“Un novedoso sistema porque se tramitarían todos los procesos constitucionales para los cuales sería competente el Poder Judicial en primera instancia”.

Luis Egildo Henríquez Derteano
Asistente del Quinto Juzgado de Familia del Callao

La Ley N° 28237, que contiene el primer Código Procesal Constitucional (C.P.Cons.) en la historia del Perú, es un instrumento que regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia. “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”. Además los procesos constitucionales tienen como finalidad proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. Siendo el Código Procesal Constitucional uno de los aportes más importantes a nuestra legislación, siendo un novedoso cuerpo normativo, teniendo presente que: La demanda de hábeas corpus se interpone ante cualquier Juez Penal, sin observar turnos de conformidad con Art. 28 del C.P. Cons.; Son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el Juez Civil del lugar donde se afectó el derecho, o



donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción.

Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio.

La Sala Civil resolverá en un plazo que no excederá de cinco días desde la interposición de la demanda de conformidad con el Art. 51 del C.P.Cons.; El procedimiento de hábeas data será el

mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, salvo la exigencia del patrocinio de abogado que será facultativa en este proceso. El Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso de conformidad con el Art. 65 del C.P.Cons.; El Proceso de Cumplimiento el procedimiento aplicable a este proceso será el mismo que el previsto por el presente Código para el proceso de amparo, en lo que sea aplicable.

El Juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso de conformidad con el Art. 74 del

C.P.Cons. y el Proceso de Acción Popular. La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial.

Son competentes:

1. La Sala Correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y
2. La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos. De conformidad con el Art. 85 del C.P.Cons.

A diferencia de los procesos de Inconstitucionalidad y Competencial cuyas demandas se interponen ante el Tribunal Constitucional de conformidad con los Artículos 98 y 109 del C.P.Cons.

Hay parcialidad cuando se expresa que los procesos constitucionales tengan una Tramitación Preferente ante otras materias igual de relevantes que son de competencia los Juzgados Especializados en lo Penal y Civil, porque siempre para cada interesado su causa es la primera, la creación de los Juzgados Especializados Constitucionales evitaría la Tramitación Preferente ante los jueces ordinarios, los procesos constitucionales deberían tramitarse en sus propios juzgados especializados, pues así como los Juzgados Especializados Penales, Civiles, Laborales, etc. se rigen con sus respectivos Códigos, la Corte Suprema debería crear los Juzgados Especializados Constitucionales siendo sus herramientas el Código Procesal Constitucional y la Constitución Política del Perú y por la relevancia que también tienen.

Los jueces que resuelven en la actualidad los conflictos constitucionales son jueces ordinarios por lo tanto manejan el razonamiento de los procesos ordinarios, puesto que la interpretación y el razonamiento en materia de los procesos constitucionales no siempre están impulsados por los mismos principios, lo que el juez ordinario desconoce, siendo una necesidad de organizar los juzgados especializados en materia constitucional.

La Constitución es una norma compleja y no fácil de interpretar, se necesita jueces preparados y especializados en lo constitucional en sede judicial.

Habiendo estudiado el Título V de las Garantías Constitucionales de la Constitución de 1993, no se indica en que juzgados se tramitaran los procesos que tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, es decir el proceso de *habeas corpus*, proceso de amparo, etc. por lo tanto no hay impedimento para crear el juzgado especializado constitucional. La Constitución de 1993 no lo prohíbe.

Teniendo como base para el presente artículo:
El Título Preliminar del C. P. Constitucional.

Art. II Fines de los procesos constitucionales

"Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales".

Art. IV.- Órganos competentes

"Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas Leyes Orgánicas y en el presente Código".

Art. 1 C.P. Constitucional, finalidad de los procesos, primer párrafo.

"Los procesos a los que se refiere el presente Título tiene por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo".

Art. 13 C.P. Constitucional, tramitación preferente:

"Los jueces tramitarán con preferencia los procesos constitucionales. La responsabilidad por la defectuosa o tardía tramitación de estos, será exigida y sancionada por los órganos competentes".

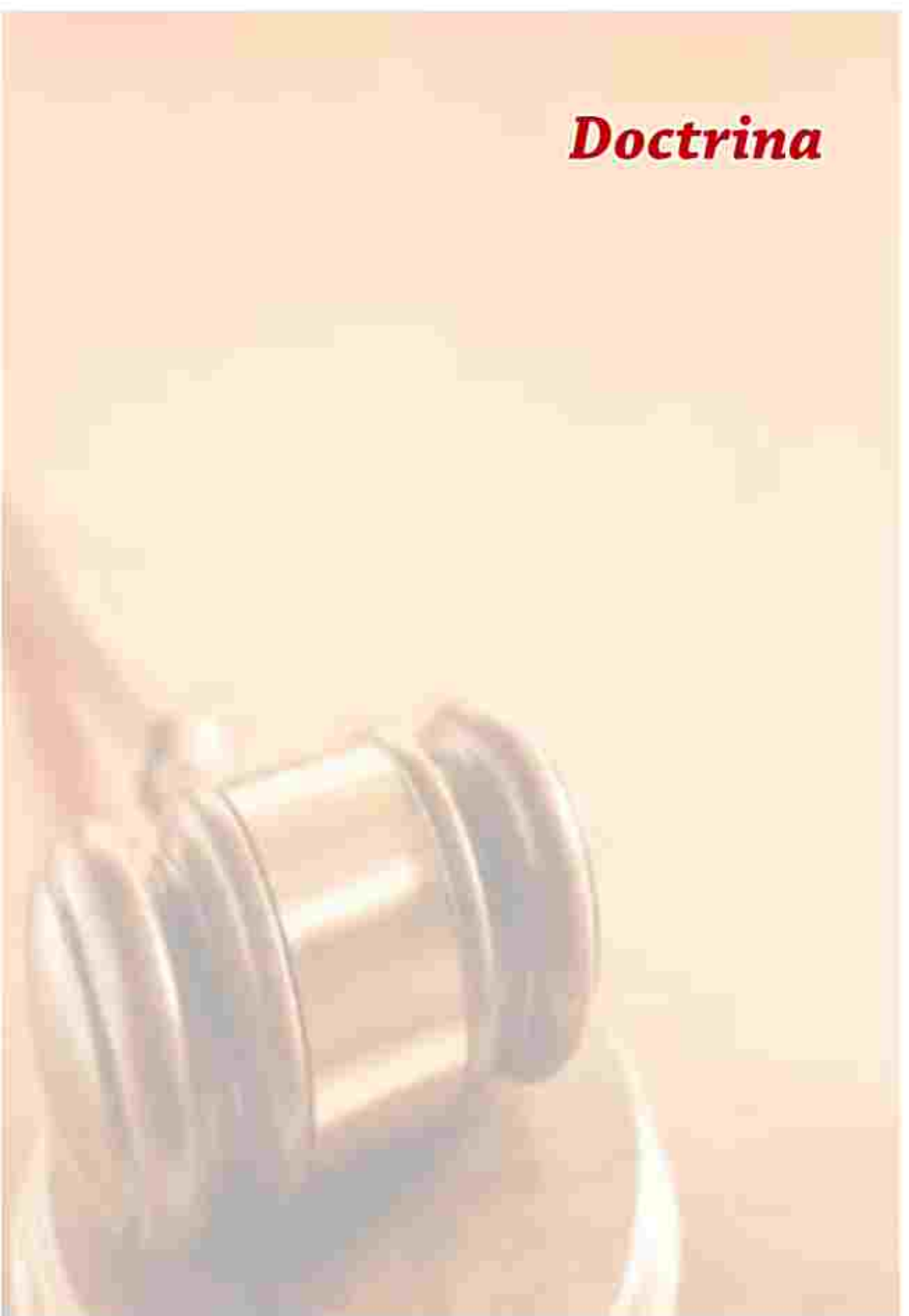
Beneficios:

1. Los Jueces exclusivamente tramitarían materias relacionadas con su especialidad y competencia, Ejm. un juez especializado penal resolvería denuncias sobre delitos y un juez especializado civil resolvería las demandas de otorgamiento de escritura pública, las prescripciones adquisitivas de dominio, los desalojos, etc.
2. Disminuiría la carga procesal en los Juzgados Especializados Civiles y Penales.
3. Ahorraría tiempo a los abogados defensores porque acudirían exclusivamente a los Juzgados Especializados Constitucionales.

Conclusiones:

1. La creación de Juzgados Especializados Constitucionales en el respectivo Distrito Judicial, donde el Juez será un Constitucionalista responsable de tramitar los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, y cumplimiento. Siendo un novedoso sistema porque se tramitarían todos los procesos constitucionales para los cuales sería competente el Poder Judicial en primera instancia.
2. Modifíquese los artículos relacionados a las competencias de los procesos *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, y cumplimiento, siendo el competente el juzgado especializado constitucional.
3. Modifíquese el Art. 46 de la L.O.P.J. juzgados especializados, adicionándose: 7. Juzgados constitucionales. Es decir la creación de los juzgados especializados constitucionales.

Doctrina





La participación del ciudadano en la justicia del TRIBUNAL DEL JURADO

*Joaquín Giménez García
Magistrado Sala II
Tribunal Supremo de España*

I
Como no podría ser de otra manera, la participación activa de los ciudadanos en la administración de justicia, singularmente en lo penal, tuvo su origen en la Grecia clásica, en la Atenas del esplendor del siglo V antes de Cristo.

En esa sociedad ateniense de cuya luz y conocimientos seguimos viviendo en el día de hoy, la participación de los atenienses en la administración de

justicia era práctica usual. Existía el Tribunal de Areópago, cuyos miembros se reunían cerca de la Acrópolis. Este Tribunal, de corte aristocrático, tenía competencia sobre casos de homicidio, causado o intentado, incendio, envenenamiento, y en sus principios supuso un freno al poder del rey. Poco a poco, en la medida que disminuyó el poder del rey, creció el poder de este Tribunal de corte aristocrático. Con el tiempo en la sociedad ateniense se fue profundizando en el propio de las

instituciones democráticas, y como consecuencia este Tribunal fue perdiendo poder, llegando en la última etapa sus miembros a ser elegidos por sorteo y no por su importancia en la sociedad.

El paso siguiente fue la aparición de los tribunales de jurado, formados por un número de ciudadanos que hoy parece increíble, eran realmente asambleas de las que podían formar parte todos los ciudadanos libres, mayores de 30 años y

en posesión de sus derechos cívicos. Estos tribunales populares tenían competencia para delitos distintos a los del Tribunal de Areópago. El número de ciudadanos oscilaba, según el delito. Lo normal es que el Jurado estuviese compuesto de 201 personas, pero por ejemplo en el juicio que condenó a Pericles por supuesta apropiación de fondos públicos, el Jurado que le juzgó estaba compuesto por 1.501 ciudadanos.

Realmente eran juicios con grandes ingredientes de espectáculo y donde la dialéctica y la brillantez de los discursos eran fundamentales. Los ciudadanos se elegían por sorteo que representaban a todas las tribus o familias que existían en Atenas.

El secretario leía los cargos, seguían turnos de palabra para acusado, defensor y acusador, todo ello dirigido por el Presidente. Se practicaban las pruebas a que hubiese lugar y seguidamente se procedía a la votación por los Jurados en unas tablillas especiales de las que incluso se conservan algunas. Eran distintas según que el voto fuese en uno o en otro sentido. Hecho el recuento, el Presidente dictaba sentencia y para ello bastaba mayoría simple.

II

Realmente el precedente del Tribunal del Jurado tal y como hoy lo conocemos hay que situarlo en los movimientos revolucionarios de finales del XVIII, principios del XIX y relacionado con el principio de soberanía popular, como fuente de todo poder frente al antiguo régimen en el que el poder se concentraba en el rey absoluto, convirtiendo al juez en un mero ejecutor de su voluntad.

Se debe a Montesquieu la separación de poderes en el legislativo, ejecutivo y judicial, pero convirtiendo al judicial en una especie de poder nulo ya que todo estaba previsto en la Ley, de suerte que el juez era solo "la boca que pronuncia las palabras de la Ley".

Este planteamiento es claramente erróneo porque la Ley aún siendo manifestación de la voluntad popular no es perfecta ni completa, tiene contradicciones y lagunas por lo que la interpretación de la Ley es una operación compleja y desde luego alejada del simplismo del silogismo jurídico de la subsunción del hecho en la norma.

En todo caso, no hay oposición en la disyuntiva justicia profesional - Tribunal de Jurado. Son dos formas de administrar justicia cada una con sus ventajas e inconvenientes, aunque ciertamente hay que convenir que la institución del Jurado solamente es posible en sistemas políticos democráticos.

Es obvio que en situaciones dictatoriales no puede existir un Jurado de ciudadanos que representen la pluralidad ideológica de la sociedad, ahora bien siendo esto



En todo caso, no hay oposición en la disyuntiva justicia profesional - Tribunal de Jurado. Son dos formas de administrar justicia, cada una con sus ventajas e inconvenientes, aunque ciertamente hay que convenir que la institución del Jurado solamente es posible en sistemas políticos democráticos.

cierto no lo es la aparente consecuencia de que donde no hay Jurado no hay situación de libertad. Este aserto es claramente falso y la experiencia nos dice que hay países de una democracia intachable que no tienen la institución del Jurado.

En definitiva que exista Tribunal de Jurado en los Estados de Derecho va a depender fundamentalmente de las tradiciones jurídicas de cada país, por lo tanto hay que huir de reduccionismos simplistas.

III

Hechas estas salvedades hay que convenir que el juicio por Jurados tiene ventajas y también inconvenientes.

Entre las ventajas podemos citar las siguientes:

1^º- Es un antídoto contra el riesgo de distanciamiento de los Jueces profesionales y la realidad social. El Jurado permite un encuentro entre la justicia y la sociedad a la que sirve y permite asimismo una proximidad y transparencia que deben ser resaltadas, siendo en este sentido una de las consecuencias el cambio de lenguaje jurídico que debe de ser más claro sin ser vulgar y por tanto comprensible para el ciudadano medio; singularmente para aquél al que se le quita o se le da la razón.

Las sentencias deben ser escritas para que puedan ser comprendidas fundamentalmente por las partes concernidas.

2^º- El Jurado es una manifestación de principio de democracia participativa que supone un paso adelante en relación con la democracia representativa. Todos los poderes provienen del principio de soberanía popular y parece obvio, aunque no necesario, que también los ciudadanos puedan colaborar en la Administración de Justicia a través del Tribunal del Jurado.

3^º- El Colegio de Jurados representa el microcosmos de una sociedad plural ideológicamente, pero que se reconoce en un mínimo común denominador que es la Ley aprobada democráticamente.

4^º- Relativiza el rol del Juez profesional al compartir su actividad bien que de otra manera y por ello resitua al Juez profesional como un ciudadano antes que como un sacerdote por encima de la sociedad cuya legitimidad no está tanto en el origen de su nombramiento; sea electivo o a través del acceso a

la función pública en virtud de unos exámenes, sino que se trata de una legitimidad de ejercicio, es decir la que se gana día a día en su labor de juzgar con respeto a todas las garantías del proceso debido y motivando sus decisiones.

5^º- Robustece la credibilidad social de la justicia ensanchando los procesos de convicción social. Es un dato empírico que quizá merecería mayor atención el hecho de que los ciudadanos que han participado en Tribunales de Jurado tienen mejor opinión de la justicia que aquéllos que solamente han tenido contactos a través de la condición de testigos, peritos, demandantes, demandados, víctimas o imputados.

El dato es significativo aunque no puede extrapolarse: en el año 1997 el Gobierno Vasco efectuó una estadística sobre la situación de la justicia en Euskadi y en relación a los ciudadanos que habían participado como miembros del Tribunal del Jurado la opinión que tenían de la justicia era notablemente más positiva que aquéllos que no habían intervenido en tales procesos. En concreto, un 70% de los encuestados que habían participado como miembros del jurado tenían una opinión muy buena de la justicia.

6^º- En el Tribunal del Jurado tienen su máximo desarrollo los principios del proceso penal ya que sus miembros van a juzgar y a tomar posición en el caso concernido exclusivamente por las pruebas que se han realizado ante su presencia, por lo que los principios de oralidad, inmediación y contradicción tienen su máximo exponente.

Obviamente, también existen inconvenientes en los juicios por jurado, entre ellos se pueden citar los siguientes:



- a).- El Jurado es económicamente muy caro por lo que los costos de la justicia se aumentan notablemente, sobre todo en atención a los delitos complejos que pueden exigir sesiones durante varios días.
- b).- Existe el riesgo de que los jurados sean presionados y ello está en razón directa al tipo de delitos de los que van a conocer. Piénsese en delincuencia organizada.

Se podrá argumentar que el Estado puede proteger a los jurados de tales presiones o amenazas pero esta protección también incide en el costo del proceso y por otra parte no puede mantenerse indefinidamente. Al respecto hay que recordar que no se puede exigir un acto heroico a un ciudadano que vaya a formar parte del jurado, lo que por el contrario si le es exigible a un Juez profesional porque se trata de una profesión que él ha elegido lo cual no es óbice para que a su vez tenga derecho a la protección personal suya y de su familia, pero es claro que la situación es distinta cualitativamente de la del ciudadano jurado.

- c).- El éxito de los Tribunales del Jurado exige un cierto arraigo de la institución en la sociedad, el Tribunal del Jurado no puede aparecer súbitamente en una sociedad que no tenga esa tradición, es preciso crear el ambiente propicio.

IV

En conclusión

Reiterando lo ya dicho, estimo que el Jurado es una forma complementaria de administrar justicia, singularmente en materia penal.

En los países anglosajones el Jurado forma parte de la esencia de su sistema de justicia, de suerte que su eliminación podría producir una quiebra del propio sistema de justicia, esto es predicable para Gran Bretaña y Estados Unidos por ejemplo, donde no es concebible un sistema de justicia penal, y aún civil (en Estados Unidos) sin el protagonismo del pueblo a través del juicio de jurado.

Por el contrario, en los países latinos hay una convivencia entre jueces técnicos y tribunal del jurado pero éste tiene menos protagonismo en el propio sistema de justicia que la justicia profesional en la que se descarga la gran parte de los asuntos, esto es válido para países como Italia, España, Francia, Alemania, etc. etc., por otro lado parte en muchos de estos países latinos el sistema imparante es el de escabinado, es decir ciudadanos y jueces profesionales que debaten conjuntamente y resuelven conjuntamente el caso.

V

Dos pinceladas sobre el jurado español.

Retiriéndonos a la época actual y olvidándonos de

precedentes anteriores su fundamento se encuentra en el artículo 125 de la Constitución, en la que se dice que los ciudadanos "podrán participar en la administración de justicia mediante la institución del jurado".

Hubo una evidente pereza en el desarrollo de esta previsión constitucional (la Constitución se aprobó el 8 de Diciembre de 1978) que, si bien se mira, no establecía una obligación de desarrollo sino una posibilidad, a ello fue debido el escaso arraigo social que despertaba esa institución en España ya que durante toda la dictadura del General Franco, obviamente, no existió Tribunal del Jurado.

La Ley que lo reinstauró fue la L.O. 5/1995 de 22 de Mayo.

El modelo instaurado fue el de jurado puro, es decir, 9 ciudadanos jurados más 2 suplentes, elegidos por sorteo ante los que se practicaba todo el juicio y luego resolvían en base al catálogo de preguntas que le efectuaba el Presidente del Tribunal que era un Juez profesional que no deliberaba con ellos.

Sin duda la característica más acusada del jurado español es la exigencia de que el jurado motive su decisión, es decir debe dar las razones de porqué estima acreditado lo que así declara. Esta es una consecuencia del deber de motivación que de toda resolución judicial exige la Constitución, con ello se aparta del sistema tradicional de jurado con decisión inmotivada que es el usual en el mundo anglosajón.

También es significativo el catálogo cerrado de delitos que son competencia del Jurado. La verdad es que a la vista del mismo no se alcanza a comprender un criterio que haya determinado su inclusión o exclusión.

Hay delitos graves como el homicidio consumado, los delitos cometidos por los funcionarios, y al mismo tiempo hay exclusiones sorprendentes como el delito de violación, quizá tal vez por miedo a las presiones mediáticas que acompañan estos tipos de delitos, y también se encuentran delitos de muy escasa importancia y que no se alcanza a conocer la razón de su inclusión, como el delito de omisión del deber de socorro, allanamiento de morada o incendios forestales, los delitos de delincuencia organizada y terrorismo están excluidos.

Existe recurso de apelación ante el Tribunal Superior de la Comunidad Autónoma correspondiente respecto de la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado. Este Tribunal está compuesto por jueces profesionales exclusivamente, y contra la sentencia de este Tribunal hay recurso de casación ante la Sala Penal del Tribunal Supremo.

En todo caso, desde la instauración del Jurado en España, hace unos quince años, se puede constatar una consolidación de la institución.



EPÍLOGO

Los días 4 al 7 de Octubre tuvo lugar en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) un Curso organizado por la Agencia Española de Cooperación Internacional sobre la participación ciudadana en la Administración de la Justicia Penal.

Intervinieron Jueces, Fiscales y Abogados, en general personal judicial, de prácticamente todos los países sudamericanos, (a excepción de Chile y de Argentina), así como de México y Costa Rica. En total 22 expertos.

Por parte española, acudió un Vocal del Consejo General del Poder Judicial, un Magistrado del Servicio de Relaciones Internacionales y yo mismo. Fue un encuentro muy cordial y fructífero.

Copio las conclusiones del mismo que estimo muy importantes.

- 1^ª.- El jurado es una manifestación del principio de participación ciudadana en la administración de justicia penal, pero no la única, hay otras tales como la crítica a la resolución judicial, las derivadas del principio de publicidad de juicios, las formas de elección de jueces y la justicia indígena que está llamada a desempeñar un papel importante en Estados con comunidades indígenas.
- 2^ª.- El jurado permite la mayor extensión de los principios acusatorios de oralidad y contradicción.
- 3^ª.- En relación al derecho-deber de los ciudadanos a intervenir como jurado, la mayoría que no la unanimidad, estimó que debía de ser un deber, sin perjuicio de la existencia de un catálogo de excusas.
- 4^ª.- En relación al derecho del acusado a optar por un enjuiciamiento por jurado o por jueces profesionales existió una diversidad de opiniones, si bien una mayoría ajustada consideró que el juicio por jurado debía estimarse como un derecho del acusado y como tal susceptible de renuncia, la minoría entendió que no cabía otorgar este

derecho al acusado por afectar al principio de juez predeterminado.

- 5^ª.- Existió unanimidad en que el jurado, ya puro o ya escabinado debe dictar su resolución motivada y ello como exigencia del deber de motivación de toda resolución judicial y como consecuencia de la razonabilidad exigible a toda decisión judicial, esta motivación debe abarcar la enumeración de las fuentes de prueba, los elementos incriminatorios que en ellos se encuentren y las razones de la credibilidad que se le otorgan frente a las pruebas de descargo, ello expresado en términos sencillos pero suficientes.

- 6^ª.- En relación al catálogo de delitos que debían de ser competencia del jurado se constató un posicionamiento doble de partida, unos entendieron que lo correcto sería establecer la atribución por la pena a aplicar, y otros en razón del delito enumerando un catálogo cerrado de los mismos.

En todo caso, hubo unanimidad en excluir de la competencia del jurado los delitos relativos a la criminalidad organizada incluyendo los actos de terrorismo.

- 7^ª.- Unánimemente se estimó la exigencia de un recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado, y que tal Tribunal de apelación estuviese compuesto exclusivamente por jueces profesionales.

Se excluyó la posibilidad de que el recurso de apelación fuera ante otro Tribunal del Jurado, lo que hubiera supuesto la íntegra reproducción de la prueba practicada en la primera instancia.

- 8^ª.- En relación a los juicios paralelos y a su incidencia en la imparcialidad de los jurados, la unanimidad de los participantes resaltó la madurez de los ciudadanos y la confianza que debe depositarse en ellos. Se convino en la imposibilidad de aislar a los ciudadanos jurados de las tensiones derivadas de los juicios mediáticos efectuados por los medios de comunicación, y se consideró relevante no prolongar indebidamente ni las sesiones del juicio oral ni las deliberaciones.

- 9^ª.- En relación a los costes económicos del jurado se adoptaron dos acuerdos:

- a) Que el cargo de jurado debe de ser retribuido, teniendo en cuenta las necesidades y recursos económicos del Estado del que se trate.
- b) Necesidad de valorar las repercusiones económicas de la puesta en funcionamiento de la institución del jurado en el sistema de justicia del país concernido dado su costo.

Sinceramente oreo que son unas conclusiones ponderadas y sensatas, y que supusieron el verdadero broche de oro de las jornadas citadas.

La interpretación de la norma como técnica jurídica

Jesús Antonio Rivera Oré¹

Concepto

Hallar el verdadero sentido de la norma es una tarea que no puede ser resuelta en forma unilateral y el resultado, finalmente, no arroja un significado unívoco. Toda interpretación –ha dicho Luis Díez Picazo– sitúa al intérprete ante una serie de opciones o de variantes. Según se siga una u otra, la solución del problema puesto a consideración del abogado o del juez, puede ser diferente.

En este punto vale traer a colación el ejemplo que en una ocasión planteó Radbruch²: *«En todos los vagones de ferrocarril se encuentra un aviso donde se transcribe un extracto del reglamento de policía en los transportes. Figura allí una regla según la cual está prohibido viajar con perros. Pues bien, en una ocasión sube al tren un campesino llevando una cabra. En la discusión entre el viajero y el inspector, el viajero, de acuerdo con el texto y con la lógica estricta, parece tener la razón. Se prohíbe perros y no cabras. El inspector en cambio piensa que tanto da un perro como una cabra. Es decir, que la cabra es un perro para los efectos de la ley».*

Aquí se presenta un claro problema de interpretación. Por un lado, se puede tratar de solucionarlo tomando en cuenta el texto expreso de la norma y por otro, teniendo presente la voluntad del legislador.

En toda interpretación hay, por lo menos, una serie de variantes o de opciones entre las cuales el intérprete debe decidir.

El primer problema consiste en dilucidar si el intérprete del derecho ha de proceder en la tarea interpretativa sujetándose a determinadas reglas o a cánones o esquemas que se encuentran preestablecidos, o si por el contrario, dispone de una libertad absoluta para llevar a cabo su cometido.

La resolución de este problema es el hilo conductor de todo estudio pormenorizado de los criterios de interpretación y de los métodos para hallar el sentido verdadero de las normas jurídicas. A través de la interpretación se abordan problemas tales como: (1) las contradicciones normativas, (2) las redundancias normativas, (3) las lagunas del derecho y (4) la inoperancia de ciertas normas jurídicas.

Ahora empezaremos conceptualizando lo que entendemos por interpretación y, específicamente, lo que entendemos por interpretación de la norma jurídica. Mario Alzamora Valdez, Marcial Rubio Correa, Anibal Torres Vásquez, enseñan que la interpretación consiste en una tarea de la inteligencia, en la búsqueda del sentido de las proposiciones jurídicas dentro de la más amplia libertad. Por eso es difícil

¹ Abogado. Doctor en Derecho. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima-Sur, E.I. – Decano del Ilustre Colegio de Abogados del Callao. Presidente del Comité de Ética de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. Abogado en ejercicio.

² Gustav Radbruch (1878-1950). Nació en la ciudad de Lübeck (Alemania). Fue Profesor en Heidelberg, Koenigsberg y Kiel. De 1920 a 1924, miembro del Reichstag y ministro de Justicia con Wirth y con Stresemann. Desde 1925, profesor de derecho penal en Heidelberg. En su obra "Introducción a la Filosofía de Derecho" destaca el tema "El Derecho Supralegal", de cuyo contenido se desprende su famosa aportación al derecho "Fórmula de Radbruch" que postula que el derecho extremadamente injusto no es derecho.

precisar el límite que separa la interpretación propiamente dicha de la creación.

Pero dentro de esos extremos –la interpretación y la creación- la labor del intérprete está limitada por el elemento objetivo: la pretensión de verdad que encierra la norma que debe hacerse valer en los casos controvertidos o sometidos a su consulta.

La interpretación jurídica es la aproximación apriorística y metódica que realiza el intérprete para desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma.

Ennecerus⁹ decía que interpretar una norma es esclarecer

su sentido y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica y por tanto también para la resolución judicial.

La interpretación, considerada en sentido amplio, traspasa el círculo de la pura aplicación del Derecho y se mueve en la más amplia esfera de elaboración del mismo (tanto práctica como teórica), si bien constituye únicamente –y ello revela el acierto de este punto de vista- un primer estudio de esa elaboración, que recoge aquellas realidades o existencias, para después someterlas a ulteriores operaciones de construcción, sistematización y creación jurídicas.

Algunos distinguen entre «*interpretatio legis*» que es sólo la interpretación de la norma positiva, e «*interpretatio iuris*» que es trascender hasta el derecho (más allá de la ley) con el fin de investigar sus alcances en relación con los hechos.

CUADRO N° 01 LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA SEGÚN EL INTÉRPRETE

Interpretación legislativa	La hace el Congreso de la República a través de leyes.
Interpretación judicial o jurisprudencial	Por sentencias del Poder Judicial
Interpretación doctrinaria	La realizan los tratadistas y juristas.
Interpretación auténtica	La hace el mismo órgano que emitió la norma.
Interpretación constitucional	La hace el Tribunal Constitucional (control de la constitucionalidad concentrado) y los jueces (control constitucional difuso) al referirse sólo al caso concreto, por excepción.

CUADRO N° 02 INTERPRETACIÓN POR SU EXTENSIÓN Y ALCANCE

Declarativa o estricta	El intérprete se a decua a lo que expresa el texto o a su espíritu y sentido.
Extensiva	Cuando extiende el texto a supuestos no comprendidos expresamente.
Restrictiva	Limita la fórmula a determinadas circunstancias de las mencionadas en la norma.

9 Ennecerus, profesor de Derecho romano. Jurisconsulto y tratadista de Derecho alemán, nació en Neustadt, cerca de Hannover en 1843.

**CUADRO N° 03
LOS PROCEDIMIENTOS DE INTERPRETACIÓN EXTENSIVA**

Argumento <i>a pari</i>	Consiste en referir al caso no previsto la misma consecuencia que al previsto por identidad de razón entre ambas hipótesis
Argumento <i>a fortiori</i>	Cuando los hechos constitutivos de la hipótesis de una norma se dan en forma más clara y evidente en circunstancias no comprendidas expresamente por aquella
Argumento <i>a contrario</i>	Consiste en referir la regla contraria a una norma, para solucionar los casos contrarios no legislados

La interpretación jurídica es una técnica

Debido a que la interpretación jurídica no ha sido teorizada de forma tal que contenga reglas generalmente admitidas, con unidad metodológica y con capacidad de predecir un resultado dadas determinadas condiciones, es que no se acepta como una ciencia, en el sentido propio del término.

En general, se trata más de una técnica, de una serie de métodos, reglas y procedimientos que, en forma coherente y lógica, trata de hallar el sentido correcto de las normas jurídicas.

Los componentes de la interpretación jurídica

La interpretación jurídica consta, hablando en forma general, de tres componentes: una aproximación apriorística del intérprete, a la que se denomina criterios generales de interpretación; un cuerpo de mecanismos operativos de interpretación jurídica generalmente aceptados por la doctrina que, en conjunto, constituyen los métodos de interpretación, y los apotegmas de interpretación que son argumentos tópicos de aceptación bastante generalizada.

**CUADRO N° 04
LOS COMPONENTES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

Aproximación apriorística del intérprete	Criterios generales de interpretación Por ejemplo: criterio tecnicista, criterio axiológico, criterio teleológico, etc.
Métodos de interpretación	Cuerpo de mecanismos operativos de interpretación jurídica, aceptados por la doctrina Por ejemplo: método literal, método de la <i>ratio legis</i> , método sistemático, etc.
Apotegmas jurídicos	Argumentos tópicos de aceptación general Por ejemplo: <i>lo accesorio sigue la suerte de lo principal, a culpa más grave pena mayor, primero en el tiempo, preferible en derecho, etc.</i>



La independencia del magistrado en el Poder Judicial: Entenderla y respetarla es tarea de todos

Consuelo Rojas Saavedra

Abogada - Asistente de Vocal de la 1ª Sala Civil del Callao

El Poder Judicial es uno de los tres poderes del Estado y es el de mayor trascendencia en nuestra sociedad, ya que a través de dicho Poder se ejerce la administración de justicia, siendo la justicia un derecho de toda persona (el de la tutela jurisdiccional) y por tanto, un deber del Estado respetarla y realizar todas las medidas conducentes a materializarla en nuestra sociedad.

Es así que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por intermedio o a través del Poder Judicial, mediante sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y las leyes. Sin embargo, de la doctrina constitucional en nuestro país, podemos advertir que el "...concepto de independencia se ha caracterizado por ser uno referencial, relativo e instrumental, ya que la concreción jurídica de los factores o elementos a los que el juez, en el ejercicio de la función judicial, no puede someterse, tiene por objeto lograr que su actuación sea imparcial y con plena sujeción a la ley."¹

Y en cuanto a la jurisprudencia constitucional, se puede advertir que el concepto de independencia judicial, por todo lo que ella implica o involucra, no ha podido hasta el momento ser definida claramente por las Constituciones Políticas que ha tenido el Perú, por cuanto se desprende que integra un complejo estatuto jurídico

del personal jurisdiccional y un conjunto de garantías del juez frente a las partes, la sociedad, el autogobierno y los demás poderes del Estado.

Pero sí se puede afirmar que **la independencia tiene "...los mismos fundamentos que legitiman la jurisdicción: verdad y libertad**, razón por la cual ella debe estar asegurada tanto para la magistratura, como organización desligada de condicionamientos externos, como para el magistrado en calidad de individuo frente a la jerarquías internas de la propia organización..."²

De lo expuesto, podemos advertir que nos urge y resulta realmente necesario preocuparnos activamente por procurar lograr construir una imagen de un Poder Judicial con Magistrados (sean estos titulares, provisionales o suplentes) que tengan plena conciencia de su independencia en el ejercicio de su función, con la finalidad de garantizar una administración de justicia: óptima, eficiente, eficaz y plenamente respetuosa de todos los principios y garantías de la función jurisdiccional, no solamente recogida en nuestra Constitución de 1993 sino también en instrumentos internacionales, en claro y evidente respeto de los derechos fundamentales de las personas y la sociedad en general, considerando además los llamados derechos de segunda y tercera

generación, atendiendo a que la **defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.**⁵

Resulta indispensable, antes de continuar con nuestra propuesta, hacer algunas precisiones de carácter conceptual respecto de la independencia y de la imparcialidad, es así que se suele hablar de:

- a) *Independencia externa:* Entendida como ausencia de mecanismos de interferencia externos, aludiendo a la independencia estructural, es decir, libre de injerencia de otros poderes constitucionales, es decir, que la judicatura se sustrae al juego de las mayorías y minorías políticas y de los intereses agregados que estas representan.
- b) *Independencia interna:* Ausencia de mecanismos de interferencia internos en el ejercicio de la función jurisdiccional, haciendo alusión a la organización jerarquizada de la judicatura, impidiendo que dicha estructura permita que algún magistrado de los niveles superiores pretenda influenciar o ponga en peligro la imparcialidad de los jueces de los niveles inferiores.⁴

Advertiendo que: la independencia interna se encuentra vinculada a la imparcialidad, que se refiere a circunstancias concretas del Juez en relación al proceso, así tenemos que hay imparcialidad objetiva e imparcialidad subjetiva:

- a) *Imparcialidad objetiva:* Referida a la inexistencia de causal que impida al Juez emitir una resolución imparcialmente, en tanto no haya tenido contacto previo con el tema a dilucidar en el proceso que lo parcialice o lo coloque en una situación prejuzgada previamente.
- b) *Imparcialidad subjetiva:* Esta clase de imparcialidad tiene que ver con que el Juez de la causa no haya tenido contacto previo o relaciones indebidas con las partes que, igualmente, lo condicionen al momento de dilucidar la materia del proceso y lo lleven, no precisamente, a una decisión basada en subjetivismos o indicios que ameriten sospechar que se ha parcializado con una de las partes.

Las causales que puedan afectar la imparcialidad objetiva o subjetiva se encuentran previstas en nuestro ordenamiento, pues han sido recogidas como causales de impedimento y de recusación en los artículos 305° y 307° del Código Procesal Civil. Como causales de recusación o inhibición en los artículos 29°, 30° y 31° del Código de Procedimientos Penales, así como en los artículos 196°, 197° y 198° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, habiendo sido derogados estos últimos por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29277, publicada el 07 de Noviembre de 2008, norma que en su artículo 34°, numeral 1) señala como uno de los deberes del Juez resolver con **independencia, prontitud, imparcialidad, razonabilidad y respeto al debido proceso.**

La necesidad imperante en toda sociedad, más aún en un país pluricultural como el nuestro ubicado en un continente tercer mundista, de contar con una administración de justicia independiente y, por tanto, con Magistrados plenamente concientes que gozan de dicha independencia al momento de ejercer su función jurisdiccional, constituye una garantía y seguridad para los

ciudadanos que vivimos en una sociedad democrática o presumiblemente democrática. Teniendo como único límite precisamente la voluntad de los ciudadanos expresada a través de las leyes, más aún, a través de la norma suprema que es la Constitución o Carta Magna. Cualquier intento de someter la decisión de un Magistrado a presiones políticas, económicas o de cualquier otra naturaleza, distintas de la Constitución y la ley constituyen una evidente trasgresión no solo a la investidura del Magistrado sino de las partes que puedan tener involucrados sus derechos en un determinado proceso o litigio.

De ahí la importancia de resaltar e insistir, no solo en la formalidad, sino en la realidad, con lograr una verdadera independencia en la función jurisdiccional, o más concretamente, apuntar a tener en nuestra sociedad una independencia total y absoluta de los Magistrados, sin límite diferente a la voluntad del pueblo expresada a través de la Constitución y la ley.

Cabe destacar que nuestro actual Presidente del Poder Judicial, Juez Supremo, doctor César San Martín Castro, en su discurso de apertura del año Judicial 2011, reconoció que la labor de impartir justicia - debe ser ejercida con estricto respeto de la Constitución y del conjunto del ordenamiento jurídico, atendiendo a las misiones importantes de los Jueces como son la defensa de la plena vigencia de los Derechos fundamentales, la garantía de la seguridad jurídica y la seguridad económica, y el control de quienes cometen delitos o incurren en conductas que implican la determinación de responsabilidades de diversa naturaleza, manifestando asimismo, su compromiso a destinar a tratar de cambiar la percepción que existe sobre el Poder Judicial y sobre cada uno de sus integrantes, a partir de acciones concretas que respondan a los cuestionamientos que se formulan, contando para ello con el concurso de la Sala Plena de la Corte Suprema y del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a fin que ellos sean los verdaderos promotores y garantes de la justicia y de los derechos, así como el desarrollo social, económico e institucional ya iniciado en nuestro país, precisando que entre sus dos grandes objetivos se encuentra el querer lograr "1) el fortalecimiento de la independencia de los diferentes jueces y juezas."⁵

A fin de entender mejor este tema y dar a conocer incluso su regulación en diferentes instrumentos internacionales, encontramos en la página WEB de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos los **Principios Básicos relativos a la independencia en la judicatura** adoptados por el **Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente**⁶, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985, atendiendo a que dichos Principios han sido formulados para ayudar a los Estados Miembros en su **tarea de garantizar y promover la independencia de la judicatura, deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de la legislación y la práctica nacionales y ser puestos en conocimiento de los jueces, los abogados, los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo y el público en general.** Como vemos, es tarea de todos, no solo de un sector del Estado o Gobierno de turno, tanto de los sujetos que puedan intervenir ante el Poder Judicial, refiriéndonos a las partes procesales u operadores de justicia, como de los demás poderes del Estado y la ciudadanía en general, incluyendo a los

La necesidad imperante en toda sociedad... de contar con una administración de justicia independiente y, por tanto, con magistrados plenamente concientes que gozan de dicha independencia al momento de ejercer su función jurisdiccional, constituye una garantía y seguridad para los ciudadanos que vivimos en una sociedad democrática o presumiblemente democrática.

distintos medios de comunicación (prensa escrita, prensa hablada, Internet - redes sociales, etc.).

Antes de señalar estos Principios Básicos, queremos que se tome en consideración que, si bien fueron adoptados en un Congreso de las Naciones Unidas al abordar un tema ubicado dentro del ámbito del Derecho Penal, los podemos adoptar para la totalidad del aparato jurisdiccional, hablemos de Juzgados que conocen materias constitucionales, civiles, de familia, laboral, contencioso administrativo, etc., ya que se encuentran referidos a la independencia del juez como miembro del sistema judicial de nuestro país, y así también lo entiende nuestro actual presidente del Poder Judicial. Aclarado ello, pasamos a exponer dichos principios, considerando entre ellos los que nos merecen especial atención.

Principio 1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura."

Principio 2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo."

Principio 7. Cada Estado miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones."

Principio 13. El sistema de ascensos de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia."

Principio 16: Sin perjuicio de cualquier procedimiento disciplinario o derecho de apelación, ni del derecho a recibir indemnización del Estado de acuerdo con la legislación nacional, los jueces gozarán de inmunidad personal con respecto a las acciones civiles por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones indebidas cometidas en el ejercicio de sus funciones judiciales."

Conclusiones:

1. La independencia dentro de la Magistratura es uno de los pilares para lograr un Poder Judicial autónomo, independiente y

acorde a las exigencias y garantías constitucionales y comprende varios aspectos que debemos tomar en consideración al momento de referirnos a ella como legitimante de la jurisdicción, involucrando valores como "verdad" y derechos como "libertad".

2. Existe dentro del concepto de Independencia:
 - a) Independencia Externa, que alude al órgano jurisdiccional en sí.
 - b) Independencia Interna, que alude al Magistrado.
3. Dentro de la independencia interna podemos ubicar el tema de la imparcialidad, referida a las causales de impedimento, abstención y recusación, subdividida en:
 - a) Imparcialidad Objetiva
 - b) Imparcialidad Subjetiva
4. Para lograr esta independencia en el Poder Judicial y poder cambiar la imagen de esta frente a la ciudadanía debemos tener en cuenta que es tarea de todos, por un lado del propio Estado, a través de sus instituciones y mecanismos distintos, no solo del Poder Judicial, que permitan velar por dicha independencia y concienciar o educar a la población que esta independencia es la que debemos siempre respetar y mantener.
6. Por otro lado, también queda claro que, para lograr esta independencia, depende de los propios magistrados, quienes deben ser concientizados por esta sociedad y a la vez, ellos mismos tomar conciencia que si no pueden ser lo suficientemente imparciales al momento de emitir sus fallos, menos pueden aspirar a tener independencia en el cargo, con lo cual resultarían siendo ciudadanos poco idóneos para el ejercicio del cargo.
6. Resulta indispensable además iniciar trabajos de concientización en los ciudadanos que todos tenemos la obligación de ayudar a que esta independencia judicial se logre, desde los litigantes, abogados, de fuera de la organización del Poder Judicial, así como el personal auxiliar jurisdiccional y administrativo, funcionarios administrativos de todo nivel y jueces también a todo nivel, de Paz Letrados, Primera Instancia, Superiores y Supremos.
7. La independencia en el Poder Judicial del Perú depende de todos nosotros, en tanto tengamos como aspiración vivir en un país donde se respeten todos los derechos fundamentales y garantías constitucionales recogidas en la Constitución Política de 1993, entre ellas el derecho fundamental al debido proceso para lograr vivir en una sociedad con paz y justicia.

1 Fundamento Jurídico 10 de la STC N° 3301-2004-AA/TC publicada en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03301-2004-AA.html>. Publicada el 16/12/05

2 Fundamento Jurídico 10, 2° párrafo de la STC N° 3301-2004-AA/TC antes citada.

3 Artículo 1° de la Constitución Política del Perú de 1993.

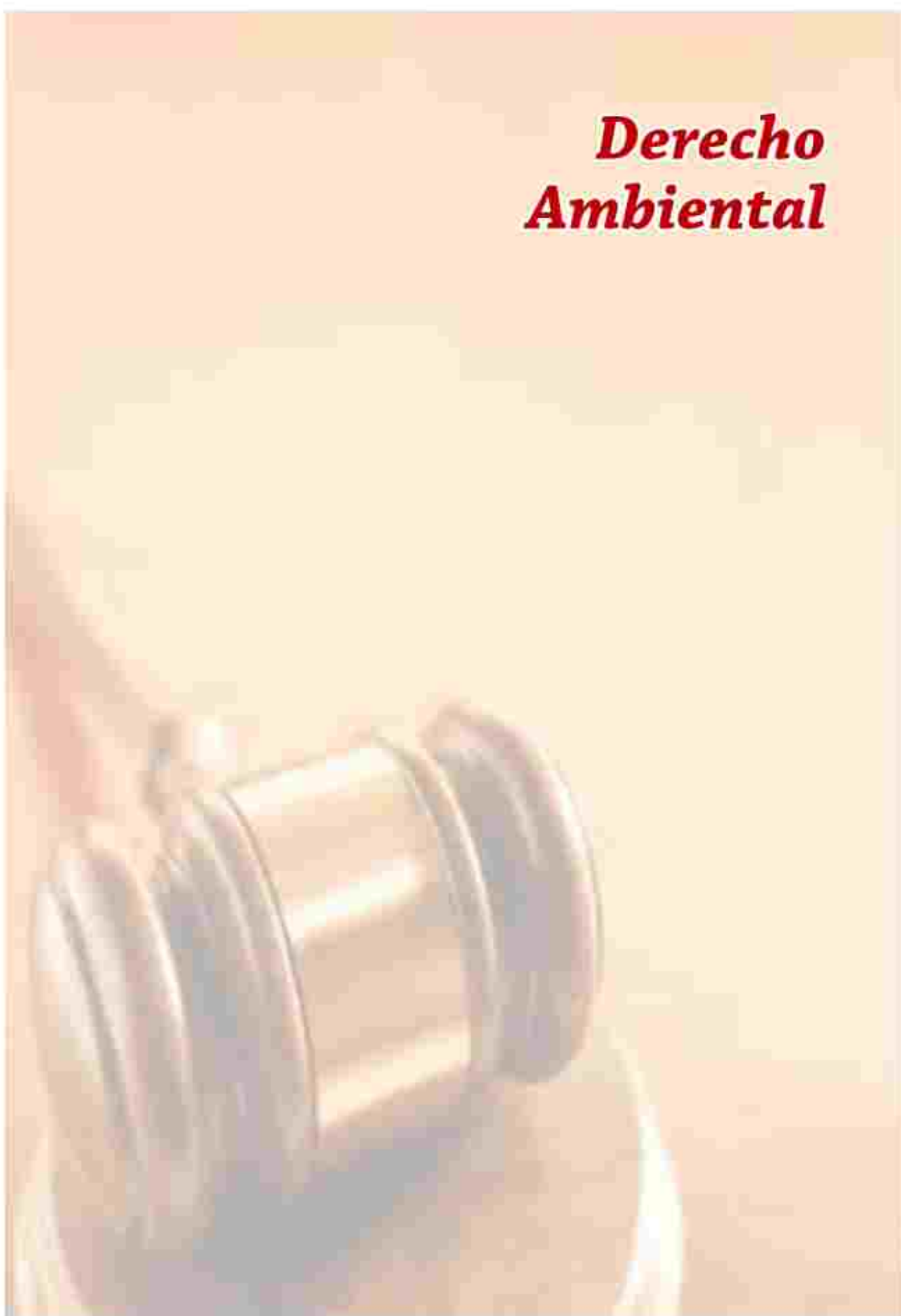
4 CHAIRES ZARAGOZA, Jorgen. La independencia del Poder Judicial. En: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03301-2004-AA.html>

5 SAN MARTÍN CASTRO, César. Discurso de Apertura del año 2011. En:

http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/DISCURSO_APERTURA_ANIO_2011_SAN-MARTIN/030111.pdf Página 3.

6 <http://www2.onchr.org/spanish/law/judicatura.htm>

***Derecho
Ambiental***



Algunas aproximaciones sobre el acceso a la JUSTICIA AMBIENTAL en el Perú

Carol Mora Paniagua¹

Uno de los mayores desafíos del derecho y de la administración de justicia en los países de América Latina, entre ellos el Perú, radica en implementar de manera adecuada y efectiva los mecanismos de acceso a la justicia. Ello implica un proceso largo que aunque reconocido a nivel constitucional y mediante leyes especiales resulta difícil de operativizar.

Esta compleja realidad no es ajena en la esfera del derecho ambiental, incluso es en esta materia donde el reto de hacer efectivo y ejercible el derecho de acceso a la justicia ambiental se acentúa ya que es un derecho aún en construcción y evolución en comparación a otras disciplinas jurídicas, y aunque el reto es grande las oportunidades van generándose, pues como dijimos es un derecho en crecimiento a nivel sustantivo donde los principios y conceptos ambientales van adquiriendo una valoración jurídica, que habilita la posibilidad de ser materia controvertida en vías judiciales.

En este sentido, en los términos del Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 se establece que: *"El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional... deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes"*; esta proposición nos permite comprender que uno de los elementos del citado principio es el derecho de acceso a la justicia ambiental, el cual constituye uno de los principales temas en la agenda ambiental de los Estados en relación a su concretización, implementación y posibilidad de efectiva su exigibilidad por parte de los sujetos de derecho.

Entiéndase que en estos términos el alcance del derecho de acceso a la justicia ambiental no se agota en la resolución de casos en vías jurisdiccionales sino que trasciende al entendido

de la tutela ambiental en vía administrativa (justicia administrativa en materia ambiental) e incluso en tribunales constitucionales (justicia constitucional ambiental).

La relevancia que adquiere el derecho de acceso a la justicia, no sólo en el ámbito ambiental, está relacionada al hecho que es el derecho que permite – justamente – accionar y garantizar la efectiva exigibilidad de otros derechos fundamentales, toda vez que implica la implementación – en todas sus etapas - de vías de acceso reales para resolver las situaciones de contingencia o conflicto jurídico.

En materia ambiental, concretamente, Raúl Brañes señala que el concepto de acceso a la justicia ambiental es entendido como la posibilidad de obtener la solución expedita y completa por las autoridades judiciales de un conflicto jurídico de naturaleza ambiental, lo que supone que todas las personas están en igualdad de condiciones para acceder a la justicia y para obtener resultados individual o socialmente justos².

Dada la importancia que juega en una sociedad la posibilidad de acceder a mecanismos reales y materiales de solución de conflictos jurídicos de índole ambiental, corresponde revisar si actualmente en nuestro país concurren los elementos necesarios para afirmar que es un derecho pasible de ser activado y que permitirá el ejercicio efectivo del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida³. Estos elementos se ubican en distintos momentos e implican roles y tareas diferenciadas por parte del Estado a través de sus distintos poderes.

Sobre un marco jurídico ambiental claro y ordenado

Un primer aspecto tiene que ver con la claridad de las condiciones, restricciones y obligaciones exigibles en materia ambiental, para así poder detectar supuestos de incumplimiento o desobediencia a los mandatos legales con mayor precisión y

¹ Asesora legal del Programa de Política y Gestión Ambiental de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

mejor seguridad jurídica para los ciudadanos. Sobre este tema, el ejercicio del derecho de acceso a la justicia ambiental no se agota en la posibilidad de acceder a los tribunales correspondientes sino que contempla y demanda – por parte del Estado - la construcción y materialización de un ordenamiento jurídico claro, ordenado, con obligaciones identificables que permitan aterrizar el reconocimiento constitucional sobre el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

En el Perú hay varios niveles de debilidad sobre el marco jurídico ambiental, existen una serie de normas marco pendientes de ser desarrolladas a un nivel que permitan su exigibilidad de manera clara, asimismo, existen materias que no han sido desarrolladas ni siquiera a escala general a pesar que la evidencia técnica-científica revela la necesidad de hacerlo debido a los riesgos ambientales que representa determinada actividad, existen supuestos en los cuales habiendo normas reglamentarias explícitas no existen las capacidades institucionales del Estado para supervisar y fiscalizar su cumplimiento y con ello prevenir la ocurrencia de conflictos jurídicos mayores o que afecten derechos fundamentales de las personas; otro de los temas más comunes son los supuestos donde se identifica la obligación pero no se tipifica el incumplimiento ni la sanción aplicable, con lo que se desincentiva el cumplimiento los mandatos y se llega a escenarios de deterioro o daño ambiental irreversibles.

Sobre la construcción de capacidades en derecho ambiental

Un segundo tema se encuentra relacionado a la capacidad y especialización de los operadores de derecho, y ello involucra a jueces, fiscales, procuradores y abogados respecto de cuestiones ambientales. En el Perú, se viene desarrollando una serie de espacios de nivel académico para la especialización de abogados en derecho ambiental, ello sin duda es un elemento valioso porque a nivel competitivo las entidades académicas se ven en la obligación de afinar su malla curricular y los niveles de cátedra. La misma tarea es necesaria a nivel de los operadores de justicia, ya que en la medida que el derecho ambiental es una disciplina que involucra la necesidad de comprensión de elementos específicos e incluso técnicos se requiere de un nivel de construcción de conocimientos más profundo y continuo sobre la materia.

También es cierto sobre este aspecto que en el país falta trabajar los aspectos procesales ambientales, teniendo en cuenta por ejemplo las complejidades propias que implicaría una etapa probatoria o de valoración de pruebas en una controversia ambiental. Sin embargo, todo lo anterior es un rol que involucra a los operadores de derecho que conjuntamente con el contenido

sustantivo de esta disciplina deberán ir diseñando los elementos procesales, procedimentales, técnicos, de valoración jurídica ambiental, entre otros esenciales, tal y conforme han evolucionado otras disciplinas de las ciencias jurídicas.

Sobre las garantías mínimas de acceso a la justicia ambiental

El tercer punto pasa por las garantías esenciales de acceso a la justicia ambiental: a) tiempos oportunos y razonables de duración de procesos o procedimientos, b) costos y condiciones financieras de acceso no prohibitivas, c) resoluciones motivadas que respondan a los hechos y medios analizados durante los procesos o procedimientos, d) imparcialidad de la decisión final, e) igualdad entre las partes del conflicto, f) transparencia y acceso efectivo a la información, y uno de los aspectos más relevantes g) el efectivo acatamiento de las decisiones judiciales en términos de oportunidad y eficiencia.

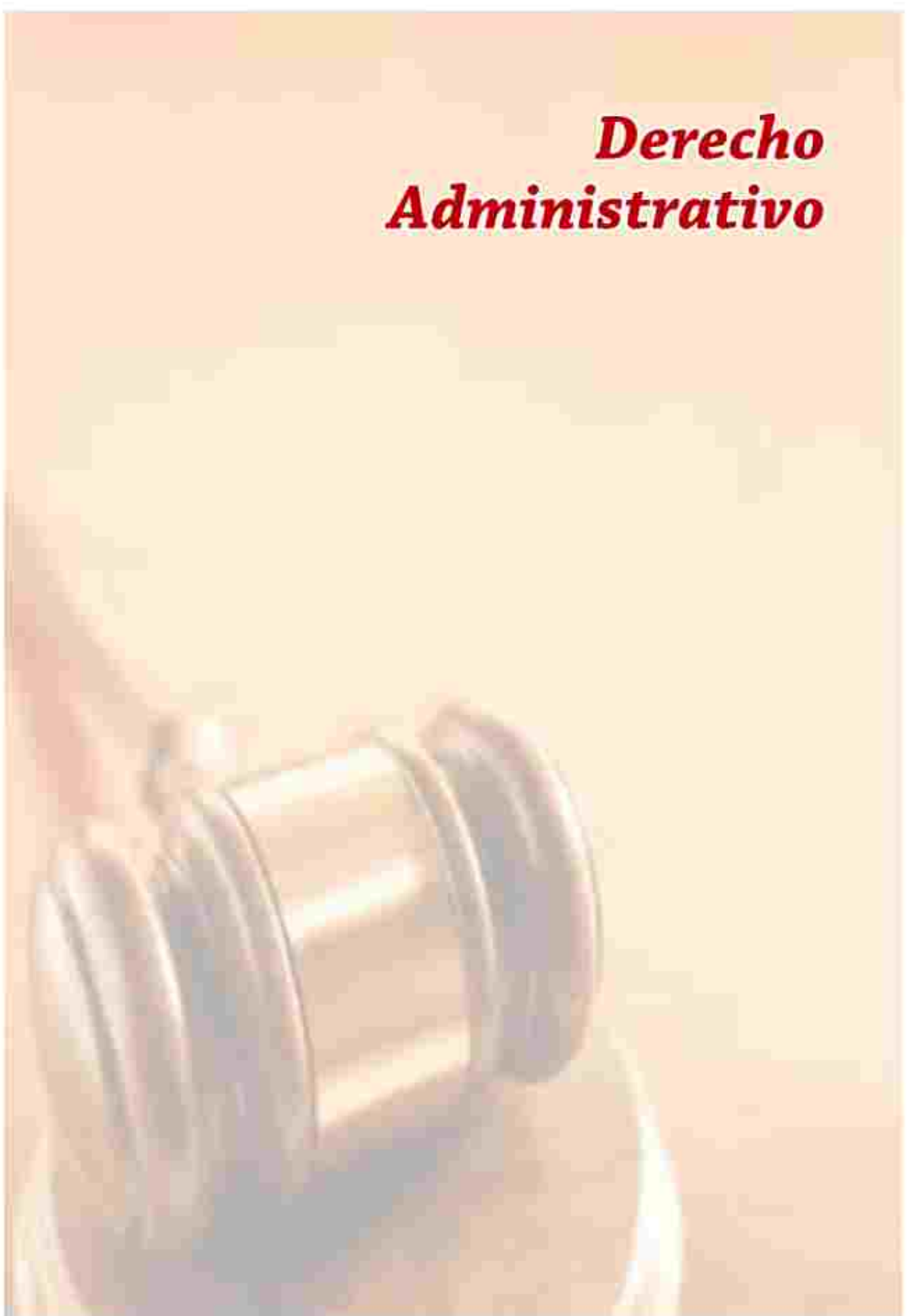
Estos aspectos mencionados no son los únicos que deben ser trabajados alrededor del tema de acceso a la justicia, existen temas vinculados al interés difuso que se invoca en las controversias ambientales, así como teorías respecto a la legitimidad para accionar de los ciudadanos. Pero sin duda alguna, el reto inmediato del Estado es construir predictibilidad sobre las obligaciones ambientales a las que nos encontramos sujetos los ciudadanos, así como las consecuencias jurídicas de su incumplimiento; otra tarea urgente es el fortalecimiento de capacidades de los operadores de justicia en cuestiones ambientales.

Un esquema de tutela ambiental habilitado permitirá la defensa efectiva de derechos vulnerados o potencialmente afectados, generará espacios de seguridad jurídica y de un Estado que se muestra imparcial frente a contingencias ambientales, con ello la tutela ambiental es un pilar fundamental que forma parte del reto mayor de construcción de institucionalidad ambiental en el Perú.



1 BRAÑES, Raúl. El acceso a la justicia ambiental en América Latina. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente –PNUMA, 2000.
2 Numeral 22 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú de 1993.

***Derecho
Administrativo***



“Es sanción Administrativa aquel mal infringido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita, a través de un procedimiento administrativo, con una finalidad represora, y consistiendo la sanción en la privación de un bien o derecho, o la imposición de un deber, siendo los principios y garantías del Derecho sancionador administrativo sustancialmente iguales a los del Derecho Penal (arts. 24 y 25 de la Constitución Española de 1978, y de lo preceptuado en los arts. 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, parcialmente modificada por la Ley 4/1999)”

2.2 LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

De acuerdo con Marinhoff “la potestad es el medio jurídico del que dispone la administración pública para desarrollar su actividad y lograr los fines perseguidos con ello.” De otro lado, la Potestad es específica y se refleja en el ejercicio de ese atributo-prerrogativa inherente a sus funciones. “De otro lado la potestad es irrenunciable en la medida que es necesaria para realizar las funciones de interés general.

En el caso concreto, Ivanega citando a José Suay Rincón afirma que el poder sancionador de la Administración se traduce en un auténtico poder derivado del ordenamiento jurídico y que atribuido a la administración está encaminado al mejor gobierno de los diversos sectores de la vida social, teniendo la característica de ser un poder de signo represivo que se acciona frente a cualquier perturbación que se produzca en dicho orden jurídico. “Es decir toda sanción tiene como característica básica la afectación de un derecho o patrimonio del administrado infractor, o la imposición de una carga, pero con una finalidad represiva, que es reacción frente a la infracción.”

Que, la sanción puede ser pecuniaria, como la multa y no pecuniaria, con una gama muy amplia de medidas, como revocaciones de autorizaciones otorgadas, resolución de contratos, comiso de bienes, etc. (Libro “Modernización el Estado para un país mejor” – IV Congreso Nacional de DERECHO ADMINISTRATIVO –Palestra Editores, Lima-Perú.)

La capacidad sancionadora de los organismos municipales

Noemí Nieto Nacarino
Juez Civil (p) del Callao

I.-OBJETIVO

Que se unifique un criterio suficientemente claro estableciéndose en las diversas normas, que contengan una potestad sancionadora, el carácter subsidiario que contiene la Ley General de Procedimiento Administrativo (Ley Nº 27444) en caso de presentarse vacíos o deficiencias, que en todo caso, lo que se debe procurar es que en estas potestades sancionadoras exista más de un dominador común que permita cuando se vean obligados a recurrir al órgano jurisdiccional, este pueda resolverlo de manera equitativa y cumpliendo con uno de los principios del derecho administrativo, que es el de igualdad de trato ante la ley; esto es en atención al principio de imparcialidad.

II.-LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR:

2.1 CONCEPTO DE SANCION ADMINISTRATIVA.-

Existen diversos conceptos como el definido por García de Enterría “un mal infringido por la administración al administrado como consecuencia de una conducta ilegal.” Carretero Pérez y Carretero Sánchez se refiere a ella como

“un mal jurídico que la Administración infringe a un administrado, responsable de una conducta reprobable antecedente. En opinión de Garmero Casado, la sanción administrativa consiste en la privación, restricción o suspensión de determinados derechos o bienes jurídicos del sujeto responsable de la infracción, precisamente como reacción – castigo – a la comisión de la misma; estas señalan el carácter represivo que distingue este concepto, además del carácter punitivo

Carretero Pérez y Carretero Sánchez afirma que “la finalidad de la sanción es punitiva y no puede ser sustituida por otra.”

La doctrina se ha pronunciado al respecto afirmando que la aplicación de los principios de la actividad sancionadora se encuentra restringidos al ejercicio del *ius puniendi* de la Administración. Así se ha pronunciado Rebollo Puig, Manuel (1989) Potestad sancionadora, alimentación y salud pública (p.471).

Sanción: “Se entiende por ella un mal infringido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal, puede ser la privación de un bien o de un derecho, o la imposición de una obligación de pago de

III.- JURISPRUDENCIA PERUANA

En el libro sobre "la Administración Pública en la Constitución" - Gaceta Jurídica, por Carlos Santos Loyola, Jorge Pando Vilchez, Francisco Javier Mock Ferreyros y Raffo Velásquez Meléndez, Pag. 169.V. FACULTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION; se cita conclusiones respecto del tema de la sanción administrativa, casos resueltos por el Tribunal Constitucional:

Procedimiento administrativo sancionador: finalidad.- A diferencia del proceso penal, cuyo objeto es la sanción de delitos, el procedimiento administrativo sancionador tiene por finalidad la sanción de faltas administrativas; por tanto es posible que una misma conducta no constituya un delito pero sí una sanción administrativa, en cuyo caso la intervención de la Administración se encuentra plenamente justificada (Exp. N° 05951-2005-PA/TC, 09/12/2005)

Procedimiento deportivo sancionador: presupuestos:

Este tribunal considera que en el presente caso, el demandante incurrió en actitudes antideportivas con relación al equipo de su competidor y que, en esta medida, la federación se encontraba legitimada para iniciarle un procedimiento sancionatorio y eventualmente —si el caso lo ameritaba— imponerle una sanción. No obstante lo anterior, para ser válida la sanción impuesta se requiere, por un lado, que esta sea razonable y guarde proporcionalidad con relación a los hechos que la motivaron; y, por otro lado, que se respete un conjunto de garantías mínimas del procesado, tales como el derecho a conocer de las imputaciones y pruebas en su contra, el derecho a defenderse, a probar, y a ser debidamente informado de sus derechos al interior del procedimiento a efectos de permitirle ejercerlos, entre otros (Exp. N° 09425-2006-PA/TC, 09/01/2007).

"Dentro de la administración, el

derecho sancionador tiene como finalidad mantener el orden del sistema y reprimir por medios coactivos, aquellas conductas contrarias a las políticas del ente estatal. Un sector de la doctrina define el poder sancionador dado a la administración como aquel en virtud del cual "pueden imponerse sanciones a quienes incurran en la inobservancia de las acciones y omisiones que le son impuestas por el ordenamiento normativo administrativo, o el que sea aplicable por la Administración Pública en cada caso".¹

El derecho administrativo sancionador es, ante todo, de índole administrativa, siendo lo sancionador una rama la misma, por lo que la aplicación de principios básicos del Derecho Penal debe estar orientado a garantizar derechos fundamentales de la persona; de lo cual debe entenderse que no existe una relación de subordinación del derecho administrativo hacia el derecho penal, sino que ambos se encuentran en un mismo



plano, siendo su única diferencia el grado de desarrollo alcanzado en materia sancionadora por el segundo.”

Al respecto, en el texto denominado “derecho administrativo sancionador” (IV Edición) de Alejandro Nieto, página 187, señala en el punto VI - La problemática unidad del derecho administrativo sancionador: “El derecho administrativo sancionador se encuentra dislocado por una serie de fracturas que la atraviesan en todas direcciones y niveles sin orden ni concierto. ..., el Estado, los municipios y demás corporaciones establecen sus propias normas, actúan con organizaciones independientes y lo que es más grave, con procedimientos distintos. En estas condiciones no se sabe hasta qué punto puede hablarse de un derecho administrativo sancionador a secas o de tantos derechos administrativos sancionadores como titulares de la potestad”.

Página 191, Nº2 – Bosquejo de un nuevo sistema: “Se pretende dar un modesto paso en la elaboración de un nuevo sistema, cuya coherencia se debe encontrar no en la uniformidad normativa sino, mucho más sutilmente, en la unidad sistémica, entendiendo por tal que todas las normas punitivas se encuentran integradas en un solo sistema pero que dentro de él caben toda clase de peculiaridades. La singularidad de cada materia (e incluso la de cada caso) permite y aun exige la correlativa peculiaridad de su regulación normativa, si bien la unidad del sistema garantiza una homogeneización mínima.”

Página 194 - Algunas precisiones conceptuales, 1. Infracción, hecho y acción:

“El objeto directo del derecho administrativo sancionador es un ilícito específico -la infracción administrativa- para la que la ley establece una sanción, que es atribuida a un sujeto por la administración a través de un procedimiento especial (el Procedimiento Sancionador) en el que se determina la infracción con toda sus circunstancias materiales así como el autor con sus circunstancias personales.”

“El derecho administrativo sancionador, como el derecho Penal, se refiere directamente a una acción -desvalorada normativamente- en cuanto causante de un hecho también desvalorado en un acto libre del legislador, de tal manera que hoy desvalora lo que ayer valoraba.”

IV.- EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL SISTEMA PERUANO RESPECTO DE LA POTESTAD SANCIONADORA ATRIBUIDAS A LOS GOBIERNOS MUNICIPALES

1.1 Características fundamentales del procedimiento administrativo

Pedro Patron Faura, “Derecho administrativo y administración pública en el Perú”, página 346 y 347:

“Uno de ellos se señala como el que tiene carácter tuitivo que tiene este porque protege al reclamante o peticionario, así como existe el derecho de defensa en todas las instancias administrativas bajo la responsabilidad y pena de nulidad. Otro es la importancia de la verdad material que consiste en tratar de

verificar la verdad de los hechos ocurridos con relación al reclamo, entre otros.”

1.2 El Procedimiento sancionador según la Ley Nº 27444

En nuestro ordenamiento del procedimiento Administrativo, se precisa que conforme al Artículo Nº 229, señala el ámbito de aplicación. Esta precisa conforme al numeral 229.1 que las disposiciones del Capítulo II sobre el procedimiento sancionador disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer sanciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados. Señala además que su aplicación tiene carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales que se fijaran necesariamente observando los principios de la potestad sancionadora al que se refiere el Art. 230, así como la estructura y las garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador; así mismo señala los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que lo previsto en el citado capítulo y que la potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia. El Art. 230, a su vez, señala los principios de la potestad sancionadora administrativa como son la legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracciones, causalidad, presunción de licitud y el *Non bis in idem*. Así también en cuanto a lo señalado en el Art. 234 sobre caracteres del procedimiento sancionador y lo señalado en el Art. 235 sobre el procedimiento sancionador.

1.3 La Capacidad sancionadora de las municipalidades

Según la Ley Nº 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades del 27 de mayo de 2003, en el Capítulo II – Las Normas Municipales y Los Procedimientos Administrativos; Subcapítulo II – La Capacidad Sancionadora, en sus Artículos 46, 47, 48 y 49; resultando lo determinante como que establecen que las Normas Municipales son de carácter obligatorio y su incumplimiento acarrear las sanciones correspondientes, que las ordenanzas determinan el régimen de sanciones administrativas por la infracción de sus disposiciones estableciendo las escalas de multas en función a la gravedad de la falta, así como la imposición de sanciones no pecuniarias. Señala además que el Consejo Municipal aprueba y modifica las escalas de las multas respectivas. Así mismo, en el Subcapítulo III, sobre los Procedimientos Administrativos.

Nuestra Constitución Política, en su artículo 194, primer párrafo, señala que “Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley”.

De tal forma que podemos hablar de una “potestad de ordenanza” como específica manifestación de la potestad normativa destinada a reglamentar las relaciones sociales. Manifestación genuina y exclusiva de una potestad normativa externa. Resalta el papel de ordenación social que en su ámbito

1 ESCOLLA, Héctor. Compendio de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires, Argentina: Editorial Descalma, 1954, p. 207.



corresponde al Municipio y otras Entidades Locales básicas.

En cuanto a las "Ordenanzas", ofrece una definición:

"Las Ordenanzas son disposiciones normativas aprobadas por acuerdo del Pleno correspondiente, que regulan los servicios, actividades y los ingresos de las entidades locales"

El concepto de ordenanza se vincula a tres bloques funcionales que son muy diferentes: las llamadas "actividades", que conforman la reglamentación social; los servicios públicos como "actividad prestacional" y el bloque "tributario-fiscal".

1.4 ENFOQUE DEL SISTEMA SANCIONADOR DE LOS ORGANISMOS MUNICIPALES EN EL PERU.-

Que, teniendo las Municipalidades la capacidad sancionadora, toda vez que regula situaciones de la colectividad a la que están obligadas a cumplir para una convivencia armoniosa, no obstante se establecen derechos y sanciones a su vez para todos los ciudadanos que de alguna forma no cumplan son susceptibles de que se les aplique una sanción que corresponda de acuerdo a la magnitud de los hechos y el daño, por ello es relevante que cuando los organismos municipales dicten sus Ordenanzas a través de las cuales se impongan algún tipo de sanción sea esta pecuniaria o no, se establezcan forma definidas en cuanto que si se toma en cuenta que bajo el principio del debido procedimiento que se precisa en el Artículo 230º inciso 2º de la Ley Nº 27444, determina que las sanciones se aplicarán sujetándose al procedimiento administrativo respetando las garantías del debido proceso, el cual exigen que en todo procedimiento tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo se cumplan con la normatividad

señalada para cada proceso, que otorga la garantía necesaria de la imparcialidad al emitirse una resolución que resuelve un conflicto de intereses entre particulares o de estos con el Estado, de tal manera que sin apartarse del carácter tuitivo que le asiste al administrado en este tipo de procedimientos.

Se observa de las Ordenanzas Municipales, que estas no cumplen con este principio, por cuanto no establecen en su mayoría un procedimiento a seguir antes de la imposición de una multa u otra medida restrictiva de derechos, afectando el derecho de defensa que le asiste a toda persona, el ser oído cuando se le atribuye un hecho antijurídico, así también se observa de los expedientes administrativos que se ha originado por alguna sanción impuesta, que las resoluciones emitidas no se encuentran debidamente notificadas, a través de formas idóneas y técnicas que permitan formar convicción que el supuesto infractor a tomado conocimiento oportuno de las resoluciones emitidas por el organismo regulador, así como el motivo suficientemente probado que justifique una sanción, que asimismo, estas sanciones no pueden rebasar los parámetros que fija nuestra Constitución, excediéndose en sus facultades, originado así un costo demasiado alto para el Estado en cuanto que origina reclamos del usuario perjudicado, como también para el Poder Judicial, cuando estos toman conocimiento, así como para otros organismos cuando resulte pertinente; que a su vez las cantidades que se fijan a la multa a imponerse no están justificadas de acuerdo a la magnitud de los hechos, del negocio que se afecte de los supuestos infractores.

De otro lado, existe a su vez, que de maneras no justificadas se establecen multas cuyas cantidades no están motivadas ni

justificadas, así como otras medidas que en toda caso no podrán ser realizadas sin la intervención del Ministerio Público, quien es representante del cumplimiento de la legalidad, y de los derechos que le asiste a todo ciudadano, evitando excesos, como por ejemplo cuando esta realiza decomisos, eliminación de productos de circulación o consumo prohibidos (Artículo 48º de la Ley Nº 27972).

De otro lado como lo ha manifestado Alejandro Nieto, en su Libro sobre "Derecho Administrativo Sancionador"; Editorial Tecnos 2008 – Madrid, Pag. 35, 5 sobre El principio represivo fundamental (o sea, el de que objetivo real de la potestad sancionadora es no tener que sancionar) se traduce inevitablemente en otro no menos conocido: la sanción es la última ratio del Estado, quien sólo debe acudir a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones:

Asimismo señala: "El objetivo del Derecho Administrativo Sancionador no es la protección del Autor de la infracción sino el castigo de estos con respeto de las garantías de los posibles infractores." Pag. 36

En cuanto esto, es necesario que las Municipalidades adopten medidas de prevención, dando mayor difusión a las Ordenanzas poniendo énfasis al sector que le corresponda conocer, a fin de que exista una mayor participación de los ciudadanos en el cumplimiento de las normas.

VI.- CONCLUSIONES

- 1.- Resulta necesario y urgente que las Municipalidades procedan para todos los actos y actuaciones administrativas que realicen adecuarlas a las exigencias que la Ley de Procedimiento Administrativo General precisa Ley Nº 27444.
- 2.- Que las Ordenanzas Municipales, respecto de sanciones a aplicarse, tenga mayor difusión según el ámbito de su aplicación.

- 3.- Que, se perciba un procedimiento en el cual se tenga en cuenta el derecho a la defensa, sea oral o escrita, antes de la imposición de una multa, en razón de una garantía procesal constitucional como es el del debido proceso, donde se ponderen las circunstancias concurrentes, y que se verifique utilizando el ejercicio discrecional en las resoluciones que se emitan.
- 4.- Que, se uniformen criterios para establecer una tabla que cuantifique el máximo de una multa a imponerse, como de las medidas restrictivas.
- 5.- Que, todas aquellas intervenciones como el decomiso y otras similares que contienen actos de disposición de bienes, como de artefactos eléctricos y cualquier otro producto de venta susceptible al Público, y de otros servicios afines, deben tener un presupuesto mínimo de muestreo, no siendo legal el decomiso total de estos, en los casos que corresponda, todas vez que estas medidas deben ir con la sustentación debida y por la Autoridad pertinente que establezca la existencia de un delito como es el Ministerio Público, que en todo caso el comercio, como el negocio es indispensable en la vida cotidiana de las personas, y por los servicios que puedan brindar además, y que si la formalidad subsiste a nivel de los negocios, es debido a que los organismos municipales como las corporaciones encargadas con sintetizar los trámites administrativos, utilizando el menor tiempo posible en atender estos pedidos, que estos sea no esta cumpliendo debiendo en todo caso otorgarlas la oportunidad de regularizar su situación, y no que se tomen actitudes de arbitrariedad, que atentan contra derechos reconocidos en nuestra Constitución.
- 6.- Resulta necesario a su vez la capacitación del personal para la toma de decisiones, respecto de las normas que rigen los trámites administrativos, para evitar así el abuso de las facultades de los funcionarios, en cuanto a la unión específica que realizan, y que actúan en función de aquella potestad sancionadora.

BIBLIOGRAFIA

MODERNIZANDO EL ESTADO PARA UN PAIS MEJOR: Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. 1ra. Edición abril del 2010- Palestra Editores – Lima-Perú

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, Alejandro Nieto, Cuarta Edición Reformada, EDITORIAL TECNOS, 2008 – España

DERECHO ADMINISTRATIVO Y ADMINISTRACION PUBLICA EN EL PERU, Pedro Patrón Faura/ Pedro Patrón Bedoya, Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L., Octava Edición 2004, Lima Perú

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Dante A. Cervantes Anaya, Editorial Roxhas, 6ta. Edición, Marzo, 2009, Perú

LA ADMINISTRACION PUBLICA EN LA CONSTITUCION, Carlos Santos Loyola, Jorge Pando Víchez, Francisco Javier Mock Ferreyros, Raffo Velásquez Mejédez, Editorial, Gaceta Jurídica S.A., Lima-Perú.

LEGISLACION MUNICIPAL, Jurista Editores E.I.R.L. Lima, Perú

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, Karen Vargas López, Costa Rica

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN Y LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL, Juan José Díez Sánchez, Profesor de Derechos Administrativo – Universidad de Alicante – Editorial CIVITAS S.A. España.

LA SANCION ADMINISTRATIVA Y SU DIFERENCIA CON OTRAS MEDIDAS QUE IMPONEN CASRGAS A LOS ADMINISTRADOS EN EL CONTEXTO ESPAÑOL, María Lourdes Fiambréz Torrado, Trabajo financiado por la Fundación de la Universidad del Norte- Revista de Derecho-Barranquilla-Colombia.



*Jeny Prado Aparicio
Especialista Penal*

Actos administrativos: herramienta de acceso a la justicia en el Poder Judicial

Introducción.

Si bien el Poder Judicial es un órgano reservado para la resolución de conflictos para alcanzar la paz social en justicia, vemos también que no es ajeno a la realización de actos administrativos o de gestión.

Por ello, cabe hacer la pregunta ¿quién realiza actos administrativos en el Poder Judicial? ¿Qué actos administrativos se realizan en el Poder Judicial? y ¿cuál es la finalidad de los mismos?

Preguntas importantes cuya respuesta se encuentran reflejadas en la cotidianidad de nuestras vidas, sin embargo, no muy fácil de responderlas o visibilizarlas, pues los operadores de justicia nos encontramos empeñados en el curso legal de los asuntos sin reparar, al menos de manera consciente, en los actos administrativos o de gestión que en gran medida están interrelacionadas con el acceso a justicia e incluso, por qué no

decirlo, ésta última, es muy dependiente de aquella.

El acceso a justicia es un principio consagrado por nuestra Constitución Política y fundada en el principio de dignidad de la persona humana, de modo que es el fin último a lo que debe pender cada acto administrativo.

Así, la elaboración del presente trabajo está motivado en el propósito de resaltar la importancia y la trascendencia de los actos administrativos que se desarrollan y ejecutan en el Poder Judicial, dado su rol facilitador y herramienta útil para el acceso a justicia, pues si bien los actos administrativos pertenecen al campo del derecho administrativo, en su ejecución y utilización como herramienta de trabajo institucional y política tomará cauces y manejo de gestión pública.

Dada la extensión del presente tema, en el presente trabajo

sólo lo abortaré a manera de luces que estoy segura será una semilla para próximos trabajos.

Poder Judicial, ente administrador de justicia.

El Poder Judicial, como ente administrador de justicia, se rige por normas constitucionales y legales que van desde leyes orgánicas, decretos, resoluciones hasta directivas que le proveerán un marco jurídico en su actuación institucional.

Así, nuestra vigente Carta Magna, contempla al Poder Judicial como parte conformante de la estructura del Estado¹ y con potestad exclusiva de administrar justicia a nombre de la Nación a través de sus órganos jerárquicos, es decir, nuestra Constitución lo concibe como un ente judicial autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional y además, *integrado por órganos que no sólo ejercen su gobierno, sino también la administración.*

Por su parte, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por D.S. N° 017-93-JUS, trasluce su potestad exclusiva de administrar justicia y en el artículo 7° resalta el "deber del Estado, de *facilitar el acceso a la administración de justicia, promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento adecuados para tal propósito.*"

Como se advierte, la estructura y el funcionamiento del Poder Judicial se encuentran inexorablemente ligadas al cumplimiento de su finalidad suprema, cual es la **prestación del servicio de justicia**, de modo que los actos administrativos que deban desplegarse para efectivizar dicho cometido no son ajenos al principio de acceso a justicia, más aún si su razón de ser vienen condicionadas por dicho propósito y fundadas en normas de principio y garantías de tutela jurisdiccional y debido proceso.

En ese sentido, el Poder Judicial, parte conformante de la estructura del Estado, debe su existencia a la atención del fin supremo de la sociedad, cual es la persona humana y la defensa de su dignidad, por lo que para llevar a cabo tan loable labor, *deberá posibilitar el acceso a justicia y contar con una organización institucional y administrativa eficiente y eficaz.*

Órganos de gobierno y gestión del Poder Judicial.

De acuerdo al artículo 143° de la Constitución Política del Perú, el Poder Judicial, además de estar integrado por órganos jurisdiccionales (Corte Suprema de Justicia, Cortes Superiores y Juzgados) encargados de administrar justicia a nombre de la Nación, *está integrado por órganos que ejercen su gobierno y administración.*

En la misma línea normativa, el Título II del T. U. O de la LOPJ, vislumbra los **órganos de gestión del Poder Judicial**, los que están conformados por la **Dirección del Poder Judicial**, la **Presidencia**, la **Sala Plena**, el **Consejo Ejecutivo** y la **Gerencia General**.

Así, el encargo de la dirección del Poder Judicial lo asumen el **Presidente del Poder Judicial** (quien lo representa, dispone ejecución de acuerdos de la Sala Plena y ejerce la titularidad del pliego del presupuesto), la **Sala Plena de la Corte Suprema** (órgano supremo de deliberación del Poder Judicial, decide sobre la marcha institucional de dicho poder, así como - a propuesta de su

Consejo Ejecutivo- aprueba la Política General del Poder Judicial), y el **Consejo Ejecutivo del Poder Judicial**, quienes dentro de sus funciones cuentan con facultades normativas que rigen las actividades institucionales y administrativas, además de contar con una **Gerencia General**, que es el órgano ejecutivo, técnico y administrativo que tiene a su cargo las funciones de ejecución, coordinación y supervisión de las actividades administrativas no jurisdiccionales del Poder Judicial.

Señalada las competencias de cada órgano de gobierno y administración, cabe preguntarnos si ellas son constituyentes de actos administrativos y si además son eficaces para el acceso a justicia.

De hecho, la administración de justicia todavía tiene un largo camino por recorrer de cara a la modernización del servicio público, pues cada día va construyendo y abriéndose paso frente a los desafíos que plantea la plena realización de los derechos humanos y la transversalidad de los derechos fundamentales y, qué duda cabe, que las herramientas de gestión pública hoy en día tienen un papel cardinal que debe confluir con la administración de justicia en su rol institucional y decantar en la obtención de posibilidades de acceso a justicia que pasan desde el aspecto material, el de recursos humanos, hasta el geográfico, demográfico y cultural que deberán ser gestionados con eficiencia y eficacia de modo que dote no sólo de legalidad sino de legitimidad.

La legitimidad de los actos de administración de justicia y de los actos administrativos será plausible a largo y mediano plazo; pues hoy por hoy, la aprobación de la actividad judicial viene menguada por las encuestas que la colocan como una de las últimas instituciones en "confianza" y "estima".

Así, el reto de optimizar el servicio judicial, debe ser trazado para cada una de nuestras actividades, sean jurisdiccionales o administrativas y con la seriedad y el compromiso que cada una requiere; sean éstas sencillas o complejas, pues tanto las administrativas como las jurisdiccionales están íntimamente relacionadas y son interdependientes de modo que cada una de las personas que desarrollamos función administrativa o jurisdiccional somos co-responsables en el cometido que nuestra Carta Magna nos confía, cual es el de prestar servicio de administración de justicia **a exclusividad**.

Por tanto, el reto de las personas que formamos parte de los órganos de gestión del Poder Judicial, debemos emitir actos administrativos y realizar actos de administración capaces de producir efectos, crear derechos y obligaciones a tono con la **"exclusividad"** de cara, sobre todo, a los principios de acceso a justicia y el respeto de la dignidad de la persona humana.

Acceso a la justicia y acto administrativo.

Acceso a la justicia.

Debería empezar por otorgar una definición de acceso a justicia; sin embargo, ella subyace a todo concepto, pues nos facilita la obtención del servicio de justicia y además detrás de ella está todo un proceso logístico y de gestión de recursos humanos.

Así, el acceso a justicia es un derecho constitucional, pero de configuración legal, pues, si bien, por ejemplo, es gratuito, empero

La legitimidad de los actos de administración de justicia y de los actos administrativos será plausible a largo y mediano plazo; pues hoy por hoy, la aprobación de la actividad judicial viene menguada por las encuestas que la colocan como una de las últimas instituciones en “confianza” y “estima”

el legislador establecerá excepciones como la imposición de tasas que difiere con el derecho de obtener tutela judicial.

También podemos sostener que el acceso a la justicia, es el derecho de ser oído públicamente por un juez o el derecho de audiencia, en condiciones de plena igualdad, con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial.

Estamos frente al acceso a justicia, cuando también tenemos derecho a poner en actividad la jurisdicción para obtener una decisión judicial, razonada y fundada en Derecho, elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

Finalmente, el acceso a justicia es el derecho que se confiere a toda persona, sin distinción de sexo, raza, religión, idioma, condición económica, social o de cualquier índole, de obtener el servicio judicial, pero de obtenerlo con las garantías de un debido proceso y fundado en derecho.

Acto administrativo.

Con **Infantes Mandujano**,² tenemos una definición “el acto administrativo es la declaración de voluntad de un órgano de la Administración Pública, de naturaleza discrecional, susceptible de crear, con eficacia particular o general, obligaciones, facultades o situaciones jurídicas de naturaleza administrativa”.

Por lo tanto, los actos administrativos del Poder Judicial son expresión de la voluntad del Estado fundado en el interés público, de brindar servicio judicial con la finalidad de posibilitar a la persona y a la sociedad, el logro de la paz social en justicia.

Efectos y eficacia del acto administrativo a la luz del acceso a justicia.

De acuerdo a Víctor Juber Moscoso Torres,³ “el acto administrativo produce efectos administrativos, crea derechos y obligaciones para la administración y para el administrado” y al referirse a la actividad administrativa productora de efectos, indica que “no sólo se manifiesta a través de los actos administrativos, sino también por medio de los hechos administrativos, contratos administrativos, simples actos de administración y reglamentos administrativos”.

Por lo tanto, siguiendo la línea de nuestro autor, los órganos de gobierno y de gestión en el Poder Judicial, son quienes desarrollan y ejecutan actos administrativos que rigen el actuar institucional y administrativo, cuya legalidad y legitimidad son sancionados por el estricto cumplimiento de la norma constitucional y legal.

Conclusiones.

1. El Poder Judicial además de contar con órganos jurisdiccionales, tiene órganos de gobierno y de administración o gestión, cuyo sustento normativo es de rango constitucional, legal, reglamentario, entre otros; de allí que la emisión de los actos administrativos y la realización de los actos de administración, así como el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de las personas que los representan y ejecutan, serán de impacto, pues se tiene el encargo de brindar el servicio judicial por medio de la administración de justicia a nombre de la Nación; de cuyas consecuencias no sólo la sufrirán o disfrutarán las personas que buscan tutela ahora, sino también las futuras; pues la imagen que de él se construya también hablará de la calidad de recursos humanos, de la eficiencia en la utilización de las herramientas y los recursos logísticos, de la nobleza de nuestra profesión (Abogados, Contadores, Administradores, Técnicos, Economistas, Ingenieros, Psicólogos, Asistentes Sociales, Secretarías) y de país en conjunto: “confiable”, “estimable”, “respetable”, “seguro” “digno de apostar”.
2. Con la creación de instancias de gobierno y de administración en el Poder Judicial, se busca dotar de un cuerpo administrativo que permita una gestión institucional eficiente y eficaz que posibilite el servicio de justicia a favor de la persona y el logro de la realización de los derechos fundamentales, pues sólo en esa medida los actos administrativos y de administración estarán dotados de legitimidad.
3. Así, los actos de administración o actos administrativos en el Poder Judicial, tienen un alto desafío, cual es la de posibilitar el acceso a justicia, de modo que la administración se erige en una herramienta eficaz para potenciar la atención y satisfacción de la prestación del servicio de justicia.
4. Finalmente, además de satisfacer los elementos de legalidad y legitimidad, los actos administrativos y/o de administración deben ser realizados por operadores (servidores y funcionarios judiciales o administrativos) con fuerte actitud de seriedad y compromiso en cada una de las actividades que despliega, pero me atrevería a sostener que más importante aún es la valoración que le prestemos a cada una de nuestras funciones, pues por más sencillas que fueren, todas, sin excepción, son interdependientes las unas de las otras, las administrativas de las jurisdiccionales y viceversa, de modo que todos y todas somos co-responsables de que el Poder Judicial cumpla con el cometido de prestar el servicio de administrar justicia con eficiencia y eficacia; es decir, con **“exclusividad”** y generando **“valor”**.

1 Constitución Política del Perú de 1993. Título IV. Capítulo VIII. Artículos 138° al 140°.

2 Derecho Administrativo y Administración Pública, Víctor Juber Moscoso Torres. Diplomados Internacionales en Derecho, Derecho Administrativo, Contrataciones con el Estado y Gestión Pública (octubre a diciembre de 2011).

3 ídem.

La política, la universidad y la juventud

*Elias Mendoza Habersperger
Ex Presidente del Congreso de la República*

Sostengo la tesis de que, en el Perú, la política no se ha alejado, como usualmente se expresa, de nuestras jóvenes generaciones, especialmente de las universitarias.

Creo que, por el contrario, son ellas las que se han ido alejando progresivamente de la política peruana, a lo largo de los años, por distintas razones que intentaré inventariar.

Elas serían: una, por las presiones coyunturales y conceptuales evidentes, derivadas de la presencia en el escenario peruano de sucesivas dictaduras militares (casos de los gobiernos militares de Sánchez Cerro, Benavides, Odría, Velasco) y también de la siguiente dictadura civil, con el consecuente atrofiamiento cívico que tales lamentables circunstancias acarrearán; otra, por la eliminación o la falta de respeto y de acatamiento gubernamental a las tradiciones de autonomía universitaria peruana, representadas por el reiterado allanamiento a sus claustros, a sus normas, a sus principios y a sus fueros; otra, por el crónico regateo de los recursos fiscales requeridos por las universidades públicas nacionales; otra, por la presión directa y constante de los padres de familia, quienes sistemática y erróneamente instruyen a sus hijos a "no vincularse con la política", en base a los peligrosos recuerdos de épocas y de circunstancias pasadas; otra, por la reciente expansión del número de universidades privadas, con sus elevados costos educativos mensuales, los que

exigen obviamente una considerable inversión económica de parte de las familias de los educandos, las que no desean arriesgar los esfuerzos que realizan en sus gastos educativos; otra, por la deficiente conciencia cívica, penosamente existente en el campo de la educación integral actual de los jóvenes peruanos; y, otra, constituida por los hábitos actuales de la juventud de participar en actividades recreacionales pasivas, introducidas por la modernidad, ciertamente distintas a las costumbres habituales de las generaciones precedentes, basadas en otro tipo de actividades proactivas y no pasivas.

Por ello, en recientes recorridos por el país, otorgué preferente atención ilustrativa al tema de la recuperación de la presencia cívica de los jóvenes universitarios peruanos en las tareas vinculadas con las exigencias que dramáticamente plantea la construcción del Perú futuro, promoviendo, por tanto, el pronto retorno de los líderes de nuestra juventud universitaria a las actividades políticas partidarias, históricamente existentes en los hábitos de conducta de pasadas brillantes generaciones nuestras.

Convendría recordar al respecto que las más importantes y valiosas corrientes ideológicas del pensamiento republicano peruano surgieron habitualmente de fuentes cercanas a los claustros, de los que surgieron también en nuestra historia republicana los jóvenes líderes universitarios que dieron

siempre un limpio impulso a las ideas renovadoras que permitieron acercar la ilusión y el culto de la justicia, la corrección, la honestidad y lealtad a la vida, a nuestro pueblo.

Tal valioso capital ético y de capacidades profesionales, aportado a la nación a través de la universidad peruana, con la significativa presencia plural y democrática de un amplio espíritu "universitas", forjado en la educación conceptual que recibieron los alumnos de sus calificados maestros, permitió que las carreras universitarias, en las que se encuentra lo más valioso de la cultura y la inteligencia de los países, proveyeran al Perú de dirigencias políticas primero juveniles, luego profesionales y más tarde académicas, que organizaron el desarrollo integral del Perú en los espacios de libertad que el destino permitió.

Así nacieron partidos políticos importantes en nuestra historia cívica, los que amalgamaron criterios de convivencia democrática y fueron fortalecidos en su estructura interna por su permanente, valiente y a veces heroica defensa de las libertades ciudadanas.

A ellos ingresaron jóvenes muy jóvenes que fueron ascendiendo en la organización partidaria en base a sus méritos personales, a su lealtad, a su entrega, a sus estudios, a su capacidad, a su entusiasmo. Llegó luego la democracia a los municipios y luego estos jóvenes accedieron a las



Convendría recordar al respecto que las más importantes y valiosas corrientes ideológicas del pensamiento republicano peruano surgieron habitualmente de fuentes cercanas a los claustros, de los que surgieron también en nuestra historia republicana los jóvenes líderes universitarios que dieron siempre un limpio impulso a las ideas renovadoras...

regidurías.

Todos sabemos que, de no haberse producido las múltiples interrupciones constitucionales registradas a lo largo de nuestra historia republicana, penosamente frecuentes, los partidos políticos habrían podido fortalecerse y entonces se habría podido asegurar la formación de sucesivas promociones de políticos debidamente preparados para el desempeño acertado de las responsabilidades de gobierno.

De haber sucedido ello, la composición del Congreso de la República, de los gobiernos regionales y de los consejos municipales provinciales y distritales habría tenido el sentido de un verdadero filtro de capacidades y de honestidades, conformándose los

organismos gubernamentales en base a un universo de ciudadanos procedentes de orígenes partidarios, lo que habría dado coherencia grupal a las distintas posiciones aplicables a la gestión pública.

Las cifras muestran ahora que solo el 3% de la población electoral peruana milita en las organizaciones indispensables para una acertada vida ciudadana: los partidos políticos. Esto quiere decir que el 97% de la ciudadanía no manifiesta interés alguno por su participación en la responsable conducción de la República.

Para revertir esta situación es indispensable convertir a los partidos políticos en atractivos para la ciudadanía. Y para ello resulta también,

paralelamente indispensable, que sus militantes no sean espectadores sino actores de sus propios y destinos partidarios. Una opción cierta, para el efecto, es la de simplemente fortalecer la estructura democrática de los partidos políticos mediante el democrático voto personal directo de sus afiliados, a fin de que se sientan protagonistas activos de todas las decisiones institucionales de sus organizaciones.

La presencia dinámica de la juventud universitaria en la política peruana es, tal vez, la llave maestra de un esperado futuro cívico que finalmente aleje las lágrimas de las mejillas peruanas y asegure la vigencia de un desarrollo en libertad por la sabia ruta de la unidad en la diversidad.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia del Callao

51^o
años