

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



IPSO JURE

AÑO 4 N° 13 Mayo 2011

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



PRESENTACIÓN



Me es grato dirigirme a Uds. colegas, servidores judiciales, abogados, estudiantes, amigos colaboradores y lectores permanentes de esta importante publicación virtual, expresándoles que constituye un privilegio para mí y la institución, poder llegar con nuestra palabra en torno a la presente edición que tiene como objetivo destacar una fecha importante, como lo es la celebración del CXI aniversario de la instalación de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque que me honro en presidir, cuya día central es el 23 de mayo, según Ley N° 4049, dada el año 1920, siendo Presidente don A. B. Leguía.

En virtud de ello, todos los años, mediante una Comisión de Celebración Pro Aniversario, esta vez presidida, por la Juez Superior, Dra. Cecilia del Pilar Tutaya Gonzáles, se ofrece a la comunidad jurídica y pueblo lambayecano en general, una serie de actividades, con el magno propósito de un real acercamiento en busca del conocimiento y entendimiento deseado a favor del servicio de justicia.

En nuestro caso, como parte del ámbito académico, y como fruto de la dinámica dirección de esta revista a cargo del Juez Superior, Dr. Edwin Figueroa Gutarra, tenemos a la vista, la versión N° 13, cuyo aporte y grandeza, radica en la personalidad y prestigio de cada uno de sus colaboradores, cuyos excelentes contenidos contribuyen a dar luz y destino entre quienes tenemos la responsabilidad de ser parte en el sistema de justicia, con voz y alma al pueblo y al país. Valorando este saber, alcance, y contribución, va a todos ellos nuestro reconocimiento.

Es propicio igualmente reiterar que somos una institución que nos debemos a la comunidad y como tal, estamos en el deber de servirles con calidad, eficiencia y honestidad, banderas sin las cuales no podemos arribar a resultados nobles.

Para ello nos reafirmamos en nuestra MISIÓN, como un "Órgano del Poder Judicial que presta el servicio de impartición de Justicia en el Distrito Judicial de Lambayeque, contribuyendo a garantizar la plena vigencia del estado del Derecho, la paz social y la seguridad jurídica, trayendo como consecuencia de ello el pleno desarrollo de nuestra sociedad local y nacional. Asimismo en nuestra VISIÓN, presentándonos como una "institución integrante del Poder Judicial, líder entre sus pares, que presta un servicio de impartición de justicia, con independencia, calidad total y pleno respeto de los principios éticos, utilizando modernos sistemas en el trabajo jurisdiccional y administrativo, alcanzando las metas propuestas, el pleno respeto a los magistrados que la integran y la confianza de la ciudadanía."

En este marco, concluyo, apelando al buen nombre y prestigio de esta Corte y de la función y responsabilidad social que cumple a lado de sus probos e idóneos señores magistrados y trabajadores, nos dirigimos a DIOS invocando nos ilumine y guíe en la búsqueda constante de la justicia y la convivencia social., requisito fundamental para dar vida al bienestar y prosperidad nacional.

Chiclayo, mayo de 2011

**DR. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ
PRESIDENTE CSJLA**

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

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

Auxiliares jurisdiccionales de apoyo:

- Dras. Elia Jovanny Vargas Ruiz, Sara Véronica Vera Zuloeta.



INDICE

SOBRE LA IMPORTANCIA DEL DERECHO PROCESAL ENTREVISTA A MICHELE TARUFFO (UNIVERSIDAD DE PAVIA, ITALIA)	7
LOS EXÁMENES DE VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS: A PROPÓSITO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1097 Y EL PLAZO RAZONABLE EDWIN FIGUEROA GUTARRA	9
EL CARÁCTER RELATIVO DEL “CONTENIDO ESENCIAL” DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU COMPARACION CON EL SISTEMA ESPAÑOL BADY OMAR EFFIO ARROYO	20
“EL NUEVO PARADIGMA DE PROCESO PENAL EN ARGENTINA” JUAN IGNACIO PÉREZ CURCI	25
DERECHOS HUMANOS Y RACISMO EN LA UNIÓN EUROPEA MÁXIMO UGARTE VEGA CENTENO	32
LA OBLIGACIÓN DE JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES. REIVINDICANDO EL SILOGISMO JURÍDICO Y RECONOCIENDO SUS LIMITACIONES JOHAN M. QUESNAY CASUSOL	51
ALGUNOS APUNTES ACERCA DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA JOSÉ ANTONIO DÍAZ MURO	63
LA INEFICACIA EN LA APLICACIÓN DEL ACUERDO REPARATORIO EN LAS FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES DE JAEN - SAN IGNACIO Y CUTERVO WALTER ANÍBAL MONTENEGRO YECKLE	80
ABSUELTO PUEDE SER CONDENADO POR EL AD QUEM EN EL CPP DEL 2004 ¿DICHA FACULTAD VULNERA EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA? SUSAN LETTY CARRERA TUPAC YUPANQUI	96
PROTECCIÓN AL CONCEBIDO “¿CUANDO COMIENZA LA VIDA PARA EL DERECHO?” JORGE ROLANDO LLANOS GARCÍA	112



PALABRAS DEL DIRECTOR

ESTIMADOS AMIGOS:

IPSO JURE viene impulsando a través de diversos números en sus contenidos la relevancia del Derecho Constitucional en la medida que se trata de un examen transversal de todo el Derecho y si apuntamos a un primer peldaño en el conjunto arquitectónico de la Constitución, revela sumo interés referirnos al principio de igualdad.

La premisa valorativa representada en el artículo 1 de nuestra Constitución bien puede ser considerada genérica desde el punto de vista argumentativo, y sin embargo, representa la piedra angular del edificio jurídico que hoy representa el Estado Constitucional, el cual en términos de Peter Häberle, está conformado por elementos como “la dignidad humana como premisa, realizada partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su identidad y en tradiciones y experiencias históricas, y su esperanza en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro”. (El Estado Constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México y Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial. Perú. 2003. p. 1).

En efecto, es común que las controversias jurídicas, con mayor énfasis aún las constitucionales, bien puedan oponer colisiones argumentativas de principios y la dignidad representa el valor axiológico por excelencia angular en la filosofía del Estado Constitucional, cuyo carácter apunta a defender a la persona humana y a su dignidad como premisa de todo Estado.

Y sin embargo, ¿bastaría la mensura de la dignidad para la prevalencia de este argumento? Notoriamente no, en tanto corresponderá, en un segundo plano de las controversias constitucionales, racionalizar la dimensión de afectación de una vulneración de la dignidad como principio. A este efecto, la labor de los jueces constitucionales está representada por un primer margen de acción de racionalización de las pretensiones y en segundo plano, es exigible, si los márgenes de racionalidad no son suficientes, aplicar argumentos de razonabilidad.

Y a propósito de estas ideas ¿cómo racionalizamos el principio de dignidad de la persona y cuándo aplicamos estándares de razonabilidad? A juicio nuestro, la racionalidad representa una vinculación del juez al sentido de mandato de la norma jurídica en su condición de elemento cuya prestación es “del todo o nada”, esto es, las normas se cumplen en parte, sino en su totalidad o no se cumplen, de cara a la solución de un caso concreto. En ese orden ideas, la dignidad como valor será elemento de resolución de una controversia si existe una norma-regla aplicable a su defensa y por cierto, bien puede solucionarse el conflicto en sede ordinaria. Prosiguiendo este examen, si el concurso de la norma- regla denota insuficiencia o se configuran vacíos que hay necesidad de colmar, en tal caso, deviene necesaria al aplicación de una norma -principio, entendida ésta como un mandato de optimización, el cual se aplica en la medida de lo posible para solucionar el caso concreto objeto de controversia.

En consecuencia, de esa forma, los conflictos constitucionales que tienen lugar de cara al principio de dignidad, exigirán la aplicación, cuando una controversia lo justifique, de la ponderación de intereses o en su caso, del principio de proporcionalidad, o bien podrá resolverse aplicando principios de interpretación constitucional, en la lógica de Hesse, a efectos de colmar los vacíos que se presenten en la interpretación constitucional, dentro de esa concepción que asimila la teoría de la Constitución como una teoría de la integración.

La jurisprudencia constitucional presenta distintas ejecutorias en las cuales aborda el principio de



dignidad de la persona humana y su respeto, en la premisa de una necesidad impostergable de que los jueces del Estado Constitucional adviertan la relevancia de que esta norma- principio sea un referente para las decisiones sobre tutela urgente de derechos fundamentales.

Hasta pronto.

El Director



SOBRE LA IMPORTANCIA DEL DERECHO PROCESAL

ENTREVISTA A MICHELE TARUFFO (UNIVERSIDAD DE PAVIA, ITALIA)

MICHELE TARUFFO



IPSO JURE tuvo oportunidad de entrevistar a uno de los profesores europeos más destacados del Derecho Procesal y a quien conocemos por su copiosa producción jurídica como legado al mundo contemporáneo.

1. Agradecemos a Ud., maestro Taruffo, su buena predisposición para con nuestra revista, luego de su exitosa visita a Lambayeque en el año 2009. Permítanos esta vez destacar algunos temas de importancia vinculados al Derecho Procesal. En su opinión, ¿cuál es la relevancia hoy de que una decisión judicial sea justa?

La giustizia della decisione è una necessità fondamentale in ogni sistema di amministrazione della giustizia, per varie ragioni. Nei sistemi moderni nei quali vige il principio di legalità la decisione deve fondarsi su una interpretazione ed applicazione corretta della regola di diritto in base alla quale il giudice risolve la controversia. Questa è una condizione necessaria di giustizia della decisione: un errore nella applicazione della legge viola i principi fondamentali dell'ordinamento, e quindi rende ingiusta la decisione. Più in generale, la società può avere fiducia nei giudici e nell'amministrazione della giustizia solo se risulta che le sentenze sono giuste in quanto rispettose del diritto. Se ciò non accade, e le decisioni dei giudici sono arbitrarie, casuali e prive di fondamento giuridico, viene meno uno dei fattori principali della convivenza e della coesione in una società moderna. In questa società, tutti i cittadini hanno il diritto a che le loro controversie, di qualunque natura, vengano decise, da qualunque giudice, in maniera giusta e legale. Se ciò non accade, la società regredisce ad uno stadio pre-moderno, in cui tutto il potere era nelle mani di un tiranno e i diritti in realtà non esistevano.

2. ¿Considera Ud. que establecer la verdad debe ser el objeto de todo proceso, esto es, podemos llegar a la verdad?

La scoperta della verità dei fatti è una condizione necessaria della giustizia della sentenza, poichè nessuna norma di diritto -per quanto correttamente interpretata- può essere applicata validamente se i fatti sui quali si fonda la controversia non sono stati accertati in modo completo e veritiero. Per dirlo in sintesi: nessuna sentenza è giusta se si fonda sui fatti sbagliati. Quindi l'accertamento della verità va configurato come uno degli scopi (non l'unico) del processo, se si vuole che questo si concluda con una decisione giusta. Questa affermazione si fonda su due premesse: a) nel processo è possibile stabilire la verità dei fatti, sulla base di una valutazione razionale di tutte le prove disponibili. I fatti rilevanti per la decisione (meglio: gli enunciati che li descrivono) possono essere veri o falsi: se vengono confermati dalle prove sono veri; se manca la conferma probatoria (o se prevalgono prove negative) sono falsi. Naturalmente quella che si accerta in base alle prove è una verità "relativa", non nel senso soggettivo per cui ognuno avrebbe una "sua" verità, ma nel senso oggettivo per cui -come ho già detto- l'accertamento della verità dipende dalle prove che sono state acquisite al giudizio. b) i processi non sono tutti uguali. Alcuni sono strutturati in modo da permettere e favorire l'accertamento della verità, mentre altri sono disciplinati in modo da ostacolare o impedire la ricerca della verità. Queste variazioni dipendono dall'esistenza di regole che limitano l'ammissione di prove rilevanti (come nel caso dei segreti) o predeterminano il valore delle prove (come nel caso delle regole di prova legale). Un processo è idoneo alla ricerca della verità se: ammette tutte le prove



rilevanti; include il potere del giudice di disporre prove rilevanti non dedotte dalle parti; non include nessuna regola di prova legale.

3. En su posición, ¿resuelve el juez conforme a los hechos o al derecho, o conforme a las características particulares de cada caso?

Il giudice è tenuto a decidere sulla base dei fatti di cui ha accertato la verità (o la falsità) in base alle prove disponibili, e in base ad una interpretazione ed applicazione corretta, ai fatti del singolo caso, della regola di diritto sostanziale che disciplina la fattispecie. Le circostanze particolari del singolo caso possono essere prese in considerazione per il giudizio sui fatti se costituiscono indizi utilizzabili come premesse da cui trarre conclusioni intorno alla verità o falsità di un fatto principale. Le circostanze che non svolgono questa funzione probatoria -ossia: che non sono logicamente rilevanti- non debbono essere prese in considerazione. Quanto al giudizio di diritto, il giudice può prendere in considerazione le circostanze del singolo caso se la norma giuridica che deve applicare nella decisione glielo consente, ossia quando vi sono margini di discrezionalità nell'interpretazione della norma, o quando questa contiene clausole generali (la cui interpretazione va riferita -appunto- alle peculiarità del singolo caso). Tuttavia, in nessun caso il giudice può decidere soltanto tendendo conto della specificità del caso particolare. Verità dei fatti e norme di diritto sono i parametri NECESSARI della decisione.

4. ¿Podemos establecer, Dr. Taruffo, una relación de orden entre prueba, verdad y decisión judicial?

Esiste una relazione stretta fra prova, verità e decisione giudiziale. La prova è lo strumento (l'unico strumento) di cui il giudice si serve per accertare la verità o la falsità dei fatti che stanno alla base della controversia. Come ho già detto, l'accertamento della verità dei fatti è una condizione necessaria della corretta applicazione della legge, e quindi della giustizia della decisione.

5. ¿Cuál es la importancia, en su opinión, de promover en la actualidad Maestrías y Doctorados de Derecho Procesal?

La promozione di corsi di maestria e di dottorato in diritto processuale è importantissima allo scopo di approfondire e sviluppare la conoscenza "istituzionale" del diritto processuale che viene acquisita nei normali corsi universitari. L'amministrazione della giustizia implica conoscenze interdisciplinari (di logica, metodologia, epistemologia, diritto comparato, sociologia, psicologia) che all'università non possono essere conseguite. L'apprendimento di queste conoscenze si colloca meglio in corsi di maestria o di dottorato. Essi debbono essere diretti anche a giudici, fiscali e avvocati, poichè tutti questi soggetti sono protagonisti dell'amministrazione della giustizia nello stato moderno, e quindi debbono essere in grado di padroneggiare tutti gli strumenti culturali necessari.

"Muchas gracias, Dr Taruffo. Agradecemos su valiosa colaboración en esta edición de aniversario".



LOS EXÁMENES DE VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS: A PROPÓSITO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1097 Y EL PLAZO RAZONABLE

EDWIN FIGUEROA GUTARRA¹



Introducción. 1. El contexto jurisprudencial constitucional del plazo razonable. 2. Previsión normativa del Decreto Legislativo 1097. 3. Las herramientas de interpretación constitucional. 3.1. Los principios de interpretación constitucional. 3.2. El control difuso y la extensión de su aplicación. 3.3. El principio de proporcionalidad y el examen constitucional de las normas. A modo de conclusión

INTRODUCCIÓN

Sopesar el valor constitucional de las normas jurídicas deviene en una necesaria diferenciación entre los conceptos de control de legalidad y control de legitimidad en función a los alcances de las normas como tales. En el primer caso, la verificación es de naturaleza estática en la medida que el intérprete solo debe constatar si ha existido la observancia de un procedimiento formal en la expedición de la norma, en tanto que el segundo tipo de control es de naturaleza activa, en la medida que resulta exigible una necesaria compatibilidad de la norma jurídica con la Constitución. En ese orden de ideas, la norma tiene la condición de vigente a partir de su constatación formal en tanto la norma es válida desde la óptica de su necesaria inserción dentro de los postulados de la Ley Fundamental, es decir, que no exista contravención a derechos constitucionales cuyo rango proviene precisamente de su condición de derechos públicos subjetivos reconocidos.

La dación del Decreto Legislativo 1097 nos remite a un necesario contexto desde el cual, una norma expedida por el Poder Ejecutivo, tras una delegación de facultades por parte del Poder Legislativo, es objeto de polémica abierta en tanto la medida introduce precisiones de sobreseimiento de causas respecto al plazo razonable en los procesos sobre violaciones a los derechos humanos, en los cuales son procesados militares y policías², y de otro lado, se aduce una cerrada defensa de los derechos humanos desde la necesaria posición interpretativa de la necesidad, del Estado y sus órganos jurisdiccionales, de investigar frente a crímenes de lesa humanidad, máxima que es objeto de protección desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos³.

1. EL CONTEXTO JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL DEL PLAZO RAZONABLE

Los estándares del plazo razonable en nuestro ordenamiento jurídico han sido definidos,

1 Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Lambayeque, Perú. Profesor Asociado Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo, Lambayeque. Becario del curso de DD.HH. en la Washington College of Law de la American University, Washington D.C., EE.UU. Becario Aula Iberoamericana, La Constitucionalidad de las Leyes, Cádiz, España. estudiofg@yahoo.com

2 Vid. Decreto Legislativo 1097, de fecha 01 de setiembre de 2010. que regula la aplicación de normas procesales por delitos que implican violación de derechos humanos. Dicha norma fue derogada por la Ley 29572 con fecha 15 de setiembre de 2010.

3 La Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad ha sido aprobada por el Perú por Resolución Legislativa 27998 y rige en el Perú desde el 09 de noviembre de 2003.



en gran medida, en los casos Chacón Málaga¹ y Salazar Monroe², procesos de habeas corpus que devinieron en sentencias estimatorias por afectación del plazo razonable. Dichas decisiones partieron de pronunciamientos de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH³ y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴ por situaciones de vulneración al plazo razonable, mas a partir de estos fallos del sistema supranacional, corresponde identificar si en rigor resulta adecuada la identificación del precedente jurisprudencial con los casos antes resueltos, labor a la cual nos dedicaremos en las líneas siguientes.

2. PREVISIÓN NORMATIVA DEL DECRETO LEGISLATIVO 1097

La norma en referencia, con rango de ley en el sistema normativo peruano por delegación de facultades del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, contempla dos líneas matrices respecto a los procesos en los cuales son imputados policías y militares por afectaciones a los derechos humanos:

a) El adelanto de la vigencia del Código Procesal Penal respecto a los procesos por violaciones a los derechos humanos, en todo el territorio peruano. A este respecto, es importante acotar que el proceso de implementación del nuevo Código en las Cortes Superiores de Justicia en el país, viene afianzándose con a través de los principios de oralidad, contradictorio e igualdad de armas, y su línea garantista representa un matiz de diferencia sustancial respecto al instrumento procesal ahora liquidatorio del sistema anterior, denominado Código de Procedimientos Penales.

b) El sobreseimiento o conclusión del proceso penal respecto a aquellos casos en los cuales se hubiera vencido el plazo de investigación, esto es, el cese de la persecución penal por parte del Ministerio Público por haberse excedido el plazo formal de investigación⁵.

1 STC 3509-2009-PHC/TC F.J. 20

§. Criterios para determinar la duración razonable del proceso penal

20. *Habiéndose planteado en el presente caso, la eventual violación del derecho al plazo razonable del proceso o, lo que es lo mismo, que éste no sufra dilaciones indebidas, la determinación de si se violó o no su contenido constitucionalmente protegido es un tema que solo puede obtenerse a partir del análisis de los siguientes criterios: a) la actividad procesal del interesado; b) la conducta de las autoridades judiciales, y c) la complejidad del asunto: los cuales fueron establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Genie Lacayo y Suárez Rosero al analizar el tema del plazo razonable del proceso, los mismos que han sido recepcionados por el Tribunal Constitucional (Cfr. Exp. N.º 618-2005-PHC/TC. Caso Ronald Winston Díaz Díaz. FJ N.º 11; Exp. N.º 5291-2005-PHC/TC. Caso Heriberto Manuel Benítez Rivas y otra. FJ N.º 6). Tales elementos permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido (que es la segunda condición para que opere este derecho), lo que debe realizarse caso por caso y según las circunstancias.*

2 STC 05350-2009-PHC/TC F.J. 22 Caso Salazar Monroe

22. En la sentencia del Caso Kawas Fernández vs. Honduras, la Corte IDH reafirmó que:

"112. (...) ha establecido que es preciso tomar en cuenta cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso". (Negritas agregadas).

3 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 12 de noviembre de 1997. Caso Rafael Suárez Rosero vs. Ecuador

72. Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (cf. Caso Genie Lacayo, 23

Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr 77; y Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A No. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A No. 262, párr. 30).

4 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de junio de 1993. Caso José María Ruiz Mateos vs. España F.J. 53.

"A la luz del conjunto de circunstancias de la causa, el Tribunal concluye con el no respeto del plazo razonable previsto en el artículo 6,1, el cual ha sido, por tanto, violado en ese punto."

5 En el sistema procesal penal peruano los plazos de investigación respecto de delitos con el sistema procesal anterior, de conformidad con el artículo 202 del Código de Procedimientos Penales, son de 4 meses, ampliables a 60 días más, y para casos complejos, ampliables a 8 meses adicionales. El Decreto Legislativo 1097 hace referencia a este plazo y adelanta la vigencia de los artículos 344 a 348 del Código Procesal Penal, referidos al sobreseimiento por el vencimiento en exceso de los plazos de instrucción.

El sentido prescriptivo de la norma referida resulta puntual, en la perspectiva de su condición de mandato definitivo. En la terminología kelseniana, la norma se aplica o no se aplica, representa un mandato de todo o nada y en tal orden de ideas, los jueces, prima facie, deberán tener en cuenta el criterio aplicativo de la disposición acotada.

3. LAS HERRAMIENTAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Resulta un cuestionamiento de interés y relevancia, indagarnos cuál es el escenario legal que deviene como consecuencia de una norma procedimental y aquí caben 2 interpretaciones: la literal y la correctora o extensiva¹.

Si adoptamos la primera posición, deberemos entender que el ámbito de resolución del conflicto se encuentra dentro del propio texto de la norma², esto es, el juez penal solo aplica un mecanismo de subsunción dado que identifica los hechos producidos dentro del supuesto normativo. Sin embargo, respecto a la segunda interpretación³, el mecanismo de adopción de la decisión es mucho más amplio, dado que el juez debe adoptar una visión de concordancia sistemática con otros postulados normativos y por excelencia, a través de un control de legitimidad, determinar si existe compatibilidad con los principios, valores y directrices que informa la Lex Legum. Entre estas herramientas, las más usuales están representadas por los principios de interpretación constitucional, el mecanismo del control difuso y el principio de proporcionalidad. Tales medios se inscriben en el contexto de una Constitución que representa el eje de la interpretación constitucional, respecto a la cual debemos coincidir con Zagrebelsky cuando señala: "La Constitución con sus vínculos y límites (...) es instrumento de gobernabilidad, no obstáculo o dificultad para el gobierno."⁴ En ese horizonte, ella permite resolver, a través de las herramientas de interpretación, las controversias entre derechos fundamentales.



3.1. LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El caso Lizana Puelles⁵, una controversia de amparo que sentó la tesis de las zonas no exentas de control constitucional, resultó emblemático para la jurisprudencia constitucional

1 Para una descripción del pensamiento de Savigny y la Escuela Histórica del Derecho vid. LARENZ, Karl. *La metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona, Ariel. 1994. P. 32

2 Para una visión de la escuela literalista, cfr. ASIS DE ROIG, Rafael. "Jueces y Normas. La Decisión Judicial desde el Ordenamiento", Marcial Pons; Madrid, 1995, Pág. 182. El criterio gramatical: exige que la interpretación de las normas se haga atendiendo al sentido propio de las palabras. Este método presupone: a) Ningún elemento en el texto legal carece de significado; b) A una expresión del texto legal no debe dársele un significado diferente en distintos contextos; c) Si la terminología de una ley se aparta del uso ordinario del lenguaje, la terminología especial prima sobre el lenguaje ordinario.

3 GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Gascón, Mariana y Carbonell, Miguel. *Traductores*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1999. p. 31-38

4 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Trotta. Madrid, 2008. p. 31.

5 STC 05854-2005-PA/TC F.J. 12. Caso Lizana Puelles.

§4. Principios de interpretación constitucional

a) El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

b) El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

c) El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

d) El principio de función integradora: El "producto" de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

e) El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante en toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

peruana en tanto no solo perfiló las diferencias sustanciales entre el Estado Legislativo y el Estado Constitucional, sino que a partir de la diferencia entre reglas y principios, optó por la posición de que estos últimos igualmente representan herramientas interpretativas, siguiendo la línea de Hesse¹, para la dilucidación de conflictos en sede constitucional. En ese sentido, en tanto mandatos de optimización, los principios concurren en la solución de los conflictos difíciles y trágicos, a decir de Atienza².

A partir de los principios esbozados por Hesse, resulta válido preguntarnos, de cara al Decreto Legislativo cuestionado, cuál sería el ámbito de actuación del intérprete constitucional a partir de la identificación de los principios que informan la interpretación constitucional.

Como cuestión inicial, resultaría relevante cuestionarnos si el Decreto Legislativo 1097, en su condición de regla, resulta un mecanismo que da solución satisfactoria a los problemas que plantea. Si es aplicable la subsunción en forma directa, entonces el problema concluye, supuesto que en este caso no se produce, precisamente porque la posición contraria invoca la imprescriptibilidad de los casos relativos a violaciones a los derechos humanos. En consecuencia, requerimos la aplicación de los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica para procurar una solución satisfactoria.

Respecto al primer principio, si la Constitución debe ser interpretada como un todo, la regla objeto de cuestión resulta insuficiente en forma notoria para dar una solución al problema que plantea el Convenio sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad, cuyo artículo 1³ resulta contextualmente relevante en tanto parte de la premisa de que no corresponde archivar procesos, sin importar la fecha en que se hubieren cometido, cuando de violaciones a los derechos humanos se trate.

De otro lado, a través del principio de concordancia práctica, ejercemos un mecanismo de vinculación sistemática a fin de comparar normas y principios. A este respecto, resulta necesario validar si el Decreto Legislativo 1097 resulta compatible con el artículo 1 de la Constitución de 1993⁴ respecto a la defensa de la persona humana y en tal sentido, concluimos que el Convenio de imprescriptibilidad adopta un contenido tuitivo, es decir, deben investigarse y esclarecerse las responsabilidades que atañen a los derechos humanos afectados.

1 Cfr. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 45-47.

2 Cfr. ATIENZA, Manuel. *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 6, 1997, p.19. Atienza diferencia los casos fáciles, difíciles y trágicos en el siguiente orden: los casos fáciles son aquellos donde se aplica la subsunción (en ellos no hay más que aplicación pura y simple del derecho); los casos difíciles, incluyen un número mayor de premisas normativas y fácticas (Atienza señala que en estos casos la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes y requieren, a diferencia de los fáciles, labor interpretativa). Finalmente, los casos trágicos representan realmente dilemas morales (no tienen ninguna respuesta correcta y plantean al juez el problema no de cómo decidir, o sea cómo ejercer su discreción, sino qué camino tomar frente a un dilema; los casos trágico aparecen como consecuencia de la "moralización" de los sistemas jurídicos).

3 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968 Artículo I

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

4 Constitución 1993. Artículo 1

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.



Ahora bien, corresponde no dejar de lado la invocación que el debate generó respecto a que los militares y policías procesados, también tienen derecho, como cualquier otro ciudadano, a la aplicación del plazo razonable. Liminarmente esta premisa es de suyo válida, en la medida que el caso Salazar Monroe fijó estándares procedimentales que resultan vinculantes para los jueces constitucionales. Sin embargo, es necesario fijar un argumento cuya incidencia para este caso es racionalmente concluyente: los derechos constitucionales que entran en conflicto en la interpretación constitucional, a través de la técnica de la ponderación, deben ceder unos a otros el lugar de prevalencia, y el principio de imprescriptibilidad sobre violaciones a los derechos humanos, en un escenario fáctico determinado y bajo condiciones de jerarquía móvil, resulta prevalente frente al derecho del procesado a un plazo razonable. Sobre este ítem volveremos más adelante.

3.2. EL CONTROL DIFUSO Y LA EXTENSIÓN DE SU APLICACIÓN

El control difuso es un poder-deber del juez¹ y tiene lugar, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución de Perú, cuando existe un conflicto entre una norma jurídica, o una regla en propiedad, y la Carta Fundamental, caso en el cual prevalece la norma de mayor jerarquía.

Desde su aplicación en 1802 por el juez Marshall², el control difuso se ha perfilado como una herramienta de los jueces frente a los excesos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo en la dación de normas que infringen los valores y postulados de la Norma Normarum que consagra el ordenamiento jurídico. En buena cuenta, sin compartir in toto la propuesta de Karl Schmitt³, el Estado Jurisdiccional involucra que los jueces constitucionales son los llamados a definir en qué modo una norma puede estar afectando derechos fundamentales y a este respecto, importante es inclusive acotar que entre la interpretación auténtica del legislador y la del juez constitucional, prevalece la de este último. Ahora indaguémos: ¿es en rigor cierto que puede el juez constitucional desestimar inclusive la interpretación auténtica del legislador de la propia norma que éste creó? ¿No es acaso que si el legislador creó la norma, no es éste entonces el llamado a delimitar los contenidos legislativos de racionalidad de la regla que éste creó?

En principio, estimamos que sí. Sin embargo, esta relectura de la racionalidad de la norma solo será válida en la medida que dicha interpretación auténtica observe y sea respetuosa de los principios que enuncia la Carta Magna. Y sobre esta situación, el ordenamiento jurídico de nuestro país denota una experiencia propia⁴, que en su momento significó que el sistema interamericano hiciera prevalecer el principio del debido proceso y que no se

1 Constitución del Perú 1993. Artículo 138

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

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

El desarrollo constitucional de esta facultad puede ser apreciado en la STC 01383-2001-AA/TC Caso Luis Rabines Quiñones F.J. 16

La facultad de controlar la constitucionalidad de las normas (...) constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138º, segundo párrafo de la Constitución. (...) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138º de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas enunciado en el artículo 51º de nuestra norma fundamental.

El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que el sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

1. Que (...) el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (...).
2. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
3. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse interpretado de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

2 *Leading case* Marbury vs. Madison de 1802. Para una visión completa de este fallo vid. CARBONELL, Miguel. *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*. Palestra Editores 2010. p. 285-300.

3 Cfr. SCHMITT, Karl. *Legalidad y legitimidad*, en Héctor Orestes Aguilar, Karl Schmitt, Teólogo de la política, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 245-343.

4 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 31 de enero de 2001. Caso 3 magistrados del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú.



podía destituir a magistrados del Tribunal Constitucional si éstos habían adoptado una posición interpretativa distinta respecto de aquella efectuada por el legislador en relación a la propuesta de reelección presidencial de entonces.

En consecuencia, veamos si el control difuso resulta aplicable como mecanismo interpretativo constitucional en el caso del Decreto Legislativo 1097, siguiendo las pautas procedimentales enunciadas por la jurisprudencia constitucional peruana.

1. El objeto de cuestionamiento es un acto que constituye la aplicación de una norma considerada inconstitucional, esto es, el Decreto Legislativo 1097, el cual contradice, sustancialmente, la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra u de lesa humanidad. Esta contradicción involucra un problema de jerarquía en tanto una norma con rango legal- de protección del plazo razonable para procesados en crímenes de lesa humanidad- contraviene una Convención que forma parte del bloque de constitucionalidad.

2. La norma a inaplicar- el Decreto Legislativo 1097- tiene una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, dicha norma resulta relevante para la definición de la controversia que se expresa en la contravención de la norma con los postulados constitucionales que se derivan de la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad.

3. La norma a inaplicarse resulta manifiestamente incompatible con la Constitución, aún luego de haber sido interpretada de conformidad con la Constitución, es decir, no encontramos medio alguno, en vía argumentativa, de salvar la validez constitucional de la norma objeto de cuestionamiento.

En consecuencia, a juicio de este estudio, el Decreto Legislativo 1097, no supera el control de constitucionalidad y por lo tanto, procede su inaplicación frente a la jerarquía normativa de la Carta Fundamental.

Ahora bien, apreciamos que este examen de control difuso solo se circunscribe a la inaplicación del Decreto Legislativo y su efecto en vía incidental e interpartes, alcanza solamente a los partes involucradas en el conflicto.

3.3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL EXAMEN CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS

Hemos reservado para este último rango de herramientas interpretativas el examen de ponderación, en sentido material, o de proporcionalidad, en sentido procedimental, respecto a la compatibilidad constitucional del Decreto Legislativo 1097.

El examen de proporcionalidad o de validez constitucional de una norma¹, a juicio nuestro, ha superado in extenso las críticas a su utilidad en tanto no constituye un juicio ponderativo de absoluta discrecionalidad ni tampoco denota un margen de escasa relevancia². De la misma forma, no se trata de que "el mandato de optimización no puede ser aplicado más o menos, o se optimiza o no se optimiza", como señala Aarnio³. Por el contrario, la

1 Para una visión actual del examen de proporcionalidad vid. CLERICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*. Eudeba. Universidad de Buenos Aires. 2009. P. 255- 315.

2 Cfr. GARCIA AMADO, José. *El juicio de ponderación y sus partes. Críticas de su escasa relevancia*. Materiales de estudio Academia de la Magistratura 2010. Razonamiento Jurídico. XIV PROFA. Lima. P. 47-91.

3 AARNIO, Aulis. *Reglas y principios en el ordenamiento jurídico*. En *Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 4,2000. P. 596.



ponderación pretenda abordar una gráfica de la discrecionalidad, sujeta a las reglas del discurso racional, en cuanto no se trata de la descripción de un juicio de subjetividad, sino de una fundamentación que se inscribe dentro de las reglas del contexto de justificación y que a través de las justificaciones interna¹, y externa², exhibe las razones aplicadas por el juzgador para adoptar la decisión que finalmente desarrolla.

En ese orden de ideas, el juicio de proporcionalidad no involucra un juicio de mínima relevancia sino una herramienta interpretativa que mantiene los estándares de la justificación constitucional para definir los ámbitos fáctico y normativo- constitucional de una controversia a efectos de determinar la validez constitucional de la norma o acción materia de examen.

Por otro lado, conviene apreciar, con suma prudencia, otros ámbitos del problema de la proporcionalidad respecto a que si bien es cierto, ésta trabaja en función a principios, que éstos a su vez expresen un alto margen de indeterminación³. La crítica a este respecto resulta, a juicio nuestro, muy contextual, en tanto los principios en propiedad son mandatos de optimización⁴ y como tales, no se trata de mandatos definitivos. La diferencia es relevante: las reglas sí implican un juicio de hacer cuando son prescriptivas y se aplican bajo un concepto de todo o nada al caso concreto. Los principios, por el contrario, ordenan hacer algo de la mejor forma posible y de allí el enunciado de su optimización. No se podrá, por ejemplo, definir en toda su amplitud el contenido del derecho a la vida en tanto mandato de optimización, en tanto el decisor jurisdiccional deberá tratar de aplicar de modo óptimo la defensa del bien jurídico vida en una controversia determinada, si parte de la premisa de la preservación de este valor. Sin embargo, de no verificarse que el contexto de descubrimiento del decisor coincida con la defensa del bien vida, entonces el margen de exigencia aplicativa habrá de disminuir sustancialmente. Lo señalado no implica la configuración de una valoración axiológica de entera discrecionalidad. Por el contrario, en uno u otro caso, habrá de desarrollarse el contexto de justificación o exposición de razones debidamente sustentadas en la ley, la doctrina y la jurisprudencia así como el examen de compatibilidad respectivo.

No coincidimos tampoco con Forsthoff⁵, en el margen de críticas a la ponderación y la proporcionalidad, cuando aquel alega que “la proporcionalidad significa la degradación de la legislación”, en tanto es precisamente la proporcionalidad el examen de compatibilidad constitucional de la legislación. Si la norma pasa exitosamente el examen de proporcionalidad, entonces significa que la misma respeta los estándares fijados por la Carta Fundamental. Sin embargo, la no aprobación de este examen precisamente revela la ausencia de cumplimiento de necesarios estándares de constitucionalidad. Por consiguiente, la proporcionalidad no “degrada” la norma sino pretende ubicar su real contexto de compatibilidad constitucional.

En adición a lo señalado, es importante acotar que el juicio de proporcionalidad no constituye un examen aislado procedimental de la jurisprudencia constitucional reciente. Por el contrario, su difusión ha resultado amplia en tanto Tribunales Constitucionales⁶ y Cortes

1 Expresa el juicio de *sindéresis* lógica del juzgador a través del uso adecuado de los silogismos jurídicos.

2 Aborda la fundamentación de las premisas en 3 ítems: el respeto a la ley (ámbito de observancia a la norma), argumentos de la dogmática (ámbito doctrinario) y recurso a los precedentes (ámbito jurisprudencial). Cfr. GASCÓN, ABELLÁN, Marina. *Los argumentos en la interpretación*. Materiales de estudio Academia de la Magistratura 2010. Razonamiento Jurídico. XII PCA. Lima. p. 70.

3 Cfr. COMMANDUCI, Paolo. *Principios jurídicos e indeterminación del Derecho*. DOXA 21-II. 1998. p. 89-104

4 Vid. ALEX. Robert. *Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004. p. 60.

5 Cfr. FORSTHOFF, Ernst. *El Estado en la sociedad industrial*, trad. de L. López Guerra y J. Nicolás Muñoz, I.E.P., Madrid, 1975, p. 240 y s.

6 Tribunal Federal alemán, con sede en Karlsruhe, creado por la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Tribunal Constitucional Español, creado por la Constitución de 1978.



Constitucionales¹ han encontrado en la misma una herramienta aplicativa que ha satisfecho, con suficiencia razonable a nuestro entender, las exigencias de justificación que hoy involucra el discurso racional.

Hechas las precisiones anteriores, creemos viable desarrollar el examen de proporcionalidad del Decreto Legislativo 1097, sujetándonos a los subexámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación².

Subexamen de idoneidad. Corresponde formularnos la siguiente interrogante: ¿constituye un fin idóneo y constitucionalmente legítimo que el Estado legisle en materia de violación de derechos humanos? Liminarmente nuestra respuesta habrá de ser positiva en tanto existe un tema de competencias. El Estado sí debe estar investido de competencias para regular jurídicamente determinadas situaciones de nuestra realidad nacional. Adicionalmente, sí se cumplen los fines de idoneidad y legitimidad en la determinación de conductas compatibles o no con los derechos humanos.

Subexamen de necesidad. El contexto aplicativo de este ítem de la proporcionalidad es plenamente fáctico. Se refiere a si existía una alternativa menos gravosa a la aplicación del Decreto Legislativo 1097 pues si esto último sucedía, entonces la norma sometida a examen devenía inconstitucional. A juicio nuestro y en vía de hipótesis, pudieron existir alternativas de exigencia a los jueces para el cumplimiento del plazo razonable, como sucedió en el caso Salazar Monroe³. Sin embargo, la solución impuesta en este último caso, en nuestra opinión, pudiera eventualmente colisionar con el ítem de complejidad del caso. Es cierto que la justicia debe impartirse de modo célere y oportuno, más aún si se trata de justicia constitucional⁴ dado el contexto de tutela urgente que importa este tipo de procesos; sin embargo, no resultamos convencidos de que la fijación de un plazo perentorio al juez para resolver, constituya un modo idóneo de resolver los conflictos que involucran violaciones a los derechos humanos, más aún, si de por medio se encuentra un tema de imprescriptibilidad que enuncia la propia Convención sobre imprescriptibilidad.

Otra solución menos gravosa bien podría resultar la adoptada en el caso Humala Tasso⁵,

1 Corte Constitucional de Colombia, creada por la Constitución de 1991.

2 Vid. STC 007-2006-PI/TC. F.J. 34-44. Caso Calle de las pizzas. y STC 00579-2008-PA/TC F.J. 25-34. Caso Becerra Leyva, entre otros pronunciamientos relevantes. Estos casos de la jurisprudencia constitucional peruana desarrollan los exámenes de proporcionalidad evaluando, en el primer caso, la compatibilidad de una Ordenanza Municipal que restringía el horario de atención de los negocios de pizzas, ubicados en la calle Figari en el distrito de Miraflores. Los derechos que se contraponían eran el derecho al trabajo, invocado por los comercios unidos en el proceso de inconstitucionalidad frente al derecho fundamental a un entorno acústicamente sano. El Tribunal Constitucional optó por la prevalencia de este último derecho. En el caso Becerra Leyva los derechos fundamentales en colisión fueron, de un lado, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, invocado por los acreedores de las empresas azucareras, y de otro lado, el derecho a la propiedad, avalado por la Ley de Protección Patrimonial, norma sujeta a control de constitucionalidad. Prevalció el derecho al trabajo sobre la consideración, vía ponderación, de que el grado de satisfacción de este último derecho era de grado elevado en tanto que el grado de afectación del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, era medio.

3 Cfr. STC 05350-2009-PHC/TC Decisorio. Caso Salazar Monroe.

2. Ordenar a la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima que en el plazo de sesenta días naturales, contados desde la fecha de notificación del presente fallo, emita y notifique la correspondiente sentencia que decida la situación jurídica del demandante en el Exp. N. ° 28-2001, bajo apercibimiento de tenerse por sobreesido el proceso en relación con el demandante.

4 Vid. Código Procesal Constitucional. Título Preliminar. Artículo III

Principios Procesales

Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, intermediación y socialización procesales. (El resaltado es nuestro).

5 Cfr. STC 01680-2009-PHC/TC F.J. 14. Caso Antauro Humala Tasso.

La ley exige para todos los casos de decisiones sustanciales que el juzgador cumpla con los plazos que ella señala. Así, para la calificación de una demanda como para la expedición de la sentencia en la que concluye el proceso, es indudable que el juzgador debiera cumplir los plazos contemplados en la ley; pero, por diversas razones, especialmente la enorme carga procesal, no le resulta al juez posible humanamente el cumplimiento riguroso del mandato legal. Nos preguntamos entonces ¿será procedente sancionar con la nulidad la decisión jurisdiccional tardía con el único sustento de su tardanza? Evidentemente no cabe esta invalidación porque, como ya se ha dicho, esa decisión ha cumplido su finalidad aunque con tardanza en su emisión y por tanto ha generado efectos jurídicos de diverso orden, tales como el propio cuestionamiento materia de autos y que resulta infundado. La jurisprudencia y la doctrina vienen señalando que, en todo caso, de ser cierta la afirmación, podría pedirse no la nulidad de la resolución por su demora sino la sanción disciplinaria al juez por el tardío cumplimiento de su deber. (El subrayado es nuestro)



situación en la cual el Tribunal Constitucional optó, por mayoría, por derivar a un tema de responsabilidad disciplinaria, la demora en la expedición de una decisión final. En rigor, las quejas disciplinarias si bien constituyen instrumentos inmediatos de imputación de responsabilidad disciplinaria, en propiedad no son sino herramientas inidóneas para dilucidar conflictos de naturaleza penal, a menos que existan pruebas concluyentes de inconducta funcional.

Ahora bien, no debemos dejar de advertir que el juez que imparte justicia penal, en el modelo liquidatorio, se ve impelido a cumplir los estándares de un juicio que configura diversos medios posibles para una dilatada discusión de la causa¹ y en función a ello, es difícil estimar un cumplimiento riguroso de los plazos, circunstancias que bien podrían advertirse como causales de afectación del plazo razonable. En consecuencia, existe una zona de penumbra para determinar reales casos de responsabilidad funcional si se trata de afectación al plazo razonable pues una eventual vulneración de éste, y ya lo ha determinado así el Tribunal Constitucional, implica valorar los ítems de complejidad del asunto, actividad procesal del interesado, conducta de las autoridades judiciales, y afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso².

En ese horizonte de ideas, no podemos aseverar con certeza que había en propiedad una medida menos gravosa respecto de las exigencias procedimentales del Decreto Legislativo 1097 y por lo tanto, esta norma satisface el examen de necesidad.

Subexamen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Superados los exámenes fácticos que anteceden, este tercer subexamen constituye el escenario en el cual la confrontación de derechos fundamentales, en alcances, contenidos y extensión, se expresa en toda su magnitud. En efecto, si bien debemos partir de la premisa de que todos los derechos fundamentales son iguales en categoría y rango, y así lo reconoce la doctrina del Derecho Constitucional³, el examen de proporcionalidad strictu sensu determina la prevalencia condicionada de un derecho fundamental frente a otro, en ese escenario de "jerarquía móvil" en el cual insiste con precisión doctrinaria Prieto Sanchís⁴. Es más, en este subexamen tiene lugar la esencia constitucional del juicio de ponderación, pues deja de configurar un mero juicio de razonabilidad, el cual entendemos también como de aceptabilidad y equidad, para asumir la dimensión de un real juicio prescriptivo, en tanto la decisión final del juez constitucional, implica un mandato a ejecutar.

¿Se convierte así un juicio axiológico de ponderación o un derecho fundamental favorecido en este examen, en estricto un mandato de optimización, en un mandato definitivo, al ordenar se favorezca un derecho fundamental frente a otro? Fijémonos que no en estricto pues el principio favorecido sigue siendo un derecho fundamental. Sin embargo, admite los caracteres prescriptivos de la regla, en tanto se trata de un mandato del juez constitucional.

En consecuencia, nos encontramos frente a dos derechos fundamentales que es necesario

1 Al respecto la discusión es amplia: el modelo del Código de Procedimientos Penales de 1940(sic) resulta sumamente abierto para el ejercicio del derecho de defensa del imputado si advertimos la extensión real muchas veces sine die de los plazos de investigación, con lo cual se favorece al procesado. De otro lado, el nuevo modelo procesal penal (Código Procesal Penal de 2004) es mucho más expeditivo, dada la fijación de un sistema de oralidad que recorta la motivación escrita y no obstante ello, una crítica principal a este sistema es el descuido que importa la afectación a los derechos de la víctima, es decir, si el juicio es célere, la parte agraviada puede ver vulnerado su derecho a una tutela penal eficaz.

2 Vid supra 5

3 Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad*. *Gaceta Constitucional No. 8*. Lima, 2008. p. 37. BOROWSKY, Martín. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. Una contribución importante de Borowski partió de su tesis doctoral titulada *Grundrechte als Prinzipien* (Los derechos fundamentales como principios).

4 PRIETO SANCHIS, Luis. *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*. *Doxa* 23(2000). p. 180



describir: de un lado estamos frente al derecho al plazo razonable que invocan los defensores del Decreto Legislativo 1097 y la exigencia de que los juicios, aún los de violaciones de derechos humanos, no pueden ser eternos y por tanto, corresponde su sobreseimiento por afectación del plazo razonable. Y de otro lado, podemos asumir la protección constitucional del bien jurídico vida y la necesaria compatibilidad de los procesos judiciales respecto a ellos con los instrumentos internacionales.

Efectuadas estas descripciones, es viable la aplicación de los rangos de gradación que orienta la escala triádica de Alexy¹. La existencia de instrumentos internacionales respecto a la violación de crímenes de lesa humanidad, perfilando la imprescriptibilidad de estos procesos, orientan un argumento que hace procedente la satisfacción en grado elevado del derecho a la protección constitucional del bien jurídico vida. El fin de realización de este derecho fundamental es intenso en tanto no se trata de afectar el plazo razonable en grado máximo sino en estricta función de la satisfacción elevada de otro derecho fundamental que concierne a tutelar el bien jurídico material de mayor contenido en todo ordenamiento jurídico como lo es la vida de un ser humano. En contraposición, el grado de afectación del derecho fundamental al plazo razonable es de nivel medio, en razón de que en muchos de estos casos, no existen afectaciones al bien jurídico libertad personal, sino se trata de procesos que son seguidos con medidas de comparecencia restringida e incluso, como sucedió en el caso Chacón Málaga, con órdenes de comparecencia simple.

Ahora bien, ¿qué sucedería con aquellos casos en los cuales existe medida cautelar de detención o prisión preventiva? En tales casos será necesario desarrollar un análisis ad casum de cada proceso y en los casos en los cuales corresponda, deberá aplicarse una medida menos gravosa. Sin embargo, asumimos que la exclusión del proceso² o en su defecto el archivamiento de los procesos en curso, en propiedad involucran una medida más lesiva y onerosa pues generan un clima de contravención a instrumentos internacionales cuya orientación material garantista no es en estricto sancionar, sino que la imprescriptibilidad ínsita que involucran, permita la investigación plena de este tipo de delitos, con observancia del derecho al contradictorio y el derecho de defensa, para que luego de la aplicación de los estándares de un debido proceso, se produzca finalmente una decisión respetuosa tanto de los derechos humanos de las víctimas así como de los procesados.

Dentro de este examen de proporcionalidad, resulta viable, por doctrina del sistema interamericano y europeo de derechos humanos, aplicar igualmente los estándares de los casos Suárez Rosero y Ruiz Mateos, los cuales deben constituir a su vez elementos de la valoración o gradación de los niveles de afectación del derecho al plazo razonable. De esta forma, el examen que se pudo haber generado respecto del Decreto Legislativo 1097, a pesar de su derogatoria, debió considerar las variables de complejidad del asunto, actividad procesal del interesado, conducta de las autoridades judiciales, y afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Sin perjuicio de ello, es necesario anotar que estos estándares del plazo razonable exigen ser contrastados con los instrumentos internacionales vigentes, en aplicación del balancing que toda controversia constitucional exige, más aún si hoy no se defiende la doctrina de una aplicación literal de los estándares de constitucionalidad, sino por el contrario, una necesaria tarea de examen de la validez constitucional de las normas a la luz de las herramientas de interpretación constitucional.

1 Cfr. FIGUEROA GUTARRA, Edwin. *Los grados de vulneración de los derechos fundamentales. Teoría y práctica*. Gaceta Constitucional No.25. Lima, 2010. p. 313-324

2 Vid STC 3509-2009-PHC/TC. Caso Chacón Málaga. Decisorio

3 Disponer que la Sala penal emplazada excluya al recurrente del proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito.



A MODO DE CONCLUSIÓN

La propuesta del examen del plazo razonable, enunciada por el Decreto Legislativo 1097, y la posición adoptada por la doctrina constitucional, fundamentalmente a partir de las decisiones jurisprudenciales construidas en los casos Chacón Málaga y Salazar Monroe, denotan coincidencias en su expresión formal: la norma señalada, en el sentido de perseguir una aplicación literal del plazo razonable como expresión del transcurso del tiempo; y las sentencias aludidas, desde la posición de los parámetros fijados por la doctrina interamericana de derechos humanos.

Sin embargo, tales estándares resultan insuficientes, a juicio nuestro, si de por medio se encuentran instrumentos internacionales, adoptados y ratificados por el Perú, y más aún, si existe doctrina constitucional que recomienda la necesidad de investigar, no en estricto de sancionar, respecto a crímenes de lesa humanidad¹. Bajo esta pauta, el examen desarrollado en este trabajo apunta a que es viable la interpretación constitucional del Decreto Legislativo 1097, en propiedad la valoración de su validez constitucional, a partir de la configuración de las herramientas de aplicación de los principios de interpretación constitucional, enunciados por Hesse, el control difuso y el principio de proporcionalidad. En adición a ello, no debemos perder de vista la complejidad de este tema, ya abordado en un estudio preliminar.²

En rigor, nuestra posición es que resulta hoy inviable en el Estado Constitucional, asumir partido por la tesis de que la norma jurídica constituye el punto de partida y llegada del examen de validez de la norma jurídica. Hoy nos inclinamos por un “auténtico cambio genético”³, conforme enuncia Zagrebelsky, en la idea de que queda atrás el Estado de Derecho Legislativo, y a partir de la categoría del Estado Constitucional, podemos enunciar las hipótesis de una interpretación que supera sus propios contenidos, en la perspectiva de que los valores de la persona humana, igualmente exigen protección. Por ende, la génesis del Estado ha cambiado a la luz de la interpretación constitucional.

En adición a ello y respecto a quiénes son los impulsores de esos cambios genéticos, esto es los jueces que resuelven controversias constitucionales, debemos recoger la reflexión de Grandez⁴: “El Estado Constitucional parece reivindicar un sitio privilegiado para los jueces ante la razonable desconfianza en las mayorías”. Esta aseveración no es entonces solo enunciativa: hoy los jueces constitucionales, a través de diversas herramientas cuyo fin es la defensa de los valores axiológicos enunciados por las Cartas Fundamentales, están en posición de corregir los excesos del legislador o las incompatibilidades constitucionales plasmadas en decisiones del Poder Ejecutivo. A juicio nuestro, es el lugar que la historia hoy reclama para los jueces constitucionales.

1 Vid STC 03173-2008-PHC/TC F.J. 30. Caso Teodorico Bernabé. Voto singular César Landa Arroyo.

30. La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad constituye, en un proceso constitucional, un principio que no admite discusión alguna. Su aplicación evita la impunidad y permite a los Estados cumplir con sus obligaciones en materia de respeto y garantía de los derechos humanos. La determinación de cuándo se está frente a un crimen de lesa humanidad constituye una labor jurisprudencial de particular importancia, a la que viene contribuyendo en forma decisiva la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en los últimos años ha emitido importantes decisiones al respecto.

2 FIGUEROA, Edwin. *Control constitucional del plazo razonable*. Gaceta Constitucional No. 27. Marzo 2010. Págs. 130-143. En dicho estudio tuvimos oportunidad de señalar: “La determinación del plazo razonable reviste complejidad en atención a la dificultad propia de definición de un estándar particular, al tiempo que no resulta aún de consenso común en la jurisprudencia constitucional.”

3 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Trotta. 1995. p. 33

4 GRANDEZ, Pedro. *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Palestra. Lima, 2010. p. 39.



EL CARÁCTER RELATIVO DEL “CONTENIDO ESENCIAL” DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU COMPARACION CON EL SISTEMA ESPAÑOL

EFFIO ARROYO BADA OMAR^(*)



I. INTRODUCCION

Nuestro Tribunal Constitucional ha venido desarrollando hasta la fecha la llamada garantía del “contenido esencial” de los derechos fundamentales, el mismo que ha ido determinándose a través de la interpretación de las disposiciones que nuestra Constitución tiene ya establecidas; considerando que éste es un núcleo mínimo e irreductible de todo derecho subjetivo, indisponible para el legislador, y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia. Sin embargo para algunos nos resulta intrigante saber cuáles son los métodos o mecanismos que realiza el Tribunal Constitucional para la concreción de esta garantía denominada “contenido esencial” de los derechos fundamentales, esto es, cómo se puede determinar este concepto jurídico, y si este tiene o no carácter absoluto o relativo capaz de ser limitado por el legislador ordinario; pues resulta muy claro entender que en nuestro país, esta corriente del constitucionalismo no es genuina sino mas bien la aplicación de otros sistemas y cuya aplicación resulta aun ser difícil de entender. Por ello el presente trabajo pretende puntualizar lo que a través del suceso español se ha venido desarrollando al respecto, y que guarda gran similitud con lo que se ha venido desarrollando por nuestro Tribunal Constitucional dentro de nuestro ordenamiento constitucional al cual debemos considerar para discernir una posición al momento de definir el contenido esencial de un derecho fundamental dentro de sus implicancias.

II. ANTECEDENTES A PARTIR DEL SUCESO ESPAÑOL

mismo problema fue afrontado por el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 11/1981², de 8 de abril ; en ella, en primer lugar, se decía que: “La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opiniones políticas de muy distinto signo”, por lo que el legislador podrá elegir la regulación que le convenga “de acuerdo con las directrices políticas que le impulsan” siempre, claro está, que no lesione el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Para este Tribunal Constitucional, en la sentencia citada, la determinación de los derechos fundamentales pasa por dos procedimientos complementarios: de un lado, la naturaleza jurídica, esto es, el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas y, de otro, el interés jurídicamente protegido, o sea, que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resultan real, concreta y efectivamente protegidos.

Expone Prieto Sanchis³ que de estos procedimientos se extraen las siguientes conclusiones: “Primero, que... el contenido esencial de un derecho comprende aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible... Segundo, que para determinar el contenido esencial no basta acudir a la Constitución, sino que ha de indagarse en la esfera de los concep-

1 (*)Juez Supernumerario del Distrito Judicial de Lambayeque. Magíster en Derecho Constitucional y Gobernabilidad Política. Doctorante en la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Catedrático de la especialidad en Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Laboral y Procesal Laboral en diversas Universidades del país.

2 Sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 192/1980 contra el Real Decreto 17/1977 que regulaba el derecho a la huelga, B.J.C. núm. 2, págs. 83-113.

3 L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales, edit. Debate, Madrid,1990. pág. 143 y 144.

tos jurídicos tradicionales... En tercer lugar que se trata de un concepto de valor absoluto y no relativo... La cuestión, (se refiere al carácter absoluto del contenido esencial) muy discutida en Alemania, no se plantea de modo explícito en la sentencia comentada pero cabe deducir que la cláusula del contenido esencial no se configura como una exigencia de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y las circunstancias o finalidades que justifican dicho sacrificio, sino como una esfera de intangibilidad que nunca, en ningún caso, puede sobrepasarse... Y por último,... parece sostener también la existencia de un contenido esencial propio y diferenciado de cada uno de los derechos fundamentales”.

Parejo, sin embargo, pone de manifiesto el carácter histórico del método formulado por el Tribunal Constitucional Español, indicando que remite a “la idea de derecho de que se trate vigente en ese momento histórico en que se proceda a la determinación de su contenido esencial”¹.

Al respecto Pérez Luño², pone énfasis en el aspecto institucional que a su juicio tendría mayor relevancia en esta sentencia; indicando, que el doble criterio postulado por el Tribunal Constitucional Español debe entenderse como “una garantía institucional que hace referencia a los fines objetivamente establecidos (institucionalizados) por la Constitución y en función de los cuales, precisamente, se reconocen los derechos y libertades fundamentales”; añadiendo que en la determinación de estos fines objetivamente establecidos por la Constitución es necesario tener presente lo que se expone de la teoría institucional “con la apelación a la consciencia histórica que posee la humanidad, en el momento presente, de sus valores y derechos fundamentales”.

Nosotros creemos que desde la propia interpretación de la Constitución, tal y conforme lo ha demostrado la doctrina en materia constitucional, y según lo referido por estos tratadistas, se mantiene una posición distinta. En la norma fundamental se constitucionalizaría el complejo derecho fundamental, y no sólo el contenido mínimo, sino el conjunto de facultades e instituciones que a priori podemos insertar en el ámbito de un derecho. Por otro lado, existiría una garantía del derecho frente al legislador ordinario que le impediría entrar, transformar, el contenido esencial del derecho, conforme se ha realizado a partir de la posición del Tribunal Constitucional Español y que en nuestro país nuestro Tribunal Constitucional ya se ha establecido en el Expediente Nº 1100-2000-AA/TC, del 30 de noviembre del 2000, Fundamento Jurídico 2 cuando ha establecido que: “cuando una norma con fuerza de ley dispone la limitación o restricción del ejercicio de un derecho fundamental, tal circunstancia no puede entenderse en el sentido que el juez de los derechos fundamentales no pueda o se encuentre imposibilitado de evaluar su validez constitucional, pues en tales casos este tiene la obligación de analizar si tal limitación afecta o no el contenido esencial del derecho, esto es, el núcleo mínimo e irreductible de todo derecho subjetivo, indispensable para el legislador, y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia”.

Así no creemos que cuando se habla de la efectividad directa de los derechos fundamentales se tenga que considerar que la Constitución refiere que dicha efectividad debe realizarse únicamente al contenido mínimo de éstos, contenido esencial que se figuraría solamente a los efectos de la defensa de una parte del derecho frente al legislador. Pues todo el derecho fundamental sería, pues, constitucionalizado a priori, con todas sus facultades,

1 L. PAREJO ALFONSO, El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 3, págs. 169-190, pág. cit. 189.

2 A. E. PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, *edit. Tecnos, Madrid, 1986*, pág. 312.



y si el derecho puede ser limitado en su contenido no “esencial”, esta limitación en todo caso habrá de estar justificada en virtud de otro derecho fundamental o bien constitucional. Pues debe entenderse que en nuestra norma fundamental, por un lado, existe una constitucionalización de los derechos fundamentales (de todo el derecho) y, por otra, una garantía frente al legislador que le impide limitar su contenido esencial, que constituiría un límite a la posibilidad de limitar.

De tal forma, debe destacarse la imposibilidad de una determinación del “contenido esencial” acudiendo únicamente a la Constitución pues su contenido es variable en el tiempo bajo una Constitución dinámica como reflejo concreto de valores y principios que se van transformando en el tiempo y que necesitan ser efectivas de manera inmediata. Siendo por tanto una misión de los órganos -a los que compete su determinación- fundamentalmente el Tribunal Constitucional, su concreción, esto es, establecer el núcleo que contemporáneamente se entienda excluido a los límites del legislador. Tan es así que, en nuestro país, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que tiene dos funciones básicas; por un lado resuelve conflictos, es decir, es un Tribunal de casos concretos; y, por otro lado, es un Tribunal de precedentes; es decir establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros.

En esta determinación del “contenido esencial” juegan una decisiva función los conceptos jurídicos tradicionales. No en vano observamos que la propia sentencia del Tribunal Español se refiere a la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales concibiéndola como el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas. Estos conceptos, sin embargo, no suponen, como ha indicado Prieto Sanchís¹, una jurisprudencia conservadora.

Tampoco puede rechazarse la existencia de un contenido esencial propio del conjunto de los derechos fundamentales. En efecto, siempre que el Tribunal Constitucional se plantea si la limitación afecta eventualmente al contenido esencial de un derecho fundamental, lo hace desde una perspectiva singular, esto es, intentando delimitar el “contenido esencial” de cada derecho específicamente. Esto no parece, sin embargo, a que los derechos fundamentales en su conjunto puedan operar como cúpula axiológica de nuestro ordenamiento jurídico con un contenido propio y plural.

Por último también podemos aceptar la configuración del contenido esencial de los derechos fundamentales como concepto absoluto, porque es esta la única manera de hacerlo operativo -lo cual no debe entenderse que estamos de acuerdo con el carácter absoluto de los derechos fundamentales - cuyo desarrollo intentaremos desarrollar en otra oportunidad.

3. LA DETERMINACION DEL CONTENIDO ESENCIAL COMO FACULTAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Así, para la determinación del contenido esencial se han elaborado en la doctrina alemana, como ha observado Freixes Sanjuán², dos tipos de teorías, “las teorías absolutas, las cuales asegurarían un contenido positivo inalterable al derecho (si bien podría variar para cada

1 L. PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales..., op. cit., pág. 144.

2 T. FREIXES SANJUAN, El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites en una formulación positiva. Análisis a partir del artículo 20 de la Constitución española, en AA. VV., X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales.

derecho en concreto), y teorías relativas, que admitirían intervenciones o limitaciones al derecho formuladas en forma tal que respetara el principio de ponderación de bienes (en el bien entendido de que a veces los límites podrían conllevar restricciones de ejercicio)". De esto Häberle, aunque sostiene que para superar los problemas que plantea esta cláusula es necesario conciliar ambas doctrinas, adopta una orientación relativista. Señala que "las leyes conciernen y hacen referencia al contenido esencial de la libertad jurídica fundamental en el sentido indicado. El legislador no se detiene ante una esfera supuestamente extraestatal que no precisa de regulación, de ejercicio o que la prohíbe, sino que se ocupa de todo el microcosmos de los contenidos de derecho fundamental, que tan diversa e intensivamente está ensamblado con el macrocosmos de la Constitución"¹.

Seguidamente expresa que "el contenido esencial, clave abreviada de numerosos principios, no es tanto algo limitable y limitado, cuanto algo a confirmar por el legislador. Hay que despedirse de pensar en espacios al margen del Estado y por tanto extrajurídicos... lo que no excluye eventuales riesgos y los correspondientes recursos para defensa frente a los mismos"².

Para este autor alemán sólo a través de una reflexión sobre los contenidos esenciales de los otros bienes constitucionales, se puede determinar aquello que entra dentro del contenido esencial de un derecho fundamental.

Desde nuestro punto de vista Häberle, aunque no lo reconozca expresamente, está aceptando una posición claramente relativista y por lo tanto va a confundir dos aspectos que es imprescindible diferenciar. Por un lado, la participación del legislador en los derechos fundamentales para lograr su auténtica eficacia, o como lo señala Cruz Villalón³, "la 'colaboración' en la que cada uno de los legisladores, el constituyente y el constituido, tienen asignada su propia función", que es absolutamente necesaria y, por otro, la limitación de los derechos fundamentales.

En nuestra Constitución, según lo que viene desarrollando actualmente nuestro el Tribunal Constitucional, no se recoge en caso alguno el régimen jurídico general de un derecho, sino que se enuncian de forma ambigua e indeterminada una serie de derechos que el legislador habrá de "configurar o regular" mediante ley orgánica u ordinaria según corresponda. La Constitución sólo "prefigura" los derechos fundamentales, exigiendo lógicamente la intervención del legislador. Junto a esto, estaría el "contenido esencial", contenido mínimo de los derechos fundamentales, contenido, podríamos decir, "preconfigurado" por el constituyente, en el que el legislador sí puede "entrar", sí puede "regular", pero no puede "limitar" porque entonces no existiría dicho derecho sino su desnaturalización. No estaríamos, pues, ante un derecho fundamental sino ante su simulacro o un derecho inexistente. Así, esta teoría "relativa" podría llevar a la "adulteración de los derechos fundamentales porque desde sus premisas iguala la justificación de los límites de los derechos con su contenido esencial, esto es, el contenido esencial comienza allí donde acaba la posibilidad de limitar el derecho.

Creemos que se debe considerar la afirmación de Peter Häberle en el sentido de que la cláusula del contenido esencial en la Constitución "no protege nada que no estuviera ya

1 P. HABERLE, El legislador de los derechos fundamentales, en aa. Vv., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, edición dirigida por a. López pina, edit. Civitas, madrid, 1991, págs. 122.

2 P. HABERLE, El legislador de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 122.

3 P. CRUZ VILLALON, El legislador de los derechos fundamentales, en aa. Vv., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, edición dirigida por a. López pina, edit. Civitas, madrid 1991, págs. 133 y 134.



garantizado a partir de una visión global de los derechos fundamentales en el marco de la Constitución y de su propia microestructura. Se trata tan sólo de una referencia abreviada, de un indicador para llamar la atención, de una advertencia a efectos de una serie de principios ya vigentes”¹.

Para luego analizar si esta cláusula también en nuestra Constitución posee un significado y utilidad, esto es, potencialmente debe la idea de contenido esencial -escrita o no permanecer en la retaguardia del Estado constitucional: para supuestos límites en que aparezcan nuevos peligros para lo esencial de los derechos fundamentales; en que se atente contra la cultura de los derechos fundamentales o cuando se corra el riesgo de perder planteamientos arduos elaborados por la dogmática o la retórica jurídica fundamental de la jurisprudencia constitucional. Es entonces el momento de desempolvar la cláusula de contenido esencial como freno y barrera contra una conducta de los poderes públicos vulneradora o atentadora de los derechos fundamentales.

No deja de tener razón, Häberle cuando señala que la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales no reconoce otra cosa que ya no estuviera implícita en la declaración de derechos constitucionales, o sea, la existencia de los derechos fundamentales que suponen, en virtud del principio de jerarquía normativa, la vinculación del legislador y todos los poderes públicos. Sin embargo, la técnica del contenido esencial transforma en explícita la existencia de una parte central, de un núcleo, que el legislador puede regular pero no limitar.



1 P. HABERLE, El legislador de los derechos fundamentales..., op. cit., pág. 123.



“EL NUEVO PARADIGMA DE PROCESO PENAL EN ARGENTINA”

JUAN IGNACIO PÉREZ CURCI¹



I. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos hoy en día frente a un nuevo paradigma de procuración y administración de justicia penal en la Argentina, fruto de la incorporación a la Carta Magna de los principales pactos y declaraciones internacionales sobre derechos humanos (art. 75 inc. 2) y de los principios que lo informan. Esta normativa supranacional y la su interpretación por los organismos regionales encargados de su aplicación, no sólo ha acrecentado el catálogo de las garantías procesales expresas ya existentes, con un sentido bilateral, sino que ha enfatizado sobre su carácter general, acentuando la importancia que, tanto internacionalmente como dentro de nuestro mismo territorio se le atribuye a un sistema judicial que las priorice, y que proteja el interés de la víctima (y su derecho a reclamar y obtener justicia - la que legalmente le corresponda- considerando la “razón principal” dela persecución penal pero sin confiscarlo en nombre de un “interés estatal” (que genera la ficción del Estado víctima), y no esté dispuesto a cumplir el objetivo de castigar el delito por cualquier medio o a cualquier costo.

No debemos perder de vista que ya en 1853 los constituyentes plasmaron en la propia Carta Magna un modo en que el Estado debe llevar cabo la persecución de ciertos delitos. Así, nos encontramos con normas propias del sistema acusatorio referidas, a saber; al juicio por jurados (artículos 24, 72 inciso 11 y 118 de la C.N.), a la separación de cámaras de acusación en el caso de Diputados y de decisión para los Senadores en el procedimiento de juicio político (artículo 53 y 59 de la C.N.) para remover a los jueces ordinarios, el Consejo de la Magistratura que formula la acusación y el jurado de enjuiciamiento remueve.



II. EL NUEVO PARADIGMA DE PROCESO PENAL


El nuevo paradigma está diseñado sobre la base del equilibrio entre el monopolio del uso del poder penal y la fuerza por parte del Estado y las herramientas acordadas al ciudadano para requerir la intervención estatal en protección o restauración de sus derechos vulnerados por el delito, o para resistir o limitar aquel poder, o prevenirse o defenderse de sus excesos. A la par que rescata un papel central para l víctima, amparando su actuación como acusador en el derecho a la tutela judicial efectiva expresamente prevista en la normativa supranacional (arts. 1.1, 8.1 y 25 CADH) reconociendo a la lesión a su derecho o interés concreto como la base primera e insustituible del ejercicio del poder punitivo estatal, también perfecciona y hace expresos los derechos acordados al penalmente perseguido y sus garantías.

En lo estrictamente procedimental, este paradigma se proyecta en un modelo acusatorio del proceso penal pues, como se puede ver, la incorporación a la Constitución Nacional de los más importantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos ha dejado este punto esencial afuera no sólo del campo de la interpretación jurídica sino también del campo de la libre reglamentación procesal, habiéndose convertido en texto expreso, indiscutible, inalterable y obligatorio para la legislación infra constitucional.

¹ Dr. Juan Ignacio Pérez Curci
Profesor Adjunto de Derechos Humanos de la Universidad Católica Argentina
Defensor Público Oficial ad hoc de la Defensoría Oficial ante los Tribunales de Primera y Segunda Instancia de la Provincia de Mendoza, Argentina.

El modelo procesal del nuevo sistema constitucional parte de la base de la acusación (arts. 60 y 15 CN y art. 8.1 CADH), la que según su significado idiomático no sólo consiste en imputar un delito, exponer cargos contra una persona, sino también - como lo define el diccionario de la Real Academia Española - "exponer las pruebas de los mismos", "demostrar en un pleito la culpabilidad del procesado, mediante pruebas acusatorias". Pero la normativa supranacional avanza en definiciones al establecer que dicha acusación debe ser objeto de "sustanciación" (art. 8.1 CADH; art. 14.1, PIDCP), es decir, conducida por la vía procesal adecuada, hasta ponerla en estado de sentencia que dictará un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (art. 8.1 CADH; art. 15.1 PIDCP). Éste, luego de oír públicamente (art. 8.1 CADH, art. 14.1 PIDCP) al acusado y habiéndole asegurado el respeto a su dignidad personal y a sus derechos, su plena igualdad con el acusado, y todas las garantías necesarias para su defensa (arts. 10 y 1 DUDH), lo juzgará (art. 14.3.c PIDCP).

Al respecto, Bovino señala que los constituyentes plasmaron un mandato legislativo referido al modo en que el Estado debe llevar a cabo la persecución de los delitos, siendo que el único modelo de enjuiciamiento penal legítimo será aquel que respete los principios del sistema acusatorio; a saber, el régimen republicano, la ideología liberal, el respeto al estado de inocencia de los sometidos a procesos, el derecho de defensa, el juicio por jurados y la separación de cámaras de acusación y decisión en el procedimiento de juicio político. Ello implica, para este autor, que el legislador no tiene libertad para optar discrecionalmente por algún sistema de enjuiciamiento penal.¹



Consecuentemente, en este nuevo modelo la función de perseguir y acusar deberá ser diferente e independiente de la función de juzgar y punir correspondiendo, por tanto, poner a cada una de ellas a cargo de sujetos diferenciados y autónomos entre sí, por la misma razón la función de juzgar no podrá, en resguardo de su imparcialidad y de la igualdad de las partes, colaborar con cualquiera de éstas. Y a partir de la base de la existencia de intereses opuestos en el proceso (el del acusador y el del acusado), que se enfrentan entre sí, acordará la responsabilidad de sostenerlos y acreditarlos sólo a quienes los representan o encarnan (nunca a quienes deben resolver sobre ellos) y por consiguiente aceptará que se procure la verdad procesal que dará base a la solución jurídica del caso, a través de la confrontación de tales intereses.

Con idéntica claridad surge así que, como los derechos y garantías reconocidos al imputado tienen vigencia "durante el proceso" (art. 8.2 CADH, art. 14.3 PIDCP), también la tendrán durante la parte de proceso que no es el juicio público²; es decir, durante la fase - en que seguramente su observancia es más necesaria- que los códigos procesales penales argentinos regulan como investigación penal preparatoria (p.ej: CPP de la Provincia de Córdoba o Buenos Aires) o Instrucción (p.ej: Código Procesal Penal de la Nación) al igual que lo hacen las leyes del enjuiciamiento criminal de la mayoría de los países del mundo, en regulaciones largamente preexistentes³ a la normativa supranacional, que no las puede haber ignorado al momento de su producción.

1 Bovino, Alberto. *'El debate en El Nuevo Código Procesal Penal. Análisis Crítico'* pág. 167/195 Ed. Del puerto. En el mismo sentido siguiendo a Maier Julio B.J. *Derecho Procesal Penal Argentino* T. I a, pág. 304 Editorial Hammurde quién acuerdo a sus fuentes históricas sostiene que la creación de la C.N. significó la sanción definitiva de la ideología liberal republicana de separación de funciones para el ejercicio del poder estatal.

2 Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein vs. Chile, 6/2/2001, párrafo 104; Caso Yatama, 23/6/2005, párrafo 14; Caso Palamara Iribarne vs. Chile, 2/11/2005, párrafo 164, Caso López Alvarez vs. Honduras, 1/6/2006, párrafo 148), "Todos los órganos que ejerzan funciones materialmente jurisdiccionales tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías judiciales del debido proceso estipuladas en el artículo 8 de la Convención".

3 Señala Thomas Buergenthal que el artículo 8 de la CADH "incluye los derechos garantizados tradicionalmente por la ley interna de muchos países" (*Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y justicia penal*, en "ILANUD al día", Boletín del ILANUD, año 3, n°7, abril de 1980, San José de Costa Rica, p.53).

Con absoluta contundencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reforzado esta idea de garantía absoluta respecto de las medidas probatorias realizadas en el marco de un procedimiento jurisdiccional señalando que "... desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso deben concurrir las máximas garantías procesales para salvaguardar el derecho a defenderse durante todo el proceso que tiene una persona acusada de cometer un delito, de conformidad con el art. 8.2.d) de la Convención ..." ¹.

Será entonces dentro de este marco que habrá que analizar las normas que restringen la publicidad de las actuaciones en general, invocando que ello es "necesario para preservar los intereses de la justicia" (art. 8.5 CADH), o que autorizan el posible secreto de parte de ellas respecto de la defensa ², o permiten la exclusión de la presencia del imputado en ciertos actos de recepción posible de pruebas, o limitan de cualquier otro modo el control del defensor sobre la realización de actos procesales, y decidir si tales normas procesales encuadran o no encuadran en la autorización limitativa de las disposiciones supranacionales.

Pero por sobre todo, habrá que poner atención en aquellas normas que estatuyan sobre el valor probatorio que actos practicados con semejantes restricciones puedan tener para fundar directamente una sentencia de condena.

Por otra parte, será de suma utilidad tener presente que si bien es en la fase oral del debate donde la participación del imputado adquiere mayor vigencia, ello no quiere decir que durante la etapa procesal preparatoria anterior a la fase oral no deba también ejercer una activa participación fiscalizadora, especialmente para vigilar el respecto a las garantías procesales, con mayor razón si se encuentra detenido. Sin duda, el acusado tendrá durante esta etapa las atribuciones de "información" ³, "presencia" ⁴, "defensa material y de provisión de defensa técnica", como también las de "control de la regularidad de toda medida tomada durante la instrucción, identificación y presentación de todo medio de prueba en estadio primario del proceso en el que todavía es posible la búsqueda de elementos pertinentes nuevos y en el que los testigos tienen sus recuerdos recientes, y asistencia en relación a perjuicios eventuales ocasionados por su detención (justificación, duración y condiciones) ⁵.



III. VALORACIÓN Y EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA A LA LUZ DEL NUEVO PARADIGMA DE PROCESO PENAL

Aún si no existiera reglamentación expresa en el derecho interno, la tutela de las garantías individuales reconocidas por el sistema constitucional (art. 18 y 75 inc. 2) exigirá que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y, por ende, carezca de valor para fundar la convicción del juez. Este importante aspecto no ha sido siempre bien advertido, pues frente a la importancia conviccional de la prueba ilegítimamente obtenida, a veces se ha olvidado que la justicia no puede aprovecharse de

1 Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22/1/2005, párrafo 174.

2 Se afectará el derecho de defensa en juicio si cuando los abogados defensores pudieren enterarse del contenido de la causa ya se hubiera ordenado la orden de detención (CIDH, Informe 50/00, caso 11.298 del 13/4/2000).

3 Comisión EDH, Colozza y Rubinar, Informe del 5/5/1983, "... la persona objeto de diligencias penales promovidas por el Ministerio Fiscal, debe conocer la existencia de tales diligencias".

4 Comisión EDH, Colozza y Rubinar, Informe del 5/5/1983

5 Comisión EDH, Can, Informe del 12/7/1984.

ningún acto contrario a la ley sin incurrir en una contradicción fundamental¹.

III. A) ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

En el derecho patrio, desde los albores revolucionarios, tenemos instrumentos que protegieron las libertades individuales, siendo uno de ellos el Decreto de Seguridad Individual, dado por el Primer Triunvirato el 23 de noviembre de 1811, y que lleva las firmas de Feliciano Antonio Chiclana, Manuel de Sarratea y Juan José Paso en carácter de triunviros, y la de Bernardino Rivadavia que actuaba como secretario, Decreto que condensa un verdadero catálogo de derechos individuales y sus correlativas garantías.

Lo recién dicho nos lleva a discrepar profundamente con la valoración efectuada por José María Rosa. En efecto, en su obra "Historia Argentina", no sólo no analiza -siquiera someramente- el contenido de las cláusulas del Decreto sino que lo descalifica por entender que proviene del "Proyecto para la monarquía española" de las Cortes instaladas en Cádiz en 1811. Tampoco nos parece justa su apreciación acerca de que "importaría poco que las seguridades individuales fueran obra real o factura importada, porque jamás se aplicaron", y describe a continuación supuestos acontecimientos en los que el Triunvirato violó las disposiciones del Decreto².

Más allá de lo ocurrido en el terreno de los hechos, en una época marcada por la violencia propia de un país inmerso en la guerra por la Independencia -como Rosa mismo lo admite-lo cierto es que este instrumento fue señero en América en orden al reconocimiento de los derechos fundamentales y el establecimiento de las garantías básicas protectoras de esos derechos.

Comienza el Decreto definiendo -en el preámbulo- a qué llama "seguridad individual", y con meridiana claridad expresa que es la posesión que tiene todo ciudadano del "derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades", jerarquizando este plexo de derechos como el "centro de la libertad civil y principio de todas las instituciones sociales".

Para Colautti, estamos en presencia de "un meditado repertorio protectorio de los derechos individuales", y ya desde el preámbulo pueden advertirse claras reminiscencias de las constituciones francesas de 1789/91 y 1793³.

En lo que nos interesa, su artículo segundo rezaba: "Ningún ciudadano puede ser arrestado sin prueba, al menos semiplena, o indicios vehementes de crimen, que se harán constar en proceso informativo dentro de tres días perentorios. En el mismo término, se hará saber al reo la causa de su detención, y se remitirá con los antecedentes al juez respectivo". Esta norma constituye un valladar al poder del Estado en una de sus manifestaciones más claras: la aprehensión, arresto y/o detención de personas, constituyen una severa intervención en la libertad individual.

Se quiere proteger a los sujetos contra detenciones arbitrarias, por lo que exige, para po-

1 La jurisprudencia supranacional ha dicho que si se realiza el "allanamiento de un domicilio incumpliendo con los procedimientos constitucionales apropiados, tal garantía impide que la prueba obtenida sea valorada en una decisión judicial posterior. De este modo, en la práctica opera como una regla de exclusión de la evidencia obtenida ilegalmente" (CIDH, Informe n°. 1/95, caso 11.006); y "la legalidad de la prueba" es una exigencia del debido proceso (CIDH, Informe n 55/97, del 18/11/1997).

2 Rosa, José María, *Historia Argentina*, Tomo II, Ed. Juan C. Granda, Río de Janeiro, 1970, págs. 328/329.

3 Colautti, Carlos E., *Derecho Constitucional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, segunda edición, actualizada y aumentada, págs. 19/20.

der actuar coartando la libertad ambulatoria de aquellos, que se cuente con “prueba al menos semiplena” o “indicios vehementes de crimen”, es decir, con un mínimo de sustancia fáctica que logre formar la convicción respecto de que el sujeto arrestado o detenido ha cometido un delito, circunscribiendo el uso de esta facultad, y alejándola de la simple sospecha por parte del agente estatal autorizado a ejecutarla.

Esta disposición fue adoptada por el art. CXVI de la Constitución de 1819 y por el art. 167 de la unitaria de 1826, aunque en esta última norma se suprimía la frase “prueba, al menos semiplena”, especificándose que bastaba con la declaración en contra del detenido por parte de un testigo idóneo.

Las normas constitucionales de 1853/60, deben complementarse, después de la reforma de 1994, con las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna.

III.B) LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN EN MATERIA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA RESPECTO DE ESCUCHAS TELEFÓNICAS OBTENIDAS ILEGÍTIMAMENTE

Como aplicación pragmática de lo precedentemente expuesto, entiendo necesario desarrollar someramente los fundamentos imperantes en la jurisprudencia del más Alto Tribunal de la Argentina, en materia de exclusión probatoria y, más precisamente en lo que atañe a las escuchas telefónicas obtenidas de modo contrario a las garantías constitucionales.

Por de pronto quien practica la pesquisa puede olvidar el apotegma del proceso penal inherente a un estado de Derecho: es válido investigar hechos para determinar quiénes son los responsables; en vez, resulta írrito proceder a la inversa y meterse con un particular para cerciorarse de si incurrió en algún episodio reprobable.

Este último enunciado advierte que así se trastoca el único método aceptable para perquirir, al tolerarse verdaderas inquisiciones a partir de un dato, la mayoría de las veces no despojado de un subalterno propósito político o de un inaceptable mérito --salvo para quienes adhieren al “derecho penal de autor”-- de los antecedentes policiales. Es que si bien desde el punto de vista histórico o natural, todo acontecimiento objeto de proceso penal contiene, en forma inescindible, tanto una materialidad como su imputación --aunque sea a persona indeterminada--, un ordenamiento que se precie de civilizado debe poner siempre por delante al asunto. Cada vez que estas pautas no se observaron, con escrupulosidad, la memoria del país guarda recuerdos ingratos.

Sivo destacó que toda escucha telefónica evidencia “... muchas aristas criticables especialmente porque siempre están teñidas de un tinte autoritario” y, para colmo, las exigencias del Código Procesal Penal son pocas. De ahí que pueda incurrirse en el repudiable albur de que “Primero se escucha, luego se inculpa”. Cabe cuestionar que el art. 236 íd. cumpla con lo indicado por la Constitución Nacional, pues debiera exigir la probabilidad en concreto de que la escucha sea eficaz para comprobar el delito --tesis que compartimos, pero de muy difícil concreción-- y yendo más allá --lo que aparece opinable frente a la hipótesis de urgencia-- reclama que la actividad sea dispuesta “... por parte de un juez en presencia de un secretario que lo haga constar por acta”. En todo caso debe evitarse interceptar comunicaciones de quien no es imputado (“Garantías, de regreso a casa”, La Ley, 1996-A, 730, comentario al fallo 94.080).



Aunque el art. 206 íd. arbitra con suma amplitud la incorporación de elementos de prueba, no significa que dicha actividad pueda canalizarse a través de medios ilícitos o bien de su secuela, conforme lo explicita la doctrina de los frutos del árbol venenoso. Este valladar para impedir probanzas que padezcan aquel estigma es respaldado --pese a algún pronunciamiento retaceador del principio general admitido-- por la Corte Suprema, sobre todo a partir del caso "Montenegro" (Fallos: 303:1938).

La escucha no es un medio de prueba autónomo sino tan sólo una diligencia accesoria de coerción real --medida conservatoria-- para acceder a todo dato --elemento-- que posibilite adquirir certeza.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el fallo Quaranta, sostuvo que "... esta Corte, al referirse al art. 18 de la Constitución Nacional, ha expresado que en él se consagra "el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante correlativo al principio general del art. 19 en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público" (ver "Fiorentino" Fallos: 306:1752). Si bien allí no se hizo mención a las comunicaciones telefónicas ni a la protección de su secreto, una interpretación dinámica de su texto más lo previsto en su artículo 33 y en los artículos 11, inciso 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 17, inciso 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto contemplan, en redacción casi idéntica, que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, permiten hacer extensivas aquellas consideraciones a casos como el presente. (consid. 17).

Que tal derecho federal sólo es realizable de modo efectivo restringiendo ex ante las facultades de los órganos administrativos para penetrar en él, sujetando la intromisión a la existencia de una orden judicial previa debidamente fundamentada, exigencia esta última que se deriva del mismo artículo 18 de la Constitución Nacional. Sólo en este sentido puede asegurarse que los jueces, como custodios de esa garantía fundamental, constituyen una valla contra el ejercicio arbitrario de la coacción estatal, pues, si su actuación sólo se limitara al control ex post, el agravio a la inviolabilidad de este derecho estaría ya consumado de modo insusceptible de ser reparado, ya que la Constitución no se restringe a asegurar la reparación sino la inviolabilidad misma (ver en análogo sentido "Torres" Cdisidencia del juez Petracchi Fallos: 315:1043)

Que, de tal modo, si los jueces no estuvieran obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido formulado por aquéllas y estuviesen facultados a expedir las órdenes sin necesidad de expresar fundamentos, la intervención judicial carecería de sentido pues no constituiría control ni garantía alguna (ver "Matte" Fallos: 325:1845 y su cita).

Que, entonces, una orden de registro domiciliario o, como en este caso, de las comunicaciones telefónicas a los fines de develar su secreto y conocer su contenido sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable (ver "Yemal", disidencia del juez Petracchi, considerando 5º y sus citas, Fallos: 321:510).(consid. 19).

Que si el Estado pudiera entrometerse en el secreto de las comunicaciones telefónicas a partir de "sospechas" de la entidad de las descriptas más arriba, el derecho reconocido constitucionalmente resultaría ciertamente de poca o ninguna relevancia.(consid. 21).

Que, a partir del caso "Rayford" (ver considerandos 51 y 61, Fallos: 308:733), esta Corte ha



establecido que si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél, y la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional (doctrina reiterada en los casos “Ruiz”, Fallos: 310:1847, “Francomano”, Fallos: 310:2384, “Daray”, Fallos: 317:1985 y, más recientemente, en la causa P.1666.XLI “Peralta Cano, Mauricio Esteban s/ infracción ley 23.737 causa 50.176C”, sentencia del 3 de mayo de 2007). (consid. 22).

Que de acuerdo a la regla sentada en dicho precedente, una observación racional de lo ocurrido a partir de fs. 3 conduce a la conclusión invalidante de los actos subsiguientes. En efecto, la información que fue surgiendo de dicha línea telefónica permitió identificar sospechosos, intervenir otras distintas las utilizadas por el recurrente, entre ellas ordenar allanamientos y detenciones, por lo que puede afirmarse que no hubo varios cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo su curso (ver “Rayford” Fallos: 308:733 y “Daray” Fallos: 317:1985) (consid. 23).

Que en estas condiciones y por las razones señaladas precedentemente, la aplicación al caso de la doctrina enunciada en el considerando 23 supra lleva a declarar la nulidad de todo lo actuado en este procedimiento, en el cual la orden de intervención telefónica expedida ha sido contraria a la garantía consagrada en los artículos 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional, así como también a los instrumentos internacionales de igual jerarquía citados. (consid. 24) ¹.

IV. CONCLUSIÓN

De este modo, el más Alto Tribunal argentino acoge concretamente las prerrogativas de este nuevo paradigma de proceso penal, anteponiendo las garantías del imputado por sobre las prerrogativas del ius puniendi estatal, y dando primacía a un modelo procesal de neto corte garantista, en el sentido estricto de su significado, esto es, dando imperioso cumplimiento y respeto por las garantías procesales de quien se encuentra sometido a la actividad jurisdiccional del Estado.

Si bien es innegable que estos derechos y garantías, inherentes a todo Estado democrático encuentran enormes dificultades para ser ejercidas y exigidas por un considerable número de ciudadanos, debe ser el mismo Estado quien debe asegurar a todos, sin excepción, una efectiva tutela de las garantías procesales durante el proceso jurisdiccional, cumpliendo de ese modo con la efectiva protección de los derechos humanos consagrada en los tratados internacionales en la materia e incorporados al ordenamiento constitucional argentino desde el año 1994.

¹ (CSJN, Q. 124. XLI.RECURSO DE HECHO, Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737, causa n1 763C. 13/8/2010).



DERECHOS HUMANOS Y RACISMO EN LA UNIÓN EUROPEA

MÁXIMO UGARTE VEGA CENTENO¹



RESUMEN

Europa se ve como el continente del desarrollo y la cultura; pero, a pesar de los logros sociales allí alcanzados, surgen de manera amenazadora la discriminación, la xenofobia y el racismo, los cuales no sólo abarcan el ámbito cotidiano y vecinal, sino que se extienden al ámbito empresarial. El autor hace una importante recopilación de las normas y declaraciones que la Unión Europea ha emitido para proteger los derechos de los inmigrantes frente a estas agresiones.

INTRODUCCION

A lo largo de estos últimos años, la discriminación racial, la xenofobia, la inmigración y los derechos Humanos son los temas de mayor discusión y con mayor probabilidad de incrementarse si se adoptan medidas preventivas en la Unión Europea (en adelante, UE). Estos problemas sociales acarrear serios riesgos y son consecuencia del nuevo contexto internacional por diferentes factores, que tienen, muchas veces, sus raíces en los conflictos mundiales, los cuales originan pobreza y exclusión social, y atentan contra la dignidad e igualdad de las personas y el pleno respeto de sus derechos fundamentales².

Procedente de la propagación de los problemas mundiales en los últimos años, el contexto internacional ha cambiado apareciendo nuevos factores en la Unión Europea: en lo interno, la entrada en vigor del Tratado de la UE, en 1993; la instauración del Mercado Único; la vigencia del Euro como moneda única; la proclamación de la Carta Europea sobre los Derechos Humanos, de diciembre del 2000 en el Consejo Europeo de Niza y la reciente ampliación de la Unión a nuevos Estados de Europa Central y Oriental, de 15 a 25 miembros. En lo externo, cambios trascendentales después de la caída del Muro de Berlín, como el 11 de septiembre y la Post Guerra de Irak ha generado una nueva escena internacional; de un lado, la nueva onda expansiva de racismo y xenofobia a raíz de los atentados a las torres gemelas sacude al mundo encubierta bajo la lucha antiterrorista, endureciendo la situación de los inmigrantes; de otro lado, las consecuencias económicas y el empeoramiento del desempleo.

La OIT y otras instituciones internacionales señalan que entre 22 y 24 millones de personas en el mundo quedarían sin trabajo o subempleadas; 4,5 millones en África, principalmente en la región subsahariana, y en otras regiones la pérdida de puestos sería en el sector de la industria como consecuencia de la guerra en Irak. Asimismo alertan que en los países desarrollados, los que auguraban generar puestos en el 2003, más de 12 millones de personas quedarían desempleadas sólo en Europa cuya tasa de crecimiento es del 1% anual, y más de 500 mil empleos se habrían perdido en Estados Unidos de Norteamérica

1 Doctor Máximo Alfredo Ugarte Vega Centeno, Profesor Principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Profesor de la Escuela de Postgrado de la Universidad Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque.

2 El presente trabajo ha sido reformulado y actualizado a su publicación primigenia en Estudios en Ciencias Administrativas, año I, Vol.I, UNMSM, 2003.

en los últimos seis meses. Asimismo se prevé el resurgimiento de los nacionalismos, tensiones políticas, económicas, étnicas, migratorias y la acentuación de esas tantas veces distancia asimétrica entre el norte y el sur.

De esta manera nos encontramos en un difícil momento en ese continuo proceso de remodelación de las relaciones económicas internacionales que tiene repercusiones en el interior del proyecto de la construcción europea, es decir, en sus organismos e instituciones que la configuran.

En el presente trabajo, conscientes de la importancia de las normas escritas en el Derecho Comunitario, no entraremos en un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ni en la acción exterior de la Unión Europea (política comercial y las relaciones exteriores de sus Estados miembros) en relación con el respeto de los derechos fundamentales. El objetivo que nos hemos propuesto es tratar, sin pretensión alguna de exhaustividad, el futuro cuasi desconcertante, cuando no francamente amenazador, del resurgimiento de la discriminación, xenofobia y el racismo y cuáles son algunos de los compromisos internacionales y comunitarios de la Unión Europea¹ en materia del fomento y protección de los derechos humanos.

CONTEXTO DEL DESARROLLO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos fundamentales de la persona van evolucionando en los distintos períodos históricos y también varían. Es decir, el concepto de dignidad y libertad del hombre no tienen el mismo significado en la Edad Antigua, Media o Moderna². En otras palabras, desde la prehistoria de los derechos fundamentales en el Deuteronomio, pasando por la Pragmática de los Reyes Católicos declarando la libertad de residencia (28 de octubre de 1480), así como la Declaración sobre los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789), hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos (Nueva York, 10 de diciembre de 1948), y su incorporación de los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos en los distintos ordenamientos jurídicos de la casi totalidad de países democráticos de estado de derecho en el mundo, ha cambiado el concepto de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Sin embargo, la internacionalización de la protección de los derechos humanos es un hecho histórico reciente que suelen situarse generalmente a finales de la Segunda Guerra Mundial como consecuencia de las masivas violaciones de derechos y libertades fundamentales realizadas por el nazismo durante la guerra. La situación de los derechos humanos no era exclusivamente un problema interno como se venía creyendo en otras épocas del pasado, sino que afectaba directamente a las relaciones internacionales y, por consiguiente, a la paz mundial.

¹ Cuando utilizamos el nombre de Unión Europea, tras la firma de Maastricht, nos referimos al Tratado Constitutivo del Carbón y del Acero (CECA) hecho en París, el 18 de Abril de 1951, y al Tratado de Roma, de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957.

² Sobre textos de Derecho positivo histórico de los derechos humanos; ver entre otros: Deuteronomio: VI Concilio de Toledo (638); VII Concilio de Toledo (653); Carta de la curia de León: Carta de Neuchatel (1214); Carta Magna de Juan Sin Tierra (1215); Carta jurada del rey Teodobaldo II reconociendo las libertades de Navarra (1 de noviembre de 1253); El principio o regla de libertad (Las Siete Partidas); Partida Séptima, ley 34. reglas 1ª y 2ª (siglo XII); Disposiciones de Oxford (1258); Pacto del 1 de agosto (Origen de la Confederación Suiza) (1291); Ordenanza núm 29 (Gran Bretaña) (1311); Código de Magnus Erikson (Suecia) (1350); Constitución Neminem Captivabimus del Rey Wladislaw Jagiello (Polonia) (1430); Pragmática de los Reyes Católicos declarando la libertad de residencia (28 de octubre de 1409). Para un mayor análisis respecto a la prehistoria de los derechos humanos, ver: G. PECES BARBA; Derecho positivo de los Derechos Humanos, Debate Universitario. Madrid, 1987, pp. 423.



La intolerancia, también, se ha globalizado en materia de derechos humanos, posibilitando el racismo ambiental, la extrema pobreza, los refugiados, las comunidades desplazadas, los exiliados, el tráfico de mujeres y niños, la migración forzada, y la difusión de mensajes racistas a través de los medios y las nuevas tecnologías de comunicación, contribuyendo a crear estereotipos y perfiles raciales negativos. Asimismo han contribuido a diversas formas de relación de discriminación, tales como: la institucional, la edad, sexo, género, orientación sexual, posición económica, discapacidad, situaciones de salud, descendencia, idioma, clase, cultura, religión, casta e inmunidad.

En este sentido, los derechos fundamentales vienen a ser la respuesta del derecho a las necesidades elementales de las personas y de las sociedades que en el espacio y en el tiempo histórico de la cultura jurídica y política, principalmente moderna, se convierten en un instrumento de organización social que ayuda al desarrollo social de la persona¹.

Ahora bien, como acabamos de señalar, los instrumentos jurídicos sobre los derechos humanos se desarrollan como consecuencia de diferentes factores y se pueden observar fundamentalmente desde dos ámbitos: uno, en el orden internacional, otro, en la Unión Europea, que constituye el objeto del presente trabajo.

LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Después del fracaso de la Sociedad de Naciones y terminado el conflicto de la Segunda Guerra Mundial en la que se utilizaron todos los medios para la violación de los derechos humanos; se firmó el 26 de Junio de 1945, en San Francisco, la Carta fundacional de la Organización de las Naciones Unidas, en la que se invoca el respeto a los derechos humanos, que según BERNARD y QUESTIAUX, han pasado por diferentes fases: “una phase de redaction, una phase de promotion et une phase de protection”² a las libertades fundamentales de todos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, como lo indica el artículo 55 (c). Esta misma expresión se utiliza en el párrafo 3º del artículo 1º, párrafo 1º inciso (b) del artículo 13 y en el inciso (c) del artículo 76. Mientras que en el párrafo 2º del artículo 62 sólo se emplean la expresión “de todos”, lo que nos demuestra la importancia de los derechos y libertades de la persona humana en la Carta, y en tal sentido se ha escrito: “mais de tous ces domaines, celui des droits de l’homme qui constituent un aspect important de L’idéologie de la Charte est le plus prestigieux et le moins précis, compte tenu du fait qu’il n’ y a pas été défini”³.

Desde entonces, una vez adoptada la Carta de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴. Esta propuesta basada en la protección de la persona hu-

1 Vid. UGARTE VEGA CENTENO, M: “Resolución 2.626 NU + 0.7% = Ayuda al desarrollo”, en *Cuadernos Jurídicos* N° 27, 1995, pp. 50-61.

2 Vid. M. JEAN BERNARD y N. QUESTIAUX: “Article 55. alinea C en la Charte des Nations UNIES”. *Economica Bruylant*. Bruselas, 1985, pp. 863-884.

3 Vid. BUONY, 1: “Article 56 en la Charte des Nations...” Op. Cit. pp. 885-889. Asimismo en Repertorio de la práctica de las Naciones Unidas, Arts. 55 a 111 de la Carta de 31 de diciembre de 1969. Suplemento N° 4, Vol. III, NY 1985.

4 Resolución 217, Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948. Recopilación, vol. I. Los países que se abstuvieron, fueron: La ex Unión Soviética, los países del Este de Europa, Arabia Saudí y Sudáfrica.

mana (libertades y derechos), incide en la transformación del Derecho internacional, es decir, aunque siga prevaleciendo la estructura interestatal en la sociedad internacional, el Derecho internacional positivo cobra mayor vigencia, en la medida en que junto al clásico principio de la soberanía aparece otro principio constitucional de orden internacional contemporáneo: el de los derechos humanos. Estos sobrepasan la limitación inherente al Derecho internacional clásico, según el cual la protección de la persona no podía llevarse a cabo más que a través de los Estados, ya que aquél era ante todo un “Derecho interestatal concebido por y para los Estados”¹.

Fruto de ese “triple proceso de institucionalización, de socialización y de humanización” del que nos habla CARRILLO SALCEDO, se proclama el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³. Estos Pactos, junto con la Declaración, vienen a constituir la Carta internacional de derechos humanos, cada uno con un sistema de protección distinto, y el último con un protocolo facultativo por el que los Estados partes en el Pacto que lo deseen, reconocen las competencias del Comité de Derechos Humanos para examinar denuncias de las personas que estimen víctimas de una violación de los derechos que el Pacto reconoce. Un Estado puede aceptar el convenio protector sin acatar el mecanismo protector de control internacional lo que hace posible una ambigua protección.

LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Las relaciones internacionales contemporáneas presentan como uno de sus aspectos más relevantes la irrupción de las organizaciones internacionales en el ámbito regional, como la creación de la Unión Europea. En ese sentido, todas las organizaciones internacionales tienen un contenido

“variable, lo que significa que para precisar lo será necesario descender a cada Organización en concreto y determinar en cada una de ellas qué competencias internacionales es capaz de ejercer y cuál es el grado de efectividad que ha alcanzado en la vida internacional”⁴

Por su parte, las Comunidades Europeas, como organización internacional, poseen competencias internacionales, ya sea para ejercer sus funciones o realizar sus propósitos para las que han sido establecidas. La Creación de la Comunidad Europea supone en palabras de Pelaez Marón⁵, “la introducción de un nuevo planteamiento en el proceso de institucionalización de la sociedad internacional”. Desde ese punto de vista se derivan derechos, entre otros a celebrar acuerdos y/o compromisos internacionales.

Los instrumentos suscritos por cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de la igualdad ante la Ley y a la protección que toda persona tiene derecho contra

¹ CARRILLO SALCEDO, J.A.: “Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo”; Ed. Tecnos, 1995, p. 15.
Sobre la subjetividad internacional de la persona humana, es decir sobre si el individuo es sujeto de derecho, ver pp. 28-32.
² Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966.
³ Ibid. Véase también, El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, Resolución 44/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 15 de diciembre de 1966; Convención sobre los derechos Políticos de la Mujer, Resolución 640 (VII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 diciembre de 1952.
⁴ CARRILLO SALCEDO, J.A. “Curso de derecho internacional público”, 1991, p.30.
⁵ PELAEZ MARÓN, J.M., “Maestricht o la engañosa ubicuidad de la soberanía”, en *Cuestiones actuales de derecho comunitario europeo*. Córdoba, 1993, p. 183.



la discriminación, se encuentra como un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

Estos instrumentos internacionales son tomados en consideración, cada vez más, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades, aunque, como bien sabemos, las normas internacionales sobre la protección de los derechos humanos no son

“aplicadas en el Tribunal de Justicia en tanto como tales normas internacionales, sino que vienen a ser una referencia en cuanto a fuente de identificación de los principios generales comunes”¹

A LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE LOS ESTADOS DE LA UE.

LOS COMPROMISOS DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA LUCHA CONTRA EL RACISMO

Por lo anteriormente indicado, en ese contexto se pueden situar estos compromisos, principalmente, desde dos marcos de referencia: externo e interno.

1. COMPROMISOS EN EL ÁMBITO EXTERNO

En materia de derechos y obligaciones internacionales, como se demuestra en la cada vez creciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la práctica se puede decir ya, según algunos juristas, que se está convirtiendo de Hecho en un catálogo de derechos; aunque, a nuestro criterio, lo más importante viene a ser no la lista que se pueda enumerar sino los mecanismos institucionales de protección que tiene el Parlamento Europeo, el Defensor del Pueblo Europeo, y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que son los órganos encargados de controlar su aplicación, junto a la transparencia y diálogo con la sociedad civil. En ese sentido, podemos afirmar que existen Convenios, Resoluciones, Declaraciones, y Recomendaciones sobre la lucha contra el racismo y la xenofobia en el ámbito internacional, entre las que más resaltan son la Comisión de investigación del racismo y la xenofobia del Parlamento Europeo (en adelante PE) que recomienda (pto. 20) a la Comisión de las Comunidades Europeas que

“1995 sea signado Año Europeo de la armonía racial y forme parte de una campaña para alertar a los residentes de la Comunidad con respecto a los peligros que representa el racismo, el antisemitismo y la xenofobia”². Asimismo, el Consejo Europeo, de Maastricht de

¹ Vid. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en El Defensor del pueblo en el Tratado de la Unión Europea, Universidad Carlos III de Madrid, 1993, p. 212. Vid., también la posición de R. CASADO RAIGÓN, “Unión Europea, derechos humanos y Convenio de 1950”, en Cuestiones actuales de derecho comunitario europeo, Córdoba, 1993, p. 79.; PEREZ VERA, E., “La protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea”, en *Sistema*, junio de 1993, Nº 114-115, p. 144.

² Vid. Recomendaciones de la Comisión de la Investigación del Racismo y la Xenofobia. AX - 59 - 90 - 815 - ES - C.1991.



9 y 10 de diciembre de 1992, en su declaración sobre el racismo y la xenofobia, “subraya que las obligaciones internacionales relativas a la lucha contra la discriminación y el racismo que se han comprometido a cumplir los Estados miembros en el marco de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Conferencia Sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa siguen siendo plenamente válidas”¹ y la resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados reconoce.

“la importancia de la actividad y de las iniciativas fomentadas por las Naciones Unidas en la lucha contra la discriminación racial”².

Entre otros instrumentos importantes que ponen en evidencia el carácter esencial de la lucha contra el racismo y la xenofobia como parte de los derechos humanos en las Naciones Unidas, tenemos la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales³, Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁴, Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer⁵; Proclamación de Teherán, Acta Final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos⁶, Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social⁷, Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid⁸, de todas las formas de discriminación contra la mujer⁹, Declaración y Programa de Acción de Viena Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, el 25 de junio de 1993¹⁰, el Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia¹¹, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos sobre medidas para combatir las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, la Resolución de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías sobre las medidas para combatir el racismo y la discriminación racial y el papel que ha de desempeñar la Subcomisión, la designación de la Asamblea General de la ONU de los tres Decenios para la adopción de medidas de lucha contra el racismo y la discriminación racial (1973, 1982, 1983, 1992, y 1994, 2003, 2007¹²), así como el año 2001 Año Internacional de la Movilización contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, proclamada por las Naciones Unidas en la lucha contra los prejuicios y la intolerancia.



¹ En otro ámbito y en ese contexto, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró tres decenios para la adopción de la lucha contra el racismo y la discriminación racial: Decenio de la lucha contra el racismo y la discriminación racial (1973-1982); Programa de Acción para el Decenio de la lucha contra el racismo y la discriminación racial (1973-1982), y el Programa de Acción del Tercer Decenio de la lucha contra el racismo y la discriminación racial (1994-2003). Tomando nota, también, de la resolución 1993/57 del ECOSOC, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/126, ha proclamado 1995 “Año de las Naciones Unidas para la Tolerancia” e invita a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) a asumir la función de organismo rector del año. Asimismo, recomienda a todas las organizaciones de vocación universal y/o regional, y a todos los Estados miembros a cooperar en la protección y promoción de los derechos humanos. Vid. SN 27/01/92 de 10 de diciembre de 1992.

² Resoluciones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados reunidos en el seno del Consejo, “relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia”. DOCE N° C 157, 29 de mayo de 1990. p. 010, pto. G.

³ Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1960.

⁴ Resolución 2106 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 21 de diciembre de 1965. La Convención sobre todas las formas de eliminación del racismo y la discriminación racial, se abrió a firma el 7 de marzo de 1966, y entró en vigor el 4 de enero de 1969 (según lo dispuesto en el Art. 19 de la Convención). Hasta el primero de abril de 1994, 138 Estados ratificaron la Convención o se habían adherido a ella; vid. Doc. Informe del Secretario General (Res. 47/78).

⁵ Resolución 2263 (XCXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 7 de noviembre de 1967.

⁶ Teherán 22 de abril a 13 de mayo de 1968 (publicación de las Naciones Unidas, N° de Venta: S.68. XIV.2). cap. II.

⁷ Resolución 2542 (XXIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 11 de diciembre de 1969.

⁸ Resolución 3068 (XXVIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 30 de noviembre de 1973. Anexo.

⁹ Resolución 34/480 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1979.

¹⁰ Vid. (A/CONF. 157/24. Primera parte, cap. III).

¹¹ Vid. (E/CN.a./1995/78).

¹² Vid. Resolución 48/91: Asamblea General, del 20 de diciembre de 1993.

En base a estos textos internacionales, la doctrina y la práctica nos demuestran que los derechos humanos forman parte del sistema internacional, y son distintos los instrumentos de carácter internacional o regional posteriores a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Protocolo, que ponen de manifiesto los criterios que han de regir la protección internacional de los derechos humanos. Así también, la propia noción de estos mismos derechos como, “el respeto a la dignidad de la persona humana y la erradicación de las manifestaciones de discriminación racial” forman parte del patrimonio cultural y jurídico común de los Estados miembros de la UE¹ llevando a la incorporación en los distintos ordenamientos jurídicos internos, en la mayoría de los países miembros de la ONU.

2. COMPROMISOS EN EL ÁMBITO INTERNO

Las Comunidades Europeas ratifican la vigencia de las obligaciones contraídas por sus Estados Miembros en la lucha contra la discriminación y el racismo, ya sea en el marco del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950²; Protocolo Nº 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, París, 20 de marzo de 1952³; Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, noviembre de 1950; el Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, agosto de 1975⁴; y la Proclamación de la Carta de los Derechos fundamentales, proclamada en la Cumbre de Niza, en diciembre de 2000. Como ya señalamos, la importancia de la protección de los derechos humanos en su entorno internacional, así como las libertades y derecho fundamentales, fueron incorporándose a los distintos ordenamientos jurídicos de los países en cuanto comunidad de Estados de Derecho, en este caso en la UE y sus Estados miembros en los que han cooperado, comprometido o adherido a diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos; en ese orden de cosas es importante resaltar, cuando se trata del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que los Estados miembros han dado su asentimiento en obligarse (Art. 62), lo cual es una garantía complementaria de la obligación de protección que incumbe a todo Estado de derecho, condición sine qua non para poder ser admitido como parte de los Estados miembros a la UE. En cambio, en relación a la Carta de los Derechos Fundamentales, se invoca con frecuencia ante los órganos judiciales de la Unión su carencia de carácter jurídico obligatorio porque no está integrado, todavía, en los Tratados de la Unión.

En el Artículo 6º del Tratado de la Unión Europea se recogen los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros, por lo tanto se respetan los derechos fundamentales como los garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tal como lo expresan las constituciones de los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario.

¹ Vid. Parlamento Europeo. Consejo. Comisión: “Declaración contra el racismo y la xenofobia”. DOCE Nº C 158 del 25 de junio de 1986, p. 1.

² Naciones Unidas Treaty Series, vol. 213, p. 221, Recopilación, vol. II.

³ Ibid.

⁴ En otro ámbito, como consecuencia de la internacionalización de los instrumentos jurídicos sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tenemos: El Tratado de San José de Costa Rica, San José, 22 de noviembre de 1969 (Naciones Unidas Treaty Series. vol. 1144. p. 123. Recopilación, vol. II); La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Nairobi, 26 de junio de 1981 (Documento de la OUA CAB/LEG/67/3/Rev.5: recopilación, vol. II).

En esa misma orientación están el reconocimiento en los tratados constitutivos de París y Roma, en el Acta Única Europea y en la versión consolidada del Tratado de la UE (Niza), en cuyos preámbulos se mencionan implícitamente los derechos humanos, ya sea en lo referente de su protección dentro de la Comunidad, basándose en las constituciones y leyes de los Estados miembros y en el Convenio del Consejo de Europa, así como en el de las relaciones con terceros países, teniendo como referencia a la Carta de las Naciones Unidas.

EMIGRACIÓN, RACISMO, XENOFOBIA Y ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Ahora bien, situándonos en la Europa después de la caída del muro de Berlín, podemos afirmar que la UE sigue con serios problemas de inestabilidad en el continente, dando la sensación de que mientras los problemas de siempre se descomponen sin arreglo, surgen otros (nuevas configuraciones geográficas, nuevas guerras y nuevas crisis). Asimismo, en el contexto de los derechos descritos líneas arriba¹ surgen otras interrogantes en el nuevo milenio sobre el racismo y xenofobia que se expresan mediante la discriminación y todas las formas de intolerancia, incluido internet y la expresión de “depuración étnica”, y que muchas veces son causas de los conflictos mundiales; del círculo vicioso de la pobreza y la exclusión social que atentan contra la dignidad, la igualdad de las personas, y el respeto de sus derechos humanos. En otras palabras, ¿qué sucedió entonces?, ¿qué está sucediendo ahora?, ¿por qué sucede lo que está sucediendo?, ¿qué se puede hacer para que deje de suceder lo que está sucediendo? Son algunas de las interrogantes que trataremos de responder.

1. ¿QUÉ SUCEDIÓ ENTONCES?

El racismo y la xenofobia no son fenómenos recientes en Europa. Su historia está marcada por una amplia tradición de prejuicios raciales, si tomamos como ejemplo las conquistas coloniales de muchos países que fueron justificadas en términos de superioridad racial y cultural. Lo malo de las lecciones del pasado es que casi siempre llegan tarde; la difusión y mal aprendida lección de pureza de la raza vuelve a escucharse, con las “teorías seudocientíficas de los llamados historiadores revisionistas²” aún cuando la historia nos ha demostrado que cuando los valores sobre la sociedad, cultura y nación, Estado e instituciones jurídicas, generan el desarrollo de un nacionalismo puede convertirse en racismo. La UNESCO se pronunciaba: “No existe justificación para la idea de raza inferior o superior, ni en el campo de las posibilidades hereditarias en lo que se refiere a la inteligencia general o a la capacidad de desarrollo cultural, ni en las características físicas. Las teorías racistas no pueden pretender, en ningún caso, disponer de un fundamento científico. El racismo está hecho de creencias y actos antisociales fundamentados en la ilusión de que las relaciones discriminatorias entre los grupos están justificadas por razones de origen biológico³”.

Asimismo, el Parlamento Europeo en su Declaración por escrito recuerda “que las lec-

1 Vid. punto I, supra.
2 Declaración, “sobre el holocausto...”, *op.cit.*, p. 1
3 Conferencia General de la UNESCO de 27 de noviembre de 1978.



ciones del holocausto no deberían olvidarse jamás¹ por el recuerdo hiriente del último crimen contra la humanidad cometido en los campos de concentración del nazi fascismo en la pretensión de querer someter a la humanidad y ser los guías luminosos del mundo en ese supuesto afán de superioridad racial, e implantar en Europa regímenes totalitarios. Sin embargo, es de resaltar que cayeron muchos vetustos esquemas jurídicos como el primero de Nula Poena Sine Lege (principio de retroactividad en las leyes penales), con la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de julio de 2002. Al producirse la ratificación por sesenta Estados se establece la imprescriptibilidad de dichas penas y delitos; así pues, el racismo es viejo y vale la pena recordarlo.

2. ¿QUÉ ESTÁ SUCEDIENDO AHORA?

La emigración hacia Europa se produce a partir de la Segunda Guerra Mundial y se incrementa a finales de los años cincuenta y sesenta con la liquidación de los imperios coloniales², acentuándose por diversos factores como el hambre, el analfabetismo y la extrema pobreza, restringiendo, de esta manera, a las personas de sus derechos fundamentales y obligándolos a dejar sus países de origen.

En la Europa de los noventa la emigración desde los países en desarrollo es un hecho y, junto a ello, el problema de la discriminación y xenofobia es y será uno de los sucesos sociales, políticos, económicos y jurídicos.

En efecto, en la generalidad de los países miembros de la UE resurge la emigración causada por los conflictos armados de carácter político, económico y social en el mundo³ y como consecuencia existe la discriminación racial y xenofobia. Para comprender ese trinomio emigración, racismo y xenofobia, en otras palabras, las ideas de las antípodas (tolerancia-intolerancia), habría que determinar las causas-efectos de los factores que han contribuido y sus implicancias en la movilidad laboral y la actividad empresarial. Entre estos tenemos:

a. Emigración es cuando una persona o un conjunto de personas dejan su propio país para residir en otro distinto, fundamentalmente por motivos económicos. Es importante tomar en consideración, para un mejor análisis, las enseñanzas de la demografía, teniendo en cuenta datos como la transformación de los flujos migratorios, su situación actual y perspectivas futuras, y cómo incide en todos los países miembros de la Unión Europea. Veamos algunas citas que nos proporciona las Naciones Unidas, aunque cuando se trata de inmigrantes y pobreza nunca se sabe cuántos son. Existen más de 100 millones de

1 Declaración, "Sobre el holocausto, el parlamento europeo y Le Pen" DOCE Nº C318, 28 de octubre de 1987, p. 28.

2 Al respecto Vid. RESOLUCIÓN DEL P.E. "Sobre los problemas regionales y los movimientos migratorios", DOCE Nº C345, 20 de noviembre de 1987, p. 217.

3 Vid. PELAEZ MARÓN, J.M.: "Refugiados: Derecho y Solidaridad", Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Universidad de Sevilla, p.183.



inmigrantes en el mundo, unos 20 millones de refugiados¹ y más de 25 millones de desplazados internos. La población mundial se estima entre 6000 millones a 7500 millones en el 2020 y superará los 11 000 millones a mediados del próximo siglo. El 95% de este aumento tendrá lugar en países del tercer mundo cuya disponibilidad de tierras para la agricultura decrecerá, así como el agua. En resumen, todos estos elementos serán un reto para la capacidad del sistema de producción alimentaria en el mundo, por lo que la migración, otra vez, viene a ser un callejón sin luz al final. Según las mismas fuentes, en el año 2025 la población del mundo industrializado, fundamentalmente, Europa, Norte América, Australia, y Japón, habrá crecido de 1200 a 1350 millones; es decir, un crecimiento de 12%, mientras que la población del tercer mundo habría experimentado un crecimiento de 4100 a 7200 millones, un incremento del 76%². Podemos afirmar, entonces, que todos los países desarrollados se ven enfrentados a los problemas de la inmigración.

En el caso de la Unión Europea los residentes extranjeros extracomunitarios no alcanzan el 2,5% de la población, de los cuales residen aproximadamente un 87% en Francia, Gran Bretaña y Alemania y en España. En estos últimos diez años se ha consolidado una política inmigratoria más bien proteccionista. En sintonía con el resto de los países de la UE tomaremos como punto de referencia, en términos generales, Alemania y España, por ser los Estados miembros con emigración, antigua y reciente en esa relativa victoria³.

En Alemania se lucha por mejores derechos para los emigrantes, facilidades para conseguir la nacionalidad alemana y allanar la doble nacionalidad, en cambio en España existe un Convenio de doble nacionalidad con Andorra, la ciudad de Gibraltar, Filipinas, Portugal y con la mayoría de los.

Países Latinoamericanos, entre estos, tenemos: Chile, de fecha 24 de mayo de 1958, ratificado el 28 de octubre de 1958; Perú, de fecha de 16 de mayo de 1959, ratificado el 15 de diciembre de 1959; Nicaragua, de fecha 25 de 1961, ratificado el 25 de enero de 1962; Bolivia, de fecha 12 de octubre de 1961, ratificado el 25 de enero de 1962; Ecuador, de fecha 4 de marzo de 1964, ratificado el 22 de diciembre de 1964; Costa Rica, de fecha 8 de junio de 1964, ratificado el 21 de enero de 1965; Colombia, de fecha 27 de junio de 1979, ratificado el 7 de mayo de 1980; República Dominicana, de fecha 15 de marzo de 1968, ratificado el 16 de diciembre de 1968; Argentina, de fecha 14 de abril de 1969, ratificado el 2 de febrero de 1970; Honduras, de fecha 15 de junio de 1966, ratificado el 23 de febrero de 1977⁴. Se demuestra en la práctica la conformación de un grupo de extranjeros de segunda

1 Vid. Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados de 1951 y el Protocolo adicional de 1967, firmado y ratificado por todos los Estados miembros de la UE, en particular el preámbulo y el Art. 8 del estatuto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que establecen la cooperación con ACNUR para los asuntos relativos a los refugiados. Según datos del ACNUR diez mil personas se ven obligadas cada día a abandonar su hogar a causa de la persecución política y la guerra. El número de personas refugiadas sobre las que tienen responsabilidad suman a 23 millones en todo el mundo, siendo lo más llamativo la precaria situación de los refugiados en el sudeste africano, donde 2,2 millones de ruandeses viven en campos de los países vecinos (Zaire, Tanzania y Burundi) según datos de la Comisaría Europea de ayuda humanitaria, quien además apoya una conferencia interregional para pacificar la zona. La crisis del desplazamiento interno en Burundi es un caso individual de tragedia humana como resultado del conflicto étnico. La tragedia es inmensa si se toma en consideración que de una población total de 5,5 millones, más de medio millón de desplazados necesitaban asistencia humanitaria a comienzos de octubre de 1994. Véase E/CN.4/1.995/50/Add.2, del 28 de noviembre de 1994, p. 3.

2 Vid. Instituto de Políticas Alimentarias, en Conferencia sobre seguridad alimentaria, Bonn (Alemania), 4/09/2001. Ver, entrevista a G.L. DA CUNHA, representante de a

3 En Dinamarca, en enero de 1994, de un total de 5,2 millones de habitantes, había unos 89 000 ciudadanos extranjeros, es decir, el 3,6% de la población. Las nacionalidades más representativas de los llamados terceros países, o sea países que no pertenecen a la región nórdica ni a la Unión Europea, eran Turcos (34 658), ciudadanos de la ex Yugoslavia (11 618), apátridas (10 427), iraníes (7939), pakistaníes (6368) y personas originarias de Sri Lanka (5782); vid. también, Carta de España, N° 487, noviembre de 1994, p. 16.

4 En relación a los convenios de doble nacionalidad suscritos entre España y los Países de América Latina se puede encontrar más información en el AECL.



clase en España, Alemania, y que en todos los Estados miembros de la UE ya empezó a surgir. Del informe de datos estadísticos sobre la situación de los extranjeros en Alemania se desprende lo siguiente: en la actualidad residen casi 6,9 millones de extranjeros (incluidos los asilados y solicitantes de asilo) que representan un 8,5% de la población. De esos 6,9 millones, casi 2,1 millones están dados de alta en la seguridad social, lo que quiere decir que tienen una relación laboral estable. Del total de extranjeros en Alemania un 22,3% procede de la UE y disfrutan de un régimen más favorable¹. Se incluyen en estas estadísticas, por ejemplo, los más de 100 000 niños nacidos en 1993 de padres extranjeros en Alemania, con el consiguiente problema jurídico-legal de no permitirles adquirir la nacionalidad del lugar de nacimiento -*lus Soli*-. Mientras, otros países europeos siguen recibiendo inmigrantes del Tercer Mundo, como es el caso de España, lo que lo ha llevado, a ser receptor de emigrantes del Norte de África y de Latinoamérica con más de dos millones de extranjeros que viven allí, 1,5 millones de residentes y alrededor de medio millón de europeos que son residentes representan el 10% de la población y son responsables del 11% de los nacimientos registrados en el año 2007 o es el caso de los mismos españoles con una tendencia a la emigración dentro y fuera de Europa. En ese sentido, los datos como flujos migratorios nos demuestran que su incidencia no es relevante en relación al total de la población.

b. En cuanto al racismo, se enfrentan argumentos opuestos y razonables. Para unos, el racismo se cubre principalmente a expensas de los inmigrantes, a querer sostener lo que se disgrega, la supuesta amenaza a la sociedad nacional, de ahí su acercamiento con los nacionalismos que propugnan una homogeneidad cultural y política en ámbitos cada vez más reducidos y cerrados, es decir encerrados en sí mismos. Para otros, "en realidad, no hay ninguna regla o ley general que permita relacionar el auge del racismo y la presencia de la inmigración: una fuerte densidad de inmigrantes puede ir acompañada de un racismo limitado, pero no de modo necesario; una débil densidad puede ir acompañada de un fuerte racismo, pero no de modo necesario"².

Hoy, nos indican que el racismo se ha transformado para adaptarse a los nuevos valores de la sociedad, denominado racismo simbólico, moderno, diferencialista, neoracismo blando, aversivo, ambivalente, latente, sutil y un largo etc. Su diferencia con el racismo conocido, por así llamarlo, es que el racismo ahora se expresa en forma encubierta, más etiquetado como lo indican Espelt y Javaloy³, una nueva forma de expresión del racismo que no confiesa directamente su naturaleza, que se niega a declarar expresamente su tendencia a discriminar a los negros y a los "otros" y que se refugia en sobreentendidos, supuestos y afirmaciones implícitas. Es por tanto, sutil e indirecto. Se recubre, según este autor, de respetabilidad que lo hace más aceptable, incluso aparentemente compatible con las normas de tolerancia e igualdad, hecho que le permite ser más eficaz. De lo que podemos analizar es que este racismo encubierto o moderno lo expresan sin prejuicios la mayoría de las personas, incluidas los progresistas, y los que se declaran abiertamente que no lo son. No tienen rechazo, odio, ni son agresivos, simplemente se sienten incómo-

1 Ver entrevista a Cornelia Schmal/Jacobson. Comisionada del Gobierno Federal para los extranjeros. El País, Madrid, 28 de octubre de 1994.

2 WIEVIORKA, M., Director de Estudios de l'Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales. En La Vanguardia, Barcelona 20 de setiembre de 1994, p. 40. Los documentos de la Convención Antirracista Europea de Madrid, organizada por la Fundación Passages.

3 Vid. Espelt Granés, E. y Javaloy Mazón, F. Departamento de Psicología Social de la Universidad de Barcelona, Informe anual sobre racismo en el Estado español, 1996; en *SOS Racismo*, Barcelona, 1997.



dos, inseguros y en ocasiones con temor y evitan en lo posible juntarse con los "otros"¹.

El racismo, en otras palabras, viene a ser el miedo a lo desconocido, a la aculturación, absorción, integración, a la afirmación de la diversidad, a la tolerancia de comportamientos religiosos y humanos en un mundo que siempre ha sido y será multicultural. En resumen, la raza no existe, existen los racistas. En cambio, ocurre todo lo contrario con el extranjero si es acomodado, famoso del mundo del espectáculo, o si viene por diversión, y/o de turismo. El trato es sensiblemente diferente en cuanto a la tolerancia, la comprensión y hasta simpatía hacia estas personas, que en este caso no tienen que ver con la emigración, por lo que se desprende que más allá de los estereotipos burdos el racismo y la discriminación se deben más a motivos económicos y de origen, entendiendo como origen el lugar de procedencia o país. El racismo tiene mil caras.

c. De otra parte, violencia y xenofobia caminan juntos, advierte el Parlamento Europeo en su resolución "Sobre los actos de violencia y crímenes racistas y su tratamiento policial y judicial en los países de la Comunidad"²: Los ataques contra las minorías de los que nos informan los medios de comunicación vienen a ser la punta de un iceberg llamado racismo y xenofobia. En estos últimos años las víctimas por ese rechazo y odio racial son muchas. En el Reino Unido, se han detectado 4000 casos de esclavas domesticas en los últimos años; en Francia, según el informe del gobierno, el 69% de sus habitantes se ha declarado más o menos racista; en España, por ejemplo, según la encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas citada por Espelt y Javoloy, ante la interrogante ¿cómo diría ud. que los españoles, en general, tratan a los inmigrantes extranjeros de otra raza? La mayoría de los encuestados respondieron con desprecio 18,6%; con agresividad 4,9%; con desconfianza 39,9%; con indiferencia 13,5%; con amabilidad 7,5%; igual si fueran españoles 6,9%; no sabe / no comenta 8,7%. En general el maltrato es evidente; en esa misma orientación, una minoría declara que les importaría (mucho, bastante, poco) tener como vecinos a una familia de ciudadanos de Marruecos 16%, un país de África negra 15%, y Latinoamérica 10%. Asimismo, se ha pasado de tres agresiones en 1991 a 270 en 1994 y hoy no se sabe si son pocos pero sí muchos, además el 5% de los españoles se definen como racistas militantes³. La responsabilidad de las autoridades ante los desordenes públicos racistas y el endurecimiento de la actuación policial y la justicia no soluciona el problema ante las muertes por móviles racistas⁴. La violencia ha encontrado eco en estos grupos radicales del ultranacionalismo, el racismo y la xenofobia (el desprecio al ser distinto y el culto a la violencia). Frente a esto, el Consejo Europeo ha sido enérgico al indicar que "los Estados miembros determinarán en qué medida han de aplicar con eficacia su legislación nacional para hacer frente a los mismos⁵. En ese sentido, los estados de la Unión Europea, como Estados de derecho y democráticos, recurren a sus mecanismos e instrumentos jurídicos para la tipificación del delito a la violencia racial y xenófoba. En esa dirección, también, España aprobó la Ley Orgánica 4/4995, de modificación del Código Penal, mediante lo que

1 Vid. Newman, D. Sociology. Exploring the architecture of everyday life. Thousand Oaks, Pine Forge Press, 1995.

2 Vid. Resoluciones del P.E.: "Sobre los actos de violencia y crímenes racistas y su tratamiento policial y judicial en los países de la Comunidad". DOCE N° 096, 15 de marzo de 1990. p. 258; "sobre el apoyo a las manifestaciones a favor de la democracia y la tolerancia y contra el racismo y la xenofobia y el antisemitismo", B3-1386 y 1393/92.

3 Revista *Carta de España* N° 477, 1994, p.11.

4 Ver Sanchez – Vera Gomez – Trellez Javier. La responsabilidad de las autoridades ante desordenes públicos racistas (comentario tardío, pero actual a la sentencia del tribunal Supremo de 2 de Julio de 1994), en Cuadernos de Política Criminal; Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid pp.245 y ss.

5 Vid. Consejo de Europa: "Declaración sobre el antisemitismo, el racismo y la xenofobia". Dublín 25 y 26 de junio de 1990. PE/143/90.



tipifica la apología de los delitos de genocidio. Por medio de esta norma se introducen en el Código Penal artículos que pretenden garantizar la protección de los ciudadanos contra conductas que puedan expresar apología y difusión del racismo o de la exclusión étnica, fenómenos que no estaban tipificados.

En ese contexto jurídico, al constatar que las manifestaciones de racismo y xenofobia aumentan constantemente en Europa, tanto el Consejo, la Comisión, como el Parlamento han promovido diferentes medidas¹, como las acciones en común adoptadas por el Consejo contra el racismo y la xenofobia “que contiene el compromiso de los Estados miembros de garantizar una cooperación judicial efectiva en lo que respecta a las infracciones basadas en comportamientos raciales y xenófobos”².

Sin embargo, todavía las Comunidades no tienen una lista de derechos fundamentales instituidos mediante un instrumento jurídico vinculante, y menos aún sobre el racismo y la xenofobia; podemos decir entonces que carecen expresamente de tal efecto jurídico.

d. En lo económico, la movilidad laboral nos muestran nuevas realidades de transformación, desafíos y oportunidades. Seguimos asistiendo a cambios profundos en las estructuras mundiales, que no siempre han llevado a mejorar las condiciones de vida de los pueblos. Estos desequilibrios en el nivel de vida de los países en desarrollo conducen, a las tensiones migratorias en la Comunidad³. Sumado a esto la

“falta de una política común de inmigración puede tener repercusiones y provocar tensiones cada vez mayores en el mercado de trabajo y, en particular, en lo que se refiere a la entrada ilegal de mano de obra, el trabajo clandestino, las condiciones de trabajo no reguladas por contratos, la falta de protección social, así como el desarrollo de una economía precaria basada en el dumping social”⁴.

Asimismo, la disimulación del nivel de vida, la incertidumbre por el futuro, la degradación urbana, el desempleo (es decir, la sociedad de bienestar), han generado actitudes proteccionistas en los Estados miembros de la UE como consecuencia la xenofobia, y los límites a la inmigración pareciera que estuvieran conduciendo a que surja una nueva categoría social: los inmigrantes, los extranjeros, y los refugiados. Por ello no es posible hablar de reconocimiento a la diversidad cultural sin igualdad de oportunidades entre los nativos e inmigrantes, de lo contrario conduciría a la marginación de las minorías inmigrantes que han contribuido al crecimiento económico del lugar y se asegura que en el futuro las naciones industrializadas dependerán en gran medida de los inmigrantes, hasta el punto de que en Alemania, España y otros países, el sistema de jubilación está en peligro sin el

1 Documento sobre la identidad europea, Cumbre de Copenhague 14 de Diciembre de 1973; Declaración común sobre los derechos fundamentales, Parlamento Europeo, Consejo y Comisión, 5 de abril de 1978; Acta Única Europea, febrero de 1986; Declaración contra el racismo y la xenofobia Parlamento Europeo, Consejo, representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo y Comisión, 11 de junio de 1986; Declaración sobre los Derechos Humanos, Ministros de Asuntos Exteriores reunidos en el marco de la Cooperación Política Europeas y Consejo 21 de julio de 1986, Declaración sobre los Derecho y Libertades Fundamentales Parlamento Europeos 12 de abril de 1989; Resolución relativa a la Lucha contra el Racismo y la Xenofobia: Consejo Europeo de Dublín, 25 y 26 de junio de 1990; Resolución sobre los Derechos Humanos, la Democracia y el Desarrollo, Consejo y Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, 28 de noviembre de 1991; Declaración sobre el Racismo y la Xenofobia, Consejo Europeo de Maastricht, 9 y 10 de diciembre de 1991.

2 Directiva 2000/43/CE del Consejo, en *Diario Oficial de la Comunidades Europeas*, de 29 de junio de 2000, P. L 180/24.

3 Resolución, “Sobre los trabajadores emigrantes de terceros países”, DOCE N° C 175 de 14 de junio de 1990, p. 180, pto. E.

4 Resolución, “Sobre los trabajadores de terceros países”. DOCE N° C175. 14 de junio de 1990, p. 180, pto. E.



aporte de los inmigrantes. Dicho de otro modo, se sigue temiendo por el progresivo envejecimiento de la población y sus efectos negativos en la población activa y el pago de las pensiones de jubilación. El crecimiento y/o sostenimiento del índice de natalidad (que de por sí ya son bajas en Europa) es gracias a los inmigrantes.

Así, ante estas nuevas realidades, se adopta la directiva 2000/43/CE de 29 de junio, en la que se plantea su ámbito de aplicación, tanto para el sector público como privado, incluidos organismos públicos, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas sin discriminación por motivos de su origen racial o étnico, de la siguiente manera: a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de la actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación y formación profesional, profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica, c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas; e) la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria; f) las ventajas sociales y la educación; así como el acceso a bienes disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda. Como se demuestra en la presente directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones que regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros¹.

Como podemos apreciar la UE sigue concediendo importancia al fomento de los derechos humanos en el ámbito de la actividad empresarial y comercial, de esta manera trata de convocar a todos los interlocutores sociales para que se respete los derechos humanos, incluidos los derechos sociales y las normas laborales como los señala el Informe Anual sobre derechos humanos de la UE². Los acuerdos que tiene la UE con terceros países, fundamentalmente, con los Países del África, Caribe y Pacífico (ACP), incluyen que se sostengan disposiciones internacionalmente reconocidas en el ámbito comercial y laboral, y además, la Comunidad crea su propio instrumento para apoyar a estos países siempre y cuando cumplan estos compromisos internacionales en materia de cooperación comercial y de normatividad laboral determinadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El instrumento titulado regímenes sociales de estímulo del Sistema de Preferencias Generalizadas contempla que se concedan preferencias adicionales a estos países; además, indica que en caso de incumplimiento grave y reiterado a las normas de la OIT relativas a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, podrían quedar temporalmente excluidos; cuestión que no es del todo cierta, por citar el caso de Argelia, donde existen sistemáticamente violaciones a los derechos humanos y la UE no ha tomado en consideración dichos dispositivos mencionados por ser el más importante proveedor de gas natural a Europa, por lo que, creemos, que los intereses económicos, a veces se priorizan.

El Libro Verde presentado por la Comisión de la Unión Europea comenta la importancia de

1 Directiva 2000/43/CE del Consejo, *Op. cit.*

2 Vid. Informe Anual sobre derechos humanos de la Unión Europea, 2002, p. 33.



“fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de la empresa”¹.

Es lo más resaltante por la dimensión que le da a los derechos humanos en la responsabilidad social de la empresa y principalmente en relación con las operaciones internacionales y las cadenas de suministro mundiales. También se incorporan códigos de conducta que incluyen las condiciones laborales, los derechos humanos y aspectos medioambientales, relacionados fundamentalmente con los subcontratistas y proveedores. En resumen, la responsabilidad social de la empresa y de las directrices de la OCDE para las empresas multinacionales donde quiera que desarrollen sus actividades, es una contribución de las iniciativas privadas para la mejora a nivel mundial de la gobernanza social y su pilar principal, lo social; de lo contrario, la desestabilización de los regímenes democráticos en los países en vías de desarrollo sería una constante provocación, por lo que promover las normas fundamentales del trabajo y mejorar la gobernanza social en el contexto de la mundialización es una de sus propuestas de la UE junto a los agentes públicos y privados.

3. ¿POR QUÉ SUCEDE LO QUE ESTÁ SUCEDIENDO?

Las continuas vueltas a la tuerca que se dan a la política de extranjería en la Unión Europea se deben a que la que existe se orienta básicamente a restringir, reprimir, denegar y expulsar, lo que supone la frecuente presencia de elementos discriminatorios en muchas decisiones que se adoptan. Esto se podría denominar fobia al emigrante y se pone en evidencia continuamente, ya sea denegando la residencia en la UE a los extranjeros que tienen hijos nacidos en territorio comunitario; o impidiendo la reagrupación familiar extranjeros; o negando la legalización de sus documentos a personas que llevan ya muchos años residiendo aquí con una vida totalmente normalizada; o también rechazando la concesión de visados para desarrollar actividades laborales que no afecten negativamente al mercado de trabajo nacional; o en otras ocasiones, exigiendo continuamente la documentación a personas por el simple hecho de tener la piel de otro color. También se nota la actitud cuando se aplican órdenes de expulsión sacadas del baúl de los recuerdos o se dictan otras totalmente desproporcionadas con la infracción supuestamente cometida. Muchos extranjeros temen acudir a las dependencias policiales para cualquier gestión, con mucha más razón cuando son citados personalmente a ellas. Sólo la justicia (entendiendo aquí por justicia a los jueces y tribunales) viene amparando en muchas ocasiones a los extranjeros del territorio europeo o bien fallando en su favor en los recursos presentados.

La difusión de los derechos humanos viene a ser una tarea fundamental en la agenda de cualquier Estado de Derecho; sin embargo, cuando nos referimos a los derechos humanos casi siempre los relacionamos a los derechos económicos y sociales, al desarrollo de los pueblos y casi nunca a fortalecer la interdependencia entre democracia, desarrollo económico y derechos humanos, es decir respeto de los Derechos Humanos universales e indivisibles, libertades fundamentales y Estado de Derecho. Ahora bien, la lucha contra la discriminación de la sociedad de acogida sólo puede conseguirse por medio de las campañas e iniciativas institucionales. La lista de justificaciones es bastante larga. Entre las actividades que podrían evitar su propagación destacan:

1

Vid. Comisión 366 de 18 de julio de 2001.

a. La educación y la cultura tienen que ser objeto de atención. Es necesario tener en cuenta que la prevención de la amenaza del racismo, la intolerancia, el antisemitismo y la xenofobia no sólo se logra con la ayuda de las normas legales sino, principalmente, con un cambio cultural constante. Para concientizar a los ciudadanos sobre estos aspectos, se tiene que hacer un esfuerzo en términos educativos y de voluntad política en las instituciones, de esa manera será aceptada la idea de que en una sociedad moderna la movilidad laboral no sólo es ineludible, sino también necesaria para la competencia de la economía. Es importante realizar campañas de sensibilización, fomentar estudios demoscópicos e informar a la opinión pública¹ para crear una opinión, una cultura política que deje de mostrar a los extranjeros como delincuentes de células dormidas del terrorismo fundamentalista, de prostitución, drogadictos o arrebatadores del trabajo, y a los medios políticos que, como condena el Parlamento Europeo,

“relacionan la inmigración a una invasión, una inundación o una ocupación solapa y que alimentan así los sentimientos de xenofobia de la sociedad”².

La lucha es por la tolerancia, la comprensión (no de la compasión), el respeto por los demás, sin importar cual sea su aspecto físico y su cultura. El racismo se sostiene, por lo tanto, existe, ya sea en las personas como en las instituciones, está presente en todos los niveles de la sociedad; así, no se puede atacar a los negros pero sí resaltar a los blancos por su pureza o esencia. El racismo se sostiene aunque sea por omisión, por el juego de palabras, haciendo sátiras (ánimo locandi), trivializando actitudes, pues, ironías aparte, la moraleja de esos hechos xenófobos es que nos muestran el ascenso de la xenofobia. Esta actitud está directamente relacionada con el grado de xenofobia, el nivel educativo, la posición social y el grado de conocimiento de los países extranjeros³.

b. El conjunto de garantías jurídicas que consideramos necesarias y congruentes con los compromisos externos e internos que tiene la UE. En la búsqueda y aplicación de los instrumentos de los Derechos Humanos para alcanzar sociedades eficaces para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas humanas es un objetivo político, social y jurídico para las instituciones de la UE.

La lucha contra el racismo y la xenofobia exige un esfuerzo conjunto de la Unión Europea y de los Estados miembros en los planos institucional, jurídico, social e informativo. La necesidad de que el compromiso comunitario expresado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se concrete en textos legislativos; en este caso, en materia de racismo y xenofobia. Las consecuencias de la integración europea conducen inevitablemente a una coordinación en este caso, en el ámbito de la libre circulación de personas y de la política de inmigración, indudablemente a las que puede contribuir la política y los medios de cooperación jurídica con que cuenta la Comunidad y sus Estados miembros, respecto a los inmigrantes de terceros países no comunitarios. Asimismo, en materia de protección de los derechos de los nacionales de terceros países que les confieren en las distintas

1 Vid. Resoluciones del Parlamento Europeo (P.E), “Sobre el recrudescimiento del racismo y el fascismo en Europa”, y Sobre la política de la comunidad en materia de inmigración”, en DOCE N° C68, 9 de febrero de 1988, p. 29, pto. 45. y DOCE N° C283, de 9 de octubre de 1986, p. 84. Ver Declaración por escrito del P.E. “Sobre la lucha contra la xenofobia y el racismo”, DOCE N° C 187 de 15 de junio de 1988, p. 117; Resolución del Consejo y los Representantes...”, *op. cit.*, pto. a. I).

2 Resolución Parlamento Europeo: “sobre racismo y la xenofobia”, DOCE N° C 284, del 10/10/1991, pto. 7.

3 Vid. *Revista Carta de España*, N° 470, 1994, p. 11.



disposiciones, surgen inconvenientes respecto a la idoneidad de protección, cooperación jurisdiccional entre el Tribunal de Justicia Europeo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cooperación que permita garantizar la aplicación uniforme del Convenio Europeo y la formación de una jurisprudencia coherente.

Si bien es cierto la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales¹ (en la cumbre de Niza y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007) en el Tratado de la Unión Europea favorecería a los ciudadanos extracomunitarios en la protección de estos derechos, en ese sentido en el Tratado de Lisboa por el que se modifican los tratados, actualmente en camino de ratificación, la Carta adquiriría un carácter vinculante si se incorporara la mención por la que se reconoce el mismo valor jurídico, sin embargo hasta que no se adopte una disposición de carácter jurídico vinculante contra el racismo y la xenofobia en el Tratado no se podrá mirar hacia el futuro en esta materia legislativa.

Desde esta perspectiva, la discriminación en razón del color de la piel, origen nacional o la cultura a la que pertenecen las personas es, pues, un capítulo a resolver en la Europa Comunitaria, por lo que ésta debe utilizar todos los medios que estén a su alcance para rechazar todo tipo de prácticas discriminatorias en esa lucha por conseguir una Europa abierta y basada en el respeto de la dignidad humana y en rechazo de todas las formas de discriminación, sea cual sea su razón, de religión, nacionalidad, sexo u origen étnico. Hagamos que la justicia abrace a la democracia y la solidaridad.

4. ¿QUÉ SE PUEDE HACER PARA QUE DEJE DE SUCEDER LO QUE ESTÁ SUCEDIENDO?

En la Unión Europea, para el inmigrante la integración se prueba integrando tanto en el ámbito vecinal como el administrativo. Para este primero, es esencial el acceso normalizado del inmigrante a la vivienda, sanidad y que puedan vivir en familia; en segundo lugar, hay que reformar la Ley de Extranjería. Lo ideal, por supuesto, sería que se pueda integrar mediante el trabajo legal, asimismo sostener un Plan para la Integración Social de los Inmigrantes con participación, entre otros, del Observatorio Permanente y el Foro para la Inmigración, con miras a desarrollar en los extranjeros residentes el sentimiento de pertenencia a una misma sociedad junto al resto de los ciudadanos. En tercer lugar, la participación vecinal, incluidos los políticos, pasa por el reconocimiento de la ciudadanía, cumplimiento de los tratados de paz y amistad y de doble nacionalidad si los hubiere, y de la Constitución Española, en este caso, que establece en su artículo 13, que podrían votar en las elecciones municipales los extranjeros por criterios de reciprocidad a través de Tratado o Ley, mientras que las elecciones regionales y generales estarían reservados para los nativos del País. Esto implica derechos, como lo promueven algunas organizaciones de la Sociedad Civil, entre ellas, la Federación de Asociaciones de Inmigrantes Red Acoge, "aquí

¹ la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea representa en resumen los valores comunes de los Estados miembros y donde se sintetiza los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos y sociales y recogidos en la Carta social europea, en Junio de 1999 el Consejo Europeo de Colonia incorporo los derechos fundamentales vigentes en la UE, tales como el Convenio del Consejo de Europa de 1950, los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, los derechos fundamentales reservados a los ciudadanos de la Unión y los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta social europea y en la carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y formalmente adoptada en Niza de 2000 donde se adopta un compromiso político sin efecto jurídico obligatorio por el Parlamento, el Consejo y la Comisión.

vivo, aquí yo voto”, diferencia sustantiva a la nacionalidad que implica identidad y derechos que le otorga la Constitución del país que lo admite. En términos generales, de los 27 Estados miembros de la Unión Europea sólo se reconocen los derechos de participación ciudadana, con residencia legal, en Irlanda a los seis meses; Holanda, a los cinco años, y Suecia, a los tres años. En resumen, diríamos que la lucha por la integración pasa por promover una convivencia y un diálogo, eliminando cualquier indicio de discriminación y explotación¹.

Desde el punto de vista jurídico, entre los derechos humanos está el derecho a emigrar² pero no el derecho de inmigrar. Pues bien, no sólo se trata de exigencias morales la lucha contra el racismo y la xenofobia, sino que sean reconocidas como parte componente de las estructuras básicas del orden Jurídico de la Unión Europea. Para ello hay que avanzar hacia una legislación positiva e integradora porque no se puede ser neutral entre las víctimas y los verdugos. Ya pedía, el Parlamento Europeo, con anterioridad a la Comisión el “que ejerza un control más severo con respecto a los Estados miembros para que apliquen las directivas y reglamentos comunitarios y para que se abstengan de adoptar disposiciones contrarias a los Tratados o a la Declaración conjunta contra el racismo y la xenofobia³ y a los Estados miembros que supriman las disposiciones jurídicas y administrativas discriminatorias y perjudiciales aún existentes que estén basadas en el origen, la raza, o el sexo”⁴.

La Europa de los ciudadanos constituye una parte de las instituciones de la UE; para ello se requiere mayor transparencia en la toma de decisiones y en los textos que se adopten para mejorar la legalidad y la presentación. En ese sentido, es de resaltar que los Tratados constitutivos de París y Roma no hacen ninguna referencia precisa a los textos internacionales sobre derechos humanos, pero sí incorporan dos de los derechos fundamentales enunciados tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en el Convenio del Consejo de Europa: la libertad de circulación⁵ y de prohibir cualquier discriminación por razón de nacionalidad. Estas libertades y principios pueden convertirse en Derechos subjetivos⁶ tales como, dentro de las normas sobre las libertades económicas están, las de



1 En otro lado del planeta, Estados Unidos, una nación de inmigrantes, lanza una ofensiva contra la inmigración ilegal, basada en cuatro aspectos: proteger las fronteras, proteger los intereses de sus trabajadores en los lugares de trabajo, deportar más criminales extranjeros y ayudar a los Estados a llevar la carga que supone la inmigración ilegal. Se critica mucho la iniciativa 187 que prevé a los inmigrantes ilegales de servicios de sanidad y educación en California y que fue aprobada masivamente en un referéndum celebrado en noviembre de 1994.

2 Art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Véase, también, Diccionario de la Terminologie de Droit international public. U.A.I Paris, 1960, p. 250.

3 Resolución del P.E. “sobre política comunitaria respecto a la inmigración”, DOCE N° C283, 9 de octubre de 1986, p. 83, pto. 3.

4 Resolución P.E. “sobre la Declaración común contra el racismo y la xenofobia y un programa de acción del Consejo”. DOCE N° C 069, del 14 de febrero 1989, p. 40, pto. 8.

5 El Tratado de la Unión Europea, recoge en el Art. 8° A. Ap. 1. la libertad de circular y residir en el territorio de los Estados miembros. Tales normas de Derecho comunitario (originario y derivado) han sido adoptadas en los sistemas jurídicos constitucionales de cada Estado miembro. Vid., al respecto las directivas 90/634, 90/365, 90/366 del 28 de junio de 1990. En España; Real decreto 766/1992, 26 de junio (BOE de 30 de junio de 1992). Vid. sobre, la falta de una protección adecuada, es decir, de una legislación positiva e integradora que conceda a los nacionales de terceros países en lo que se refiere a la entrada, la circulación y la estancia de los nacionales, regulado por el Acuerdo de Schengen, firmado en 1985, en Luxemburgo; en la UE como en los Estados miembros no existe una voluntad política. Vid., Informe de la Comisión sobre supresión de los controles de personas en las fronteras intracomunitarias. Bruselas, 6 de enero de 1989. COM. (88) 640, p. 2.

6 Art. 7 del TCEE, véase Sentencia Sotgiu (causa 152/75), 12 de febrero de 1974.

libertad de circulación, de establecimiento, de servicios y de mercancías y capitales¹ basándose en el Principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, en virtud del artículo 21º de la Carta de los Derechos Fundamentales por las instituciones de la UE, del 7 de diciembre del 2000; y en los apartados 1º y 2º del artículo 6º del Tratado de la Unión Europea. Asimismo en el Título V, Artículo 11º, inc. 1º y en el Título VI, Artículo 29º del mismo Tratado, expresan los compromisos con los derechos fundamentales y la protección de los derechos humanos, así como la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia.

En efecto, considerando que la Europa de los ciudadanos consiste, en su forma más elemental, en la supresión de los controles de personas en las fronteras interiores, puede llevar a cerrar las fronteras externas, hecho que tendría efectos negativos en los trabajadores inmigrantes al generar fuertes restricciones al ingreso de dichas personas en los Estados miembros de Shenguen², que viene a ser el acuerdo intergubernamental que desarrolla la libre circulación de personas en la Unión Europea.

Sin embargo, estas referencias citadas están al margen de la jurisdicción del Tribunal de Justicia, por virtud del mismo Tratado de la UE³, donde se expresan los compromisos con los derechos fundamentales y la protección de los derechos humanos. Asimismo, de conformidad con el principio de subsidiaridad y el principio de proporcionalidad incorporados en el Art. 5º del Tratado de la CE se debe incluir por extensión la protección contra la discriminación en todos los Estados miembros. Esta referencia no es del todo cierta de acuerdo con Casado Raigón: “el Tratado de la Unión Europea no ha dado un sentido significativo para los derechos antropomorfos en la Comunidad”⁴ y menos aún respecto a disposiciones contra la discriminación y el racismo que no se materializan por falta de voluntad de los gobiernos de los Estados miembros. Sería importante aprovechar la limpieza de alguna legislación caduca y los excesos de burocracia y que en una próxima Conferencia Intergubernamental sean incluidas las aspiraciones (y no la condena de perder la memoria) de ese amplio sector denominado movilidad laboral que no sólo es ineludible sino necesaria para la competitividad en una sociedad moderna.

Hoy la nuevas líneas de desarrollo en el 2011 dentro del marco de la reforma de las acciones exteriores de la UE se aprobaron siete temas, entre ellos, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como unir la migración y desarrollo, migración laboral bien manejada y luchar contra la migración ilegal facilitando la readmisión de inmigrantes irregulares, en esa perspectiva esperemos que estos intereses sean compartidos dentro de un marco de cooperación con equidad y justicia.

1 Las instituciones comunitarias, en términos generales y fundamentales el Tribunal de Justicia, han desarrollado extensamente en relación a los Derechos subjetivos respecto a las libertades fundamentales instituidas en los Tratados constitutivos. En el acuerdo intergubernamental que desarrolla la libre circulación de personas en la Unión Europea, firmado en Luxemburgo, la nueva Europa, es decir, la Europa de la libre circulación de personas, se inicia el día 26 de mayo de 1995 y, desde el 26 de junio ya es irreversible, en la supresión de las fronteras en siete de los países: España, Portugal, Francia, Alemania, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Las fronteras exteriores se trasladarán a los puertos y aeropuertos, en otras palabras, la supresión de controles internos implica reforzar los controles externos. Sin embargo, existen en los Estados miembros del acuerdo de Shenguen problemas difíciles de solucionar como por ejemplo, drogas, tenencia de armas, policía, justicia y la inmigración clandestina, en la lista de no admitidos se considera a quienes hallan sido condenados penalmente a más de un año, a quienes puedan constituir una amenaza para la seguridad nacional o internacional y los diplomáticos declarados persona no grata.

2 Vid. Resoluciones del Parlamento Europeo, “sobre la libre circulación de personas en el mercado interior”, DOCE N° C096, del 15 de marzo de 1990, p.274; “sobre la firma del acuerdo adicional de Shenguen”. DOCE N°, C323 de 23 de noviembre de 1989; “sobre las repercusiones de la creación del Mercado Único de 1992 para trabajadores emigrantes originarios de países en desarrollo”, DOCE N° C 150, de 14 de mayo de 1992, p. 261.

3 DOCE C 191, del 29 de julio de 1992.

4 Vid. CASADO RAIGÓN, R: “Unión Europea, derechos humanos...”, op. cit. Así también, Vid. UGARTE VEGA-CENTENO, M: “Una aproximación a los mercados de integración en América Latina”: en *Gestión del Tercer Milenio*, revista de la Facultad de Ciencias Administrativas de la UNMSM, agosto de 1988, pp. 115-124.



LA OBLIGACIÓN DE JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES. REIVINDICANDO EL SILOGISMO JURÍDICO Y RECONOCIENDO SUS LIMITACIONES

MG. JOHAN M. QUESNAY CASUSOL

FISCAL ADJUNTO PROVINCIAL CIVIL DE CHICLAYO
DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPÁN Y DE LA UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES - FILIAL NORTE



Al Dr. Segundo Leoncio Sánchez Delgado (†)
Por permitirme descubrir el noble oficio de la docencia universitaria

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto de estudio la obligación que impone la Constitución Política del Estado al Poder Judicial (y también a todo órgano decisor, acusador o dictaminador) de motivación de las decisiones que adopta o pronunciamientos que emite; obligación que utilizando terminología moderna consiste en la “justificación” de aquellas decisiones, tanto desde un plano interno como externo, siguiendo la estructura de argumentación de WROBLEWSKI. Asimismo, desarrollamos la estructura del silogismo jurídico y su relevante papel dentro de la justificación de las decisiones jurisdiccionales (concretamente dentro del plano interno), destacando que aquella forma de razonamiento no ha sido relegada a un segundo plano si no que se mantiene incólume como primer medio de verificación de un razonamiento correcto, aunque también resaltamos su insuficiencia para aquellos casos difíciles o trágicos, en los cuales se recurre a otras técnicas como la ponderación.

PALABRAS CLAVES: SILOGISMO JURÍDICO, JUSTIFICACIÓN, ARGUMENTACIÓN, MOTIVACIÓN.

KEY WORDS: LEGAL SILOG, JUSTIFICATION, ARGUMENT, MOTIVATION



1. INTRODUCCIÓN

La revisión somera de la literatura jurídica actual, invocada en las sentencias del Tribunal Constitucional, fallos judiciales, decisiones de tribunales administrativos y, en suma, de cualquier decisión de carácter jurídico, permite advertir el interés en el tema de la “motivación”. Y es precisamente el profuso material relacionado con aquel tema, lo que a su vez torna difícil pero no imposible abordarlo con el propósito no tanto de satisfacer exquisites académicas sino principalmente de estructurar una serie de premisas útiles para el desempeño responsable de nuestra condición de hombres de derecho.

2. ¿MOTIVAR O JUSTIFICAR?

La Constitución Política del Estado de 1993 regula en el artículo 139 numeral 5 la garantía procesal de motivación de las decisiones jurisdiccionales, disponiendo: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

La norma constitucional emplea el término “motivación”, para referirse a aquella obligación que recae en el Órgano Jurisdiccional de explicar los argumentos en los cuales ha basado su fallo.

La lectura de las sentencias judiciales, y sin que ello signifique la exclusión de pronunciamientos de otras autoridades resolutorias, permite advertir precisamente un uso casi

uniforme del verbo “motivar”, lo cual no así sino reflejar un apego al texto constitucional. Sin embargo, pese aquel empleo mayoritario –por no decir unánime–, considero válido poner en el escenario de nuestro lenguaje forense el término “justificar”, y ello, por dos razones concretas: en primer lugar, por cuanto considero que bajo la expresión “justificación” se delimita en forma más precisa cual es la obligación de todo órgano resolutor al ejercitar precisamente aquel poder conferido para resolver asunto, que no es otro que el de informar a la sociedad dentro de la cual se va a proyectar aquella decisión, las razones que lo llevaron a dictar aquel fallo; y, en segundo lugar, por cuanto considero que bajo la expresión de “motivar” se han elucubrado algunas decisiones desprovistas irónicamente de toda motivación, que al final han venido a deslegitimar aquella expresión.

Por ello, y a efectos de delimitar en forma diáfana la exigencia materia del presente ensayo, considero más útil el empleo de la palabra “justificar”, por considerar que el juzgador (Tribunal Constitucional, Poder Judicial, Arbitro. Tribunal Administrativo, etc), tiene la obligación primordial en los tiempos actuales no solo de decidir sobre un asunto, sino principalmente de justificar aquellas decisiones, comunicando en lenguaje claro e inteligible, el razonamiento coherente y racional aplicado para arribar a aquella decisión. COLOMER al respecto señala que “La motivación es sinónimo de justificación y por ello la esencia de este concepto se encuentra en que su decisión es conforme a derecho y ha sido adoptada con sujeción a la ley”¹. VÁZQUEZ SÁNCHEZ por su parte señala que “La justificación (motivación jurídica, o contexto de justificación) no se refiere a las causas que han provocado la sentencia sino a las bases jurídicas en que se apoya (los llamados “fundamentos jurídicos” en la práctica procesal). Responde a la pregunta del “porqué se ha debido tomar” la decisión o, si se quiere y es lo mismo, del porqué una decisión es correcta”².

3. EL CARÁCTER DUAL DE LA JUSTIFICACIÓN: DERECHO Y DEBER

La justificación consiste en una actividad que reviste dos facetas o aspectos inescindibles: por un lado, representa un derecho fundamental de todo ciudadano; y, por el otro, se configura en una de las principales obligaciones todo órgano resolutor, y que para el caso del Poder Judicial y Tribunal Constitucional, considero que constituye en la actualidad el principal mecanismo de legitimación social del poder conferido por el Estado.

Analicemos en forma breve cada uno de aquellos aspectos de la justificación, es decir, como derecho y como deber.

3.1. DEBER DE JUSTIFICACIÓN

La exigencia de justificación de las decisiones que adopta un juez dentro del proceso judicial viene impuesta por la Constitución Política del Estado en cuyo artículo 139 numeral 5 señala: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.”³

1 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio.- “La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales”. Tirant lo Blanch. Valencia – España. 2003. Pág. 39

2 VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar.- “La argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional español; los casos fáciles, difíciles... trágicos”. Disponible en www.filosofiayderecho.com/rfcd/numero9/10-9.pdf. Consultado el 28 de febrero del 2011

3 El fundamento legal o normativo de la obligación de motivación o justificación de las decisiones se encuentra no sólo en la Constitución Política del Estado, sino además en otros textos normativos, tanto a nivel supranacional como nacional (Ley Orgánica del Poder Judicial, Código Procesal Constitucional, Código Procesal Civil, etc.)

La justificación del deber de justificación radica en la necesidad de contar con un producto del intelecto humano que permita a través de la revisión de su contenido verificar la observancia de una actuación objetiva e imparcial del juzgador, respetuosa del ordenamiento jurídico vigente y principios en los cuales se inspira aquel (libertad, igualdad y dignidad). Así, se procura evitar que sobre la base de la mera invocación del ejercicio del poder, la decisión jurisdiccional expedida dentro de un proceso sea aceptada como tal por las partes, sin posibilidad de cuestionar la racionalidad de la misma.

Asimismo, considero que actualmente la valía del deber de justificación estriba en la necesidad del juzgador (y de cualquier autoridad) de legitimar su propia actuación como autoridad integrante del Estado, pues el estado de desconfianza de la sociedad moderna en sus autoridades impone a estos recuperar la legitimidad no en la simplista invocación de su condición de autoridad para lograr un respeto a sus decisiones, sino principalmente en el uso racional y correcto de aquel poder conferido por la sociedad. Caso contrario, el manto de sospecha sobre la autoridad no solo no se disipará sino que se extenderá, pues la carencia de razones en un fallo es un elemento generador de suspicacia y desconfianza de la actuación objetiva e imparcial del juez. AARNIO al respecto señala que "(...) es específicamente a través de la justificación como el decisor -sin que importe que se trate de un juez o de una autoridad administrativa- crea la credibilidad en la que descansa la confianza que los ciudadanos tienen en él".¹

3.2. DERECHO A LA JUSTIFICACIÓN

La justificación de las decisiones judiciales (o motivación, empleando el término legal) constituye a su vez un derecho.

El carácter de derecho de la actividad justificatoria de las decisiones responde a que los justiciables detentan la atribución de exigir a la autoridad decisora la exposición de las razones sobre las cuales base la decisión adoptada, no sólo para satisfacer un mero afán o deseo de conocimiento, sino principalmente para efectuar un control de legalidad del contenido de la decisión a través de los mecanismos legalmente previstos (recursos impugnatorios, proceso constitucional de Amparo, etc.)

El Tribunal Constitucional español al respecto ha señalado "La necesidad de dicha motivación es la de dar a conocer al interesado las razones decisivas, el fundamento de las resoluciones que le afectan. Dicha exigencia de motivación, proclamada por el art 120.3 de la C.E., constituye una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se pueda comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad".²

La exigencia de justificación de la decisión, principalmente judicial, constituye un derecho presente a lo largo de todo el desarrollo del proceso, adquiriendo mayor relevancia en aquellos pronunciamientos que resuelven asuntos sustanciales, como por ejemplo, la sentencia, el auto que resuelve una excepción procesal, el auto que dispone la improcedencia in limine de la demanda, entre otros. Toda parte procesal (demandante o demandado, procesado, agraviado o Ministerio Público) y la sociedad misma tiene el derecho de conocer los argumentos sobre los cuales se fundamenta la decisión adoptada por el órgano decisor; solo a través de ello se logrará disipar cualquier sospecha de ejercicio arbitrario

¹ AARNIO, Aulís.- "Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid - España. 1991. Pág. 29

² Tribunal Constitucional. STC 109/1992, Fundamento 3. Disponible en www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1992-0109. Consultado el 28 de Febrero del 2011.



y abusivo del poder en detrimento del justiciable, reafirmando así la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho en el cual los derechos y garantías previstos constituyen directrices de la actuación de toda la administración, como sería precisamente la justificación de la decisión adoptada.

4. FUNDAMENTO DE LA JUSTIFICACIÓN

El fundamento de la motivación o justificación ha estado asociado a la evolución del modelo de Estado, pues aquel derecho encuentra una mayor relevancia y proyección dentro de un Estado regido por principios democráticos en donde se le exige a todo órgano que detente un poder, incluso de índole privado, exponer las razones objetivas en las cuales respalda la decisión adoptada, dejando de lado prácticas precedentes que sobre la base del argumento simplista de un ejercicio del poder conferido por el pueblo sustentaban la decisión adoptada sin exponer razón alguna, sometiendo al justiciable a una incertidumbre de aquello que realmente motivó al juzgador a adoptar determinada posición.

Actualmente la justificación de las decisiones judiciales encuentra fundamento en el contexto de una hegemonía de la Teoría de la Argumentación Jurídica, construida en mérito de la contribución de ilustres pensadores como Neil MacCormick; Jerzy Wróblewski, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Aulis Aarnio, Manuel Atienza, etc.¹

5. EL DEBER DE JUSTIFICACIÓN: ¿OBLIGACIÓN EXCLUSIVA DE LOS JUECES?

El desarrollo del presente ensayo ha procurado en todo momento hacer la aseveración que el deber-derecho de justificación o motivación de las decisiones no sólo es exigible en el ámbito judicial, sino también a otros ámbitos, como el administrativo.

En el ámbito judicial sin duda alguna que el deber de justificación reviste una importancia fundamental, pues a través de una observancia estricta de aquel derecho no sólo se efectiviza el derecho a un debido proceso sino que además el órgano jurisdiccional logra obtener una debida legitimación del poder ejercido a la luz de las exigencias sociales actuales. AARNIO al respecto señala que “La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener”.²

Empero, el deber de justificación no sólo se despliega en el ámbito judicial, sino también en el ámbito administrativo. La proyección del deber-derecho de justificación de las decisiones al ámbito administrativo responde al hecho que igualmente dentro de aquel ámbito debe observarse las garantías procesales que forman parte del debido proceso, denominado en aquella esfera “debido procedimiento administrativo”, de conformidad con el artículo IV numeral 1.2 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444, cuyo texto señala “El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...) 1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y

1 Es menester señalar que aquellos autores se basaron a su vez en corrientes preexistentes como la tópic, la nueva retórica, etc., destacando en aquellos ámbitos autores como Stephen Toulmin, Theodor Viehweg, Chaim Perelman, etc.

2 AARNIO, Aulis.- Ob. Cit. Pág. 29

producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.”. El Tribunal Constitucional al respecto ha señalado que “(...) el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, “judicial”, sino que se extiende también a sede “administrativa” (...)” (STC. EXP. N° 2050-2002-AA/TC. Fundamento 12).

Asimismo, el deber de justificación de las decisiones no sólo es exigible dentro del ámbito de la actividad pública, sino también en esferas privadas, como por ejemplo, en el ámbito de sociedades, asociaciones, cooperativas¹, etc. El fundamento de aquella proyección radica precisamente en que la Constitución Política del Estado constituye un instrumento normativo que no admite ámbito de excepción alguno, por lo que derechos y garantías que consagra, como la justificación, deben ser aplicados a todo espacio de ejercicio del poder, incluso de carácter privado, a efectos de evitar la comisión de abusos o arbitrariedades en aquellos medios. El Tribunal Constitucional al respecto ha señalado que “(...) para el Tribunal Constitucional queda claro que el debido proceso –y los derechos que lo conforman, p. e. el derecho de defensa– rigen la actividad institucional de cualquier persona jurídica (...)” (EXP. N° 1612-2003-AA/TC. Fundamento 5).

En conclusión, la justificación de las decisiones constituye un deber exigible a toda autoridad que ejerza un poder decisorio, ya sea de índole judicial o administrativo, y en ámbitos públicos y privados.

6. PRESUPUESTOS DE LA JUSTIFICACIÓN

La correcta justificación de las decisiones jurídicas requiere la observancia de tres presupuestos o condiciones: racionalidad, coherencia y razonabilidad.

- La racionalidad constituye la aplicación de un razonamiento ordenado, objetivo y sistemático sobre la base de las normas preexistentes y los hechos producidos y puestos a conocimiento del órgano decisor, y no sobre apreciaciones subjetivas o pareceres sin mayor sustento fáctico y normativo.
- La coherencia es aquel elemento referido al orden del razonamiento, tanto en la estructura del razonamiento argumentativo que culmina con la decisión concreta, es decir, el fallo (coherencia interna), como en la vinculación de aquella decisión con anteriores pronunciamientos del órgano decisor (coherencia externa).

La coherencia interna significa la exigencia de un razonamiento argumentativo sólido desde una perspectiva lógica, y que necesariamente se manifestará a través del lenguaje en el que se expresa la decisión, por lo que aquel debe ser claro, ordenado y explícito. La coherencia externa, en cambio, es entendida como la logicidad entre motivación y fallo, y entre la motivación y otras resoluciones ajenas a la propia sentencia².

- La razonabilidad, según COLOMER, “(...) tiene que ver con la aceptabilidad de la decisión por el común de las personas y el auditorio técnico”.³

1 El Tribunal Constitucional en materia de cooperativas ha señalado que “(...) al haberse expulsado al demandante como socio de la cooperativa, sin observarse el procedimiento preestablecido por las disposiciones a que se refiere el párrafo precedente, queda claro que el emplazado ha vulnerado el derecho al debido proceso previsto por el inciso 3) del artículo 139 de la Carta Magna”. (STC. EXP. N° 2279-2003-AA/TC. Fundamento 3)

2 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 295

3 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio.- Ib. Idem. Pág. 308



7. PROCEDIMIENTO DE LA JUSTIFICACIÓN

La cuestión de cómo debe justificarse una decisión jurídica constituye un asunto nada sencillo, por lo que recurriremos a la Teoría de Argumentación Jurídica que ha adoptado una serie de figuras de las teorías científicas para explicar el funcionamiento del razonamiento jurídico.

Uno de aquellos aspectos adoptado es la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, situándose dentro de éste último la actividad justificativa.

7.1. CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO

El contexto de descubrimiento se refiere a la actividad consistente en descubrir o enunciar una teoría. ATIENZA al respecto señala "No se trata de un análisis de tipo lógico, sino de una labor que compete al sociólogo o al historiador de la ciencia"¹.

En el ámbito de la argumentación jurídica, el contexto de descubrimiento plantea la cuestión de identificar la forma en que el órgano decide y porque adoptó determinada decisión. Así, el contexto de descubrimiento de la decisión permite distinguir un nivel descriptivo (cómo) y un nivel explicativo (porqué).

7.2. CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN

El contexto de justificación comprende la labor de exponer las razones sobre las cuales se postula la teoría, para lo cual se recurrirá a las normas preexistentes vigentes y hechos producidos. ATIENZA al respecto señala "Se trata de un análisis lógico (aunque no solo lógico) y está regido por las reglas del método científico".²

En el ámbito de la argumentación jurídica, el contexto de justificación plantea el asunto de conocer las razones o argumentos sobre los que descansa la presunción de legitimidad de la decisión. El órgano decisor se encuentra en la obligación de justificar, tanto desde un enfoque lógico como factual, la validez de las premisas y conclusión que integran la decisión.

El contexto de justificación comprende dos fases: la justificación interna y la justificación externa.

7.2.1. JUSTIFICACIÓN INTERNA

La justificación interna está referida a la congruencia lógica formal de las premisas y la conclusión derivada de aquellas. COMANDUCCI al respecto señala "Con la expresión "justificación interna", introducida en el léxico de la teoría del Derecho por Wroblewski, me refiero a la consistencia entre la decisión final y sus premisas".³

La premisa mayor está configurada por la regla jurídica (norma legal, precedente vincu-

1 ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel.- "Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid – España. 1991. Pág. 22

2 ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel.- Ob. Cit. 22

3 COMANDUCCI, Paolo.- "Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo". Primera Edición. Distribuciones Fontamara S.A., México. 1999. Págs. 72-73.

lante o judicial, etc.) que el órgano decisor considera aplicable al caso concreto. La premisa menor está configurada por una descripción de los hechos producidos. La conclusión constituye la consecuencia jurídica prevista por la norma a la acción del sujeto.

La justificación interna es la forma básica de justificación, por lo que si bien es útil como directriz del pensamiento justificativo del órgano decisor, es insuficiente por sí sola pues se requiere verificar la validez de aquellas premisas seleccionadas para estructurar la decisión.

7.2.2. JUSTIFICACIÓN EXTERNA

La justificación externa está vinculada a la verificación de la validez de cada una de las premisas seleccionadas por el órgano decisor para arribar a la conclusión de la cual se desprende la decisión final. ALEX Y al respecto señala "(...) el objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna"¹.

La verificación de validez de cada premisa se efectúa sobre la base de distintos tipos de justificación. Así, para el caso de las premisas mayores (reglas jurídicas) se verificarán la vigencia y pertinencia al sistema jurídico imperante. Para el caso de las premisas menores se aplicará principalmente el régimen probatorio previsto por el sistema legal para confirmar la veracidad de los hechos contenidos en las afirmaciones de las partes procesales. Finalmente, y para aquellas cuestiones que no encajan ni en la categoría de premisas mayores y menores, se recurre a mecanismos propios de la Teoría de la Argumentación Jurídica diseñada como reglas de interpretación, argumentos dogmáticos y de doctrina jurisprudencial, argumentos de la razón práctica en general, formas especiales de argumentos jurídicos, etc.

8. DECISIÓN NO JUSTIFICADA

La justificación constituye un deber que debe asumir en todo momento el órgano decisor. Empero, y como toda norma de conducta, no necesariamente aquella es observada, en cuyo caso se configura una decisión no justificada.

A continuación desarrollaremos las principales manifestaciones de la decisión no justificada, y para lo cual nos guiaremos de pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano formulados al respecto (STC. Exp. N° 3943-2006-PA/TC, STC. Exp. N° 00728-2008-PHC/TC)

8.1. MOTIVACIÓN APARENTE O INEXISTENCIA DE MOTIVACIÓN

La motivación aparente se produce cuando el órgano decisor no expone un mínimo de razones que permitan a través de su revisión poder identificar los verdaderos motivos, jurídicos y fácticos, para adoptar determinada posición.

8.2. FALTA DE MOTIVACIÓN INTERNA DEL RAZONAMIENTO

La falta de motivación interna del razonamiento se configura a través de la incompatibilidad entre las premisas seleccionadas y la consecuencia jurídica resultante; discrepancia a nivel del razonamiento silogístico.



La validez del silogismo jurídico plantea la exigencia de utilización de un lenguaje claro y de bajo índice de confusión. COLOMER al respecto señala que se trata de (...) garantizar que la motivación cumpla sus funciones sin que un defectuoso empleo del lenguaje impida que satisfaga, al menos, su esencial función comunicativa”.¹

La presente manifestación se configuraría en forma flagrante cuando el órgano decisor resuelve establecer como premisa mayor (regla jurídica) una norma que no corresponde a los hechos planteados por las partes, excluyendo en forma deliberada otra norma que si regula los hechos controvertidos en forma específica. Indudablemente que la selección de una norma que no se condice con la materia litigiosa generara una conclusión negativa a la luz de las expectativas del justiciable que esperó la aplicación de la norma correcta para obtener un fallo favorable.

8.3. DEFICIENCIAS EN LA MOTIVACIÓN EXTERNA

La ausencia de verificación de validez de las premisas seleccionadas para arribar a la conclusión sobre la que se formula decisión o la verificación de no vigencia del soporte normativo o fáctico de las premisas aplicadas en el razonamiento silogístico, constituyen manifestaciones de una deficiente motivación externa de la decisión.

La verificación de las premisas es de suma importancia pues a través de aquellas se procura establecer si la regla jurídica seleccionada y los hechos narrados y subsumidos en la norma previamente fijada, realmente existen y se hallan vigentes, pues de no ser así, estaríamos formulando una decisión basada en norma no existentes o en hechos jamás producidos que a su vez genera el no despliegue de la conclusión o consecuencia jurídica prevista en la regla jurídica.

8.4. MOTIVACIÓN INSUFICIENTE

La motivación insuficiente constituye un grado intermedio de justificación que no permite asegurar una adecuada y mínima exposición de razones sobre los cuales se basa la decisión del órgano respectivo. En suma, constituye una exposición incompleta, irregular de las razones o argumentos que motivaron la adopción de determinación posición en el fallo.

8.5. MOTIVACIÓN SUSTANCIALMENTE INCONGRUENTE

La incongruencia constituye una afectación del derecho a la motivación, en la medida que el pronunciamiento del órgano decisor debe mediar estrictamente sobre el petitorio planteado, ya sea través de la demanda o en vía de reconvencción.

La congruencia, según GUASP, constituye “(...) la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyan el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto”.²

La incongruencia se manifiesta en un plano objetivo, subjetivo y fáctico, desarrollando a continuación la forma de producción de cada una de aquellas.

1 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio.- “La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales”. Tirant lo Blanch. Valencia – España. 2003. Pág. 294.

2 GUASP, Jaime.- “Derecho Procesal Civil”. Editorial Instituto de Estudios Políticos. Tomo I. Madrid – España. 1968. Pág. 517.

La incongruencia objetiva representa una absoluta contradicción entre el fallo y el petitorio de las partes (contenido en la demanda o reconvención). Las manifestaciones de la incongruencia objetiva son fallo citra petita, extra petita y ultra petita.

- La decisión citra petita o infra petita se configura cuando el órgano decisor omite pronunciarse sobre todos los pedidos formulados por las partes en su debida oportunidad.
- La decisión extra petita se produce cuando el órgano decisor se pronuncia sobre una cuestión no planteada por ninguna de las partes y, por ende, no debatido en el desarrollo del proceso.
- La decisión ultra petita se configura cuando el órgano decisor resuelve otorgar algo por encima de lo solicitado por las partes, no estando limitada estrictamente a cuestiones monetarias, aunque con mayor incidencia se presente en aquella materia.

La incongruencia subjetiva representa una omisión o exceso de proyección de la decisión a las partes que integran la relación jurídica procesal, es decir, que el órgano decisor omite indicar en forma expresa la condenada o mandato que deberá cumplir una de las partes validamente incorporadas al proceso como demandado (sin que ello signifique otras modalidades de incorporación al proceso) o cuando se impone una consecuencia a alguien que simplemente no forma parte del vínculo procesal, es decir, que no es ni demandante ni demandado.

La incongruencia fáctica se produce cuando el órgano decisor emite una decisión sobre la base de hechos ni expuestos por las partes postulatorias y mucho menos inferidos del material probatorio actuado en el desarrollado del proceso.

La incongruencia, ya sea en su manifestación objetiva, subjetiva o fáctica, representa una afectación del deber de justificación pues no se satisface el presupuesto de congruencia del razonamiento jurídico, ya sea por no corresponder con los hechos probados o por no guardar nexo con lo pedido por las partes procesales.



8.1. MOTIVACIONES CUALIFICADAS

La decisión que dispone la afectación de derechos fundamentales como el de la libertad, se encuentra sometida a una doble exigencia de justificación: en primer lugar, de la validez de la decisión limitativa y en segundo lugar, de la justificación de la limitación o restricción del derecho.

9. LA IMPORTANCIA DEL SILOGISMO JURÍDICO EN LA ESTRUCTURA DE LA JUSTIFICACIÓN

El silogismo jurídico constituye la forma más elemental de justificación de las decisiones jurídicas. No obstante su carácter primario, el razonamiento incorporado en un silogismo jurídico juega un papel importante en la labor justificatoria en la medida que constituye el primer filtro de corrección o validez de la decisión judicial.

En efecto, el silogismo jurídico representa el pensamiento inicial del órgano decisor cuando llega el momento de emitir un fallo, procediendo a la selección de la regla jurídica aplicable al caso concreto, creando una premisa sobre la base de la narración de los hechos planteados por los sujetos procesales y realizando la operación de subsunción para generar una conclusión.

El papel del silogismo jurídico puede ser comprendido de mejor manera a través de un análisis separado de cada uno de los elementos integrantes (premisas mayor y menor y conclusión).

- En el caso de la premisa mayor, la revisión del silogismo jurídico nos permite identificar la regla o reglas jurídicas seleccionadas por el órgano decisor para emitir el fallo respectivo. A través de ello, plantaremos una serie de interrogantes a dilucidar en la etapa de justificación externa: ¿la regla jurídica escogida corresponde al tema controvertido?; ¿la regla jurídica seleccionada está vigente?; ¿el ordenamiento jurídico prevé alguna condición o excepción a la regla jurídica invocada?, etc. Así, si el órgano decisor no hubiese formulado ninguna premisa mayor sin duda alguna que no existirían preguntas a responder en la justificación externa, es decir, no habría propiamente justificación externa alguna en aquel extremo.

MACCORMICK al respecto señala "(...) el silogismo juega un papel fundamental como estructura en el pensamiento jurídico, aunque no todo ese pensamiento se agota en su estructura únicamente".¹

- En el caso de la premisa menor, el silogismo jurídico nos permite conocer cuales son los hechos planteados por las partes y que delimitan la controversia, a efectos de proceder a la posterior verificación de su producción en el ámbito de la justificación externa.

La formulación de la premisa menor es sustancial pues sobre la base de su correcta determinación dependerá el éxito o fracaso de un correcto ejercicio de subsunción normativa. En efecto, si el órgano decisor efectúa una deficiente narración de los hechos planteados por las partes, aquella deficiencia generará una conclusión negativa como resultado de la incompatibilidad con la regla jurídica seleccionada al efectuarse la operación de subsunción. Por ello, se debe exigir al órgano decisor una correcta descripción de los hechos expuestos por las partes, sin que ello signifique redundancia o inclusión de hechos irrelevantes a la controversia

- En el caso de la conclusión, es decir, la consecuencia jurídica, el silogismo jurídico nos permite apreciar una actividad racional a través de la inferencia de un resultado (orden o declaración) como resultado del proceso de subsunción de los hechos narrados (premisas) a la premisa fáctica contenida en la regla jurídica (premisas).

Finalmente, el silogismo jurídico contribuye a una decisión que desde el punto de vista argumentativo satisface un primer nivel de exigencia racional, pues a través de aquel se espera la representación de una estructura de pensamiento coherente y lógica, susceptible de verificar aquellos atributos en una etapa posterior subsiguiente: la justificación externa.

10. LIMITACIÓN DEL SILOGISMO JURÍDICO

No obstante la valía del silogismo jurídico dentro de la estructura del procedimiento argumentativo, debemos igualmente reconocer su limitación, lo cual no desmerece su valía.

- En primer lugar el silogismo jurídico enfrenta la limitación de su carácter básico y ello por cuanto sólo satisface un nivel de exigencia racional, requiriéndose verificar la validez de las premisas seleccionadas y, por ende, la conclusión arribada, configurándose aquella labor la segunda etapa del proceso justificatorio (justificación externa).

1 MACCORMICK, Neil.- "La argumentación silogística: una defensa matizada". En Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho. ISSN 0214-8676. Nº 30. 2007. Pág. 323. Disponible en www.cervantesvirtual.com/s3/BVMC_OBRAS/746/582/50c/855/456/59b/4dd/aa9/b10/2bb/c0/mimes/74658250-c855-4565-9b4d-daa9b102bbc0.pdf. Consultado el 28 de Febrero del 2011.

- En segundo lugar, por cuanto el silogismo jurídico encuentra plena utilidad principalmente para los “casos fáciles”¹, es decir, aquellos casos en los cuales existe una regla jurídica concreta para un determinado hecho. Sin embargo, para los casos difíciles, esto es, para aquellos casos en los cuales existe una diversidad de posibles normas aplicables al caso concreto o para los “casos trágicos”, es decir, para aquellos en los cuales se presenta una colisión de derechos fundamentales, afloran las limitaciones del modelo silogístico, por cuanto no existen pautas para la elección de la regla o principio jurídico correcto, requiriéndose acudir a otros mecanismos (criterios de interpretación, técnica de ponderación).
- En tercer lugar, por cuanto el esquema del silogismo jurídico requiere necesariamente de una regla jurídica, no explicando el surgimiento de ésta sobre la base de técnicas de integración como la analogía.

11. CONCLUSIÓN

El presente ensayo solo ha tenido por finalidad reivindicar el papel del silogismo jurídico dentro de la estructura del razonamiento argumentativo jurídico, y ello, por cuanto consideramos que su observancia en aquellos casos por así decirlo sencillos, contribuiría a fortalecer la legitimidad de la sociedad en sus órganos decisores pues aquel esquema responde a un estándar mínimo de racionalidad de fácil asimilación por el justiciable, destinatario final de todo acto de decisión jurídica, ya sea sentencias, laudos, dictámenes, etc.

Asimismo, y reconociendo la limitación del modelo silogístico, consideramos que la actividad justificatoria no debe limitarse solo en aquella, sino que debe proyectarse a otro nivel. Concretamente la justificación externa, en donde entrarán en juego los conocimientos relacionados con la vigencia de la norma y el régimen probatorio.

Finalmente, debemos reconocer que el material sobre el tema de la Teoría de la Argumentación Jurídica es muy profuso y abstracto, por lo que el presente ensayo constituye un intento explicar en la forma más clara el papel que juega el silogismo jurídico y sobre la base de su limitación motivar un estudio más profundo de los demás niveles de justificación.

¹ Un tema controvertido es aquel que plantea la cuestión de si existen propiamente casos fáciles y ello debido a que la indeterminación del derecho precisamente genera como consecuencia la no existencia de un solo sentido de una regla jurídica, con lo cual no existiría propiamente ningún caso fácil dada la posibilidad de una interpretación diversa de una misma norma en otro caso concreto.



BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis.- "Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid - España. 1991.

ALEXY, Robert.- "Teoría de la Argumentación Jurídica". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid - España. 1989.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel.- "Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid - España. 1991.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio.- "La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales". Tirant lo Blanch. Valencia - España. 2003.

COMANDUCCI, Paolo.- "Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo". Primera Edición. Distribuciones Fontamara S.A., México. 1999.

GUASP, Jaime.- "Derecho Procesal Civil". Editorial Instituto de Estudios Políticos. Tomo I. Madrid - España. 1968.

MACCORMICK, Neil.- "La argumentación silogística: una defensa matizada". En Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho. ISSN 0214-8676. Nº 30. 2007. Pág. 323. Disponible en www.cervantesvirtual.com/s3/BVMC_OBRAS/746/582/50c/855/456/59b/4dd/aa9/b10/2bb/c0/mimes/74658250-c855-4565-9b4d-daa9b102bbc0.pdf. Consultado el 28 de Febrero del 2011.

VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Omar.- "La argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional español; los casos fáciles, difíciles... trágicos". Disponible en www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero9/10-9.pdf. Consultado el 28 de febrero del 2011



ALGUNOS APUNTES ACERCA DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA

JOSÉ ANTONIO DÍAZ MURO¹



*Porque existe un patrimonio inmaterial, que lo puede todo y
trasega las barreras que se presentan...
Ese patrimonio, es el amor. Y dentro de ése amor, el amor conyugal, el amor filial...
Para ustedes: Daniela y José Daniel...Porque son y serán la inspiración de mi esfuerzo...*

I- CONSIDERACIONES PREVIAS

Debemos iniciar esta breve alocución haciendo referencia en primer lugar a que dentro de nuestro mundo heterogéneo y globalizado, surgen y perviven con nosotros conductas antijurídicas que afectan bienes o intereses de los particulares, y que gracias a la intervención punitiva estatal, se busca prevenir y reprimir dichos comportamientos antisociales, que sotierren la paz y tranquilidad social; sin embargo del elenco de conductas reprochables dentro de los cuerpos punitivos, se han clasificado de tal forma que existen familias de delitos que protegen muy particularmente los bienes socialmente relevantes de cada uno de nosotros, verbigracia, los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; los ilícitos contra el patrimonio; los delitos contra la libertad, entre otros hechos punibles clasificados y agrupados de acuerdo al bien jurídico protegido.

Pues bien, estas líneas propedéuticas no sirven sino para enfocarnos dentro de la gama de delitos que buscan proteger los bienes patrimoniales de las personas, aquellos bienes que representan un valor o valía para quienes ostentan su titularidad o posesión; estos bienes que permiten al ser humano satisfacer sus necesidades y requerimientos, muchas veces son pasibles de apetencias foráneas, que lejos de motivar una acrecencia en ellos, de tal suerte que los impela para su realización, optan por hacerse propios dichos bienes, resultando con ello el despliegue o desarrollo de una conducta ilícita propendiente a la consecución de tal objetivo inicuo, es decir apropiarse por cualquier forma de la cosa u objeto que quieren tener para si.

Es en ese rubro, donde se enfoca el delito que será materia de una ligera pero encarnada elucubración, haciendo alusión al ilícito penal de Apropiación Ilícita², donde veremos, que siendo un hecho punible que afecta el patrimonio o mejor dicho a la propiedad de los particulares, la forma en que se acomete dicha afectación guarda cierta distancia con los delitos tradicionales de hurto, robo, estafa, etc. Y ello debido a que en el delito de apropiación indebida, el bien que es materia de aprehensión ilícita, empieza por un camino recto y justo, a través del denominado justo título, y culmina con un resultado ilícito o antijurídico, es decir, desencadena en un resultado ignominioso luego de que el sujeto agente aprovechándose que se le fue conferido un bien para un uso o finalidad determinada mediante un título válido y legal, posteriormente desconoce tal compromiso y por ende la obligación de devolver el aludido bien, y se apropia de éste, desplegando una postura de propietario, vale decir, realiza acciones de disposición del bien como si éste fuera de su propiedad, desconociendo la obligación vigente de devolver la cosa luego de haber pactado en ese sentido.

Y no puede ser de otra manera, puesto que la diferencia entre los delitos de hurto y robo frente al de Apropiación ilícita, no es más que la forma de obtener el bien, y claro, en el

¹ * Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque. Doctorando en Derecho y Ciencia Política.

² Este delito se denomina "abuso de confianza" en el Derecho francés; "apropiación indebida" en el Derecho italiano y español; y "retención indebida" en el Derecho Chileno.



hurto el bien entra en la esfera de dominio del sujeto agente a través de una aprehensión ilícita, pero que ésta no se realiza valiéndose de la confianza o del título primigenio mediante el cual fue conferido el bien, sino muy por el contrario, en el hurto, el agente toma el bien del lugar donde se encuentra la cosa, y obviamente la res se encuentra en poder y dominio del sujeto pasivo. Entonces vemos que en la apropiación ilícita el bien no se toma por el simple hecho de querer la cosa para sí, sino que ésta entra en la jurisdicción del sujeto activo, por la propia voluntad de la víctima, pero que obviamente media un título por el cual el agente se obliga en devolver el bien mueble luego de haberse concretado la finalidad por la cual se entregó, o mejor dicho, estando a lo que se pactó respecto a la devolución. Sobre este acápite, conviene dejar sentado liminarmente, que en la apropiación ilícita el agente empieza actuando lícitamente, cuando recibe la cosa por medio de un título que produzca la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado, pero que inmediatamente después, trasvasando la esfera de confianza y de bona fides del titular del bien, este agente, trastoca el sentido lícito de la tenencia del bien (sea por depósito, comisión, administración, etc.), y lo convierte en ilícito, cuando cumplida la finalidad o vencido el término por el cual se otorgo el bien, el sujeto activo se resiste o vuelve refractario en devolver el bien entregado, pese a tener conocimiento de la obligación que existe en regresar la cosa a la esfera de custodia del sujeto pasivo, siendo renuente ante tal compromiso.

Ahora bien, luego de esas líneas retomamos el punto relacionado a la diferencia con el robo, siendo perspicua tal disimilitud, empero, debemos señalar, y como es sabido, en el robo la cosa entra en el dominio del sujeto activo por medio de la amenaza y la violencia que se ejerce sobre los titulares del bien, lo que es contrario a la apropiación indebida, donde no media violencia ni amenaza, ya que a lo sumo existe un abuso de confianza entre el agente y la víctima respecto a un bien que le fue entregado al primero con el compromiso de su devolución posterior al sujeto pasivo.

De modo que, llegado a este punto podemos señalar que el delito de apropiación ilícita, si bien busca proteger el bien jurídico patrimonio, empero la forma en que el sujeto agente toma partido de este, lo hace por medios comisivos distintos a los delitos tradicionales que afectan el patrimonio, y ni que decir con la estafa, donde obviamente el bien patrimonial entra en la circunscripción del sujeto activo, no mediante una aprehensión, sino cobra relevancia el engaño, para desencadenar el error en el sujeto pasivo, que conlleve a la postre a la disposición patrimonial, generadora del perjuicio para la víctima y beneficio o lucro para el agente. Realidad que dista de la apropiación ilícita, pues como ya se argumentó, el bien en ésta última entra en la esfera del agente por un justo título, sin mediar engaño, en cambio en la estafa el bien ab initio entra en poder del sujeto activo luego de haber urdido y ejecutado el engaño, sin el cual no se habría podido consumir o entregar la cosa.

Finalmente, en este epílogo debe indicarse que muchas veces arriban hasta el órgano persecutor del delito, denuncias que guardan estricta relación con meros incumplimientos contractuales (exempli gratia, venta de bienes a plazos con reserva de propiedad, obligaciones de dar o hacer, etc.) o bajo la vigencia del derecho de retención que reconoce el ordenamiento civil, ante lo cual debe analizarse solícitamente caso por caso con la finalidad de no perseguir conductas que de por sí son bienvenidas en el derecho civil, o de otro lado, dejar de activar el ius puniendi por un análisis ligero de las conductas denunciadas.

Entonces recapitulando diremos que en la apropiación indebida, se apropian bienes, dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, conducta que se realiza cuando se ha recibido previamente la cosa, bien en depósito, en comisión o admi-



nistración, o por cualquier otro título que le obligue a entregarlos o devolverlos. Es decir, en la apropiación indebida no hay desplazamiento patrimonial ya que la cosa mueble o el activo patrimonial ya se encuentra en poder del obligado a devolverlo, siendo que su resolución criminal se hace ostensible cuando el sujeto activo incorpora el objeto a su patrimonio o dispone de él, quedando exteriorizada su intención definitiva sobre ello. A continuación se realiza el deslinde correspondiente, recalcando que el presente trabajo se trata de algunos apuntes referidos al injusto, que obviamente no pretende agotar la materia, que es desde ya muy amplia.

II.- EL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA EN EL CÓDIGO PENAL

2.1.- BREVE ESTUDIO DIACRÓNICO

El delito de apropiación ilícita ha experimentado a través del tiempo, cambios en su configuración y variación en su alojamiento dentro de los tipos penales circundantes y preservadores del patrimonio. Esto es, esta figura delictiva se encontraba ya en el Derecho romano, aunque confundida entre el hurto y la estafa. Posteriormente en el Código penal Francés se tipificó como delito independiente bajo el nombre de “abuso de confianza” sirviendo de modelo al Código penal español de 1822¹, y a otros Códigos de la misma latitud, siendo por tanto recién con la codificación italiana del siglo XIX que adquiere plena autonomía y sustantividad propia. De su lado, nuestra realidad peruana tuvo presente y cobijó al tipo penal in comento en el Código penal de 1924, donde aparecía reglado en los artículos 240º al 242º; situación emulada por el Codex de 1991, el cual tipifica en su artículo 190º el delito de Apropiación Ilícita, compartiendo vecindario con los ilícitos de hurto, robo, estafa, usurpación, etc., los mismos que se encuentran enrolados dentro del Título V de los delitos contra el patrimonio.

2.2.- DESCRIPCIÓN TÍPICA

Nuestro Código punitivo tipifica de manera perspicua el delito de Apropiación Ilícita, estableciendo y reprimiendo en su artículo 190º, la conducta de aquel sujeto que valiéndose de un justo título por el cual se le ha conferido la tenencia de un bien, ya sea por un contrato de depósito, administración, comisión u otro título del cual devengue la obligación de devolver, entregar o hacer un uso determinado; este sujeto agente se torna recalcitrante ante la acción de retornar o devolver el bien a su legítimo titular, y con ello la realización de actos de disposición del bien en notorio perjuicio del agraviado. De ese modo la tipificación del ilícito de apropiación indebida aparece en nuestra legislación penal de la siguiente manera:

El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

1 MUÑOZ CONDE, Francisco. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Tirant Lo Blanch. Decimoquinta Edición, revisada y puesta al día. Valencia – España. Página 421.



Cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

2.3.- ¿QUÉ SE ENTIENDE POR APROPIACIÓN?

Es pertinente antes de avanzar en nuestra tarea de desbrozar el tipo penal en estudio, sentar algunas ideas respecto a lo que debe entenderse por el término apropiación, de modo que nos sirva para lograr comprender in integrum los alcances del tipo. Siendo así, en primer orden se debe injertar lo señalado por el máximo exponente de habla Hispana como lo es la Real Academia de la Lengua Española, la cual sobre el particular nos dice que apropiación, es toda acción y efecto de apropiar o apropiarse; y por apropiar, como el hacer algo propio de alguien, o en una acepción más jurídica, como tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueña de ella, por lo común de propia autoridad¹. De lo cual es fácil inferir que el verbo apropiar, enmarca un conjunto de acciones tendientes a tomar para sí alguna cosa haciéndose dueño de ella, y que inevitablemente dicho proceder conlleva un accionar ilícito. Vemos entonces que la apropiación es tomar o hacerse dueño de algo, sin tener derecho a ello, es decir, comportarse como el titular de la cosa, sin tener tal privilegio dominical. Suscribiendo el razonamiento antedicho, el jurista peruano Pedro Flores Polo, en su didáctica e integral obra, nos enseña que apropiación es un modo de adquirir la propiedad de cosas ajenas o de nadie por manifestación unilateral de voluntad del adquirente tomándolas para sí como si fuera el dueño². En la otra acera, corresponde delimitar la connotación jurídica del vocablo apropiación, valiéndonos para ello de la ilustración que nos brinda el Diccionario Jurídico Espasa, el cual explica que la característica básica del delito es el castigo de la administración desleal del patrimonio ajeno con abuso de la confianza que en el depositario se ha puesto, transmutándose, unilateralmente por el autor, el título posesorio legítimamente iniciado por cualquier relación jurídica habilitadora para ello, en propiedad ilegítima³. Seguidamente, y descerrando mas el panorama, la majestuosa obra jurídica de Guillermo Cabanellas, nos alcanza una definición al respecto, indicando que la apropiación indebida es la incorporación, por acto espontáneo, de una cosa a nuestro patrimonio, cuando se carece de derecho para ello. Es tanto una atenuación calificada del robo y hurto como una irregularidad en el adueñamiento de las cosas⁴.

2.4.- DEFINICIÓN DE APROPIACIÓN ILÍCITA

Merece anquilosarnos en este punto, con la finalidad de dar un alcance respecto a lo que significa en sí el delito de apropiación ilícita, empleando para ello lo opinado por el profesor argentino Jorge L. Marín, quien refiere que la apropiación ilícita como delito consiste en negarse a restituir, o no restituir a su debido tiempo las cosas entregadas por un título que produzca obligación de devolver⁵, esto es, en la apropiación o retención indebida⁶, se entrega la cosa confiando en que se dé ha cumplir con la obligación de entregar o devolver.

Nuestros Tribunales peruanos, se han pronunciado en sendas jurisprudencias respecto

1 DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Vigésima Segunda Edición. Año 2001.

2 FLORES POLO, Pedro. DICCIONARIO DE TERMINOS JURÍDICOS – VOLUMEN I. Marsol Editores. Segunda Edición 1987. Lima – Perú. Página 235.

3 DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Espasa Calpe SA. Edición 2007. Madrid – España. Página 159.

4 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. TOMO I. Editorial Heliasta. Vigésima Cuarta Edición. Buenos Aires – Argentina. Página 345.

5 MARÍN, Jorge Luis. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editorial Hammurabi. Segunda Edición 2008. Buenos Aires – Argentina. Página 461.

6 FONTAN BALESTRA, Carlos. TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL – TOMO VI. Editorial Abeledo – Perrot. Edición 1969. Buenos Aires – Argentina. Página 111.



a lo que debe entenderse por el delito de apropiación ilícita, para ello consideramos ilustrativo el fallo recaído en el expediente N° 6462-1997-Lima¹, el cual de verbo ad verbum señala lo siguiente: “Apropiación ilícita se entiende cuando el sujeto activo realiza actos de disposición a un uso determinado sobre un bien mueble, que ha recibido lícitamente por un título que no le da derecho a ello, incorporando a su patrimonio, ya sea el bien que se ve privado el propietario, ya sea el valor incorporado a él (...). Que tal como lo señala Juan Bustos Ramírez en su libro Manual de Derecho Penal. Parte Especial, lo importante es la ‘afección a la capacidad de disposición que tiene el propietario de la cosa, la que es afectada por un abuso de confianza, de modo que es el abuso de confianza lo que convierte en punible la obligación de restituir’.

El connotado jurista Vives Antón², comentando el Código Penal Español, nos dice que el concepto de apropiación indebida se encuentra recogido en el artículo 252º y consiste en apoderarse o distraer cualquier cosa mueble que el sujeto activo ha recibido por medio de cualquier clase de título que le obligue a devolverlo. En consecuencia se trata de una ilegítima atribución del dominio –afirma el maestro.

Como vamos oteando, el delito de apropiación ilícita consiste en la privación ilegítima por parte del agente, del bien mueble, suma de dinero o valor que ha recibido del sujeto pasivo, mediante un título jurídico que hace surgir la obligación de devolver o hacer un uso determinado; siendo que tal privación aparece cuando el sujeto activo se muestra refractario ante la obligación de devolver o dar el uso correspondiente al bien entregado, desplegando acciones de disposición sobre la res, como si éste fuera el portador del título dominical del mismo, y como consecuencia de ello el perjuicio para sujeto pasivo y el provecho para el agente o de un tercero.

Comulgando con nuestra posición, la jurisprudencia española en reiterados pronunciamientos ha sostenido que para estar frente al delito de apropiación indebida se requiere acreditar la existencia en primer lugar de una inicial posesión legítima por el sujeto activo de dinero, efectos o cualquier cosa mueble; en segundo orden, que el título por el que se ha adquirido dicha posesión sea de los que producen obligación de entregar o devolver la cosa; y finalmente, que exista un acto de disposición de la cosa de naturaleza dominical, por parte de dicho agente. De ese modo, la apropiación indebida se caracteriza por la transformación que el sujeto activo hace, en tanto convierte el título inicialmente legítimo y lícito por el que recibió dinero, efectos o cosas muebles, en una titularidad ilegítima cuando rompe dolosamente el fundamento de confianza que determinó que aquellos le fueran entregados³.

Y no puede ser de otra manera, puesto que en el delito bajo estudio, el sujeto activo recibe del sujeto pasivo, el bien mueble, la suma de dinero o un valor determinado, por medio de un título habilitante que le confiere la tenencia del bien, sin embargo, dicha posesión inmediata –del bien–, se realiza condicionada a la obligación posterior de devolver o restituir la cosa, situación que al ser desconocida por el agente, irroga que se genera la escisión o cisma en el compromiso adquirido liminarmente, tornado a que dicha relación jurídica nacida válida y legal, se transfigure en ilegítima, cuando existe la displicencia o renuencia para dar cumplimiento a la devolución del bien o valor entregado.

1 Expediente N° 6462-1997-Lima, Sent., 11 diciembre de 1997, en: LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel. JURISPRUDENCIA DEL PROCESO PENAL SUMARIO 1997. Grijley. Lima 1999. Página 209.

2 VIVES ANTON, T.S. Y Otros. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editorial Tirant Lo Blanch. Tercera Edición 1999. Valencia – España. Página 467.

3 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y Otros. MANUAL PRÁCTICO DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editorial Tirant Lo Blanch. Segunda Edición 2004. Valencia – España. Página 613-614.



De modo que cronológicamente existen dos momentos distintos en el desarrollo del iter criminis, uno inicial, consistente en la recepción válida, otro subsiguiente, que consiste en la indebida apropiación con perjuicio a otro si con ánimo de lucro se origina tal apoderamiento o la distracción de lo que se tenía en posesión¹.

2.5.- TEORIAS ACERCA DE LA APROPIACIÓN

Respecto a las teorías que explican la apropiación, éstas tienen su génesis en Alemania, y es el jurista De La Mata, quien las ha condensado y explicado muy pedagógicamente, siendo oportuno insertarlas a nuestro trabajo, a fin de tener una visión integral del ilícito bajo estudio.

Para dicho menester debemos emplear lo anotado por los juristas Bramont Arias-Torres y García Cantizano, quienes citando a De La Mata², nos exponen las siguientes teorías:

2.5.1.- TEORÍA DE LA SUSTANCIA (SUBSTANZTHEORIE).- Entiende que sólo puede hablarse de apropiación cuando se expropia a un sujeto un objeto de su propiedad en un sentido físico, de tal modo que no pueda disponer ya de él en absoluto. De ahí que, cuando con la acción del sujeto activo se priva a una cosa de su valor inherente, pero ésta permanece en poder del propietario o bien retorna a él inalterada físicamente tras una utilización temporal de la misma por parte de aquél sujeto activo, no puede aceptarse la existencia de una apropiación.

2.5.2.- TEORÍA DEL VALOR REAL (SACHWERTTHEORIE).- La apropiación consiste en la ganancia que se obtiene con la cosa, atendiendo a su valor económico, esto es, en la constatación de la voluntad de un sujeto que pretende conducir a su propio patrimonio el valor que incorpora un objeto (Aneignung), privando de él al propietario con carácter definitivo (Enteignung). La Limitación de esta tesis surge de la impunidad a que conduce, tanto en supuesto de apropiaciones relacionadas con objeto sin valor o con mero valor de afección, como en los que se refieren a utilizaciones de objetos de modo diferente al que corresponde a su sentido económico, de cuyo valor se ve privado el sujeto pasivo por el comportamiento de un sujeto que, sin embargo, no incorpora dicho valor a su patrimonio.

2.5.3.- TEORÍA DE LA UNIÓN (VEREINIGUNGSTHEORIE).- Esta teoría es la que sostiene actualmente casi de manera unánime. La apropiación del sujeto activo bien de la cosa misma de la que se ve privado el patrimonio, bien del valor incorporado a ella.

2.5.4.- TEORÍA CORREGIDA DE LA SUSTANCIA (ERWEITERTE SUBSTANZTHEORIE).- Critica a la teoría de la unión en base a dos argumentos. Por una parte, entiende que recurriendo al valor del objeto para determinar el concepto de apropiación se produce una difuminación de éste, identificándolo con la causación de un daño meramente económico. Por otro, destaca la improcedencia de una teoría surgida para resolver únicamente un problema, el de apropiación de títulos valores, que puede ser resuelto desde la propia teoría de la sustancia. Estos autores afirman que comprenden en la teoría corregida de la sustancia la apropiación de una libreta de ahorros, y en general, de cualquier título de legitimación, aún cuando éste se devuelva a su titular, en toda su integridad física, después de haber sido utilizado. Basta para ello atender a las propiedades características de dichos títulos de legitimación que permiten afirmar que su utilización conlleva al ejercicio del derecho que incorporan. La existencia de una apropiación en todos casos puede confirmar-

1

Ibidem.

2

DE LA MATA, citado por BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Op. Cit. Página 330.

se, observándose simplemente que el sujeto activo se comporta como auténtico Dominus del derecho que incorpora el título utilizado (Aneignung), despojando al titular legítimo de tal condición (Enteignung), incluso tras la devolución del título en cuestión.

2.6.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Sobre el bien jurídico tutelado en el delito de apropiación ilícita, es común y pacífico en la doctrina aceptar que lo que busca proteger el tipo penal es el patrimonio, sin embargo, y estando a la especificidad de la protección, lo que se pretende proteger es el derecho de propiedad que ejerce el titular del bien. Y que éste derecho de propiedad se encuentra reconocido por nuestro Código Civil en su artículo 923º, cuando señala que la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.

De su lado los profesores argentinos Ernesto Gavier y Euclides Rivera, en un trabajo conjunto y con una visión integral, han señalado respecto al bien jurídico tutelado, que lo que se pretende proteger en forma particular es la confianza depositada en otra persona mediante un acto jurídico por el cual se le confiere temporalmente la tenencia de una cosa para su guarda, uso o transmisión a otro, es decir, en este tipo de negocio existe la obligación de devolver o entregar, por lo que también se protege el derecho personal de restitución o que sea entregado al destinatario asignado. Sostienen también, y siempre refiriéndose al Código Penal gaucha, que puede también afirmarse que el bien jurídico protegido es la propiedad, la posesión y, a veces la tenencia de las cosas muebles¹.

Siendo así, advertimos entonces que además de la propiedad que es el objeto jurídico genérico de la tutela penal, es la obligación de entregar o devolver, es decir, del derecho que autoriza a exigir del obligado el cumplimiento de la obligación de restituir a su debido tiempo o de hacer un uso determinado de la cosa ajena².

Como se vislumbra, el bien jurídico protegido en el delito de Apropiación Ilícita, es, sin duda, la propiedad, siendo que existe en este caso, un derecho subjetivo a la restitución de la cosa, basado en el deber del sujeto activo, por una parte, de hacerlo, y el derecho del sujeto pasivo de que se lo haga, y que se circunscribe al derecho de restitución que posee quien entrega una cosa, y que está obligado a devolverla, resultando la obligación de restituir del contenido del título que une a las partes, y, sin duda alguna, de una relación de confianza que pudo haber determinado a las partes a la realización del acuerdo³. En el mismo sentido, nuestra doctrina nacional, y siguiendo las opiniones más autorizadas, el profesor Luís Bramont-Arias Torres y Otro, respecto al bien jurídico protegido, nos ilustra señalando que lo que se protege en este ilícito es el patrimonio, pero más concretamente la propiedad y que en el caso de bienes fungibles – generalmente el dinero – se protege, además, un derecho de crédito⁴.

En su oportunidad la judicatura peruana también ha salido a la palestra y ha sentado algunos alcances entorno al bien jurídico protegido en el delito de apropiación ilícita, precisando que lo que aparece protegido especialmente en el delito de apropiación ilícita es la propiedad sobre una cosa y en relación a esta capacidad de disposición que tiene el propietario y que tenga derecho a su restitución y como contrapartida implica al otro la

1 I. BALCARCE, Fabián y Otros. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editorial Advocatus. Primera Edición 2009. Córdoba – Argentina. Página 82.

2 URÉ, Ernesto. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA. Editorial Ideas. Edición 1947, Buenos Aires – Argentina. Página 27.

3 ALBERTO DONNA, Edgardo. Derecho Penal Parte Especial Tomo II B. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires – Argentina, Año 2001. Página 359.

4 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Derecho Penal Parte Especial. Editorial San Marcos. Cuarta Edición 1998. Página 329.



obligación de restituir la cosa¹.

El profesor chileno Sergio Politoff, explica que el bien jurídico tutelado por el delito de apropiación indebida está constituido por el derecho subjetivo personal a la restitución o al uso determinado (derecho a que se entregue), correlativo de la obligación del agente de restituir o entregar, bien jurídico que “es lesionado por el agente al apropiarse de la cosa que debía devolver o entregar (usar determinadamente)”².

Conglobando por tanto lo atinente al bien jurídico protegido, podemos decir que lo que la norma busca resguardar es el derecho de propiedad del titular del bien mueble, sin desconocer que también se afecta el derecho a la restitución del bien que le asiste al propietario; lo sostenido es por cuanto al no tener la cosa en su esfera de dominio –el dominus- no podría ejercer todos los derechos que le son inherentes a la propiedad, y ello por cuanto el bien se encuentra en poder fáctico del agente.

2.7.- TIPICIDAD OBJETIVA

2.7.1.- SUJETO ACTIVO

Únicamente puede ser considerado como sujeto agente del delito aquél que haya recibido un bien mueble, suma de dinero o valor, mediante un título jurídico que haga surgir la obligación de devolver, entregar o hacer un uso determinado.

Esto es, serán considerados sujetos agentes del delito aquellos que hayan recibido el bien por un título traslativo de posesión o tenencia –con la obligación de devolver-, más no así a través de un título de propiedad.

Reforzando la idea, el profesor Vives Antón nos enseña que la apropiación indebida es, pues, un delito especial, del que sólo pueden ser autores quienes ostentan una determinada posición de confianza, delimitada legalmente por un doble requisito: la recepción de la cosa y el título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, de modo que, el extraneus o persona ajena a esta relación, solo podrá responder en calidad de partícipe³.

2.7.2.- SUJETO PASIVO

Son considerados sujetos pasivos del delito aquellos que ostentan la titularidad del bien, es decir los propietarios de la cosa objeto de delito. Por lo que se coloca en la posición de sujeto receptor del delito, aquél –dominus o propietario- que entrega al sujeto activo, un bien, una suma de dinero o un valor, con la condición u obligación de que éste, devuelva el mismo en el modo, plazo y forma pactada.

2.7.3.- ACCIÓN TÍPICA

De acuerdo a lo establecido en el artículo 190^o del Código Penal, el sujeto agente estaría inmerso en el tipo penal bajo estudio cuando se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o valor que ha recibido por un título que establece la obligación de de-

1 EXPEDIENTE N° 3567-1997 y EXPEDIENTE N° 819-1998. RESOLUCIONES SUPERIORES DEL 28 DE ENERO DE 1998 Y 20 DE MAYO DE 1998.

2 POLITOFF, Sergio; MATTUS, Jean Pierre & RAMÍREZ, María Cecilia. LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO. PARTE ESPECIAL. Editorial Jurídica Chile. Segunda Edición. Junio de 2005. Santiago – Chile. Página 456.

3 VIVES ANTON, T.S. Y Otros. Página 470.

volver, entregar o hacer un uso determinado, y a partir de ello el provecho para el agente o de un tercero. En otros términos, la conducta del agente es la de apropiarse de la cosa mueble entendiendo por ello como la ejecución de actos de disposición tendientes a que los bienes recibidos se integren en el propio patrimonio del sujeto activo en perjuicio del pasivo¹.

En efecto, el autor debe protagonizar sobre la cosa mueble o el dinero recibido un acto de disposición o de distracción de naturaleza dominical (sólo en tales casos cabrá establecer que se identifican “actos materiales de apropiación indebida”), identificándose entonces el núcleo del injusto definidor de este delito, que no es otro que la conversión de la inicial posesión legítima al haberse producido una ruptura o quebranto doloso de la relación de confianza, presupuesto de la inicial entrega del dinero o la cosa².

Siendo por tanto que se está frente al delito cuando concurren los elementos constitutivos del tipo, a decir:

2.7.3.1-QUE EL BIEN SE HAYA RECIBIDO MEDIANTE TÍTULO QUE PRODUZCA LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR, DEVOLVER O HACER UN USO DETERMINADO.

La apropiación ilícita sólo es posible si se acredita la preexistencia de un poder de hecho no usurpado sobre la cosa, de un poder de hecho legítimamente adquirido³. El presupuesto consiste entonces en la transmisión de la tenencia al sujeto activo y no las facultades dominicales sobre el bien ajeno.

La ley describe la situación de hecho de la que surge el deber de realizar la acción de restituir y es la de haber recibido una cosa en depósito, comisión, administración u otro título que produzca la obligación de entregar o devolver. En estos supuestos se genera para el receptor de la cosa el deber de restituir y su no ejecución equivale a la lesión punible del bien jurídico propiedad⁴.

A su turno el profesor español Gonzalo Quintero Olivares, ha discurrido sobre el particular y apoyándose en la jurisprudencia española, ha referido que es preciso que el autor haya recibido dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, en virtud de un título que genere la obligación jurídica de entregar o devolver tales conceptos. Y que la enumeración de títulos, que efectúa en el artículo 252º del Código Penal, es “ad exemplum”, pero ese carácter abierto de la fórmula legal no puede comportar la criminalización de cualquier incumplimiento de las obligaciones civiles de devolver o entregar que contempla el Código Civil. Lo anterior significa -agrega el jurisperito- que con carácter previo a la comisión del delito, se debe verificar una traslación o transmisión de la posesión de la cosa (que no es la transmisión y adquisición de la propiedad); se trata por tanto de una posesión inicial de la cosa mueble o el dinero de carácter lícito⁵.

De modo que el presupuesto para estar frente al delito de apropiación ilícita, es que la cosa haya sido entregada al sujeto agente por medio de un título jurídico que lo faculte a mantener la tenencia del bien, empero, ésta permanencia de la res viene aherrojada a una

1 QUERALT JIMÉNEZ, J.J. Op. Cit. Página 399.

2 En ese sentido véase la jurisprudencia española: STS 21 de julio 2000 ® 2000,6917; STS 05 de diciembre de 2000 ® 2000, 10659; STS 28 de diciembre de 1998 ® 1998, 10063, etc.

3 SOLER, Sebastián. DERECHO PENAL ARGENTINO – TOMO IV. Topográfica Editora. Edición 1976. Buenos Aires – Argentina. Página 413.

4 I. BALCARCE, Fabián y Otros. Op. Cit. Página 83-84.

5 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo & MORALES PRATS, Fermín. COMENTARIOS A LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL. Editorial Aranzadi. Quinta Edición 2005. Navarra – España. Página 690.



obligación de devolver el bien a su legítimo titular. Nuestro Código Penal ha establecido los títulos por medio de los cuales se puede haber recibido el bien, tal como el depósito¹, comisión, administración²; empero, deja la puerta abierta al establecer u otro título que produzca la obligación de devolver, lo cual funge como formula apertus para comprender a todos los actos que transfieren materialmente la custodia o vigilancia del bien mueble. Precisándose que en todos los casos, la obligación devolutiva debe ser concomitante al acto mismo de la receptación del bien, nunca provenir de situaciones fácticas o jurídicas sobrevinientes a aquel momento³.

Complementando lo anteriormente precisado, nuestro coterráneo Carlos Rodríguez Espinoza, nos dice ilustrativamente, que entre otros títulos que generen la obligación de devolver son la del mandato, el comodato, la prenda (ahora Garantía Mobiliaria), el contrato de arrendamiento, la aparcería, el usufructo, la sociedad (cuando toma ilícitamente bienes del patrimonio social y que el título indica la obligación de entregar o devolver); no siendo incluidos los contratos de mutuo (dado que se transmite la propiedad), la prenda sin desplazamiento y la compra de venta a plazos⁴.

En su oportunidad, el profesor español Queralt Jiménez, haciendo alusión al Código punitivo de España, nos dice que en cuanto a los títulos generadores de la obligación de devolución son comunes a ambas modalidades comisivas aquellos por los que el sujeto activo ha recibido el bien mueble y debe entregarlo o devolverlo en un momento dado, pactado o no, según los casos. Y que el Código Penal utiliza una descripción de títulos numerus apertus, puesto que junto a los nominados (depósitos, comisión, administración) incluye los innominados (cualquier otro, dice el texto legal). Por regla general -agrega el autor- no hay que apegarse en exceso al calificativo de la relación, por ser más rica en matices la realidad jurídico-penal, es decir, ser más atenta a la relación en sí que a la estricta calificación jurídico-privada⁵.

Injertando en este estado, conviene traer a colación la opinio iuris clásica del maestro argentino Fontán Balestra, quien en lo atinente al título que produce obligación de devolver, expresa que todo título por el cual se tiene la custodia de la cosa, es apto para que se configure la defraudación, y que cuando un individuo realiza actos fuera de la custodia del dueño de la cosa, cualquiera sea el título por el que la tiene en su poder, siempre que sea legítimo y válido, y se apodera de ella, no la entrega o se niega a devolverla, comete el delito de apropiación indebida⁶.

Siendo entonces y recapitulando lo dicho hasta aquí, -en palabras de Soler citado por Alberto Donna, que el autor del ilícito, "ha recibido la cosa por un título del que se desprende siempre el reconocimiento del dominio de otro". De manera que el contrato base entre las partes es lícito, por eso éste es un abuso de confianza, según afirma la doctrina, por el cual una de las partes recibe una cosa, que no debe ser fungible, y se obliga a devolver esa misma cosa, luego de un tiempo⁷.

1 Sobre el depósito este se encuentra comprendido en una pluralidad de normas, entre ellas tenemos: Artículos 1814 al 1856 del Código Civil: además de la existencia de los depósitos en los bancos, cooperativas, financieras, almacenes generales de depósito, mutuales y otras instituciones análogas, las cuales se rigen por sus leyes especiales, de conformidad con el artículo 1853 del Código Civil.

2 Constituyendo la administración y comisión formas de mandato, es pertinente remitirnos a los artículos 1790 al 1813 y artículos 1950 al 1953 del Código Civil.

3 DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Editorial Universidad. Tercera Edición Actualizada 2000. Buenos Aires - Argentina. Página 249.

4 RODRÍGUEZ ESPINOZA, Carlos. MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL I. Ediciones Jurídicas. Edición 2006. Lima - Perú. Página 418.

5 QUERALT JIMÉNEZ, J.J. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editoial J.M. Bosh. Tercera Edición 1996. Barcelona - España. Página 402.

6 FONTAN BALESTRA, Carlos. Op. Cit. Página 115.

7 ALBERTO DONNA, Edgardo. Op. Cit. Página. 360.



Para concluir este punto se debe indicar que el artículo 190º del Código Penal, a través de su fórmula típica, nos alcanza un lista ejemplificativa de los títulos¹ por los cuales puede surgir la obligación de devolver, entregar o hacer un uso determinado sobre la cosa, empero, en el mismo precepto de deja abierta la posibilidad de incluir cualquier otro título jurídico mediante el cual surja la obligación de devolver o entregar, vale decir la cosa ha de tenerse por medio de un título traslativo de la posesión², más no así de la propiedad. Además y en renglón seguido indicar que el tipo penal hace alusión a que el título genere la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado, sobre lo cual debe señalarse que la obligación de entregar debe incumplirse respecto a una tercera persona, es decir, distinta al sujeto de quien se recibió el bien mueble; y la de devolver supone incumplida respecto a la misma persona que le entregó el bien al agente³. En tanto que la obligación de hacer un uso determinado queda incumplida cuando el agente otorga, da o efectúa un uso diferente o distinto a lo convenido previamente⁴.

2.7.3.2.- OBJETO MATERIAL DEL DELITO. APROPIARSE INDEBIDAMENTE DE UN BIEN MUEBLE, DE UNA SUMA DE DINERO O DE UN VALOR.

Ya habiéndose zanjado los alcances de la apropiación ilícita, conviene únicamente dejar reforzada la idea de que en la apropiación indebida el agente se apodera, adueña o adjudica a su favor un bien mueble que no le pertenece legalmente. Esto es, el agente en forma ilegal, ilícita o indebida coloca dentro de su patrimonio un bien mueble que sabe perfectamente le pertenece a otro, quien por título lícito le confió por un tiempo determinado. Con lo cual se evidencia el apoderamiento cuando el agente comienza a realizar actos de disposición del bien como si fuera realmente su dueño o propietario y se resiste a devolverlo o entregarlo ante el requerimiento del sujeto pasivo⁵.

De otro lado el artículo sub exámine hace alusión al objeto sobre el cual recae el delito, indicando que puede ser un bien mueble, una suma de dinero o un valor. Por el primero debe acotarse que son todos aquellos susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro, que sean susceptibles de ser cuantificados económicamente, que posean integridad corpórea y, aspecto muy importante que el ordenamiento reconozca un título de propiedad en cuanto título dominical a una determinada persona⁶. En efecto los bienes muebles son todos aquellos pasibles de ser trasladados o transportados de un lugar a otro, es decir, no se encuentran arraigados sobre el suelo de tal forma que impida su movilidad, siendo por tanto disímil en extensión, la definición que en derecho penal se tiene respecto a los bienes muebles, y ello debido a que como bien sabemos en el artículo 885º del Código Civil, se enumeran aquellos bienes que la norma considera como muebles⁷, e incluso asimila algunos bienes muebles como inmuebles, situación que podría colisionar al momento de efectuar la calificación jurídica del bien, a fin de determinarse si se está frente al delito de

1 Debe indicarse, y abrazando la opinión del profesor argentino Jorge L. Marín, que el título nulo no produce obligación de entregar o devolver, consecuentemente, no constituye el presupuesto de la norma.

2 Expresión utilizada por el profesor español Francisco Muñoz Conde.

3 ROY FREYRE, Luis Eduardo. DERECHO PENAL PERUANO. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO – TOMO III. Lima 1983. Página 112.

4 SALINAS SICCHA, Emerito Ramiro. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editorial Grijley. Segunda Edición 2007. Lima – Perú. Página 993.

5 Idem. Página 988.

6 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO. Editorial Rodhas. Primera Edición 2009. Página 403.

7 En este respecto consideramos necesario alcanzar lo opinado por el profesor chileno Sergio Politoff, quien señala que tratándose de cosas fungibles, por su propia naturaleza, la entrega lícita originaria sólo puede generar la obligación de devolver otras tantas de la misma especie y calidad, produciéndose necesariamente la tradición a favor del obligado que, de este modo, comete el delito sólo si omite su obligación de restituir las cantidades recibidas, una vez exigida la cuenta correspondiente, como sucede particularmente con la entrega de dinero para una administración o la ejecución de una comisión. Pero si se trata de entregar cosas consumibles con autorización para usar de ellas, como en el mutuo de dinero, no se estará nunca ante una apropiación indebida, sino siempre ante un mero incumplimiento de contrato (no pagarlo debido).



apropiación ilícita o de usurpación, por ejemplo¹.

De otro lado, el jurista De La Mata citado por el profesor Luís Bramont-Arias Torres², sostiene que por imperativo legal no puede negarse la idoneidad del dinero como objeto de apropiación, máxime en cuanto son precisamente las apropiaciones del delito que más frecuentemente juzgan los tribunales. Sobre este punto el magistrado peruano Javier Villa Stein señala que la suma de dinero debe originarse en la confianza que se asocia con el depósito, administración u otro título semejante, no admitiéndose desde luego el recibimiento del dinero en pago o en préstamo o mutuo pues en estos actos se transfiere la propiedad que hace imposible la apropiación indebida³.

Ahora bien, respecto al valor a que hace alusión la norma, éste se refiere a los objetos de comercio que contienen en sí mismos la expresión de su importe y que representan determinadas sumas o intereses y además, son materia de contratación en bolsa⁴.

Es imperativo dejar establecido en este acápite, que el sujeto a quien se le ha confiado la cosa debe ejercer su poder con autonomía; en consecuencia, no puede ser autor de este delito quien tiene la cosa como instrumento dentro del ámbito de resguardo de su dueño. Verbigracia, comete delito de hurto y no de apropiación indebida, el caso del doméstico que se apodera de los instrumentos de trabajo que le han sido entregados para realizarlo⁵. Abundado al respecto, debe señalarse que para estar frente al delito de apropiación indebida es preciso la tenencia fiduciaria de la cosa, la que en palabras de Labatut⁶ envuelve un poder autónomo sobre ésta y una manifestación de confianza en la persona a quien ella se entrega, siempre que el título imponga precisamente la obligación de restituir esa cosa u otra equivalente.

2.7.3.3.- PROVECHO PROPIO O DE TERCERO

Sobre este tópico debe indicarse que tanto la doctrina como jurisprudencia consideran que es necesario el ánimo de lucro. Sin embargo, la ley no demanda un perjuicio patrimonial para la víctima, sencillamente, porque supone que no es concebible una apropiación ilícita exenta de agravio económico⁷.

En esa idea, se entiende por provecho a toda ventaja económica, utilidad o beneficio, que busca el sujeto agente con el actuar ilícito de apropiarse del bien; sin embargo el tipo no exige que el beneficio o provecho sea cierto y latente, sino que basta también la potencialidad de obtener el beneficio o utilidad, esto es, que el agente se apodere de la cosa -la tenga para sí-, con la finalidad de obtener un beneficio económico con dicha apropiación.

2.8.- TIPICIDAD SUBJETIVA

En el ámbito de la tipicidad subjetiva, junto al dolo es preciso constatar la presencia de un elemento subjetivo denominado ánimo de lucro, que se trasluce en la conciencia y volun-

1 Con la dación de la Ley N° 28677; Ley de la Garantía Mobiliaria, muchos bienes que el Código Civil primigeniamente consideraba como inmuebles, han pasado a las filas de los muebles.

2 DE LA MATA, citado por BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María Del Carmen. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editorial San Marcos. Cuarta Edición 1998. Página 330.

3 VILLA STEIN, Javier. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL – TOMO II –A. Editorial San Marcos. Primera Edición. Página 106.

4 PAREDES INFANZÓN, Jelio. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición 1999. Lima – Perú. Página 177.

5 I. BALCARCE, Fabián y Otros. Op. Cit. Página 84.

6 LABATUT, citado por POLITOFF, Sergio; MATTUS, Jean Pierre & RAMÍREZ, María Cecilia. Op. Cit. Página 459.

7 ROY FREYRE, Luis Eduardo. Op. Cit. Página 113.

tad de dicho agente de disponer de la cosa como propia, también denominado *animus rem sibi habendi*¹.

En este respecto conviene insertar algunos alcances que la jurisprudencia española ha sentado sobre el particular, como el hecho de que algunos fallos han dado al reconocimiento de deuda como situación que impida hablar de dolo, mientras que para la mayoría se trataría de un comportamiento postdelictivo (STS 26-22-01).

Asimismo y apoyándonos en lo aportado por el jurista peruano Jelio Paredes Infanzón, citando a Peña Cabrera, al mandatario que retira el bien hasta que se le pague lo que el mandante le adeuda, y al que tiene absoluta certeza de poder restituir el bien, les falta dolo; y es así porque nuestra legislación se funda en un acto de apropiación y se le debe exigir también al autor que actúe con *animus rem sibi habendi*, situación que impide la punibilidad de la infracción culposa²

2.9.- CONSUMACION

Para la jurisprudencia española se da la consumación del delito de apropiación indebida cuando el sujeto agente rompe dolosamente el fundamento de confianza que determinó que le fuera entregada la cosa.

Atendiendo a dicha jurisprudencia (Sentencia 19/12/1995)³, el delito de apropiación indebida se consuma cuando el sujeto incorpora el objeto a su patrimonio o dispone de él, de modo que quede exteriorizada su intención definitiva al respecto. Y que la consumación se produce con el acto de disposición ilícita.

Asimismo si el agente procede en la devolución del bien apropiado, no es que dicha conducta enerve el delito cometido, toda vez que el hecho apropiatorio ya se consumó, empero tal conducta deberá ser considerada a efectos de la determinación judicial de la pena.

Una opinión autorizada es la del jurista Francisco Muñoz Conde, quien ha señalado que el resultado de la apropiación indebida consiste en la apropiación, que se manifiesta al realizar los actos de disposición o al negar haber recibido las cosas poseídas, y en el consiguiente perjuicio que la apropiación produce en el titular del derecho a exigir la entrega o devolución de las cosas⁴.

Ingresando al estudio, el profesor Fidel Rojas Vargas con un alcance perspicuo e integral, afirma que la apropiación ilícita en su modalidad básica es un delito contra el patrimonio que consta de dos actos ejecutivos lícitos, que a su vez son presupuestos ónticos del mismo: la entrega por parte del sujeto pasivo de un bien mueble, suma de dinero o un valor y el recibimiento de los mismos por parte del sujeto activo del delito, en virtud a un nexo jurídico. Siendo su tercer acto, la negativa a devolver o entregar lo recibido -previo requerimiento-, existiendo obligación jurídica de hacerlo, es lo que genera la apropiación ilícita⁵.

1 La jurisprudencia española se ha encargado de delimitar los alcances del *animus rem sibi habendi*, señalando que se caracteriza por dos elementos: a) la voluntad (al menos eventual) de privar, de sus bienes de forma definitiva al titular de los mismos, y b) la voluntad de incorporar las cosas a su patrimonio, por lo menos en forma transitoria.

2 PEÑA CABRERA, Raúl, citado por PAREDES INFANZÓN, Jelio. Op. Cit. Página 183.

3 SERRANO GÓMEZ, Alfonso. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editorial Dykinson. Séptima Edición 2002. Madrid – España. Página 424.

4 MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Página 426.

5 ROJAS VARGAS, Fidel. ACTOS PREPARATORIOS, TENTATIVA Y CONSUMACIÓN DEL DELITO. Editorial Grijley. Lima 1999. Página 495.



2.10.- MODALIDAD AGRAVADA

2.10.1.- SI EL AGENTE OBRA EN CALIDAD DE CURADOR, TUTOR, ALBACEA, SÍNDICO, DEPOSITARIO JUDICIAL O EN EL EJERCICIO DE UNA PROFESIÓN O INDUSTRIA PARA LA CUAL TENGA TÍTULO O AUTORIZACIÓN OFICIAL.

Esta agravante se encuentra ubicada en el segundo párrafo del artículo 190º del Código Penal, la misma que tiene su justificación en la medida a que no solamente se lesiona o menoscaba -con la conducta del agente- el patrimonio del sujeto pasivo, sino que además defrauda la confianza depositada en él, al cual le fue conferido un especial encargo que recibió por parte del Estado, cualificándolo para que actué conforme a su rol, empero, con su proceder ilícito rompe la confianza depositada y se aprovecha de su cargo, radicando allí el núcleo de la agravación de la conducta.

Y que tal agravación se encuentra conminada con una pena privativa de la libertad, que va desde los tres a los seis años.

2.10.2.- CUANDO EL AGENTE SE APROPIA DE BIENES DESTINADOS AL AUXILIO DE POBLACIONES QUE SUFREN LAS CONSECUENCIAS DE DESASTRES NATURALES U OTROS SIMILARES.

Esta segunda condición de agravación se encuentra en el tercer párrafo del artículo in comento, y tiene su basamento en criterios puramente sociales, donde el sujeto agente se apropia de bienes que tienen como destino el auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias nefastas de las inclemencias del tiempo y de la geografía. Pues el criterio de política criminal adoptado, se enmarca en la protección de aquellas personas que siendo afectadas por desastres naturales, no se vean atentadas por las conductas ilícitas de aquellas personas que inicualemente se apropian indebidamente de tales bienes, en afectación grave y frontal de sus necesidades urgentes y apremiantes. Es en tal sentido que el legislador sanciona más drásticamente aquellos supuestos donde se afecte el patrimonio de dichas zonas, sancionando con una pena privativa de la libertad comprendida entre los cuatro y diez años.

2.11.- PENA

El tipo penal de apropiación ilícita en su primer párrafo regula la forma básica del delito, y a la cual reprime con una pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

2.12.- CAUSA DE JUSTIFICACION - DERECHO DE RETENCIÓN

Una situación que merece detenernos muy raudamente, es lo correspondiente al derecho de retención como causa de justificación del delito de apropiación ilícita. Debiendo indicarse en primer orden, que la figura del derecho de retención se caracteriza por consistir en un derecho real, esto es: se instaura una relación directa entre el retenedor y el bien. Su finalidad consiste en servir de garantía frente al incumplimiento de una obligación facul-



tando al acreedor a retener el bien hasta que se realice el cumplimiento o se otorgue garantía suficiente. No obstante, existe un requisito fundamental que debe cumplirse a fin de gozar de este derecho, el cual consiste en la conexión entre el crédito y el bien que se retiene¹.

De otro lado nuestra jurisprudencia nacional ha señalado de manera inconcusa, que la retención es un derecho real de garantía que solamente procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión material y jurídica; en el primer caso, el derecho de crédito surge de la inversión material sobre la cosa, como en el caso de las mejoras; en el segundo caso, el derecho del crédito surge como consecuencia de la conservación jurídica del valor de la cosa, como cuando el poseedor ha comprado una servidumbre o ha extinguido una hipoteca².

En ese orden de cosas, y respecto al derecho de retención y el delito de apropiación ilícita, nuestros tribunales han indicado que el derecho de retención es susceptible de operar como causa de justificación con relación al delito de apropiación ilícita, pues existen presupuestos civiles que la norma penal debe considerar.

El profesor Serrano Gómez³ nos dice que cabe la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, pudiendo retenerse la cosa hasta que el dueño cumpla lo que la ley exige, como sucede en determinados supuestos de mandato, depósito, anticresis, ejecución de obra en cosa mueble ajena, en determinación del usufructo y retención de buena fe.

Cuando el tenedor es renuente a devolver el bien, a fin de cautelar una legítima acreencia que tiene con el dueño del mismo, acontece lo que se denomina el "Derecho de Retención", que implica el reconocimiento de una causa de justificación.

En consecuencia se advierte entonces que el derecho de retención opera frente al ilícito bajo análisis, como una causa de justificación, realidad que conlleva a no sancionar la conducta de quien retiene el bien; empero, este derecho como se ha señalado, no se opera indiscriminadamente, sino que debe atender tanto a que la ley lo establezca, como a la conexión material y jurídica entre el crédito y el bien que se retiene⁴.

2.13.- EL REQUERIMIENTO COMO CONDICIÓN OBJETIVA DE PERSEGUIBILIDAD

En este aspecto existen muchas opiniones entorno a sí el requerimiento al sujeto activo por parte del sujeto pasivo, donde se le conmina para que cumpla con la devolución del bien entregado, es un presupuesto sustantivo o forma parte de una condición de procedibilidad.

Pues bien, indiquemos en primer lugar que el tipo penal descrito en el artículo 190º del Código punitivo, no prevé explícitamente que se efectúe algún requerimiento al agente a fin de que proceda en la devolución del bien que le fuera entregado liminarmente por parte del agraviado, bajo un título que haga surgir dicha obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado. Empero, dicho requerimiento es necesario en la medida que

1 En: DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA N° 140 – Mayo de 2010 – Año 15. Página 124.

2 Casación N° 401-1999. Lima. El Peruano, 04/11/1999.

3 SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Op. Cit. Página 423.

4 Ahondando un poco al respecto, en el expediente N° 819-1998-Lima del 20 de mayo de 1998, nuestros tribunales han enfatizado lo siguiente: *"sí bien los hechos imputados revisten los caracteres de tipicidad objetiva y subjetiva del delito, también lo es que la apropiación ilícita está inmersa en determinadas relaciones de carácter civil entre las personas, por lo que será una causa frecuente de justificación el derecho de retención que le otorga el Derecho Civil al depositario hasta el completo pago de lo adeudado"*. Otra jurisprudencia en el mismo sentido, nos dice lo siguiente: *"sí bien en autos se ha acreditado la retención de bienes, sin embargo, los hechos no configuran el delito de apropiación ilícita, toda vez que no ha quedado probado que el sujeto activo en su condición legal de representante de la empresa transportista se haya aprovechado, dado uso o dispuesto de la mercadería; de lo que se infiere que su conducta careció del especial animus rem sibi habendi, que caracteriza este ilícito patrimonial, es decir, el ánimo de hacer las veces de propietario, sin reunir semejante condición, siendo evidente que tomó tal actitud con el único propósito de asegurarse el pago de los fletes devengados"* - EXPEDIENTE N° 452-1997- AREQUIPA. EJECUTORIA SUPREMA DEL 01 DE SEPTIEMBRE DE 1997.



a través de él se puede determinar a ciencia cierta y con mayor grado de convicción, que el sujeto agente se muestra refractario ante la devolución del bien; esto es, al cursársele un requerimiento escrito o verbal (siempre y cuando se deje constancia de ello), el sujeto activo queda intimado a fin de que proceda en la devolución, y ante la negativa o su incumplimiento, se puede advertir palmariamente la renuencia en la devolución del bien. Y ello por cuanto, a partir de ese momento se podría verificar la conducta del agente en la no devolución del bien, por cuanto si bien dicha circunstancia no forma parte de su estado consumativo del delito, sin embargo, se ha estimado que a través de dicha intimación se puede acreditar que el agente está haciendo las veces de propietario.

En este punto los magistrados peruanos han señalado en un sentencia recaída en el expediente N° 6922-1997, que tratándose del delito de apropiación ilícita imputado a los miembros de la junta directiva de una asociación civil (...) no procede denunciar penalmente sino después de rendidas las cuentas o practicada liquidación contable y determinados los bienes y saldos dinerarios y el respectivo requerimiento para la entrega de estos últimos”.

3.- CONCLUSIONES

3.1.- Que el delito de apropiación ilícita es un ilícito penal que requiere para su configuración los siguientes requisitos: i) un acto de recepción o incorporación de la cosa al patrimonio del autor del delito; ii) Ha de tratarse de un bien mueble, una suma de dinero o un valor; iii) la recepción del bien ha de tener como base un título jurídico habilitante mediante el cual se concede la tenencia provisional del bien al sujeto agente, con la obligación de devolver, entregar o hacer un uso determinado.

3.2.- Que, respecto a las causas de justificación, en su caso el derecho de retención, ésta figura debe de calificarse adecuadamente a fin de no desestimar o de lo contrario de proseguir con la acción penal, en aquellos casos donde le asiste al particular un derecho de retención sobre la cosa, sobre la base de una acreencia o derecho crédito que mantiene con su deudor, y que existe una conexidad factica-jurídica entre la cosa y la deuda.

3.3.- Que respecto a los títulos que habilitan la dación de la cosa al sujeto agente, a fin de que éste pueda mantener la tenencia provisional del bien, con la obligación de su posterior devolución a su dominus; estos deben de interpretarse y evaluarse caso por caso, a fin de determinar si efectivamente dichos títulos son válidos y legales, de tal suerte que no se persigan conductas que tienen cobijo en el derecho civil, desatendiendo por tanto el principio de ultima ratio que inspira al Derecho Penal.

4.- BIBLIOGRAFÍA

1. ALBERTO DONNA, Edgardo. Derecho Penal Parte Especial Tomo II B. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires – Argentina, Año 2001.
2. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto & GARCÍA CANTIZANO, María Del Carmen. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editorial San Marcos. Cuarta Edición 1998.
3. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. TOMO I. Editorial Heliasta. Vigésima Cuarta Edición. Buenos Aires – Argentina.
4. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y Otros. MANUAL PRÁCTICO DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editorial Tirant Lo Blanch. Segunda Edición 2004. Valencia – España.
5. DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. Editorial Universidad. Tercera Edición

Actualizada 2000. Buenos Aires – Argentina.

6. DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA Nº 140 – Mayo de 2010 – Año 15. Página 124.
7. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Vigésima Segunda Edición. Año 2001.
8. DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Espasa Calpe SA. Edición 2007. Madrid – España.
9. FLORES POLO, Pedro. DICCIONARIO DE TERMINOS JURÍDICOS – VOLUMEN I. Marsol Editores. Segunda Edición 1987. Lima – Perú.
10. FONTAN BALESTRA, Carlos. TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL – TOMO VI. Editorial Abeledo – Perrot. Edición 1969. Buenos Aires – Argentina.
11. I.BALCARCE, Fabián y Otros. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editorial Advocatus. Primera Edición 2009. Córdoba – Argentina.
12. LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel. JURISPRUDENCIA DEL PROCESO PENAL SUMARIO 1997. Grijley. Lima 1999.
13. MARÍN, Jorge Luís. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editorial Hammurabi. Segunda Edición 2008. Buenos Aires – Argentina.
14. MUÑOZ CONDE, Francisco. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Tirant Lo Blanch. Decimoquinta Edición, revisada y puesta al día. Valencia – España.
15. PAREDES INFANZÓN, Jelio. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición 1999. Lima – Perú.
16. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO. Editorial Rodhas. Primera Edición 2009.
17. POLITOFF, Sergio; MATTUS, Jean Pierre & RAMÍREZ, María Cecilia. LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO. PARTE ESPECIAL. Editorial Jurídica Chile. Segunda Edición. Junio de 2005. Santiago – Chile.
18. QUERALT JIMÉNEZ, J.J. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editoial J.M. Bosh. Tercera Edición 1996. Barcelona – España.
19. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo & MORALES PRATS, Fermín. COMENTARIOS A LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL. Editorial Aranzadi. Quinta Edición 2005. Navarra – España.
20. RODRÍGUEZ ESPINOZA, Carlos. MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL I. Ediciones Jurídicas. Edición 2006. Lima – Perú.
21. ROJAS VARGAS, Fidel. ACTOS PREPARATORIOS, TENTATIVA Y CONSUMACIÓN DEL DELITO. Editorial Grijley. Lima 1999.
22. ROY FREYRE, Luis Eduardo. DERECHO PENAL PERUANO. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO – TOMO III. Lima 1983.
23. SALINAS SICCHA, Emerito Ramiro. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editorial Grijley. Segunda Edición 2007. Lima – Perú.
24. SERRANO GÓMEZ, Alfonso. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editorial Dykinson. Séptima Edición 2002. Madrid – España.
25. SOLER, Sebastián. DERECHO PENAL ARGENTINO – TOMO IV. Topográfica Editora. Edición 1976. Buenos Aires – Argentina.
26. URÉ, Ernesto. EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA. Editorial Ideas. Edición 1947, Buenos Aires – Argentina.
27. VILLA STEIN, Javier. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL – TOMO II –A. Editorial San Marcos. Primera Edición.
28. VIVES ANTON, T.S. Y Otros. DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL. Editorial Tirant Lo Blanch. Tercera Edición 1999. Valencia – España.



LA INEFICACIA EN LA APLICACIÓN DEL ACUERDO REPARATORIO EN LAS FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES DE JAEN - SAN IGNACIO Y CUTERVO

WALTER ANÍBAL MONTENEGRO YECKLE
ASISTENTE JUDICIAL - CSJLA.



INTRODUCCION

En el proceso penal se tiene la institución del Acuerdo Reparatorio la cual puede ser aplicada por el Ministerio Público, en algunos delitos determinados que se ajustan a ciertos requisitos exigidos según la norma procesal penal. Lo que se busca con la aplicación de dicha institución es que los involucrados en este tipo de delitos (víctima - inculpado) lleguen a un acuerdo conciliatorio, a fin de no tener que discutir los hechos en un proceso penal, siendo así, si el inculpado acepta y el agraviado también, se llega a un acuerdo a fin de terminar en sede extrajudicial dicho conflicto. Es el fiscal quien debe buscar que el imputado llegue a un acuerdo con la víctima, respecto a la reparación civil que se le tiene que pagar por el daño producido. Pues si bien es cierto el imputado no es sancionado penalmente, sin embargo está obligado a efectuar un pago económico por concepto de reparación civil a la víctima, el mismo que podrá efectuarse en el acto o en partes, en todo caso debe existir el acuerdo con el agraviado. Si la reparación se llega a dar en forma total en la audiencia conciliatoria no habría ningún problema, pero, no en todos los casos es así, por lo que hay situaciones en donde se acuerda pagar la reparación civil en varias cuotas o armadas, y es aquí en donde se presentan inconvenientes a la hora de hacer cumplir la totalidad del pago de la reparación civil, pues el inculpado no cumple con lo acordado. Por eso es necesario estudiar los factores que conllevan a que se incumpla dichos acuerdos reparatorios, a fin de buscar mecanismos de solución que contribuyan para que se efective dichos acuerdos.

JUSTIFICACIÓN

Se justifica por los inconvenientes que se exteriorizan a la hora de hacer cumplir la totalidad del pago de la reparación civil en casos de aplicación del acuerdo reparatorio, pues el inculpado cumple tan solo con una parte de la reparación o simplemente no cumple con lo acordado. Por eso es necesario investigar cuáles son los factores que conllevan a que se incumplan dichos acuerdos reparatorios, y de esta manera conociendo dichos factores contribuir con el presente estudio a fin de proponer mecanismos que garanticen la efectividad de los acuerdos reparatorios, a fin de que la reparación a la víctima del delito se haga efectiva.

El índice de aplicación del acuerdo reparatorio en las Fiscalías Provinciales Penales de Jaén - San Ignacio y Cutervo, es en un nivel medio.

VARIABLE INDEPENDIENTE

Número de denuncias en que resulta aplicable el acuerdo reparatorio.

VARIABLE DEPENDIENTE

Número de denuncias en que se aplicó el acuerdo reparatorio.

La inaplicación del acuerdo reparatorio en las Fiscalías Provinciales Penales de Jaén - San Ignacio y Cutervo, se debe principalmente a la falta de acuerdo entre denunciado y agraviado.

ÁMBITO ESPACIAL Y TEMPORAL

Delimitación espacial.- El presente trabajo se realizará en las Fiscalías Provinciales Penales de Jaén - San Ignacio y Cutervo. Habiéndose fijado la muestra de 20 casos por año por cada fiscalía, sobre lesiones menos graves, hurto simple, hurto simple de ganado, apropiación ilícita común, sustracción de bien propio, apropiación irregular, apropiación de prenda, estafa, defraudación, fraude en la administración de personas jurídicas, daños, libramiento indebido, delitos culposos.

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS CON RELEVANCIA JURIDICA

GENERALIDADES

Es una realidad palpable el aumento del número de procesos judiciales en nuestro país. Esto tiene diversas causas; empíricamente podemos señalar el crecimiento de la población, la crisis económica, la complejidad cada vez mayor de la vida social, etc. Este recargo excesivo en el Poder Judicial genera presiones diversas. Por un lado, cada vez requiere de mayor presupuesto; por otro, al no poder aumentarse el número de funcionarios judiciales al mismo ritmo que el incremento de la litigiosidad, los jueces fiscales y el personal existente, tienen cada vez menos tiempo para dedicar a cada petición de las partes. Es importante señalar que una de las razones por las que el hombre acepta vivir en sociedad y otorgar a unas personas el gobierno común es el obtener la protección de sus derechos mediante un adecuado sistema de impartición de justicia, esta función estatal no puede ser soslayada, y ningún estado moderno aceptaría renunciar a dicha obligación.


Nuestro Estado, a lo largo de su historia ha tenido preocupación frente a la Administración de Justicia; así, para remediar la congestión judicial, a través de políticas legislativas, ha implementado la conciliación penal, a aplicar en la etapa pre jurisdiccional, e incluso dentro del proceso penal, regulándola sólo para determinados delitos. Esto como política para la simplificación y aceleración del sistema de justicia penal, diseñando de este modo uno de los métodos destinados a lograr la descongestión judicial. Lo ideal frente a los conflictos y controversias es que el ciudadano obtenga una pronta y eficaz justicia y que se resuelvan aquellos de manera expeditiva; sin que para lograr la solución a su problema deba salvar los laberintos, que el justiciable tiene que observar cuando accede a ella y por el que supone que se introduce a un mundo insalvable y complicado.

Dicha aspiración sólo se puede lograr con mecanismos ágiles y con instituciones que solucionen conflictos que permitan una justicia oportuna. En el Perú, constantemente se ha desoído el reclamo que el ciudadano común hace al órgano Jurisdiccional, tanto para que se le proteja de la criminalidad, cuanto para evitar que el estado arrase con sus derechos esenciales. Cabe precisar que, mientras nuestro sistema de justicia penal no sea eficiente, se seguirán generando resultados deficitarios, las cárceles continuarán llenas de presos sin condena, trayendo como consecuencia el hacinamiento en los centros de reclusión de nuestro país. Con la introducción en nuestro sistema jurídico del principio de oportunidad y el acuerdo reparatorio se busca promover una justicia rápida que reafirme la potestad punitiva del Estado y resuelva la situación jurídica de los inculcados, ayudando a superar la sobrecarga procesal que afecta tanto a fiscales como a jueces. Se trata entonces, de evitar procesos innecesarios que desdibujan la imagen de la justicia penal y perjudican al justiciable.



EL CONFLICTO.

El Hombre al ser un ser gregario, es decir, por desenvolverse en compañía de otros sin distinguirse de ellos, no puede vivir aislado, sino dentro de un entorno social, que es natural a toda condición humana, alimentándose de múltiples factores que tiene relación con otros, como el trabajo, el estudio, la religión, la política etc.; es decir, un sin fin de actividades que es connatural a su aspiración de alcanzar el propósito que se ha decidido obtener. Es en medio de este desenvolvimiento que el hombre en su carácter diverso, está sujeto o propenso a crear o vivir situaciones de conflicto¹ por defender sus intereses, y es por ello que la solución de los conflictos es un tema de interés social que le preocupa al mismo hombre, desde que está en juego la paz social. Pues, en todo pleito, yace en potencia el peligro de la destrucción del grupo social, ya que el antagonismo puede dar lugar a fomentar bandos que se originan por litigios individuales y transformarse en conflictos de mayor trascendencia, generando la anarquía y la desintegración social. Ante ello, y dentro de una organización estatal, existen instituciones que tienen la responsabilidad y se preocupan por la solución de los conflictos, buscando para ello respuestas valiosas que sean socialmente satisfactorias para el conjunto humano. Entonces, se tiene que el conflicto. Por ser un fenómeno natural, inherente a la conducción del ser humano, se presenta en todos los tipos de relaciones, así como en sus diferentes niveles: interpersonal² y el intrapersonal³. Como bien sostiene MARIANELLA LEDESMA⁴ “desde que el hombre comenzó a vivir en sociedad, el conflicto ha coexistido con él, como respuesta a la limitación de recursos, a la insatisfacción de necesidades, a la defensa de valores y a equivocadas percepciones, fruto de una deficiente comunicación”.



De esta forma podemos decir que el conflicto es una interacción en donde prima el antagonismo. Desde el punto de vista jurídico el conflicto es una situación de competencia en la que cada una de las partes; es decir que, entre las partes en divergencia, existe una incompatibilidad de deseos que pueden llevar a una manifestación agresiva de su ser, originando que cada uno asuma la defensa de sus intereses, generando un conflicto que debe resolverse. De lo anterior, se puede colegir que existen dos clases de conflictos objetivos, los que nacen del uso de amenazas y los que nacen del intercambio. Con la primera clase, los economistas no han tenido mucho que ver. Cuando un ladrón armado asalta a uno con la frase “la bolsa o la vida”, aún cuando esto pareciera superficialmente como un intercambio es fundamentalmente un sistema muy diferente.

Ciertamente es un conflicto objetivo. Si el sujeto le da su dinero, hay una redistribución de bienes económicos, porque el ladrón tiene más y el sujeto asaltado tiene menos; esto es, está en juego una suma de dinero, y por cuanto el robo real aparta a ambas partes de actividades productivas o produce incomodidades, es un juego de suma negativa en la cual hay una redistribución de un total disminuido. Es claro desde un punto de vista económico, que mientras haya una comunidad de intereses entre dos partes en el acto de intercambio,

1 LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *El Procedimiento Conciliatorio. Un enfoque teórico – normativo*. 1ra Edición. Gaceta Jurídica S.A. Noviembre 2000. Buenos Aires. Pág. 5. En Prólogo de Roque J. Caivano: “Marianella Ledesma recuerda también que el conflicto ha coexistido con el hombre desde los inicios de la vida en sociedad, producto de la limitación de los recursos, de la insatisfacción de las necesidades, de la defensa de los valores o de la diferencia de percepciones. Complementando esa afirmación, podemos acotar que, tan viejos como los conflictos son los métodos que las sociedades han encontrado para resolverlos... En las últimas décadas, por razones culturales, la solución de los conflictos se ha canalizado mayoritariamente a través de métodos adversariales, y, dentro de estos, mediante el recurso al proceso judicial. La experiencia, sin embargo, ha demostrado que esta forma de enfrentar el problema no solo ha generado una profunda insatisfacción en los justiciables sino también ha provocado una sobrecarga de los tribunales que puso en evidencia lo erróneo de esa concepción.”.

2 Es un estado al que accede un individuo cuando está interiormente motivado para dar lugar a dos o más respuestas mutuamente incompatibles, pudiéndose ver esto cuando estemos en el momento de tomar alguna decisión o elegir alguna opción para nuestra conveniencia.

3 Se le define como la tensión entre dos o más entidades sociales, que pueden ser individuos, grupos u organizaciones, provenientes de respuestas incompatibles o deseadas por cada ente social, que si no son aceptadas por de una partes puede crear divergencias y pleitos.

4 LEDESMA NARVAEZ, Marianella, Ob. Cit.

en el sentido de que ambas partes estarían peor si el intercambio no se lleva a cabo, entonces, hay conflicto de interés en los términos del intercambio, es decir, en el precio o en la tasa de intercambio en el que aquel se realiza. Hay una proposición que es esencial en la teoría económica, y que todavía tiene una apariencia de paradoja: cuanto más perfecta llega a ser la competencia, menores conflictos económicos existen. Así, el economista define la competencia perfecta como una situación en la cual hay tantos compradores como vendedores, cada uno de los cuales es libre de contratar a quien desee, y dispone de la información completa acerca de las ofertas que todos los demás están haciendo, de modo que ninguna acción de ninguno de ellos puede causar alguna diferencia notable en la situación total del mercado, en estas circunstancias, todas las transacciones realizadas al mismo tiempo tendrán lugar con aproximadamente el mismo precio, cualquier vendedor que está ofreciendo vender a un precio por arriba de los demás no encontrará comprador; y, cualquier comprador que este ofreciendo comprar a un precio menor que los demás no encontrará vendedor. A la luz de la abstracción del economista, el conflicto económico solo nace como resultado ya sea del monopolio o de la organización monopolista de alguna especie, que limita el número de socios posibles con los cuales intercambiar, esto es, que nace de la inamovilidad de los recursos.

Definición: El conflicto en su significado semántico viene a ser el “apuro, situación desgraciada y de difícil salida”¹, es decir es una circunstancia de lucha, competencia, contra algún asunto o problema que nos mantiene en angustia, aflicción, etc. Desde el punto de vista jurídico el conflicto es una situación de competencia en la que cada una de las partes, conscientemente desea ocupar un lugar, que es antagónico o divergente con los deseos de la otra parte. BOARDAM Y HOROWITZ², citado por LEDESMA NARVÁEZ, definen al conflicto “como una incompatibilidad de conductas, cogniciones o afectos entre individuos o grupos que pueden o no conducir a una expresión agresiva de su incompatibilidad social”; es decir, que entre las partes en divergencia existe una incompatibilidad de deseos que pueden llevar a una manifestación agresiva de su ser originando que cada uno asuma la defensa de sus intereses, produciéndose un conflicto que debe resolverse.

Origen: El conflicto se produce en todos los niveles del comportamiento humano y puede ser intrapersonal o interpersonal, estos no son excluyentes, sino que pueden darse de manera simultánea, y no solo operar en un solo nivel. Así, el primero resulta ser un estado al que accede un individuo cuando está motivado para dar lugar a dos o más respuestas mutuamente incompatibles, lo cual se llega a apreciar cuando el sujeto llega al momento de tomar alguna decisión o elegir alguna opción para su conveniencia; mientras que el segundo es la tensión entre dos o más entidades sociales, que pueden ser individuos, grupos u organizaciones, provenientes de respuestas incompatibles reales o deseadas, que si no son aceptadas por una de las partes puede llegar a ocasionar divergencias y pleitos, y esto se debe a que nos movemos en un conjunto de interrelaciones entre seres humanos que son el centro de nuestra existencia. Aquí en este campo se encuentran los conflictos con trascendencia jurídica.

Dinámica del Conflicto: El conflicto responde a un proceso que se produce como resultado del juego, del enfrentamiento, de la lucha, de la confluencia entre dos partes que son incompatibles. En ese sentido el conflicto no es estacionario ni estático, sino que es dinámico, puesto que nace, crece, se desarrolla y a veces puede morir, mientras que en otra oportunidades puede quedar estacionaria por un tiempo sin intervención para su solución, como pueden ser por ejemplo las guerras, los conflictos religiosos, etc, por tanto el

1
2

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO – SOPENA. Editorial Ramón Sopena S.A. Barcelona. 1986.

LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Ob. Cit. Pág. 27.



conflicto siempre está en movimiento hasta su solución.

Fuentes del Conflicto: Se consideran como fuentes de conflicto a las estimaciones que los seres humanos otorgan a los bienes materiales y a los valores que sustentan una ideología política, religiosa, etc.; donde las dos partes no pueden alcanzar o poseer simultáneamente una misma cosa o compatibilizar con un concepto que se tiene de un valor que fundamente una doctrina política, religiosa, cultural, etc.; en general, se dice que los conflictos se producen a causa de diferencias sobre recursos, necesidades o valores entre individuos o grupos.

Clasificación del Conflicto: Por ser el conflicto un proceso dinámico dentro de las interrelaciones sociales antagónicas, como producto de la diversidad de pensamientos, valores, necesidades de bienes materiales e inmateriales, etc.; se puede extraer la siguiente clasificación: a). Por la relación con el conflicto, puede ser intrapersonal e interpersonal; b). Por la existencia del conflicto, real o irreal; c). Por la naturaleza del conflicto, éste puede ser Conflicto manifiesto o Conflicto oculto; d). Por la intencionalidad de las partes, Agresivos y No agresivos; e). Por el reparto del conflicto, ganador-perdedor o Ganador-ganador; f). Por la colaboración con el conflicto, Adversariales y No adversariales; g). Por la intervención de un tercero: éste será Tercero dirimente o Tercero conciliador; h). Por el poder de decisión: Parte o Tercero; i). Por la composición de las partes: Bilateral o Multilateral; j). Por las fuentes del conflicto: Recursos, Valores y Percepciones; k). Por la naturaleza del conflicto: Con relevancia jurídica y Sin relevancia jurídica.

El conflicto jurídico: El conflicto es parte inherente de la vida social y se manifiesta, como, ya se ha mencionado, en las diversas áreas del quehacer humano, como la familia, el trabajo, el estudio, la política, la religión, etc.; pero de todos los conflictos en general, los conflictos que más le interesa al Derecho son las de relevancia jurídica, es decir, cuando los supuestos de hecho, materia de disputa, esta contenido dentro del ordenamiento jurídico de una sociedad organizada, como por ejemplo la víctima que reclama reparación civil por haber sido afectado por la comisión de un delito, la parte que pretende el pago de sus beneficios sociales por el trabajo que ha realizado para otra, etc., mientras que los que no son de relevancia jurídica se resolverán por medio de la costumbre pudiendo recurrirse a la conciliación no jurídica¹.

Formas de solución de conflictos: Existen diversos medios por las cuales creemos poner fin al conflicto ante las diversas circunstancias que pueda presentarse, como por ejemplo recurrir a la fuerza propia, al poder económico, político, conciliando, acudiendo al juez, etc.; métodos que actualmente son refutados por cuanto en vez de generar solución, por el contrario provocan confrontación resultando más conflictivo el problema, es como querer apagar el incendio echando más leña, pues se litiga con la idea de ganar y no de resolver el problema. Hoy en día, diversos procesalistas han tocado el tema de la solución de conflictos, encontrando que la misma se realiza de las siguientes formas: la autodefensa, la autocomposición y la heterocomposición, que desarrollo a continuación:

La autodefensa: Las controversias se solucionan por mano propia; es decir las sujetos se sienten juez y parte, para poner fin al problema; en donde una de las partes busca imponer su interés sobre el otro. Sin embargo, no todo tipo de autodefensa puede ser calificada como ilícita, como por ejemplo es lícito cuando se ejerce la defensa de la posesión de un bien inmueble ante la ocupación de un tercero; el castigo de los padres a los hijos para

¹ Como vemos, la conciliación puede operar tanto en conflictos con relevancia jurídica o sin relevancia jurídica, siendo el procedimiento similar para ambas situaciones, siendo que el de relevancia jurídica tiene la protección del orden jurídico para ejecutar lo conciliado. En tal sentido la conciliación siempre tendrá como presupuesto al conflicto.

disciplinarlos; resolver unilateralmente el contrato; la legítima defensa ante una agresión; etc., se ve que la acción de la mano propia es inmediata, y si no se logra la solución, las partes podrán recurrir como última ratio ante el órgano jurisdiccional.

La autocomposición: En este sistema, solo la voluntad de las partes involucradas será la que ponga fin a la controversia. Dicha voluntad puede expresarse de manera unilateral, como en los casos de allanamiento y desistimiento de la demanda dentro de un proceso, o también bilateral como es mediante la transacción y la conciliación, en el primero de los casos puede darse judicial o extrajudicialmente, requiriéndose su homologación para validar su existencia y sus efectos si se presenta al interior de un proceso judicial, y en el caso de la conciliación se requiere la aprobación del juez. También, cabe mencionar que es facultad de las partes como paso previo a un proceso judicial, poner fin a un conflicto a través del acuerdo de voluntades de las partes, mediante la transacción, señalada en el artículo 1302^o del Código Civil; por la que se extinguen obligaciones pendientes y que son motivo de disputas; y asimismo, por la conciliación extrajudicial, regulada en la Ley 26872¹, existiendo para ello los Centros de Conciliación autorizados para la solución de controversias de índole jurídica

La heterocomposición: La característica esencial es la intervención de un tercero, ajeno a las partes, que va a imponer una solución a los conflictos, y respecto del cual las partes se sujetarán a su decisión, ese ente representativo que es el Juez, encargado de la controversia a través del proceso judicial iniciado por las partes, es el juez. Las decisiones de este ente son imperativas y adquieren la calidad de cosa juzgada, siempre que se de acorde a un debido proceso, con respeto de las normas procesales. Este es el sistema más utilizado en nuestro país.

DEFINICION DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS



La solución de conflictos a través de medios alternativos no es un fenómeno nuevo, estos modos de solución de conflictos han existido siempre, pero lo que sí resulta novedad es que el redescubrimiento de estos medios se inscribe en una crisis proferida del sistema de regulación de conflictos, en casi todos los países. El profesor ORMACHEA CHOQUE define a los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, más conocidos por la sigla MARC's, como "procesos con una característica y lógica diferente a aquel del proceso judicial que contribuyen al logro de una solución durable, viable y adecuada de los conflictos sociales²". "Sostiene que los MARC's no tienen por fin desplazar o competir contra el proceso judicial, sino más bien servir de complemento al aparato de justicia estatal a fin de contribuir en la mejora de la administración de justicia.

CARACTERISTICAS:

Algunos autores, como J. CAIVANO³, señalan que los MARC's tienen las siguientes notas distintivas o características: disputa existente, actuación de un tercero neutral y aceptado, autodeterminación de las partes, confidencialidad. Según ESTELA HUAMAN⁴, podemos destacar las siguientes características:

1 ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, Ob. Cit.

2 ORMACHEA CHOQUE, Iván. Análisis de la ley de Conciliación. Extrajudicial. Lima, Cultural Cuzco Editores. 1998. Pág. 18.

3 CAIVANO, Roque J. Negociación, conciliación y arbitraje: Mecanismos alternativos para la resolución de conflictos. APENAC. Lima. 1998. Págs. 130-131.

4 ESTELA HUAMAN, José Alberto, *Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos MARC'S-en el Perú*. Editado por el Centro Peruano de Justicia Alternativa y Conciliación – CEPEJAC. Lima, julio 2002. Pág. 12-14.

En cuanto a la voluntariedad: La Mediación, la Negociación y el Arbitraje son absolutamente voluntarios, en tanto que la voluntariedad de la Conciliación Extrajudicial está limitada a la decisión unilateral de la parte citada de asistir o no a la audiencia, puesto que como institución, la Conciliación Extrajudicial pre-proceso es obligatoria. Tiene como norma central la Ley 26872 o Ley de Conciliación Extrajudicial. La Ley viene a dar un marco jurídico importante a las diversas labores conciliatorias que venían desarrollándose por las defensorías del Niño y Adolescente, Centros de Asesoría Gratuita Comisarías de Mujeres, Centros de Conciliación Comunitaria y Servicios Asistenciales de las ONG. La Ley Procesal de Trabajo y Normas Administrativas como las de INDECOPI también reconocen la existencia de Centros Especializados en Conciliación para la resolución de conflictos que ellos tramitan, También dentro del proceso penal se puede conciliar extrajudicialmente. (Art. 2º del Código Procesal Penal; tercer párrafo) en la que se indica: "Si el acuerdo con la víctima, consta en instrumento publico o documento privado legalizado por Notario no será necesario que el Juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso para la aplicación del Principio de oportunidad". Asimismo, la autoridad policial tiene la atribución de intervenir como conciliador en los casos de conflicto que no constituyan delitos o faltas que alteren el orden y la tranquilidad pública. en la búsqueda de una solución consensual. El Comisario ejercerá las funciones de conciliador dentro de su correspondiente jurisdicción policial. La conciliación no tendrá un efecto vinculante entre las partes. (Ley N° 27238 - Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú y Su Reglamento D. S. 01° 008-2000- IN).

En cuanto a la formalidad: La Mediación y la Negociación no tienen una estructura formal determinada; en tanto que en el Arbitraje y en la Conciliación Extrajudicial sí tienen formas y etapas que cumplir.

En cuanto al control de las partes sobre el proceso: En la Mediación y en la Negociación las partes ejercen sobre el proceso un control alto; en la Conciliación Extrajudicial ejercen un control medio; y, en el Arbitraje, un control menor.

En cuanto a la intervención de terceros neutrales: En la Negociación no se produce la intervención de terceros neutrales (pues el negociador representa a una de las partes) en tanto que en los otros Medios Alternativos sí se llega a producir. En la Mediación al tercero neutral se le denomina mediador, en la Conciliación Extrajudicial se denomina conciliador, y en el Arbitraje se le denomina árbitro.

En cuanto a la duración del proceso: En la Negociación y en la Mediación la duración del proceso por lo general es corta, depende únicamente de las partes; en el Arbitraje la duración del proceso generalmente, depende de las partes y del tercero neutral en tanto que en la Conciliación Extrajudicial, la duración del proceso es corta, estando sujeta a la legislación.

En cuanto a la obligatoriedad de cumplimiento del acuerdo o laudo: En la Mediación, en la Negociación y en la Conciliación Extrajudicial el acuerdo es voluntario, de producirse éste, es obligatorio; en tanto que en el Arbitraje el laudo arbitral es decisión exclusiva del tercero neutral y es, también, obligatorio para las partes.

En cuanto a la confidencialidad: En la Mediación y en la Negociación la confidencialidad está en poder de las partes; en la Conciliación Extrajudicial tanto las partes como el conciliador deben guardar absoluta reserva de todo lo sostenido o propuesto; en tanto que en el Arbitraje la excepción a la confidencialidad se produce en el supuesto de que se pida la nulidad del fallo.



En cuanto a la economía: En la Negociación, salvo nombramiento de negociadores, es posible que no se produzca desembolso alguno de dinero en tanto no participa un tercero neutral; por otra parte, en la Mediación, en el Arbitraje y en la Conciliación Extrajudicial intervienen terceros neutrales cuyos servicios privados son remunerados.

EL MINISTERIO PÚBLICO

INTRODUCCIÓN

Según GOMEZ ORBANEJA, el Ministerio Público debe ser visto desde dos ámbitos: primeramente de manera formal como parte de un proceso, donde sus actuaciones se encuentran señaladas en su ley de creación; y, en un segundo ámbito, de manera material, representa el interés público, no parcial, de realización de la justicia¹, como tal, puede oponerse o coincidir con el contenido de los argumentos esgrimidos por la defensa, y debe observar o conducirse buscando salvaguardar además el interés de la sociedad en el proceso. Al respecto, el estudioso Español GIMENO SENDRA, sostiene que la primera y más importante de las funciones del Ministerio Público es la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, requiriendo “de la autonomía funcional e imparcialidad suficiente que le permitan solicitar la aplicación del Derecho objetivo”². Ante lo expuesto agrega el Profesor ROXIN que la institución “fue concebida para cumplir una función de custodio de la Ley, y como tal obligado tanto a la protección del acusado como actuar contra él”³. De allí que algunas legislaciones, como la nuestra, admiten una doble función del Ministerio Público, ya sea como parte del proceso o como Fiscal Dictaminador. La Constitución Política de 1993⁴ y su Ley Orgánica - D. Leg. N° 052⁵ - confieren a esta institución Pública un conjunto de funciones específicas radicadas en la promoción de la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley. Desde esta perspectiva se entiende que el Ministerio Público es un órgano a través del que se reconduce el interés general en mantener o restablecer el orden jurídico. En la función concreta asignada a la Fiscalía, se le ha impuesto la titularidad del ejercicio de la acción penal pública (persecución del delito Art. 159° Inc 5 de la Constitución Política), y sobre todo la conducción de la investigación del delito desde su inicio, asumiendo con tal efecto la dirección jurídico funcional de la actividad policial (Art. 159°. Inc 4 de la Constitución Política del Estado de 1993). Esta función persecutoria que la Constitución asigna al Fiscal, destinada a la aplicación del derecho penal a los infractores de las normas jurídico - penales, permite construir un proceso penal esencialmente acusatorio.

Naturaleza Jurídica: El tema de la naturaleza jurídica, tiene que ver con la denominada ubicación y situación institucional del Ministerio Público, tema difícil, que por cierto sigue siendo motivo de permanentes polémicas en el ámbito de la doctrina.

Para la presente investigación, se ha optado por la clasificación expuesta por el profesor SÁNCHEZ VELARDE, según la cual, rigiéndose el Ministerio Público bajo el principio de legalidad: “En doctrina y legislación comparada se conocen hasta cuatro criterios para conocer su naturaleza jurídica”, a saber:

1 GOMEZ ORBANEJA, Emilio y Vicente HERCE QUEMADA. *Derecho Procesal Penal*. Décima Edición. Madrid. Editorial Artes gráficas y Ediciones. 1987,. Pág. 70.

2 GIMENO SENDRA, Vicente. *El Nuevo Proceso Penal*, Estudios sobre la Ley Orgánica.7/1988. Valencia. Tirant lo blanch. 1989. Pág. 66.

3 ROXIN, Claus. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires. AD HOC. 1993. Pág. 40.

4 *Constitución Política del Perú*. Edición Oficial. Ministerio de Justicia, Lima, 1998. (Aprobada en Referéndum el 31 de Octubre de 1993).

5 *Ley Orgánica del Ministerio Público*. Edición Oficial. Ministerio de Justicia. Lima. 1998.



- a. Como órgano dependiente del Poder Ejecutivo.
- b. Como órgano dependiente o integrado en el Poder Judicial.
- c. Como órgano de comunicación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.
- d. Como órgano autónomo.

Entre los criterios expuestos conviene resaltar su incardinación al Poder Judicial, situación no muy lejana en nuestro ordenamiento jurídico hasta antes de la Constitución de 1979, y que tiene su razón en la naturaleza de las funciones que ejercen tanto Jueces como Fiscales. Pero, también se pone como relieve la naturaleza autónoma del Ministerio Público, aspiración a la que pretende llegar a efecto de evitar cualquier duda sobre la injerencia de cualesquiera de los poderes del estado en la actuación Fiscal y que se consolida a través de los principios de independencia e imparcialidad de su actividad¹.

Órgano dependiente del Poder Ejecutivo

Atendiendo a sus orígenes, el Ministerio Público históricamente se encuentra ligado como "brazo del ejecutivo" es decir que se encontró ligado al Poder Central u Órgano de Gobierno. Así, cabe recordar los denominados "Promotores Fiscales", "Le procureur du roi" o "agents du roi" de Francia, que en la práctica constituirían funcionalmente una extensión e instrumento básico de la estructura y del poder de la Monarquía.

Sin embargo, los diferentes autores coinciden en que es la etapa Napoleónica de Francia en la que se visualiza con prístina claridad al Ministerio Público, como órgano del poder central a partir de los fundamentos de la Monarquía, pero con nuevos y amplios poderes, entendiéndose que su extensión de facultades es a fin de que cumpla mayor rol en el desempeño al servicio del gobernante. Sobre el mismo tema el tratadista Español FAIREN GUILLÉN señala respecto al Ministerio Público de Francia que le confirió el Gobierno.

"Altas funciones de inspección y de gestión ante la Administración de Justicia ante el nuevo Poder Judicial producto de la desconfianza por los excesos - mediante el Ministerio Público.

El Gobierno vigilaría el ordenado curso de la administración de justicia en todas sus ramas; era el Ministerio Público un Alto Celador de la Legalidad en la Actuación de los Tribunales"²... Esta concepción del Ministerio Público Francés, como órgano de confianza dependiente del Poder Ejecutivo, fue decepcionada por las distintas legislaciones Europeas y luego en las Iberoamericanas. La crítica a la labor del Ministerio Público en dependencia del ejecutivo, es que crea una incertidumbre y serios problemas de su actuación imparcial cuando se encuentra en un proceso en el que una de las partes involucradas resulta ser el miembro u organismo del Gobierno o está en litis uno de sus intereses.

ÓRGANO INCARDINADO EN EL PODER JUDICIAL.

Esta concepción responde a un modelo interesante, según el cual para sus defensores, como GIL - ALBERT VELARDE, CALVO - RUBIO J. Y CONDE - PUMPIDO F., conciben a esta Institución como un auxiliar o colaborador de la Administración de Justicia, pues como sabemos tanto el Ministerio Público como el Poder Judicial tienen fines comunes en la tarea de administrar justicia complementándose en la labor, como "Magistratura Postulante"³ que se sustentan en el imperio de la Ley y la defensa de los derechos ciudadanos,

1 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. Cit. Pág. 457.

2 FAIREN GUILLÉN V. La Reorganización del Ministro Fiscal Español, en "Temas De Ordenamiento Procesal" Tomo I. 1969. Pág. 487. Nota 10.

3 VELARDE GIL, Albert. "EL Ministerio Fiscal en la Constitución, en el Poder Judicial". VOL. I. Madrid 1,983. Pág. 120.

y como órgano del Estado, constituido para el funcionamiento de la justicia e integrado autónomamente en el órgano jurisdiccional.

La crítica a este modelo, es en el sentido de que no existe una relación necesaria de atribuciones compatibles para el logro de su propósito en ambas Instituciones; creándose una nueva forma de dependencia que dificulta la tarea persecutoria y además contradictoria con el nuevo modelo acusatorio.

ÓRGANO DE COMUNICACIÓN ENTRE EL PODER EJECUTIVO Y EL PODER JUDICIAL:

Esta posibilidad de “enlace” del Ministerio Público como órgano de relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, la encontramos como antecedentes en la legislación de España, y es considerada actualmente como obsoleta y que se entiende, en ese País, como no práctico por afectar a la orientación real de las atribuciones que le corresponden al Ministerio Fiscal que aparece desubicado; no siendo sino, una forma de dependencia del ejecutivo.

ÓRGANO AUTÓNOMO.

Modernas propuestas pretenden superar las disquisiciones anteriores, considerando al Ministerio Público como órgano de justicia que de manera autónoma contribuye en la labor de administrar justicia colaborando con los Jueces, en condición de magistratura paralela, que no declara derecho ni tiene poder jurisdiccional, pero que debe velar por el cumplimiento de las leyes y plazos procesales, y vigilar su exacta aplicación; en tal sentido rigen las normas constitucionales de los países de Colombia, Venezuela, Brasil y la Constitución Peruana.

SAN MARTÍN CASTRO señala que: “el Ministerio Público, Institución que es herencia del iluminismo, es concebido en el Art. 158° de la Constitución Nacional como órgano autónomo, extrapoder; cuya principal misión es la de pedir que se realice la función jurisdiccional y que se haga con arreglo al principio de legalidad (Art. 159° Inc. 1 de la Constitución)”¹.

Tal consideración al Ministerio Público, como órgano constitucionalmente autónomo, permite comprender mejor sus funciones esenciales diferenciadas del Poder Judicial², aún cuando los fines a los que apuntan dentro del proceso sean los mismos. La Constitución vigente de 1993 ha recogido estos fundamentos para determinar su naturaleza jurídica en el Perú.

De ser una institución integrada al Poder Judicial, pasa a ser un órgano autónomo. En tal sentido actualmente existe preocupación legislativa de los países centro y sudamericanos con ocasión de la reforma del proceso penal de corte acusatorio, pues ello exige en el ámbito nacional la modernización del Ministerio Público³, desligado definitivamente del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, pero muy próximo a éste.

Sin embargo, en este punto resulta necesario aclarar que aún cuando esta Institución no constituye otro Poder del Estado; su actuación conforme a la normatividad en el ámbito nacional se sustenta en la Constitución Política de 1993 y la Ley Orgánica (Decreto Le-

1 SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Editora Jurídica. Grijley. 1999. Pág. 163.

2 ILANUD. *El Ministerio Público en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno*. San José de Costa Rica. 1991.

3 MINISTERIO PÚBLICO – FISCALÍA DE LA NACIÓN. Plan de Trabajo Institucional – PTI – Estrategias. Gerencia de Planificación, Racionalización y Estadística, 1993. Págs. 21-22.



gislativo N° 052) encontrándose investido de amplias facultades de control de la legalidad y defensa del interés público; empero, si realizamos un somero análisis de la situación apreciamos que la referida autonomía organizativa e independencia funcional, tanto desde el punto de vista externo como interno, están en contraste con la realidad, pues, para que el Ministerio Público pueda asumir el nuevo rol es necesario un sinceramiento e implementación material; contrario sensu, será imposible cumplir con las misiones constitucionales conferidas.

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA FUNCIÓN FISCAL.

Al efectuar un análisis de la norma fundamental, se llega a inferir que en la misma aparecen determinados los principios fundamentales que rigen la función Fiscal, bajo los cuales debe desarrollarse su propia ley orgánica.

Metodológicamente se considera que el Ministerio Público debe actuar bajo dos apartados esenciales: El primero referido al de actuación, donde encontramos los principios de legalidad e imparcialidad, y, el segundo referido a los requisitos garantía que comprende los principios de independencia, jerarquía y autonomía.

Por supuesto que, tal como ha sido reconocido uniformemente por los enciclopedistas del derecho, la función que por esencia corresponde, es la referida al Principio de Legalidad, de la cual fluyen los demás principios ya que se supone que el Ministerio Público rige toda su actividad entendida en sentido amplio; esto es, la defensa de una normatividad constitucional y normatividad de desarrollo relacionados con las funciones que le son propias, sean de carácter judicial, administrativo, en algunos casos de la prevención o de control de actividades no judiciales, entre otros.

Principio de Autonomía. En principio, el Representante del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones debe actuar en libertad sin dependencia de otras Instituciones o Poderes. El tema es realmente crucial para el ejercicio de la función Fiscal; pues una autonomía relativa sólo puede llevar a la dependencia; en éste sentido es difícil encontrar términos medios.

GARCIA RADA, destacaba ya una de sus características en los siguientes términos: "El Ministerio Público no está sujeto a pautas predeterminadas. En cada caso opinará conforme a su criterio. La Ley declara que los Fiscales ejercerán su cargo en la forma que estimen más arregladas a la Ley. No recibe órdenes de ningún otro Poder del Estado cuando se trata de mandatos del Superior Jerárquico"¹.

La autonomía resulta necesaria para la actuación imparcial y el cumplimiento de las funciones asignadas al Ministerio Público, sea que se adopte el principio obligatoriedad de la persecución penal o la excepcionalidad conocida como principio de oportunidad.

Principio de Jerarquía y Unidad. El Ministerio Público es una Institución jerárquicamente organizada posibilitando primeramente un control democrático interno de actuación, del Superior respecto del Fiscal de cargo inferior, cuando (bajo las reglas de competencia) son sometidas a su conocimiento; y, finalmente, se vinculan a través de las disposiciones que se imparten por directivas o circulares de contenido general y público, emitidas formalmente por un órgano autorizado justificadamente para coadyuvar disposiciones legales.

Por el Principio de Unidad se busca primeramente la uniformidad de los criterios empleados en el ejercicio de la competencia Fiscal, sin vulnerar su independencia; y por otro lado;

que todos los representantes del Ministerio Público constituyen la Institución unificada de suficiente dinámica para que cualquiera de sus miembros puedan intervenir y ejercer funciones por impedimento o reemplazo de otro, conforme a Ley.

Principio de Independencia e Imparcialidad de la Función Fiscal. La independencia de la función Fiscal, implica el respeto a su convicción y libertad funcional, que es intrínseca a cada uno de sus integrantes; no subordinados ni sujetos a mandato superior alguno, salvo las disposiciones que surgen de manera clara y expresa de la Constitución y la Ley.

Por otro lado, la imparcialidad implica actuar sin interés en la investigación bajo conocimiento; SÁNCHEZ CRESPO afirma que este desinterés puede ser subjetivo "cuando sea estrictamente personal y, también, puede ser objetivo cuando radique en un interés de carácter más general que afecta no a la persona como individuo, sino como representante o miembro de un grupo o cuerpo"¹. De allí que la imparcialidad implica ausencia de interés subjetivo u objetivo en la Resolución o Dictamen Fiscal, caso contrario el funcionario deberá excusarse de actuar.

Principios de Inmediación. El Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones tanto a nivel Prejurisdiccional como a nivel Jurisdiccional debe tener comunicación personal y contacto directo con las partes, así mismo con los actos de investigación, acopio de medios de prueba y en general con todo el material que sea de interés para la investigación. Se señalan tres caracteres propios de la inmediación: el contacto con los investigados, ausencia de intermediarios, e identidad del Fiscal y las partes.

Principio de Proporcionalidad. Este principio general se encuentra vinculado a la idea de justicia y resulta ser de influencia propia del derecho Alemán, según el cual, se debe guardar una correlación en las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren en los hechos investigados a manera de un ejercicio discrecional que limite la arbitrariedad.

Principio de Celeridad. Le motiva al Ministerio Público a actuar bajo límites precisos y estrictos de diligencia; como parte del derecho al debido proceso, sin dilaciones injustificadas; esto significa la actuación bajo un equilibrio razonable entre la prontitud y el derecho de defensa.

Principio de Oportunidad. La característica fundamental de la instauración del principio de oportunidad en el proceso penal radica en la existencia de la necesidad y monopolio de la acción penal a cargo del Ministerio Público.

La ampliación de las facultades del Ministerio Público -sobre todo en la dirección de la investigación policial- posibilita que el Fiscal conozca de los aspectos indagatorios iniciales, participe de la investigación pre-procesal y sobre los criterios que se forme, decida si da inicio al proceso penal o da por concluido el ya incoado.

Aparece como una necesidad de orden político -criminal en oposición al Principio de Legalidad, a efecto de superar problemas de poca relevancia que generan congestión procesal y penitenciaria, así como de evitación de procedimientos y sanciones -muchas de ellas tardías e innecesarias- buscando en el sistema, reglado, la oportuna reparación de la víctima y sanción al responsable.



1

SÁNCHEZ CRESPO, C. *El Ministerio Fiscal y su Actuación En El Proceso Penal Abreviado*. Granada. 1995. Pág. 32.

Este principio, que en realidad se trata de un criterio; (según, ORE GUARDIA¹), aparece en Alemania a través de la “Ley emminger” de fecha 4 de mayo del año 1924, por la cual se faculta al Ministerio Público a abstenerse de ejercer la acción penal en los casos en que la culpa sea leve y carezcan de importancia las consecuencias dañosas, de tal manera que su persecución no afecte el interés público.

Principio de Composición de Conflictos. Está referido básicamente a la necesidad de que el Ministerio Público busque de manera prioritaria y dentro del marco de legalidad la solución del conflicto penal mediante la aplicación de criterios y alternativas que prevén las normas del proceso penal para la búsqueda de la paz social, tratando de privilegiar la persecución de los hechos punibles que afecten gravemente el interés público.

Principio de Legalidad u Obligatoriedad. Rige en nuestro sistema, Romano Germánico, como límite a la arbitrariedad en la persecución penal; conforme a éste y en defensa justamente de la legalidad, la Institución, personificada en sus representantes, tiene el deber de reaccionar ante la noticia criminis, requiriendo de la investigación y juzgamiento, procurando el castigo a quien resulte ser el autor del mismo; salvo los delitos de ejercicio privado que requieren denuncia de la parte agraviada.

El Ministerio Público no hace sino contribuir con la función estatal de Jus Puniendi como titular del ejercicio público de la acción penal y en atención al principio de la investigación oficial.

Este principio transita a la par con la función bifronte que obliga al funcionario con la defensa de los Derechos Humanos, conforme se corrobora con el denominado criterio de objetividad: “La aplicación de los criterios de objetividad, lo obligan a la investigación, no solo de lo que apoye o compruebe la acusación, sino también de lo que pueda servir para eximir de responsabilidad al acusado, lo cual puede derivar en peticiones que lo favorezcan”².

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

INTRODUCCION:

Los principios que gravitan en el objeto del proceso penal están representados por los pares dialécticos: inquisitivo – acusatorio y legalidad – oportunidad. El principio de legalidad, como su contrario, el de oportunidad, nos orienta sobre las condiciones que hacen incoar y finiquitar el proceso penal.

Efectivamente, un sistema procesal, regido por el principio de legalidad, opera cuando se tiene la sospecha de la comisión de un hecho delictivo y ante este conocimiento, el Ministerio Público no tiene facultad para pedir el sobreseimiento, careciendo de esta potestad (la cual corresponde al órgano jurisdiccional), mientras subsistan los presupuestos materiales que lo han provocado y se haya descubierto al presunto autor.

Un ordenamiento procesal está inspirado por el Principio de Oportunidad cuando se permite a los titulares de la acción penal incoar el respectivo procedimiento o, concomitantemente, causando su sobreseimiento. El principio de oportunidad presenta dos caras, “el guilty plea” – la soberanía para poner término anormal al procedimiento- y, la otra, cuando

1

ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 1era. Edición. Editorial Alternativas S.R.L. 1,996. Pág. 78-79.

2

SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y Francisco Javier, BAUTISTA LARA. El Ministerio Público y la Policía Nacional Una Gran Alianza, En: www.edu.ni/facultades/ciencias-juridicas/cpp/pdf/ministerio_publicoypolicianacional.pdf. Pág. 05

el sobreseimiento se mantiene como una espada de Damocles o condición suspensiva a que el procesado dé cumplimiento a determinadas obligaciones.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS:

Los orígenes del Principio de Legalidad se remontan, según algunos, a la Magna Carta, pero sería engañoso situar en este texto su primera formulación. Y ello, no tanto por las razones deducidas de la naturaleza feudal de dicho documento¹. Sino porque, históricamente, el principio de legalidad, tal y como es entendido en el Derecho Penal continental, no deriva de él. En la Magna Carta puede hallarse el origen de la llamada "rule of law" propia del Derecho anglosajón que, guarda cierto paralelo con el Principio de Legalidad, no dejando de presentar importantes rasgos diferenciales. En efecto, mientras el principio de legalidad, traduce el predominio de la Ley sobre los jueces, la "rule of law" representa una garantía jurisdiccional. Dicha peculiaridad deriva de las características del desarrollo histórico del Derecho anglosajón (perpetradas en el sistema norteamericano) en el que la "ley de la tierra", fundada en el derecho natural y aplicada a los jueces ordinarios, llega a estar por encima del Derecho estatutario, creado por el Parlamento. Puede, pues, afirmarse que el Principio de legalidad es una creación del pensamiento ilustrado, cuyas primeras manifestaciones positivas aparecen, ulteriormente, con la revolución francesa.

CONCEPTO:

Oficializada la persecución penal, ésta se extiende al Ministerio Público y a los funcionarios de la policía, en base a que la promoción de la persecución penal constituye un poder. La "notitia criminis" provoca la reacción necesaria que viabiliza la decisión judicial. Pero, lo destacable es que una vez iniciada la persecución penal, no es posible suspenderla, ni interrumpirla o hacerla cesar, salvo en el modo y forma previstos en la ley procesal penal².

Bajo este prisma es inadmisibles cualquier criterio de oportunidad, por conveniente o utilitario que fuere. No hay autorización para dejar de lado la persecución penal, ante el conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso. En consecuencia, suscribe MAIER "la máxima prohíbe, en principio, la renuncia al ejercicio de la persecución penal, o el desistimiento de la acción intentada; todo acuerdo o transacción con el imputado, sólo está permitido, ordinariamente, en el ámbito del derecho privado y también en el derecho público (con excepciones) por parte de los órganos de persecución penal; cualquier funcionamiento del Principio de autonomía de la voluntad es nulo, pues los poderes que ejerce el Ministerio Público son meramente formales"³.

De la manera en que ha sido interpretado en nuestro derecho, el Principio de Legalidad Procesal impone a los órganos estatales correspondientes el deber de promover la persecución penal en todos los casos en que se tenga conocimiento de la posible comisión de un hecho punible. El mismo principio exige que, una vez promovida la persecución penal, ésta no se pueda suspender, interrumpir o hacer cesar. Ningún criterio utilitario, o relacionado con la escasa gravedad del hecho, puede ser utilizado para no iniciar -o para

1 JIMENEZ DE ASUA, Luis. "Tratado de Derecho Penal". Vol. II. Pág. 385 y ss.

2 MAIER, Julio, "Derecho Procesal Penal Argentino". Tomo I. volumen B. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1989. Pág. 548.

3 MAIER Julio. Ob. Cit. Pág. 549: El principio de Legalidad Procesal, según la doctrina más actualizada, "ha conceptualizado a la legalidad como la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predispuestos". A este Principio se lo enuncia simplificadaamente diciendo que "todo delito de acción pública debe ser ineludiblemente, investigado, juzgado y castigado y por igual compromiso de esfuerzos estatales.



no continuar- la persecución¹.

La aplicación del Principio de Legalidad, por lo demás, contribuye al desarrollo regular de prácticas de la justicia penal completamente ilegítimas. La persecución penal obligatoria, al no permitir distinción alguna en el tratamiento de los casos penales, satura la justicia penal y contribuye a determinar un proceso de selección manifiestamente irracional. En consecuencia, el Principio opera como un serio obstáculo para racionalizar la política de persecución penal estatal.

Otra consecuencia negativa del principio de legalidad procesal, consiste en el hecho de que éste exige, con independencia de las circunstancias particulares del hecho, la imposición necesaria de la sanción penal como única alternativa para la solución del caso. De esta manera, el principio impide dar un tratamiento distinto a la respuesta punitiva, aun cuando todas las circunstancias del caso así lo recomienden. Al mismo tiempo, la aplicación necesaria de la respuesta sancionatoria deja de lado toda consideración de los intereses y necesidades de la víctima del delito.

Fundamenta FEUERBACH el principio de legalidad en su doctrina de la coacción psíquica. Para él "toda pena jurídica, pronunciada por el Estado es consecuencia de una Ley fundada en la necesidad de conservar los derechos exteriores y que contiene la amenaza de un mal sensible frente a una lesión del Derecho²". Y no puede ser sino "consecuencia de una Ley", puesto que el fin de la amenaza penal es evitar las lesiones del derecho, por medio de la intimidación de todos aquellos que podrían cometer tales lesiones; siendo que no podría intimidar a la generalidad una amenaza penal que no hallase clara, y públicamente establecida por medio de la Ley.

El Principio de legalidad se encuentra vinculado al carácter retributivo de la pena, en boga en la teoría absoluta de la pena estatal: "el castigo como mal que se aplica a quien ha obrado mal". Como se ve, el fin utilitario no parece prominente, llámese prevención especial o prevención general. Precisamente con la aparición de las teorías utilitarias, para legitimar las penas, el principio de legalidad pierde piso filosófico e ideológico; por contrapartida, surge la utilidad con la aspiración de dar fundamento legitimante a la pena y acordarle un fin, es decir, la llegada auspiciosa del Principio de Oportunidad.

CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

Desde un plano estrictamente axiológico y abstracto, la legalidad pura encierra una concepción de justicia absoluta, pues se tiene la ilusión de hacer justicia en todos los casos, aun en los más pequeños. Mas la realidad, indica que existe una imposibilidad fáctica de cumplir con el principio de legalidad.

Lo que interesa resaltar aquí es que existen, y han existido siempre, criterios selectivos no institucionalizados que eliminan un sin número de hechos delictuosos del sistema penal. Estos criterios selectivos informales tienen dos orígenes distintos: por la falta de información de los órganos estatales acerca de la comisión de gran cantidad de ilícitos (fenómeno

1 El Principio de Legalidad Procesal implica que la promoción de la acción penal constituye un imperativo para el Ministerio Público. Este imperativo, como veremos, se funda en presupuestos de dudosa validez y, además, produce consecuencias prácticas particularmente negativas. Dos de sus presupuestos, según algunos autores, se sustentan en las teorías absolutas de la pena, por un lado, y en el principio de igualdad ante la ley; como también, en el principio de legalidad sustantivo, por el otro. El último presupuesto del principio de legalidad consiste en la errónea creencia de que resulta posible, prácticamente, guiar a los órganos de persecución para que apliquen el derecho penal de forma igualitaria y en todos los casos.

2 Citado por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, "Derecho Penal – Penal General". Quinta edición, editorial Tirant Lo Blanch. 1999. pág. 67.



conocido como “cifra negra”) y por otro lado la selección que los mismos operadores del sistema penal realizan ante la imposibilidad práctica de perseguir todos los hechos punibles o de dedicar las mismas fuerzas a todos ellos.

Los criterios para llevar esta selección resultan múltiples, algunos plausibles y otros detestables: por ejemplo dependen del buen criterio político criminal del operador judicial; de su idoneidad para abordar la complejidad del caso; de su grado de compromiso con la función; de su independencia, entereza moral y honestidad, etc.

De tal modo, pueden resolverse los casos más graves o sólo los más sencillos (calidad vs. cantidad¹); trabajar al límite de la capacidad operativa real de la agencia judicial o, bajo el paraguas de la imposibilidad de dar respuesta a todos los casos, lo que implica sólo tratar una cuota parte de ellos por debajo de la capacidad operativa real; siendo que además la situación de “desborde” y la falta de control adecuado constituye terreno fértil para que pueda flaquear la entereza moral o que entre en jaque la independencia del operador, en procura de que ciertos supuestos que conforman la denominada “cifra dorada²”, no se procesen en la forma debida (casos de corrupción, que llevan a la “impunidad del poderoso”).

Con todo ello, se encuentra aquí en juego la eficiencia y transparencia del sistema de enjuiciamiento en lo penal, que sin dudas se vería beneficiado si los procesos penales tardaran menos tiempo en su tramitación, si el Estado previene más eficazmente el delito, si las penas se imponen en tiempo oportuno, si se atienden con preferencia las causas que provocan mayor daño social, si la selección la realiza el legislador y no el funcionario de turno de manera informal.³

Claramente la consecución de todos estos fines, cuyos beneficios nadie puede negar, impone la institucionalización de sistemas de selección que el principio de legalidad reniega, pero que no puede impedir que actúen; pues en la práctica, ellos operan de manera informal y oculta, llevando al sistema a niveles de incontabilidad jurídica y política.

Precisamente la selección funciona siempre, sólo que si no está institucionalizada, al no existir control alguno, opera en forma caótica, informal e irracional⁴.

Es cierto, entonces, que la afirmación ciega del principio de legalidad vuelve la espalda a la realidad, sin intentar dominarlo o encauzarla; por lo que, se procede a establecer los criterios de oportunidad por vía legislativa y responsabilizando política y jurídicamente al órgano encargado de definir y aplicar esos criterios. Así, el principio de legalidad provoca graves disfunciones en el sistema, a más de las ya naturales en él, derivadas de los distintos sectores que lo operan: la selección se oculta o se disfraza, por el peso de la regla de legalidad; carece, por tanto, de transparencia, encubriendo, algunas veces, verdadera corrupción; y, otras, un trato desigual del sistema a quienes lo sufren, contrariando al Estado de Derecho⁵. Allí es, precisamente, donde radica su crisis.

1 CAFERRATA NORES. *El principio de oportunidad en el derecho argentino. En: Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Editores del Puerto. 1997. Pág. 15.

2 CAFERRATA NORES Ob. Cit. Pág. 13.

3 EDUARDO ADLER, Daniel. *El principio de oportunidad y el inicio de proceso penal a través de Ministerio Público*. Editorial L.L. T.1993-A. Pág. 906

4 BINDER, Aberto. *Ideas para una discusión sobre el fundamento de la reforma de justicia criminal*. Revista Plural. Buenos Aires. 1987. Pág. 8

5 MAIER, Julio. Ob. Cit. Pág. 555



ABSUELTO PUEDE SER CONDENADO POR EL AD QUEM EN EL CPP DEL 2004 ¿DICHA FACULTAD VULNERA EL PRINCIPIO DE LA DOBLE INSTANCIA?

SUSAN LETTY CARRERA TUPAC YUPANQUI

ABOGADA - EGRESADA DE LA MAESTRIA EN CIENCIAS PENALES DE LA UNIVERSIDAD SAN MARTIN DE PORRES



MARCO NORMATIVO:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: 14. 5

Convención Americana de Derechos Humano: 8.2

Constitución Política del Estado: incisos 3 y 6 del artículo 139

Código Procesal Penal del 2004: 419.2 y 425.2.b

Código de Procedimientos Penales: artículo 301

I. INTRODUCCIÓN:

En el marco del Estado Social y Democrático de derecho, el proceso penal debe ser concebido como el mecanismo legitimado para la realización de la justicia material, esto es, la aplicación de la norma material, y como el instrumento pacificador de los conflictos sociales, garantizando los intereses –tanto del imputado como de la víctima-, sin dejar de lado el interés social en la persecución del delito¹.

Como bien indica Roxin², la idea de proceso penal llevado a cabo debidamente se debe comprender correctamente como principio en sentido técnico jurídico, que exige la mayor optimización posible de los valores constitucionales. Por ejemplo se contribuye a la realización de la dignidad humana, en las mejores condiciones posibles, cuando el imputado no es degradado o mero objeto de procedimiento. Por ende, un debido proceso penal debe consistir en la reafirmación positiva de los principios fundamentales del Derecho Procesal Penal, los cuales caracterizan la necesidad de una forma de poner límite a la persecución estatal³.

Ahora bien, en un proceso penal ante el pronunciamiento de órgano jurisdiccional sobre un caso concreto, la parte que no se encuentra conforme tiene la opción de impugnar tal decisión para que el órgano superior jerárquico analice y resuelva lo pertinente. Esta posibilidad que se da a las partes tiene su sustento en los principios de la pluralidad de instancias y la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva, consagrados en los incisos 3 y 6 del artículo 139 de la Constitución. Sin embargo, el derecho de acceder a una segunda instancia a través de un medio impugnatorio posee también determinados límites, constituidos por los requisitos establecidos en el ordenamiento procesal penal para su procedencia⁴. Entre los requisitos se encuentra la fundamentación del recurso a cargo de la parte que lo interpone, la misma que constituye un requisito procesal de carácter objetivo e ineludible; lo que significa por un lado, que no podrá expresarse como agravio meras subjetividades del recurrente, sino argumentos concretos y relevantes, y por otro, que no puede dejarse de lado su cumplimiento, por ser necesario para dar trámite del recurso y la decisión sobre el mismo.

1 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl "Exegesis del Nuevo Código Procesal Penal" Rhodas, Lima 2009, p 510

2 ROXIN, Claus "Derecho Procesal Penal" Traducción de Gabriela Córdova y Daniel Pasto. Editores del Puerto Buenos Aires, 2000, p. 80

3 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl Ob. cit. p 510

4 Artículo 405 del Código Procesal Penal del 2004 que prescribe: 1. Para la admisión del recurso se requiere: a) Que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello. El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado.

b) Que sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley. También puede ser interpuesto en forma oral cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso el recurso de interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva.

c) Que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. EL recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.

Lo que se desarrollará en el presente ensayo es si el imputado que ha sido absuelto por el ad quo -y el Ministerio Público y/o parte civil ejerciendo su derecho de impugnación interpone recurso de apelación contra dicha sentencia-, el ad quem lo condena; ¿con dicha facultad se vulneraría el principio de la doble instancia del condenado, quien no podrá recurrir?. Algunos jueces están emitiendo sentencias¹ conforme al artículo 419.2 y 425.2.b del Código Procesal Penal del 2004². Al respecto, existe controversia, pues de condenarse en segunda instancia a un imputado que fue absuelto en primera instancia, no existiría una nueva segunda instancia en la cual el procesado pudiera hacer valer su derecho al doble conforme. Esta nueva facultad otorgada al Tribunal Revisor, puede concebirse dentro de un sistema de apelación plena que permite la aportación y actuación de nueva prueba en segunda instancia, libre valoración probatoria y la observancia del principio de inmediación de tal manera que pudiera cambiar el sentido de la sentencia de primera instancia, conforme se desarrollara en los siguientes items.

II.- EL RECURSO COMO GARANTÍA PROCESAL

Refiere Chioventa que la pluralidad de instancias no se conocía en los orígenes, cuando la justicia era administrada directamente por el pueblo o por el Rey; agrega, sin embargo, que cuando en lugar del pueblo intervienen jueces determinados, la tendencia natural del vencido a rebelarse contra la derrota, sostenida por la posibilidad efectiva de error o mala fe, tomó la forma de un ataque personal ante el juez o de impedir, por otros medios, la ejecución de la sentencia. Precisa el jurista italiano que con la formación de las jerarquías propia de los regímenes monárquicos, fue natural que la sentencia del funcionario subordinado fuese impugnada ante el superior, llegándose así hasta el Rey, ante quien todos eran responsables. En el Estado moderno -señala el profesor de la Universidad de Roma- la pluralidad de las instancias no se funda ya en la subordinación del juez inferior al superior, ya que los jueces todos, al aplicar la ley, no dependen más que de la ley misma..."³

En nuestro país, la base legal de la necesidad de establecer medios idóneos para solicitar un reexamen de la decisión tomada por el órgano jurisdiccional obedece a una exigencia constitucional, que se desprende de manera implícita a través del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva (art. 139.3 de la Const. 1993) y a la vez dando cumplimiento expreso, al Derecho a la Pluralidad de Instancias (art. 139.6 de la Const. 1993)⁴

La apelación⁵ es el recurso ordinario que permite el ejercicio del principio judicial del doble grado de jurisdicción. En virtud de tal medio de impugnación, otro juez - o colegiado de jueces- jerárquico superior examina nuevamente la resolución impugnada con el objeto de corregir el error en que hubiere incurrido el juez de origen. Como se sabe, el órgano judicial revisor tiene límites aceptados de manera pacífica en la doctrina, los que han sido fijados de modo uniforme en el derecho comparado; tales límites se refieren al hecho de que este órgano superior no puede someter a examen asuntos que no han sido expresados

1 Sentencia de Segunda Instancia; Huacho de fecha 06 de octubre del 2009 expedida en el expediente No. 2008-01403-87 por el delito de Atentado contra el Pudor, en la que por mayoría revocan la sentencia absolutoria y condenan al acusado a SIETE AÑOS de pena privativa de la libertad y fijaron una reparación civil de DOS MIL NUEVOS SOLES.

2 Artículo 419.2 del CPP del 2004 "El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria".

3 CHIOVENTA, Giuseppe "Instituciones de Derecho Procesal Civil" Tomo II Cárdenas Editor y Distribuidor. Primer Edición México DF 1989 p. 108

4 NEYRA FLORES, José Antonio "Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral" Idemsa, Lima Perú Julio 2010, p. 366.

5 Señala Carnelutti que la apelación (de appellare, llamar) se hace para corregir los errores eventualmente cometidos en la primera decisión; precisa que su propio nombre "alude al hecho de dirigirse la parte a otro juez a fin de que juzgue mejor lo que el juez ha juzgado ya". Agrega que cualesquiera sean los errores que el juez a quo pueda haber cometido, el juez ad quem tiene la vía libre para hacer lo que habría podido o debido hacer, el primer juez; y así para decidir según justicia. CARNELUTTI, Francisco "Derecho y Proceso" Traducido por Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América Buenos Aires 1971 o 273



como agravio por el apelante (*tantum devolutum, quantum appellatum*), ni puede expedir pronunciamiento causando perjuicio a este (prohibición de la *reformatio in peius*), lo que solo podría suceder - en virtud del principio dispositivo que caracteriza este recurso- si la otra parte hubiere también interpuesto el recurso de apelación.

Al respecto Claria Olmedo, precisa que el recurso, "puede concebirse como el medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable"¹.

El Tribunal Constitucional ha expresado: "el derecho a los recursos forma parte así, del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, no solo a título de una garantía institucional que posibilita su ejercicio, sino también como un elemento necesario e impostergable del contenido del debido proceso, en la medida en que promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia"².

Así mismo, dos convenciones sobre Derechos Humanos, ratificados por el Perú reconocen el derecho de recurrir el fallo ante un Juez o Tribunal superior, las mismas que interpretadas conjuntamente, - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana de Derechos Humanos son la base político criminal del concepto de recurso en nuestro Derecho Procesal Penal.

Julio B.J. Maier analizando los dos convenciones mencionadas precisa: a) El recurso contra la sentencia de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal del condenado que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior; b) El recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponde también a los acusadores, en especial al acusador público (fiscal) para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia; transformándose en un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal, ello equivale a decir que solo la condena penal dictada por un Tribunal de juicio es recurrible y solo lo es por el condenado: la absolución y la condena no recurrida a favor del imputado quedan firmes por su solo pronunciamiento y cualquier persecución penal posterior debe ser considerada un *bis in idem*; conceder recurso al acusador, en especial, al acusador público, contra la sentencia que no concede aquello que él pretendía de ella significa sin duda una nueva instancia que, en caso de transformar la absolución originaria en una condena, como la que pretende el acusador, será sin duda, una condena de "primera instancia", es decir, la primera condena que, en el procedimiento, soporta el recientemente condenado. Contra esa condena, no hay duda, entra en funcionamiento su "derecho al recurso", su posibilidad de reclamar la prueba de la "doble conforme"³.

Con lo expuesto el autor considera que frente a esta primera condena se deberá respetar el derecho al recurso lo que implicaría una tercera instancia ante otro Tribunal, por ello concluye que la sentencia absolutoria ya no debe ser objeto de impugnación. Bajo estos parámetros la sentencia absolutoria no podría ser materia de impugnación por parte del Fiscal, dado que dicha facultad es solamente del inculpado, como sucede en el proceso de Estados Unidos de Norteamérica. Desde esta perspectiva proscribir el recurso signi-

1 CLARIA OLMEDO, Jorge "Derecho Procesal" Depalma, Buenos Aires, Lima, 2002, p. 114

2 STC Exp No. 1323-2002-HC/TC

3 MAIER, Julio B.J. "Derecho Procesal Penal" Tomo I, Fundamentos, 2da Edición, Editorial del Puerto SRL Buenos Aires, 2002, p. 708

ficaría desconocer los principios de igualdad de las partes y del contradictorio, que hace a la esencia misma de la noción de proceso del mundo eurocontinental, que no admite impugnaciones privilegiadas¹.

Por otro lado, Alberto Binder analizando el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos precisa: "La interpretación correcta es la que indica - como lo ha enunciado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos -, que el derecho fundamental consiste en la facultad de desencadenar un mecanismo real y serio de control de fallo, por un funcionario distinto del que lo dictó y dotado de poder para revisar el fallo anterior, es decir, que su revisión no sea meramente declarativa, sino que tenga efectos sustanciales sobre el fallo. El otorgamiento de esa facultad de recurrir debe ser amplio. Tanto en lo que respecta a las personas a quienes se reconoce esa facultad (impugnabilidad subjetiva), como a las resoluciones judiciales que pueden ser recurridas (impugnabilidad objetiva). Podemos decir, pues, que en el espíritu del proceso penal, se halla el criterio de que todas las resoluciones judiciales que producen algún agravio deben ser recurridas por todas las personas que intervienen en el proceso penal²; posición que es adoptado por nuestra legislación procesal, conforme se advierte de los artículos I.4 del T.P. , 404 y 407 del CPP del 2004.-

III.- EL DERECHO DE LAS PARTES PARA IMPUGNAR LAS SENTENCIAS

¿Cuál es la razón por la que una decisión judicial obtenida en base a un proceso regular y con una actuación probatoria plena deba ser nuevamente examinada, por la parte a quien la decisión no le favorece?. La doctrina más generalizada ha señalado que dicho fundamento radica en la falibilidad humana; juzgar es una actividad humana, en realidad es algo más que eso, es la expresión más elevada del espíritu humano, de alguna manera es el acto realizado por el hombre que más se acerca al quehacer divino. Decidir sobre la vida, libertad, bienes y derechos es definitivamente, un acto trascendente³, pero sólo es un acto humano y, por lo tanto, pasible de error. Siendo así, se hace necesario e imprescindible que tal acto pueda ser revisado por otros seres humanos, teóricamente en mejor aptitud para apreciar la bondad de la decisión sea para confirmarla o revocarla.

En el proceso penal, la sentencia constituye la decisión definitiva de una cuestión criminal, acto complejo que contiene un juicio de reproche o ausencia del mismo, sobre la base de hechos que han de ser determinados jurídicamente, de tal manera que debe fundarse en una verdad jurídica y establecer los niveles de imputación⁴

El ejercicio del poder de impugnación, hace realidad el derecho constitucional de toda persona, involucrada en un proceso judicial, a la pluralidad de instancias⁵, que permite corregir de manera oportuna el error judicial contenido en una resolución injusta, e impide - en caso de subsistir el error- que la inmutabilidad de la cosa juzgada cause daños irreparables.

1 MONTERO AROCA, Juan "Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón" Tirant lo Blanch, Valencia, 1977 p. 166

2 BINDER, Alberto M. "Introducción al Derecho Procesal Penal" 2da Edición 3ra reimp Buenos Aires, Enero 2004 p. 287

3 MONROY GALVEZ, Juan "Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil" en Análisis y Comentarios al CODIGO PROCESAL CIVIL Tomo I, Tercera Edición Grijley p. 493

4 R.N. No. 1046-2002-PUNO

5 Principio previsto en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado. Dicha disposición constitucional tiene su expresión en el X artículo del Título Preliminar del Código Procesal Civil donde se establece con mayor precisión que: "El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta" y en el artículo I literal 4. Del Código Procesal Penal del 2004 que precisa: "Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de apelación"



El ejercicio de tal poder tiene en nuestro sistema procesal carácter dispositivo, es decir, es la parte quien decidirá si ejerce o no tal derecho constitucional, y ello solo será viable cuando la decisión judicial - contenida en una resolución - cause agravio a su interés sustancial o procesal y lo exprese así en su recurso. El no ejercicio oportuno del derecho a impugnar tiene como efecto que la decisión judicial, aun cuando esta afecte sus intereses, quede firme y adquiera la calidad de cosa juzgada.

Por otro lado, existe discrepancia sobre la naturaleza jurídica de la institución procesal de los medios impugnatorios, existiendo las siguientes posiciones:

- a) El derecho de impugnación es un derecho abstracto derivado del derecho de acción o en todo caso se halla vinculado a éste.
- b) El derecho de impugnación es una derivación o manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- c) El derecho de impugnación es una derivación o manifestación del derecho a un debido proceso.
- d) La impugnación es una manifestación del control jerárquico de la administración de justicia.

De las cuales se concluye que el derecho a recurrir (impugnar más precisamente) forma parte de los derechos fundamentales de las personas reconocidos en sede constitucional. Se sustenta el principio de pluralidad de instancia y la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional¹. En igual sentido Sánchez Velarde, al referirse a los medios impugnatorios, refiere que "se trata del derecho de las partes con reconocimiento constitucional, pues se sustenta en los principios de pluralidad de instancia y observancia al debido proceso y tutela jurisdiccional².

El CPP del 2004 en el artículo I del T.P. Numeral 3 precisa: "Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia." Numeral 4. "Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación."

Lo anotado en el Art. I.3, del T.P hace hincapié al principio de igualdad, en consecuencia todos los sujetos procesales en virtud al principio de igualdad de armas tienen el derecho y la posibilidad de apelar una resolución que le cause agravio y/o que consideren que la sentencia emitida no está arreglada a ley y/o no se ha valorado adecuadamente los medios probatorios. Por ello el Artículo 407 indica textualmente: "1. El imputado y el Ministerio Público podrán impugnar, indistintamente, del objeto penal o del objeto civil de la resolución.". En consecuencia, en nuestra legislación procesal penal, se reconoce el derecho de impugnar no sólo al imputado-, sino que también a los demás sujetos procesales (Ministerio Público, actor civil, tercero civil), lo que si bien es una garantía, no necesariamente implica que se tenga el derecho o la razón en el contenido del mismo. Correspondiendo a la instancia superior revisarla.

1 GARCÍA DEL RIO, Flavio "Los recursos en el proceso penal" Ediciones legales S.A.C. Lima 2002 p. 10

2 SANCHEZ VELARDE, Pablo "Manual de Derecho Procesal Penal" Idemsa Lima Mayo 2004 p. 855

El derecho a la instancia plural es el fundamento a recurrir razonablemente las resoluciones ante las instancias superiores de revisión final, más aun si se ha reconocido este derecho en la Constitución. El recurso no debe tener una nomenclatura determinada, pero debe suponer una revisión integral de la recurrida. El derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial de la tutela jurisdiccional efectiva, mediante la cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esa manera se permita que lo resuelto por aquel, cuando menos sea objeto de un doble pronunciamiento¹. Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que “el derecho a los recursos forma parte (...) del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, no solo a título de una garantía institucional que posibilita su ejercicio, sino también como un elemento necesario e impostergable del contenido del debido proceso, en la medida en que promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia” (Sentencia 1231-2002-HC/TC publicada el 18 de setiembre del 2002).

IV.- SISTEMAS DE APELACIÓN

Al respecto, Neyra Flores² ha desarrollado dos sistemas de apelación que nos ayudarán a comprender el tema desarrollado.

1. Apelación Plena.- Este sistema nace en Alemania en 1977, con la Ordenanza Procesal Civil Alemana (ZPO), aplicable también al proceso penal, en la que se establecen las características fundamentales que informan éste sistema.

Este sistema de apelación en su estado más depurado, implica, siguiendo a Gimeno Sendra, tres características³:

- Que la apelación es una mera continuación de la primera instancia, que significa un novum indicium encaminado a obtener una segunda decisión judicial sobre la controversia inicialmente deducida ante la Jurisdicción.

- Que el material introductorio de la segunda instancia se nutre tanto del que fue aportado en el primer grado como del novedosamente introducido en la fase de impugnación, admitiéndose nuevos hechos y medios de prueba anteriores no utilizados, por ello se reconoce el llamado “ius novorum” en apelación que comprende tanto los “nova producta” (materiales acontecidos con posterioridad a la finalización de la etapa de alegación y prueba en primera instancia), como los “nova reperta” (materiales anteriores a ese momento pero que no pudieron utilizarse por tomar la parte conocimiento de los mismos con posterioridad) y los “nova allegata” (materiales no utilizados voluntariamente en el primer proceso).

- Que la sentencia de apelación contiene un segundo pronunciamiento sobre la controversia, que implica aceptar que la sentencia decisoria de la apelación se pronuncia de nuevo sobre el objeto del proceso y que el tribunal de segunda instancia puede llegar a un pronunciamiento distinto del declarado en la resolución apelada con independencia o no del acierto o corrección de ésta última, por ello Roxin señala que en consonancia con el objeto de apelación, en la audiencia oral (...) no se examina solamente si la decisión de la primera instancia era correcta o no lo era (y) por ello la instancia de apelaciones es, en

¹ En: “La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Sentencias vinculadas con los artículos de la Constitución. Gaceta Jurídica. Lima 2006 p 665

² NEYRA FLORES, José Antonio Ob. Cit. p 384

³ GIMENO SENDRA p 410 y siguientes: Citado por NEYRA FLORES, José Antonio Ob. Cit. p 385



cierto modo, una segunda primera instancia¹.

- Cabe apreciar, que la característica más saltante del sistema pleno – sin desconocer la importancia de las otras dos características-, viene constituida por la libertad en la aportación y actuación de nuevos medios probatorios, en ese sentido se pronuncia la doctrina alemana cuando se menciona, al describir el sistema acogido en dicho país, que “se admite ilimitadamente nuevos medios probatorios”². Y es también a esa característica donde se han dirigido las principales críticas.

2. Apelación limitada.- Este sistema de apelación fue incorporado por la Ordenanza Civil Austriaca de 1895, como una crítica al modelo de apelación anterior, tiene un contenido diverso, en el sentido que el órgano revisor se limita a efectuar un simple control de lo resuelto en primera instancia. Si en el modelo pleno de apelación se podría expresar como creación, en este se habla solo de revisión. Siguiendo nuevamente a Gimeno Sendra el sistema de apelación limitada tiene tres características que lo diferencian sustancialmente del sistema anterior:

- Que la apelación se constituye en una simple revisión de la sentencia dictada en primera instancia, que significa que ésta no es autónoma sino complementaria y vinculada a la misma.

- Que el material introductorio es idéntico en ambas fases, sin resquicio alguno a la admisión de “ius novorum”, ello implica que no se consiente a las partes deducir nuevas excepciones y nuevos medios de ataque y defensa, ni hechos o pruebas que no hayan sido deducidos en primera instancia.

- Que la sentencia estimatoria del recurso es meramente negativa, en ese caso el Juez revisor se limita a la observación de la ilegalidad de la resolución y, si esta fuera considerada ilegal, solo cabe el reenvío más no la sustitución. En consecuencia, en esta apelación es imposible formular una nueva declaración. Es decir, se limita solamente a controlar la legalidad o no de la resolución apelada, dejando de lado la revisión sobre el fondo del asunto (relación material discutida) y así evitar un pronunciamiento nuevo sobre el conflicto. Por tanto, el órgano revisor, frene a una sentencia de primera instancia que cree que no es conforme a derecho, solo se limitaría a anularla, más no a su estudio de fondo.

En ese sentido, se señala, como una ventaja, que éste produce un efecto pegagógico que postula que los litigantes tendrán que hacer uno de todos los medios probatorios a su alcance y no esperar a utilizarlos en una segunda instancia, porque ésta no los permitirá. Así mismo, se señala que sólo este modelo lograría que no se pierda un grado jurisdiccional porque en base a dichas novedosas alegaciones no se dictará sino una única solución (...) de forma que para salvaguardar la garantía de la doble instancia, en esos casos, una de dos, o se instaura una tercera instancia limitada – con lo que no se habrían cosechado sino dilaciones -, o una cadena infinita de instancias plenas.

3.- Sistema de Apelación Peruano.- Siguiendo a Neyra Flores³ se precisa que el legislador nacional no ha sido ajeno a la configuración mixta de ambos sistemas, optando por un modelo de apelación limitada pero con aplicaciones moduladoras del modelo de apelación plena. Así tenemos que la apelación – según la regulación implementada por el CPP del

1 ROXIN Claus Ob Cit p. 461

2 ROXIN Claus Ob Cit p. 460

3 NEYRA FLORES, José Antonio Ob. Cit. p. 388



2004 -, está configurada de la siguiente forma:

- En cuanto a la primera característica, tenemos que la apelación en el NCPP se concibe como una continuación del juicio de primera instancia, estatuyéndose una verdadera segunda instancia, la cual se realizará cumpliendo las garantías de la oralidad, contradicción, inmediatez, etc., porque se establece el “juicio de apelación”, en el caso que se haga valer el derecho al recurso. Esto a diferencia del C de PP de 1940, aún vigente en Lima, que concibe la apelación como un juicio de revisión de la resolución impugnada y no como una continuación de ésta, por ello no se realiza audiencia de apelación.

- En cuanto a la posibilidad de introducción de medios probatorios ante el Juez ad quem, esta se encuentra más flexible y cercana al sistema pleno sin llegar a acogerlo por completo, en el sentido que se permite la introducción de nueva prueba, pero limitada a aquella que no se pudo aportar y/o actuar, por causa atribuible al sujeto que impugna; perdiendo sentido las críticas formuladas al sistema pleno por la plena - valga la redundancia-, libertad de aportación y actuación de medios probatorios reconocidos en ese sistema. Esta característica es a la vez otra diferencia con la regulación del C de PP de 1940, que limita seriamente la posibilidad de introducción de medios probatorios ante el Juez ad quem, tal como lo señala SAN MARTIN CASTRO “la actuación de pruebas no está expresamente permitida, salvo el caso de la prueba documental”¹, con lo cual se omite la característica más saltante del sistema pleno.

- Finalmente, en relación a la tercera característica, también en este sistema se permite que el juez ad quem, tenga competencia, no solo para revisar la legalidad de la resolución tomada, sino para convertirse en Juez de mérito, con la diferencia - respecto a la regulación vigente - que el juez revisor tiene amplias facultades de decisión, pudiendo incluso condenar al absuelto, ello se deriva de la existencia de la “audiencia de apelación” y la posibilidad de aportar nuevos medios probatorios con las limitaciones señaladas. Tal como se puede apreciar, nos encontramos ante una etapa de transición de un sistema mixto con preeminencia del sistema limitado hacia un sistema mixto con preeminencia del sistema pleno; sin embargo, no está claro si dicho sistema como está regulado en el CPP de 2004 respeta el derecho a la doble instancia reconocido por los Tratados internacionales y nuestra Constitución Política del Estado.



V.- LA APELACION Y EL PRINCIPIO DE LA REFORMATIO IN PEIUS

La reformatio in peius se configura cuando la situación jurídica del recurrente se empeora como consecuencia de su recurso, esto es, cuando el órgano jurisdiccional superior que resuelve, reforma peyorativamente la resolución impugnada en perjuicio del apelante²

La interdicción de la reforma peyorativa, ha sido recogida por el CPP del 2004 en el artículo 409°, en principio al delimitar la competencia del Tribunal Revisor a la materia impugnada (manifestación del principio de congruencia procesal) y además, porque expresamente establece en el inc. 3° de la norma acotada, que la impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio. En tal sentido es de tener claro que la acotada interdicción está referida al imputado mas no al Ministerio Público, tal es así que la misma norma mencionada establece que la impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado.

1 SAN MARTIN CASTRO, César Ob Cit p. 974

2 STC Exp No. 0245-1995-AA/TC

La prohibición de reforma en peor opera cuando el procesado apela la sentencia de primera instancia, interpone casación o revisión, el Juez de segunda instancia, el de casación y el de revisión no pueden empeorar la situación que le ha sido deducida en el fallo materia de la impugnación o de acción. Este principio rige cuando el procesado es impugnante o actor único. De tal manera que si otras partes impugnan en contra del imputado, si opera la *reformatio in peius*. Si otros sujetos procesales impugnan la acción en pro del procesado, tampoco se puede desmejorar su posición inicial.

Roxin¹ sostiene que con este principio “se pretende lograr que nadie se abstenga de interponer un recurso por el temor de ser penado de un modo más severo en la instancia siguiente. Si la fiscalía pretende conseguir una pena más elevada siempre tendrá que interponer, para ello, un recurso en perjuicio del acusado (...)”.

La prohibición de la *reformatio in peius*, según San Martín Castro, tiene una dimensión constitucional, bien por la vía de la interdicción de la indefensión y de la idea misma de tutela judicial efectiva, como por la de un proceso con todas las garantías, particularmente la de ser informado de la acusación y de los motivos del recurso, y la delimitación de los poderes del Juez de la alzada (art. 139º, Inc. 3 y 14, de la Constitución). El Tribunal Constitucional en la sentencia EXP. N° 1918-2002-HC/TC, establece que esta prohibición es una garantía que forma parte del debido proceso, y que tiene íntima relación tanto con el derecho de defensa como con la del derecho de impugnación, y si no existiera la prohibición mencionada, ello significaría la introducción de un elemento disuasorio para el ejercicio de los derechos antes mencionados. Con esta garantía se procura evitar la sorpresa y consecuente indefensión del imputado frente a un fallo más gravoso para sus intereses cuando la intervención del a quem ha sido exclusivamente provocada por aquel, con la finalidad de encontrar un beneficio y no un perjuicio; hecho que es muy distinto al recurso de apelación interpuesto por el fiscal frente a una sentencia absolutoria².

VI. El absuelto podrá ser condenado por el Superior Jerárquico en el Código Procesal Penal del 2004, facultad que no vulnera el principio de la doble instancia

Considero, que es una facultad que hay que interpretarla en forma sistemática con otro artículo del CPP del 2004, analizarla al amparo de la norma Constitucional y Tratados Internacionales:

1.- En principio el CdePP de 1940 vigente en el distrito judicial de Junín, regula en forma expresa en el artículo 301 “en caso de sentencia absolutoria, solo se puede declarar la nulidad y ordenar nueva instrucción...”, es decir, cuando se trate de una sentencia absolutoria, el ad quem solamente puede declarar la nulidad de la misma, a efecto que otro juez dicte nueva sentencia, o manda ampliar el proceso por un tiempo prudencial, para lo cual deberá indicar las diligencias que deben actuarse en el plazo señalado, quedando prohibido que en vía de apelación se condene directamente al procesado que ha sido absuelto por una sentencia dictada por primera instancia por un Juez Penal. Para la aplicación estricta de este artículo se llevó a cabo el I PLENO JURISDICCIONAL PENAL NACIONAL – ACUERDO PLENARIO No. 8/97 en la que acordaron: PRIMERO: En aplicación del artículo 301 del C de PP no se puede condenar al absuelto en vía de apelación; sólo puede declararse la nulidad de la sentencia o de la instrucción y ordenarse nuevo juicio oral. Entre otros aspectos como la prohibición de la *reforma in peius*, que posteriormente con el D.L. 957 se regula

1 ROXIN Claus Ob Cit p. 461

2 Para mayor ilustración en el tema ver el artículo: “¿Constitucionalidad de la *reformatio in peius* en materia penal?” en GACETA CONSTITUCIONAL Tomo 33 setiembre 2010 p. 171

modificando el artículo 300 del C de PP. Está claro que el sistema de apelación adoptado por este código fue el limitado y el tribunal revisor tenía determinadas facultades, propios de dicho sistema.

2.- Ahora bien, el CPP del 2004 nos trae la novedad del artículo 425 inciso 3 literal b) mediante la cual faculta al Superior Jerárquico: "Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria..."; es decir se le faculta para que realicen una distinta valoración probatoria y emita un nuevo fallo. Así el ad quem puede. A) declarar la nulidad total o parcial de la sentencia apelada con reenvío al juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar, B) dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia sin reenvío, en cuyo caso, puede incluso condenar al absuelto, siendo ésta leída en audiencia pública, para cuyo efecto se notificará a las partes y se llevará a cabo con las partes que asistan, sin que pueda aplazarse por motivo alguno. Contra esta sentencia solo procede pedido de aclaración o corrección y recurso de casación. Si no es recurrida, se enviará al juez que corresponda ejecutarla.

Sin embargo, en el inciso 2 del artículo 425 del CPP del 2004 se ha establecido en forma expresa: "La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas periciales, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Superior no puede otorgarle diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia". Mediante este dispositivo el legislador, bajo el pretexto de la supremacía del principio de intermediación, está imposibilitando un control sobre la valoración de la prueba personal por parte del tribunal que conoce del proceso en apelación, es decir el Tribunal que revolverá la apelación está prohibido de otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal examinada directamente por el juez de primera instancia¹. Cabe la pregunta ¿que sucede si el agraviado y/o testigo que ya ha declarado en primera instancia, no puede concurrir a la audiencia de apelación? el Tribunal revisor no podrá valorar la declaración realizada por el a quo. Sin embargo, con buen acierto el legislador ha limitado la actuación probatoria en segunda instancia², pues "... nutre la mentalidad de los litigantes con la obligación de exponer en primera instancia, abiertamente, con claridad y exhaustividad, los argumentos que tengan a su disposición para fundamentar las respectivas pretensiones, en conciencia de que, en otro caso, se verán impedidas en el futuro de hacer valer aquellos fundamentos que han omitido voluntariamente..."

2.a. En el derecho comparado estos problemas han provocado amplios debates. Existen propuestas que, a partir de una concepción sumamente estricta al principio de intermediación, aconsejan restringir cualquier posibilidad de que el ad quem realice un segundo juicio de valoración probatoria sin haber estado presente al momento en que se actuaron las diligencias que fundan la sentencia. Se alega, en este caso, que la segunda sentencia estaría basada en una valoración construida sobre prueba escrita, y no sobre prueba actuada en condiciones de oralidad y publicidad, que son las únicas que favorecen una verdadera contradicción entre las partes. En contra, se sostiene que el ad quem puede entrar en este se-

1 Al respecto, REYNALDI ROMAN, Roberto Carlos ha desarrollado un comentario amplio en el que analiza críticamente la segunda sentencia casatoria emitida por la Sala Penal Permanente Casación No. 05-2007 HUAURA. Afirma el autor, entre otras cuestiones, que dicha sentencia se ha referido sobre todo a problemas de error y de indebida motivación más no a criterios de control sobre la valoración de la prueba testimonial en sentido estricto. Concluyendo que el Tribunal no apreció la coherencia y persistencia de los principales testigos de cargo, ni tampoco si el relato inculcador era atendible en función a las reglas de la experiencia, si era suficiente a partir del conjunto de la prueba apreciada por el a quo o si el razonamiento del tribunal de primera instancia era en sí mismo sólido y completo. Advierte también el autor una incoherencia en el silogismo de la Corte Suprema, ya que la decisión se refiere a cuestiones de control en la valoración de la prueba personal. En: Jus Jurisprudencia "Principio de motivación y valoración de la prueba testimonial por el Tribunal de Apelación" Diciembre 2007 Grijley p. 151 al 183

2 GIMENO SENDRA, Vicente Ob Cit p. 420



gundo juicio porque, desde el punto de vista de la igualdad de armas, debe reconocerse a la parte persecutora el derecho a perseguir la revocación de sentencias que pueden contener problemas jurídicos relevantes y que en todo caso, la pluralidad de instancias se constituye en una vía fundamental para la uniformización y desarrollo de la jurisprudencia.-

2.b. En doctrina se ha explicado que debido a la vigencia del principio de inmediación, no puede afirmarse con carácter absoluto que el ad quem, que no ha presenciado por sí mismo la práctica de las pruebas en la primera instancia, esté en las mismas condiciones que el a quo para afrontar la tarea de llevar a cabo una nueva valoración de los resultados obtenidos con la práctica de dichos medios de prueba, toda vez que el primero ha podido constatar por sí mismo, por ejemplo las reacciones y comportamientos de los testigos y peritos, su calma o nerviosismo ante determinadas preguntas, el estado de ánimo del acusado, etc, todos estos elementos son de trascendental importancia en el instante en que debe valorarse la fiabilidad del testimonio¹. Sin embargo, con dicho criterio se desplaza el principio de inmediación a un terreno muy subjetivo, otorgándole mas importancia a las impresiones recibidas por el juez al momento de presenciar las declaraciones (la forma en que el declarante dicta sus respuestas, su tranquilidad, nerviosismo, exasperación, sonrojo, tartamudeo, reacciones emocionales, fisonomía, gestos conductas, miradas, tono de voz, modo de expresión, etc) que a la información misma que transmite el testigo.

2.c. En relación a la prueba personal, la Sala Penal Permanente en la Casación No. 05-2007 HUAURA de fecha 11 de Octubre del 2007² ha establecido que un Tribunal de Apelación puede valorar la coherencia y persistencia de los principales testigos de cargo y la consistencia y suficiencia del relato incriminador en función a las reglas de la experiencia y a partir del conjunto de la prueba apreciada por el a quo³. Lo que no ha dicho es que si a partir de tal apreciación el ad quem llegara a una conclusión contraria a la sostenida por el a quo, puede revocar la sentencia de primera instancia; si se actuara de dicha forma, en una interpretación literal, se vulneraría el artículo 425 inciso 2 del CPP del 2004. Sin embargo, dicha valoración probatoria se deberá realizar cuando el a quo no lo ha hecho debidamente; por ejemplo, con buen acierto en la sentencia de segunda instancia expedida en el expediente No. 2008-1403 de Huacho, se advierte en el quinto al noveno considerando que la Sala Penal de Apelaciones realiza una valoración probatoria distinta del a quo de la declaración de la menor agraviada y de un testigo, para revocar la sentencia y condenar al

1 GIMENO SENDRA/CONDE PUMPIDO TOURON/GABERI LLOBEGAT, "Los procesos penales" Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formulario y jurisprudencia, cit T VI p. 436

2 Cuyo texto ha sido publicado en su integridad en la REVISTA INSTITUCIONAL No. 08 de la Academia de la Magistratura "Artículos y Ensayos en torno a la Reforma Procesal Penal y apuntas sobre la Justicia Constitucional" marzo 2008 p. 291 al 297

3 Casación No. 05-2007 HUAURA "...SEPTIMO.- Es exacto que con arreglo a los principios de inmediación y de oralidad, que priman en materia de actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. En esos casos - las denominadas "zonas opacas" -, los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediatez (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etcétera) no son susceptibles de supervisión y control en apelación; no pueden ser variados. Empero, existen "zonas abiertas", accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de las pruebas, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inmovible, pues: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto -el testigo no dice lo que lo menciona el fallo-; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia (ver. Gimeno Sendra, Vicente Derecho Procesal Penal, Editorial Colex, Madrid dos mil cuatro, páginas doscientos setenta y cinco/doscientos setenta y seis). OCTAVO.- En el presente caso el Tribunal de Apelación ha entendido que la apreciación del tribunal de primera instancia, en orden a la valoración de la prueba personal, no puede ser revisada, es inmodificable, tanto más si no se actuó prueba en segunda instancia. Sin embargo, no apreció, pese a que integraba el motivo de la impugnación, el otro ámbito de fiscalización de la prueba personal, la coherencia y persistencia de los principales testigos de cargo, en suma (desde luego es del caso puntualizar que el hecho de que un a testigo en el curso del proceso haya expuesto varias versiones en modo alguno inhabilita al órgano jurisdiccional a optar por una de las versiones, siempre que explice los motivos por lo que asume una de ellas); si el relato incriminador era atendible en función a las reglas de la experiencia; si este era suficiente a partir del conjunto de la prueba apreciada por el A quo; si el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia era en sí mismo sólido y completo".

acusado, sin que éstos hayan declarado en la audiencia de apelaciones¹.

3.- Por otro lado, la facultad de recurrir una resolución judicial como la sentencia, constituye una garantía constitucional prevista en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política vigente, así como se encuentra prevista en el artículo 11 de la LOPJ y ellas encuentran un tratamiento específico en el CPP del 2004 en el numeral 4 del artículo I de su TP y artículo 416 del anotado cuerpo legal, corresponde al imputado y a la parte civil recurrir una sentencia, al primero, en lo que atañe a la condena, pena y reparación civil y el segundo única y exclusivamente respecto al último extremo anotado, salvo cuando se trate de una sentencia absolutoria que tiene el derecho de impugnarla; en el nuevo modelo procesal penal se encuentra debidamente pautado el trámite a seguirse en el caso de apelación de sentencias, tal es así que ello se encuentra en el Título III de la Sección Cuarta del Libro Cuarto del NCPP, que a diferencia del modelo procesal mixto aun vigente en el distrito judicial de Junín, se distingue el nuevo modelo procesal penal porque en él se admite un nuevo juicio oral que según el artículo 424.1 del CPP del 2004 se observa, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia; así mismo, existe previo al mismo, una etapa de traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación, su absolución por la parte contraria en el plazo de ley, un control de admisibilidad y así mismo un estadio de ofrecimiento de medios probatorios, debiendo precisar que en este último punto se encuentra restringido a los supuestos que prevé el artículo 422 del CPP del 2004 y que al órgano de juzgamiento le corresponde admitirlos o no admitirlos sobre

1 Expediente No. 2008-1403-87 de Huacho "QUINTO: Que, si bien es cierto en esta audiencia no se actuó actividad probatoria y mas bien se está invocando una posible causal de nulidad por un lado, y por otro se busca la revocatoria de la misma; sin embargo, se tiene que señalar que las pruebas fueron efectuadas a nivel del Juicio de primera instancia, como fueron la declaración de la menor agraviada; al igual que el examen de la perito psicóloga, la oralización del acta de registro y la inspección del inmueble entre otras pruebas, que, si bien es cierto se trata de un delito de difícil probanza sin embargo se debe precisar que la imputación de las menores víctimas en esta clase de ilícitos tienen que ser consistentes, que exista uniformidad y persistencia al momento de la imputación inicial; siendo así y estando a que estas han sido actuadas, mas se esta cuestionando por el representante del Ministerio Público, que no ha existido una debida motivación se pasará a examinar cada una de ellas a fin de determinar si la misma acarrea nulidad o no; y por otra parte determinar si de lo actuado a nivel de primera instancia, se ha acreditado la comisión del ilícito y por ende la responsabilidad penal del justiciable; siendo así se cuestiona el hecho de que habría existido una duda razonable en el momento en que la menor habría comunicado el hecho a su madre, siendo que ésta pensó en un primer momento que podría haber sido el hijo del imputado llamado Yari, sin embargo esto fue lo que la madre pensó, siendo que la menor le aclaro posteriormente que fue el "padre de Yari", interponiendo posteriormente la denuncia contra el mencionado acusado por lo cual cualquier demora en dicha omisión de la denuncia efectuada debe ser tomada con las reservas del caso.

SÉPTIMO: ...el a quo hizo una apreciación sesgada en cuanto a la declaración del menor FRANK VICTOR NEYRA RUIZ, ya que no obstante haber sido examinado en juicio y de haber CONFIRMADO haber visto a la menor con dos globos; cuestiona ello haciendo ver que como el testigo señaló que en las tardes estudiaba y los hechos habían ocurrido como a las 2:30 p.m. existiría contradicción en el tiempo evidente; sin embargo, estamos ante una mera apreciación subjetiva efectuada por el a quo, ya que no se le preguntó al menor en audiencia si ese día había ido a estudiar; por lo que al existir una persona que habría visto a la menor en presencia de dos globos, la versión de la menor quedaría debidamente corroborada; más aun cuando en el lugar de los hechos al momento de la inspección fiscal se encontró una piñata colgada en la pared, por lo que lo dicho por la menor en relación a que el imputado le entregó los acotados globos;...

OCTAVO: Que, por ende de lo actuado, no se aprecia en absoluto que la versión de menor no sea uniforme, no sea creíble, no sea congruente y en especial que no exista una imputación formulada desde un inicio contra el acusado Albero Abraham Canchari Melgar; siendo así y que estando a que una de las facultades señaladas en el artículo 419° inciso 2 del CPP; es que: "El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada, sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este y último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictarse sentencias condenatorias".

NOVENO: Que, siendo así y en atención a que existen plenos jurisdiccionales en el cual se señala que en esta clase de delitos cuando la verificación o la afirmación de la menor es continua, persistente uniforme y permanente en el tiempo y que la misma no ha sufrido ninguna enmendadura, siendo así se deberá tener por ciertas las aseveraciones vertidas por la víctima, mas aun cuando se trata de una criatura que no se ha demostrado que tenga habilidades para exagerar o ser manipulada o tratarse de una mitomana; A quo la valora afirmando que la misma adolece de coherencia y solidez, sin embargo no ha tenido en cuenta que existe una Pericia Psicológica y cuya perito fueron examinados por ellos mismos, donde les hacen ver el trauma que padece la menor; aunado a que al momento de oralizarse el acta de inspección fiscal, y del registro domiciliario (donde se encontró la piñata) la misma que constituye una prueba indiciaria, no han sido valorados en su debida extensión de manera conjunta, quedando en mera circunstancia referencial de que si el hecho de haberse encontrado una piñata se pueda relacionar a la presencia de globos ya que no se ha acreditado que días antes de la inspección fiscal en dicha vivienda se haya producido una fiesta infantil en su interior; sin embargo la existencia de dichos globos como ya se ha esbozado lo ha repetido no solo en la audiencia sino también ante la psicóloga, por lo que esto queda como un indicio que corroborado con el relato uniforme de la menor; con la acusación persistente de la misma; al acreditarse que la menor presenta trauma psicológico evidente ante la presencia de su agresor; que ante la recreación de la forma como la menor presenta trauma psicológico evidente ante la presencia de su agresor; que ante la recreación de la forma como la menor los hechos en su agravio en la inspección fiscal aunado a que no se ha acreditado que de parte de la familia de la menor la existencia de algún grado de enemistad suficiente para una acusación tan grave que no viene de la madre sino de la propia menor afectada; mas aun cuando el acusado presuntamente habría sufragado los gastos de los daños ocasionados a la propiedad de la familia de la víctima, y siendo que aunque esta persona tuvo la oportunidad de defenderse tanto en los juicios de primera instancia como en la audiencia de apelación, en lugar de esclarecer la forma y explique del porque la familia le tendría un odio gratuito a su persona; o explique del porque de guardar silencio; siendo así se tiene que la presunción de inocencia se ha quebrado en este caso particular por el sinnúmero de pruebas y el único indicio ya señalados líneas arriba que nos llevan a la convicción de la responsabilidad penal del acusado Canchari Melgar". -



dicha base, y en acto seguido convocar para el juicio oral público y contradictorio. Como se puede apreciar, la regulación del nuevo ordenamiento procesal penal, confrontada con la parca y asistemática regulación aún vigente en nuestro distrito judicial, asegura una verdadera “doble instancia”, sin embargo, en el extremo de las sentencias revocadas – que condena al absuelto –, aparentemente no se respetaría este principio de la doble instancia, porque para el condenado sería la primera instancia; sin embargo, haciendo una interpretación integral con la Constitución y los tratados internacionales se concluye:

3.a. La Constitución, en atención a lo expuesto, impone el doble grado de jurisdicción como mínimo para consagrar la pluralidad de la instancia, lo cual significa que un fallo, cualquiera que fuera su materia o dirección, debe ser objeto de revisión integral por otra instancia, lo que obviamente importa incorporar forzosamente un recurso de apelación en cuya virtud el juez ad quem tenga las mismas posibilidades y poderes del juez a quo². Es decir, la doble instancia se instaura por el recurso de apelación interpuesto – ya sea por el imputado, parte civil, Ministerio Público o tercero civil –, para su revisión respectiva. Lo que se ha regulado en el nuevo sistema procesal penal de nuestro país – de condenar al absuelto –, es un cambio radical de un sistema de apelación limitado a un sistema de apelación mixto con aplicaciones moduladoras del modelo de apelación plena, otorgando facultades al ad quem para revocar la sentencia absolutoria a condenatoria, por el recurso de apelación deducido por el Ministerio Público y/o la parte civil, respetándose la pluralidad de instancias, pues, la sentencia es sometida a revisión, reexamen y estudio por un superior jerárquico quien o quienes van a resolver el conflicto penal de acuerdo a los actos de prueba y conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

3.b. En relación a los tratados internacionales que en forma expresa precisan:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 14. 5 Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley.

-Convención Americana de Derechos Humanos:

Artículo 8.2 Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Se denota, que existe la necesidad que toda sentencia sea revisada, de lo cual se puede concluir, el hecho de que el absuelto por el tribunal a quo fuera condenado por el tribunal superior, se estaría cumpliendo con la revisión de la sentencia y no se necesitaría otro fallo condenatorio, pues la intención de estas normas internacionales es que la sentencia del aquo sea revisado por un superior, y no la existencia de dos fallos por dos órganos judiciales diferentes. La española Calderón Cuadrado³ señala que la condena dictada por un Tribunal Superior, al revisar la sentencia absolutoria impugnada por los acusadores, ha sido dictada en un segundo enjuiciamiento realizado precisamente por aquel órgano ju-

1 NEYRA FLORES, José Antonio Ob cit p. 394

2 SAN MARTIN CASTRO, César Ob Cit p. 926

3 CALDERON CUADRADO, María Pía “Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado” Comares, Granada, 1996, p. 22

risdiccional que en caso contrario – fallo condenatorio en primera instancia -, tendría que resolver la impugnación previsiblemente planteada por el condenado, y que, en ambos supuestos, goza de carácter superior exigido por el PIDCP. Al respecto la jurisprudencia española ha señalado que: "... la interposición del recurso de apelación sitúa al órgano ad quem en una posición análoga a la que se encontraba el órgano a quo a la hora de afrontar la resolución definitiva de la controversia, lo que hace posible que aquel puede desplegar sus potestades revisoras a cualquiera extremos del enjuiciamiento recaído en la primera instancia que las partes, a través de los diferentes motivos de oposición dirigidos contra la decisión apelada, hayan podido trasladar a su conocimiento".

El doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizador por la doble instancia de jurisdicción. Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de la legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta del doble examen los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tanto solo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio¹

4.- En consecuencia, estoy de acuerdo con esta nueva facultad concedida a la Sala de Apelaciones, quien con mayor análisis, respetando los principios procesales y constitucionales emitirá un nuevo pronunciamiento; sin embargo, considero que dicha facultad está restringido por el artículo 425 inciso 2 del CPP del 2004, pues se impide al tribunal de apelaciones supervisar y controlar la valoración de la prueba personal realizada por el Juez de primera instancia a través de una nueva apreciación probatoria, supuestamente por vulneración al principio de inmediación.-

5. En relación al tema comentado, la Sala Penal de Apelaciones de Arequipa en el expediente No. 2008-12172 de fecha 22 de junio del 2010 se ha pronunciado DECLARANDO INAPLICABLE EN EL CASO CONCRETO parte del artículo 425.3.b del CPP en cuanto señala que "si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar" ello en tanto se habilite una instancia suprema de juzgamiento en revisión por colisión al derecho a la instancia plural que consagra la Constitución y las normas de protección internacional de los derechos humanos y ha elevado en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema². En el análisis 3.9 precisa: En síntesis sobre la materia concreta, aquel a quien se le aplica la reforma peyorativa resulta:

- a) Condenado en instancia única (la segunda), dado que precedentemente fue absuelto.
- b) Sin posibilidad de un juicio oral, público y contradictorio de revisión de la condena; y
- c) Con la única posibilidad –además tasada– de ejercer un recurso de casación (que no es un juicio de mérito). Ello no concuerda con el derecho fundamental, en especial el de todo condenado a contar con una instancia diferente y superior, para la revisión dentro de los marcos de la ley local.

VII.- CONCLUSIONES:

1. La sentencia absolutoria emitida por el a quo que no exponga suficientemente las razones que sustentan la absolución, infringiendo el deber de motivación de las resolucio-


1 FERRAJOLI, Luigi "Los valores de la doble instancia y nomofilaquia" en Nueva Doctrina Penal 1996, buenos Aires p. 446-447 citado por SAN MARTIN CASTRO, César Ob Cit p 926

2 SENTENCIA publicada en "GACETA PENAL", Tomo 13, Julio 2010 p 279.



nes judiciales previsto en el artículo 139.5 de la Constitución Política, es decir el deber de motivación no solo es exigible cuando se dicta una sentencia condenatoria sino también cuando esta es absolutoria, pese a que la presunción de inocencia pareciere indicar la falta de necesidad de argumentación, sin embargo, considero que el juzgador debe realizar una argumentación suficiente para : a) Conocer las razones de su decisión; b) controlar la actividad jurisdiccional; y c) permitir a los sujetos procesales recurrir y fundamentar el agravio. Por ello, y con base a una interpretación contrario sensu de los criterios a considerar al momento de realizar la motivación de una sentencia condenatoria, al argumentar la absolución del imputado se debe incidir en: a) la ausencia de adecuación típica del hecho atribuido al procesado o en su caso la concurrencia de alguna causa de justificación, exculpación, excusa absolutoria o ausencia de condición objetiva de punibilidad); y b) la insuficiencia incriminatoria de los elementos probatorios incorporados al proceso para sustentar la imputación, esto es, sustentar porque en el caso concreto, aquellos carecen de la fuerza requerida para fundamentar una sentencia condenatoria.

Al respecto el artículo 398 del CPP del 2004¹ precisa el contenido de la sentencia absolutoria. En esta circunstancia, si el a quo por diversas razones, existiendo pruebas suficientes para condenar a un imputado lo absuelve la Sala deberá revocar la sentencia para así garantizar el derecho del agraviado y que el imputado sea sancionado en un plazo más corto, porque declarar la nulidad como lo regula el CPP de 1940 acarrea proceso latos con recursos de apelación sin fundamento, inejecución de procesos, ausencia de condenas por amparo de la prescripción, tardía reparación civil, descontento social y desconfianza en el sistema penal.



2. No comparto la opinión de que el condenado en segunda instancia se encuentra con la ausencia de un Superior Jerárquico para conocer las impugnaciones, supuestamente se coloca, al que resultara recientemente condenado en la desventaja de no contar con un juicio de apelación (con actuación probatoria), sino solo de un recurso de casación. Es decir, precisan quien es condenado en segunda instancia cuando en primera instancia fue absuelto, es condenado en instancia única sin posibilidad de un juicio oral, público y contradictorio y que se revise su condena; su única posibilidad - además tasada-, es ejercer un recurso de casación lo que no concuerda con el derecho fundamental a contar con una instancia diferente y superior para la revisión-; por las siguientes razones:

2.a. Con el CPP del 2004 la impugnación genera una audiencia ante el tribunal revisor que se concibe como una continuación del juicio de primera instancia, la cual se realizará cumpliendo las garantías de la oralidad, contradicción, intermediación y publicidad, porque se establece el juicio de apelación.

2.b. La introducción, admisión, actuación y valoración de medios probatorios por el Juez ad quem, se encuentra más flexible y cercana al sistema pleno sin llegar a acogerlo por completo, en el sentido que se permite la introducción de nueva prueba, pero limitada a los supuestos que prevé el artículo 422 y la valoración restringida por el inciso 2 del artículo 425 del CPP del 2004; en consecuencia el juez revisor tiene amplias facultades de decisión, pudiendo incluso condenar al absuelto, ello se deriva de la existencia de la "audiencia de apelación" y la posibilidad de aportar nuevos medios probatorios con las limitaciones señaladas.

¹ Artículo 598 del CPP del 2004 "La motivación de la sentencia absolutoria destacará especialmente la existencia o no del hecho imputado, las razones por las cuales el hecho no constituye delito, así como, de ser el caso, la declaración de que acusado no ha intervenido en su perpetración, que los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma, o que está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal"

2.c. La doble instancia se instaura por el recurso de apelación interpuesto - ya sea por el imputado, parte civil, Ministerio Público o tercero civil -, para su revisión respectiva. Lo que se ha regulado en el nuevo sistema procesal penal de nuestro país - de condenar al absuelto -, es un cambio radical de un sistema de apelación limitado a un sistema de apelación mixto con aplicaciones moduladoras del modelo de apelación plena, otorgando facultades al ad quem para revocar la sentencia absolutoria a condenatoria, por el recurso de apelación deducido por el Ministerio Público y/o la parte civil, respetándose así la pluralidad de instancias.

3.- En resumen, considero que la facultad otorgada al órgano revisor - de condenar al absuelto -, no vulnera el principio de la doble instancia y es conforme a los avances procesales adoptados por los países que han cambiado el sistema procesal inquisitivo por el sistema acusatorio y el sistema de apelación limitada por un sistema de apelación mixto con prevalencia del sistema de apelación plena, todo con la finalidad de luchar contra la criminalidad que cada día se incrementa; sin embargo, el ad quem deberá revocar la sentencia absolutoria a condenatoria siempre que: a) en el juicio realizado en primera instancia exista suficientes actos de prueba o elementos de convicción sobre el hecho y la responsabilidad del absuelto y el aquo por ignorancia, error o arbitrariedad a absuelto al imputado; y/o b), que el Tribunal en la audiencia de apelación haya admitido y actuado más pruebas que permitan enervar la presunción de inocencia del imputado - debiendo precisar que es una buena adopción haber restringido este extremo a los supuestos que prevé el artículo 422 del CPP del 2004.

4.- Así mismo se debe regular que el Ad quem pueda otorgar diferente valor probatorio a la pruebas personales (testimoniales y preventivas en las llamadas "zonas abiertas") aunque no se hayan actuado en su presencia por diversos motivos (enfermedad, viaje, temor como en el caso de menores de edad, etc., en los casos de los delitos contra la libertad sexual en agravio de menores, exigir una nueva entrevista considero que le causaría diversos problemas), para evitar esto a nivel de primera instancia los abogados defensores, fiscales y jueces con las técnicas del interrogatorio y sistema de objeciones deberán procurar obtener una declaración veraz y controlar las posibles argucias de los testigos, a fin de lograr una información fidedigna que fundamente la decisión final, la misma que no puede estar guiada por sutilezas ni subjetivismos del juzgador y como quedará gravado, dichas audiencias podrán ser visualizadas por el Tribunal Superior.



PROTECCIÓN AL CONCEBIDO

“¿CUANDO COMIENZA LA VIDA PARA EL DERECHO?”

“EL HOMBRE NO POSEE EL PODER DE CREAR VIDA.
NO POSEE TAMPOCO, POR CONSIGUIENTE, EL DERECHO A DESTRUIRLA”. MAHATMA GANDHI.

JORGE ROLANDO LLANOS GARCÍA¹



RESUMEN:

Se entiende por concepción a la unión del espermatozoide con el óvulo. Se afirma que en este momento surge un “ser humano genéticamente individualizado”, por tanto, un sujeto de derecho, digno de protección y tutela. Fecundado el óvulo estamos en presencia de un ser humano, con vida actual que se caracteriza precisamente por su individualidad, dado que está comprobado que cuando se unen los 23 cromosomas del espermatozoide con los 23 del óvulo surge lo que se denomina “cigoto”, ser único, original, con un código genético totalmente propio e irrepetible. Es decir se da Inicio a la Vida.

Palabras claves: Concebido, Fecundación, Vida

ABSTRACT:

Conception to the union is understood of the spermatozoon with the ovum. One affirms that at this moment a “human being genetically individualized” arises, therefore, a subject of right, worthy of protection and trusteeship. Fertilized the ovum we are in the presence of a human being, with present life that is characterized indeed by its individuality, since it is verified that when the 23 are united chromosomes of the spermatozoon with the 23 of the ovum arises what “zygote” is denominated, unique, original being, with a totally own and unique genetic code. That is to say, Beginning occurs to the Life.

KEY WORDS: conception, fertilization, life

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN, I. PROBLEMÁTICA, II. INTERROGANTES SOBRE LA PROBLEMÁTICA, III. CONCEBIDO, IV. FECUNDACIÓN O CONCEPCIÓN VS INDIVIDUALIZACIÓN, V. TEO-RÍAS SOBRE EL INICIO DE LA VIDA, VI. LA PROTECCIÓN AL GENOMA HUMANO, VII. INICIO DE LA VIDA, VIII. REGULACIÓN LEGAL PERUANA, IX. DERECHO A LA VIDA, X. SUJETO DE DERECHO, XI. ANALISIS DE “EFECTOS FAVORABLES”, XII. DEFENSA DE LA INTEGRIDAD SOMÁTICA, XIII. DERECHOS PERSONALISIMOS, XIV. DERECHO PATRIMONIAL Y EXTRAPATRIMONIAL, XV. NECESARIA MODIFICACIÓN XVI. CON-CLUSIONES, XVII. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de Investigación versa sobre “ El artículo 1º del Código Civil Peruano², como se advierte, contiene un novedoso aporte al otorgar al concebido la calidad de sujeto de derecho, de centro de imputación normativo. Esta importante innovación se sustenta

1 * Auxiliar Judicial del Sexto Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia - Lambayeque, Presidente Fundador e Investigador del Círculo de Estudios Alcance Jurídico de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

2 Las palabras en negrita son nuestras.

en la realidad, desde que el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide. De este modo se supera la ficción que se alojaba en el artículo primero del Código Civil de 1936, en cuanto se reputaba nacido al concebido, no obstante que, en verdad, aún no había nacido. Estimamos innecesario recurrir a la ficción o fingimiento que adoptaba el Código derogado en tanto el concebido es una realidad distinta y previa a la persona natural: representa el momento inicial del proceso de la vida humana. De ahí que, en atención a dicha realidad, se considere al concebido como lo que es, como un sujeto de derecho.”¹

I. PROBLEMÁTICA²

El concebido, toma partido en la posición de que la vida humana comienza con la concepción.

Si bien esta afirmación puede parecer meramente declarativa, no lo es, porque implica una toma de posición en el debatido tema del inicio de la vida que produce grandes consecuencias jurídicas. Como bien sabemos, se discute no solo términos biológicos, sino además jurídicos, si la vida humana comienza con la concepción, que implica la unión del espermatozoide masculino con el óvulo femenino, o si la vida humana comienza después de los 14 días en los que comienza el proceso de anidación (...).

Los partidarios de la teoría de la concepción, señalan que los últimos descubrimientos de la biología ratifican sus postulados, en el sentido de que penetrado el óvulo por el espermatozoide surge una nueva vida, distinta a la madre, con un patrimonio genético único, irrepetible, autogobernado por el mismo embrión, sin que exista momento en su evolución, como para poder postergar la certeza de que tal formación es vida humana (...).

Por su parte, los partidarios de la teoría de la anidación, señalan que la vida humana puede considerarse a partir del momento en que el embrión se fija en el útero de la mujer, es decir, cuando se anida en él, y este es un fenómeno que recién se produce a los 14 días de la fecundación, cuando se produce la unión del espermatozoide masculino con el óvulo femenino. (...).



II. INTERROGANTES SOBRE LA PROBLEMÁTICA

Ante la posición de la implantación o anidación del embrión en el útero, que se produce a los 14 días de la fecundación. Me permito realizar algunas interrogantes ¿Qué clase de ser es el que existe en el tiempo que discurre entre la fecundación y la implantación del embrión en el útero materno? Importante interrogante que nos faculta decir ¿acaso no es un ser humano?

Ya no tiene sentido negar la existencia del ser humano (vida) desde la fecundación (concepción), cuando de este hecho aparecerá siempre un ser humano con su propio, único e irrepetible código genético.

1 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho de las Personas", 11ma ed., GRIJLEY, 2009, Lima, p.5.

2 MOROLAES GODÓ, Juan, "Enmiendas al Libro I del Código Civil", Modificaciones a la regulación del Derecho de las Personas, Actualidad Jurídica, Tomo 132, Noviembre, 2004, Lima pp. 18 - 19.

III. CONCEBIDO¹

Es importante, en primera instancia, indagar cómo ha sido entendido el término concepción en el mundo jurídico a través de los diccionarios jurídicos; por lo que se recurrirá a uno histórico de nuestro país y a dos de los más usados en el mundo hispano: los diccionarios de GARCÍA CALDERÓN, CABANELLAS y OMEBA, respectivamente. Es así que estas fuentes definen el término concepción de la siguiente manera:

(i) “Unión de los materiales suministrados por ambos sexos en el acto procreativo, para la formación de un nuevo ser”, y se remite, entre otros al término preñez². En cuanto a esta última palabra, indica: “Se llama preñez o preñado el estado de una mujer que ha concebido un hijo...”³.

(ii) “El acto de la fecundación y comienzo del proceso vital”. Se agrega que fisiológicamente “La concepción se efectúa en el momento en el cual la cabeza del espermatozoide penetra en el óvulo. La concepción no es inmediata a al cópula carnal; pues a veces puede transcurrir algún tiempo desde ésta al instante en que el espermatozoide, o elemento masculino, fecunda el óvulo o elemento femenino”. En cuanto al aspecto estrictamente jurídico señala que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...”⁴.

(iii) “Del latín (concepto-ónis). Acción y efecto de concebir. Biológicamente es el momento de fecundación del óvulo, que determina en el orden jurídico, el comienzo de la existencia de la persona”⁵.

IV. FECUNDACIÓN O CONCEPCIÓN VS INDIVIDUALIZACIÓN

CHIERI Y ZANNONI, respecto a la formación de una nueva individualidad genética, señalan que “en el caso del hombre, todas las células surgen de una inicial, el cigoto, el cual se forma a partir de la unión del óvulo procedente de la madre y el espermatozoide procedente del padre. El óvulo aporta la maquinaria celular, además es un núcleo que contiene la mitad de la información genética de la madre. El espermatozoide aporta exclusivamente el núcleo con la mitad de la información genética del padre. La fusión de ambas informaciones genéticas da lugar al material genético del hijo; en consecuencia, cada nuevo individuo es único en su información genética, de aquí el termino de individualidad biológica”.

Prosiguen afirmando que “a su vez, esta información de la primera célula es heredada por cada una de las células que se van a desarrollar a continuación, de manera que todas tienen el mismo material genético. Es por ello que si se estudia el ADN de células (...) De cualquier parte del organismo, siempre se encuentra el mismo material genético, propio de cada individuo y diferente de cualquier otro, excepto en el caso de los gemelos monocigóticos”.⁶

Se entiende por concepción a la unión del espermatozoide con el óvulo. Se afirma que

¹ Fundamento 22 del EXP. N° 02005 – 2009 – PA/TC

² GARCÍA CALDERÓN, Francisco. *Diccionario de la Legislación Peruana*, tomo I. Lima: Grijley, edición en facsimil de la segunda edición, 2003, p. 501. Citado en el fundamento 22 del EXP. N° 02005 – 2009 – PA/TC

³ *Op. cit.* Tomo II, p. 1571

⁴ CABANELLAS, G. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II. Buenos Aires: Heliasta, 16° edición, 1981, p. 253. Citado en el fundamento 22 del EXP. N° 02005 – 2009 – PA/TC

⁵ *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Ed. Bibliográfica Argentina, sine data, Tomo III, p. 578. Citado en el fundamento 22 del EXP. N° 02005 – 2009 – PA/TC

⁶ CHIERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo A., “Prueba de ADN”, Buenos Aires, Astrea, 2da ed. Actualizada y ampliada, 2001, p.4. citado en el fundamento 13 del EXP. N° 02005 – 2009 – PA/TC.



en este momento surge un “ser humano genéticamente individualizado”, por tanto, un sujeto de derecho, digno de protección y tutela. Sin embargo, esta individualización no es instantánea: desde el momento del encuentro del espermatozoide con el óvulo, hasta la generación del cigoto, se pasa por un “proceso de fusión nuclear” que dura 12 horas aproximadamente¹. Es después de este período que podemos hablar de una vida humana genéticamente distinta de la madre.²

Se sostiene que existen dos criterios para determinar el inicio de la vida humana, a saber, el de la individualización y el de la concepción y se afirma sobre el tema que: de vida humana se puede por cierto hablar, desde el punto de vista biológico, aún antes de la individualización. La concepción, componiendo el patrimonio genético humano de una estructura biológica de por sí capaz de desarrollar el programa de formación del hombre, es incontestablemente el inicio de la vida humana. Es más, a partir de fases precocísimas es dado de considerar aptitud biológica al desarrollo de tejidos diferenciados según un orden que proviene de las informaciones genéticas”³

De lo mencionado se puede deducir, fácilmente que, si entendemos por vida al patrimonio genéticamente individualizado, el punto de quiebre de la misma será localizado después de la fusión nuclear (12 horas) y, por lo tanto será lícito todo tipo de manipulación hecho antes del vencimiento de este término.

En cambio, si comprendemos que la vida es un proceso que comienza con la concepción, no podrá considerarse posible ningún tipo de intervención, ni antes ni después de la fusión nuclear. Delimitar el punto de quiebre, fijará el carácter de licitud (o no) de las prácticas de experimentación y de crioconservación.⁴

“(…) El hombre es una continuidad, un proceso, que comienza con la concepción (independientemente de ser, o no “individualizado”) (…).⁵

“(…) El hecho de que el concebido sea dependiente de la madre para los efectos de su subsistencia, no quiere decir que éste sea parte de la misma, por cuanto es un ser genéticamente individualizado desde el momento de la conjunción del espermatozoide con el óvulo y, es aquí, que interviene el Derecho en su función protectora (…)”⁶

“se encuentra cada vez más generalizada como verdad científica la tesis que fecundado el óvulo estamos en presencia de un ser humano, con vida actual y no potencial que se caracteriza precisamente por su individualidad, dado que está comprobado que cuando se unen los 23 cromosomas del espermatozoide con los 23 del óvulo surge lo que se denomina “cigoto”, ser único, original, con un código genético totalmente propio e irrepetible, que se mueve a partir de aquí hacia su destino. Nunca existió ni existirá otro ser vivo semejante y es esto precisamente lo que le otorga el carácter de individual. El tiempo sólo le



1 Se explica que “este proceso vertiginoso, breve, se da así: el espermatozoide entra, el óvulo pierde la corona protectora, las células se reconocen como de la misma especie, la cabeza entra, se fusionan las membranas, se identifican los pronúcleos masculino y femenino y finalmente éstos se fusionan. Cuando se produce la fusión de los dos pronúcleos se da el nuevo ser” (YUNGANO, “Principio de la existencia de la persona”, en Temas de Derecho Privado. IV, Separata de la Revista del Notariado, Buenos Aires, 1993, 15). Citado en ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Derecho de las Personas”, ed. Rodhas, quinta edición, setiembre 2008, Lima, p.62

2 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Derecho de las Personas”, ed. Rodhas, quinta edición, 2008, Lima, p.62

3 ZATTI, “Quale statuto per l’embrione?”, en Riv.crit.dir.priv., 3, 1990, p.450. citado en ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Derecho de las Personas”, ed. Rodhas, quinta edición, 2008, Lima, pp. 62- 63.

4 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Derecho de las Personas”, ed. Rodhas, quinta edición, setiembre 2008, Lima, p.63

5 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ob. cit., p.66

6 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ob.cit., p.69

agregará oxígeno y nutrición”¹.

El concebido, es considerado por el Código Civil peruano como un sujeto de derecho privilegiado (puesto que sólo es “para todo cuanto le favorece”), que tiene las siguientes características:²

- a) Es un ser genéticamente diferenciado.
- b) Es un ser dependiente de la madre para su subsistencia.
- c) Tiene derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, estos últimos no deben estar sujetos a condición alguna.

V. TEORÍAS SOBRE EL INCIO DE LA VIDA

A) La Teoría de la Fecundación³: “se basa, en principio, en la concepción y por ende el inicio del proceso vital se origina en la fecundación. Sin embargo, la fecundación es un proceso que dura algunas horas, y se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, y concluye luego con la interacción bioquímica con la formación del cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino.

De los que se adscriben a la Teoría de la Fecundación hay sectores que consideran que desde el inicio del proceso fecundatorio ya nos encontramos ante la concepción pues una vez que el óvulo ha sido fecundado por el espermatozoide, se ha dado inicio a un proceso vital irreversible. Frente a ellos, se encuentran quienes consideran que, aún cuando la concepción se produce en la fecundación, ésta se da recién en el momento de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino (singamia), conjugándose los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos, surgiendo el cigoto como realidad nueva, diferenciado de la madre y del padre, y con autonomía genética para presidir su propio desarrollo; desarrollo que acaba con la muerte y que durante todo su proceso ni la madre ni ningún otro agente externo le agregan nada a su configuración genética e individualidad ya establecida.”

El Doctor MIRANDA CANALES⁴ define la fecundación como: “La unión de los genotipos, es la fecundación y, tiene como consecuencia, que el ser originado, manifiesta una combinación de genes de ambos genotipos.

La fusión de los genotipos se produce mediante la intervención de células especiales, las células germinales o gametos, producidos en el conjunto del organismo pluricelular a través de un proceso complejo que se denomina la gametogénesis.

En términos biológicos, tras la fecundación, se inicia la vida de un individuo. Desde ese momento, sus cambios morfológicos y funcionales, seguirán un desarrollo programado, con absoluta autonomía”.

B) La Teoría de la Anidación⁵: “considera en principio que el inicio del ser humano sólo es posible afirmarlo a partir de la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. La anidación no es un acto instantáneo sino que también es

1 ORDOQUI CASTILLA, “Daños y perjuicios causados al concebido no nacido”. (En la Jurisprudencia), Acali Editorial, Montevideo, 1984, 12, y en Aequitas, CIDDE, Año, 1, Nº 1, Lima, 1989, 4. Citado en ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Derecho de las Personas”, ed. Rodhas, quinta edición, 2008, Lima, p.74

2 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ob.cit., Lima, pp. 74 – 75.

3 Fundamento 14 del EXP. Nº 02005 – 2009 – PA/TC

4 MIRANDA CANALES, Manuel, “Derecho de Familia y Derecho Genético”, Ediciones Jurídicas, 1998, Lima, p. 314

5 Fundamento14 del EXP. Nº 02005 – 2009 – PA/TC

un proceso que comienza aproximadamente al sétimo día de la fecundación, cuando el cigoto ya transformado en blastocito empieza a adherirse al endometrio y con la hormona llamada gonadotropina coriónica humana (HCG) secretada por el blastocito a través de la sangre, el cuerpo materno advierte que se está desarrollando un nuevo individuo, actuando entonces para impedir la ovulación. El proceso de anidación dura aproximadamente 7 días una vez iniciado y 14 desde la fecundación. Según esta teoría allí recién se la concepción, cuyo producto “el concebido” sería embrión que ha iniciado su gestación en el seno materno. Solo a partir de allí habría certeza del embarazo de la madre.”

VI. LA PROTECCIÓN AL GENOMA HUMANO¹

El genoma es el conjunto de genes que conforman la unidad biológica de todo ser viviente. Toda materia viva tiene una constitución química, una estructura celular, una composición cromosómica y una huella genética. Dentro de ello son los genes los encargados de transmitir las características hereditarias y de llevar la información de cada ser viviente.

En los genes está descrito todo lo que sucede biológicamente al hombre. Dicha información es riquísima y de importancia determinante en la vida del hombre por lo que debe ser cautelada por el Derecho. Su protección radica en que es la base en la que descansa el patrimonio genético del ser humano.

El genoma humano como tal es inmodificable e invariable. Su estudio e investigación debe ser realizado sólo con fines de orden patológico o terapéutico debidamente justificada por un motivo médico (disminuir una enfermedad) o por imposición de la ley (determinación de la identidad genética).

(...) Su finalidad no será otra que propender o alcanzar el mejoramiento de la calidad de la vida humana.

VII. INICIO DE LA VIDA

Desde el momento en que se produce la unión del espermatozoide con el óvulo, surge genéticamente individualizado, a partir de ese instante existe vida humana y, como tal, merece protección y respeto. Es inadmisibles practicar investigaciones científicas sobre el ser humano, teniéndolo como un mero objeto de experimentación aún cuando está en formación e incluso fuera de su natural ubicación, caso contrario, se desvirtuaría la verdadera finalidad de la inseminación y fecundación artificial, que es la factibilidad el derecho a procrear que tiene toda persona humana. El respeto que merece la persona es independiente de sus condiciones biológicas. Antes o después del surgimiento del tubo neutral y de los sentidos, la protección que se le debe brindar es la misma, en su inescindible e irreductible visión ontológica.

ESPINOZA ESPINOZA “Considero que el embrión concebido extrauterinamente es tan “sujeto de derecho” como aquel que es producto del normal acto sexual y que se encuentra regulado en el artículo 1 del Código Civil peruano. (...)”

El añejo aforismo romano que definía al concebido como aquel “qui in utero est”, deja de ser una regla absoluta e inconvencible, puesto que, admite una excepción, la cual se pone de manifiesto a través de la fecundación artificial: el concebido aunque en breve tiempo se encuentra



fuera del útero de la mujer. Las características de este sujeto de derecho serían las siguientes:

1. Le es aplicable el artículo 1 del Código Civil peruano
2. No es sujeto de investigación.
3. Si se suprime su desarrollo se incurriría en el delito de aborto.

Desde el momento de la unión del espermatozoide con el óvulo surge este sujeto de derecho denominado "concebido extracorpóreo", tanto para el caso de la fecundación artificial homóloga como el de la heteróloga, aplicándose, sin restricciones, el artículo 1 del Código Civil peruano.

En conclusión ESPINOZA ESPINOZA, "(...) considero al embrión concebido extracorpóreamente como un "sujeto de derecho" tan igual como aquel concebido corpóreamente, amparándose, en ambos casos, en el citado artículo."¹

VIII. REGULACIÓN LEGAL PERUANA

La Constitución Política del Perú en su artículo 2º, inciso 1. declara que toda persona tiene derecho "A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece".

El Código Civil de 1984, en su artículo 1º declara que "la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento", agregando que "la vida humana comienza con la concepción", y que "El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece". Por su parte, el Decreto Legislativo N.º 346 - Ley de Política Nacional de Población, establece en el artículo IV inciso I del Título Preliminar que "La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: a la Vida" y que "El concebido es sujeto de derecho desde la concepción"; la Ley N.º 26842 - Ley General de Salud, cuyo título Preliminar, artículo III, estipula que "toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley...", así como que "El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud". El Código Sanitario aprobado en marzo de 1969 mediante Decreto Ley N.º 17505, establecía en su artículo 17º que "Con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud. El cuidado de la salud durante la gestión comprende a la madre y al concebido"; agregaba también (artículo 31º) que "Al niño desde la concepción hasta la adolescencia le corresponde un esmerado cuidado de la salud..."; de otro lado, en el artículo 113º estipulaba que "Las acciones de salud comprenden al hombre desde la concepción hasta la muerte y deben ejercitarse en todas las etapas de conforman su ciclo vital".²

El derogado Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Decreto Ley N.º 26102, en el artículo I del Título Preliminar definía: "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad"; y, en cuanto a los derechos, señalaba en su artículo 1º que "Todo niño y adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental". Ambas disposiciones se repiten prácticamente de manera literal en el vigente Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Ley N.º 27337.³

1 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Derecho de las Personas", ed. Rodhas, quinta edición, 2008, Lima, p. 128.

2 Fundamento 17 del EXP. N.º 02005 - 2009 - PA/TC

3 Fundamento 18 del EXP. N.º 02005 - 2009 - PA/TC

IX. DERECHO A LA VIDA

El Tribunal Constitucional ha señalado con relación al derecho a la vida que “Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos.” [STC N° 01535 - 2006 - PA, fundamento 83].¹

El derecho a la vida, inherente a toda persona humana, ha sido consagrado también por documentos internacionales relacionados con los derechos humanos, de los que el Perú forma parte y que los vinculan especialmente en virtud de lo dispuesto por la Disposición Final Cuarta de la Constitución.

Así, por la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo I) “Todo ser humano tiene derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3º) “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6º) “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica dispone en su artículo 4º, inciso 1, que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Este mismo documento, en su artículo 5º, inciso 1) agrega: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”; y, en el artículo 11º, inciso 1), establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y reconocimiento de su dignidad”. Asimismo, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (párrafo 3 del Preámbulo) “Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.”²



X. SUJETO DE DERECHO³

La calidad inherente a todo sujeto de derecho no es otra que la de tener el goce pleno y actual de todos sus derechos aunque, como es evidente en el caso del concebido, no los pueda ejercer por sí mismo sino a través de sus Representantes Legales.

El concebido es un “sujeto de derecho”, los derechos que le son inherentes los posee simplemente por el hecho de constituirse como un ser humano. Goza, por ello, de manera plena y actual de todos sus derechos personales, como su derecho a la vida, así como también sus derechos patrimoniales, como sería el de ser sucesor o donatario. No hay que esperar por lo tanto, como predicaba la doctrina jurídica de antaño y su correspondiente reflejo en

1 Citado en el fundamento 9 del EXP. N° 02005 - 2009 - PA/TC

2 Fundamento 12 del EXP. N° 02005 - 2009 - PA/TC

3 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho de las Personas”, 11ma ed., GRIJLEY, 2009, Lima, pp.11-12.

la codificación comparada, que el ser humano “concebido” nazca para que recién, en este tardío momento, pueda afirmarse que goza de los derechos que le son inherentes, pues si así fuere, no estaríamos ante la presencia de un “sujeto de derecho”, sino tan solo de una esperanza de serlo. Por ello, es contradictorio afirmar, como erróneamente se ha venido sosteniendo por cierto sector de la doctrina anclada en el paso, que el concebido sea un “sujeto de derecho” y, al mismo tiempo, se pretenda equivocadamente diferir el goce de sus derechos hasta que nazca con vida. No existen derechos “en suspenso” ni “sujeto de derecho” sin derecho. Ellos son actuales si el concebido es como que lo es un “sujeto de derecho” tal como lo reconoce el artículo bajo comentario. Sin embargo, si el concebido muere, es lógico que sus derechos se resuelven, se extingan. Y ello porque el concebido, ante el hecho de la muerte, dejó de ser un “sujeto de derecho”. Recién, en ese instante, “deja de tener derecho”, deja de ser “sujeto de derecho”. Está de más señalar, por sabido, que “poseer derechos” (capacidad de goce) es diferente de “ejercer derechos” (capacidad de ejercicio o de obrar).

VEGA MERE nos dice “El dar al concebido la calidad de centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas significa no sólo el rechazo de la teoría de la ficción; también implica un afinamiento del artículo 70 del Código Civil argentino¹ que lo personifica al denominarlo “persona por nacer” ^{”2}.

“ (...) El concebido es el ser humano antes de nacer que, pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un centro de imputación de los derechos y deberes que lo favorecen. Es por eso que se dice que es un sujeto de derecho privilegiado.”³

XI. ANALISIS DE “EFECTOS FAVORABLES”

DIEZ PICAZO Y GUILLÓN, siguiendo a DE CASTRO, expresan que con la palabra favorable, “queda marcado el carácter de equidad del precepto. Sin embargo, el término “efectos favorables” no puede entenderse de manera que en cada situación que afecte al concebido haya de separar la parte favorable y la desfavorable. Cada situación constituye un todo homogéneo e inescindible. Significa darle la facultad, en sí favorable, de adquirir derechos, pero con aquellas consecuencias que puedan ser desfavorables. Adquirirá las herencias o las donaciones, pero con las cargas y los gravámenes impuestos por el testador o por el donante.

El término “efectos favorable” excluye los efectos que sean por sí solo perjudiciales. Además, debe entenderse que el carácter favorable ha de pertenecer al concebido y no a terceras personas”⁴

XII. DEFENSA DE LA INTEGRIDAD SOMÁTICA⁵

En cuanto a la manipulación genética perfecta o eugenésica destinada a arreglar rasgos

1 El numeral 70 del mencionado cuerpo de leyes, señala lo siguiente:

“Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas: y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.

2 VEGA MERE, Yuri, “Derecho Privado”, Tomo I, 1ª ed., GRIJLEY, 1996, Lima, p.141.

3 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Derecho de las Personas”, ed. Rodhas, quinta edición, 2008, Lima, pp.55 - 56

4 DIEZ- PICAZO y GUILLON, “Sistema de Derecho Civil”, Volumen I, Cuarta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, 266 citado en ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Derecho de las Personas”, ed. Rodhas, 5ta edición, 2008, Lima, pp. 80-81.

5 VALDIVIEZO GARCÍA, Marcelo, “Derecho de las Personas”, 1ª ed., Industria Grafica Libertad, 2007, Trujillo, p. 87.

genéticos deseables, tales como la talla, la estructura corporal, el color de la piel, el desarrollo intelectual, etc. Estas investigaciones están prohibidas, por la Comunidad Científica en los Estados que desarrollan ingeniería genética de última generación, debido a que estas formas de investigación, atentarían contra el derecho del ser natural de la persona humana, como ser único en su individualidad, por lo que nadie está facultado a cambiar o programar su estructura corporal con fines perfeccionistas. Hacerlo así, se atentaría contra el derecho inalienable de la persona humana a ser idéntico a sí mismo, que resultó de esa combinación que se hizo efectiva en el mismo momento de en que se constituyó la célula reproductora que le dio vida humana.

XIII. DERECHOS PERSONALÍSIMOS¹

Toda persona humana posee dignidad, la cual consiste en reconocer que tiene fines propios y no considerarla como un medio.

En razón de su dignidad la persona humana posee derechos primarios frente a los demás hombres. A estos derechos, en el ámbito civil se les conoce como derechos personalísimos.

Por su parte SANTOS CIFUENTES² define a los derechos personalísimos como los “derechos subjetivos, privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y real”.

Creemos que los derechos de la personalidad son todos aquellos derechos que posee la persona humana por el sólo hecho de su existencia, los cuales son oponibles erga omnes.

CARACTERÍSTICAS:

- a) Son derechos originarios o innatos pues desde que la persona humana o concebido³ existe tiene estos derechos, es decir, se adquieren con la persona o concebido mismo.
- b) Son derechos privados ya que se refieren a las relaciones entre particulares y no a las relaciones con el Estado.
- c) Son derechos absolutos o de exclusión, es decir, son oponibles erga omnes.
- d) Son derechos extrapatrimoniales porque no son apreciables en dinero, pero sí son objeto de indemnización la que sólo está destinada a restituir la pérdida sufrida (daño emergente) y compensar los bienes, que por el daño causado, no se recibieron (lucro cesante).
- e) Son derechos intransmisibles y no susceptibles de disposición por el titular, ninguna persona o concebido puede transmitir estos derechos ni mucho menos disponer libremente de ellos.
- f) Son derechos irrenunciables e imprescriptibles, no se puede renunciar a estos derechos, los cuales perduran en el tiempo.
- g) Son vitalicios, no pueden faltar en ningún instante de la vida humana desde la concepción, están presentes mientras la persona humana o concebido viva.
- h) Son necesarios, no pueden faltar, pues la persona humana y el concebido los necesita para su libre desenvolvimiento, para que cumpla sus fines.

Los derechos personalidad que debido al avance de la Genética, en lo que a manipulación

1 MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara, “Derecho y Genoma Humano”, 1ª ed., ed. San Marcos, 1997, Lima, pp. 71 y ss.

2 CIFUENTES, Santos, “Los Derechos Personalísimos”. Teoría General, en. Revista del Notariado, N° 730, año LXXVI, julio – agosto, Buenos Aires, 1973, p.

1375. Citado en: MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara, “Derecho y Genoma Humano”, 1ª ed., ed. San Marcos, 1997, Lima, p. 72.

3 Las palabras en negrita son nuestras



genética se refiere, están siendo vulnerados.

- a) Derecho a la vida.
- b) Derechos a la integridad.
- c) Derecho a la libertad.
- d) Derecho a la intimidad.
- e) Derecho a la igualdad.

XIV. DERECHO PATRIMONIAL Y EXTRAPATRIMONIAL

El artículo 1 del Código Civil peruano sólo se refiere a los derechos patrimoniales. Sin embargo, al establecer que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, éste es titular, por antonomasia, de los derechos extrapatrimoniales, tales como el derecho a la vida, a la integridad, entre otros. Estos derechos, por su naturaleza, no pueden estar sujetos a ninguna condición. Hubiera sido saludable que se contemplase ello en este cuerpo de leyes.¹

ESPINOZA ESPINOZA “En mi opinión, establecer una cláusula general es lo más adecuado, por cuanto, toda enumeración es insuficiente. La fórmula genérica “sujeto de derecho para todo cuanto le favorece” permite atribuir cualquier derecho – patrimonial o extrapatrimonial – a favor del concebido.”²

ORDOQUI “considera que son derechos no patrimoniales del concebido los derechos a la vida, a la integridad física, a la filiación ya a la protección prenatal”³.

VARSÍ “estima que, además, le corresponden los derechos de conocer su origen biológico, a su integridad genética, a su identidad sexual y a la salud”⁴.

VILA- COROBARRACHINA “piensa que también son suyos los derechos a la propia herencia o dotación genética, al hábitat natural (el vientre de su propia madre), a la inviolabilidad de la esencia intrínsecamente humana y a la permanencia en su ser específico”⁵.

En cuanto a los derecho patrimoniales, puede el concebido adquirir cuantos sean legalmente concebibles, pero solo podrá ejercerlos a condición de que nazca vivo, a partir de su nacimiento⁶. FERNANDEZ SESSAREGO expresa “existe un conjunto de derecho de índole patrimonial que sí están sometidos a condición resolutoria. En esta última situación se encuentran, entre otros, los derechos sucesorios y la donación. En estos casos, si bien el concebido adquiere derechos en cuanto sujeto de derecho, ellos están sometidos a condición resolutoria. En efecto, si el concebido no nace vivo se resuelven tales derechos patrimoniales”⁷.

1 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Derecho de las Personas”, ed. Rodhas, quinta edición, 2008, Lima, p. 78.

2 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Ob.cit., p. 79.

3 ORDOQUI, Gustavo, “Estatuto de los Derechos de la Personalidad: Los Derechos del Concebido no nacido”. En: De la Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995, pp. 254 – 272 .citado en GUEVARA PEZO, Víctor, “Personas Naturales”, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 92.

4 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Derecho y Manipulación Genética”. Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial. Lima, 1996, p. 101 – 118. citado en GUEVARA PEZO, Víctor, “Personas Naturales”, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 92.

5 VILLA- COROBARRACHINA, María Dolores. “Introducción a la Biojurídica”. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1995. pp. 147 – 170. citado en GUEVARA PEZO, Víctor, “Personas Naturales”, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 92- 93.

6 GUEVARA PEZO, Víctor, “Personas Naturales”, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 93.

7 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho de las Personas”, 11ma ed., GRUJLEY, 2009, Lima, p. 6.

XV. NECESARIA MODIFICACIÓN

La modificación al Art. 1º del Código Civil debe ser la siguiente. “(...) La vida humana comienza con la concepción, que implica la unión del espermatozoide con el óvulo. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. (...)”

El autor, no pretende solucionar debates científicos ni mucho menos definir lo que solo las especialidades respectivas están llamadas a dilucidar y responder. Pero sí es nuestra responsabilidad dar nuestra propuesta de modificación pertinente. El derecho, en suma, no va a definir lo que es propio de las otras ciencias, pero si puede tener en cuenta todas aquellas respuestas suficientemente sustentadas que le ofrecen estas.

Es necesaria dicha modificación por los fundamentos en el presente artículo mencionado. Es evidente que la interpretación errónea del artículo 1º del Código Civil Peruano, causaría graves consecuencias al máspreciado bien de la humanidad: “la vida humana”, es por ese motivo que creemos necesaria la modificación en la que se incluye lo que se entiende por concebido. Para así lograr una correcta administración de justicia y una interpretación correcta del Código Civil Peruano de 1984.

XVI. CONCLUSIONES:

1. El concebido debe ser reconocido como un individuo de la especie humana y, por lo mismo cuenta con todos los derechos reconocidos por los organismos internacionales.
2. El concebido debe ser reconocido individualmente, en tanto que su código genético propio es único e irrepetible.
3. Se entiende por la concepción como la unión del espermatozoide con el óvulo. Se afirma que en este momento surge un “ser humano genéticamente individualizado”, por tanto un sujeto de derecho, digno de protección y tutela por parte del Derecho.
4. El concebido es el ser humano antes de nacer que pese a que depende de la madre para su subsistencia, esta genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un centro de imputación de deberes y derechos que lo favorecen. Es por eso que se dice que es un sujeto de “derecho privilegiado”.
5. El Código Civil Peruano¹ defiende la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico y mental²

XVII. BIBLIOGRAFIA

1. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho de las Personas”, 11^{ma} ed., GRIJLEY, 2009, Lima.
2. MOROLAES GODO, Juan, “Enmiendas al Libro I del Código Civil”, Modificaciones a la regulación del Derecho de las Personas, Actualidad Jurídica, Tomo 132, Noviembre, 2004, Lima, pp. 17-25.
3. VALDIVIEZO GARCÍA, Marcelo, “Derecho de las Personas”, 1ª ed., Industria Grafica Libertad, 2007, Trujillo.
4. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Derecho de las Personas”, ed. Rodhas, quinta edición, setiembre 2008, Lima.
5. GUEVARA PEZO, Víctor, “Personas Naturales”, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2004
6. VEGA MERE, Yuri, “Derecho Privado”, Tomo I, 1ª ed., GRIJLEY, 1996, Lima.
7. MIRANDA CANALES, Manuel, “Derecho de Familia y Derecho Genético”, Ediciones Jurídicas, 1998, Lima.
8. MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara, “Derecho y Genoma Humano”, 1ª ed., ed. San Marcos, 1997, Lima.
9. EXP. N° 02005 - 2009 - PA/TC

1 Las palabras en negrita son nuestras.

2 VEGA MERE, Yuri, “Derecho Privado”, Tomo I, 1ª ed., GRIJLEY, 1996, Lima, p.144.

