

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

JULIO ARMAZA GALDOS
Director

LUIS VARGAS FERNÁNDEZ - MARCO BUSTINZA SILLI
CESAR BELAN - DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
BERND SCHÜNEMANN (ALEMANIA) - EUGENIO RAÚL ZAFFARONI (ARGENTINA)
NILO BATISTA (BRASIL) - JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)
CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (ESPAÑA) - JOSÉ CEREZO MIR (ESPAÑA)
ALEJANDRO MARTÍNEZ DHIER (ESPAÑA) - JUAN RAMÓN LACADENA (ESPAÑA)
RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ (ESPAÑA)

Comité Consultivo

JUAN CARLOS VALDIVIA CANO - MAURO PARI TABOADA
GABRIEL TORREBLANCA LAZO - FERNANDO BUSTAMANTE ZEGARRA
ANA MARÍA AMADO MENDOZA
Consejo de Redacción

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

JULIO ARMAZA GALDOS
Director

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
N° 2009-14421
ISSN: 2077-0723
Proyecto Editorial N° 10401000900885

La Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Políticas no se solidariza con la doctrina sustentada en los
artículos que publica.

Diciembre - 2014
Año 9 - núm. 8

© ADRUS D&L EDITORES S.A.C.
Cercado, Lima - Perú
Av. Tacna núm 539, Dpto. 74 - B
Teléf. 01 - 4016451
adrusdyleditores@hotmail.com
www.adrusdyleditores.com

Tiraje: 500 ejemplares
Impreso en Arequipa—Perú

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

DR. ABEL TAPIA FERNÁNDEZ

Rector

DR. MANUEL VÁSQUEZ HUERTA

Vicerector Académico

DR. GASPAR DEL CARPIO RODRÍGUEZ

Vicerrector Administrativo



Abel Tapia Fernández
Rector

SUMARIO

Palabras preliminares.....	13
----------------------------	----

I. DOCTRINA

Desalojo por ocupación precaria vs <i>usucapión</i> OSCAR RENATO DÍAZ GONZÁLES.....	17
El arbitraje potestativo y su carácter impositivo: comentarios a la STC recaída en el expediente núm. 3243-2012-PA/TC MAURICIO MATOS ZEGARRA.....	25
El control constitucional en el sistema jurídico peruano JORGE LUIS CÁCERES ARCE.....	37
Interés general y estado social y democrático de derecho JAIME RODRÍGUEZ-ARANA.....	67
El dolo como concepto normativo. Acerca de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente MARCO BUSTINZA SIU.....	87
La pseudo-oralidad: desnaturalización de los principios rectores de la etapa de juzgamiento. El caso arequipeño CÉSAR BELAN.....	111
La educación según T.S. Eliot (un factor determinante) JUAN CARLOS VALDIVIA CANO.....	129
Justicia comunal y democracia CLAUDIA LIZBETH FLORES FUENTES.....	143
Tratamiento de la acción reivindicatoria en la legislación peruana MANUEL ARMAZA ARMAZA.....	151
Limitaciones probatorias en el código procesal civil peruano ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ.....	155
Delincuencia, sociedad y prevención JUAN LUPO JARA.....	197

II. SECCIÓN ESTUDIANTIL

El gobierno de los ocupados, para los mandones y por los matones DIEGO ANGULO OSORIO.....	203
Constitucionalidad y su búsqueda en los procesos del plano normativo JESÚS VICENTE ZÚÑIGA HERNÁNDEZ.....	209

Cesare Beccaria	
DOLY JURADO CERRÓN.....	227
Medición de la dimensión delictuosa en el Perú como política pública	
NURIA OBLITAS PARRILLO.....	233

III. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Inicio del año lectivo 2014.....	239
Docentes del programa académico de Derecho	239
Personal administrativo.....	240
Personal administrativo del consultorio jurídico.....	240
Información vinculada a la Facultad.....	240
Designación de alumnos al Consejo de Facultad.....	241
Clasificación jerarquizada de los señores alumnos.....	241
Necrología.....	242

IV. ALGO MÁS SOBRE NUESTROS PROFESORES

Jorge Luis Cáceres Arce por J. Armaza G.....	247
--	-----

V. DISCURSOS

Discurso de orden con ocasión del quincuagésimo segundo aniversario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María	
LUIS CARPIO ASCUÑA.....	251

VI. INTERVIÚ

El gobierno improvisa porque España no tiene un marco normativo para afrontar crisis biológicas	
EMILIO JOSÉ ARMAZA.....	259

VII. NOTICIA BIBLIOGRÁFICA

Íñigo de Miguel Beriain. <i>La clonación, diez años después</i> (por K. Yucra A.)	267
---	-----

VIII. MISCELÁNEA

Carta del Sr. D. Raúl David Oblitas Flores.....	273
Testamento de Luis XVI.....	275
El escribano Ellazar	
ANTONIO GONZALES POLAR.....	279

PALABRAS PRELIMINARES

El nuevo número de la revista, correspondiente al año 2014, contiene 8 estudios jurídicos compuestos por los señores profesores Renato Díaz Gonzáles, Mauricio Matos Zegarra, Marcos Bustinza Siu, César Belan, Juan Carlos Valdivia Cano, Alfredo Lovón Sánchez, Jorge Cáceres Arce y Jaime Rodríguez Arana; además 7 elaborados por los señores Juan Lupo Jara, Claudia Flores Fuentes, Manuel Alejandro Armaza, Diego Angulo Osorio, Jesús Vicente Zúñiga Fernández, Doly Jurado Cerrón y Nuria Oblitas Parrillo.

En la sección correspondiente —y por la importancia del discurso— se incluyó la disertación que la noche del 6 de diciembre del año pasado pronunció el ex Rector de nuestra Universidad D. Luis Carpio Ascuña y, casi inmediatamente, la carta del artista arequipeño Raúl D. Oblitas Flores, más el poema de D. Antonio Gonzáles Polar que aparece en la sección miscelánea.

Vaya nuestro saludo y agradecimiento a los autores del presente volumen, pues sin ellos habría sido imposible materializar la entrega.

Jorge Cáceres Arce
Decano

I. DOCTRINA

DESALOJO POR OCUPACIÓN PRECARIA VS USUCAPIÓN

OSCAR RENATO DÍAZ GONZÁLES

En la ciudad de Lima, con fecha 13 de agosto del 2012 los señores Jueces Supremos reunidos en sesión de Pleno Casatorio, expedieron, por mayoría, la Sentencia núm. 2195 —2011— Ucayali, sentencia que tiene el carácter de vinculante conforme al artículo 400 del Código procesal Civil¹ publicada en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 14 de agosto del 2013.

Esta sentencia recayó en un caso sobre *Desalojo por Ocupación Precaria*, en el cual el petitorio de la demanda está dirigido a que se ordene el desalojo por ocupación precaria del inmueble ubicado en el jirón Tarapacá núm. 663 y 665 de la ciudad de Pucallpa.

El accionante manifiesta que sus poderdantes son propietarios del inmueble materia de reclamo, cuya titularidad tienen inscrita en los Registros Públicos de la ciudad de Pucallpa, siendo que la numeración del bien fue otorgada por la Municipalidad provincial de Coronel Portillo, el cual está signado como la fracción Lote. 1-A, Mz. 86, del plano regulador de la ciudad de Pucallpa, que corre en la Ficha 1619D, Partida Electrónica DDDD2Q31, y la Ficha 16189, Partida Electrónica DDDD2050.

Finalmente, el actor señala que, como sus poderdantes han adquirido el bien inmueble, y que los demandados tienen la condición de precarios, dado que antes fue una casa familiar.

¹ «La Sala Suprema Civil puede convocar al Pleno de los Magistrados Supremos Civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente Judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno Casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la república hasta que sea modificada por otro precedente...»

Admitida a trámite la demanda, se corre traslado a los emplazados, siendo contestada por Mirna Lizbeth Panduro Abarca y Euclides Vara Turco, quienes deducen la excepción de Falta de Legitimación para obrar de los demandantes, señalando que estos han dejado de ser propietarios del inmueble materia de reclamo, por cuanto, a la fecha de interposición de la demanda, los demandados poseen el bien por más de cuarenta años. Posesión que se realiza de forma pacífica, pública y como propietarios, por lo tanto ha operado la prescripción adquisitiva del inmueble.

Por otro lado, indican que los poderdantes del demandante no han poseído nunca el inmueble, el cual perteneció a los padres de la codemandada y de su hermana, quien es madre de los poderdantes.

Mediante sentencia del 15 de septiembre de 2010 se declaró fundada la demanda, ordenándose el lanzamiento de los demandados del bien inmueble materia de reclamo, una vez haya quedado consentida o ejecutoriada dicha sentencia.

La sentencia aludida fue apelada por ambos demandados, alegándose que la demanda se sustentó en artículos 1699, 1700 y 1704 del Código Civil, referidos a la conclusión del arrendamiento y que el Juez resolvió aplicando dichas normas, incluyendo el artículo 1697 del mismo Código (que no fue invocado por el accionante), con el fin de dilucidar el fondo de la controversia. Asimismo, que la parte accionante absolvió fuera de tiempo el traslado de la excepción deducida, absolución que tampoco se les notificó. *Finalmente, argumentan que se debió hacer referencia al proceso de usucapión que sobre el mismo inmueble siguen ante el mismo Juzgado el cual también debió acumularse al proceso de desalojo.*²

La Sala Superior especializada en lo Civil y afines de Ucayali, mediante sentencia de vista del 8 de abril del 2011, confirma la alzada en todos sus extremos, precisando que la demanda debe ampararse conforme a lo resuelto por el *A quo*, acotando que los demandantes han acreditado haber obtenido la titularidad sobre el bien materia de reclamo, al haberlo recibido en anticipo de legítima de parte de la señora Nancy Panduro Abarca, y que en lo que concierne a la posesión a título de propietarios por usucapión que alegan los demandados, se observa que los documentos que se adjuntan, varios de ellos aparecen a nombre de terceros, por lo que no habiéndose desvirtuado la precariedad de la posesión resulta viable el desalojo.

Dicha resolución es la que dio lugar al Recurso de Casación por la demandada Mirna Lizbeth Panduro Abarca.

Por resolución del 8 de septiembre de 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se declaró procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa de naturaleza procesal —referida al inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil y al inciso 3 del

² El subrayado es nuestro.

artículo 139 de la Constitución Política del Estado—, prevista en el artículo 386 del Código Procesal Civil, al haberse satisfecho los requisitos de fondo regulados por los incisos 2, 3 y 4 del artículo 388 del mismo cuerpo legal, por los fundamentos siguientes:

a) La infracción del inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, puesto que la demanda de desalojo por ocupación precaria se planteó usando normas referidas a la conclusión del arrendamiento, no obstante ello, la sentencia de primera instancia lejos de corregir ese error, incrementó un artículo más, el 1697 del Código Civil, referido a las causales de resolución del arrendamiento, resultando claro que se ha hecho uso indebido de una norma de derecho material, puesto que el caso versa sobre desalojo por ocupación precaria. Incluso que, sobre este punto, la resolución impugnada no hace ninguna referencia, pese a que fue advertido en el recurso de apelación, por tal motivo la sentencia no se encuentra debidamente motivada conforme lo dispone el artículo 122, inciso 3, del Código Procesal Civil. Finalmente, señala la recurrente, que si bien en la demanda se invocan artículos ajenos al petitorio, el Juez, en aplicación del principio *iura novit curia*, dispuesto por el artículo VII del Título preliminar del Código Civil, debió aplicar los artículos 2, numeral 16, de la Constitución/Política y 896; 923 y 950 del referido Código Civil.

b) La infracción del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, dado que durante el desarrollo del proceso no se ha respetado el derecho de las partes, pues no se han cumplido los plazos respecto a la deducción de la excepción de Falta de Legitimación para Obrar, pese a haber sido advertida esta omisión por la recurrente; así como tampoco se les corrió traslado del escrito de absolución de la citada excepción. Omisiones que, pese a haber sido denunciadas, ninguna de las dos instancias han resuelto este punto de la controversia, lo que atenta contra el derecho al debido proceso previsto en la norma mencionada, toda vez que las resoluciones judiciales deben pronunciarse sobre todos los puntos controvertidos, conforme señala el artículo 122, inciso 4, del Código Procesal Civil.

Sin perjuicio de los vicios *in procedendo* denunciados como causal casatoria y que dieron lugar a que se declare procedente el recurso de casación interpuesto interesa a este artículo los criterios del Pleno de Magistrados Supremos respecto de la ocupación precaria y la prescripción adquisitiva de dominio cuando resultan enfrentados dentro de un proceso sobre desalojo por ocupación precaria.

En tal sentido, según aparece de la sentencia casatoria materia de análisis, luego de compilar definiciones doctrinario-jurisprudenciales acerca de la posesión y otras instituciones afines, se emiten pronunciamientos sobre los supuestos de posesión, las cuales considerando su importancia a efectos de la unificación de criterios citamos textualmente:

I. «En los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429 y 1430 del Código Civil. En estos, se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para esto, bastará que el Juez, que conoce del proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Siendo así, no es necesario exigir la previa resolución judicial del contrato, puesto que la terminación del mismo se acordó en los términos contractuales suscritos por las partes o se realizó bajo las reglas del artículo 1429 ya citado. Si el Juez advierte, como consecuencia de la valoración correspondiente, que los hechos revisten mayor complejidad y que no resultan convincentes los fundamentos fácticos y las pruebas del demandante o del demandado deberá dictar sentencia declarando la fundabilidad o infundabilidad de la pretensión. La declaración de improcedencia de la demanda la efectuará excepcionalmente y sustentándola únicamente en la falta o deficiencia de un presupuesto para la validez de la relación jurídica procesal, mas no por cuestión de fondo.

II. También constituirá un caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704 del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la conclusión del contrato y devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. Dicha comunicación debe ser indubitable, de lo contrario, dará lugar a que la demanda de desalojo por precario se declare infundada. Por el contrario, no constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700 del Código Civil, puesto que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Sólo en el caso de existencia de requerimiento, recién se puede asumir que el poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.

III. Si en el trámite de un proceso de desalojo, el Juez de la causa, del análisis de los hechos y de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220 del Código Civil, sólo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia, al exponer las razones que justifican su decisión, y declarará fundada o infundada la demanda de desalojo por ocupación precaria, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes para sustentar su derecho, a ejercer la posesión inmediata, es el que adolece de nulidad manifiesta.

IV. La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquiriente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708 del Código Civil. En este caso, para que proceda la demanda de desalojo por precario, se deberá exigir que

el demandante haya requerido, en forma previa a la demanda, mediante documento de fecha cierta, la devolución del inmueble o, en todo caso, que en el *contrato* de compraventa haya manifestado que no continuará el arrendamiento. En este último supuesto, tal decisión debe ponerse en conocimiento del demandado, a partir del momento en que se celebró el contrato de compra venta, acto después del cual el ocupante devendrá en precario.

V. En los casos en los que el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo —sea de buena o mala fe—, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a disfrutar de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar, lo que considere pertinente, por causa de las edificaciones o modificaciones del predio, utilizando el procedimiento pertinente.

VI. La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para destruir la pretensión de desalojo y declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión; por lo tanto, se limitará a establecer si, de la valoración de las pruebas, surge en él la convicción de, si corresponde o no, declarar el derecho de poseer a favor del demandante o del demandado. Es decir, el Juez no debe ingresar a verificar si es que la parte demandada adquirió o no el bien por usucapión, sino que debe limitarse a verificar si del análisis de los hechos y de la valoración de las pruebas presentadas por la parte emplazada surge en él la convicción de la existencia de lo que viene considerándose como un título suficiente, que enerve el derecho que esgrime el demandante. Este hecho (de declararse fundada la demanda desalojo por precario), en nada afecta lo que se vaya a decidir en el otro proceso donde se verifique la pretensión de usucapión. De ampararse, mediante resolución definitiva, la demanda de prescripción adquisitiva, el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.»

Concordamos plenamente con el criterio del pleno en el sentido de que no resultaba viable la acumulación de los procesos de desalojo con el de usucapión que los demandados estaban siguiendo ante el mismo juzgado, en primer lugar —desde un plano netamente formalista—, porque la normativa procesal no admite la posibilidad de acumular pretensiones que se tramitan en distintas vías procedimentales —ello desde el sólo aspecto formal— tribunal considera que nada impide que ante situaciones especiales puedan acumularse determinados casos, tramitables en vías de cognición diferentes, siempre y cuando el juzgado justifique los motivos por los que resulta atendible dicha acumulación y no se afecte el derecho a la defensa de las partes. Así, por ejemplo, se

afectaría el derecho de defensa si se dispone la acumulación de la prescripción adquisitiva, con el ya iniciado proceso de desalojo por ocupación precaria —que por tramitarse en la vía sumarísima, resulta más breve—, con una reconvencción cuya pretensión sea prescripción adquisitiva que, por corresponderle el procedimiento denominado Abreviado, los plazos de su trámite son mucho más latos y la posibilidad de defensa de las partes resulta más amplia. En segundo lugar (en este caso concreto), porque los demandados nunca solicitaron tal acumulación, ni tampoco reconvinieron, sino que se limitaron a señalar que estaban siguiendo un proceso de usucapión ante el mismo Juzgado (Expediente núm. 00407-2010-0-2402-JR-C1-01) y que se debía tener en cuenta que la demanda era improcedente porque ya habían adquirido el bien por prescripción adquisitiva; y en tercer lugar, porque en ambas instancias de mérito sí se ha hecho alusión a la usucapión alegada, señalándose expresamente, en la sentencia apelada, que en este proceso de desalojo no se estaba discutiendo la titularidad de la propiedad, sino cuál de las partes tenía un título que la legitimara para ejercer el derecho a poseer el bien y que cualquier discusión sobre la propiedad se tenía que ventilar en el proceso más lato. Esta apreciación resulta jurídicamente correcta, por cuanto en un proceso de desalojo, por su naturaleza sumaria, dada la simplicidad de su objeto (verificar el derecho a poseer), no es factible ingresar a realizar un análisis pleno respecto de la validez de títulos o a la formas de adquisición de la propiedad, los que deben ser debatidos mediante la realización de actos procesales plenos, de trámite más amplio, sino que tan sólo se analiza cuál de las partes tiene un título que la habilite a poseer.

Lo que nos preocupa de esta sentencia vinculante es el criterio, a nuestro entender, sumamente genérico y riesgoso, que en la práctica podría, y de hecho va a ser utilizado, como el pretexto perfecto para burlar la ejecución de sentencias que ordenan el desalojo en el extremo en que se declara que en el caso de la usucapión (entre otras) si con *posteridad*³ a la demanda y sentencia de desalojo la situación de la parte demandada hubiere variado por la expedición de una sentencia expedida por el órgano y jurisdiccional en la cual se estimó la prescripción adquisitiva de dominio, ésta tendría expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble, ¿solicitar la inejecución del mandato de desalojo en base a una sentencia posterior sobre Prescripción Adquisitiva? ¿cuán posterior? ¿un año, tres años, cinco años?. ¿será legítima dicha oposición? ¿si cuando se tramitó y resolvió en última instancia el desalojo el «derecho» del usucapiente era sólo expectatio? donde queda la seguridad jurídica para quien afrontó todo un proceso de desalojo, con los años, incidencias y gastos que implica, dónde se alegó y probó que el demandado dentro de dicho proceso no tenía título alguno que justifique la posesión del bien y por lo tanto no podía haberlo opuesto al sujeto activo del desalojo? acaso no resulta absolutamente injusto que después de años, no sabemos cuantos, se aparezca el precario declarado

³ Subrayado es nuestro.

como tal por sentencia de última constancia con un «título» recién obtenido pretendiendo oponerlo a quien es primero en el tiempo y por lo tanto en el derecho.

No entendemos cuál es el sentido del extremo de esta sentencia vinculante, cuando en uno de sus extremos señala «La mera alegación del demandado en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, *correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello complique que está facultado para decidir la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante*»⁴.

Total ¿se pronuncia o no sobre la usucapión en el proceso de desalojo? el texto subrayado por nosotros es absolutamente contradictorio, por qué tal si en base a los medios probatorios ofrecidos por el demandado que alega el derecho de prescripción adquisitiva de dominio, «surge» en el Juez la convicción de que a la expectativa de lo que se pueda resolver en el futuro sobre la usucapión no puede amparar la demanda de desalojo, adelantando así opinión, lo que es peor, respecto de un proceso que le es ajeno, que no es de su competencia, un tema que no es ni podría ser jamás punto controvertido dentro de un proceso de desalojo por ocupación precaria.

Peligrosísima apertura que en la práctica ya ha dado lugar a que en un Juzgado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa encontrándose el proceso sobre Desalojo por Ocupación Precaria en el estado de señalarse nuevo día y hora para el lanzamiento (la primera ejecución forzada fracasó por oposición violenta de los precarios) el Juez retroceda en la ejecución de una sentencia de última instancia y acogiendo la simple alegación de una tercera que recién se apersonó al proceso en este estado, alegando ser la conviviente del demandado y que no había sido demandada habiendo poseído el inmueble por más de 20 años —vieja tinterillada que ya no debería tener cabida por la simple aplicación de las consecuencias del demandado que no cumpla con la Denuncia Civil—⁵ no tenga «mejor y brillante» decisión que elevar todo lo actuado al superior ¡en plena ejecución de sentencia! para que vía consulta la sala superior le aclare si puede o no lanzar, en base a la jurisprudencia materia de análisis, a esta supuesta usucapiante, quien ni siquiera ha interpuesto la demanda de Prescripción Adquisitiva de dominio, pero que al parecer, porque no lo dice en su resolución el mencionado Juez, lo ha convencido con su simple alegación de última

⁴ Subrayado adicionado.

⁵ Art. 102 CPC: «El demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin de que se le notifique el inicio del proceso».

Art. 593 CPC: Consentida o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación.

hora de que habiendo ya generado un derecho por el transcurso del tiempo no podría ser lanzada, premiando así al supuesto conviviente que con evidente falta de lealtad procesal, probidad y honestidad a propósito calló y guardó como última estrategia esta articulación harta conocida a la búsqueda de quien crea en ella, por más inverosímil y falta de pruebas que resulta, hallando el terreno propicio en este extremo de esta ejecutoria que además de desconcertar a muchos genera como en este caso la burla del cumplimiento de un fallo judicial y la decepción total del sufrido y ya agotado accionante que cuando pensaba que al fin recuperaría el inmueble de su propiedad se ve obligado a mayores tramites con resultados inciertos, con un sentimiento absoluto de burla, desamparo e indefensión.

Lamentable decisión de inseguridad que sin duda alguna contribuye a la creciente percepción de la ciudadanía sobre la inexistencia de justicia en este país.

Este fallo jurisprudencial vinculante también deja abierta la posibilidad para que el precario ya lanzado pueda a posterioridad (una vez más no sabemos cuanto tiempo después) pueda solicitar la devolución del inmueble.

¿Nos preguntamos y en que vía de acción lo hará? ¿acaso vía nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta? pero cuál sería el fraude, cuál la colusión, que hubieren afectado el derecho a un debido proceso, si fue vencido en un proceso en el cual no tuvo ningún título con arreglo a ley para justificar el uso de un bien que no era de su propiedad para oponerlo al de cualquiera de los sujetos activos del desalojo, siendo su supuesto derecho al tiempo del trámite del proceso de desalojo simplemente expectatio, de resultado incierto hasta la fecha en que se ordenó su lanzamiento en última instancia.

Tampoco, es obvio, podría ser vía reivindicación, porque al obtener el «usucapiente» recién su título con posterioridad a la decisión final estimatoria del desalojo por precario, no podría oponerlo ni por antigüedad en el tiempo ni menos registral a quien siendo titular del derecho a que le sea restituido un predio, contando con alguno de dichos presupuestos (antigüedad, inscripción registral previa) o ambos, logró con anterioridad el reconocimiento de dicho derecho por el órgano jurisdiccional del Estado.

Menudo tema que urge que la jurisprudencia lúcida pero sobre todo valiente y oportuna de nuestros jueces, en simple aplicación lógica razonada del derecho le dé sentido.

EL ARBITRAJE POTESTATIVO Y SU CARÁCTER IMPOSITIVO: COMENTARIOS A LA STC RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N° 3243-2012-PA/TC

MAURICIO MATOS ZEGARRA

Introducción

Con fecha 26 de mayo de 2014 fue publicada la STC recaída en el expediente 3242-20120-PA/TC (Caso FETRATEL) que amplía algunos aspectos ya desarrollados por el Tribunal Constitucional en la STC 03561-2009-PA/TC (Caso SUTRAMPORP) y su resolución aclaratoria respecto a la procedencia del llamado «arbitraje potestativo»; es decir aquel arbitraje que a criterio del TC peruano permite imponer a la otra parte el arbitraje, aún en contra de su voluntad en el marco de un conflicto laboral colectivo.

En la STC que comentaremos en el presente trabajo, el TC ha determinado que dentro de un proceso de negociación colectiva el arbitraje tiene carácter potestativo y por tanto, basta que una de las partes decida someter alguno de los puntos materia de negociación al arbitraje para que la otra parte deba aceptarlo inexorablemente y aún en contra de su voluntad.

A diferencia de lo que sucedía con los supuestos de procedencia del arbitraje potestativo establecidos por el D.S. 014-2011-TR y la R. Min. 284-2011-TR, donde la posibilidad de obligar a la otra parte a acudir al arbitraje sólo podía darse en los casos en que las partes no pudiesen ponerse de acuerdo en el nivel que entablarían la primera negociación, o en el supuesto de existir actos de mala fe negocial, la actual posición del Tribunal convierte al arbitraje impuesto o potestativo en una opción a la que puede acudir cualquiera de las partes cuando así lo desee —incluso en contra

de la voluntad de la otra parte— en el marco de una negociación colectiva.

En esta línea de ideas, a través del presente trabajo desarrollaremos y comentaremos los principales aspectos de la nueva posición del Tribunal Constitucional, concordándolos con los pronunciamientos previos sobre la materia. Asimismo, analizaremos la constitucionalidad del arbitraje potestativo y las consecuencias de mantener la existencia de un arbitraje no consensuado en el marco de los principales instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el carácter libre y voluntario de todas las etapas de la negociación colectiva. Asimismo, revisaremos algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que podrían resultar contradictorios con la posición esgrimida respecto al arbitraje en materia de negociaciones colectivas.

Finalmente, analizaremos la situación del arbitraje potestativo y su accesibilidad para aquellas organizaciones sindicales o empleadores que no tengan el suficiente poder adquisitivo para sufragar los costos que supone el desarrollo de un proceso arbitral.

1. El arbitraje potestativo en el Perú:

1. La posición del TC en el caso SUTRAMPORPC:

La expresión «arbitraje potestativo» fue acuñada por el Tribunal Constitucional en la STC recaída en el expediente núm. 3561-2009-PA/TC (Caso SUTRAMPORPC) publicada el 29 de setiembre de 2009 y sobre todo en su resolución aclaratoria de fecha 10 de junio de 2010.

En dicha oportunidad el TC, aplicando control difuso, dispuso la inaplicación del primer párrafo del artículo 45 del D.S. 010-2003-TR que establece que en caso las partes no puedan ponerse de acuerdo en el nivel en que entablaran la primera negociación, ésta debería llevarse a nivel de empresa. A criterio del Tribunal, dicha imposición legislativa atenta contra el carácter libre y voluntario que debe poseer la negociación colectiva a la luz de lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política del Estado.

A su vez, el TC señaló que en caso las partes no pudiesen ponerse de acuerdo en el nivel que entablaría la primera negociación, éste debería ser determinado mediante arbitraje. Ahora bien, el sentido de la STC del caso SUTRAMPORPC generó cierta incertidumbre por cuanto hasta ese momento, las dos únicas modalidades de arbitraje reguladas por el D.S. 010-2003-TR eran el arbitraje voluntario y el arbitraje obligatorio.

En primer lugar, teníamos el arbitraje voluntario, que como su nombre lo dice, nace de la voluntad de las partes de querer someter la controversia a arbitraje en caso las etapas de trato directo y conciliación no hubiesen sido fructíferas. La existencia de dicho tipo de arbitraje puede desprenderse de la redacción del artículo 61 del D.S. 010-2003-TR que señala textualmente que [...] Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación

de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje [...] Como se podrá advertir, una lectura meticulosa del artículo nos permite concluir que son las partes, empleador y organización sindical, quienes ante el fracaso de los métodos autocompositivos de solución del conflicto sindical podían, es decir, tenían la facultad o no de someter su controversia a arbitraje.

Por su parte, el artículo 68 de la norma citada regula el llamado arbitraje obligatorio para los casos en que una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias.

No obstante, en la resolución aclaratoria recaída en la STC del caso SUTRAMPORPC, el Tribunal creó un tercer tipo de arbitraje al que denominó «potestativo». Así, en el fundamento 6 de la STC el TC señaló que el arbitraje potestativo se da cuando una de las partes tiene la capacidad de obligar a la otra a heterocomponer el desacuerdo a través de la intervención del árbitro. En la misma línea se agrega en el fundamento 8 de la referida resolución que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61 del D.S. 010-2003-TR y que es el llamado a determinar el nivel de negociación ante la falta de acuerdo, es potestativo, y no voluntario.

En conclusión, en la referida STC y su resolución aclaratoria, el Tribunal Constitucional peruano determinó que en caso las partes no pudiesen ponerse de acuerdo en el nivel en que entablarán la primera negociación, una de las partes podría imponer a la otra el arbitraje como método idóneo para solucionar este primer conflicto, que puede suscitarse antes de iniciar el proceso de negociación colectiva a través del trato directo, la conciliación e incluso el llamado «extraproceso». Es decir, que en el sentido estricto de la posición del TC, el arbitraje potestativo sólo debía servir para solucionar este primer obstáculo formal en la negociación colectiva, como era determinar el nivel a partir del cual debía entablar la primera negociación.

Es importante destacar que en ningún momento el Tribunal señaló que el conflicto que pudiese surgir entre las partes ante la falta de acuerdo en el proceso mismo de la negociación colectiva, podía generar la posibilidad de que una de las partes impusiera a la otra al arbitraje, pues como hemos podido apreciar, el Tribunal sólo se limitó a establecer un supuesto de procedencia para el arbitraje potestativo, la falta de acuerdo en el nivel de negociación.

2. El desarrollo legislativo del arbitraje potestativo y los supuestos de procedencia en los casos de «mala fe» negocial:

Si bien el Tribunal Constitucional en la STC recaída en el caso SUTRAMPORPC se refirió en largos pasajes de la misma a recordar que el derecho fundamental a la negociación colectiva implica el deber de las partes de negociar con lealtad y buena fe, nunca señaló que el arbitraje potestativo fuese procedente también en

los casos de mala fe negocial, pues como hemos señalado, el TC consideró que el «arbitraje potestativo» era el mecanismo idóneo para solucionar sólo el problema que se podía suscitar en caso las partes no pudiesen ponerse de acuerdo en el nivel en que entablarían la primera negociación.

No obstante, el legislador infra-constitucional a través del D.S. 014-2011-TR modificó el D.S. 011-92-TR agregando el artículo 61-A en el que estableció dos supuestos de procedencia del arbitraje potestativo:

a) Cuando las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; causal concordante con lo dispuesto por el TC en la STC del caso SUTRAMPORPC y su resolución aclaratoria;

b) Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe, que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. En seguida, los supuestos de mala fe fueron regulados a través de la R. Min. 284-2011-TR.

Por su parte, el legislador infraconstitucional ensayó una definición del llamado «arbitraje potestativo». Así en la R. Min. 076-2012-TR se ha definido a este arbitraje como uno unilateral o voluntario vinculante, inspirado en la jurisprudencia constitucional, mediante el cual las partes se encuentran facultadas para someter la solución del conflicto a la decisión de un tercero, quedando la otra parte obligada a dicho sometimiento y decisión.

Lo cierto es, que hasta la publicación de la STC recaída en el caso FETRATEL este era el escenario en el que el Perú se venía dando el llamado «arbitraje potestativo».

3. Nuevos supuestos de procedencia del arbitraje potestativo de acuerdo a la STC recaída en el expediente núm. Sobre este punto conviene precisar en primer lugar que en la STC materia del presente trabajo y publicada por el TC el 26 de mayo de 2014, la Federación demandante interpone el proceso constitucional de amparo pues ante el fracaso de las etapas de trato directo y conciliación, deseaba que la controversia respecto al Pliego de Reclamos 2009-2010 fuese resuelta a través del proceso arbitral. Por su parte, la demandada consideraba que en tanto y en cuanto no existiese un acuerdo voluntario para someter la controversia a arbitraje no era posible resolver la controversia a través de un proceso arbitral. Es decir, que en el presente caso, no nos encontrábamos ni ante la imposibilidad de las partes de ponerse de acuerdo en el nivel en que debían entablar la primera negociación, y tampoco se habían imputado actos de mala fe negocial.

No obstante, a criterio del Tribunal existe por parte de la demandada una conducta abusiva de entorpecimiento de la negociación colectiva pues «[...] se niega a negociar mediante arbitraje con la federación recurrente [...]». Ahora bien, debemos empezar resaltando que el Tribunal comete un error al señalar que el arbitraje constituye un método de negociación, pues como resulta

evidente, a través de un arbitraje la resolución de la controversia queda en manos de un tercero llamado árbitro, por lo que no es pertinente afirmar que el arbitraje pueda constituir una forma de negociación, como erradamente afirma el Tribunal.

Por otro lado, para el Tribunal en el marco de la negociación colectiva, el arbitraje tiene siempre el carácter de potestativo (fundamento 10), es decir, que se aparta de los supuestos desarrollados en la STC recaída en el caso SUTRAMPORPC y ahora concluye que cuando una de las partes invoque el arbitraje, así no medie razón alguna, la otra debe aceptarlo.

El Tribunal concluye que el arbitraje regulado en el artículo 61 del D.S. 010-2003-TR es siempre de carácter potestativo, pues así lo ha establecido el propio Tribunal en la STC del caso SUTRAMPORPC y el D.S. 014-2011-TR, cambiando prácticamente la redacción del artículo 61, pues mientras el artículo señala que [...] de haberlo solicitado los trabajadores, las partes podrán someter el diferendo a arbitraje [...], el TC ahora considera que si no se llega a un acuerdo en las etapas de trato directo y conciliación, cualquiera de las partes, si así lo desea, puede obligar a la otra a someter la controversia a arbitraje.

En forma adicional y a fin de justificar su posición, el TC se apoya en la redacción del artículo 46 del D.S. 011-92-TR en cuanto establece que al término de la negociación directa, o de la conciliación de ser el caso, cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje. No obstante, consideramos que la interpretación del TC sobre el tema no ha sido sistemática, ni ha tomado en cuenta los antecedentes de la redacción del artículo 46.

El artículo 46 del D.S. 011-92-TR citado por el Tribunal Constitucional proviene de una modificación sustitutoria introducida por el D.S. 009-93-TR. En la parte considerativa de dicho decreto se puede advertir que existía a la fecha una creciente preocupación respecto al arbitraje. Así se refirió en dicho momento que: [...] Con motivo de la aplicación de los dispositivos legales se vienen presentando casos en la Negociación Colectiva en que, no obstante haber acuerdo de partes para someter el diferendo a arbitraje, una de ellas incumple el convenio y no designa a su propio árbitro originando de este modo la paralización del trámite y solución de la Negociación Colectiva, por lo que es preciso adoptar las acciones pertinentes y expedirse la norma complementaria correspondiente [...].

Como se podrá advertir, la redacción del artículo 46 del D.S. 011-92-TR no puede entenderse como la entiende el Tribunal, en el sentido de que es una de las partes quien puede imponer a la otra el arbitraje, es más, el artículo 49 del mismo decreto que no fue citado por el Tribunal señala expresamente que: [...] la decisión de someter la controversia a arbitraje constará en un acta denominada «compromiso arbitral» [...].

Los dispositivos que regulan el arbitraje en materia de negociación colectiva nunca entendieron que el arbitraje pudiese ser impuesto por una de las partes a la otra, por el contrario, ratificaron la necesidad de contar siempre con el acuerdo de las partes de someter la controversia a arbitraje, acuerdo que se plasma, precisamente, en la suscripción de un convenio arbitral. Sin embargo, la interpretación que realiza el Tribunal lo lleva a introducir una nueva causal de procedencia del arbitraje potestativo, al señalar que dicho arbitraje debe aplicarse para el trámite que deberá seguir una negociación colectiva cuando se haya agotado la etapa de trato directo y la conciliación sin llegar a un acuerdo.

En nuestra opinión, en este nuevo escenario desarrollado por el Tribunal peruano el arbitraje voluntario, que nace de la existencia previa de un convenio arbitral mediante el cual las partes de manera libre y voluntaria deciden obligarse a someter una controversia surgida en el marco de una negociación colectiva a través del arbitraje, pierde sentido. En efecto, si a criterio del Tribunal el arbitraje durante la negociación colectiva puede ser invocado tanto para a) decidir el nivel en que deberá entablarse la primera negociación; b) en los casos de mala fe negocial; y c) también en los casos en que las etapas de trato directo y conciliación no sean satisfactorios, nos encontramos frente a un nuevo escenario donde poco importa la voluntad de una de las partes de querer solucionar la controversia a través del proceso arbitral, ya que la otra podrá imponer el arbitraje de manera unilateral.

En este nuevo entorno determinado por la posición del TC, cabría preguntarse qué tan eficaz puede ser un arbitraje, en el que una de las partes no desea participar.

II. La Negociación Colectiva y el arbitraje como mecanismo voluntario para una solución pacífica del conflicto laboral colectivo:

Gernigon, Odero y Guido señalan que la colaboración entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y entre ambos tipos de organizaciones y las autoridades públicas, se centra fundamentalmente en primer lugar a través de los instrumentos de consulta; y en segundo lugar a través de la negociación colectiva. Los referidos autores señalan que la negociación colectiva se concibe en los instrumentos de la OIT como la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un contrato o acuerdo colectivo.

En este orden de ideas, la negociación colectiva es la herramienta primordial para una construcción concertada del derecho del trabajo. Así, el artículo 04 del Convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva ha establecido que «[...] deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo [...]».

Por su parte, el artículo 02 del Convenio 154 de la OIT señala que la expresión negociación colectiva comprende todas las tratativas que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de trabajadores, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo; b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

Para Rodríguez Mancini, «la habilitación jurídica de la negociación de grupos de trabajadores en conjunto, en el lugar de cada uno individualmente, agrega a cada trabajador la capacidad negociadora de la que carece por separado, con lo cual se recupera para esta rama del derecho la posibilidad de usar el mecanismo de la legislación autónoma y se vuelve al funcionamiento del derecho común o, por lo menos, como si fuera el del derecho común». Consideramos que la posición del autor resulta ser parcialmente cierta, por cuanto, asumir que la sola existencia de la organización sindical permite equilibrar las relaciones entre empleadores y trabajadores, significaría aceptar que en el terreno de la negociación colectiva, todos los aspectos contractuales de la relación laboral serían negociables siempre y cuando se respeten las normas imperativas reguladas por el ordenamiento civil; sin embargo para el caso específico del derecho del trabajo no basta que la negociación colectiva respete el carácter imperativo de las normas de derecho común, sino que todo contrato colectivo o convenio colectivo deberá respetar a su vez el carácter imperativo de las normas de derecho laboral, quedando la autonomía de la voluntad eliminada en cuanto a la posibilidad de acordar derechos o imponer obligaciones por debajo de los estándares mínimos que las normas imperativas establecen.

En condiciones ideales, toda negociación colectiva llevada a cabo de forma espontánea y voluntaria debería llevar a las partes negociantes a la suscripción de un convenio colectivo de trabajo; sin embargo y como sucede algunas veces, en toda negociación pueden llegar a presentarse puntos de discordia entre las partes que impidan se pueda concluir satisfactoriamente un acuerdo colectivo. Caivano, refiere sobre este punto, que por obvio que parezca conviene recordar que la heterogeneidad es natural entre las personas. Estas diferencias motivan discrepancias y pueden, si no son manejadas correctamente, derivar en conflictos.

Claro está, enfrentadas las partes a una situación en la que los métodos autocompositivos no han sido eficaces para solucionar las controversias surgidas en el marco de la negociación colectiva, nuestra legislación laboral prevé dos mecanismos constitucionales para ayudar a las partes a arribar a un acuerdo y poner fin al conflicto laboral colectivo que concluya en la suscripción de un convenio colectivo de trabajo.

El primer mecanismo, es a nuestro criterio de carácter instrumental, y su objetivo no es en sí mismo solucionar el conflicto de

intereses entre las partes, pero sí constituye un mecanismo constitucional de presión para generar que el empleador busque alternativas para lograr la solución del conflicto laboral colectivo. No referimos al ejercicio regular del derecho de huelga. Tal como lo establece el artículo 75 del D.S. 010-2003-TR, el ejercicio del derecho de huelga supone haber agotado previamente la negociación directa entre las partes respecto a la materia controvertida, o en el caso que el empleador incumpla las disposiciones legales o convencionales de acuerdo al artículo 64 del D.S. 011-92-TR.

El segundo mecanismo de solución del conflicto, es el arbitraje, entendido este como un método heterocompositivo de solución del conflicto, que requiere —a nuestro criterio— el acuerdo de las partes para que de manera libre y voluntaria se tome la decisión de que sea un árbitro quien adopte la decisión de resolver el conflicto que las partes ya no pueden solucionar de manera directa. La esencia y la ventaja del arbitraje en todos los ordenamientos jurídicos que lo regulan, es precisamente la voluntad de las partes de someterse a él. A diferencia de la justicia ordinaria, en los que evidentemente no se requiere el asentimiento de la parte emplazada para promover un proceso judicial, el arbitraje (salvo los casos de arbitraje obligatorio o impuesto por la ley) debe fundarse siempre en el acuerdo de las partes.

III. La voluntad de las partes como esencia del arbitraje y la presunción de constitucionalidad del arbitraje voluntario:

En un trabajo anterior denominado «la arbitrariedad del arbitraje potestativo» recordábamos que para la OIT resulta primordial que los conflictos colectivos de trabajo se resuelvan atendiendo a mecanismos voluntarios que permitan asegurar que ambas partes participen libre y espontáneamente en la adopción de una solución que resulte siempre el producto de la concertación social. Así, el artículo 06 de la Recomendación 92 de la OIT señala que, si un conflicto ha sido sometido al arbitraje, con el consentimiento de todas las partes interesadas, para su solución final, debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a lock outs mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral.

En el mismo sentido, el Convenio 154 de la OIT prevé la posibilidad que la negociación colectiva tenga lugar en el marco de mecanismos o de instituciones de conciliación o de arbitraje, o de ambos a la vez, en los que participen voluntariamente las partes en la negociación colectiva; este es el mismo sentido del Convenio 151 de la OIT cuyo artículo prevé que la solución de conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación o el arbitraje que inspiren la confianza de los interesados.

El arbitraje en tanto método heterocompositivo de solución de conflictos tiene un origen ineludiblemente contractual, pues sor

las partes quienes acuerdan libremente someter sus controversias a la decisión de un tercero imparcial denominado árbitro. La base sobre la cual se construye y se desarrolla el arbitraje es el convenio arbitral.

Caivano, refiere además que a pesar de ser un método de heterocomposición del litigio, es necesario que exista un mínimo principio autocompositivo, al ponerse de acuerdo las partes en someterse a arbitraje, comprometiéndose a acatar la decisión del árbitro. El mismo autor, citando a Aramburú Menchaca, señala que entre las razones que llevan a las personas a buscar en el arbitraje la solución a sus conflictos, indudablemente la expresión de confianza es la más importante, por cuanto significa un reconocimiento de la pericia, de la capacidad intelectual del árbitro, del sentido de equidad que pondrá en la resolución del pleito; pero ante todo un reconocimiento a su probidad.

En el mismo sentido Bullard advierte que «incluso para quienes asumen que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, el convenio arbitral es un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades dirigido a crear una relación jurídica de naturaleza patrimonial, más allá de si el procedimiento arbitral tiene o no naturaleza jurisdiccional» El mismo autor agrega que el «arbitraje es obligatorio porque se trata de un contrato, y por tanto vincula a las partes que celebraron el convenio, y solamente a ellas.» Sobre el mismo punto, De Trazegnies ha señalado que: «Por su origen y por su naturaleza, el convenio arbitral es un contrato [...]».

El artículo 13 de la Ley General de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) establece precisamente que el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

El propio Tribunal Constitucional en la STC recaída en el expediente 00061-2008-PA/TC (Caso *RIMAC INTERNACIONAL*) señaló en su Fundamento 10 que al normar un arbitraje obligatorio se contraviene el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia y al juez natural. Cabe resaltar que el Tribunal Constitucional no hacía más que repetir un precedente vinculante sobre la materia ya pronunciado en la STC recaída en el expediente 10063-2006-PA/TC (Caso Padilla Mango) agregando además en el fundamento 14 de la STC recaída en el caso *RIMAC INTERNACIONAL* que el arbitraje voluntario, por el contrario, tiene la presunción de ser constitucional debido a que su inicio tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, que constituye la esencia y fundamento del proceso arbitral.

Nos llama también la atención que en la STC recaída en el expediente 4972-2006-PA/TC (caso *LA LIBERTAD CORPORACIÓN MEIER S.A.C. Y PERSOLAR S.A.C.*) el Tribunal Constitucional en clara contravención a la posición que asume respecto al «arbitraje

potestativo» haya señalado en su momento que «[...] la naturaleza de la jurisdicción arbitral es en esencia facultativa para el caso de los particulares o sujetos privados [...]».

En aquella oportunidad el Tribunal agregó que [...] desde dicha perspectiva, es evidente que toda situación en que se le pretenda articular con carácter obligatorio o sin consentimiento expreso de quienes suscriban un contrato, se constituirá en un fenómeno abiertamente inconstitucional, que habilitará con toda legitimidad el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Lo señalado, en otras palabras, lleva implícita la regla de que los particulares no pueden ser despojados de su derecho a que sus conflictos o controversias sean prima facie ventilados ante la jurisdicción ordinaria, de manera tal que solo será en situaciones excepcionales, nacidas de su propia voluntad, en que se habilitará el ejercicio de la jurisdicción arbitral [...].

En nuestro criterio, la existencia y regulación de un arbitraje no consensuado, impuesto arbitrariamente por una parte a la otra no sólo atenta contra la esencia misma de la institución arbitral que ha nacido siempre del acuerdo concertado de las partes de someter su controversia a un árbitro, sino que resulta esencialmente inconstitucional a criterio de los pronunciamientos que el propio Tribunal Constitucional ha desarrollado sobre la materia.

IV. ¿Es realmente el «arbitraje potestativo» una medida eficaz de solución del conflicto arbitral?

Fuera de las consideraciones de carácter constitucional respecto al «arbitraje potestativo» y la posibilidad de que este sea invocado por alguna de las partes en los casos que el Tribunal y la legislación ordinaria han establecido, no podemos dejar de mencionar que uno de los aspectos que más preocupan respecto a este nuevo escenario planteado por el Tribunal Constitucional, es el de la accesibilidad al mismo.

Debemos recordar que una de las críticas que se le han hecho siempre al arbitraje es su carácter excesivamente oneroso. Basta revisar la redacción del artículo 53 del D.S. 011-92-TR, sustituido por el D.S. 013-2006-TR para advertir que el arbitraje, si bien está garantizado de acuerdo a la nueva posición del TC para cualquier empleador o para cualquier organización sindical si es que la negociación directa no es satisfactoria, en la práctica sólo las organizaciones sindicales y empleadores con cierto poder adquisitivo podrían acceder a esta posibilidad de solución del conflicto laboral colectivo. Nos preguntamos entonces, ¿qué va a suceder con las partes que no tienen el poder adquisitivo para asumir el costo de un arbitraje? ¿Qué sucedería si una de las partes invoca el arbitraje potestativo y la otra parte no puede sufragar los costos del mismo?

Recordemos que una situación similar ya se presentó una vez con los arbitrajes que se daban en el marco de los conflictos individuales de trabajo, donde la existencia de un convenio arbitral, constituía en la práctica un obstáculo para que una de las partes

—principalmente el trabajador— pudiese obtener una solución a su conflicto de intereses al ser este un mecanismo por definición oneroso. En su momento esta situación motivó que la Nueva Ley Procesal del Trabajo estableciera que para que un trabajador pueda someter su controversia a arbitraje con su empleador, la remuneración mensual percibida sea o haya sido superior a las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP) y siempre y cuando el convenio arbitral se inserte a la culminación del vínculo laboral.

V. Conclusiones:

1. La STC recaída en el expediente núm. 03242-2002-PA/TC ha consolidado la posición del Tribunal Constitucional respecto al «arbitraje potestativo» ya desarrollada en su momento por la STC recaída en el caso *SUTRAMPORPC* y su resolución aclaratoria.

2. En este nuevo pronunciamiento el TC amplía los supuestos de procedencia del «arbitraje potestativo» pudiendo ser invocado el mismo ya no sólo en casos de mala fe negocial o falta de acuerdo en el nivel en que debería entablarse la primera negociación, sino también para los casos en que la negociación no haya sido satisfactoria.

3. En nuestra opinión el «arbitraje potestativo» al ser un mecanismo de imposición de la voluntad de una parte a la otra, resulta ser inconstitucional y contraviene diversos pronunciamientos del TC donde se ha señalado expresamente que un arbitraje impuesto compulsivamente por un privado a otro privado resulta inconstitucional.

4. El arbitraje, en sintonía con los principales instrumentos de la OIT que fomentan la negociación libre y voluntaria, debe ser también libre y voluntario, no pudiendo aceptarse mecanismos legislativos o jurisprudenciales que permitan a una parte imponerlo compulsivamente a la otra.

5. El arbitraje, al ser un mecanismo costoso, podría estar solo garantizado hoy en día, a aquellas partes que tengan las condiciones económicas para sufragar el costo del mismo.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

JORGE LUIS CÁCERES ARCE

El Control de Constitucionalidad es una herramienta que garantiza que las distintas clases de leyes, que se emiten no trasgredan al texto, a sus principios y valores en que se sustenta toda Carta Suprema.

En nuestro país, contamos con un órgano de control, que en los últimos trece años (Noviembre del 2000 a la fecha - 2014, gobiernos democráticos de: Valentín Pañiagua, Alejandro Toledo, Alan García y del actual mandatario Ollanta Humana) ha marcado sustancialmente diferencias de orden institucional con las diferentes etapas vinculadas a la evolución y posicionamiento del Tribunal Peruano.

No podemos dejar de reconocer que el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, contó con la participación de calificados juristas y académicos que aperturaron el sendero de la justicia constitucional formal como fueron, su primer presidente, el Dr. Alberto Eguren Bresani, los académicos Alfredo Corzo Masías, Manuel Aguirre Roca, Héctor Centurion Vallejo, Mario Pelaéz Bazán, Nicanor Silva Salgado, el ex canciller Jorge Vásquez Salas, los Ex Decanos del Colegio de Abogados de Arequipa Héctor Díaz Valdivia y René Núñez del Prado, los letrados trujillanos Florencio Mixan Mass y Jorge León Seminario, entre otros.

Debemos de reconocer que la etapa de improductividad doctrinaria y jurídica y de un alto nivel de control gubernamental al Tribunal, ocurrió entre el mes de mayo de 1997 y noviembre del 2000, en que este órgano supuestamente autónomo y distante al

Poder Político de Turno, estuvo controlado desde el Sistema de Inteligencia Nacional (SIN) por el asesor presidencial, el habitante Vladimiro Montesinos Torres, hoy encarcelado por ser autor y coautor de delitos contra el Estado.

El Congreso de la República, destituyó a tres de sus magistrados, los juristas y luego Presidentes del Tribunal Manuel Aguirre Roca y Guillermo Rey Terry y a la doctora Delia Revoredo, luego Decana del Colegio de Abogados de Lima.

La representación nacional las aparto del cargo, por no compartir los argumentos nada constitucionales, vinculados a la Ley 26657, norma interpretativa del artículo 112 de la carta, referida a la segunda reelección presidencial del Ingeniero Alberto Fujimori (Abril del 2000).

La acusación en contra de los anotados magistrados, fue formulada por el entonces congresista arequipeño Enrique Chirinos Soto y el 28 de Mayo de 1997, el Parlamento los destituyó, frente al célebre recurso de aclaración que interpuso el Colegio de Abogados de Lima; mediante su Decano el Dr. Vladimir Paz de la Barra, fundamentando que los magistrados destituidos se pronunciaron en vía de aclaración, sin contar con la autorización del pleno. Este falaz sustento, fue desvirtuado por la defensa de los juristas, a cargo del reconocido constitucionalista Javier Valle-Riestra González Olaechea.

El Tribunal, funcionó desde junio de 1997 a noviembre del 2000, con cuatro magistrados, los abogados Francisco Acosta Sánchez (luego Presidente) Ricargo Nugent López, (El Ex Presidente de la Corte Suprema y del Jurado Nacional de Elecciones y luego del Tribunal Constitucional). El Arequipeño Luis Guillermo Díaz Valverde (Ex Decano del Colegio de Abogados de Arequipa y de la Facultad de Derecho de la UNSA y luego Vicepresidente del Tribunal) y el abogado José García Marcelo, sin pasado trascendente y amigo cercano del asesor Montesinos Torres (luego Vice - Presidente).

El pleno, estuvo mutilado y desnaturalizado en el ejercicio de sus funciones rectoras, como es el control de la Constitucionalidad de las Leyes; producto de la arbitraria, ilegal e Irrazonable decisión de acusar por infracción constitucional a los tres centinelas de la no reelección presidencial, quienes votaron por inaplicar la ley reeleccionista e interpretativa del numeral 112 de la Ley Suprema.

Les aplicaron una desmedida destitución, pretendieron los acusadores parlamentarios, hacer valer el derecho como principio jurídico, la causal de acusación no fue demostrada jurídicamente.

Durante los 40 meses, que funcionó el Tribunal, sin quórum para resolver los procesos de inconstitucionalidad, este órgano solo conoció la resolución del llamado recurso extraordinario (En procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y a cumplimiento)

con la dación del Código Procesal Constitucional, el recurso extraordinario, hoy se denomina de agravio constitucional (R.A.C.). La norma procesal entro en vigencia en Diciembre del 2004, cuya comisión de redacción la presidió el jurista Domingo García Belaúnde y lo acompañaron los talentosos letrados Alberto Borea Odría, Francisco Eguiruren Praeli, Juan Monrroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia.

Retomando las tareas de la labor que ha venido cumpliendo nuestra corte constitucional en los últimos nueve años (2005 a la fecha 2014) podemos resaltar que hemos contado con un órgano interprete pro-activo, creativo, innovador, que ha venido generando precedentes vinculantes. Motivados en la doctrina constitucional, y que se les denomina los precedentes ilustrados, basados en preceptos y principios constitucionales y los ordinarios que se sustentan en norma constitucional y jurídica, precisando que los mismos se complementan entre sí y que están relacionados a la autonomía procesal de las cortes intérpretes, cuya fuente la encontramos en la doctrina alemana.

No podemos dejar de anotar que el desarrollo constitucional que ha materializado el Tribunal Peruano, en los últimos 9 años, ha expresado y reflejado decisiones y resoluciones sensatas, razonables e innovadoras; empero también han dictado resoluciones que se han excedido de los límites que la Constitución le reserva al Tribunal. Como arquetipo podemos resaltar cuando el Tribunal pretendió vía un proceso de amparo, convertirse en regulador de las Tarifas Arancelarias del cemento, atribución constitucional del Presidente de la República (Artículo 118 de la Constitución Política del Estado), estando al expediente núm. 3116-2009-PA/TC; y a su vez ha generado excesos, con las denominadas sentencias exhortativas, que dicta el pleno del Tribunal, este actúa como legislador positivo, con la dación de ésta clase de sentencias.

Los Tribunales Constitucionales están facultados, para ejercer el control de la constitucionalidad de leyes legales o puras entre las cuales tenemos a las leyes ordinarias, orgánicas, de desarrollo constitucional, resoluciones legislativas, tratados, las ordenanzas municipales y regionales y las leyes denominadas impuras que son legales, pero su fuente de dación no es un órgano legislativo (Parlamento: Nacional, Regional o Local) provienen del Ejecutivo como son los Decretos Legislativos y los Decretos de Urgencia. A esta figura Enrique Chirinos, la denominó de la dictadura legal.

Estas normas puras o imputas son las que se encuentran sujetas al control concentrado a cargo del pleno del Tribunal.

Una vez que esta corte evalúa el contenido de legalidad, de legitimidad y de razonabilidad de la norma jurídica, y de declararse fundada la demanda de inconstitucionalidad, la norma sometida a control, es declarada inconstitucional por el fondo, de forma, en todo, en parte o en materia orgánica, la ley es expulsada del ordenamiento jurídico y pierde vigencia, carece de validez, es decir ya no cuenta con fuerza normativa, en este escenario los Tribunales

actúan como legisladores negativos. Es necesario resaltar que la constitucionalidad de una ley se presume, empero la inconstitucional se tiene que declarar, por el órgano controlador (T.C).

El genio jurídico Hans Kelsen, Mentor del Control Europeo, consideró que los Tribunales Constitucionales para ejercer sus tareas de Centinelas de la ley suprema, requieren estar dotados de autonomía frente al Poder Judicial, distantes del Poder Político gubernamental de turno y cercanos al Poder constituyente, las decisiones que dictan son trascendentes y deben estar dotadas de motivación y argumentación, de razonabilidad, ajustadas a la Constitución Política y por ende al ordenamiento jurídico y deben ser producto de un análisis objetivo y ponderado, que encuentran soporte en la doctrina, en los principios y preceptos constitucionales, en los valores democráticos y en la interpretación, que nos conlleve a buscar el sentido del espíritu de la ley humana, natural y positiva.

El maestro Mexicano Héctor Fix Zamudio, nos indicó que "... Podemos mencionar a la Corte Suprema federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal de Mayor Jerarquía en el clásico sistema difuso por medio de su competencia discrecional denominada certiorari... Pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional, ya que la Mayoría, por no decir la totalidad de los asuntos que conoce tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos.¹

El laureado y desaparecido catedrático español Eduardo García de Enterría, consideró sobre los órganos de control lo siguiente: «El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo XX, por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica y no cualquiera, sino la primera de todas es aquella que sienta valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema».²

Encontramos las distintas clases de interpretación desde la gramatical, la teleológica, la sistemática, la histórica, la actuante (contexto social – político) la interpretación según la Constitución y la interpretación por extensión, la interpretación es una herramienta para la adecuada materialización de la justicia constitucional.

Es innegable que las resoluciones que dictan estos Tribunales peritos en justicia Constitucional o en Jurisdicción constitucional (desde el primer Tribunal Instalado en la desaparecida República de Checoslovaquia – Febrero de 1920 y el Tribunal Austriaco de Mayo 1920, en pleno funcionamiento) deben estar motivadas, fundamentadas y sólidamente desarrolladas en contenidos no

¹ Fix Zamudio, Héctor, en *Manual Constitucional*, en Quiroga León, Anibal, Ed. Caballero Bustamante Lima, 2012, p. 7.

² García de Enterría, Eduardo, en *Manual Constitucional*, Ob. Cit., p. 7.

solo de orden jurídico, sino en algunos casos, cuando las circunstancias lo exigen, en razones de índole social y de carácter político, estas últimas relacionadas a los intereses difusos, públicos, es decir a los del Estado como organización política, y de la Nación, como elemento fundante en la identidad de un pueblo, como expresión del alma humana.

El Tribunal peruano ha resuelto, dentro de este contexto y uno de los procesos en qué se ha aplicado las razones comentadas, donde ha primado en la resolución de la litis constitucional, la aplicación de principios y doctrina sesuda, nos referimos al conocido proceso de amparo «Majes Sigvas II» entre los gobiernos regionales de Cusco y Arequipa – Presidencia del Consejo de Ministros (Proinversión).

El Pleno del Tribunal el 8 de noviembre del año 2011, emitió sentencia en el expediente núm. 01939-2011-PA/TC, donde los magistrados por unanimidad hicieron prevalecer el respeto a los sagrados principios constitucionales del debido proceso, de la separación de poderes, de estabilidad estadual y concordancia práctica.

Aquí prevaleció la llamada doctrina constitucional vinculante, ejercida desde la interpretación actuante (de Contexto) donde la solución a este conflicto regional de desarrollo técnico y de inversión mixta (Pública y Privada) predominó la ponderación, la equidad y la razonabilidad, el Tribunal reconoció a cada espacio regional, lo que le corresponde constitucionalmente, a Cusco el derecho al agua de los vecinos de la Provincia de Espinar a contar y asegurar el recurso hídrico con calidad y frente a ello dispuso «la realización de un nuevo y definitivo estudio técnico de balance hídrico integral...»³.

La Presidencia del Consejo de Ministros, cumplió con este mandato del pleno del Tribunal, y procedió a convocar a los expertos en coordinación con la autoridad nacional del agua, para que alcancen los estudios técnicos de carácter hídrico y que han sido aprobados (acta de reunión entre PCM, Gobiernos Regionales de Arequipa y Cusco, ANA, UNOPS, PNUMA de fecha 27-11-2012).

A la región de Arequipa; le reconoció el Tribunal que los estudios de impacto ambiental de la represa de Angostura y los de gestión ambiental a nivel definitivo, son los adecuados técnicamente y con la ejecución de la obra no se evidencia amenaza de vulneración de los derechos fundamentales de orden medio – ambiental.

El pleno del órgano de control, en estricto cumplimiento del principio del debido proceso declaró «nula la resolución núm. 197, de fecha 25 de febrero de 2011 (a Fojas 3,059) emitida en etapa de ejecución de sentencia por la Sala Única de Vacaciones de la Corte Superior del Cusco».⁴

Empero en aplicación del principio de separación de poderes, el Tribunal declaró fundado el recurso de agravio constitucional,

³ Tribunal Constitucional, Sentencia Expediente núm. 01939-2011-PA/TC del 08-11-2011, p. 81.

⁴ Tribunal Constitucional, Ob. Cit., p. 82.

estando a la vulneración de las competencias que la Constitución Política le reserva al Poder Ejecutivo (Ministerio de Economía) de encargarse vía el sistema nacional de inversión pública (SNIP) de aprobar los proyectos de inversión y el Poder Judicial no es competente para declarar la factibilidad o no de un proyecto, en este extremo a su vez se declaró nula la sentencia evacuada por la sala única de vacaciones del distrito Judicial del Cusco, por pronunciarse sobre la factibilidad técnica, frente a esta desatinada decisión judicial de los jueces superiores cusqueños, el Tribunal dispuso remitir copia de la sentencia a la oficina de Control de la Magistratura y al Consejo Nacional de la Magistratura a efecto de que adopte las medidas de ley, por excederse en sus funciones jurisdiccionales, los magistrados cusqueños.

El Tribunal a su vez consideró el principio de estabilidad estadual, que se refiere que los jueces de la República al resolver asuntos públicos, deben evaluar la preeminencia de los intereses difusos, sociales y públicos, frente a otra clase de injerencias. Recordemos el Proyecto Majes Sigwas II, fue declarado de interés nacional, por el Parlamento, y por el Poder Ejecutivo por gestión del entonces Ministro de Agricultura Adolfo de Córdova Vélez.

Este fundamento doctrinario aparece en el quinto argumento de la sentencia (8 de noviembre del 2011) que exhorta a la tranquilidad social y ello es expresión de ponderación social, que toda corte constitucional está delegada a fortalecer por la gobernabilidad de la Nación (principios de concordancia práctica y estabilidad estadual):

Hemos explicado que en este emblemático caso el pleno del Tribunal, resolvió con fundamentos doctrinarios, efectuando una adecuada interpretación desde el visor de la realidad, del contexto social y político (intereses difusos), se han respetado principios y preceptos constitucionales (debido proceso, estabilidad estadual, separación de poderes y concordancia práctica).

Es necesario comentar y precisar que en este proceso constitucional de amparo, fue interpuesto por los procuradores del Gobierno Regional del Cusco en contra del Gobierno Regional de Arequipa y la agencia de Promoción de la Inversión privada (proinversión) el 9 de junio de 2008, con la finalidad que se disponga el cese de la amenaza de violación de los derechos a la vida, a la salud, al desarrollo económico y al medio ambiente de los habitantes de la Provincia de Espinar. Estos derechos constitucionales se vulnerarían con la construcción de la represa de Angostura y la ejecución del Proyecto Majes Sigwas II.

La demanda fue contestada por los procuradores del Gobierno Regional de Arequipa y de Proinversión y plantean una serie de excepciones de falta de legitimidad para obrar, de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

Como es de público conocimiento, las instancias judiciales del distrito judicial del Cusco, ampararon la demanda y hasta violentaron contra la garantía de la cosa juzgada en la etapa de ejecución

de sentencia; aclarando que el Tribunal ha sostenido que el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, nos garantiza el derecho constitucional de todo justiciable, en el sentido que aquellas resoluciones que hayan puesto fin al proceso, no pueden ni deben ser recurridas a través de medios impugnatorios, por razones de vencimientos de plazos para impugnar o por estar agotados y en segundo lugar, aquellas resoluciones que hayan adquirido la condición garantizadora, no pueden ser modificadas por las decisiones que adopten otros poderes estadales, de terceros (Expediente núm. 04587-2004-AA/TC, fundamento núm. 38).

Las partes demandadas (Gobierno Regional de Arequipa y Proinversión) interpusieron el recurso de agravio constitucional y luego el de Queja (Legal y formalmente el R.A.C. procede a favor del demandante como dispone el artículo 18 del Código Procesal Constitucional y el de Queja, que se interpone ante el Tribunal, cuando se deniega el de agravio, estando al artículo 19 del C.P.C) ambos recursos fueron planteados y el pleno del Tribunal los acogió, en aplicación de la doctrina constitucional, en respeto de los principios constitucionales y como expresión de la autonomía procesal de los órganos controladores, que les permite ir más allá de su norma procesal, para defender a la Constitución y a los fines de los Procesos Constitucionales (Artículo II del Título Preliminar del CPC) que reposa en sus preceptos y principios, empero sin incurrir en abusos institucionales y degeneradores de normas constitucionales. Esta autonomía procesal de los tribunales, les ha permitido desplazar las formalidades del Código Procesal para cumplir con los fines de los procesos constitucionales que aparecen estipulados en el artículo II del Título Preliminar de la norma sustantiva. La autonomía procesal cuenta con límites formales y materiales y a su vez con límites institucionales que reposan en los distintos roles o status que cumple todo Tribunal, como órgano constitucional, como órgano jurisdiccional y como órgano político.

La Constitución y su defensa

Es indudable que es tarea corporativa la defensa del texto supremo, una de las herramientas inigualables es el derecho político a la insurgencia, que aparece en el numeral 46 de la carta fundamental, que nos reconoce la potestad a la población civil de defender el ordenamiento constitucional.

Los tribunales o cortes constitucionales tienen como deber primordial, encargarse de la defensa, mediante el ejercicio del control concentrado (Proceso de inconstitucionalidad) Empero también se cautela su contenido a través del Control Difuso, tarea compartida con los jueces ordinarios, constitucionales, electorales y administrativos (A través de Tribunales u Órganos Colegiados de la Administración Pública) y como lo norma el Art. 138 de la Constitución Política y estando al Expediente núm. 3741-2004-AA/TC, para el control difuso Administrativo. Caso Ramón Salazar Yarlenque.⁵

⁵ Quiroga León, Anibal y Chiabra Valera, Cristina, *Compendio Constitucional y*

La justicia constitucional, se encarga de garantizar la regularidad de la legislación como acto de creación de derecho, esta como lo desarrolla el Jurista austriaco Hans Kelsen, impone una relación de correspondencia entre un grado inferior (ley) y un grado superior (Constitución) y aquí aplicamos el principio de jerarquía normativa, vía el control difuso, que inaplica las leyes inferiores, frente a la de superior jerarquía, no la declaran los jueces la inconstitucionalidad.

La regularidad significa, que los grados de los actos de creación normativa, se encuentran subordinados a la estructura jerárquica que impone la carta política.

La ley magna, se constituye en una regla de procedimiento, como de fondo, que no debe ser quebrantada por ningún acto de creación de grado inferior.

Nos encontramos en el escenario, que todo acto de creación de derecho, que no esté arreglado a la Constitución, puede ser declarado por el Tribunal en inconstitucional, por la forma, por el fondo, en todo, en parte o por la materia orgánica.

La principal garantía de la Constitución, es buscar la subordinación de correspondencia de las normas generales, de los actos individuales y de los tratados internacionales. Estas garantías son de dos clases como lo explica el profesor y ex - magistrado del Tribunal Peruano Gerardo Eto. Los preventivos o represivos y los personales u objetivos.

El Jurista Kelsen diseñó, que la nulidad de los actos irregulares es una garantía de la Constitución. La decisión de la autoridad opera con efecto constitutivo y retroactivo, hasta el momento, en que fue realizado el acto. Cuando hablamos de los procesos de constitucionalidad de las leyes, se puede disponer solo de su anulación.

La anulación, en cuanto a su alcance nos permite limitarnos al caso concreto y a una norma general. Ahora la anulación en cuanto a su efecto en el tiempo puede limitarse a futuro y extenderse al pasado.

Que órgano debe declarar la anulación del acto inconstitucional, sin dudas el pleno del Tribunal Constitucional.

El Tribunal está facultado, para declarar la inconstitucionalidad de leyes derogadas, el órgano de control peruano, declaró inconstitucional la Ley 28568 que estaba derogada, considerando sus efectos en el tiempo, en relación a beneficios penitenciarios a favor de ciudadanos sentenciados por actos de corrupción (Expediente 0019-2005-PI/TC). En este proceso de inconstitucionalidad que fue interpuesto por 31 congresistas, el Tribunal actuó con certeza jurídica y ponderó el reclamo social, de no permitir beneficios penitenciarios a los condenados por actos de corrupción (hermanos Wofelson). El Pleno consideró como vulneración al principio de igualdad, en el sentido que la ley derogada haya dispensado

un mismo tratamiento al arresto domiciliario y a la detención judicial preventiva, a pesar de ser dos medidas cautelares distintas, tanto en los presupuestos jurídicos que las justifican, como en los efectos personales que se generan en el proceso. Aquí el Tribunal recogió el sentir ciudadano de no tolerar excesos de la ley (Interpretación actuante y teleológica).

Los Modelos de Jurisdicción Constitucional

En términos generales, la doctrina constitucional nos alcanza: los Modelos políticos y los Judiciales.

El Control político, lo encontramos en Francia, en su Constitución Vigente, la de la quinta república de 1958, con el Consejo Constitucional y se caracteriza por ser un control preventivo, se genera cuando se interviene antes de que la ley sea promulgada, a ello se denomina también control a priori o previo y el control consultivo, es un mero parecer sobre la constitucionalidad de la ley, que puede vincular o no.

El control político previo, es obligatorio, cuando se trata de proyectos de leyes orgánicas y es facultativos cuando se trata de leyes ordinarias y tratados en materia de derechos humanos.

El modelo judicial o jurisdiccional, se clasifica en triple orden. Por su estructura. Es cuando contamos con un órgano habitado para llevar a cabo la tarea de controlar la ley. (Tribunales o Cortes).

Luego tenemos el de procedimientos, que nos permite acceder al control que puede ser por la vía incidental o principal y finalmente cuando nos encontramos en la perspectiva relativa a los efectos de la sentencia.

Este modelo lo tenemos desde 1803, en los Estados Unidos de Norteamérica y está a cargo de la Corte Suprema integrada por nueve Jueces (Hoy cuenta con dos magistradas, la primera Jueza Suprema es la Dra. Sonia Sotomayor, de origen latino).

El control americano, se caracteriza por ser difuso, es cuando cualquier juez está facultado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. El incidental, se aplica solo en casos concretos y este control expresa una eficacia declarativa.

El control austriaco, es un control concentrado, que está confiado a un órgano especializado llamado Tribunal Constitucional (Austria, Italia, España, Alemania, Perú, Chile, Bolivia, Colombia, Guatemala entre otros). Aquí es directo, para su aplicación, no se requiere de un caso concreto de conflicto de intereses, sino que el conflicto es abstracto (Ley vs. Constitución). La eficacia en esta clase control es de carácter constitutivo.

Contamos con factores que nos permite una clasificación de los modelos de jurisdicción y se orientan por las fases en que opera el control y estas son: el previo, ya comentado (Chile, Bolivia, España), el sucesivo o represivo, que se genera después de que la ley es promulgada y publicada (caso peruano).

Para clasificar encontramos algunos criterios referidos a la difusión o concretación del control de la ley y estas son: El concreto, todos los Magistrados están facultados para ejercerlo y el Abstracto, es de competencia exclusiva del Tribunal o Corte Constitucional (Perú – Colombia). Aquí no se busca resolver un conflicto de intereses particulares, sino públicos – difusos. (Principio de estabilidad estadual)

Quienes originan el control, este puede ser, el instado por un órgano jurisdiccional (Caso España), lo podemos relacionar al control de oficio y a la cuestión de inconstitucionalidad, conocido como doble juicio.

La República de Portugal (Constitución de 1976) desarrolla el llamado control por omisión, que se produce por la inactividad del Legislador, por no dictar el dispositivo legal dentro de los plazos de ley. La Carta Portuguesa, así lo prevee en su numeral 283 referido a la inconstitucionalidad por omisión, que procede cuando el legislador ordinario no dicta leyes dentro de los plazos que señala el texto supremo.

El numeral 283 precisa «al requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, por razón de violación de derechos de las regiones autónomas, de los Presidentes de las Asambleas Legislativas Regionales, el Tribunal Constitucional examina y comprueba el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales⁶».

La otra clase, es el iniciado por la persona afectada, lesionada, agraviada (Es el caso peruano: Amparo contra normas autoaplicativas).

Los controles, cuentan con un momento de verificación, que es sucesivo o represivo.

Esta verificación encuentra límites en el tiempo, es decir plazos para su interposición (caso peruano: 6 años en materia de inconstitucionalidad y 5 años en los procesos de Acción Popular e Artículos 87 y 100 del C.P.C.).

El otro momento de verificación, es sin límites temporales, es en el caso del control difuso (caso: Bolivia, Ecuador, España, Perú, Guatemala entre otros).

Los efectos de las sentencias son de dos clases, cuando nos referimos a las estimatorias. Los efectos son «interpartes», efectos para las partes y «erga omnes», efecto de carácter general.

Considerando lo desarrollado podremos establecer que el modelo peruano reúne las siguientes características. Es un control dual, es decir difuso y concreto. Es difuso e interpartes y declarativo, desde la dación de la Constitución de 1979 y vigente con la carta del 93.

⁶ *Constitución Política de Portugal*, Edición Oficial, Editorial Presto, Lisboa, 2011, p. 81.

El modelo peruano es concentrado a cargo del Tribunal Constitucional como órgano especializado, es a su vez concentrado y abstracto, es cuando el control de la legitimidad de la ley se propone como cuestión principal y única y por último es concentrado y general, la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidación de la ley *erga omnes*, generando la ineficacia de la Ley general (La norma sometida a control pierde vigencia, fuerza normativa, no es válida). Por ende excluida del ordenamiento jurídico, una vez publicada la sentencia en el diario oficial *El Peruano*.

El Derecho Procesal Constitucional

Esta disciplina jurídica, surge históricamente, desde que se requiere otorgar de garantías y herramientas que permitan en primer lugar asegurar el respeto al texto supremo y no de admitir la vulneración de nuestros derechos y libertades constitucionales y fundamentales.

Formalmente podríamos señalar que nace desde que se dictó y se promulgó la perima Constitución, la Carta Magna en Inglaterra en 1215 (15-06-1215), suscrita por el Rey Juan Sin Tierra. Recordemos que este documento histórico reconoció en el numeral 39, que «ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, sin razón justificada». ⁷(Antecedente del hábeas Corpus).

Con la aparición de los Tribunales Constitucionales en Europa (Austria), se creó la jurisdicción especial conocida como jurisdicción constitucional, esta disciplina estructurada para la defensa de la ley magna, como elemento protector de las garantías personales y del orden constitucional.

Como señala el maestro Peter Haberle «el Derecho Procesal Constitucional, tiene un doble sentido relacionado a la concretización de la Constitución. Por un lado, es por sí mismo un Derecho Constitucional concretizado y a su vez le sirve a los Tribunales Constitucionales a concretizar la Constitución Política del Estado». ⁸

El Jurista Mexicano Héctor Fix Zamudio (Ex Presidente de la Corte Interamericana, con sede en Costa Rica), señaló «que el Derecho Procesal Constitucional, es la rama más reciente de la Ciencia Procesal.» ⁹

El Tribunal Peruano, se ha pronunciado sobre la instrumentalidad del Derecho Procesal, en el Expediente núm. 4119-2005-PA/TC. En este extremo el órgano de control ha señalado que las sentencias constitucionales requieren, no solo de una teoría nueva que las fundamente, sino es exigible nuevas herramientas de actuación, que guarden distancia de la idea clásica de clasificación

⁷ Diaz Revorio F. Javier, *Textos Constitucionales Históricos*, Ed. Palestra, Lima, 2004, p. 62.

⁸ Haberle Peter, en *Control del Poder*, Ed. Fondo Editorial Universidad Inca Garcilazo de la Vega, Tomo I, Lima, 2012, p. 20.

⁹ Fix Zamudio Héctor, *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Idemsa, Lima, 2009, p. 90.

entre los actos de declaración del derecho y los actos de ejecución, es decir desarrollar doctrina creativa, que permita motivar sus sentencias no solo con el amparo legal, sino con la aplicación de principios, precedentes y razonamiento jurídico, (interpretación constitucional) no apartándose de la carta magna, ni del espíritu del constituyente.

Es sin lugar a dudas una disciplina autónoma, es producto de la sumatoria del derecho adjetivo con el derecho sustantivo. Es autónomo, en tanto debe hablarse de una autonomía del proceso. Es una mixtura de normas, que cuentan con una gran finalidad, la defensa inquebrantable del Estado Constitucional. Lo sustantivo, expresado en la magistratura constitucional y lo adjetivo, en los procesos constitucionales, clasificados en los garantizadores de libertades y derechos, en los de control normativo, los procesos de conflicto constitucional de competencias (niveles de gobierno) y de atribuciones (entre poderes estatales y órganos autónomos constitucionales) y la jurisdicción transnacional o internacional.

El Tribunal, al respecto se pronunció y plasmó su posición en la sentencia vinculada, el expediente num. 4903-2005-HC/TC y desarrollo que el derecho Procesal Constitucional recurre a las instituciones y categorías de la Teoría General del Proceso, empero el derecho adjetivo en mención, se encarga de configurarlos y los llena de contenido constitucional.

El maestro argentino Néstor Pedro Sagués, nos alcanza bajo su experiencia como Juez, el contenido de la disciplina adjetiva, la mínima compuesta por la magistratura constitucional y sus procesos y la debatible, integrada por la Magistratura más procesos, todo lo indicado nos conlleva al Derecho Procesal Constitucional.

Es autónomo, porque cuenta con instituciones y finalidades propias, inherentes y es mixta al nutrirse del derecho procesal y por supuesto del derecho constitucional (Derecho Adjetivo y Sustantivo).

Esta rama jurídica adjetiva, tiene etapas de evolución histórica, doctrinaria, jurídica e institucional y que encontramos a su fuerte histórica como la comentamos en la Carta Inglesa de 1215 y posterior a ella el hábeas corpus amendment de 1679, el caso histórico norteamericano de 1803 (Marbury vs. Madison) resuelto por el célebre Juez Jhon Marshall y la Constitución austriaca de 1920, con la creación del Tribunal Constitucional, Decano de los órganos de control constitucional, luego del Tribunal checoslovaco (Febrero 1920) hoy no existente. El Tribunal Austriaco se instaló en mayo de 1920, lo presidió por más de una decana el Jurista Hans Kelsen.

Este Derecho adjetivo requiere de una serie de fuentes directas e indirectas como son los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la jurisprudencia de la corte Interamericana de derechos humanos, la Constitución y el bloque de constitucionalidad, la doctrina constitucional, los precedentes vinculantes del Tribunal y su Jurisprudencia ordinaria, el Código Adjetivo

Constitucional (que data de diciembre del 2004) y los Códigos de Normatividad Ordinaria. En América latina dos países contamos con Código, Bolivia (2012) y el Perú (2004) y que en noviembre se cumple una década de su vigencia (2014).

La Interpretación Constitucional y sus Principios

La interpretación como tal, surge producto de dos procesos sucesivos. El primer referido a la noción de Constitución y el desarrollo de los derechos fundamentales y constitucionales.

Su contextualización está reservada al proceso de evolución del Estado de Derecho, el Estado Constitucional y el de considerar sin dudas a la Constitución como norma jurídica suprema, vinculante e interpretable.

La noción básica la encontramos, en qué la interpretación nos permite buscar el espíritu de ley y el sentido de la misma, no apartándonos de la mentoría del legislador constituyente. No olvidemos que la interpretación es en sí, la concretización de la norma constitucional (España, Bélgica e Inglaterra).

Por qué interpretamos a la Constitución, para encontrar respuestas a las distintas cuestiones constitucionales, que la propia ley política suprema no permite resolver de forma concluyente, para ello se interpreta, es decir, ir por el sendero del constituyente, y del constitucionalismo que nos permite fortalecer el orden constitucional, que encuentra sustento en la historia, en la doctrina, en los principios y en las instituciones tutelares de la patria soberana.

Toda carta pactada y no otorgada es la expresión del acuerdo, del contrato social entre gobernantes y gobernados (Constituciones Peruanas de: 1828, 1856, 1860 y 1979).

La mejor expresión de una Constitución pactada, que es producto del contrato social, la tenemos en Cádiz, norma liberal y principista que gesta a la figura vigente de la Monarquía Constitucional Española, hoy en debate, producto de la propuesta separatista de Cataluña, donde los nacionalistas liderados por su Presidente Artur Mas, han convocado a un referéndum para el domingo 09 de noviembre frente a lo comentado, el Presidente del gobierno español Mariano Rajoy, acuso a los nacionalistas de Cataluña de pretender atentar contra la soberanía de la república Ibérica. El gobierno interpuso el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. El órgano de control constitucional integrado por doce jueces, presidido por el jurista Francisco Pérez de los Cabos, resolvió por unanimidad, admitir el recurso y suspendió la consulta sobre la independencia de Cataluña, aprobada por el Parlamento Catalán, para el domingo 9 de noviembre.

El Jefe de gobierno español, esbozo que la norma regional Catalana, «va en contra de la Constitución, desborda la democracia, divide a los catalanes y los aleja de Europa». ¹⁰

¹⁰ Diario *El Comercio*, Edición del 30 de Setiembre del 2014, p. A-14.

El Presidente Regional Artur Mas, viene reclamando al gobierno de Madrid que autorice la consulta, como Londres, hizo con Escocia, donde el pasado 18 de setiembre, se rechazó la independencia en un referendun.

El ejecutivo español precisa que Cataluña no puede celebrar una consulta, basada en su independencia, porque carece de soberanía propia; y porque además, de efectuarlo, estaría negando los derechos de soberanía del resto de los españoles.

Es innegable que el decreto de convocatoria de la consulta, es un acto de insumisión a la Constitución. La ley de consulta aprobada por el Parlamento Catalán el pasado 19 de setiembre y el decreto de convocatoria del referéndun de soberanía, para el próximo 9 de noviembre, ponen en riesgo de unidad del Estado monárquico constitucional.

El gobierno de Rajoy, invocó la facultad de veto que le otorga la Constitución para frenar las normas autonómicas y por ende defender la soberanía española (Artículo 97, Constitución Española).

El jurista español Pablo Pérez Tremps desarrolla el concepto de autonomía y comenta «La autonomía supone la existencia de unos poderes limitados, ya que la autonomía se incardina dentro de la Unidad». ¹¹

Sin dudas, la naturaleza de la autonomía de nacionalidades y regiones queda manifestada, por la definición de los límites de ella misma. Estos límites son de dos tipos. El propio texto desarrolla las competencias que le corresponden a los poderes centrales del Estado y por ende estas competencias exclusivas no pueden ser asumidas por las comunidades autónomas (numeral 149 C.E.).

La Constitución establece el marco y por ende los límites de las competencias que las comunidades autónomas pueden asumir, vía sus estatutos, estas competencias no pueden, ni deben invadir el fuero de las competencias reservadas al gobierno de Madrid (artículo 148 C.E.).

El otro límite o barrera impuesta por la norma constitucional o fundamental, se deriva de la idea de unidad y está blindada por los principios generales que articulan la unidad del Estado y la autonomía de las nacionalidades y regiones. Estos principios como lo señala el maestro Pablo Pérez limitan la acción de las comunidades autónomas, sino también de los poderes centrales del Estado. Estos principios son: solidaridad, igualdad de las comunidades autónomas, igualdad de derechos y obligaciones de los ciudadanos y unidad económica. Lo antes precisado se encuentra preceptuado en los numerales 2, 138.1, 138.2, 139.1, 139.2 de la Constitución Española del 27 de diciembre de 1978 (36 años de vigencia).

Las consecuencias de las providencias apoyadas por los doce magistrados (resolución del 29 de setiembre – 2014). Nos conlleva

¹¹ Pérez Tremps, Pablo, *Derecho Constitucional*, Volumen II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

a que el pleno del Tribunal ha resuelto la suspensión de la ley, como el decreto de la consulta y sus anexos, como todos los actos posteriores, para la convocatoria de la señalada consulta separatista.

El órgano de control cuenta con cinco meses para pronunciarse y en los próximos 20 días las partes deben alcanzar sus alegatos. En los cinco meses posteriores, el Tribunal decidirá si se mantiene la suspensión o se revoca.

La generalitat, deberá acatar lo resuelto por el Tribunal, de lo contrario se producirá un hecho insólito, en la historia del Tribunal, que deberá buscar la fórmula para que se cumpla el mandato.

De producirse la consulta del 9 de noviembre, el referéndum tendrá efectos jurídicos nulos y el Presidente Catalán Don Artur Mas, podría incurrir en los delitos de prevaricato, sedición y desobediencia, todos actos contra el Estado unitario y representativo.

Conocemos que los partidos nacionalistas de Cataluña decidieron el viernes 3 de octubre, mantener su postura, es decir que el próximo 9 de noviembre, se lleve a cabo la consulta sobre la soberanía del territorio y exigirle al Tribunal Constitucional levante con celeridad, la suspensión decretada.

Los líderes de los partidos nacionalistas y el Presidente de la Región Artur Mas, han requerido al órgano de control español, su pronta decisión, en el sentido que admitan la cristalización de la consulta.

El ejecutivo español a través del procurador general, recurrirán al Tribunal, para que éste no tolere, que el gobierno de Barcelona desacate lo dispuesto por el ente de control constitucional, es decir que el referéndum programado para el domingo 9 de noviembre, no se materialice, porque irrumpe con la unidad territorial ibérica.

Retomando el análisis histórico constitucional señalaremos que las cartas otorgadas, son producto de las decisiones de arriba abajo, y no admiten mayor participación de la ciudadanía. Los ilustrados pensadores franceses de Bayona, son el mejor arquetipo de una carta otorgada como fue la de Bayona de 1808, liderados por el genio militar de Napoleón Bonaparte y con él contribuyeron Manuel de Lardizabal y Uribe, Francisco Antonio Cea y Vicente Alcalá Galiano, con la única finalidad de proclamar monarca de España a José Bonaparte,

El Conde de Toreno, opositor a Napoleón y uno de los más reputados liberales junto a Agustín Arguelles se expresaron sobre el Estatuto de Bayona «Los miembros de la asamblea habrían obrado sin libertad, deliberando sobre puntos incidentales, y careciendo en todo caso sus observaciones de valor decisivo».¹²

¹² Cáceres Arce, Jorge Luis, *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*, Ed. Adrus, Arequipa, 2007, p. 28.

Recuerden que la Junta de Bayona comenzó sus sesiones el 15 de junio de 1808 y las cerró el 7 de julio de ese año. El Estatuto aprobado, se publicó en la gaceta de Madrid, medio de prensa controlada por los afrancesados, bajo la dirección de Juan de Marchera, cercano colaborador de Don José Bonaparte.

Los textos constitucionales se clasifican no solo por su origen, en pactados y otorgados, encontramos también las cartas por su contenido principista y las reglamentaristas.

El mejor arquetipo es la única Constitución que tienen los Estados Unidos de América, que data de 1787 (Principista) y que contiene siete numerales o preceptos y que fue aprobada en la Convención, por el consentimiento unánime de los Estados que participaron un 17 de setiembre de 1787, ha contado con unas diez primeras enmiendas aprobadas el 15 de Diciembre de 1791, y luego los siguientes enmiendas que son un total veintisiete (año de 1992) y que dispone «ninguna ley que varme la remuneración de los servicios de los senadores y representantes tendrá efecto hasta después de que se haya realizado una elección de representantes»¹³.

Las Cartas de contenido reglamentarista, son aquellas que se ocupan de exagerados datos y detalles relacionados como los requisitos para ser funcionarios públicos como Jueces Supremos, Alcaldes, Ministros o Defensor del Pueblo. Estas exigencias deberían quedar al desarrollo del contenido de las leyes orgánicas. Estos textos han sido el indicador común en el sistema constitucional latinoamericano (Perú, Bolivia, Colombia, Ecuador, Chile, Argentina, Guatemala) y en la misma España, en sus siete constituciones desde Cádiz (1812) hasta la vigente de 1978, proclamada por el ex monarca Juna Carlos.

Desde la concepción interpretativa, encontramos dos perspectivas judiciales sobre la Constitución Política.

La primera como lo comenta el profesor Carlos Hakansson Nieto, es conocida la Constitución Testamento, este documento establece las ideas y las órdenes del constituyente histórico y que debe ser tomado en cuenta, de modo que su ejecución cumplan exactamente con las intenciones del legislador. Era el escenario de aquellas constituciones escritas, inflexibles, no cambiables, es decir no interpretables.

La otra concepción, son las constituciones vivientes, opuestas a las cartas testamento (Incambiables). Las cartas son y deben ser lo que el gobierno y el pueblo reconoce y respetan. Estas admiten y toleran a la interpretación y el sentido de lealtad a la Constitución, es entendido desde una versión actualizada, que no puede dejar de reconocer, el momento de interpretarla, es decir el contexto.

Las posturas comentadas responden a escuelas distantes respectivamente (Europa Continental y la Anglosajona). Estas escuelas gracias a la existencia de los Tribunales, se aproximan entre sí.

¹³ Diaz Revorio, Ob. Cit., p. 122.

Debemos reconocer, que la escuela que propugna a la Constitución viviente (Anglosajona) le asigne al intérprete operador una labor más compleja de construcción jurídica, sin desconocer el espíritu del texto constitucional, recurriendo a otros elementos para alcanzar una respuesta interpretativa acertada. El intérprete no puede dejar de observar algunas condiciones básicas como son: La actualización constitucional, referida a los significados de las nociones establecidas por el Constituyente, luego contamos con la visión de conjunto, que no puede ignorar los requerimientos de orden social, cultural, político y económico existentes. La prudencia interpretativa, que va de la mano con la ponderación de las circunstancias y las consecuencias a qué arriben y finalmente la tradición cultural, que es el reflejo del producto interpretativo constitucional aquí no podemos dejar de mencionar a una serie de principios como la dignidad humana, la separación de poderes y del Estado de Derecho que son producto del aporte de la cultura del hombre político del occidente.

El Tribunal peruano al interpretar, como ente facultado formalmente para aplicar esta tarea fundante, nos precisa que sus sentencias constituyen la interpretación de la Constitución del órgano embestido constitucionalmente de esta atribución rectora, y que las mismas (sentencias) son vinculantes a todos los poderes y órganos estadales.

La interpretación cuenta con los métodos tradicionales como el literal, el sistemático, el histórico, el teleológica, el social, el de contexto, el tópico, el según la Constitución entre otros.

Estos no son suficientes para comprender con seguridad el significado y contenido del texto supremo. Se requiere de otros métodos vinculados al Estado Constitucional de derecho como son la interpretación hermeneútica que considera a la Constitución como una norma jurídica más, luego contamos con la interpretación tópica, que es útil, para encontrar el significado al caso concreto, considerando el contenido normativo y el sistema dogmático constitucional.

Posterior a lo desarrollado, tenemos la interpretación institucional, que descansa en una serie de principios indispensables para una adecuada interpretación como la Unidad de Constitución, el de concordancia práctica, el de corrección funcional, la función integradora y el de fuerza normativa de la Constitución.

Esta interpretación actúa con cuatro criterios orientadores, vinculantes a los principios anotados y que son la presunción de constitucionalidad, la concordancia de la Constitución consigo misma, la razonabilidad, la sensatez y la flexibilidad y por supuesto la preferencia por los derechos humanos, al momento de interpretar.

La interpretación alternativa, nos conlleva a no dejar de considerar la realidad social, es decir el contexto, aquí debe primar la realidad constitucional antes que la normatividad Constitucional.

Definitivamente, la tarea interpretativa requiere de dos elementos que se complementan, los métodos y los principios de orden constitucional, estando a los desarrollados y los que aparecen en el Título preliminar del Código Procesal Constitucional y que son como los comenta con acierto el Profesor Universitario Gerardo Eto Cruz. El principio de Dirección Judicial del proceso, el principio de gratuidad en la actuación del demandante, el principio de economía procesal, el de inmediación, el principio de socialización del proceso, el de Impulso procesal de oficio, el de adecuación de las formalidades al logro de los fines y de continuidad del proceso constitucional frente a la duda de su conclusión (principio de elasticidad).

Los Precedentes Constitucionales Vinculantes y los Controles Constitucionales

Los precedentes son la expresión corporativa asumida por el pleno del Tribunal que encuentra sustento en la Constitución Política, en la norma adjetiva, en la doctrina constitucional y en sus principios y por ende sin apartarse de la jurisprudencia, bajo la excepción que lo varían previa decisión fundamentada. Los precedentes que emite el Tribunal son vinculantes (a la fecha son 42 precedentes a marzo 2013) y son de estricto cumplimiento de los Poderes del Estado, órganos constitucionales autónomos y de la ciudadanía.

El Tribunal Peruano empezó a desarrollar esta política jurisdiccional a partir del año 2002, a pesar que la instancia autónoma funcionó desde mayo de 1996, ésta no emitió fallos significativos que resaltar, no olvidemos que en la década de los noventa, la mayoría de los poderes públicos, se encontraban secuestrados por el régimen fuji-montesinista y las fuerzas armadas y policiales se convirtieron en los Comités Partidarios en cada Región.

En la década del dos mil, con el Gobierno Transitorio liderado por el Dr. Valentín Pañagua (Noviembre 2000) se recobró la plenitud de facultades constitucionales y se vivió en un ambiente democrático.

El Tribunal cobró importancia, este órgano se nutrió de doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, a efecto de contar con sentencias de mejor calidad, que fueron generando los precedentes, unos acertados y otros cuestionables.

Dentro de este contexto nos tenemos que referir a lo desarrollado por el ex Presidente del Tribunal César Landa. Contamos a la Constitución como fuente de creación del Derecho.

La Carta Suprema se constituye como norma líder del ordenamiento jurídico por diferentes razones de orden valorativo, histórico, principista, de concepción institucional y por supuesto como garantía del Irrestringido respecto a nuestros derechos fundamentales y constitucionales y a las libertades que aseguren el libre desenvolvimiento de la personalidad y la aplicación de la autonomía de la voluntad.

La Constitución como tal debe subordinar a las normas generales, a los actos individuales y a los tratados internacionales; esta garantía le permite generar espacios de protección de índole preventivo o represivo a los de orden personal u objetivos.

El jurista Hans Kelsen, asumió esta postura garantizadora, es decir entendió que era necesario dotarla de herramientas, para protegerla, por las infracciones de forma y de fondo materializadas vía los controles concentrado y difuso, a través del control político entre los Poderes del Estado (Interpelación ministerial), el ejercicio de los derechos y deberes políticos como el derecho a la insurgencia, que se constituye en un deber cívico de la población civil de defender el orden constitucional o vía los recursos de amparo donde prima la cautela de los derechos e intereses colectivos o difusos (Protección del medio ambiente o de la seguridad ciudadana).

No olvidemos que le Control Político se originó en Francia (Constitución de 1958), vía el Consejo Constitucional y se caracteriza por un Control Preventivo, que permite efectuar la tarea controladora antes que la ley sea promulgada, es decir se controlan los proyectos de ley, empero en materia orgánica.

Luego, este órgano practica el control consultivo, que permite efectuar un examen de constitucionalidad de la ley, que puede o no vincular.

Si el Consejo Constitucional, se pronuncia en el extremo de considerar que el Proyecto de Ley cuenta con rasgos de violación a la Carta del 58 (De la Quinta República), la ley no será promulgada por el Presidente Francés.

El Control previo o preventivo es obligatorio, cuando el Proyecto de ley versa sobre asuntos vinculados a leyes orgánicas y de los reglamentos de las asambleas parlamentarias y se convierte facultativo si el proyecto es de una ley ordinaria o un tratado no referido a materia de derechos humanos.

Por encima de su carácter centralizado abstracto y esencialmente facultativo, el control a priori francés, permite asegurar que las normas encargadas de estructurar, organizar e implementar el funcionamiento de los órganos constitucionales dotados de autonomía, no quiebren el ordenamiento constitucional.

Como bien lo desarrolla la profesora Véronique Champeill¹⁴, ésta clase de control lo encontramos en distintas legislaciones como en la Constitución Española (artículo 54) y en la carta Federal Alemana, que cuentan con un control preventivo y facultativo de tratados internacionales antes de su ratificación.

La Corte Italiana, aplica control a priori sobre la procedencia del referéndum abrogatorio, como para cuestionar vía el gobierno central, la penitencia constitucional de las votaciones llevadas a cabo en asambleas regionales.

¹⁴ Champeil - Desplats Véronique, en *Ideas e Instituciones Constitucionales en el Siglo XX*, Ed. Siglo XXI, México, 2011, p. 352.

La Constitución Alemana, permite la procedencia de control previo a solicitud del gobierno federal, a las normas que proceden de los Lander, como también la delimitación de competencias entre el Gobierno Federal y los Lander (gobierno intermedio, con autonomía funcional).

En Portugal, su carta de 1976 señala que el Presidente de la República, el primer Ministro o una quinta parte de los Diputados, están facultados para cuestionar de manera preventiva, las leyes orgánicas y ordinarias, como también funciona el Control por omisión, tarea que debe resolver el Tribunal Constitucional Portugués.

Esta figura, en la década de los noventa ha adquirido importancia en los sistemas constitucionales de las repúblicas del ex bloque soviético como: Hungría, Polonia y Rumanía.

Sin lugar a dudas el sistema francés se convierte en el único, en que el control de constitucionalidad a priori abstracto, es de formación del proceso contencioso constitucional.

Esta clase de control conlleva al Consejo Constitucional francés, a involucrarse en el escenario del apasionado debate político. Aquí nos encontramos como lo desarrolla la académica Véronique Champeil entre la falsa y la auténtica justicia constitucional. La primera se genera por el debate político del proyecto de ley y la auténtica, cuyo análisis se efectúa luego que entre en vigor la ley (Posterior al debate parlamentario).

Luego contamos con las otras clases de controles clásicos como el americano que es difuso, incidental y de eficacia declarativa. Es difuso porque cualquier juez está facultado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, es incidental, ya que se aplica solo en casos concretos y en cuanto es necesario para su resolución. Este control encuentra su fuente en los Estados Unidos de América.

El control austriaco o europeo, es concentrado, su impartición se la confía a un único órgano ad-hoc, especialmente creado, llamado Tribunal o corte Constitucional (Perú, Italia, España) a su vez es directo, para su aplicación, no se requiere de un caso concreto de conflicto de intereses, sino que el conflicto es abstracto (Ley vs. Constitución).

El Modelo judicial o jurisdiccional de control, nos conduce a que el órgano habilitado materializa el control de la ley (Poder Judicial), este control es por la llamada vía incidental o principal (Argentina, México, Brasil).

Los modelos de jurisdicción se orientan por fases en que opera el control y éstas son: Previo o preventivo (Francia, Alemania, Portugal, Chile) y el sucesivo o represivo, éste funciona una vez que la ley está promulgada (Bolivia, Colombia, Perú, Ecuador, Bélgica, España, Italia) La ley inconstitucional entra en vigor pero está plagada de contenidos contrarios a la Constitución y debe ser sometida a control, por el órgano competente llamado Tribunal Constitucional a solicitud de parte.

Otro factor de clasificación de los controles constitucionales que aseguran que a la carta no se le vulnera, es el concreto, ya comentado referido a que cualquier juez, en cualquier clase de proceso, puede efectuarlo al momento de aplicar la ley (juicio de relevancia) y el abstracto, ya desarrollado y cuya competencia exclusiva descansa en el Tribunal Constitucional y no busca resolver conflictos de intereses de particulares, sino estaduales.

La clasificación de estos controles están relacionados al momento de la verificación, que son el control sucesivo o represivo que se aplica a la ley vigente, empero, tiene límites en el tiempo (plazos para interponer la demanda de inconstitucionalidad o de acción popular y aquellos sin límite temporal, en el caso del control difuso).

Estos controles, también se clasifican por quién originó el control de constitucionalidad y estos son: El instado por un órgano jurisdiccional (España), cuestión de inconstitucionalidad y el iniciado por la persona lesionada en los derechos (Perú, Amparo contra normas auto-aplicativas).

Finalmente por la eficacia de las sentencias estimatorias, estas son: Inter partes, que tengan efectos en el caso concreto, solo para las partes y erga omnes, sus efectos son de carácter general. En el primer escenario tenemos a los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y en el segundo escenario a los procesos de inconstitucionalidad, de acción popular y los de conflicto constitucional de competencias y de atribuciones.

El modelo peruano desde la carta de 1979, y ratificado en el vigente de 1993, es un modelo dual o paralelo, como bien lo desarrolló el maestro Domingo García Belaúnde y no mixto.

Tenemos un control. Concentrado y abstracto y por supuesto difuso, desde la carta del 79 y presente en la del 93.

El modelo peruano es concentrado y abstracto, recordemos que el control de la legitimidad de la ley, se propone como cuestión principal y única y es a su vez concentrado y general, ya que la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidez de la ley erga omnes, haciendo perder para siempre su eficacia normativa.

A su vez es difuso y concreto, se efectúa por todos los jueces, con ocasión de la aplicación de la ley en cualquier clase de proceso, es difuso e inter partes, la declaración de inconstitucionalidad conduce tan solo a negar la aplicación de la ley al caso concreto y por último es difuso y declarativo, recuerden que el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente.

Contamos con los llamados controles de constitucionalidad a posteriori, que viene funcionando en las legislaciones de Bélgica, Alemania, Federal, España e Italia.

La Autonomía Procesal y sus límites

La Autonomía procesal de los Tribunales Constitucionales, encuentra su fuente en el sistema constitucional federal alemán, cuyo exponente es el Jurista Peter Háberle, quien considera, que el derecho procesal constitucional lo debemos entender y comprender, como una disciplina constitucional concretizada, quiere decir que la razón de ser, es estar al servicio de la Constitución Política.

Para el Maestro de derecho constitucional peruano Domingo García Belaunde, el término adecuado es la «flexibilidad Procesal», con lo que debe contar el derecho procesal constitucional, que le permita cautelar los bienes constituciones en conflicto.

La norma adjetiva, requiere de una serie de herramientas que le protejan, que le permita a través de ello cumplir con los fines de los procesos constitucionales que aparecen desarrollado en el título preliminar del Código Adjetivo.

El Tribunal Peruano ha venido incorporando a esta institución (autonomía procesal) como manifestación de esta tarea trascendental, una serie de instrumento de garantía de la carta política y del proceso constitucional. Consideramos que esta autonomía cuenta con una serie de principios en que descansa, pero fundamentalmente en la supremacía de la Constitución y en la tutela de los derechos fundamentales y constitucionales.

Nuestro órgano de control ha incorporado, a través de su jurisprudencia y reglamento normativo, como principio o postulado a la «autonomía procesal», como lo señala el profesor César Landa este postulado «ha permitido, en no pocas ocasiones hacer dúctil el derecho y los procesos constitucionales».¹⁵

En un Estado Constitucional, como lo precisa el profesor de Derecho Constitucional y actual magistrado del Tribunal Constitucional Ernesto Blume Fortini «no puede haber territorio liberado del control de la Constitución», ello nos conduce a que los órganos de control con sus acertadas decisiones están obligados a colaborar con el fortalecimiento de la democracia y consideramos, que la «flexibilidad procesal» contribuye a esta labor constitucional y para cumplir con objetividad y cabalidad, deben aplicar los postulados ya comentados como son la supremacía de la Constitución (artículo 51 C.P.) y la tutela de los derechos fundamentales (artículos 1 y 3 C.P.)

Es sin lugar a duda, que nuestro derecho procesal constitucional, como tal es una concretización de la ley fundamental, observado desde dos ópticas. Es un derecho constitucional concretizado sin discusión y que a su vez le es útil al Tribunal para concretizar la ley fundamental. En resumen, la concretización es entendida como la misión rectora que amerita ponerse bajo las órdenes de la ley suprema, para respetarla y defenderla.

¹⁵ Landa Arroyo, César, *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional – Autonomía Procesal del T.C. En los Votos singulares en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial ECB, Lima, 2012.

Retomando el rol de los principios, contamos con postulados ad-hoc, aplicables a los procesos constitucionales, que cumplen una misión orientadora y canalizadora del proceso de interpretación constitucional, que permita dar soluciones a casos concretos. Estos principios ad-hoc los encontramos unos en el número III del Título Preliminar del Código Adjetivo como el de la dirección judicial del proceso, economía, intermediación y socialización procesal y otros principios específicos como concordancia práctica, corrección funcional, unidad de la Constitución, función integradora y los postulados de interpretación conforme a la Constitución y la fuerza normativa de la Constitución.

Debemos tener aclarado que el Derecho Procesal Constitucional, cuenta como objeto propio a la Constitución, un método esencial como son los principios y técnicas de interpretación y con un sujeto especializado integrado por jueces Ad-hoc, dotado de autonomía, que deben actuar con independencia y con decisiones motivados que reposen en principios, valores y en la doctrina constitucional vinculante. El órgano se denomina Tribunal Constitucional.

El órgano autónomo, a su vez actúa de la mano con los clásicos criterios de interpretación normativa y encontramos al método literal, teleológico, sistemático, histórico, actuante (de la realidad, del contexto).

Los jueces constitucionales requieren para resolver de los criterios de interpretación, del test de ponderación, de los principios y valores constitucionales y de sus propios precedentes vinculantes y por su puesto sin apartarse, sin motivación válida de su jurisprudencia.

Todo ente de control actúa en tres dimensiones, como órgano jurisdiccional, como órgano constitucional y como órgano político.

Como instancia última y única, en el primer escenario resolviendo en forma definitiva los recursos de agravio constitucional (RAC) en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento y como instancia única en los procesos de control normativo (De inconstitucionalidad y acción popular) y en los procesos de resolución de conflictos constitucionales de competencia y de atribuciones. Actúa como legislador negativo y como promotor de la férrea defensa de los derechos constitucionales.

Los tribunales constitucionales actúan como órgano constitucional, el constituyente le reserva un situial expectante, como ente de control de la constitucionalidad de las leyes, como interprete auténtico de la carta, actuando como ya lo señalamos con autonomía e independencia.

Como órgano político, su actuar no puede estar ajeno, ni distante, ni a espaldas de los problemas de orden social, político y económico de la sociedad.

Los tribunales son voceros del Poder Constituyente, se convierten en los defensores del Estado Constitucional y por ende a través de sus resoluciones, debe generarse espacios de tranquilidad, de

orden social, y de armonía política, permitiendo con ello fortalecer la gobernabilidad y apostar por la estabilidad social, política y economía del país.

Las cortes constitucionales con sus fallos no practican políticas vinculadas al gobierno de turno, sino el de hacer derecho, es decir el de defender la democracia y la institucionalidad de la república.

Los fallos constitucionales, deben ser el reflejo del espíritu del constituyente, es decir apostar por la descentralización, la transparencia, la democracia social, el pluralismo económico y político y el respeto a nuestros derechos y alentar la práctica de las libertades y garantías constitucionales.

Como bien lo explica el ex magistrado del Tribunal Constitucional César Landa, la autonomía procesal requiere de legitimidad, que son de carácter histórico, normativo y técnico jurídico.

Lo histórico nos refleja la dación de los tribunales, su surgimiento en Europa, las tensiones entre ellos y los poderes clásicos.

La evolución de los Tribunales le recogemos desde la mentoría de Hans Kelsen, de concebir a este órgano como intérprete, como controlador, como centinela y como garantía del respeto al sistema constitucional y por ende a la supremacía de la Constitución.

La legitimidad normativa, se constituye en la esencia en la fuente de la autonomía procesal. Recogemos lo preceptuado en el artículo 201 de la Carta, que establece que el Tribunal es el órgano de control, es autónomo e intérprete y asume la interpretación de la carta; tarea de la cual es el titular y comparte estas responsabilidades estaduales con el Poder Judicial y el Jurado Nacional de Elecciones (control difuso).

El precepto III del titular preliminar del Código Adjetivo, precisa que es obligación del Juez constitucional y su órgano intérprete, de adecuar las exigencias de las formalidades previstas en el Código, al logro de los fines de los procesos constitucionales. Estos fines son dos, garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, como lo norma el artículo II del título preliminar de la norma procesal.

Lo señalado, nos conduce a establecer que por razones formales, no podemos desplazar el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales. Lo indicado es expresión del ejercicio de la autonomía procesal, sometida a la Constitución. Los jueces constitucionales pueden desatender la norma adjetiva, para atender estrictamente los fines de los procesos constitucionales, empero respetando los principios constitucionales y sus valores en que reposa y se sustenta todo texto constitucional.

La legitimidad técnica – jurídica, nos conduce a la plena aplicación del denominado test de ponderación.

Estamos en la palestra, en que los jueces gozan en general de los márgenes de discrecionalidad significativas, que les permite la interpretación y la aplicación de las llamadas reglas procesales.

El Tribunal actúa como supremo interprete de la Constitución, cuando resuelve declarando la inconstitucionalidad de una ley y conoce en última instancia las resoluciones denegatorias de los procesos garantizadores de libertades y derechos constitucionales (Artículo 202 de la Constitución Política).

Hemos comentado del llamado principio de autonomía procesal, que ha sido incorporado por el Tribunal Peruano, se ha desarrollado su fundamento, su contenido y está pendiente sus límites (formales y materiales) Hablando de contenido, este principio cuenta con componentes que son cuatro: La configuración, el desarrollo, la complementación y finalmente la adecuación de su proceso vía la jurisprudencia, empero en concordancia con los fines de los procesos constitucionales.

La autonomía procesal, que no es sinónimo de abuso del derecho, ni de autarquía le permite a la Corte Constitucional un trascendental grado de libertad y de responsabilidad, para resolver dentro del respeto a la norma suprema, todo ello motivado y concordado con su doctrina jurisprudencial, los principios y los precedentes vinculantes que genere.

Podremos precisar que para una mejor explicación o de la autonomía o flexibilización procesal, comentaremos algunos casos relevantes, donde el pleno del Tribunal Constitucional ejerció plenamente su autonomía procesal.

Casos Relevantes

a) Ramos Salazar Yarleque

Expediente 3741-2004-AA/TC

Caso Modificado: Consorcio Requena. Expediente 04293-2012-PA/TC (Abril - 2014).

Comentario:

El Tribunal resolvió en el caso Salazar Yarleque, que los Tribunales Administrativos ejercían control difuso.

Con el caso del Consorcio Requena, está atribución, ya no puede ser ejercida por los tribunales administrativos.

Señalaremos que ambas decisiones generaron vía desarrollo constitucional, normas constituidas en la Carta, como bien lo apunta el profesor Luis Castillo Córdova.

Las resoluciones que generaron precedente vinculante, nos condujeron a sentidos contrarios entre las normas adscritas. Recordemos que el caso relevante Salazar Yarleque (Expediente 03741-2004-PA/TC) admitió el control difuso en sede administrativa, y la sentencia emitida en abril del 2014 (Expediente 04293-2012-PA/TC) prohíbe que esta clase de control, sea ejercida en sede administrativa.

El Tribunal ha resuelto en el caso «consorcio Requena» tres objeciones destacables relacionadas contra el precedente vinculante Salazar Yarleque.

Estas observaciones indica el Tribunal, que el control difuso solo puede ser ejercido por órganos con función jurisdiccional (TC., P.J., J.N.E.).

La segunda, está referida a que no existe mecanismos de control del ejercicio de los Tribunales Administrativos, en referencia a la aplicación del Control difuso. Tarea reservada al Poder Judicial.

La tercera objeción, está vinculada a que el precedente revocado afectaba al principio de separación de poderes.

b) Alipio Landa Herrera:

Expediente núm. 10087-2005-AA

Este proceso de amparo está referido a la solicitud de pensión vitalicia, de invalidez y de enfermedades profesionales. Es necesario aclarar que todos los contenidos fundamentales se encuentran desarrollados en el Decreto Ley 18846 y la Ley 26790.

El Tribunal con este fallo estableció, en aplicación a la autonomía procesal, que no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de pensión vitalicia y de invalidez. Con esta decisión el órgano de control, desplazó las formalidades (plazos para interponer los recursos de amparo, artículo 44 del C.P.C.) para atender los fines de los procesos. Los derechos que protege el recurso de amparo, están desarrollados en el artículo 37 del código.

El no acatamiento de la prescripción de plazos para interponer la respectiva demanda, nos conlleva a lo que la doctrina constitucional denomina «Humanización de los derechos fundamentales» es decir que por exigencias formales, se pretenda desestimar el respeto a un derecho sensible y humanizado, como es acceder a la pensión de invalidez o vitalicia, de quien se encuentra en una situación de indefensión por parte del Estado.

c) Mateo Castañeda Segovia

Expediente 00791-2014-PA/TC-Expediente 01044-2013-PA/TC

El presente caso está conectado al origen del conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Consejo Nacional de la Magistratura, sobre la designación de jueces y fiscales, a su vez aborda los alcances del control constitucional sobre las actuaciones del Consejo Nacional de la Magistratura y por último los excesos en que incurrió el Tribunal Constitucional, de pretender sustituir en sus funciones constitucionales de seleccionar y nombrar a magistrados al C.N.M. (Artículos 150 y 154 de la Constitución Política).

La confrontación institucional, entre el T.C. y el C.N.M., estalló, cuando se emite la sentencia del 30 de abril del 2014 (Expediente 00791-2014-PA/TC) en el proceso de ejecución de sentencia (Expediente 01044-2013-PA/TC), que fue interpuesta por el abogado Mateo Castañeda Segovia contra el Consejo de la Magistratura.

El fallo fue emitido y suscrito por los ex magistrados Gerardo Eto, Ernesto Álvarez y Carlos Mesía y sus alcances controvertidos incluyeron cuatro aspectos:

Anuló el nombramiento de dos señoras fiscales supremas, las letradas Zoraida Ávalos y Nora Miraval.

El Tribunal designó directamente como fiscal supremo al demandante Mateo Castañeda, esta decisión fue abusiva e irracional.

Ordenó al Consejo de la Magistratura, que en un plazo de 10 días hábiles, le expida al Sr. Castañeda Segovia, el título de Fiscal Supremo y le tome juramento y por último le ordenó el C.N.M. que efectúe las gestiones ante el Ministerio de Economía, para que asigne la partida presupuestal para dos vacantes destinadas al Ministerio Público y que permitiera cubrir el presupuesto respectivo.

Con esta decisión el Tribunal, se excedió, desnaturalizó la autonomía procesal, invadió el fuero del C.N.M., los magistrados con este fallo usurparon las competencias del C.N.M., bajo el pretexto de interpretaciones de carácter absoluto, es decir violentaron al texto constitucional.

El órgano intérprete, por mandato constitucional, está facultado para ejercer el control sobre la constitucionalidad de los actos de otras entidades públicas, incluyendo a los poderes y a los órganos autónomos. Esta competencia no es sinónimo de intromisión, ni de abuso del derecho.

Con la decisión comentada, es evidente que los jueces del Tribunal, fueron más allá del espíritu que el constituyente le reservó al Tribunal, quebraron los parámetros de la constitucionalidad y la legalidad.

Ante esta resolución carente de motivación constitucional, el pleno del Consejo de la Magistratura, asumió la defensa de su fuero y por ende el respeto irrestricto a su autonomía institucional.

Producto de la postura institucional del C.N.M., el Tribunal retrocedió parcialmente y expidieron el 8 de mayo una resolución aclaratoria, en aplicación del artículo 59 del Código Procesal Constitucional.

El Tribunal está facultado para emitir resoluciones ampliatorias y aclaratorias, no olvidemos que los efectos jurídicos del recurso de amparo son restitutorios y no constitutorios.

El órgano intérprete, puede emitir resoluciones ampliatorias que sustituyan la omisión del funcionario y que regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia.

En la resolución del 8 de mayo el Tribunal enmendó el tremendo error que pretendieron materializar, es decir dejar sin efecto la designación de las Fiscales Supremas Ávalos y Miraval, efectuada conforme a la Constitución por el C.N.M.

A su vez, dejó sin efecto la decisión ilegal y abusiva de designar el Tribunal al abogado Mateo Castañeda, como Fiscal Supremo. Insistieron en nombrar a Mateo Castañeda, respetando el orden de méritos del concurso.

Solicitaron al Fiscal de la Nación, brinde información actualizada, sobre la existencia de plazas vacantes y a su vez de no haber vacante, se deje en reserva una plaza y finalmente le ordenó arbitrariamente el C.N.M., no realice ningún concurso público, para cubrir plazas para Fiscales Supremos.

El pasado 15 de julio, el nuevo pleno del Tribunal, emitió el denominado «Auto del órgano de control Constitucional». Resolvió por unanimidad el pleno declarar fundado el recurso de reposición (nulidad) interpuesta por el Procurador Público del C.N.M., cuyo argumento central, fue respetar la autoridad de cosa juzgada, establecida en la sentencia definitiva del 16 de enero del 2012 y de respetar las competencias exclusivas del C.N.M. (art. 154, inciso 1, de la Constitución) A su vez declaro infundado el recurso de apelación por salto, interpuesto por el vecino Mateo Castañeda y finalmente declaró mediante acta, que el C.N.M. cumplió con motivar de modo suficiente la decisión sobre la postulación de Mateo Castañeda, al cargo de Fiscal Supremo.

Es necesario aclarar que el Tribunal está facultado para controlar el C.N.M., en el cumplimiento de sus funciones, puede llegar a exigir a los consejeros del C.N.M. a que motivan sus fallos y desterrar las arbitrariedades, empero no puede, ni debe invadir, ni usurpar, ni trasgredir las funciones y competencias de los órganos autónomos y poderes del Estado. El Tribunal está obligado a respetar los fueros constitucionales y resolver con ponderación y razonabilidad, sin extralimitarse.

Límites al Control Constitucional

Contamos con límites formales y materiales, los primeros, los encontramos en la Constitución y las leyes, en los tratados internacionales en materia de los derechos fundamentales, la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y por ende la primacía de la Carta política, el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales y el reconocimiento de las prácticas procesales vinculadas a los principios especializados y a los principios *ad-hoc*.

Los límites materiales descansan en tres preceptos, postulados y principios como son: subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad y el de la interdicción de la arbitrariedad, que no se encuentra reconocido por la Constitución, empero en forma indirecta puede desprenderse de lo normado en el numeral 45 de la Constitución Peruana, que reza, que «el Poder emane del pueblo y quienes lo ejercer lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que el sistema jurídico lo prevee».

Son límites del ejercicio del control de Constitucionalidad, las denominadas «Clausulas Pétreas»

El desaparecido Maestro Mexicano Jorge Carpizo nos precisó que «Todo poder constituido tiene y debe tener límites. El único poder, en principio, jurídicamente ilimitado es el poder constituyente».¹⁶

Es indudable que el órgano controlador, revisor de la carta política está sometido al poder constituyente y a los principios en que descansa la norma constitucional.

Los límites al órgano de control, son de dos tipos, expresos e implícitos.

Los límites expresos, son los que la propia carta reconoce. A estos límites, como precisa el desaparecido jurista Jorge Carpizo se les denomina «Clausulas Pétreas», que son aquellos contenidos constitucionales irreformables como la forma de gobierno, la dignidad del hombre y los principios de soberanía del pueblo (artículo 3 de la Constitución Política del 93).

Estas cláusulas, las encontramos históricamente en la Constitución Noruega vigente de 1814. El espíritu de esta norma, precisa que jamás deberán contravenir los principios de la Constitución. Si continuamos con datos históricos, la Constitución francesa de 1884, estableció que estaba prohibida la modificación de la forma republicana de gobierno.

Encontramos estas cláusulas, en la carta Italiana vigente (1947) que protege la forma republicana de gobierno. La Constitución francesa vigente de la quinta república (1958) que también desarrolla lo comentado.

Los límites implícitos los relacionamos con los principios fundamentales materiales, supremos o esenciales.

Es necesario aclarar que las cláusulas pétreas pueden ser superadas, más allá de cualquier frontera, como lo mencionó el maestro Jorge Carpizo. El Camino es el pacto social y político y que el nuevo proyecto constitucional se someta a consulta ciudadana. Tenemos definido que el órgano revisor de la Carta, tiene como función reformar, adicionar y actualizar, y no tiene la tarea de sustituir el texto. Esta función está en manos del Poder Constituyente, como lo refiere el magnífico profesor español Pedro de Vega.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional se pronunció, en el sentido que no podrá ser objeto de reforma o revisión constitucional, la forma republicana de gobierno, el Estado unitario y la dignidad del ser humano. (Expediente: 0047-2004-AI y 0050-2004-AI).

Podremos señalar que nuestro Tribunal Constitucional, en su historia institucional, ha registrado sendas páginas que reflejan fallos coherentes y ajustados a los principios constitucionales y sujetos al espíritu del constituyente peruano, empero hemos contado con decisiones desatinadas e irracionales, que en aplicación

¹⁶ Carpizo Mac - Gregor Jorge, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Ed. Griley, Lima, 2009.

de la autonomía procesal han desnaturalizado el rol del ente controlador de la Constitución. Frente a estos sucesos se debe aplicar los límites al control de la constitucionalidad.

INTERÉS GENERAL Y ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA

1. Introducción

Una de las notas que diferencian al Derecho Público del Derecho privado es, ciertamente, la presencia, de una forma patente, del interés general. En el Derecho Público, de manera obvia y omnicomprendensiva, el interés general está en su misma historia, en su esencia y en su desarrollo. Por otra parte, también, aunque de otra forma, el interés general forma parte del Derecho privado puesto que la libertad no es absoluta, como tampoco lo es el mismo interés general. Para el Derecho Público es de tal relevancia esta noción, que si entendemos que esta rama del Derecho Público que es el Derecho Administrativo no es más, ni menos, que la ordenación racional y jurídica de los intereses generales, entonces comprenderemos hasta qué punto el interés general, en el marco de los postulados del Estado social y democrático de Derecho, es a día de hoy, según me parece, el centro y raíz del nuevo Derecho Administrativo del siglo XXI. Un Derechos Administrativo que regula el poder público para las libertades solidarias de las personas.

El interés general dispone de una dimensión abstracta enmarcada en los principios y directrices del Estado social y democrático de Derecho. Además, y de forma inseparablemente unida e ella, tiene igualmente una dimensión concreta porque para el Derecho Administrativo el interés general sólo tiene sentido en el plano de la cotidianidad.

El modelo de Estado que se asocia a la versión más sociológica y económica de Estado de Bienestar, se encuentra este momento en profunda crisis por haberse asumido un planteamiento estático y cerrado. Hoy nos hallamos ante Administraciones públicas, al menos en Europa, especialmente en el modelo autonómico español, que se han endeudado hasta el paroxismo haciendo saltar por los aires el fundamental principio de la estabilidad económica y financiera, de tanta trascendencia para la estabilidad política y social de los pueblos. Desde luego, la actual situación no es sólo consecuencia de malas políticas públicas en estos años, es el resultado de una siembra de irresponsabilidad que viene de lejos, del aquellos tiempos en que se pensaba que los fondos públicos eran ilimitados, por no ser de nadie decían aquellos gestores a quienes hoy habría que pedir cuenta de sus desmanes y despilfarros en orden a la captura de votos y votos o, lo que es lo mismo, a la búsqueda, al precio que sea, de la poltrona, de la conservación y mantenimiento en el poder.

La Constitución española dispone en su artículo 31 que el gasto público habrá de aplicarse con arreglo a criterios de economía y eficiencia. La Constitución es de 1978 y, hoy, 2012, a juzgar por la situación de las cuentas públicas en general, podemos afirmar sin temor a equivocación alguna que este precepto se ha incumplido sistemáticamente sin que haya pasado nada, absolutamente nada. Ahí está, por ejemplo, el actual déficit público estatal para demostración de tal aserto. Los datos que se están conociendo acerca de la situación de las cuentas públicas de las Administraciones territoriales en España, escribimos en febrero de 2014, reflejan igualmente la conculcación del citado precepto de nuestra Carta Magna.

Cualquier persona en su sano juicio entiende que no se puede gastar más de lo que se dispone, que ha de existir un sano equilibrio entre ingresos y gastos. Esto, que es lo normal en la administración de los asuntos domésticos de cualquier familia, es, sin embargo, una excepción en la gestión de los asuntos públicos. Es más, existe el erróneo convencimiento de que si no se incurre en déficit no hay futuro en las contiendas electorales. ¿Por qué en el ámbito público es, ha sido, normal el endeudamiento?

La contestación a esta pregunta es compleja. Por un lado los presupuestos públicos ordinariamente no reflejan la realidad de los ingresos a obtener y los gastos en que se debe incurrir. Por ello, con frecuencia se acude a subterfugios contables y presupuestarios para modificar conceptos y subconceptos. Por otra parte, al no estar bien elaborados los presupuestos resulta que hay que atender ciertos pagos que debieran haberse previsto con realismo y que, sin embargo, muchas veces por oscuras razones, no se incluyen. Y, por si fuera poco, la flexibilidad y politización de las autorizaciones de endeudamiento ayudan a que las cosas sean como son.

El recurso a solicitar incrementos de crédito para atender gastos de naturaleza social también ha coadyuvado a la situación

en que nos encontramos. Si a ello añadimos el elefantiásico crecimiento de la planta y estructuras de las Autonomías o el incremento de altos cargos en las denominadas grandes ciudades, podemos explicar el volumen y tamaño de la deuda pública. Una deuda pública que no se puede enjugar castigando a los ciudadanos con más impuestos, congelación de las pensiones y bajadas de sueldos a los empleados públicos.

A esta situación de crisis hemos llegado porque, entre otras razones, resulta que se ha pensado, y se ha actuado en consecuencia, que los fondos públicos eran ilimitados y de gasto discrecional por los dirigentes de la cosa pública. No hay más que examinar los gastos de tantos Entes públicos en materia de personal eventual, los gastos de representación o de estudios y trabajos técnicos, para darse cuenta hasta qué punto se ha olvidado que los fondos públicos son escasos, limitados y, fundamentalmente y sobre todo, de la propiedad de los ciudadanos.

A partir de ahora las cosas tendrán que ser de otra manera. Los presupuestos habrán de confeccionarse con rigor y realismo. No se puede premiar la gestión irresponsable en materia económica. Más bien, habría que empezar a sancionar a los gestores y dirigentes de entidades públicas que gastan más de lo que disponen. Habrá que empezar a gestionar con austeridad y rigor, mirando cada euro que se gasta y estableciendo controles reales que impidan el derroche y el despilfarro.

Los cambios culturales son lentos. También en materia de gasto público. Aún así, necesitamos normas de control más claras y sencillas y, sobre todo, gestores con experiencia que sepan administrar lo público al servicio de todos y con el menor gasto posible. Claro que se puede hacer más con menos. La austeridad, de ningún modo, es sinónimo de miseria. La austeridad exige una nueva forma de entender y gestionar los fondos públicos. Más democrática, más justa y, sobre todo, más equitativa. En esta cuestión, como en casi todas, la Constitución, de nuevo, arroja luz. Solo hay que leer el artículo 31 de la Constitución de 1978 y actuar en consecuencia. Algo que esperemos se pueda producir en un futuro próximo para bien de la sociedad y de todos los españoles.

II. Interés general y crisis del estado de bienestar

El estudio de la crisis del Estado del Bienestar es, desde luego, un tema actual, un tema en el que hay unanimidad. Su análisis plantea cuestiones tan interesantes para un profesor de Derecho Público, como es la del fin fundamental del Estado, la funcionalidad de la intervención pública en nuestros días, las notas características del denominado «Estado de Bienestar» y las causas de su crisis. La crisis en la que nos encontramos es consecuencia del entendimiento estático, clientelar y cerrado del Estado de bienestar que han seguido diferentes gobiernos europeos de diferentes colores políticos.

Hoy en día nadie duda de la fuerza que ha recobrado los principios de subsidiariedad y solidaridad, fundamentos de la Ética

social. Tampoco se pone en tela de juicio el creciente compromiso del Estado en la promoción de los derechos humanos aunque en la práctica, lo contemplamos y sufrimos a diario, se ha quebrado el núcleo indisponible de los derechos fundamentales y éstos se han convertido, qué pena, en monedas de cambio para la transacción política, alcanzándose cotas de dominio de los fuertes sobre los débiles ciertamente injustificables se mire por donde se mire. Los vientos que corren, como lógica consecuencia de un camino caduco, son de búsqueda de nuevos horizontes, de nuevas soluciones que probablemente podrán alumbrarse desde el esquema dinámico y solidario de un Estado de bienestar que debe volver a recuperar su naturaleza de medio al servicio de la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

El Estado es la comunidad de un pueblo asentada sobre un determinado territorio, dotado del más alto poder de dominio, para la fundamentación completa de su bienestar general. Esta definición, de Johannes Messner, una de las mejores que se pueden encontrar en el marco de la Filosofía del Derecho, recoge expresamente el término «bienestar». ¿Por qué será?. Porque una de las funciones esenciales del Estado es la puesta en marcha de las instituciones que hagan posible la obtención autorresponsable de sus propios fines en el marco del bien común.

El poder estatal tiene un evidente sentido de servicio al bien común y es el poder supremo entre los poderes sociales naturales porque, como dice Messner, el cumplimiento de las tareas particulares de todas las pequeñas comunidades depende de que el Estado cumpla sus tareas sociales más básicas. Sabemos que los hombres pertenecemos inmediatamente a pequeñas comunidades (familia, ayuntamiento, corporación profesional) y que el primer deber del Estado es crear los presupuestos para cumplir las tareas que a esas comunidades impone la naturaleza. En este sentido, el Estado sería una vinculación de comunidades de forma que en las relaciones bilaterales del Estado con respecto a la pequeña y gran comunidad debe respetar y promover los derechos originarios comunitarios. El poder estatal es el poder supremo de los poderes sociales naturales, porque el cumplimiento de las tareas propias de las pequeñas comunidades depende de que el Estado cumpla sus tareas sociales básicas. El propio fin del poder estatal, en la medida en que se orienta hacia el cumplimiento de las funciones sociales básicas de protección del orden jurídico y de aseguramiento del bienestar, tiene evidentes limitaciones que proceden del primado de los derechos fundamentales de las personas, de la existencia de diferentes comunidades, de los derechos de las minorías, de otros Estados y de los medios imprescindibles para garantizar una situación de bienestar. Como señala Messner, estos límites son flexibles ya que las exigencias del bien común son variadas y diversas según las distintas soluciones. Pero como regla general puede afirmarse que la presunción jurídica está contra la extensión del poder estatal. ¿Por qué?. Precisamente porque el poder estatal se justifica en la constitución natural del orden colectivo de las funciones sociales fundamentales. El poder estatal

se justifica en la medida en que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos, fin del Estado social y democrático de Derecho.

Como sabemos, la responsabilidad o la competencia individual precede a la global. Es decir, lo que los individuos y las pequeñas comunidades sean capaces y estén dispuestos a hacer deben hacerlo, sin interferencias del Estado. El principio de subsidiariedad es un principio fundamental de toda autoridad social que hoy, lamentablemente, se interpreta exclusivamente como criterio para disponer, como sea, de más poderes, de más normas y, por supuesto, de más funcionarios al servicio de estas comunidades políticas descentralizadas.

Bien común, interés general, subsidiariedad y bienestar son conceptos que están más unidos de lo que parece. Por eso, en el estudio sobre el llamado Estado del Bienestar y su crisis deben desarrollarse convenientemente estos conceptos. El bien común, trasunto filosófico del concepto jurídico-administrativo de interés general, es la clave porque implica ayuda para que los individuos puedan conseguir los fines esenciales de la vida.

El principio de subsidiariedad, lógicamente, limita considerablemente la operatividad del poder estatal y responsabiliza a las personas en el cumplimiento de sus fines vitales y sociales. Como principio superior filosófico-social tiene tres importantes corolarios que nos ha sintetizado Messner. Primero: un sistema social es tanto más perfecto cuanto menos impida a los individuos la consecución de sus propios intereses. Segundo: un sistema social es tanto más valioso cuanto más se utilice la técnica de la descentralización del poder y la autonomía de las comunidades menores. Tercero, y muy importante, un sistema social será más eficaz cuanto menos acuda a las leyes y más a la acción de fomento y a los estímulos para alcanzar el bien común.

El libre desarrollo de la persona, en un contexto de bien común, es un dato capital. Por eso, el principio de subsidiariedad implica tanta libertad como sea posible y tanta intervención estatal como sea imprescindible. En realidad, como sabemos, el ideal del orden social se orienta hacia la mayor libertad posible en un marco de mínima regulación estatal. Los pueblos que han tenido más leyes no es que hayan sido los más felices nos recuerda Messner. Sin embargo, hoy por hoy existe una fuerte convicción de que el progreso social depende de la intervención estatal.

La cuestión es reducir la intervención justo a ese marco de ayuda ínsito en la idea del bien común, porque no se puede olvidar que la gran paradoja, y tremendo fracaso del Estado del Bienestar, ha sido pensar que la intervención directa producía automáticamente mayor bienestar general. Al contrario, la versión cerrada, unilateral y estática del Estado de Bienestar ha dejado tras de sí, gracias a la irresponsable gestión pública que la ha provocado, un reguero de pobreza y miseria sin cuento. La fórmula es, más bien, la que parte de la subsidiariedad: cuanto más se apoye a la persona y a las comunidades menores en que se integra, se fomentará la

competencia y la responsabilidad y el conjunto tendrá una mayor autonomía. Porque no se puede olvidar que el principio de subsidiariedad protege los derechos de las personas y de las pequeñas comunidades frente a un Estado que, históricamente, ha cedido a la sutil tentación de aumentar considerablemente su poder.

Pero lo más importante, independientemente de la fuerza evidente de este principio básico de la Ética política, es que el bien común se alcanza más fácilmente si los propios individuos y las pequeñas comunidades viene en un contexto de responsabilidad e ilusión por conseguir sus fines existenciales. Hoy, no parece necesario recordarlo, la falta de reacción social, la débil motivación de los ciudadanos, y la actitud sumisa general ante el poder, reclaman que el principio de subsidiariedad vuelva a colocarse en el primer plano de la Ética Política.

El profesor Cassagne, gran defensor del principio de subsidiariedad, señala que quienes piensan que este principio genera Estados débiles o mínimos, no son conscientes de que la realidad subraya la necesidad de reafirmar la autoridad del Estado en sus funciones soberanas y la eficiencia de las actividades supletorias que lleve a cabo. Al contrario de lo que pueda pensarse, el Estado no saldrá más débil de este proceso sino más fuerte, pues su grandeza descansa más en el cumplimiento de su finalidad esencial que en su tamaño o dimensión. A día de hoy, febrero de 2014, la experiencia del Estado estático de bienestar que ha dominado buena parte de Europa en este tiempo, demuestra que a pesar de la intervención directa, de las cuantiosísimas subvenciones, de las ayudas de todo tipo, el pueblo se ha empobrecido, las arcas públicas están vacías y la capacidad del Estado de asumir nuevas políticas sociales, bajo estos postulados, bajo mínimos.

La función del bienestar de todos los ciudadanos constituye la segunda función social básica del Estado, después del mantenimiento de la paz y el orden interior y exterior. En realidad, la función del bienestar de todos los ciudadanos se refiere a la vida económica y social y sus principales campos de aplicación son las bases ordenadoras de la economía nacional. Una economía que ha quebrado el principio de estabilidad financiera y se ha lanzado a un endeudamiento creciente no siempre justificado, ni mucho menos, por la atención a las necesidades colectivas de los ciudadanos.

La función del bienestar de todos los ciudadanos, que tiene mucho que ver, no sólo etimológicamente, con el bien común, puede alcanzarse a través de la intervención directa del Estado en la vida económica y social o a través de la aplicación del principio de subsidiariedad. En este sentido, conviene distinguir entre Estado-Providencia y Estado social del Bienestar. Es el Estado-Providencia, el Welfare State, el que ha fracasado. El Estado social del Bienestar, por el contrario, bien aplicado, puede ayudar sobremanera a salir de la profunda crisis general en la que nos encontramos en el mundo Occidental. Especialmente, si el interés general se gestiona de manera abierta y complementaria, contando realmente con la participación del pueblo.

El Estado Providencia (Welfare State) es el que se ocupa inmediatamente de todas las necesidades y situaciones de los individuos desde «la cuna hasta la tumba». Es un modelo de Estado de intervención directa, asfixiante, omnipresente, que reclama elevados impuestos y, lo que es más grave, que va minando poco a poco lo más importante, la responsabilidad de los individuos. Trae consigo una poderosa y omnipotente burocracia que crece y crece sin parar como matemáticamente se comprueba en nuestro país sin demasiados problemas. En fin, este modelo estático de Estado del Bienestar es el que ha fracasado estrepitosamente en Europa en este tiempo por no confiar en el principio de subsidiariedad como elemento de regulación de la tarea estatal de bienestar y, por tanto, por no seguir un principio del bien común y de supremacía del interés general a partir de la promoción de las condiciones básicas para que el ciudadano se desarrolle en libertad, solidaridad y responsabilidad.

El Estado del Bienestar, como sabemos, no es más, ni menos, que el resultado de una forma de intervención del Estado en la vida social que surge tras la crisis de 1929 y que adquiere carta de naturaleza después de la II Guerra Mundial. En realidad, lo que ha ocurrido, es que el grado de intervención ha ido "in crescendo" hasta llegar a alcanzar las dimensiones actuales. Unas dimensiones que reclaman una refundación y la vuelta a los principios y postulados básicos. Hoy, probablemente, tras la aguda crisis y recesión que vivimos tendrá que alumbrarse un nuevo modelo de Estado que garantice el bienestar de todos contando con todos, no desde la cúpula o desde el vértice, como ha acontecido hasta ahora.

En realidad, el Estado social del Bienestar no supone que la regla deba ser la de mayor intervención del Estado en la vida económica y social; ni tampoco que se deba practicar una no intervención de los Poderes públicos en la sociedad. El Estado, es necesario recordarlo, tiene una función ordenadora en la vida económica y social, tiene un cometido fundamental: establecer el orden en el que se consiga la mayor medida posible de bienestar general y se promueva el libre desarrollo de la persona en beneficio de la generalidad. Por eso, la finalidad de la política económica, que siempre tiene un claro sentido instrumental, es la creación de los medios adecuados para que la economía alcance su fin social: una mayor productividad socioeconómica y un mayor nivel de vida de todos los ciudadanos. La elevación de la productividad socioeconómica implica que todas las instituciones económicas deben orientarse en su actuación a este objetivo. Y, para alcanzar el mayor nivel de vida posible es necesario un justo reparto del producto social de manera que, también al servicio de esta finalidad han de orientarse la política monetaria, la política crediticia, la política de salarios de precios o de impuestos, de pleno empleo, la política agraria, sindical... También la política fiscal ha de ser analizada en este contexto: debe orientarse hacia el bienestar económico y social.

Hoy, en 2014, a pesar de los fondos públicos invertidos en el Estado del Bienestar, estamos sumidos en una crisis global sin precedentes. Entre otras razones, por haber hecho un uso ilegítimo de

un modelo que tiene como fin la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Los dirigentes, atendieron preferentemente a determinados grupos, financieros, políticos y sociales, desde los cuales mantenerse en el poder a ultranza, como sea, a como de lugar. El interés general terminó por confundirse con determinados intereses particulares, sectoriales o grupales con un único fin: la permanencia en el poder.

El Estado social de Derecho, que parte del principio de subsidiariedad y del de solidaridad, supone que el propio Estado no debe ejercer actividad económica propia, a menos que la iniciativa privada sea insuficiente para cubrir las necesidades sociales o que el bien común exija su presencia en la vida económica. Por tanto, debe recordarse que la actividad económica estatal se justifica solamente, cómo es lógico, en caso de bienes y servicios de necesidad pública. En relación con la empresa privada, después de lo escrito ya, se entenderá perfectamente que el Estado debe estar presente para garantizar el cumplimiento del bien común, del interés general, como también puede ser necesaria la intervención en determinados sectores, eso sí, en función del bien común, del interés general en términos de Derecho Administrativo. La verdad es que el Estado del Bienestar actual poco tiene que ver con el modelo del Estado social del Bienestar porque la intervención ha sido cada vez mayor y mayor, hasta llegar en la actualidad a una peligrosa situación pues se ha ido aniquilando la capacidad de reacción de los individuos y se les ha acostumbrado a esperarlo todo del Estado, de manera que la responsabilidad personal es una quimera.

Estudiemos ahora brevemente cuál es la posición del Estado social del Bienestar en materia de política social. No cabe duda que hoy en día una de las principales funciones del interés general es preservar adecuados estándares y patrones de calidad, asequibilidad y universalidad en las políticas sociales, en materia de trabajo y sanidad fundamentalmente. En materia educativa ya va siendo hora de que abandonemos el concepto de servicio público y se colabore más, desde el poder público, con tantas y prestigiosas instituciones de enseñanza que a lo largo del tiempo han demostrado mejores parámetros educativos que la propia enseñanza pública. En todo caso, la clave está, una vez más, en que los padres puedan elegir el modelo educativo de su preferencia, lo que implica, es obvio, que el Estado garantice, y no es poco, esa elección tan relevante para una auténtica libertad educativa, algo que, en términos generales, y salvo honrosas excepciones, brilla por su ausencia entre nosotros. Si se introduce competencia en el sistema y se asegura la libertad de elección, la enseñanza pública terminará por mejorar, que medios personales y materiales tiene, y se eliminará esa peligrosa dictadura de determinados colectivos que no buscan más que el privilegio y mantener una situación de prerrogativas, a todas luces incompatible con la necesidad, cada vez más urgente, de que los jóvenes puedan acceder a una educación de calidad.

En primer lugar, conviene definir lo que debemos entender por política social. La política social consiste en las medidas e instituciones del Estado para proteger a los grupos sociales que

dependen del trabajo contra todo perjuicio en la participación del bien común. Entre las medidas de la política social, cada vez más necesarias, están la protección de una salud digna y humana, una protección del salario a través de la seguridad social general y una protección de los convenios colectivos para que las condiciones de trabajo permitan la realización del hombre en su plenitud (Messner). También en estos casos la acción del Estado está vinculada por el principio de subsidiariedad, de forma que en muchas ocasiones la integración social es posible dejando a los individuos y grupos que profesionalmente son competentes en la materia la iniciativa siempre en un marco de responsabilidad pública. Es decir, en estos casos, la iniciativa social asume la gestión de ciertos servicios de naturaleza social bajo exigentes controles, comprobaciones y supervisiones del Estado.

Conviene recordar que la acción social del Estado debe extenderse a la protección de la salud, del salario y del contrato de trabajo en las mejores condiciones de solidaridad y bienestar humano. En caso de que el Estado intente actuar unilateralmente sobre otros riesgos de la vida, entonces ya nos encontramos con un modelo de Estado de Bienestar de corte intervencionista que intenta asfixiar a la persona. En este tiempo, la intervención en esta materia de la política social es desproporcionada pues se ha conseguido, en no pocos casos, incrementar hasta el infinito el presupuesto público para mantener a colectivos cada vez más numerosos de personas. Hoy, se destinan grandes dotaciones presupuestarias a los subsidios sin que se haya, ni mucho menos, orientado la acción pública al bien común, al interés general. Más bien se otorgan con intenciones, nunca confesadas, de control social, al más rancio estilo clientelar. En la medida en que los servicios públicos son de peor calidad, en la medida que crece irresponsablemente la burocracia y en la medida en que desaparece la iniciativa y la responsabilidad personal, nos encontramos ante un panorama desalentador que parece imposible revertir. La política de fomento, de subvenciones debe ser revisado y usada exclusivamente para estimular actividades y colectivos que realizan actividades de verdadero interés general, no actividades y colectivos a los que se intenta captar políticamente desde la política subvencional.

El Estado debe garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona en el marco del bien común, del interés general. Por eso, el modelo del Estado social del Bienestar implica que la acción pública en el marco de la subsidiariedad, se oriente hacia la dignidad de la persona, que es la fuente y la garantía del bien común, de manera que la intervención, cuando sea necesaria, tiene siempre esta connotación de servicio al hombre que vive en comunidad. De ahí que sea incompatible con el modelo del Estado social del Bienestar la creencia de que el mercado por sí mismo todo lo arregla. Vaya si lo hemos comprobado en la crisis financiera de este tiempo. Sabemos que el liberalismo económico a ultranza implica fallas sobre los derechos humanos; por eso, la intervención pública debe legitimar un orden económico al servicio del hombre. Quizás, en este sentido puede entenderse

la doctrina de la llamada economía social de mercado, que me parece que se encuentra en la entraña de lo que debe entenderse por el Estado social del Bienestar. Por cierto, una doctrina bien de actualidad en este tiempo, en que es menester volver a pensar en la funcionalidad y los límites de la intervención pública, especialmente en la vida económica.

La pérdida de confianza hacia el sector público como motor único y exclusivo de la vida económica es un dato, hoy, indudable. La crisis del Estado de Bienestar y de las políticas de intervención masivas e indiscriminadas han dejado vacías las arcas públicas. Fundamentalmente a causa de que los dirigentes del espacio público equivocaron sus prioridades y se olvidaron de lo fundamental: la promoción y garantía de los derechos de los ciudadanos. Se dedicaron, y de qué manera, al control social, a aliarse con las tecnoestructuras financieras y mediáticas para mantener a la ciudadanía sumida en dulce y reparador sueño que al cabo del tiempo, cuándo ha habido que despertar, la realidad se ha presentado como es, sin artilugios, sin fantasías, sin sucedáneos: bajada de sueldos públicos, bajada de las pensiones o subidas de impuestos.

El protagonismo del Estado o del mercado ha sido el gran tema del debate económico del siglo XX. Ya desde muy pronto, como nos recuerda el profesor Velarde Fuertes, encontramos el célebre trabajo de Enrico Barone publicado en el *Giornale degli Economisti* (1.908): "El ministro de la producción en un Estado colectivista", a partir del cual comienza un amplio despliegue de estudios de los teóricos de la economía sobre la racionalidad económica de una organización socialista como los de Wiesser, Pareto y sus discípulos. La crisis económica que sigue a la Primera Guerra Mundial pone en tela de juicio el pensamiento capitalista y alimenta formas intervencionistas que el economista Mandilescio se encargaría de configurar económicamente. De igual manera, tanto el New Deal de Roosevelt como la encíclica «*Quadragesimo anno*» se muestran críticas hacia el capitalismo. En 1.917 comienza la amarga experiencia comunista en Rusia y en los países «convertidos» a la paradójica sociedad sin clases. En 1.989, tras un largo y épico sufrimiento colectivo, cae una de las grandes farsas de la historia: el comunismo. El desmantelamiento del credo comunista ha traído consigo la crisis del planteamiento socialista. Hoy, tras la crisis de 2008, los planteamientos tradicionales del mercado sin regulación o de la intervención pública como política fundamental deben ser superados. Algo, que a nuestro juicio, pasa por replantear el modelo del Estado del Bienestar y aplicarlo en su versión dinámica y finalista a la vista de los pésimos resultados que conseguido la versión estática, cerrada y unilateral. Asimismo, hay que revisar el sentido de la actividad de fomento del Estado, fortalecer las tareas de vigilancia, supervisión y control, profesionalizar las agencias reguladoras, apuntalar la separación de los poderes y, sobre todo, colocar en el centro del orden político, social y económica la dignidad del ser humano.

Los planteamientos intervencionistas de Keynes o Beveridge trajeron consigo, tras la Segunda Guerra Mundial, un acercamiento a la planificación del desarrollo o a una política fiscal redistributiva. En verdad, la época de la prosperidad de 1.945 a 1.973 mucho ha tenido que ver con una política de intervención del Estado en la vida económica. Quizás porque entonces la maltrata situación económica que generó la conflagración mundial, no permitía, porque no se daban las condiciones, otra política económica distinta.

Ahora bien, en torno al llamado círculo de Friburgo surge un conjunto de pensadores críticos frente a las bases teóricas del Estado del Bienestar. Entre ellos, destacan Walter Eucken, Ludwig Erhard o Friedrich Von Hayek. Realmente, la importancia del pensamiento de estos economistas, conocidos como representantes de la economía social de mercado, es muy grande y su actualidad innegable, sobre todo, como comprobamos a diario, al haber fracasado estrepitosamente tanto la idea de la innecesariedad de la regulación del mercado como la tesis de la conversión de la intervención pública en el paradigma de las políticas públicas. Eucken, por ejemplo, se planteó la cuestión de la actividad estatal en materia económica. Su planteamiento es irrefutable: el problema es de orden cualitativo, no cuantitativo. El Estado ha de influir en el marco institucional y en el orden dentro del cual se desarrolla la actividad económica. El Estado, según Eucken, y la doctrina de la economía social de mercado, ha de fijar las condiciones en que se desenvuelve un orden económico capaz de funcionamiento y digno de los hombres, pero no ha de dirigir el proceso económico. En resumen: el Estado debe actuar para crear el orden de la competencia, pero no ha de actuar entorpeciendo el proceso económico de la competencia. Como es bien sabido, el «milagro» alemán debe mucho a esta interesante doctrina de la economía social. Hoy, el «milagro» que se precisa, en otras circunstancias, pasa, a mi juicio, por planteamientos de esta naturaleza liderados por estadistas de la talla que por entonces dirigían los principales países de Occidente.

Ludwig Erhard entendió claramente la función del Estado cuando escribía en su célebre obra «Bienestar para todos» que el ideal que yo sueño es que cada cual pueda decir: yo quiero afianzarme por mi propia fuerza, quiero correr yo mismo el riesgo de mi vida, quiero ser responsable de mi propio destino. Vela tú, Estado, porque esté en condiciones de ello. Es decir, el Estado, es la principal manifestación de la cláusula del Estado social, debe crear las condiciones para que la libertad del ciudadano y de los grupos en que se integre sea real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan su realización efectiva. En modo alguno, como ha entendido la versión estática y unilateral del Estado social, se puede justificar esa acción pública orientada a la dependencia de los ciudadanos, a quienes el espacio público, regido por lo unilateral y el pensamiento único, termina por narcotizar hasta ser convertidos en marionetas al servicio de la tecnoestructura política, financiera y mediática, que sutilmente ha conseguido que

la democracia esté dejando de ser el gobierno del pueblo, por el pueblo, convirtiéndose sencillamente en el gobierno de los que mandan sin más. Eso sí, bajo la apariencia de una participación que, cuándo existe formalmente, no es más que la "longa manus" de las grandes corporaciones que componen la tecnoestructura dominante.

El Estado del Bienestar que ha tenido plena vigencia en la Europa de «entreguerras» es un concepto político que, en realidad, fue una respuesta a la crisis de 1929 y a las manifestaciones más agudas de la recesión. Sin embargo, cómo sabemos muy bien, en su evolución histórica ha ido adquiriendo las características propias de un Estado fuertemente interventor en detrimento de las libertades del hombre hasta llegar hoy a una situación insostenible, en la que hay unanimidad general y que se ha bautizado como la crisis del Estado de Bienestar. La causa principal: que el Estado se ha excedido en su afán interventor y, además, no siempre la mayor carga fiscal ha supuesto mejores y más eficaces servicios públicos. Por una razón, porque en la determinación y administración del interés general se ha actuado unilateralmente, sin escuchar a los ciudadanos, sin fomentar la participación real del pueblo.

En realidad, debe reconocerse que en virtud del Estado del Bienestar se consiguió que el Estado asumiera como obligación las ayudas a quienes perjudicaba el funcionamiento del mercado y que los sindicatos se integraran en la determinación de los distintos intereses colectivos de carácter laboral. Es verdad que la aparición del Estado del Bienestar supuso una conciencia más social por parte de los ciudadanos. Sí, pero en su versión estática, la que terminó por prevalecer a causa de la ausencia de altura de miras de los dirigentes de estos años, ha traído consigo una evidente crisis de responsabilidad personal, pero que muy preocupante, que ha transformado al ciudadano en un mero espectador pasivo, en un sujeto inerte, dependiente y al servicio subjetivo de los poderes públicos.

El Estado del Bienestar, es de justicia recordarlo, surge de una convicción moral, como dice Karl Popper, sumamente humanitaria y admirable. Lo que ha pasado es que se ha olvidado el principio de subsidiariedad que, probablemente, permite llegar a mejores resultados, con menos costes y con mayor participación social. Por eso debe reivindicarse nuevamente que el principio rector que justifica la intervención del Estado en el plano económico y social es el de la subsidiariedad. Y no es que la subsidiariedad equivalga, como ya hemos señalado, a un Estado débil. Más bien, ocurre todo lo contrario porque la fortaleza o debilidad de un Estado pienso que no se debe medir por el tamaño del sector público sino por la sensibilidad frente al bien común, a la preservación del interés general de los ciudadanos. Para conseguirlo, el Estado debe devolverles, racionalmente y en un marco de bien común, de interés general, las competencias que le son propias. La sociedad, y los ciudadanos como sus componentes básicos, han sido expropiados durante largos años de muchas de sus funciones que se han ido convirtiendo en servicios públicos con el fin de que el

Estado, y quienes lo dirigen en cada momento, aumenten su hegemonía y extiendan su poder cada vez a más actividades y tareas sociales. Hoy, en plena crisis económica y financiera, es menester proceder a una revisión a fondo del esquema y funcionamiento del Estado de Bienestar de fondo con el fin de adecuarlo a la realidad recuperando el papel central del ciudadano y la necesaria participación social en la definición y evaluación de las principales políticas públicas.

En este trabajo me interesa destacar que es menester recuperar una manera de entender el interés general, no desde la unilateralidad, sino desde el pensamiento abierto y complementario, desde la participación de la ciudadanía. Participación real de la ciudadanía que tardará en llegar porque en este momento esa participación se canaliza, en algunos países con mayor intensidad que en otros, a través de la manifestación del derecho a la indignación por parte de millones de personas. Es un primer paso al que deben seguir reformas del orden político, económico y social que coloquen de nuevo al pueblo en el lugar que le corresponde. Después será más sencillo, más fácil, que realmente la ciudadanía se implique en los asuntos de interés general y forme parte incluso de consejos o instituciones de participación en las principales políticas sociales. El Estado debe permitir que cada ciudadano se desarrolle plenamente y que pueda integrarse en condiciones dignas en la sociedad. La muerte del «Welfare State» no es la muerte de una manera más social de ver la vida, sino la muerte de un sistema de intervención creciente que ha terminado asfixiando y narcotizando al ciudadano hasta convertirlo en una marioneta totalmente dependiente de las tecnoestructuras políticas o financieras.

El sistema ha fracasado en su propia dinámica: a pesar de aumentar la presión fiscal y de, lógicamente, aumentar el gasto público, resulta que los servicios públicos no eran proporcionados al gasto empleado. ¿Por qué?. Sencillamente, porque hemos seguido viviendo en una Administración para quien el ciudadano es la justificación para crecer y crecer y porque no ha calado en los dirigentes políticos la Ética propia de un Estado que aspira a instaurar el verdadero bien común, a preservar el interés general.

Edgar Morin, un sociólogo galo bien conocido, hace algunos años sentenció, tras un estudio de campo sobre la realidad de los servicios sociales franceses, que a pesar de que los gastos sociales han crecido de la mano del todopoderoso Estado del Bienestar, sin embargo la calidad en la atención al hombre marginado concreto es todavía una quimera. Si cabe, la paradoja es patente, aumenta la solidaridad administrativa, pero esta es insuficiente, impersonal, burocrática y no responde a las necesidades concretas, inmediatas e individuales. La razón es bien clara y así lo admite Morin. El problema de la solidaridad concreta e individualizada es irresoluble en el marco tradicional de una política que se practica por decretos o programas únicamente. La solución viene de la mano, así lo reconoce el profesor Morin, de una política que despierte y estimule. En otras palabras, los poderes públicos deben fomentar

y ayudar a que tantas personas que trabajan por la solidaridad lleven a buen fin sus proyectos. Una vez más se comprueba que los poderes públicos, en tantas y tantas ocasiones deben tener la inteligencia de potenciar las iniciativas sociales que, no lo olvidemos, son las que dan la temperatura de la vida democrática de un país.

¿Porqué si aumentan los recursos para la solidaridad, los resultados son tan magros?. No por motivos económicos. Por la mala gestión pública de este interés general fundamentalmente. Por asumir *in toto* todos los servicios sin contar la colaboración, para la gestión o administración concreta, de instituciones sociales de gran prestigio y con gran experiencia en la materia. Es necesario repetir, pues, que la aguda crisis del «Welfare State» no es sólo de diagnóstico económico. La razón es mucho más profunda y tiene que ver con la actitud del Estado frente al ser humano. En estos casos hay que reconocer que en una sociedad libre no es función legítima del Estado obligar, imponer la ayuda a los necesitados para que permanezcan permanentemente en situación de dependencia. Es más saludable, y más propio de un Estado que busca una sociedad fuerte, potenciar a los grupos —que los hay, y muchos— que actúan voluntariamente y que disfrutan ayudando a los demás.

Como dice Karl Popper tratando de la idea de igualdad de oportunidades en el acceso a la educación superior, resulta que para el estudiante sin recursos de hace algunos años, la lucha por el conocimiento era una aventura que exigía privaciones y sacrificios. Y, sin embargo, hoy ese derecho se da por supuesto y se valora poco aquello que se recibe como un derecho adquirido, sin sacrificio. Esta es una consecuencia evidente de la acción del Estado de Bienestar sobre la sociedad: eliminar la responsabilidad, liquidar la capacidad crítica de los ciudadanos y condenarlos a una actitud de pasiva y pesimista resignación frente a la autoridad estatal que es quien decide y quien estimula a los ciudadanos. Por ello, la capacidad de ilusión y de sacrificio hoy está en un mal momento. De ahí que la nueva versión del Estado del Bienestar debe ser más sensible ante la dignidad personal y debe buscar ese clima de bien común, de preservación del interés general que tanto se necesita para que la efectividad en el cumplimiento de los derechos humanos sea una realidad.

Una de las quimeras del Estado del Bienestar que ha justificado la expansión incontrolada del gasto público, ha sido la necesidad de distribuir equitativamente la renta. Pero también en este punto el «Welfare State» ha fracasado, porque es bien conocido que tras décadas de actividades redistributivas, el nivel de desigualdad no ha disminuido. Al contrario, no sólo no se ha redistribuido del más rico al más pobre, sino, en la mayoría de los casos, de éste al más pobre todavía. La pregunta que a continuación se plantea resulta evidente: ¿Dónde van a parar, entonces esos recursos que se nos detraen, si es que no se dedican a tareas redistributivas?. Pues sencillamente, a alimentar el aparato burocrático que, a pesar de todo, crece y crece sin parar. Es decir, esos fondos, en buena

parte, han ido dirigidos a aumentar el control de los burócratas sobre la economía.

La burocracia, es un dato evidente, ha crecido desproporcionadamente en estos años ¿por qué? Porque como dice Luhmann, el Estado de Bienestar, me permito apuntar en su versión estática, únicamente consigue cumplir sus deberes recurriendo a la burocracia. No cabe duda de que, de una u otra manera, con más o menos intensidad, los burocratas buscan aumentar su poder en la Administración pública y para ello tienen necesidad de expandir su actividad. Mientras no se produzca una efectiva conversión de la burocracia, cómo organización, a la idea de servicio objetivo y efectivo al interés general y mientras no se tenga claro, teórica y prácticamente, que la función pública existe y se justifica en la medida en que es capaz de satisfacer las necesidades públicas y no sólo los intereses corporativos.

También conviene llamar la atención sobre otro fenómeno que ha acentuado la crisis del Estado del Bienestar: la corrupción. ¿Por qué?. Sencillamente porque un Estado que interviene en todos los recodos de la vida social alienta necesariamente la creación de grupos de interés que desean sacar beneficios directos de los poderes públicos. Cuando la discrecionalidad es la regla general y los sistemas de contratación públicos permiten adjudicaciones sin excesivos controles, parece lógico que al aumentar progresivamente los fondos públicos, la proliferación de grupos de presión y de empresas cercanas al poder campe a sus anchas.

El bien común es un concepto filosófico que, desde otras disciplinas, puede traducirse como bienestar general según la Sociología o interés general desde el Derecho Administrativo. El bien común, es un dato capital, constituye la tarea suprema de la actuación del los poderes públicos. Es más, en la medida en que la Ética supone profundizar en la plasmación del bien común, resulta evidente que la primacía de la «política» frente a la peligrosa preponderancia de la «economía» en nuestro tiempo, implica que es una función trascendental de la comunidad política reducir, dice Messner, a su propio puesto a cada uno de los grupos, con sus intereses particulares y sus pretensiones de poder, evitando así la explotación de unos por otros. Los dirigentes públicos, los responsables de los poderes públicos, pues, deben, ordenar todo este entramado de distintos intereses particulares o sectoriales en el proceso dinámico de la realización progresiva del bien común, del interés general. Por eso, cómo nos recuerda el profesor Messner, la autoridad política tiene que contar con el poder necesario para poder realizar el bien común, el interés general. Es decir, el bien común en cuanto ley fundamental de los poderes públicos, fundamenta la primacía de la «Política», recta ordenación de la res pública para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, y justifica la plenitud de la autoridad al servicio del bien común.

El Estado estático del Bienestar, lo estamos experimentando y ufriendo en nuestras carnes, ha necesitado subir los impuestos

para afrontar un elevado gasto público con el que cubrir las crecientes demandas sociales. Pues bien, también en este apartado, el Estado interventor ha fracasado. Sobre todo, porque sabemos bien que aumentar los impuestos sólo contribuye a desalentar la inversión y el trabajo. Por el contrario, si se bajan los impuestos, son mayores los incentivos para trabajar, ahorrar e invertir y, por ello, para que los empresarios creen puestos de trabajo. Entonces, lo ordinario es que crezca la economía, que el producto nacional aumente y que se gane más dinero, de manera que se recaude más aunque los impuestos sean más bajos. En cualquier caso, las correcciones de los desequilibrios evidentes que hay en nuestra sociedad, no se arreglan destinando el dinero de los impuestos que gravan a los más ricos a los más pobres, porque de esta manera, lejos de integrar a los pobres en la sociedad, se les aísla a través de subsidios y ayudas esperando que políticamente sea rentable la operación. Curiosamente, esta forma de proceder, propia del "Welfare State", supone que la sociedad se basa en el enriquecimiento: esta es la consecuencia tan paradigmática de la metodología del Estado de Bienestar. Por eso, nos conviene volver al modelo de Estado dinámico de Bienestar, nos conviene que en lugar del afán de lucro que ha generado este Estado intervencionista en alianza con las más variadas tecnoestructuras, fundamentemos la sociedad sobre la cooperación, la responsabilidad y la libertad solidaria de las personas.

En fin, la desaparición del llamado «Estado-Providencia en su dimensión estática» y la vuelta al bienestar dinámico deben dejar paso a un Estado subsidiario, en el que se estimule la participación real de los ciudadanos, en el que se recupere la idea del poder público al servicio objetivo del interés general, en el que se promueva la responsabilidad personal, en el que todos los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales, en el que se cuente con los individuos y los grupos que los representan para el bienestar social, en el que bajen los impuestos, en el que se instaure la economía social de mercado, en el que se adecue el tamaño del sector público a las funciones esenciales del Estado. Es decir, un Estado comprometido con la justicia porque así se protege la dignidad de la persona que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho y, que es, en definitiva, el fin esencial que debe perseguir un Estado que actúe realmente al servicio del ser humano.

III. Interés general y postulados del estado social y democrático de derecho

La función fundamental del Estado se encuentra en la realización del bien común, del interés general, que no es, ya lo hemos comentado, la suma de los bienes o intereses individuales. Es más, se trata de un nuevo valor específicamente distinto del bien o interés individual y de la suma de los bienes o intereses particulares. El bien común, el interés general en términos jurídico-administrativos, se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona. De ahí que el Estado no debe ver en el hombre únicamente el

ciudadano, porque el hombre es algo más, bastante más que un ciudadano: es un ser humano con unos derechos fundamentales que surgen de su propia dignidad y que debe realizarlos para desarrollar en plenitud, en libertad solidaria, su personalidad. De los derechos fundamentales en relación con el interés general, de su núcleo irreductible, como lo llama Meilán Gil.

La persona se constituye, pues, en centro de la acción pública. No la persona genérica o una universal naturaleza humana, sino la persona, cada individuo, revestido de sus peculiaridades irreductibles, de sus coordenadas vitales, existenciales, que lo convierten en algo irrepetible e intransferible, en persona. Cada persona es sujeto de una dignidad inalienable que se traduce en derechos también inalienables, los derechos humanos, los derechos fundamentales, que han ocupado, cada vez con mayor intensidad y extensión, la atención de las diferentes políticas de cualquier signo en todo el mundo.

Recuperar el pulso del Estado social y democrático de Derecho y fortalecerlo, significa entre otras cosas, recuperar para el Estado los principios de su funcionalidad básica que se expresa adecuadamente -aunque no sólo- en aquellos derechos primarios sobre los que se asienta nuestra posibilidad de ser como hombres. Entre ellos el derecho a la vida, a la seguridad de nuestra existencia, el derecho a la salud.

Ciertamente, los logros del Estado del Bienestar están en la mente de todos: consolidación del sistema de pensiones, universalización de la asistencia sanitaria, implantación del seguro de desempleo, desarrollo de las infraestructuras públicas. Afortunadamente, todas estas cuestiones se han convertido en punto de partida de los presupuestos de cualquier gobierno que aspire de verdad a mejorar el bienestar de la ciudadanía.

El interés general del Estado social y democrático de Derecho se define de forma abierta, dinámica, plural y complementaria. Quiero eso decir, entre otras cosas, que es esencial la participación ciudadana en esta tarea de forma que en el corazón del interés general esté presente la sensibilidad humana.

¿Por qué a día de hoy se constata la existencia de una crisis también en la forma de entender las relaciones Estado-Sociedad?. Me parece que, entre otras razones, porque el Estado, que está al servicio objetivo del interés general, se olvidó, y no pocas veces, de los problemas reales de la ciudadanía.

Por eso, la reforma del Estado actual hace necesario colocar en el centro de la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades o sus ilusiones. El modelo de Estado «intervencionista» acabó por ser un fin en sí mismo, como el gasto público y la burocracia. Hoy más que nunca hay que recordar que el Estado es de la gente, la burocracia es de la gente y que los intereses generales deben definirse con la activa participación de la gente.

Las prestaciones sociales, las atenciones sanitarias, las políticas educativas son bienes de carácter básico que un gobierno debe poner entre sus prioridades políticas, de manera que la garantía de esos bienes se convierta en condición para que una sociedad libere energías que permitan su desarrollo y la conquista de nuevos espacios de libertad y de participación ciudadana.

Este conjunto de prestaciones del Estado, que constituye el entramado básico de lo que se denomina Estado del Bienestar no puede tomarse como un fin en sí mismo. Esta concepción se traduciría en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios, con lo que el ámbito público se convertiría en una rémora del desarrollo social, político, económico y cultural. Además, una concepción de este tipo se traduciría no en el equilibrio social necesario para la creación de una atmósfera adecuada para los desarrollos libres de los ciudadanos y de las asociaciones, sino que podría llevar a una concepción estática que privara al cuerpo social del dinamismo necesario para liberarse de la esclerosis y conservadurismo que acompaña a la mentalidad de los derechos adquiridos.

Las prestaciones, los derechos, tienen un carácter dinámico que no puede quedar a merced de mayorías clientelares, anquilosadas, sin proyecto vital, que puede llegar a convertirse en un cáncer de la vida social. Las prestaciones del Estado tienen su sentido en su finalidad.

Sírvanos como ejemplo la acción del Estado en relación con los colectivos más desfavorecidos, en los que —por motivos diferentes— contamos a los marginados, los parados, los pobres y los mayores. Las prestaciones del Estado nunca pueden tener la consideración de dádivas mecánicas, más bien el Estado debe proporcionar con sus prestaciones el desarrollo, la manifestación, el afloramiento de las energías y capacidades que se ven escondidas en esos amplios sectores sociales y que tendrá la manifestación adecuada en la aparición de la iniciativa individual y asociativa.

Un planteamiento de este tipo permitiría afirmar claramente la plena compatibilidad entre la esfera de los intereses de la empresa y de la justicia social, ya que las tareas de redistribución de la riqueza deben tener un carácter dinamizador de los sectores menos favorecidos, no conformador de ellos. Además, permitirá igualmente conciliar la necesidad de mantener los actuales niveles de bienestar y la necesidad de realizar ajustes en la priorización de las prestaciones, que se traduce en una mayor efectividad del esfuerzo redistributivo.

El interés general no se define pensando en una mayoría social, en un segmento social que garantice las mayorías necesarias en la política democrática, sino pensando en el conjunto de la sociedad concitando a la mayoría social, aquella mayoría natural de individuos que sitúan la libertad, la tolerancia y la solidaridad entre sus valores preferentes.

La participación, en este sentido, se puede entender no sólo como un objetivo que debe conseguirse: mayores posibilidades de participación de los ciudadanos en la cosa pública, mayores cotas de participación de hecho, libremente asumida, en los asuntos públicos. La participación significa también, un método de trabajo social. En el futuro inmediato, según la apreciación de muchos y salvando el esquematismo, se dirimirá la vida política y social entre la convocatoria de la ciudadanía a una participación cada vez más activa y responsable en las cosas de todos y un individualismo escapista avalado por políticas demagógicas que pretenderán un blando conformismo social.

La política en el Estado social y democrático de Derecho significa poner como centro de nuestra preocupación las preocupaciones de la ciudadanía, es decir, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades, sus ilusiones, el anhelo de libertad solidaria, el deseo de participación.

En este sentido, el interés general no puede atender tan sólo los intereses de un sector, de un grupo, de un segmento social, económico o institucional.

Por eso, la determinación de los objetivos del interés general en el Estado social y democrático de Derecho no puede hacerse realmente si no es desde la participación ciudadana. La participación ciudadana se configura como un objetivo de primer orden, ya que constituye la esencia misma de la democracia. Una actuación pública que no persiga, que no procure un grado más alto de participación ciudadana, no contribuye al enriquecimiento de la vida democrática y se hace, por lo tanto, en detrimento de los mismos ciudadanos a los que se pretende servir. Pero la participación no se formula solamente como objetivo, sino que es también un método.

Tratar de la participación como método es afirmar la apertura de la organización administrativa hacia la sociedad. Una Administración pública cerrada, vuelta sobre sí misma, no puede pretender captar, representar o servir los intereses propios del pueblo. La primera condición de esa apertura es una actitud, una disposición, alejada de la suficiencia y de la prepotencia, propias tanto de las formulaciones propias de las ideologías cerradas como de las tecnocráticas o burocratizadas. Pero las actitudes y las disposiciones necesitan instrumentarse, traducirse en procesos y en instrumentos que las hagan reales. Y la primera instrumentación que exige una disposición abierta es la comunicativa, la comunicación.

Para ello es menester disponer de una Administración pública receptiva, con sensibilidad suficiente para captar las preocupaciones e intereses de la sociedad en sus diversos sectores y grupos, en los individuos y colectividades que la integran. Pero no se trata simplemente de apreciaciones globales, de percepciones intuitivas, ni siquiera simplemente de estudios o conclusiones sociométricas. Todos esos elementos y otros posibles son recomendables

y hasta precisos, pero la conexión real con los ciudadanos, que duda cabe, exige diálogo real. Y diálogo real significa interlocutores reales, concretos, que son los que encarnan las preocupaciones y las necesidades colectivas sobremanera, las que se pretende servir objetivamente desde la Administración.

En la libre participación encontramos un elemento central de la vida individual y social de los hombres y de las mujeres, un elemento que contribuye de forma inequívoca a definir el interés general en el Estado social y democrático de Derecho desde la atención a las mismas personas.

La participación, en efecto, supone el reconocimiento de la dimensión social del individuo, la constatación de que sus intereses, sus aspiraciones, sus preocupaciones trascienden el ámbito individual o familiar y se extienden a toda la sociedad en su conjunto. Sólo un ser absolutamente deshumanizado sería capaz de buscar con absoluta exclusividad el interés individual. La universalidad de sentimientos tan básicos como la compasión, la rebelión ante la injusticia, o el carácter comunicativo de la alegría, por ejemplo, demuestran esta disposición del ser humano, derivada de su propia condición y constitución social.

EL DOLO COMO CONCEPTO NORMATIVO. ACERCA DE LA DELIMITACIÓN ENTRE DOLO EVENTUAL E IMPRUDENCIA CONSCIENTE

MARCO BUSTINZA SIU

1. Introducción¹

A manera de introducción enunciaremos cuál es nuestro planteamiento del problema en el presente artículo, el cual le otorgará una mayor sistematicidad a nuestra propuesta. Luego de ello enunciaré una hipótesis de investigación que se viene dando en la práctica, la cual cobrará mayor sentido al momento de analizar la tragedia de Utopía, luego analizaremos en una apretada síntesis, como producto de la aplicación del método deductivo-documental aplicado a las teorías reseñadas², cómo la doctrina entiende los términos voluntad y conocimiento. Para luego explicar nuestra toma de postura respecto a los conceptos de dolo e imprudencia y su aplicación práctica.

1.1 Planteamiento del problema

La delimitación entre el dolo eventual e imprudencia ha devenido en un problema debido a que las diferentes teorías que han tratado de conceptualizar ambas categorías las han identificado con datos físicos, psíquicos y empíricos, lo cual no ha hecho posible una distinción clara a nivel conceptual; y ello ha repercutido directamente sobre la delimitación entre el dolo eventual e imprudencia.

¹ El presente artículo constituye un resumen a la tesis que presenté a la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en marzo de este año.

² Tesis inédita: BUSTINZA SIU, Marco Antonio, *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia*, Lima. PUCP. 2014. pp. 55-206

1.2 Hipótesis de Investigación

Debido al problema planteado, nuestra hipótesis de investigación queda descrita de la siguiente manera: «En nuestro sistema penal, la práctica jurisdiccional y la doctrina nacional no han definido o conceptualizado lo que se debe entender por dolo (dolo eventual) e imprudencia (imprudencia consciente), situación que viene generando una afectación a los intereses y fines del Derecho penal».

Entendiéndose por fines la protección de bienes jurídicos cuyo aseguramiento se da a través de un conjunto de normas que conforman nuestro sistema penal³. Y por sistema penal aquél que está configurado por un conjunto de normas directivas de conducta (normas primarias) y por normas de sanción (normas secundarias)⁴, las cuales a su vez se circunscriben a la aplicación y eficacia de los principios de legalidad estricta, de lesividad, de proporcionalidad mínima, de trascendencia mínima, de buena fe (*pro homine*), y de culpabilidad⁵. De la aplicación efectiva de estos principios dependerá si nuestro sistema penal es de última ratio o no.

1.3 La cuestión en nuestro derecho positivo

Nuestro código penal vigente no constituye impedimento alguno para la explicación del dolo como un concepto normativo, que no se identifique necesariamente con el «conocimiento» o la «voluntad». Así por ejemplo, el art. 14, sólo menciona un «error» sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, es algo que sabremos no porque nuestro ordenamiento así lo determine, sino antes por criterios valorativo-normativos, de racionalidad mínima que operen tanto en la dogmática como a nivel jurisprudencial.

Tampoco el art. 12, propone un determinado concepto de dolo; sin embargo señala la exigencia de dolo para la imposición de pena. Con lo cual es posible hacer una interpretación de carácter normativo-valorativa de los artículos 11, 12 y 14 de nuestro sistema positivo congruentes con las exigencias político criminal de nuestro Estado de Derecho⁶.

³ En el presente artículo se obvia toda discusión acerca del fin (o fines) de la pena, pues él (o ellos) han de constituir una inferencia más de los puntos de partida que se desarrollen acerca del fin de derecho penal. Esa inferencia acerca de los fines de la pena, sin embargo, excede por completo el marco teórico de la presente investigación. En este lugar sólo cabe acotar que un desarrollo coherente dentro de nuestro marco teórico tendría que conducirnos a aceptar como fin de la pena la prevención general negativa en el sentido que lo plantea Ferrajoli. Cf. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Segunda edición, Trotta, Madrid, 1997, p.336.

⁴ Cf. Silva Sánchez, Jesús, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 311 y ss.

⁵ Cf. Villavicencio Terreros, Felipe, PG, 3ra. reimpresión., Grijley, Lima, 2009, pp.89 y ss. Cf. Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho penal, Parte general*, Segunda edición, Temis-Ediar, Buenos Aires, 2002, pp.110 y ss.

⁶ En los anteproyectos de Código penal, tanto del 2004 como del 2009, se define al dolo de la siguiente manera: «La ley penal siempre describe la infracción dolosa. La infracción culposa debe estar expresamente establecida por ley». Asimismo el

2. Voluntad en sentido psicológico y voluntad en sentido descriptivo

En la doctrina contemporánea como ha quedado demostrado por Puppe⁷, la discusión sobre el dolo en términos de voluntad está impregnado de diversos sentidos, polisémicos. Algunas veces se designa la voluntad como un estado mental, algo que ocurre literalmente en la cabeza del autor, una entidad empírica que pertenece al universo psíquico de alguien. La proposición: «la voluntad del autor estaba dirigida a matar a X», tendría un contenido empírico, una cuestión de hecho, referida a un estado de las cosas. Aquí la voluntad es entendida en sentido psicológico-descriptivo.

También es posible entender la voluntad en sentido atributivo-normativo. Aquí la voluntad ya no es una entidad interna que ocurre en la psique de alguien, sino una atribución, esto quiere decir una forma de interpretar el comportamiento con amplia independencia respecto a la situación psíquica del autor. Decir: «la voluntad del autor estaba dirigida a X», significa en base a esta comprensión, que hay algo dentro de la cabeza del autor que es susceptible de ser designado por el término voluntad, pero sin que se pueda comprender de mejor manera el comportamiento del autor, de alguna forma se aproxima a aquello que realizó y se considera plenamente responsable por ello.

Las diferencias se hacen más claras si imaginamos el caso de un estudiante que no estudia ante la víspera de un examen, recibe la llamada de un amigo, sale, bebe, no duerme y llega directo de la discoteca a hacer el examen. Puede ser que el lamente con sinceridad sus malos resultados: «Mi voluntad no era que esto ocurriese» o «fue sin querer». Un amigo honesto le dirá: «No reclames, tu quisiste ser reprobado». En este pequeño diálogo, el estudiante utiliza el término voluntad en sentido psicológico-descriptivo, y el amigo en sentido atributivo normativo⁸.

error de tipo y error de prohibición, se define de la siguiente manera: "El error sobre un elemento del tipo penal o sobre una circunstancia que atenúe o agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad, la agravación o la atenuación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuera vencible se atenuará la pena. En cuanto al error de tipo, se agrega la posibilidad que el error de tipo se produzca sobre una causa de atenuación". Cf. *Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal*. Título Preliminar (Principios Generales) y Libro Primero (Parte General), Congreso de la República del Perú, Lima, 2009, pp.34 y ss. Una retrospectiva de la evolución de la técnica legislativa a través de las codificaciones de 1862, 1924, y 1991, se puede hallar en: Armaza Galdos, Julio, Armaza, Emilio José, *Digesto de Derecho Penal Peruano*, Tomo II, Criminalistas del siglo XIX, Pangea, Arequipa, 2013.

⁷ Puppe, Ingerborg, *La distinción entre el dolo e imprudencia*, Trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, pp. 31 y ss.

⁸ Para una delimitación más exacta de los sentidos psicológicos descriptivos y atributivos normativos, la dogmática del dolo recurre a la filosofía del lenguaje y de la mente. Tal aporte puede verse en las tesis de Pérez Barberá, Molina Fernández, Puppe y Kindhäuser, entre otros.

2.1 Teorías volitivas y teorías cognitivas del dolo

¿En qué sentido usa la doctrina el término voluntad?, acaso la voluntad es equiparable con la realización del tipo, o el conformarse con el resultado, no queda claro si la voluntad debe ser entendida en sentido psicológico descriptivo o atributivo normativo. La definición de dolo aceptada generalmente por los buenos manuales es la del «conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo». Según esta concepción el dolo tendría un doble contenido psicológico, uno correspondiente al componente cognitivo y otro correspondiente al volitivo. En la primera de ellas significa que en la subjetividad del autor tendría que haber una especie de fotografía de la realidad, una especie de imagen de cómo el mundo se encontraba en el momento de la acción del sujeto y después de él. Luego de este componente cognitivo, el dolo presupone la voluntad en sentido psicológico, una toma de postura por parte del autor respecto de esa fotografía interna o mejor dicho de esa imagen mental que opera en su subjetividad. Al autor le podría «serle indiferente», o haber aprobado, o consentido⁹, o haberse «tomado en serio la realización del tipo»¹⁰, o haberse «decidido contra el bien jurídico»¹¹, o haberse «apropiado de las condiciones constitutivas del injusto»¹², o la imputación a título de dolo podría simplemente depender de la teoría que se defiende¹³; y solamente cuando se comprueba la existencia empírica de los dos componentes psíquicos estaría justificado un reproche doloso. Este grupo de posturas dualistas, que exige conocimiento y voluntad para que se configure el dolo, son denominadas como teorías volitivas.

⁹ Como lo sostienen las teorías de la aprobación o del consentimiento, este grupo de teorías surgen a partir de un caso paradigmático en la jurisprudencia alemana, denominado como el caso de la correa de cuero en donde autores como Maurach se muestran partidarios de dicha teoría. Cf. Maurach, Reinhart, ZIPF, Heinz, PG, Astrea, Buenos Aires, 1995, Nro. 22, n.º m. 1 y ss.

¹⁰ Cf. Stratenwerth, Günther, PG, Trad. Manuel Cancio Meliá/ Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2005, Nro.8, n.º m.61.

¹¹ Roxin, Claus, PG, Trad. Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz García Conlledo/ Javier Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp.425 y ss.

¹² Como lo sostiene la tesis Schroth, en DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.208 y ss.

¹³ Cf. Supra nota 2, como lo hacen las denominadas teorías integradoras desarrolladas en nuestra tesis en pp. 178-192. Con especial énfasis al planteamiento de Prittwitz sobre el particular. Cf. Feijóo, Bernardo, *El dolo eventual*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 116-142. Estas teorías parten de considerar a determinados indicadores suficientes como para fundamentar el dolo. En sentido muy similar la tesis de Kaufmann, en Kaufmann, Armin, *El dolo eventual y la estructura en la teoría del delito*, Trad. Suárez Montes, ADPCP, 1960. Congruentes con estos postulados la tesis de Hassemmer o también denominada en nuestro trabajo de investigación como el dolo como concepto disposicional. Cf. Hassemmer, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, ADPCP, 1990. En nuestro ámbito hispano americano, muy próxima a la tesis de Hassemmer, Díaz Pita, María del Mar, *El dolo eventual*, pp.301 y ss.

Una crítica que demuestra que estas perspectivas se aproximan al derecho penal de autor, se puede encontrar en la tesis de Puppe, en: Puppe, Ingerborg, La distinción entre dolo e imprudencia, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, pp. 84 y ss.

Obsérvese que las objeciones formuladas a las teorías volitivas contra la inclusión de este elemento en el concepto de dolo, no se refieren a problemas de definición, ni a problemas de prueba. Estos problemas está claro que existen. El primero de ellos, el problema de definición, se puede predicar de las diversas teorías volitivas reseñadas, cada una refiriéndose a un dato psíquico diverso consentimiento, asunción del riesgo, asunción aprobadora del riesgo, decisión contra el bien jurídico, etc., encontrando un déficit explicativo entre todas las teorías al no saber cuáles son las diferencias sustantivas entre unas y otras. El segundo de los problemas, es el problema de la prueba, respecto al hecho que cualquiera sea la definición que se considera correcta respecto al elemento volitivo, nunca será realmente posible probar su existencia de manera compatible con las exigencias del principio de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, por causa del llamado acceso privilegiado que tiene el autor respecto a sus estados mentales¹⁴, en rigor ello siempre será posible de tener en consideración si se tiene en cuenta el estado mental preferido por una teoría volitiva, sin que el juez, como aplicador de normas de sanción, tenga que comprobar un estado mental o si el sujeto está mintiendo. El hecho que existan condenas por dolo en casos en los que no ha habido confesión por parte del acusado, revela en el fondo, que la voluntad entendida en sentido psicológico descriptivo nunca fue tomada muy en serio.

La objeción que compone la espina dorsal del presente artículo, es que la voluntad es irrelevante para el apartamiento o evitabilidad de una norma directiva de conducta que sólo puede ser vulnerada por un comportamiento doloso e imprudente, y a partir de allí justificar el tratamiento más severo que debe recibir aquél que actúe con dolo. De forma independiente a los dos problemas mencionados, de definición y de prueba, consideramos que el elemento volitivo puede ser definido con mayor claridad y probado con mayor precisión, de no ser así no debería conformar parte del concepto de dolo, sino sólo como su base empírica, hasta que no haya un fundamento suficiente. La objeción principal se basa, por lo tanto en la fundamentación.

2.2 El contenido psicológico del dolo: Conocimiento

Ahora bien, que el dolo presupone conocimiento, también parece, a primera vista, claro. El término «conocimiento» padece de la misma ambigüedad a lo que nos referíamos respecto a la voluntad. Así pues el conocimiento designa más que un estado mental una actitud interna de cara a comprender lo que es objeto de representación del sujeto. El conocimiento es entendido en un sentido psicológico descriptivo, o también puede ser entendido como una interpretación, vale decir en sentido atributivo normativo. La pregunta por lo tanto es la siguiente: ¿Debe el dolo si quiera tener un rasgo de un componente psicológico, o afirmar el dolo en un determinado comportamiento presupone un conocimiento

¹⁴ Sobre el particular es importante el desarrollo del término en las corrientes de la filosofía de la mente e de la epistemología, véase los estudios compilados en: Cruz, Manuel, *Filosofía contemporánea*, Taurus, Madrid, 2002, pp. 273 y ss.

en sentido psicológico? Los defensores de la doctrina dominante que respondan esta pregunta de modo afirmativo, tienen que ser capaces de otorgar razones que fundamenten porqué la conducta que presenta un mayor conocimiento presenta un mayor contenido de desvalor que una conducta que actúa sin conocimiento. Estas razones que se esgriman han de tener una potencia conceptual suficiente para explicar el tratamiento más severo que recibe el dolo frente a la imprudencia; más severo, en primer lugar por su extensión: pues la mayor parte de los delitos se pune por una realización dolosa, y no imprudente¹⁵, y sólo unos casos en donde se funda el dolo se pune por tentativa, y desde luego también por consideraciones punitivas.

En las diferentes teorías reseñadas en el presente trabajo de investigación se entiende el conocimiento como una entidad de carácter psicológico descriptivo. Así por ejemplo en las teorías de la representación en su primer desarrollo en donde se encuentran autores como Mayer, Sauer y Welzel, relacionan a la representación con la probabilidad subjetiva de la realización típica, y ella atiende básicamente a lo que el sujeto se representa como probable, y ello generaría ciertas arbitrariedades pues no se sabría a ciencia cierta qué porcentaje es el necesario para la realización típica un 50%, 60, o 70%; argumento que por lo demás puede ser llevado al absurdo, por depender única y exclusivamente de la subjetividad del sujeto¹⁶.

En las teorías de la posibilidad¹⁷, el dolo es entendido como conocimiento de las posibles circunstancias de la realización del tipo y la imprudencia como desconocimiento o error de tipo o de prohibición, una de las objeciones centrales que se la ha hecho a esta teoría es la vaguedad del término conocimiento, y por ello ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria al ampliar en demasía el ámbito del dolo, ello lleva a esta teoría a consecuencias indeseables como equiparar el dolo de puesta en peligro con el dolo eventual de lesión, como es sabido, el concepto-objeto de ambas clases de dolo es distinto, pues el dolo de puesta en peligro concreto empieza en un nivel más bajo que el peligro de dolo, ello en respeto irrestricto al principio de lesividad del art. IV del título preliminar que usa la conjunción de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados por ley, lo cual denota dos significados distintos. Así por ejemplo, quien desconsideradamente deja de respetar la prioridad de paso de otro conductor, o que, al adelantársele, le corta el paso de tal manera que este tiene que frenar o desviarse, causa un peligro concreto para su salud y su vehículo, pero no aplica un método apto para lesionar la integridad corporal o dañar una cosa, en tanto se tenga la chance real de impedir la colisión frenando o desviándose.

¹⁵ Los tipos imprudentes que el legislador ha previsto son quince y se encuentran en los artículos: 111, 124, 141, 210, 229.2, 278, 282, 288, 304, 307.2, 330.3, 331.2, 372.2, 387.3 y 414.3. Cf. Villa Stein, Javier, *Derecho penal, Parte general*, tercera edición, Grijley, Lima, 2008, p. 262.

¹⁶ Cf. Ragués I Vallés, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pp.66-81.

¹⁷ Cf. Roxin, *Derecho penal, Parte general*, pp. 433-435.

Las teorías denominadas de la representación con especial énfasis en el aspecto subjetivo, hacen depender la distinción entre dolo e imprudencia sólo y exclusivamente del sustrato psíquico del autor cognoscente, y que incluso pasa a hacer distinciones de carácter empírico respecto a la psique de las personas (que inclusive se puede predicar de las tesis como las de Frisch¹⁸, en donde su tesis no deja de tomar elementos volitivos y emocionales, lo cual no significa que su tesis tenga como centro la representación de un riesgo jurídicamente desaprobado, como hemos podido apreciar casi ninguna teoría de la representación ha podido abandonar de forma absoluta los elementos emotivos y emocionales o de actitud interna), o mejor dicho de entender el conocimiento en forma psicológico descriptiva.

Finalmente las teorías del riesgo o denominadas en el trabajo de investigación como segundo renacimiento de la teoría de la probabilidad¹⁹ intentan basar sus teorías en criterios objetivos, como el peligro jurídico penalmente relevante, y se esfuerzan por hacer una distinción entre dolo e imprudencia de carácter cualitativo, de índole o de aliud, y en otros desarrollos teóricos de carácter cuantitativo o de *plus-minus*, y es aquí donde entra a tallar la teoría de la probabilidad, a la cual dotan de un contenido específico, no siempre uniforme y que halla su fundamento en una diversidad de criterios, que al momento de explicar nuestra tesis abordaremos.

Pese a ello, consideramos que el conocimiento en términos psicológicos descriptivos, es necesario para la conformación de nuestro concepto de dolo, pues conforma una base empírica imprescindible, porque solo el conocimiento genera dominio sobre la realización del hecho, dominio del hecho²⁰ que justifica una punición más severa por aumentar las necesidades de prevención, como la responsabilidad de quien actúa.

2.3 Crítica principal a la teorías cognitivas y normativas del dolo

Ahora bien, es posible recurrir a un contra-argumento un tanto común entre los defensores de la teoría de la voluntad, de que una teoría cognitiva o normativa del dolo expande de manera excesiva el alcance del dolo, y transformar este argumento en una tesis negativa en donde el elemento volitivo es necesario, porque sólo puede operar como una restricción de la punibilidad²¹. En cuanto a esto último es preciso hacer tres observaciones. La primera es que la exigencia del elemento volitivo pocas veces es tomada en serio por sus defensores, que acostumbran, las más de las veces a atribuirle o negarla, valiéndose de criterios objetivos, como la intensidad del peligro²², o lo que es peor recurriendo a

¹⁸ Cf. Pérez Barberá, Gabriel, *El dolo eventual*, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, 372, nota 469.

¹⁹ Cf. *Supra* nota 3.

²⁰ Entiende también el conocimiento como dominio del hecho. Greco, Luis, *Dolo m vontade*. Una versión sobre este artículo se puede obtener en internet.

²¹ Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho penal*, cit, p. 520.

²² Cf. Ragués I Vallés, Ramón, *El dolo...*, pp. 200-207.

intuiciones difíciles de explicar. La teoría normativa que a continuación expondré, pune menos, piénsese en casos en donde el riesgo jurídicamente desaprobado por el sujeto es de una entidad irrelevante, o si el conocimiento del que se vale no es ontológicamente (realidad) o nomológicamente (norma directiva de conducta) acertado (acorde con la 8^{va}. conclusión), como contrapunto de nuestra propuesta es posible encontrar en nuestra jurisprudencia, no sólo en el Caso Utopía, Sentencias que fundan el dolo partiendo de teorías volitivas, de manera que estos resultados a nivel jurisprudencial podrían ser fácilmente negados a partir de una teoría normativa del dolo o si se quiere desde el punto de vista empírico por una teoría cognitiva basada en una teoría de la probabilidad lógica. Y tercero porque se dice que punir menos es siempre algo positivo. Es superficial suponer que punir menos será siempre una buena razón, porque toda razón para punir al menos se torna en su ausencia como una razón para punir más. Por ello, exigir el elemento volitivo, denota por un lado que quien actúe sin voluntad quedará impune frente a una posible pena por dolo, y por otro que en quien se presente la voluntad recibirá una pena más grave, de allí que no se sepa el porqué de la relevancia de esa voluntad.

Ninguno de los fundamentos mencionados logra convencer. Eso significa que si continuamos puniendo por dolo basados en la voluntad y el conocimiento en sentido psicológico descriptivo, estaríamos puniendo basados en algo cuyo fundamento desconocemos. En tanto los defensores de las teorías volitivas y de las teorías cognitivas de orden psicológico descriptivo, no ofrezcan mejores fundamentos, parece necesario abandonar esta concepción en favor de un dolo normativo que cuente con criterios propios de esta naturaleza, cuya base empírica no sólo sea la voluntad o el conocimiento (datos psíquicos), sino también otras clase de datos físicos, empíricos, fácticos que puedan influir en el resultado típico.

Uno de los objetivos de nuestro artículo no es sino, el de cuestionar las posturas de corte volitivo y de corte cognitivo de carácter psicológico-descriptivo que contienen a su vez elementos de actitud interna para diferenciar las categorías de dolo e imprudencia y creen encontrar a través de tales posturas una diferenciación cualitativa. Para ello hemos analizado si el conocimiento, en sentido psicológico-descriptivo está justificado y si la exigencia de la voluntad en sentido psicológico-descriptivo también se halla justificada. Para ahora explicar nuestra propuesta desde una perspectiva normativa valorativa en donde se respeten las exigencias de orden político criminal en un Estado de Derecho. Esta exigencia se encuentra una afirmación del Profesor Claus Roxin que ha guiado las presentes reflexiones, en su libro «Política Criminal y Estado de Derecho»²³ cuyo original data de 1970, en donde afirma: «Únicamente el dolo confiere a un suceso sus contornos delimitados. Si se prescinde de él, como lo ha hecho el llamado sistema «clásico» bajo el influjo del poderoso naturalismo se llega forzosamente a una ampliación de la extensión de la pena, que desde el punto de vista del Estado de Derecho, es objetable».

²³ 2^{da}. reimpresión, trad. Muñoz Conde, Hamurabi, Buenos Aires, 2002, p. 70.

3. Concepto de dolo e imprudencia

A continuación haré una breve referencia a las distinciones y definiciones que puede alcanzar el dolo básico o eventual y la imprudencia desde el punto de vista de la filosofía del lenguaje o semiótica. Así por ejemplo una aproximación sintáctica será sólo de carácter formal, ya que en ella se hace una abstracción del significado y objeto de referencia de los signos, con lo cual el objeto de referencia viene a constituirse por una relación entre signos no interpretados. En tanto que las interpretaciones de carácter semántico estudian la relación entre signos usados en contextos específicos. Por otra parte las definiciones de carácter pragmático hacen referencia a las definiciones de carácter formal y cuyo campo de conocimiento se ocupa de las particularidades de los actos del habla, es decir de las particularidades comunicativas en la práctica comunicativa cotidiana²⁴.

· Sin ánimo de exhaustividad pasaré brevemente a explicar lo que se entiende por dolo e imprudencia desde el punto de vista sintáctico y desde el punto de vista pragmático, ocupando un lugar posterior en nuestra exposición el sentido semántico de ambas categorías.

Pues bien, desde el punto de vista sintáctico el dolo es una propiedad de un caso genérico, es decir algo a ser subsumido en un caso individual, desde esta perspectiva el dolo no puede ser un hecho psíquico, ni físico, ni institucional, tal como lo describen las diferentes teorías estudiadas, tampoco puede ser un juicio adscriptivo como sostienen Hruschka²⁵ o Ragués i Vallés,²⁶ porque el dolo no es una propiedad empírica que se atribuye a una persona sino una propiedad normativa²⁷ que caracteriza al presupuesto abstracto previsto en una norma primaria o directiva de conducta como condición de su aplicación de una solución determinada. No está de más mencionar que en un proceso penal lo que se atribuye a un ciudadano es la posesión o no de determinados datos psíquicos al momento de la acción, v.gr. conocimiento, intención, actitudes internas²⁸. Todas estas características, indicadores o indicios objetivos como los sostienen las teorías integradoras²⁹, son

²⁴ Eco, Umberto, *Semiotics and Philosophy of Language*, Indiana University Press, 1983, p. 53. Una aproximación más exacta a nuestro campo de conocimiento y tal vez la mayor contribución a la dogmática del dolo, partiendo de los fundamentos de la filosofía analítica se puede encontrar en Kindhäuser, Urs, *La lógica de la construcción del delito*, Trad. Juan Pablo Mañalich, Taller de ciencias penales de UNMSM, Setiembre, 2009, pp. 1-11, en donde extrae consecuencias interesantes para las definiciones de dolo e imprudencia.

²⁵ Hruschka, Joachim, *Sobre la difícil prueba del dolo*, en *Imputación y Estudios de Derecho penal*, segunda edición, B de F, Buenos Aires, 2009, pp.181-197.

²⁶ Ragués i Vallés, Ramón, *El dolo*, pp. 357 y ss.

²⁷ Pérez Barberá, Gabriel, *El dolo eventual*, pp. 171 y ss. En el mismo sentido: Puppe, *La distinción entre dolo e imprudencia*, pp. 121 y ss. Coincide en tanto el dolo como la imprudencia comparten la misma estructura normativa: Molina Fernández, Fernando, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 573 y ss.

²⁸ Como las postuladas por las teorías eclécticas. Cf. Feijóo, Bernardo, *El dolo eventual*, pp. 52 y ss.

²⁹ Hassemmer, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, pp. 909 y ss.

útiles siempre y cuando el concepto semántico de dolo o imprudencia, como propiedades definitorias de un caso genérico permita considerar tales datos como relevante o irrelevantes³⁰.

Desde el punto de vista pragmático el dolo e imprudencia no son conceptos que describen y explican una determinada situación empírica sino que enjuician conforme a las particularidades comunicativas de una sociedad determinada, entiéndase por ello la dación o elaboración de determinados tipos legales, cuya estructura está conformada por normas primarias o de conducta y normas secundarias o de sanción.

En el presente artículo se ha dotado de un contenido conceptual al dolo e imprudencia desde el punto de vista semántico, basados en las siguientes salvedades: 1) Definir al dolo también importa una definición de imprudencia. 2) La definición de dolo que se ofrece en el trabajo de investigación es la definición de un dolo básico, o sea del dolo eventual. 3) Se hace una definición del «concepto de dolo» la cual es equiparable a lo que el dolo hace referencia, es decir, al denominado «concepto-objeto».

Desde el punto de vista semántico se han dado las siguientes definiciones, *el dolo es un reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de forma privilegiada el apartamiento de una norma directiva de conducta, imprudencia por el contrario es también un reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva ex ante pudo prever objetivamente de forma atenuada el apartamiento de una norma directiva de conducta.*

Es de advertir que la definición de ambas categorías (dolo e imprudencia) está sujeta a un margen de imprecisión un problema que como afirma Roxin³¹ opera en todos los conceptos jurídicos ya que: «es inevitable que quede una inseguridad residual». Opinión que también es sostenida por Popper en su libro: *La lógica de la investigación científica*³² en donde sostiene que el criterio a utilizar en el conocimiento científico no es el de la verificabilidad de los sistemas sino el de falsabilidad, es decir que no es necesario que un sistema científico pueda ser seleccionado de una vez y para siempre, en un sentido positivo; pero sí que sea susceptible de selección en un sentido negativo por medio de contrastes y pruebas empíricas, por ello *ha de ser posible refutar por la experiencia un sistema científico empírico*. Así, según el ejemplo popperiano, el enunciado «lloverá o no lloverá mañana» no se considerará empírico, por el simple hecho que no puede ser refutado; mientras que este otro: «lloverá aquí mañana» debe considerarse empírico por ser refutable. Es lo que se pretende al dotar de una definición acerca de lo que debería entenderse como dolo e imprudencia; conceptos que han de ser verificables a través de la base empírica con la que se cuente en un caso concreto.

³⁰ En este sentido Puppe, Ingerborg, *La distinción*, pp. 84 y ss., y Pérez Barberá, Gabriel, *El dolo eventual*, pp. 171 y ss.

³¹ Roxin, Derecho penal, Parte general, p. 447.

³² K.R. Popper, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1962.

Sin embargo, es necesario comprobar si nuestras definiciones acerca de dolo e imprudencia son coherentes con los fines del derecho penal y con el sistema penal.

En primer lugar sostenemos que la diferencia entre dolo e imprudencia es graduable; así que un comportamiento *doloso* se dará cuando el sujeto ha de tener *ex ante* tuvo una *previsibilidad objetiva de forma privilegiada de apartarse de norma directiva de conducta*, por el contrario el comportamiento *imprudente* acaecerá cuando el sujeto desde una *perspectiva ex ante* tuvo una *previsibilidad objetiva atenuada de apartarse de la norma directiva de conducta*. Al ser una definición de carácter semántico se podría afirmar que dolo e imprudencia son propiedades empíricamente no independientes, pues una, imprudencia, es condición necesaria, pero no suficiente de dolo, y porque el dolo es condición suficiente, pero no necesaria de imprudencia; esto es lo que en el fondo subyace en ambos conceptos, pero debe insistirse en que esta regla de correspondencia se da sólo a un nivel semántico. Por lo tanto la relación conceptual entre dolo e imprudencia se da de modo comparativo, es decir la relación es de *plus-minus* sólo de gradualidad; pues ambos comportamientos lesionan una norma directiva de conducta y son sancionables a través de las normas secundarias o de sanción.

3.1 Elucidación de los términos utilizados en nuestra definición semántico-normativa

En las definiciones de dadas sobre el dolo e imprudencia, se parte de la premisa que ambos comportamientos disvaliosos son un reproche objetivo a una acción jurídico penalmente relevante. Que se trate de un reproche quiere decir que se trata de un juicio de valor, y que se trate de un reproche objetivo denota dos cosas: en primer lugar que se trata de un reproche fundado en una norma de sanción y no en un parecer subjetivo individual, el emisor del reproche es el propio sistema jurídico (legislador). Y en segundo lugar denota que el objeto del reproche es una acción y no un autor, ello en respeto irrestricto al principio de proscripción de responsabilidad objetiva, recogido en el art. VII del Título preliminar del Código penal vigente, además de ello cabe señalar que el reproche individual queda reservado para otro estadio de la teoría del delito como el de la culpabilidad³³.

Un reproche es por lo tanto, un juicio de valor con un contenido específico, se expide negativamente sobre lo que se valora. Y en su acepción negativa, significa: «contario a una norma directiva de conducta» (objetivamente válida). Todo reproche objetivo, es por antonomasia un juicio de valor normativo, pues siempre se funda en alguna clase de norma (jurídica, moral, estética, etc.).

Otro término utilizado en nuestra definición es el de la *previsibilidad objetiva*³⁴ que en una de sus primeras formulaciones fue

³³ Racués I Vallés, *El dolo*, pp. 369 y ss.

³⁴ La previsibilidad objetiva, no es otra cosa sino la posibilidad objetiva de producción del resultado. Y este resultado está ligado a la presencia imprescindible del riesgo jurídicamente desaprobado, o si se quiere del peligro típicamente relevante.

utilizada por Engisch³⁵ como un elemento de la imprudencia, pero que podía ser aplicado razonablemente para la previsibilidad objetiva, tal como es propia de la adecuación. Además para que la previsibilidad objetiva opere y alcance utilidad tiene que realizarse el peligro del resultado típico, en lo que se refiere a la forma especial de realización del tipo, y esto está directamente relacionado con el concepto de probabilidad lógica que manejamos en nuestra propuesta. Aquí cabe detenernos un momento.

En el panorama de la doctrina contemporánea se encuentra bastante difundida la idea que la teoría de la probabilidad se muestra como la más idónea para explicar un comportamiento típico doloso, sin embargo no se explicita de forma detallada cómo debe ser entendida esta probabilidad. Así por ejemplo criterios como el propugnado por Herzberg, en referencia carácter desprotegido y protegido del riesgo conscientemente creado por el autor, o el de Puppe, de entender a la probabilidad como una estrategia racional de producción del resultado³⁶, o como una no-improbabilidad³⁷, o también entendida por el Profesor García Cavero como grados distintos de conocimiento que provocan niveles diferenciados de evitabilidad³⁸, o también es entendida por un sector de la doctrina brasileña, representado por Souza Santos que entiende a la probabilidad superior al 50% excluyendo de la base del cálculo los factores referidos a la autoprotección de la víctima, como señala Greco es un problema al que se debe dedicar más atención³⁹. O en la reciente entrevista al Profesor Claus Roxin⁴⁰, hecha por el Profesor Doctor iur Raúl Pariona Arana, acerca de qué piensa sobre las tesis radicales que basan el dolo en elementos objetivos, se muestra a favor de las teorías de la probabilidad en donde se

Este por su entidad es de carácter variable, pudiendo ser este alto, medio o nulo. Por lo tanto la previsibilidad objetiva privilegiada hace referencia a una probabilidad 1, es decir de mayor certeza respecto a la realización del resultado típico. En cambio una probabilidad 0 apenas es una previsibilidad objetiva atenuada respecto a la realización del resultado típico. Luego de un estudio de los problemas de la teoría de la causalidad en la dogmática contemporánea, considero que el término previsibilidad objetiva es el más adecuado para fundar un juicio de adecuación respecto a la relación acción-resultado, que no se contradice con el fin de protección a la norma, fundamento básico de la imputación objetiva. Para una lectura sobre la medición del riesgo permitido en la doctrina contemporánea. Cf. Frister, Helmut, *La imputación objetiva*, 2007, pp.503-505., Samson, Erich, *Imputación del resultado y riesgo. Interrogatorio crítico a la teoría de la imputación objetiva*, 2002, pp.383-401., Jakobs, Günther, *Concurrencia de riesgos. Curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal*, 1987, pp.313-344., Frisch, Wolfgang, *Lo fascinante, lo acertado y lo problemático de la teoría de la imputación objetiva del resultado*, 2001, pp.355-381. En *Causalidad, riesgo e imputación*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2009.

³⁵ Engisch, Karl, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, Trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 124 y ss., nota 62.

³⁶ Puppe, Ingerborg, *La distinción*, pp.89 y ss.

³⁷ Tal como lo sostiene Sancinetti, Marcelo, en: "Teoría del delito y disvalor de la acción", pp. 201 y ss.

³⁸ García Cavero, Percy, *La imputación subjetiva en el Derecho penal*, AA.VV., Ara, Lima, 2012, p.27.

³⁹ Greco Luis, *Dolo sem vontade*, L-H. Souza Santos, pp.902-903.

⁴⁰ Conversaciones con Claus Roxin, 3/2/2014, min.19 y ss.

funda el dolo en la posibilidad objetiva de producción del resultado siempre y cuando el autor haya tenido la decisión de lesionar el bien jurídico⁴¹.

En las definiciones arribadas en nuestros conceptos de dolo e imprudencia se encuentra insito el desarrollo de la teoría de la probabilidad, al estar presente el término: «previsibilidad objetiva» que también podría ser reemplazado por otra terminología como: «posibilidad objetiva de previsión». Ambos términos nos parecen válidos y creemos son útiles para denotar la diferencia de gradualidad entre el dolo e imprudencia de cara al apartamiento de una norma directiva de conducta.

3.2 ¿Qué debe entenderse por probabilidad lógica?

Es necesario explicar lo que entendemos por probabilidad lógica, para ello es menester definir previamente lo que es probabilidad objetiva y subjetiva. Desde el campo de la filosofía de la ciencia, se entiende que el concepto de probabilidad objetiva a aquél que hace referencia al valor de frecuencia relativa con que puede darse un suceso. Así por ejemplo: «la probabilidad de la propiedad P en el objeto de referencia R es x». En este enunciado, tanto la propiedad P, como el objeto de referencia R y el número x se refieren a objetos, por lo que un enunciado como éste pertenece a un lenguaje-objeto. Este concepto de probabilidad no nos interesa en el marco teórico de la presente investigación.

El concepto subjetivo de probabilidad, se refiere al juicio de un enunciado, o hipótesis de probabilidad, donde un emisor determinado otorga a la ocurrencia de un suceso determinado en un tiempo determinado y con relación a un conjunto de datos determinados. Los enunciados subjetivos de probabilidad se conforman de la siguiente manera: «para el emisor E, la probabilidad de ocurrencia de un suceso S en virtud del conjunto de datos D en el tiempo T es x». En este enunciado, S y D no designan objetos, sino que forman parte de un enunciado emitido por E, por lo que los enunciados propios del concepto subjetivo de probabilidad pertenecen a un metalenguaje, que es precisamente el lenguaje del emisor E. Este concepto tampoco interesa para los fines de nuestra investigación.

Finalmente, el concepto lógico de probabilidad hace referencia al tipo de inferencia existente entre una conclusión y sus premisas, que es precisamente el tipo de inferencia que caracteriza a la lógica inductiva. La diferencia con el concepto subjetivo de probabilidad y otro consistente con el concepto lógico de probabilidad, es relativo a un emisor o a un tiempo determinado. De allí que a forma de los enunciados que los contienen se formulan de la siguiente manera: «la probabilidad de una hipótesis H en virtud del conjunto de datos D es x».

⁴¹ Como señala Pérez Barberá, *El dolo eventual*, p. 333. Coherente con esta toma e postura su artículo publicado en Homenaje a Rudolphi (2004), en el cual acentúa su preferencia por un concepto normativo de dolo, donde se decanta por un normativismo volitivo, consistente en no basarse sólo en el peligro inherente a la acción, sino también en otros indicadores. Sostiene que la "decisión contra el bien jurídico" es un "principio rector normativo".

Este es el concepto de probabilidad al que hacíamos referencia, en donde al antecedente se le denominará D (datos), que en su conjunto está integrado por datos empíricos, físicos y psíquicos. Así por ejemplo: si ocurren los datos x_1, x_2, x_3, x_n , etc. El consecuente se denominará H, que no es más que una hipótesis. En virtud de lo antes dicho, se podrá determinar que la previsibilidad objetiva de realización del tipo es alta, baja, media o nula. Cabe añadir que la lógica entre datos e hipótesis es inductiva, pues la hipótesis opera como conclusión, por lo tanto no está contenida ni sujeta a D, es decir a los datos físicos, empíricos y psíquicos. La conclusión de H es propia de un enunciado probabilístico, es una hipótesis de probabilidad. Al ser una hipótesis de probabilidad lógica, es objetiva, de tal forma que es irrelevante lo que se representa una persona en particular acerca de esa probabilidad. Pues, el análisis del enunciado de probabilidad, es un análisis complejo de datos con el que se relaciona.

Ahora bien, en el ámbito propio del derecho penal, en virtud a su naturaleza punitiva, dicha conclusión empírica requiere una legitimación normativa, que a nuestro modo de ver ha sido señalado correctamente por Puppe, cuando afirma: «no es el autor a quien le compete decidir sobre la relevancia jurídica de la realización típica del peligro de la que es consciente, sino al Derecho»⁴². Como advirtiéramos la teoría de la probabilidad, aquí planteada dista de los conceptos subjetivos de probabilidad, las que se centran en demasía en lo que le autor se ha representado. Así lo sostienen las teorías de la representación, representada por las tesis de Mayer, Sauer, Welzel, en un primer estadio, también las teorías de la posibilidad como las tesis de Schröder, la tesis del primer y segundo período de Schmidhäuser, así como las tesis de Zielinski y Frisch, y respecto a la probabilidad subjetiva del riesgo jurídicamente desaprobado que se representa el sujeto, particularmente las tesis de Jakobs quien incluye un elemento de actitud interna para diferenciar el dolo de la imprudencia, basado en la indiferencia con la que actúa el sujeto, y en menor medida las tesis de Herzberg y de Puppe como se señaló líneas arriba⁴³.

En síntesis, se trata de una hipótesis objetiva de probabilidad, no de una hipótesis de probabilidad subjetiva. Lo objetivo es la hipótesis no el concepto de probabilidad aplicado, que es un concepto lógico.

Por ello, la formulación verbal de los conceptos de dolo e imprudencia, «previsibilidad objetiva privilegiada» y «previsibilidad objetiva atenuada», se corresponde con el carácter comparativo del concepto de probabilidad lógica usado en nuestras definiciones. Entendiendo que ambos conceptos son comparativos en la forma de: «más o menos» o «plus-minus», sin acudir para ello a valores numéricos; ya que dicha formulación sería imprecisa y es prácticamente inaplicable a nuestro campo de conocimiento,

⁴² Puppe, Ingerborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*, p.89.

⁴³ El desarrollo de estas tesis pueden verse en: Bustinza Siu, Marco Antonio, *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia*, tesis inédita, pp.123-171.; por lo que me remito a ello.

por ser ambos conceptos comparativos conforme a su índole, es decir a su propiedad normativa, ya que lo que torna doloso o imprudente a un caso genérico es una determinada valoración de él como más o menos grave⁴⁴.

Se puede aducir que la reconstrucción conceptual de dolo e imprudencia es imprecisa, pero no por tal imprecisión se debe dudar de la idoneidad y la capacidad de rendimiento conceptual. En rigor, ni siquiera los conceptos cuantitativos son precisos, pues su exactitud depende del desarrollo técnico de los respectivos instrumentos de medición, los cuales como lo muestra la constante evolución tecnológica, habida especialmente en las últimas décadas, son también en ése sentido inexactos y requieren continuas mejoras. Además de ello en las definiciones brindadas, con el fin de que sean corroborables tienen que ser susceptibles de selección en un sentido negativo por medio de contrastes y pruebas empíricas, por ello compartimos el enunciado popperiano de: *ha de ser posible refutarlas por la experiencia de un sistema científico empírico*, de allí la necesidad de contar con un método operacional.

4. El método operacional

La idea básica del método operacional u operacionalismo es el contrastar reacciones observables, positivas o negativas, dependiendo de las operaciones que se hagan dentro de un sistema.

Así por ejemplo, conceptos disposicionales tenemos a los siguientes: «conocer», «querer», «tomar en serio», «tener la intención», «ser indiferente», «confiar», «consentir», «aprobar», «contar con», etcétera. Son conceptos disposicionales porque no son observables, pero se manifiestan mediante reacciones observables. Se trata en buena cuenta de términos teóricos, esto es términos no observacionales. De allí que el operacionalismo esté en condiciones de hacer contrastaciones empíricas intersubjetivamente discutibles, esto es en el ámbito propio del proceso penal; por ejemplo respecto a la fundamentación de la prueba de esta clase de hechos.

Esto importa hacer un contrapunto a las reglas de atribución de conocimientos de Ragués i Vallés que si bien es cierto parte de un método operacional, infiere de normas jurídicas en sentido estricto, de aquellos conocimientos que en función de ciertas pautas generalmente generalizadas, se presume, legal o jurisprudencialmente, que un sujeto debe poseer⁴⁵, y que por lo tanto se le adscriben. Esta forma de proceder, se emparenta con el sistema de prueba legal, en la práctica importa introducir presunciones de dolo en el proceso penal, y en consecuencia resulta ilegítima desde el punto de vista del Estado de Derecho, tal como fuese advertido por Hruschka⁴⁶.

El método aquí utilizado parte de la base que la prueba de los conocimientos y otros datos psíquicos se obtienen a partir de un

⁴⁴ Pérez Barberá, Gabriel, *El dolo eventual*, p.173.

⁴⁵ Ragués i Vallés, Ramón, *El dolo*, pp.357 y ss.

⁴⁶ Hruschka, Joachim, *Sobre la difícil prueba del dolo*, p.187.

método empírico de verificación, de datos que realmente caracterizan el obrar de las personas. No se recurre a la adscripción de conocimientos, sino que se entienden a estos como propiedades disposicionales de índole psíquica a ser susceptibles de ser verificables en un proceso penal, y siempre a partir de las circunstancias particulares de cada caso en concreto. Por este motivo no compartimos la idea de que no existen métodos científicos que permitan la plena constatación de estados mentales⁴⁷, ya que conforme a este dictorio los fenómenos psíquicos serían algo oculto en las infranqueables profundidades y reconditeces del intelecto humano.

Sin embargo, el método operacional aludido quedaría vacío si es que no se incluyen algunas hipótesis o reglas de relevancia que nos permita discriminar que cualidad de datos físicos, psíquicos, o estados mentales deben ser considerados en contextos epistémicamente racionales.

En síntesis lo que se ha pretendido establecer son reglas de subsunción de un caso individual a un caso genérico de dolo o imprudencia, que a la vez opera como un método de contraste para comprobar o no el aserto de nuestras definiciones semántico-normativas.

En la doctrina contemporánea se puede notar que sobre todo a partir del desarrollo de las teorías del riesgo a las que hemos denominado como el segundo nacimiento de las teorías de la probabilidad, entre las cuales se encuentran las tesis de Herzberg o el conocimiento del peligro protegido, la tesis de Jakobs o también denominada como el riesgo habitual, la tesis de Puppe y la tesis doctoral de Pérez Barberá, cuya valoración obra en la tesis presentada, intitulada: *Delimitación entre el dolo eventual e imprudencia*, ha venido gravitando de modo más ostensible la idea de basarse en una prognosis del peligro creado por el autor ante la consecución de un determinado resultado típico⁴⁸.

Como consecuencia de esta orientación, en la tesis de Pérez Barberá se toma este consenso convergente y desarrolla dos hipótesis de relevancia que él denomina: «metaconcepto de dolo» que no es sino, desde nuestra perspectiva dotar de contenido a un método operacional que nos sirva para contrastar las definiciones propuestas.

Consideramos en líneas generales este método como óptimo pues se basa en dos premisas que consideramos útiles, aunque en algunas consecuencias prácticas mantenemos nuestras reservas. Estas dos premisas o hipótesis de relevancia que conforman nuestro método operacional son las siguientes:

⁴⁷ Ragués I Vallés, Ramón, *El dolo*, p.357.

⁴⁸ Esta idea está «La causalidad como elemento de los tipos penales», que data de 1931, o en otros como Müller cuyo artículo data de 1912 intitulado como: «La significación de la relación causal», o en Richard Honig, en su trabajo intitulado: «Causalidad e Imputación Objetiva» que data de 1930, por citar algunos trabajos relevantes en los que se han basado los autores reseñados.

1. La primera hipótesis de relevancia está conformada por la entidad del peligro inherente a la acción. Y por otra parte por cualquier dato empírico, psíquico, físico o fáctico que sea posible de ser considerado idóneo para influir en el grado de previsibilidad objetiva, privilegiada o atenuada, del apartamiento de norma directiva de conducta, o en la realización del resultado típico.

2. La segunda regla de relevancia establece que: «si un estado mental es epistémicamente racional, entonces él es relevante y debe tomarse en cuenta para la formulación de la hipótesis objetiva de probabilidad, en el que se funda, el reproche doloso o imprudente, según sea el caso. Explica el autor reseñado, que lo racional o irracional se determina por el criterio según el cual es irracional aquella génesis de un estado mental o explicación de una determinada relación entre sujeto y mundo que supone una pretensión objetivamente extravagante en relación con el contexto empírico y epistémico que se trate; no pudiendo identificarse sin más la confianza excesiva como confianza irracional⁴⁹», cuya tesis obra en pp.171-178.

Pues bien las dos reglas de relevancia nos parecen óptimas porque en la primera hipótesis de relevancia se tiene a la entidad del peligro inherente creado por el autor como uno de los factores a considerar. En efecto al definir al dolo e imprudencia como previsibilidad objetiva, privilegiada o atenuada según sea el caso, se tiene que hacer una referencia necesaria a la entidad del peligro inherente a la acción que desarrolla un sujeto determinado. Además esta regla o hipótesis de relevancia deja abierta la consideración a qué determinados datos físicos, fácticos o psíquicos puedan ser valorados de acuerdo a su influencia o no en el resultado típico, en el caso de los datos psíquicos o estados mentales se hará uso de la prueba indiciaria, de allí que se puedan conformar indicios objetivos o indicadores que determinen si el comportamiento de un sujeto fue doloso o imprudente, es decir si pudo prever objetivamente de forma privilegiada el apartamiento de una norma directiva de conducta (dolo) o si pudo prever de forma atenuada el apartamiento de una norma directiva de conducta (imprudencia).

Ahora bien, respecto a la segunda regla de relevancia, tenemos ciertas reticencias por las consecuencias prácticas que acarrearía la aplicación estricta de este postulado. Por las consideraciones que pasaremos a explicar.

Partimos de la premisa que la racionalidad desde la perspectiva de la teoría de las normas proviene del mismo sistema penal⁵⁰,

⁴⁹ Pérez Barberá, *El dolo eventual*, p. 755.

⁵⁰ Pues nuestra tesis es internalista, pues pone especial énfasis en el carácter normativo de la racionalidad y tiene como contenido principal erigir normas epistémicas que determinen cuando existen buenas razones, al menos cognoscibles (imprudencia) para tener una opinión justificada, entendiéndose como opinión la exteriorización de la conducta del sujeto. De manera tal que la relación epistémica, es la relación cognitiva sujeto-mundo, consiste en el respeto de estas normas epistémicas. (normas directivas de conducta). Por ello prescindimos del criterio del espectador objetivo ya fija un doble deber, uno para el ciudadano y otro sobre los conocimientos que debería poseer, lo cual vulnera el principio de igualdad real.

por ellas conformadas, de tal manera que una conducta será reputada como racional, en tanto se encuentre conforme a Derecho. Ahora bien, desde esta perspectiva, sólo se puede predicar que la racionalidad o irracionalidad respecto a conocimientos, creencias o representaciones.

En la presente investigación hemos definido al conocimiento como un saber que es únicamente verificado racionalmente a partir de marcos epistémicos compartidos por todos en el universo que se trate y propios de ese universo, o compartibles mediante contrastaciones objetivas intersubjetivamente accesibles, sólo en estos casos se puede decir que el sujeto sabe⁵¹.

Ya en el ámbito propio de nuestra materia, la obra de Frisch⁵² nos aporta consideraciones nucleares sobre lo que ha de entenderse por creencia y representación. La creencia será una convicción no verificada, sea racional o irracional acerca del estado de las cosas. Se reputará como racional siempre y cuando tenga similitudes con el conocimiento (de acuerdo con nuestra 8^{va}. conclusión, el conocimiento tendrá que ser nomológicamente (orientado por una norma directiva de conducta) y ontológicamente (realidad) para poder reputarse como acertado). La representación, en cambio, es la activación psíquica de un conocimiento o de una creencia, operada en el presente exacto y por lo tanto no puede tener duración.

Entonces podemos afirmar que sólo el conocimiento detenta el carácter de racional, la falta de conocimiento, así como la ausencia o falta de representación pueden ser de carácter racional o irracional.

Estas consideraciones son importantes, pues de una aplicación estricta de la segunda hipótesis de relevancia planteada por Pérez Barberá, podría llevar a considerar a todos los casos de ceguera ante los hechos, deberían dar lugar a una imputación dolosa, pese a la amenaza de pena natural, en donde sólo se tomaría como factor determinante la entidad del peligro inherente a la acción del sujeto. En casos como estos habría que hacer la siguiente ponderación: la ausencia o falta de representación puede ser de carácter racional o irracional, por lo tanto la falta de representación no siempre puede ser equiparada como conocimiento irracional (esto de acuerdo con la 9na conclusión-ciertos casos).

Por ello consideramos que la segunda regla de relevancia debe quedar conformada de la siguiente manera: 1) Sólo detentará el carácter de racional aquél conocimiento que parta de una base

En el mismo sentido se ha pronunciado Jakobs respecto a su teoría de la indiferencia, en el sentido que los conocimientos especiales deben ser dejados de tomar en cuenta, sólo se debe tener en cuenta los conocimientos estandarizados, al menos si pretendemos que el derecho penal no se transforme en una institución totalizadora. Véase, Jakobs, Günther, *Dolus malus*, pp. 8 y ss.

⁵¹ Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones Filosóficas*, Crítica, Barcelona, 1988, aforismo núm. 66

⁵² Frisch, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 51 y ss.

nomológica (norma directiva de conducta) y ontológica (conocimiento de la realidad) acertada de acuerdo al ámbito de competencia donde se desarrolla el sujeto, 2) Si hay compatibilidad entre el conocimiento y la base afectivo emocional del sujeto actuante, 3) Si hay compatibilidad entre el conocimiento del sujeto y las normas elementales en la actividad específica que desempeña (*lex artis*, protocolos de seguridad, entre otras)⁵³.

Por ejemplo un médico A experimentado tiene que realizarle un aborto terapéutico a su paciente B, quien se encuentra inconsciente y no puede darle su consentimiento a A. Para ello entiende que es necesario someter a B a un método quirúrgico altamente riesgoso, pues el aborto terapéutico no ha sido aprobado en el «Protocolo de interrupción del embarazo» en la Región Arequipa⁵⁴ (*lex artis*). No obstante A opera a B, confiando en que todo saldrá bien por su experiencia médica hasta entonces obtenida en base a algunos casos difíciles. Pero nada sale bien: B muere durante la operación. Aquí conforme a la primera regla de relevancia, se ha de tener en consideración el peligro creado por el sujeto, lo cual funda un juicio de valoración *ex post* de que el médico tuvo una previsibilidad objetiva privilegiada (probabilidad 1) de que el resultado ocurra, sin embargo la confianza de A proviene de un conocimiento racional: nomológica y ontológicamente acertado, por lo tanto según nuestra segunda regla de relevancia, la confianza es objetivamente compatible con el conocimiento del sujeto y las normas elementales de la actividad específica en que se desempeña. Por lo tanto nuestra hipótesis objetiva de probabilidad, quedaría conformada de la siguiente manera: el dato físico: elevada entidad del peligro creado, más la confianza racional por parte de A, que atenúa el peligro creado (de esta manera funciona el método operacional indicadores y contraindicadores), por lo tanto A tuvo la previsibilidad objetiva atenuada de apartarse de una norma directiva de conducta (*ergo* imprudencia). Ahora bien que sucedería si el resultado no se produce, se puede decir que hubo tentativa, no, porque según el artículo 16 de nuestro Código penal, para la tentativa hace falta un dolo cualificado, sea éste de primer o segundo grado. Recuérdese que aquí se está definiendo el dolo básico, o sea el dolo eventual, en donde la intensidad comunicativa de la norma directiva de conducta y de la norma de sanción es menor. Por esta razón la doctrina mayoritaria entiende al dolo eventual e imprudencia consciente como conocimientos inseguros respecto al dominio de la acción que produzca una realización típica.

A que es portador del virus del sida y lo sabe, mantiene relaciones sexuales no violentas con B, con la intención de contagiarla. La tentativa de lesiones debe descartarse, porque la intención de contagiar queda descartada por irracional, en virtud de la ínfima probabilidad de contagio. Si el contagio se produce, debe quedar descartado el dato de la intención, porque parte de una base nomológica y ontológica desacertada según el contexto en donde

⁵³ De un modo similar Pérez Barberá, Gabriel, *El dolo eventual*, p. 792.

⁵⁴ El ejemplo es tomado de un caso real. Véase, Caro Jhon, José, *Dogmática penal aplicada*, Ara, Lima, 2010, pp. 79-99.

ocurre la acción *ex ante*. Por lo tanto nuestra hipótesis objetiva de probabilidad solo estaría conformada por el peligro inherente a la acción, que en este caso es mínimo, por lo tanto A tuvo una previsibilidad objetivamente atenuada (*ergo*: imprudencia). Supuesto de consumación objetiva inesperada.

Variante del caso del karateka: A es experto en artes marciales y padre de un niño de diez meses de edad, a quien siempre ha cuidado con amor y denuedo. A se encuentra cuidando al niño, cuando de repente recibe una llamada por teléfono que le está comunicando malas noticias. Mientras esto sucede, el niño comienza a llorar, pero A no puede atenderlo porque está profundamente preocupado por la noticia que viene recibiendo, y muy atento a las consecuencias de la conversación telefónica. El niño llora entonces con todas sus fuerzas, con gritos potentes y agudos. Precisamente en ese momento A necesita escuchar lo que le están diciendo, con los nervios en punta, le pega a su hijo con el canto de la mano en la cabeza para hacerlo callar, aplicando instintivamente la técnica marcial que domina, pero sin representarse en absoluto ni el poder ni la fuerza de su mano experta en karate ni la posibilidad de que en virtud de ese golpe su hijo pudiera resultar lesionado o morir. Pero el niño muere, precisamente por el golpe recibido. Los datos a analizar, conforme a nuestra primera regla de relevancia, la entidad del peligro creado, y por otro lado, la falta de representación por parte de A de ese peligro y su consecuente falta de intención de lesionar o matar al niño, además de relación afectiva con él, según nuestra segunda hipótesis de relevancia, que el conocimiento o falta de él sea objetivamente compatible con la base afectivo emocional que el sujeto ostenta al momento de su acción. En el presente caso la entidad del peligro se acerca a la de probabilidad 1 (máxima probabilidad), las ausencias de intenciones, devienen en irrelevantes. Cabe distinguir en este supuesto, el resultado de muerte del resultado de lesión. En cuanto al resultado de muerte, cabe decir que el peligro es sin dudas muy elevado, pero no lo suficiente para considerarlo de máxima probabilidad, dada la conformación ósea de los niños de esa edad, es habitual que resistan a esos golpes. La no intención de matar de A deviene en relevante por la base afectivo emocional que el sujeto ostenta, por ello cabe aceptar la racionalidad de la falta de representación de A. Nuestra hipótesis objetiva de probabilidad queda conformada, por la entidad del peligro creada por el sujeto actuante, pero con el atenuante de la falta de representación del resultado ya que proviene de una base racional y también afectivo emocional, por ello para A al momento de la acción le era previsiblemente y objetivamente atenuado el resultado de muerte. (*Ergo*: imprudencia). Respecto al peligro del resultado de lesiones, el único dato que conforma nuestra hipótesis objetiva de probabilidad es el dato físico de la entidad del peligro creado, en este supuesto no se toma en cuenta el dato psíquico falta de intención, ya que deviene en irrelevante. Por lo tanto A respecto al resultado de lesiones tuvo la previsibilidad objetivamente privilegiada de apartarse de una norma directiva de conducta. (*Ergo*: dolo). Este último ejemplo puede ser de utilidad frente a los casos de ceguera ante los hechos.

Sin embargo es indudable que el fenómeno de ceguera ante los hechos y de ignorancia deliberada nos fuerzan a revisar nuestra manera tradicional de atribuir responsabilidad. En nuestra sociedad actual nos enfrentamos cotidianamente con situaciones de alta complejidad (movimientos de capitales, supervisión de transacciones comerciales, o estructuras productivas, entre otras) en las que los sujetos tienden a pasar por alto detalles relevantes sobre lo que están haciendo. Ello puede deberse a un completo egoísmo por parte del sujeto (como sostiene Pérez Barberá), y en este sentido serán conductas que pretenden aprovecharse de las justificaciones que tiene el sistema penal para los casos de desconocimiento. Sin embargo como he tratado de demostrar anteriormente, esas no pueden ser las únicas motivaciones para los casos de ignorancia deliberada. Al igual que Pérez Barberá y Ragués i Vallés, considero que hay buenas razones para reprochar de una manera más grave a los sujetos que fraudulentamente manipulan el contexto epistémico para aminorar su responsabilidad, pero creo que en respeto al principio de responsabilidad subjetiva es necesario que nuestro sistema penal garantice que los sujetos puedan explicar las razones de su ignorancia, ello en el marco de un proceso penal. De esta manera, la ceguera ante los hechos o la ignorancia deliberada no conforma una doctrina que sustituya la prueba del dolo sino que resulta un complemento indispensable para atribuir responsabilidad de manera proporcional.

5. Conclusiones:

1. Dolo e imprudencia comparten la misma estructura normativa, por esta razón no es posible hacer una distinción cualitativa sino de grado.

2. Al decir que el dolo y la imprudencia comparten la misma estructura normativa, nos referimos a la teoría de las normas, toda norma directiva de conducta está dirigida a un ciudadano con conocimientos estandarizados, sin embargo para evitar el apartamiento de las normas de comportamiento son necesarias las normas de sanción, cuya naturaleza y aplicación corresponden al Juzgador al determinar el reproche individual del eventual sujeto infractor. Antecede a estas operaciones intrasistemáticas, la noción que entre norma de comportamiento (norma primaria) y norma de sanción (norma secundaria), existe una relación normativa que comunica intersubjetivamente, de allí se puede inferir, que la norma comunica.

3. El objeto de la norma directiva de conducta (imperativo) es el dolo y la imprudencia.

4. De acuerdo a nuestro marco teórico, el dolo no tiene porqué identificarse con el conocimiento y la voluntad; imprudencia tampoco es ausencia de conocimiento y voluntad. Por lo tanto el dolo no es una entidad preexistente sino que es una propiedad normativa, en función de él se subsumen hechos y no es el dolo el que se subsume a hechos. Siendo una propiedad normativa, no se debe

identificar al dolo con actitudes internas, ni con hechos psíquicos, ni con representaciones, creencias, ni intenciones.

5. Dolo e imprudencia desde el punto de vista semántico quedan definidos, de la siguiente manera: dolo es reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva *ex ante* pudo prever objetivamente de forma privilegiada el apartamiento de una norma directiva de conducta; imprudencia es reproche objetivo cuando el sujeto desde una perspectiva *ex ante* pudo prever objetivamente de forma atenuada el apartamiento de una norma directiva de conducta.

6. El reproche objetivo del dolo y la imprudencia se funda en la probabilidad lógica, acerca del grado objetivo de previsibilidad del apartamiento de una norma directiva de conducta y si esta fue privilegiada o atenuada, de allí, la diferencia de grado entre ambos conceptos, de *plus-minus*.

7. El método operacional utilizado en el presente trabajo de investigación, es de utilidad para definir los datos empíricos, que son a su vez hechos disposicionales y no observables. Para ello se ha utilizado la probabilidad lógica para crear una hipótesis de relevancia y dos reglas según las cuales los datos empíricos podrían ser contrastados, este método es utilizado implícitamente por nuestros Juzgados y Salas.

8. Sobre la racionalidad o irracionalidad de un conocimiento, sostenemos que la racionalidad viene dada por el propio sistema normativo. Por ser un criterio objetivo, esto es establecido desde el mismo Derecho, se debe tratar de una relación intersubjetivamente orientada a relaciones cognitivas objetivamente justificadas, es decir, racionales. Y para que esta relación opere dentro del sistema, el conocimiento de un sujeto será racional, siempre y cuando se oriente de modo nomológico (normas directivas de conducta) y ontológico (de la realidad). Si al conocimiento del sujeto le faltase cualquiera de los dos incurrirá en un error de tipo o de prohibición según sea el caso; inclusive en un error sobre elementos normativos del tipo; si en cambio el conocimiento del sujeto no tiene una base ni nomológica ni ontológica entonces se reputará como irracional. Las orientaciones cognitivas objetivamente justificadas son motivadas a través de las normas de sanción.

9. Sólo los conocimientos racionales son tenidos en cuenta para el reproche doloso. Por ello se niega el dolo aunque haya intención de realizar el peligro inherente a la acción, e incluso si el riesgo representado coincide con el que se realiza (negación de dolo en consumación objetivamente inesperada). El tratamiento de ciertos casos de ceguera ante los hechos o de ignorancia deliberada, donde el sujeto no se representó el peligro, pese a haber generado un peligro de una entidad considerable, fundamenta el dolo, pues la falta de representación es equiparada con un conocimiento irracional.

10. Los conocimientos no se atribuyen sino que se prueban en el marco de un proceso penal, en tanto estos son datos disposicionales, no fácilmente observables; y corresponden probarlos en el proceso, porque son la base empírica del concepto de dolo.

11. Por mandato del artículo 16 del Código penal para la tentativa punible no es suficiente el «dolo básico» o «dolo eventual», si se requiere de más elementos cognitivos o volitivos, entonces se tratará de un dolo cualificado, sea de primer o segundo grado; ya que entre los límites de la presente investigación sólo se ha definido el dolo eventual, el cual entendemos como la forma básica de dolo.

LA PSEUDO-ORALIDAD: DESNATURALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ETAPA DE JUZGAMIENTO. EL CASO AREQUIPEÑO

CÉSAR BELAN¹

1. Preguntas y objetivos de investigación

La exigua tasa de credibilidad que goza el Poder Judicial en el Perú², y especialmente en Arequipa, se presenta como una alarmante traba para el Estado de Derecho y el Orden Democrático; la relación de la ciudadanía con la Administración de Justicia, en la actualidad, es por definición precaria, lo que conlleva a un creciente desprecio por los valores democráticos. Sin embargo, se sabe que las actuaciones judiciales —en particular en el ámbito Penal— son herramientas eficaces para establecer vínculos con la población y lograr su real participación en el Proceso Judicial, tal y como responde a la aspiración de los sistemas democráticos.

El vehículo más representativo —y por definición idóneo— de la interrelación de la ciudadanía y su aparato judicial es el Juicio Oral. La práctica judicial ilustra, sin embargo, como este sensible

¹ Bachiller en Educación por la UNMSM y Magister en Derecho Penal por la UCSM. Actualmente se desempeña como docente en la Universidad Católica San Pablo, el Instituto Tecnológico del Sur y en el Seminario de San Jerónimo-Arequipa.

² La opinión pública evaluará de manera negativa este Poder del Estado, como lo ha hecho en la práctica, percibiéndola como “una institución poco confiable y corrupta”. Instituto de opinión de la PUCP, Estado de la opinión pública. Corrupción nuestra de cada día. Año V, mayo de 2010. p. 4, citado en Mujica, Jaris, Micropolíticas de la corrupción. Redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia. Asamblea Nacional de Rectores, Lima, 2011, p. 60.

conjunto de actuaciones procesales inspiradas por la transparencia y publicidad, se encuentran atravesadas de una serie de prácticas de corte escritural que mellan de manera significativa su naturaleza y esencia.

Así pues según la hipótesis propuesta, siendo que ciertas prácticas en el seno del Juicio Oral que distorsionan la naturaleza de la Oralidad, ellas finalmente obstaculizarán a su vez la ejecución de los fines de la Etapa de Juzgamiento frente a la ciudadanía, como son transparencia de los órganos judiciales en sus decisiones, y la integración y participación de la ciudadanía en el aparato de Administración de Justicia. Finalmente, esto conllevará al distanciamiento de la población y su administración de justicia, y posteriormente a la deslegitimación de ésta última, lo que se podrá verificar de la mella de credibilidad y confiabilidad de los órganos jurisdiccionales.

Es así que la presente investigación ha buscado verificar la aplicación eficaz de los principios que inspiran —y además viabilizan— la Etapa de Juzgamiento. Asimismo, se ha procurado en el presente trabajo establecer cuáles son las relaciones que existen entre la vulneración de los Principios de Oralidad y la participación efectiva de los ciudadanos en juicio; a la vez que buscará determinar la relación existente entre la participación real de la ciudadanía en los juicios orales y la aprobación que ésta realiza a la Administración de Justicia. Esto posibilitará abrir el debate sobre las herramientas y estrategias adecuadas que permitan la erradicación de hábitos que atenten contra la Oralidad en el Proceso penal, lo que a la vez permitirá aumentar los índices de confianza de la comunidad arequipeña en su Aparato Judicial.

2. Marco teórico

Desde la antigüedad el Proceso Penal se erigió como una institución social, instalada en y para la comunidad, que tenía por objetivo el reforzar los vínculos de los moradores de una población específica mediante la reactualización de sus valores y criterios éticos con motivo de la transgresión puntual de una norma en el seno de su localidad. En suma hablamos de una «contienda o controversia, que se remonta al paradigma de la *disputatio*, elaborada por la tradición retórica clásica y recibida, a través de la experiencia, como el proceso acusatorio moderno³». Sobrada muestra de ello dan las consideraciones de filósofos como Platón y Aristóteles quienes resaltan que el discurso forense está esencialmente dirigido a un espectro público⁴. Así pues, concordamos con Calamandrei cuando nos dice: «El Derecho procesal ha tenido su origen en la necesidad de intervención del Estado [sociedad legalmente organizada y constituida], en su calidad de tercero imparcial, para garantizar la lealtad en el combate material, posteriormente, cuando la

³ Ferrajoli, Luigi, *El juicio, cuándo y cómo juzgar*, en *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 613 y ss.

⁴ Aristóteles, *Retórica*, Libro I, Cap. III, folio 1358b, Gradifco, Buenos Aires, 2004, p. 21 – 22; Libro II Cap. I, folio 1377b, p. 95; Platón, *Apología de Sócrates*, en *Diálogos*, Sarpe, Madrid, 1985, pp. 21 y ss.

lucha armada se transformó en contraste de argumentaciones, la lealtad del contradictorio»⁵.

Acto seguido, luego del paréntesis que significó el Sistema Inquisitivo, las reformas Ilustradas se nutrieron de la fuente clásica para delinear ya en tiempos modernos una noción de Proceso de cara a la sociedad y en el que ella encontraría esencial cohesión. Luego, el pensamiento penal del S. XVII y XVIII apuntará a una Justicia utilitarista y pública, en donde el signo de la utilidad social de la pena se imprima en la frente misma del transgresor: «las penas deben reunir ciertas cualidades principales y otras secundarias; entre las principales, la ejemplaridad que se consigue con la publicidad y solemnidad del castigo; entre las secundarias, la reforma del delincuente y su incapacitación para reiterar el crimen, sin olvidar la reparación que se merece la sociedad»⁶. Luego pues, según estos criterios el proceso penal se configurará en una *mise en scene* en la cual se expiará el dolor ciudadano por la vulneración de la Ley, para así reforzar en la mente de cada uno de los pobladores el hecho que la estructura axiomática que soporta a su sociedad —y por lo tanto su sociedad misma— están a salvo y más vigentes que nunca⁷. Hablamos en suma de una lección cívica: «Considerando esos primeros momentos en que la noticia de algún hecho atroz se difunde por nuestras ciudades y por nuestros campos; los ciudadanos se parecen a unos hombres que han visto caer el rayo a su lado; cada cual se encuentra lleno de indignación y de horror... He aquí el momento de castigar el crimen: no lo dejéis escapar; apresuraos a hacer que confiese y a juzgarlo. Levantad patíbulos, hogueras, arrastrad al culpable a las plazas públicas, llamad al pueblo a voces. Entonces, lo oiréis aplaudir la proclamación de vuestras sentencias, como la de la paz y de la libertad; lo veréis acudir a esos horribles espectáculos como al triunfo de las leyes»⁸.

Finalmente podemos decir que, a lo largo de la historia —con excepción de la Edad Media— el Proceso Penal ha sido considerado como un conflicto de intereses entre ciudadanos, quienes buscando satisfacer sus demandas apelan a sus conciudadanos (vecinos) para que emitan un juicio a favor de las mismas. Este criterio básico de Justicia Penal, consolidado en la actualidad, se dilucida mediante dos razones fundamentales. La primera tiene que ver con que el medio donde se desarrollan los conflictos de intereses es la propia *ciudad*, y es allí donde de manera idónea se puede resolver el conflicto, dada la proximidad de los agentes implicados y el contexto en el que se desarrolla la cuestión: «en todos los procesos criminales o de pena capital un hombre tiene derecho a

⁵ Calamandrei, Piero, *Proceso y Democracia*, ARA Editores, Lima, 2006. p. 30.

⁶ Bentham, Jeremy, *Tratados de Legislación civil y penal*, Editorial nacional, Madrid, 1981, pp. 307 y ss.

⁷ Stingo, Néstor Ricardo, *La dramática del juicio oral*, en Góñzáles, Daniel (editor), *La oralidad en el Proceso Penal*, Editora jurídica de Colombia, Medellín. 1995. p. 455.

⁸ Servan, Joseph Marie, *Discours sur l'administration de la justice criminelle* (1767), citado en Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI editores, Buenos Aires. 2002. p. 67.

[...] un juicio rápido por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad»⁹. La segunda se referirá a que las implicancias del delito trascienden a la esfera de lo privado y repercuten en la instancia pública por la *conducta peligrosa* que en potencia puede repetirse. Es bajo esta premisa que el Proceso está traspasado por la lógica social, siendo su esencia misma. Es por esto que en el ámbito procedimental al pasar los siglos y de las naciones se han establecido una serie de mecanismos que encausen el juzgamiento dentro del ámbito comunitario; ya no sólo en el espectro del Pensamiento Occidental, sino que inclusive encontramos rasgos de esta lógica en la propia Área Andina¹⁰. Estas herramientas expresadas en Principios Procesales estarán, luego, incorporados al movimiento conocido como Oralidad¹¹.

Los principios incorporados en el Movimiento de Oralidad serán: el Principio de Publicidad (que asegura la participación ciudadana en juicio); el Principio de Concentración y Continuidad de Juicio (que asegura que un Proceso deberá ser desarrollado preferentemente en un solo acto, sin que medie interrupción alguna); el Principio de Oralidad propiamente dicha (que destierra la posibilidad de actuación y deliberación en base de documentos escritos sin que sean dados a conocer la audiencia), entre otros¹².

Finalmente, debemos señalar que resulta evidente la necesidad de la ejecución efectiva de estos principios para administrar justicia con participación —y por lo tanto, impacto— social; de otro lado concordamos con Maier cuando señala: «es ridículo pensar seriamente que el público asistirá a un proceso por actos discontinuos y vertidos en actas escritas o llevados a cabo directamente por escrito, conociendo de antemano, incluso, que no sólo esos actos, sino también todos aquellos que el público no tuvo oportunidad de presenciar, ni derecho a asistir a ellos —por pertenecer a la instrucción—, pueden fundar la sentencia; (Por lo tanto), la única manera conocida de abrir el procedimiento penal a la apreciación popular —y con ello al control del público en general— es, sin duda, llevarlo a cabo en una o varias audiencias continuas hasta su terminación, concentrando sus actos y cumpliéndolos oralmente»¹³.

Desafortunadamente, en el ámbito de la justicia latinoamericana, y correspondiendo a una serie de malas prácticas judiciales que se han instalado en el seno mismo de la administración, según tratadistas como Zaffaroni la Oralidad y sus principios vienen ejecutándose en contra del espíritu que los anima, obviándose los fines que los inspiran hasta degradar la institución misma de la oralidad a una serie de actos rituales plagados de inconsistencias

⁹ Declaración de Derechos de Virginia (12/06/1776), sección 8.

¹⁰ Belan, César, *Aproximaciones al carácter oral y consuetudinario del Derecho en el Perú Prehispánico y su vigencia actual*, en *Revista de Derecho* núm. 8 - Año 7, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM, Noviembre 2013, pp. 157-181.

¹¹ Binder, Alberto, *El Juicio Oral* en Gonzáles, Daniel (editor), Opus cit. p. 272.

¹² Principio acusatorio; Principio de inmediación, Principio contradictorio, etc.

¹³ Maier, Julio, *Publicidad y oralidad del Juicio Penal*, en Gonzáles, Daniel (editor), *La oralidad en el Proceso Penal*, Editora jurídica de Colombia, Medellín, 1995, p. 46.

que no aseguran la mediación social en la administración de la justicia. Esto, obviamente, incidirá en una cada vez más acentuada brecha entre los operadores judiciales y la población misma, lo que será un aliciente para el descrédito y la deslegitimación posterior de la Administración de Justicia en nuestras sociedades. A este fenómeno de desnaturalización de los Principios Procesales se le llama comúnmente como Pseudo-oralidad¹⁴.

3. Técnicas, instrumentos y materiales de verificación

3.1 Aspectos generales

Ya en el ámbito específico de la Región Arequipa-Perú, y con el propósito de analizar los principios que integran el Movimiento de Oralidad en este ámbito, se decidió emplear tres herramientas orientadas a obtener información directa de los actores involucrados en el fenómeno de la Pseudo-oralidad del Juzgamiento.

Se aplicó una encuesta a la población mayor de 16 años para conocer su percepción de los Juicios Orales y su trámite, en especial aquellas facetas del proceso que tienen que ver con los principios estudiados. Asimismo se cuestionó también a la ciudadanía en lo referente a la Confianza que posee en su aparato judicial, y en el grado de identificación que mantiene con la Administración de Justicia. De igual forma, se aplicó una Ficha de Observación Instrumental y una Ficha de Observación de Expediente Judicial para el análisis de los Juicios Orales, teniéndose en cuenta el cumplimiento de los principios en los que se basa un Procedimiento Oral y cualquier otra incidencia que le ataña directamente. Finalmente se aplicó una entrevista a los once Magistrados que presiden los Juicios Orales en la CSJA, como a los que desempeñaban en las Salas de Apelaciones; mediante una serie de preguntas se buscó verificar la aplicación de los Principios que conforman la oralidad en el Juzgamiento, así también como el valor o importancia que los jueces concedían a la aplicación de los mencionados principios.

3.2 Población, muestreo y recojo de datos

Como población de Interés se tomó en cuenta a las personas con edades entre los 16 años y 80 años, residentes en la provincia de Arequipa; esto de acuerdo al art. 358 del NCPPr que dispone que se abstendrán de asistir a los juzgamientos los menores de 12 años de edad. Consideramos asimismo ese rango, entendiendo que la edad idónea para la participación como asistentes en los procesos es de los 16 a los 80 años, en vista de la madurez psicológica y los conocimientos previos que se requieren para poder aprovechar dicho acto. También se atendió al hecho que los escolares que cursan el Cuarto Año de Educación Secundaria Regular —que en promedio tienen 16 años— han recibido los contenidos educativos pertinentes en el curso de Formación Ciudadana y Cívica según el Diseño Curricular Nacional— 2012 (DCN)¹⁵.

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Sistemas penales y DDHH en América Latina. (Informe Final 1982-1986)*, Instituto Interamericano de DDHH, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 157.

¹⁵ Ministerio de educación, *Diseño Curricular Nacional (DCN) – versión 2012*.

El tamaño de la muestra fue de 118 encuestas. Se utilizó como marco muestral el número de Ciudadanos en Ejercicio según RENIEC y ONPE en el distrito de Arequipa Metropolitana¹⁶. Se realizó un muestreo con un 95% de confianza con un margen de error del 6%. Se realizó un muestreo de tipo probabilístico, y se seleccionó una muestra aleatoria distribuida por distrito de origen, según datos proporcionados por el Instituto de Estadística e Informática (INEI)¹⁷. El objeto de esta distribución por distritos se justifica al considerarse en el marco de la investigación algunos criterios de análisis como la «distancia» y el «sector socioeconómico» a los que corresponden los encuestados. Se ajustaron los porcentajes a la unidad, nivelándose hacia arriba si el decimal era mayor o igual a 5, o hacia abajo según correspondiese. Asimismo se asignó los números restantes teniendo en cuenta los lugares con mayor densidad poblacional. Asimismo se prescindió de aquellas poblaciones cuyo índice no llegaba al 1%.

Para establecer el criterio de «sector socioeconómico», se procedió a hacer equivalente el sector socioeconómico preponderante en la localidad específica a la que pertenece el encuestado (distrito), con dicho participante. Se tuvo en cuenta los datos proporcionados por el *Informe sobre desarrollo humano-Perú 2009*, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)¹⁸ y el nivel socioeconómico de la Provincia¹⁹ para encontrar el índice de Nivel Socioeconómico por distrito. Se calculó la diferencia entre el índice del distrito de mayor IDH y el de menor desarrollo de la muestra (Yanahuara y San Juan de Tarucani). Debido a que se buscó estratificar a los distrito en cinco niveles socioeconómicos (A, B, C, D, E), se dividió la diferencia entre ese número, para posteriormente elaborar un rango restando el producto al puntaje superior, obteniéndose los siguientes rangos de distribución (A: 0.7202/0.6953; B: 0.6952/0.6704; C: 0.6703/0.6454; D: 0.6453/0.6205; E: 0.6204/0.5960).

Posteriormente se asignó el coeficiente socioeconómico preponderante a todos los encuestados de un mismo distrito.

Asimismo, para establecer el criterio «distancia», que alude al espacio que separa el distrito a donde pertenece el encuestado con respecto la Sede Judicial ubicada en el distrito de Arequipa

Ministerio de Educación. Lima. 2012, pp. 409 (482).

¹⁶ Ciudadanos en Ejercicio según RENIEC y ONPE en el distrito de Arequipa Metropolitana. Consultado en <http://www.elecciones2011.onpe.gob.pe/resultados2011/2davuelta/> el 21 de junio de 2011.

¹⁷ INEI, Sistema Estadístico Regional, Arequipa —Compendio estadístico (2008 – 2009), Oficina departamental de Estadística e Informática— Arequipa, Versión – CD, Arequipa, 2009.

SOTO, Gloria, Arequipa en Números —2009, Universidad Católica de Santa María— CICA, Arequipa, 2009, pp. 168.

¹⁸ Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD), Informe sobre Desarrollo Humano – Perú 2009. Por una densidad del estado al servicio de la gente. Parte I: Las brechas en el territorio, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)/Oficina del Perú, Lima, 2009, pp. 290.

¹⁹ Asociación peruana de empresas de investigación de mercados (APEIN), Niveles socioeconómicos 2007-2008, Consultado el 01/07/13 en:

<http://es.scribd.com/doc/12594577/peru-niveles-socioeconomicos-20072008>

(cercado), se elaboraron dos diagramas considerándose tres rangos: uno de «proximidad baja», que corresponde a los distritos más alejados de la sede judicial y que normalmente concentran todos los distritos rurales; otro de «proximidad media», que reúne los distritos que se encuentran en la periferia de la metrópoli; y finalmente, el de «proximidad alta» que contiene a todos los distritos que colindan con el Cercado de la ciudad, o que poseen Módulos Descentralizados de Justicia.

Finalmente, para definir el rango de edades que conformarían el criterio «edad», se utilizó la metodología utilizada en Argentina por la Escuela de Derecho de la Universidad de Torcuato Di Tella, FORES y la Fundación Libertad²⁰. Esta corresponde a establecer períodos conforme a los siguientes sub-rangos representativos de edades: 16 a 28; 25 a 39; 40 a 59; 60 a más años.

Previo al recojo, se procedió a aplicar una Encuesta Piloto a cinco personas. Dicha encuesta facilitó el muestreo, proveyendo de datos que permitieron tomar la muestra según la fórmula estadística propuesta. La recolección se llevó a cabo mediante la toma asistida de encuestas utilizando un cuestionario estructurado, en los alrededores de la plaza central y/o el local de la Municipalidad de los diferentes distritos. El tiempo aproximado que tomó el levantar cada encuesta fue el de alrededor de tres minutos.

3.3 Análisis observacional de los Juicios Orales

De acuerdo con los fines de la investigación el objeto de estudio recayó también sobre los Juicios Orales Penales llevados a cabo en la CSJA entre el 03 de enero del 2011 y el 31 de diciembre del mismo año (año judicial 2011). Dado que dicha población es homogénea, se tomó una muestra no probabilística sobre la base del 25% del Universo, es decir una tasa mensual promedio de 142 Juicios Orales a efectuarse en la Sede Central de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. El marco muestral (promedio de Juicios Orales a llevarse a cabo en nuestra ciudad) fue tomado según la media que maneja la Administración del Módulo de Justicia de la Corte Superior de Arequipa. El resultado al que se arribó fue al de una muestra de 28 Juicios Orales a ser observados. Se analizaron todos los Juzgamientos llevados a cabo entre 08 de agosto y el 10 de octubre del 2011 mediante una ficha de Observación Instrumental en el que se daba cuenta de las incidencias de cada una de las audiencias, para lo que se asistió de forma íntegra a ellas.

Asimismo, mediante una Ficha de Observación de Expedientes Judiciales se completó la información sobre el desarrollo de

²⁰ Spector *et alii*, *Índice de Confianza en la Justicia*. Universidad Torcuato Di Tella, Fores, Foro de estudios sobre la Administración de Justicia y Fundación Libertad, Argentina, 2007. p. 1-8. Citado en Poder Judicial de la República de Costa Rica, Encuesta para medir el índice de Confianza Judicial en la sociedad costarricense - Medición enero 2012. Consultado el 11/04/13 en: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/transparencia/encuesta/2012/>

la Etapa de Juzgamiento, en especial en lo que respecta al tiempo que medió entre las audiencias, y entre estas y el dictado de sentencia.

3.4 Entrevista

Como se ha tratado anteriormente, una de las más grandes dificultades para la implementación del sistema oral en nuestra ciudad, con ocasión de la entrada en vigencia del NCPPrP es el cambio de paradigmas. Este pasa justamente con la asimilación, por parte de los operadores del derecho —y en especial los jueces—, de los criterios que inspiran y los fines que buscan todos y cada uno de los procedimientos prescritos por la ley²¹. En esta línea es que se consideró importante el tomar contacto con los criterios y paradigmas de los magistrados que tienen a su cargo la Etapa de Juzgamiento en Arequipa, así como también de sus superiores, los Vocales integrantes de la Sala de Apelaciones (cuyo proceder también se rige en parte por los criterios de oralidad). La herramienta idónea fue una entrevista a los señores magistrados de la CSJA; esta constó de 14 preguntas, propuestas a los señores magistrados en diferentes sesiones que realizadas desde el 26 de agosto al 20 de octubre de 2011. La participación de los magistrados en la investigación fue casi total, ya que de los 11 magistrados que se proyectó entrevistar, sólo uno —el Dr. Oscar Bejar Pereyra²²— se rehusó a contestar el cuestionario propuesto, a pesar de los reiterados pedidos que para tal fin se le hicieron.

4. Resultados

En tanto el análisis de la Oralidad en la Etapa de Juzgamiento, en Arequipa debemos decir lo siguiente: Como se ha definido en líneas anteriores, la Oralidad es entendida por la mayoría de los tratadistas como un movimiento más que como un principio. Este movimiento, cuyo fin último es el de desarrollar una aparato de justicia *en sociedad*, estará conformado a su vez por una serie de principios, como son los de Publicidad, Inmediación, Oralidad propiamente dicha, Continuidad y concentración de juicio y acusatorio; todos ellos orientados a garantizar el desarrollo de un proceso penal de plena participación ciudadana²³.

Según lo proyectado se dispuso estudiar en el ámbito de la CSJA la aplicación concreta de algunos principios del Movimiento de Oralidad; principios que, según la hipótesis, son susceptibles de ser desnaturalizados degenerando así en meros dispositivos rituales o burocráticos. A este fenómeno se le ha denominado comúnmente como "Pseudo-oralidad"²⁴.

²¹ Véase Coaguila, Jaime, *Nuevo Código Procesal Penal, ¿Ley importada o mestizaje jurídico?* pp. 4. Consultado el 05/05/13 en: <http://www.jaimecoaguila.net/archivos/articulo27.pdf>

²² En ese entonces presidente de la Primera Sala de Apelaciones.

²³ Binder, Alberto, Op. cit, p. 272.

²⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Op. cit, p. 157.

4.1 Análisis del Principio de Publicidad en Arequipa

El Principio de Publicidad tutela, fundamentalmente, la potestad de la ciudadanía de participar como espectador de los procesos penales llevados a cabo en el país. Esto tiene como objetivo el posibilitar la valoración y crítica de las resoluciones judiciales, ejerciendo de este modo una suerte de control indirecto sobre el Aparato de Justicia²⁵.

Sin embargo, comúnmente, se ha reducido el papel de la Publicidad de los procesos penales a la mera «posibilidad» de asistencia a dichos procesos, es decir se atenía simplemente a desarrollar los juicios «a puerta abierta». Sin embargo, entender este principio de manera restringida provoca, entre otras cosas, la nula participación de la ciudadanía en los procesos judiciales, ya que el acceso del público se verá mediado por muchos obstáculos —objetivos y subjetivos—; obstáculos que la Administración de Justicia multiplica muchas veces, sin observar el perjuicio que esto acarrea para la consecución de los fines del principio de Oralidad.

Particularmente, en Arequipa, se ha podido constatar que la incidencia de vulneración al Principio de Publicidad —entendido de manera estricta— es muy baja. Tomando como base el íntegro de los procesos analizados, se ha observado que ninguno de ellos se desarrolló a puerta cerrada sin razón legal aparente. Por otro lado, el testimonio brindado por las encuestas es menos favorable. Del total de personas que aseguraron haber asistido a por lo menos un juzgamiento, el 25% refiere haber sufrido algún tipo de restricción al tratar de ingresar al juicio. A pesar de esto, y en líneas generales, se puede afirmar que en la actualidad se garantiza el Principio de Publicidad, entendido como la «posibilidad abstracta de asistir a un juzgamiento».²⁶

Sin embargo, y a pesar de que la posibilidad de asistir a un proceso penal está garantizada para la ciudadanía, buena parte de esta (16.10%), considera que el acceso a un Juicio oral en calidad de espectador, está absolutamente restringido; y una mayor cantidad de encuestados (25.42%) afirma que en muchos casos es imposible acceder a la Etapa de Juzgamiento como público. Esta sensación se acentúa si el encuestado es mujer (11.02%), corresponde a un menor sector socioeconómico (41.63%), o según tenga mayor edad (50%).

El autor considera que la disparidad existente entre los datos sobre Publicidad real, y la percepción que mantiene la población sobre esta, se debe fundamentalmente a la existencia de algunas situaciones y/o prácticas que obstaculizan indirectamente el acceso al juicio como espectador, y que vulneran al Principio de Publicidad en tanto atentan contra sus fines. Es así que, del total de asistentes a Juicio oral consultados, el 56.25% de ellos afirman haber tenido que sortear una serie de obstáculos para presenciar

²⁵ Tiedmann, Klaus, *Principios Procesales de la Vista Principal (Máximas estructurales)*, en *Introducción al Derecho Penal y al Procesal Penal*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 77-91.

²⁶ *Ibidem.*, p. 77-91.

el juicio, sufriendo así de manera indirecta una vulneración contra el Principio de Publicidad. Esto además se corrobora del hecho que, las personas que manifiestan haber sufrido mayor número de obstáculos (Sector «D» – «E» /40 a 59 años de edad) pertenecen al mismo grupo de encuestados que considera que la Etapa de Juzgamiento es cerrada al público.

Así pues, entre los obstáculos más relevantes que han sufrido los encuestados, se pueden citar, sobre todo, a la necesidad de «solicitud de permisos previos» (46%); la «hostilidad de los vigilantes y/o funcionarios» (23%) y a la «falta de asientos disponibles» (16%).

Sobre este último punto, además de los datos vertidos por los encuestados, la «falta de asientos disponibles» constituiría un obstáculo a tomarse en cuenta según los datos proporcionados mediante la observación. Por ella se ha podido corroborar que el espacio asignado a los espectadores resulta muchas veces insuficiente, sobre todo en los casos de mayor impacto social, como son los procesos promovidos contra funcionarios públicos. Aunque se han constatado muchos procesos donde la concurrencia es casi nula, y en líneas generales se utiliza tan sólo el 52% de los asientos asignados al público, se dan casos (18%) en los que los asistentes a un Juicio oral no pueden conseguir espacios debiendo retirarse de la sala: Esto, obviamente, constituye una restricción indirecta al Principio de Publicidad.

Cabe resaltar además que a pesar que no todos los procesos promovidos concitan igual cantidad de público no se ha podido verificar la existencia —o el cumplimiento— de alguna directiva administrativa que discriminara la utilización de las Salas de Audiencias por el número estimado de asistentes.

De otro lado, a pesar de las cifras antes mencionadas, en lo referente a la opinión de los señores magistrados cabe resaltar que todos ellos coinciden que el espacio destinado para el público es más que suficiente. Solamente dos de los once magistrados entrevistados —el Dr. Arce Villafuerte y la Dra. Coronado Salaverry— aludieron a la posibilidad de un eventual cambio de Sala de Audiencia, teniendo en cuenta una mayor afluencia de público por tratarse de un caso sonado. Otros jueces, como en el caso del Dr. Huanca Apaza, afirmaron que *en realidad, no se había puesto a pensar en ello*.

Más sorprendente resulta el hecho que algunos magistrados no consideran relevante o importante la participación de la ciudadanía en los procesos. Así pues, ante la pregunta: «¿Considera como relevante la presencia del público para el desarrollo del Juicio Oral?» algunos magistrados respondieron que «consideraban importante la asistencia del público en cuanto ciudadano, pero no en tanto juez; y que la presencia de público no resultaba relevante para el proceso». Por otro lado, algunos jueces otorgaron mucha importancia a la asistencia de la ciudadanía como espectadores, definiendo incluso algunas de las consecuencias concretas que se extraen de su participación. Así pues, la Dra. Magallanes

Rodríguez afirmó que «de esa manera se evita el secretismo, y se atenúa la suspicacia de la población. A manera de ejemplo, sería interesante una buena asistencia en las audiencias de robos agravados; puesto que la ciudadanía endosa los errores del sistema penitenciario a la Administración de Justicia Penal, ya que se cree que en estos delitos —tan sensibles para la población— impera la impunidad». De igual opinión fue el Sr. Juez de Apelaciones Cornejo Palomino quien señaló que la asistencia de la población a los Juicios Orales «es muy importante para que puedan comprender todo el Poder punitivo. Donde comienza y acaba nuestra función. Varias personas desconocen la función del Sistema penitenciario o la función preventiva de la pena».

Entre otro de los obstáculos que se han observado podemos nombrar a la «falta de señalización adecuada». Así pues, en todo el local de la CSJA se aprecian numerosos «carteles provisionales» que contrarían la información que brindan los letreros permanentes. A su vez estos «carteles provisionales», además de causar confusión en cualquiera de los asistentes a juicio por poseer información muchas veces contraria a la que muestran los paneles permanentes, no transmiten una impresión de confiabilidad en sus datos puesto están elaborados de manera rústica: hechos en cartulina o papel, están muchas veces escritos a mano y han sido colocados de cualquier manera en las paredes de los recintos judiciales). Asombrosamente, estos paneles y/o carteles que a todas vistas parecen provisionales por su confección (de allí el epíteto dado en esta investigación) vienen permaneciendo alrededor de un año en el local de la CSJA.

De igual manera, y también vulnerando la accesibilidad, se ha podido observar que el rol de audiencias proyectadas para cada día adolece también de los defectos antes citados: rol de causas expuesto en un periódico mural de tipo escolar; impreso en un papel A4 simple, en letra Arial N° 10; colocado a contraluz dificultándose así su lectura.

La población por su parte percibe una serie de obstáculos para ingresar a la corte. El 22.03% considera que son «muchos» los obstáculos existentes y el 56.78% señala que son «algunos», por otro lado tan sólo el 17.80% considera que son «pocos» los obstáculos existentes, en tanto que únicamente el 0.85% considera que no existe «ningún» obstáculo para ingresar a una audiencia de Juicio Oral. Esta percepción negativa sobre los obstáculos existentes, se acentúa a medida que el encuestado pertenezca a una menor escala socio-económica, pertenezca al sexo femenino, y/o tenga más de 40 años de edad.

4.2 Análisis del Principio de Concentración y Continuidad en Arequipa

El movimiento de Oralidad, orientado hacia una justicia participativa y desarrollada desde el seno mismo de la sociedad, está conformado por una serie de principios que, justamente, le permiten alcanzar sus fines. Uno de los más importantes de dichos

principios es el de Concentración y Continuidad de juicio. Éste postula que la etapa de Juzgamiento se tiene que llevar a cabo en un solo acto, para lo cual se debe desarrollar de manera continua y concentrada. El objetivo último de éste principio es el de promover un proceso susceptible de ser presenciado por la ciudadanía, en términos de tiempo razonable. Luego, será impensable pretender que un proceso judicial extendido indefinidamente en el tiempo será idóneo de ser atendido por la población²⁷.

La aplicación de este principio resulta de capital importancia para la implementación de una justicia participativa. Uno de los principales obstáculos que separa a la actual administración de Justicia con la ciudadanía —tal como lo señalan los promotores de la justicia paralela en el país, llámese «linchamientos», «justicia popular», etc.— es la inaccesibilidad tanto espacial (distancia), formal (diferencias discursivas), como temporal (excesiva dilatación de los procesos)²⁸.

Los habituales cauces por los que se vulnera la concentración y continuidad de juicio son los siguientes: En primer lugar es posible citar a las intervenciones inadecuadas (al proceso) de los diferentes actores procesales, en especial los abogados defensores y los fiscales. Estas intervenciones impertinentes, reiterativas e inconducentes²⁹, dilatan innecesariamente la consecución natural del juicio y entorpecen su desarrollo, prolongándolo innecesariamente. De otro lado, un prolongado lapso entre audiencias, o entre audiencia final y sentencia, necesariamente impiden la participación de los asistentes de principio a fin en la etapa de juzgamiento, ya que cualquier proceso de tales características —descontinuo— perdería atractivo para el ciudadano promedio.

Así pues, consideramos que este principio procesal busca fundamentalmente:

a) No extender los períodos entre audiencias para permitir al juzgador la retención de los hechos actuados en ella. Sobre este punto en particular es posible establecer que, si bien la psicología y la neurociencia en específico han establecido que el rango promedio de retención íntegra de un hecho en la memoria de corto plazo no sobrepasa los 4 días, y la significativa no sobrepasa una semana³⁰, este criterio —obviamente— se aplica exclusivamente a los días naturales. Es así que, contabilizándose los períodos entre

²⁷ Schmidt, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 12.

²⁸ Pajuelo, Ramón, *No hay ley para nosotros. Gobierno local, sociedad y conflicto en el Altiplano: El caso Ilave*, IEP, Lima, 2009, pp. 373; SANTILLÁN, Alfredo, *Linchamientos urbanos. "Ajusticiamiento popular" en tiempos de la seguridad ciudadana*, en Iconos. Revista de Ciencias Sociales. Num. 31, Quito, mayo 2008, p. 67; Lossio, Felix, «Ahí sí hubo justicia»: *linchamientos en el Perú actual*, en Debates en Sociología, núm. 33, 2008, p. 19.

²⁹ Vid. Monroy Galvez, Juan, *Conceptos Elementales del Proceso Civil*, en *comentario al Código Procesal Civil*, Vol. 1, Trujillo-Perú, 1995.

³⁰ Para una aproximación suscita sobre la relación entre memoria, cognición y toma de decisiones, véase Brunner, Jerome y Luria, Alexandre, *The mind of a Mnemonist*, Harvard University Press, Cambridge, 1987. pp. 192.

audiencia —y entre audiencia final y sentencia— en días hábiles, se abarca usualmente más tiempo que el previsto en la norma —7 días— tiempo de difícil retención de los hechos en la memoria.

b) Asimismo, la otra finalidad del principio es la de interrumpir el juicio —cuando sea estrictamente necesario— reanudándolo siempre en el menor tiempo posible; ya que la solución de continuidad entre audiencias atraerá al público que asista a una de ellas a que siga observando el resto de las audiencias, hasta la final. Sólo así se posibilitará una real participación de parte de la ciudadanía.

c) Además, en el caso de la expedición de una sentencia inmediata al debate, se busca evitar cualquier suspicacia sobre el fallo dado que este debe emerger únicamente de lo planteado den la audiencia. *Contrario sensu* la ciudadanía podría percibir —tal como lo hace un gran sector— que la sentencia responde a intereses o juicios extraños al desarrollo del proceso, lo que genera una evidente desconfianza en la ciudadanía³¹.

En el ámbito judicial arequipeño es posible observar que las audiencias observadas se han desarrollado mediándose un intervalo de promedio de 5.2 días hábiles y 6.8 días naturales. A pesar de lo evidente que resultan las numerosas interrupciones y el prolongado lapso que media entre las audiencias, siendo que el NCPP permite excepcionalmente la interrupción de las audiencias hasta por 8 días hábiles³², podemos manifestar que éstas están amparadas por la normatividad.

Asimismo, en tanto el plazo que media entre la última audiencia y la expedición de fallo podemos decir que los datos arrojados por la encuesta reflejan que las personas que han participado en un Juicio Oral consideran que entre ambas actuaciones media un promedio de 6.15 días, criterio que por otra parte coincide con la cifra que se extrajo de la observación de los Juicios Orales, en tanto el conteo en días naturales (7.49 días).

Resulta pues evidente que no resulta idónea la contabilidad de los días que median entre las audiencias y entre la audiencia final en días hábiles, ya que estos no corresponden al uso y a la necesidad del ciudadano sino responden a las necesidades administrativas y burocráticas del aparato del Estado. Así pues, nos atrevemos a señalar que el hecho que muy pocos encuestados (19%) manifestaron haber participado íntegramente en una etapa de juzgamiento (llámese todas las audiencias y el dictado de sentencia) obedece a esta práctica.

Otro factor negativo para la afluencia de público en el juicio oral es que éste se realice en numerosas audiencias, por lo general, de breve duración. Por las razones antes mencionadas, y tal como establece la doctrina, el Juicio oral se debe dar —preferentemente— en un solo acto y desarrollar «hasta que las circunstancias de

³¹ Gonzáles, Daniel, Op. cit., p. 25.

³² Art. 360, núm. 3.

la hora lo hagan imposible»³³. Al referirse sobre esto, se considera actualmente que en el ámbito judicial arequipeño se está mal interpretando este criterio, llevándose a cabo audiencias de Juicio Oral de poco tiempo, por el predominio del criterio administrativo-burocrático en la organización de los horarios. Hablamos pues de juicios desarrollados en un sinnúmero de audiencias (4.26 en promedio) de escasa brevedad (de 1 h. promedio).

Asimismo, se hace notar que los propios magistrados encargados de presidir el juicio oral, en su totalidad coinciden que el número de suspensiones del juicio oral es muy alto. Es así que, según testimonian, de cada 6 audiencias por lo menos 3 son frustradas por la presentación de Certificados Médicos o por las inasistencias de las partes; esto ocurre, inclusive, a pesar de los esfuerzos que ellos realizan —según señalan— para evitar estas interrupciones, como son el nombramiento de curadores.

Esto permite concluir que la ciudadanía —ente hacia la que se orienta la aplicación de estos principios— le es totalmente ajena una contabilidad de plazos en días hábiles, máxime si se tiene en cuenta a los integrantes del público, es decir un ciudadano común y corriente que está fuera de la relación jurídico procesal. Así pues el autor afirma que el espectador del proceso no se rige —ni tendría por qué regirse— por los particulares criterios organizacionales de la Administración de Justicia ya que estos responden a unos fines administrativo-burocráticos que son ajenos a los intereses del común de la población; ciudadanía que está en teoría por encima de los aspectos meramente administrativos.

En cuanto al análisis de las actuaciones inadecuadas en la Etapa de Juzgamiento se obtuvo a los siguientes resultados: se contabilizaron 21 de ellas, incurriéndose en casi una actuación inadecuada por cada dos juicios (0.35). Se habla pues de un 75% de las audiencias en los que se puede constatar la actuación de por lo menos una Intervención Inadecuada. Del total de las Intervenciones Inadecuadas correspondió el 43% a actuaciones o argumentos inconducentes (es decir aquellos que por su naturaleza no pueden sustentar lo que se está afirmando); el 33% a actuaciones o argumentos reiterativos (es decir aquellos que han sido tratados anteriormente, no son punto de controversia, o han sido materia de acuerdo probatorio); el 19% correspondió a actuaciones o argumentos impertinentes (aquellos que están referidos a algo no tratado o discutido en el proceso)³⁴; y finalmente el 5% correspondió a otras actuaciones inadecuadas, en las que predominó los argumentos o disquisiciones *ad misericordiam*. Del total de Intervenciones Inadecuadas sólo el 43% fueron amonestadas por los magistrados que presidieron los debates. Así pues se deduce que el criterio judicial, en su mayoría, privilegia el Derecho de Defensa —inclusive si se incurre en un flagrante abuso— ante el Principio de Concentración y Continuidad de juicio.

³³ Manzaneda Mejía, Jesús y otro, Op. cit., en Gonzáles, Daniel (editor), Op. cit., p. 54.

³⁴ Vid. Monroy Galvez, Juan. Op. cit.

En suma se evidencia así una mala praxis en los operadores del derecho —tanto los abogados defensores como los fiscales— quienes por desconocimiento o dolosamente despilfarran el tiempo de los implicados en el proceso, de la Administración de Justicia, y finalmente de los espectadores del proceso, sin razón justificada y abusando el Derecho de Defensa o de las atribuciones constitucionales (en el caso del Ministerio Público).

De otro lado, en tanto la percepción ciudadana sobre la concentración y continuidad de juicio, se advierte que en términos generales la población posee una mala imagen de la administración de justicia en ese aspecto. A pesar que las cifras de análisis de los procesos no son alentadoras, el juicio que hace la ciudadanía al respecto es más sombrío que el real. Así pues, si el estudio de los procesos evidencia que el promedio de tiempo transcurrido entre audiencias es el de 5.4 días naturales, según la opinión de la mayoría de los encuestados el tiempo transcurrido entre audiencias será de 7 días a más. A pesar que es posible atribuir esta percepción negativa exagerada a la reciente implementación del NCPP, y a que aún permanece en el recuerdo de muchos ciudadanos el antiguo modelo sumario, el autor considera también que la ponderación negativa que realiza la población tiene un correlato real en los muchos días que, en la actualidad, median entre audiencia y audiencia (aproximadamente 5.4); período que, si bien no excede el plazo legal, es excesivo para cumplir los fines del principio.

Ya analizando estos datos por población específica, es de advertir que, si bien todos los sectores socioeconómicos coinciden en que entre audiencias mediará 7 días o más, los sectores más desfavorecidos («D»; «C») se inclinan por alto porcentaje (75%) por esta posibilidad. Por contraste, el más alto porcentaje de la población que afirma que el juicio es inmediato, y se celebra en un solo día pertenecerá al sector «A».

Por otro lado, más de la mitad de los encuestados (50.83%) considera que el tiempo que se tarda la administración de justicia en pronunciar sus sentencias es *demasiado*. Este criterio, más allá de expresarse en términos eminentemente subjetivos se encuentra en concordancia con los datos que nos brinda la observación de juicios y los testimonios de los encuestados que —efectivamente— participaron en un juicio oral hasta el momento de dictarse el fallo, ya que según esta información el promedio de tiempo tomado para emitirla resolución final fue de 7.29 días naturales. De cualquier modo, en ambos casos se observa que el lapso que toman los magistrados para emitir sentencia es excesivo, ya sea atendiendo al tiempo que realmente pueden dedicar los espectadores por asistir a un juicio oral, como el que se refiere a la capacidad mnemotécnica de los involucrados.

Como es usual, según el desagregado de datos, se observan que la percepción negativa aumentará según provenga de los sectores socioeconómicos menos favorecidos. De similar manera ocurrirá según el rango por edades. Así pues, según aumente el promedio de edad la percepción negativa de incrementará proporcionalmente.

4.3. Análisis del Principio de Oralidad propiamente dicho, en Arequipa

Como se ha citado en líneas anteriores, los tratadistas diferencian al Principio de Oralidad como movimiento —es decir aquel nombre bajo el cual se agrupan numerosos principios como son los de Publicidad, Inmediación, Concentración y Continuidad, etc.— y el Principio de Oralidad propiamente dicho, que vendría ser uno más de estos principios integrantes del Movimiento de Oralidad. Se entiende por Principio de Oralidad propiamente dicho, a aquellos criterios rectores del proceso que tienen que ver con la utilización de la palabra oral —*a viva voce*— en el juicio, como medio único de desarrollo de la contienda. Este criterio, a su vez, tiene fundamento en el hecho que sólo mediante la palabra hablada se podrá desarrollar cabalmente una *disputa dialéctica*, es decir la susceptible de ser aprehendida por la población asistente. Se confirma así el fin último del Movimiento de Oralidad que será el promover una administración de justicia surgida *en sociedad*, y dirigida *hacia la sociedad*.

Efectivamente, este principio buscará minimizar las actuaciones escritas o grabadas (en medios magnetofónicos), o reducir su papel a una actividad de soporte de archivo, en otras palabras no tendrá otra finalidad que dejar evidencia de la parte medular tratada en juicio. Por otra parte la actividad procesal propiamente dicha será realizada únicamente por vía oral.

El análisis de este apartado, ya en el contexto de la administración de justicia arequipeña, se realizó fundamentalmente sobre las entrevistas realizadas a los señores magistrados. Las preguntas que, sobre este punto se plantearon en la entrevista a los magistrados fueron la p. 11: «¿Logra Ud. recordar lo alegado entre audiencias suspendidas sin recurrir a lo escrito?», la p. 13: «¿Solicita Ud. se transcriban las cintas magnetofónicas?»; y finalmente la p. 14: «¿Utiliza como elemento de apoyo para la elaboración del fallo las transcripciones de las cintas magnetofónicas? ¿Con cuánta frecuencia?»

De lo expresado por los señores magistrados, se puede observar que todos solicitan que se transcriban las cintas magnetofónicas. Los magistrados de Juicio Oral, sin embargo, afirman que recuerdan muy bien lo ocurrido en juicio y que fallan de acuerdo a los apuntes que toman de lo actuado en audiencia. Sólo excepcionalmente —señalan— se basan en las transcripciones o en las grabaciones (CD's). Esto, evidentemente resulta muy peculiar dado que, teniendo en cuenta el enorme trabajo y el tiempo que implica la transcripción de las cintas para los auxiliares jurisdiccionales, es absurdo que se soliciten elaborar estas transcripciones sin tener un uso real, ya que —como lo han expresado los propios magistrados— no necesitan de estas ayudas para emitir su fallo. Observación aparte merecen los integrantes de la Sala de Apelaciones que, al no tener contacto inmediato con lo actuado, se puede justificar el uso que los magistrados hacen de las transcripciones o las grabaciones de los juicios orales. Esto, de otra parte, está previsto por la doctrina y es una práctica aceptada normalmente.

Se evidencian, por tanto, algunas prácticas de carácter escritural, dado que a pesar que los jueces señalen que no utilizan las transcripciones de los juicios orales para su deliberación, el hecho que se invierta un gran número de horas y capital humano y económico muestran que éstas transcripciones juegan —o son susceptibles de jugar— un papel importante en la elaboración de los fallos.

5. Conclusiones

1. Producto de la presente investigación, se ha podido verificar la existencia de actos de Pseudo-oralidad en los Juicios Orales llevados a cabo en la CSJA, en un número considerable:

- Existe un abuso del margen excepcional otorgado por el NCPP para la interrupción del juzgamiento, por parte de los magistrados encargados; en vista a que casi la totalidad de los procesos se realiza con un intervalo promedio de 5 días hábiles, y 7 días naturales.

- No se está cumpliendo lo dispuesto por el NCPP en cuanto la deliberación y expedición del fallo. Siendo que esta norma considera como plazo máximo el de 2 a 3 días, en la práctica este se dicta en 6.15 días naturales en promedio.

2. De otro lado se ha evidenciado una serie de obstáculos que, de manera indirecta, impiden el ejercicio pleno de la participación ciudadana en los juicios, y afectan de otro lado al Principio de Publicidad. Estos son: excesiva formalidad en el ingreso; hostilidad de parte de los vigilantes y funcionarios encargados; y mala señalización.

3. Se ha constatado además que la presencia ciudadana en las Salas de Audiencias es casi nula, siendo la afluencia a esta —considerando a los asistentes relacionados a las partes— del orden de 1.62 personas por audiencia.

4. De otro lado, se evidencia que existe un deseo latente y expreso, por parte de la ciudadanía, para asistir y participar de la Etapa de Juzgamiento. Así pues el 43 % de los encuestados se muestra comprometido y solícito a participar en el Juicio Oral como espectador, frente al 20 % que afirma estar desinteresado en cuanto la asistencia a los procesos.

5. Se ha observado, a lo largo de toda la investigación, que los sectores más desfavorecidos se muestran más críticos con respecto al rol que actualmente juega la Administración de Justicia en Arequipa. Por otro lado, son justamente estos sectores los que se muestran más dispuestos a participar activamente en la vida pública en el ámbito judicial, concretamente mediante la asistencia como espectadores a los Juicios Orales.

6. Sugerencias

1. Se considera imperativo, por los elementos aportados por la presente investigación, la modificación de los plazos de Juicio Oral, debiéndose corregir, por tanto el articulado del NCPPrP de la siguiente manera:

En un primer acápite (art. 360 núm. 3) Donde dice: «La suspensión del juicio oral no podrá exceder de ocho días hábiles...». Debería modificarse por: «La suspensión del juicio oral no podrá exceder de siete días naturales...».

Y en un segundo punto (art. 396 núm 2) donde se menciona: «Cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, (...), la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes comparezcan». Debe modificarse: «...se llevará a cabo en el plazo máximo de los siete días naturales...» donde corresponda.

2. Asimismo, se ve por conveniente sugerir la implementación de un sistema de difusión de la CSJA de los juicios, en señal abierta y en radiodifusoras. Asimismo, la creación de una jefatura de difusión de los Juicios Orales, dependiente de la sección de Relaciones Públicas de la CSJA. Ella a la vez debe estar conformada por un especialista en comunicaciones con experiencia en producción de televisión; por un técnico camarógrafo, un técnico editor, y un técnico sonidista. Deberá, además, estar implementada por una isla de edición, dos juegos de cámara y aparatos de sonido e iluminación pertinentes. Se deberá firmar convenios con los canales locales de señal abierta y las radiodifusoras locales para permitir la difusión de los procesos, luego de —por medio de un sondeo de opinión y mercado respectivo— ofrecer a las mismas un producto de alto consumo en el medio.

3. Es preciso, además, un mejor acondicionamiento de una sala de audiencias; y sobre todo la construcción de un auditorio con capacidad para 1000 personas en la zona de más fácil acceso de la corte, con el objeto de llevar a cabo los procesos de gran relevancia social, como son aquellos que involucran funcionarios públicos, personajes públicos, casos de importancia mediática y los que corresponden a crímenes de gran impacto social, ya sea por el desmedro que provocan en ésta o por la alta pena que implican (parricidios, robos agravados, etc.).

4. Debe asimismo promoverse en sede judicial, el análisis de las relaciones existentes con la ciudadanía, como también las causas de la escasa concurrencia de esta a los Juicios Orales, entre muchos otros fenómenos. Para lo cual se sugiere la creación de una oficina relacionada con la Jefatura de Imagen Institucional Y Relaciones Públicas de CSJA, como del Órgano de Estadística e Investigación; esta dependencia deberá tener en sus funciones el monitoreo constante de la opinión pública y los Índices de Confianza y Credibilidad del PJ en Arequipa, para proyectar medidas que contribuyan a estrechar vínculos entre la ciudadanía arequipeña y su Administración de Justicia.

LA EDUCACIÓN SEGÚN T.S. ELIOT (UN FACTOR DETERMINANTE)

JUAN CARLOS VALDIVIA CANO

«A mi juicio, incumbe a los educadores pensar y escribir acerca de la educación, pero también es tarea suya esclarecer para sí los supuestos previos sociales, filosóficos y teológicos subyacentes en sus generalizaciones.»

T.S. ELIOT

Un asunto introductorio

Cuando, como ahora ocurre en el Perú, se discute sobre una nueva ley universitaria, esa discusión pareciera partir del supuesto equívoco que la promulgación de una ley es decisiva para resolver los diversos problemas sociales que sufrimos los peruanos (en este caso el problema universitario, que es, como el de toda la educación peruana, la baja calidad educativa) o por lo menos para favorecer significativamente las condiciones para ello. Este es el mérito de toda ley, buena o mala, genera la posibilidad de discusión y discusión es democracia y progreso. Pero en la universidad regional no hay nada de discusión académica intelectual, que se sepa, solo pelea por el poder. ¿Habrá la suficiente discusión ahora, de la noche a la mañana? Hace veinte años, por ejemplo, que reclamamos la discusión sobre la cientificidad del derecho y otros asuntos. Pero no se oye padre. Los profesores no quieren discutir, pero se pelean todo el día.

Volviendo a la ley, da impresión que, para ambos lados de la discusión, no hay nada más importante para resolver el problema de la universidad, que una nueva Ley Universitaria. Tal vez por eso los participantes en esta discusión, se enfrascaron en ella con un ímpetu y una fuerza que ya la hubiéramos querido expresada en acciones concretas, directas y eficaces en pro de dicha calidad:

una buena revista, una idea propia, una buena discusión, un buen libro propio, aunque sea una vez en la vida. Pero ese no parece ser el caso.

Incluso los que están en contra de esa ley específica (la llamaba «Ley Mora») no sólo no niegan sino que suscriben tácitamente la importancia decisiva de las leyes en la solución de los problemas, aunque lo hagan negativamente, consciente o inconscientemente, en contra de la ley, ya sea por razones como la pérdida de la «autonomía universitaria», anunciando y denunciando el peligro de excesiva injerencia del Estado en la educación; o porque los toca en sus intereses particulares, como ocurre con los miembros de la ANR y las camarillas que dominan las universidades de un tiempo a esta parte. Y no para mejorar su calidad precisamente.

Estos últimos, los directivos de la ANR por ejemplo, no se oponen a esa Ley porque compartan con nosotros la convicción que leyes o Constituciones no cambian la realidad milagrosamente por sí solas, que es una superstición muy arraigada en el subconsciente colectivo en nuestros países, «herencia secularizada de la teología virreinal», decía Octavio Paz en uno de sus últimos artículos («El Alba de la Libertad») sino porque los afecta directamente en sus intereses. Lo que no significa que sus temores con respecto a esa ley sean infundados. Pero no ponen, no pueden, ni quieren poner en cuestión la importancia real de la leyes como forma de solución de los problemas sociales peruanos, pues en ello se les va la vida (o el poder, que parece lo mismo en este caso) solo que no quieren esa Ley específica, nada más.

Eso explica porque dichos oponentes, a pesar de no haber hecho mucho que digamos por la calidad de la educación universitaria hasta este momento, para decirlo suavemente, sin embargo ahora luchan con garras y dientes contra esa ley, con un fervor y una pasión digna de mejor causa. Esa mejor causa es, una vez más, la calidad educativa de las universidades: un mínimo de calidad que no tiene actualmente la mayoría de ellas. ¿De qué puede servir todo lo que se haga sino se piensa en mejorar la calidad? ¿De qué sirve que la maestría dure un año y no dos y el doctorado tres? ¿Cómo afectará eso la calidad? La principal misión del Estado es velar por esa calidad en las universidades y se supone también una finalidad de la ANR, sino ¿para qué estaba? ¿No deberían rendir cuentas de ese incumplimiento?

Ni que decir de los defensores oficiales de dicho proyecto, que al depositar todo su esfuerzo y sus cuitas en esa alternativa formal, la aprobación de una ley, soslayan la discusión sobre las posibilidades reales que tiene ésta por sí sola para mejorar la calidad, y sobre todo una ley como esa, en el improbable caso de implementarse. Suele ocurrir que hasta una norma milagrosa se aplica mal, o no se aplica, en el Perú. Y esta norma no lo parece tanto. Se carece del material humano que pueda hacerlo mínimamente bien y sin fraude de ninguna especie. Se soslaya, en suma, lo que hay que hacer por la calidad educativa además de dar una ley. Sobre todo desde un Estado ineficiente, elefantiásico,

burocrático, corrupto, etc, y una sociedad de mentalidad mayoritariamente pre moderna con bajo nivel de calidad educativa y de conciencia política (inseparables por lo demás).

Pero los defensores oficiales y oficiosos tienen razón de sobra al reprochar a los oponentes (fervorosos y repentinos fanáticos de la «autonomía universitaria») lo que han hecho con ella, y su responsabilidad directa respecto del calamitoso estado actual de las universidades peruanas en cuanto a calidad, especialmente las regionales. ¿Para qué puede haber servido la citada «autonomía» si la calidad educativa es baja en la universidad regional, con o sin ella? Se ha terminado por reducirla a pretexto y máscara para cubrir la ineficiencia y la corrupción, que hace rato se han instalado en el campus universitario peruano. Todo es poder, todas son relaciones de fuerza en la mayoría de universidades, casi nada se decide académica o intelectualmente, pensando en los estudiantes más allá del discurso, previa discusión, sino políticamente. Decide la correlación de fuerzas, no el mérito personal del profesor o el directivo.

El problema no es entonces si la «Ley Mora» va o no va, es buena o mala, sino una vez más la calidad educativa en general y la universitaria en particular, es decir, lo que podemos hacer directa e inmediatamente para afrontarla, con ley o sin ella, a partir del Estado o fuera de él, como se dijo.

Y ese es el tema que nos interesa y nos ocupa, para cuyo desarrollo la discusión sobre las posibilidades de una nueva ley universitaria nos sirve como forma de introducción, entre otras posibles, para ejemplificar una tendencia extendida: se le puede llamar *fobia a la radicalidad*. «Radical» es una mala palabra entre nosotros. Porque eso significa «llegar a la raíz» y llegar a la raíz colisiona con los valores tradicionales, especialmente con los poderes tradicionales, la iglesia, el ejército, etc. En el Perú «radical» es sinónimo de extremismo, cuando no es otra cosa que tomar el toro por las astas, llegar al fondo de los problemas. ¿Qué significa esto?

¿Por dónde empezar?

Teniendo en cuenta que el problema de la calidad educativa es asaz complejo, como todos los problemas esenciales en el Perú es decir, que supone varios aspectos que están imbricados unos con otros y que solo podemos distinguirlos en abstracto, es ineludible determinar prioridades previamente para abordarlo. No se resuelve nada si solo se aborda un aspecto, peor aún si éste no es decisivo o determinante: por ejemplo el sueldo de los profesores, o la infraestructura educativa, o las reformas curriculares, o los métodos y técnicas de enseñanza y, en general, toda la llamada «tecnología educativa», que en su escolástica versión nacional ha sustituido casi completamente a las humanidades en la formación de los profesores, tanto en las Facultades o Programas de educación, como en los Institutos Pedagógicos. Más que una solución, es uno de los aspectos problemáticos a resolver.

O cuando se intenta abordar todos los aspectos a la vez, sin la mínima priorización, como si todos tuvieran exactamente la misma importancia o peso y como si tuviéramos la fuerza y capacidad para encararlos simultáneamente. Y aunque la tuviéramos, las sucesivas «reformas de la educación» que se han intentado en el país, han mostrado que abordar todos los problemas en conjunto, *sin ton ni son*, o los aspectos parciales sin priorización calificada, no roza siquiera la solución del problema global: la calidad educativa. Veamos esquemáticamente algunos aspectos aislados, preguntándonos: ¿pueden solucionar el problema por sí solos?

¿Por qué y en qué medida el aumento de sueldos a los profesores mejoraría su calidad pedagógica, por ejemplo? Quizás indirectamente, cuando al producir una mayor capacidad adquisitiva en ellos, llevaría a algunos a tomar medidas dirigidas a la mejora de su propia calidad pedagógica, como la voluntaria matrícula en un buen curso de post grado, que no aspire sólo o principalmente a mejorar el «currículum»; o la compra de buenos libros, que antes del aumento de sueldos su presupuesto no les permitía tal vez. Pero eso solo ocurrirá con los que leen por su cuenta, con los que les gusta hacerlo, con los que poseen cierta capacidad para reconocer sus limitaciones y los buenos libros; lo cual supone cierto grado de conciencia, cierta cultura, cierta calidad justamente. Pero aquí está el problema, ya lo hemos dicho.

Si existen esos profesores, que casi no hemos visto en 20 años de enseñanza, escasos que es casi como si no existieran. Aparte de lo mal que la puede pasar un profesor culto, es decir con cierta capacidad crítica y autocrítica, en esas instituciones educativas plagadas de mediocridad, donde la discusión académica o intelectual y la investigación de calidad encefalecen con su ausencia.

Otro ejemplo de solución aislada podría ser el de las mejoras en la infraestructura educativa, que se ha puesto parcialmente de moda. Bastaría constatar lo que ocurre en las universidades regionales que solo invierten en nuevos pabellones, que brotan como gigantescos hongos de cemento, con bellos jardines, salones con elegantes y cómodos asientos y sendos *power points*, pizarras ultramodernas y computadoras por doquier (y no una buena biblioteca, por ejemplo) porque es más rentable, claro. Y además se puede ver, tocar y oler. El resultado es que la educación sigue exactamente donde estaba antes, o peor.

Y un último ejemplo podría ser el de los cambios curriculares o planes de estudio, tan frecuentes en nuestras instituciones universitarias regionales, que al dejar intacta la problemática de la calidad pedagógica de los profesores (sin encararla de frente, con fuerza y decisión) que consideramos determinante, se mantienen esencialmente igual. No se tocan los paradigmas. No se hacen en serio la pregunta leninista: ¿por dónde empezar? Se empieza con la «capacitación pop» y dejan de lado la formación humanista.

Cuando decimos «formación», dicho sea de paso, queremos descartar expresamente la idea de «capacitación» tal como se la

concibe e implementa en la experiencia pedagógica peruana realmente existente. Y no solo por la mediocrísima implementación que no pregunta siquiera por la capacitación del capacitador y por el carácter de la capacitación, sino también por su conceptualización. Se capacita dando adiestramiento e instrucciones técnicas y precisas para que el sujeto de la capacitación logre desarrollar una actividad precisa o puntual con el mínimo de idoneidad, por ejemplo para utilizar una computadora, un aparato para detectar billetes falsos, o para manejar la nueva aspiradora, etc.

Se da «formación» cuando se pretende educar a un ser humano integralmente, es decir, intelectual, física, moral o emocionalmente, con el fin de desarrollar todas sus potencialidades, facultades o capacidades. Y lo que necesitan nuestros profesores es una buena formación y no, esencialmente, capacitación, sobre todo de la manera como se les «capacita» en el Perú. Las humanidades son esenciales. Lo malo es que, salvo excepción, ya se han eliminado abierta o disimuladamente de las universidades. Eso ha sido fatal. Si alguna vez lo fueron, están dejando de serlo hace rato por ello.

Y así podríamos seguir con otros aspectos, aspecto por aspecto, factor por factor, aisladamente, pero creo que tenemos suficiente por ahora. Y seguramente siempre vamos a toparnos con los mismos resultados anunciados por los indiscretos diagnósticos internacionales PISA y las informaciones estadísticas, no menos indiscretas, de UNESCO.

Una hipótesis metódica previa

No todos los aspectos del problema educativo tienen la misma importancia y no es conveniente y además no hay la capacidad para afrontarlos todos a la vez. En consecuencia, hay que determinar el (o los) factor o aspecto determinante en ese problema y canalizar toda la fuerza social, individual e institucional en él. ¿Cuál es ese factor? Vamos a ir al grano con una cita de Douglas North, premio Nobel de Economía, que en los años noventa visitó el Perú y resumió sintética y perfectamente, en una entrevista, lo que aquí tratamos de decir a lo largo y ancho de este ensayo: «Para lograr una reforma de éxito es fundamental cambiar las instituciones y los esquemas de creencias y valores, dado que son los modelos mentales de los autores los que determinan las decisiones». Es el factor que justamente no se toca: el determinante. No cambiamos los esquemas de creencias y valores, no cambiamos cualitativamente las instituciones, no cambiamos nosotros, no cambiamos el país.

Si North tiene razón y además se tiene en cuenta que en asuntos educativos todo depende de fines y medios, es literalmente absurdo intentar cualquier reforma educativa, incluso parcial, sin decidir clara y distintamente los valores o principios a partir de los cuales se va a llevar adelante esa reforma, salvo que se trate de un puro formalismo y que los principios no importen más allá del papel. Detrás de esos valores y principios, declarados, sentidos, o

vivididos, siempre vamos a encontrar una cosmovisión, implícita o explícita, una forma de ver el mundo y la vida, consciente o no, que se expresa en diversas visiones y prácticas educativas.

A ese respecto, T. S. Eliot, educador en sus años juveniles, poeta y premio Nobel de literatura norteamericano, en una conferencia dijo algo que puede aplicarse no solo dentro del contexto anglosajón sino también fuera de él: «Como he insistido en que en el fondo de cada teoría de educación encontramos, implícitas o explícitas, premisas filosóficas y teológicas, y también sociológicas, podría pensarse que la cuestión atañe solo a los filósofos y no a los que se dedican a la docencia y a dirigir instituciones docentes. Son estos, sin embargo, los que poseen un fondo de experiencia y, si son sagaces, un acervo de sabiduría respecto de la educación que únicamente pueden tener los que han hecho verdaderamente de la enseñanza su vocación».

Y cuando se dice «premisas filosóficas» se dice valores, paradigmas, visión educativa, modelos mentales, creencias o, si se prefiere, visión o «ideología» educativa, si descartamos su sentido peyorativo y adoptamos uno más descriptivo o extenso de «ideología», en relación sinonímica con términos como «cosmovisión», o «concepción del mundo», solo que circunscrita al ámbito pedagógico. Pero de esto no se dice *ni chus ni mus* en los sucesivos intentos de reforma oficial y extraoficial, no solo como si fuera secundario o de tercer orden sino, peor aún, como si no existiera simplemente.

La misma Comisión de Educación peruana tocó este asunto paradigmático muy de pasada, como quien no quiere la cosa y sin desarrollar ni priorizar aspectos, de manera insuficiente a nuestro entender, sin negarle calidad a su informe: «Tenemos una educación que reproduce y amplifica desigualdades, promueve una cultura autoritaria, afirma una sola forma cultural en detrimento de otras, desdeña y anula los saberes, prácticas y actitudes existentes en la población y se amuralla tras un pacto de mediocridad que ya dura décadas». El diagnóstico es acertado, pero como si le faltara el fondo, aquello que le da unidad al complejo asunto de la (mala) educación. Describen los efectos, pero no hacen la genealogía (raíz y crítica) de la baja calidad educativa en conjunto ni señalan lo prioritario, el enemigo principal de la educación y su carácter.

Pero ¿cómo se hace una reforma educativa si no se esclarecen previamente los supuestos, los paradigmas, esquemas mentales o valores a partir de los cuales se educa o se intenta una reforma? O se hace eso formalistamente, como pura demagogía burocrática que no se va a tener en cuenta para nada a la hora de su implementación. Ocurre en el Perú. Y es evidente que esta omisión fundamental responde a una concepción educativa también, como responden también a ella los métodos, técnicas, didáctica, planes de estudio, relaciones docente-discente, etc., si entendemos que «fundamental» es aquello que funda y legitima a la vez una actividad humana cualquiera. La calidad pedagógica de los profesores, que es el factor decisivo en la educación, está determinada por

esa concepción del mundo, indesligable o indiscernible de cada visión educativa, tacita o expresa, del concepto de educación que cada quien asume, conscientemente o no. Pero la mala o buena calidad de los profesores es consecuencia, no causa.

¿Qué educación?

Como advierte el mismo T.S. Eliot en una conferencia sobre «Los fines de la educación», hay que tener presente que «el significado de una palabra nunca está representado por entero en una definición». No hay que olvidar la polisemia y complejidad del vocablo «educación». Aquí lo entendemos tanto culturalmente, como «desarrollo de las facultades» o «formación del carácter»; como pragmáticamente, la capacidad de un estudiante para ganarse la vida en una determinada actividad; o políticamente, como la preparación del ciudadano para vivir democráticamente en una democracia y eso significa, entre otras cosas, críticamente. Teniendo en cuenta que, como el mismo T.S. Eliot advierte, «una democracia digna de ese nombre... ha de ser una democracia de seres humanos, y no simplemente de sistemas formales; mucho depende de los ciudadanos y de los que estos elijan para representarlos».

Y quizá sea en este último sentido del término «educación», como preparación para la ciudadanía, donde queremos poner cierto énfasis, sin que eso signifique que sea separable de los otros dos. Sobre todo porque la advertencia del poeta norteamericano es más adecuada o pertinente aún en realidades como la nuestra, donde la «falta de armonía entre las instituciones formales y el *ethos* del pueblo que actúa en ella», es mucho mayor que en el mundo cultural del cual T.S. Eliot proviene, que es el mundo anglosajón. Aquí hay que *construir* la democracia todavía. Y, en consecuencia, tenemos que hablar especialmente de «educación cívica», descartando desde ya que con esto nos refiramos al modestísimo cursito que se dicta o se dictaba en los colegios fiscales, una hora a la semana, a quienes estudiábamos en ellos, casi tan contraproducente como el de «instrucción pre militar», que no hacen más que replantear, una vez más, incómodas pero ineludibles preguntas: ¿quién educa al educador? ¿Quién democratiza al democratizador? ¿Quién reforma al reformador?

El problema

Ahora bien, en esta perspectiva la pregunta que se impone naturalmente o cae por su propio peso es, obviamente, con qué «valores y esquemas mentales» (D. North) y asociados a que principios tendríamos que intentar cualquier reforma o cambio educativo en el Perú, sea estatal o privado, institucional o personal, macro o micro, etc., etc. Es decir con qué valores, no solo declarados, se van a educar a las próximas generaciones peruanas, desde el hogar hasta los últimos ciclos educativos. Y aquí se presenta lo que consideramos el problema determinante de la educación en países como el nuestro, como vamos a tratar de ver a continuación, lo cual rebasa el ámbito educativo para abrazar toda nuestra historia, desde

el instante mismo en que asumimos, por lo menos formalmente, el sistema democrático republicano en el Perú hace casi dos siglos: los paradigmas educativos. Nos referimos a la visión educativa escolástica mezclada con el positivismo «pop».

No se nos escapa que en el Perú, al lado de los problemas intrínsecos a la actividad educativa, la afectan también poderosos condicionantes extrínsecos, que aquí vamos a dejar de lado porque queremos centrarnos en aquel factor que consideramos determinante. Esos problemas extrínsecos son, qué duda cabe, las migraciones internas del ande a las ciudades principales, considerado con razón como el fenómeno social más importante y decisivo en el Perú del siglo XX; la mediocre o nula participación del Estado, si no su incapacidad, indiferencia o mala voluntad frente a la educación; la triste y pobrísima pero poderosa influencia del SUTEP en la educación peruana de las últimas décadas; la eliminación, abierta, velada o mal disimulada de las humanidades en las universidades, al eliminarse irresponsablemente los llamados estudios generales de casi todas ellas desde los años setenta; su nefasta marxistización, dogmática, autoritaria y catequística (que no tenía mucho que ver con el espíritu crítico o anti dogmático de Karl Marx) que ahora ha devenido simple politización; la eliminación de la tesis como requisito obligatorio para graduarse profesionalmente: el tristemente célebre bachillerato automático, etc. Pero en nuestra hipótesis hay un factor o aspecto que determina al conjunto, como hemos visto: los paradigmas, valores o esquemas mentales educativos: la visión educativa.

La historia

Ocurre que al expulsar a los españoles de nuestras tierras con la Independencia y al adoptar el sistema jurídico político moderno, fundado en valores modernos o democrático republicanos, como la libertad, la dignidad, la igualdad de derechos, etc., nos olvidamos de un detalle nada pequeño: cambiar nosotros mismos, cambiar nuestras sociedades, es decir, modernizarlas: su política, su educación, su economía, etc. Estas siguieron siendo ideológicamente, por lo menos, como siempre fueron en la etapa pre republicana, es decir, sociedades básicamente pre modernas, es decir tradicionales y tradicionalistas, volcadas al pasado, regulados por la costumbre más que por la razón. Así pensaba al respecto Jorge Basadre y hay que citarlo más de una vez: "El fondo del alma peruana se mantiene labriego (...) Labriego significa docilidad, recogimiento en lo cotidiano, imperio del hábito, gravitación hacia el pasado, falta de individualidad" (Jorge Basadre, «Meditaciones sobre el destino histórico del Perú», Ediciones Huascarán, Lima, 1947) El *sentido de individualidad* no debe ser confundido con el individualismo; un defecto con el que no tiene que ver. ores, las relaciones sociales, los prejuicios y creencias y, en consecuencia, se mantuvo la visión educativa, los paradigmas educativos, conscientes o no, heredados de la colonia y el sistema virreinal, con toda su secuela hasta el día de hoy febrero 2014: la visión educativa que aquí llamamos «escolástica».

Octavio Paz, el célebre poeta y crítico mejicano, premio Nobel de literatura 1991, formula así nuestro problema radical, especialmente para Perú y México, como él aclara: «Somos hijos de la Contrarreforma. Esta circunstancia, así como la influencia de las culturas prehispánicas, han sido determinantes en nuestra historia y explican las dificultades que hemos experimentado para penetrar en la modernidad. Creo que esto ha ido particularmente cierto en los casos de los grandes virreinos: Méjico y Perú. La inestabilidad, dolencia endémica de América Latina, ha sido resultado de un hecho poco examinado: la independencia cambió nuestro régimen político, pero no cambio nuestras sociedades» (Id.).

La Independencia política de España dio lugar a un sistema político y, en general, a una formación social que hasta ahora vivimos y sufrimos, que no es totalmente pre moderna pero que tampoco llega a ser plenamente moderna, como se puede decir de las llamadas sociedades desarrolladas. Y de ahí la ambigüedad, la inconsistencia, la inconsecuencia que caracteriza las actividades peruanas y especialmente la educación. De ahí esa falsedad básica que parece haberse vuelto segunda naturaleza y que el genio popular llama «bamba». Nuevas leyes y nuevas constituciones malviven en este mundo con sociedades viejas. Eso produce abigarramiento, incongruencia, inconsecuencia. Lo que no deja de traer serias consecuencias.

Esa formación social particular que ha dado lugar a lo que el jurista Fernando de Trazegnies denomina, con dialéctica precisión, «modernización tradicionalista». Paradójica pero reveladora categoría, por la cual se explica que se adopten aisladamente formas, costumbres y sobre todo productos modernos importados de aquellas (ahora afebrada y obsesivamente en lo que se refiere a los medios de comunicación) al servicio del *status* tradicional que se mantiene predominantemente pre moderno, malgrado el abigarramiento. Una modernización al servicio del tradicionalismo. En realidad, un trasfondo que no es ni capitalista ni tradicional, en sentido estricto. Ni chicha ni limonada. Esto no puede ser bueno para la salud individual o colectiva.

Así explica esta categoría, con su habitual claridad y sencillez, nuestro gran jurista: «En líneas muy generales podría decirse que este proceso se identifica por una recepción de cierto número de elementos capitalistas, ligada a una resistencia a todo cambio en la estratificación social: se quiere devenir capitalista, es decir, moderno, pero al mismo tiempo se quiere conservar las jerarquías sociales tradicionales» (Fernando de Trazegnies, «La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX» Fondo Editorial PUCP, Lima) Creo que eso ocurre especialmente con los valores. Y eso explica también, a nuestro juicio, lo que ocurre con la educación de las grandes mayorías en nuestro «tierno y cruel» país (Basadre) que no puede escapar al contexto socio histórico del cual es parte o sustancia. La modernización «bamba», la democracia «bamba», la república «bamba», las reformas educativas «bamba», las universidades «bamba», etc.

La Escolástica

La educación peruana no pudo cambiar en el paso de la Colonia a la República en tanto se mantuvo en lo esencial la visión educativa pre republicana, los paradigmas educativos virreinales o coloniales derivados de la edad media española en versión vulgarizada, que aquí llamamos «escolástica», dándole un sentido algo particular, como modelo educativo y, como tal, abstracto, aplicado al contexto hispano andino. Término que se vincula obviamente con la gran teología de la baja Edad Media europea y la llamada «neo escolástica» de Salamanca del siglo XVI (que juega un rol fundamental en la formación del derecho internacional) pero que no se confunde totalmente con ellas.

Esa extensión de la escolástica a la realidad colonial de América hispana adopta un cariz vulgarizador que se agrava debido al peso histórico de la Contrarreforma católica, o debido a ella, en la cosmovisión de los peruanos; movimiento reactivo cuya vigencia coincide históricamente con los siglos de colonialismo y virreinato que vivimos a partir de la Conquista, que toma fuerte impulso en el Concilio de Trento (1543) y se materializa a través de la tenebrosa institución jurídico eclesiástica llamada Tribunal del Santo Oficio, o simplemente la «santa» Inquisición. Ese movimiento ha sellado primordialmente nuestro espíritu hispano andino. Como se sabe, ese concilio se organizó contra el movimiento protestante y generó una de las guerras más prolongadas y llenas de odio e intolerancia que se han dado en Occidente y que ha conformado a lo largo de los siglos una particular cosmovisión muy nuestra, un cierto catolicismo que no es un (inexistente) catolicismo general, ni catolicismo francés en particular, por poner un ejemplo, sino el de la Contrarreforma. Y está en la base de la aludida educación escolástica. «Hijos de la Contrarreforma», como dice Octavio Paz.

La Contrarreforma se opone a la Reforma, literalmente, nace como enemiga y para ser enemiga de ella, que es uno de los pilares de la modernización europea junto al descubrimiento y conquista de América, el Renacimiento italiano, la Ilustración francesa o el empirismo anglo sajón y, en esa medida, se opone frontal o disimuladamente a la modernización en general, ahora, por ejemplo, negando todos los derechos sexuales y reproductivos sin excepción. Ni el humilde y servicial condón se salva. ¿Esto es razonable?

Esa Institución recurría legalmente a la tortura, a la muerte y al terror con pérdida de bienes a favor de dicha institución, contra los condenados o simples sospechosos de disidencia crítica, de herejía, brujería y otros pretextos para mantener durante siglos el poder a cualquier costo, no importaba que tan alto fuera. La crueldad y el sadismo se impusieron a la caridad y el amor, en una institución que se decía y se dice cristiana. «Índice de esta posición de antagonismo y apasionamiento de los dos campos son, a lo largo del siglo XVI y primera mitad del siglo XVII, ante todo, el hecho de que cada una de las partes procuraba eliminar por completo a la otra parte en el territorio que había llegado a dominar. Así se llegó a establecer oficialmente el principio «*Cuius regio,*

eius et religio», la religión debe ser la del soberano. Por este principio se colocaba a los de confesión contraria ante la alternativa de cambiar de confesión y abrazar la dominante o emigrar. Al colmo del apasionamiento se llegó cuando se persiguió a muerte a los de confesión contraria». («Historia de la Iglesia Católica», B. Llorca, pag.37. Ediciones Cristianas). Y ambos bandos eran cristianos, o se decían, solo que unos católicos y otros protestantes.

Y los psicoanalistas podrían hacer su agosto, si no lo han hecho ya, con la reflexión respecto a las consecuencias psicológicas, sociales, políticas, etcétera de este fenómeno secular que duró 30 años, en nuestra hipótesis y que condicionó mentalmente los siglos de coloniaje hasta hoy, ha sellado a sangre, fuego y garrote el alma peruana (es decir su idiosincrasia o identidad) y ha configurado la cosmovisión mayoritaria de «hijos de la Contrarreforma». ¿No nos caracteriza la intolerancia, la superstición, el obscurantismo, el dogmatismo, el autoritarismo, el miedo irracional a la autoridad y al cambio de valores y costumbres, la incompreensión o indiferencia frente a los derechos humanos (los derechos modernos), etc.? ¿No somos aun típicos «hijos de la Contrarreforma»? De ahí la obvia resonancia o subsunción de este movimiento religioso político con las características de la educación escolástica, con el tipo de educación que recibe la mayoría de peruanos en casi todos los grupos sociales (indiscernible de la cosmovisión contra reformada). Vamos a recordar los rasgos característicos de ese modelo, muy abstracta o sinópticamente, más adelante (dogmatismo, autoritarismo, mentalidad acrítica, memorística y tediosa).

Una educación que no solo no intenta sino que bloquea el aprendizaje de la reflexión, que no enseña, ni quiere, ni puede enseñar a pensar críticamente sino a repetir y a obedecer, porque *a la autoridad se le obedece*. Y como el profesor es autoridad... ¿Cómo no se van a aburrir los estudiantes con semejante educación? Con la Contrarreforma apostamos por el pasado, la tradición, el Papa, la autoridad, la costumbre, la obediencia, la familia patriarcal, contra toda forma de modernidad y de cambio cualitativo de paradigmas.

Apenas es necesario aclarar que todos esos rasgos mencionados están estrechamente vinculados unos con otros en ese modelo (mental) que llamamos "escolástica", que es gris, como toda teoría, y no verde como el árbol de la vida (según advertía Mefistófeles a Fausto). El autoritarismo: la equivocada idea que el profesor es una autoridad frente al estudiante, derivada de la confusión entre política (que es poder, relaciones de poder) y ética moderna o democrática (que es persuasión, tolerancia y pluralismo) es inseparable del dogmatismo (que el profesor representa la verdad y por tanto no hay otra alternativa lógica que decirle *amén*, sin dudas ni murmuraciones). Ese rasgo, a su vez, es causa y consecuencia de la mentalidad acrítica (¿para que crítica, es decir planteamiento de problemas, cuestionamiento e investigación, *si magister dixit!*)

Y todo esto indisoluble de la clásica actitud repetitiva o memorística de estudiantes y profesores, todo lo cual se transmite de

generación en generación, produciendo el tipo y la baja calidad de educación predominante que recibe la mayoría de estudiantes, por falta de renovación cualitativa y radical: la erradicación de la "escolástica". Y así llegan a la universidad de distintos colegios, todos más o menos escolásticos.

Eso no puede dejar de producir consecuencias, como la pobreza mental, que es característica esencial del sub desarrollo, como decía la escritora catalana Nora Catelli (y no la falta de dinero, por ejemplo). A lo que Litchenberg podría haber agregado uno de sus aforismos: "El ajedrez, la filosofía escolástica, incluso el Talmud, son buenos en su aspecto formal, pero su contenido no sirve de mucho: se ejercitan las fuerzas, pero lo que de ahí se aprende carece de valor". Y remataba: "Todos los males del mundo se deben a la irreflexiva veneración de viejas leyes, viejas costumbres, viejas religiones" ("Aforismos", FCE, Méjico).

Valores Contradictorios

Habíamos hecho una pregunta en el planteamiento del problema, que ahora podemos ampliar y especificar, si hemos aclarado minimamente la idea de "modernización tradicionalista". Los peruanos intentamos, conscientemente o no, hacer convivir los valores tradicionales o pre modernos, con los valores modernos o democrático republicanos de nuestra propia Constitución, a pesar que son a todas luces incompatibles. Y lo son por el carácter pretendidamente único, absoluto y eterno de los valores tradicionales. ¿Con qué valores tendríamos que educar a la niñez y a la juventud estudiantil peruana de hoy si pretendemos democratizar nuestra política y nuestra vida social, para salir del sub desarrollo educativo? ¿Con los valores católicos o los valores modernos o democráticos de la Constitución peruana? ¿Con los valores de Juan Luis Cipriani o con los de Mario Vargas Llosa? ¿O alguien puede seguir creyendo que se pueden conciliar esos valores? ¿Se puede estar a favor y en contra del aborto terapéutico a la vez? ¿Se puede estar a favor y en contra del matrimonio homosexual a la vez? ¿Se puede estar a favor del sancocado mental? ¿del abigarramiento y la indefinición?

Esa incompatibilidad es hoy más evidente y manifiesta que nunca, a la luz de las discusiones sobre esos problemas: los derechos sexuales y reproductivos, los variados problemas de la bioética o el bio poder (agregúese la eutanasia, la fecundación in Vitro, etc.) Y sobre todo a la luz (negra) de la hipertrofia de la delincuencia, de la socialización de la corrupción y de la terrorífica posibilidad de involución social, que tal vez ya tuvo su punto de inflexión en el momento en que la hinchada futbolística peruana se convirtió en "barra brava". Y que siempre fueron incompatibles esos valores lo prueban los diversos intentos de conciliación fracasados en más de 180 años, expresión de esa paradójica e imposible "modernización tradicionalista" que hemos aludido: teología y liberación, catolicismo y democracia, marxismo y cristianismo, laicisismo y estado confesional, simultáneos (véase el artículo 50 de la Constitución y sus consecuencias prácticas) etc.

Todo lo cual ha ocasionado tal confusión, que las nuevas generaciones abandonan de hecho y a punta de bostezos los valores tradicionales, aunque no lo hagan abiertamente a partir de un examen crítico en base al cual y a partir del cual adopten nuevos valores, sino a partir del simple y frívolo hedonismo o al mimético narcisismo físico culturista (muy vinculados, por lo demás) o los apetitos de poder dinero o status social. Lo que ha producido una crisis que todos mencionan en los discursos, pero que nadie explica y pocos entienden porque la atribuyen a un simple abandono de los valores tradicionales, únicos verdaderos y absolutos, especialmente por parte de la juventud, que *acata pero no cumple*. Y de ahí los ridículos llamados al orden y el respeto al "principio de autoridad".

Cuando la verdad es que ese abandono no se debe al relajamiento juvenil, que es consecuencia lógica, sino a la pérdida de pasión y convicción en esos viejos y gastados valores y a la falta de adopción alternativa de nuevos valores, de valores modernos, es decir, de valores democráticos y republicanos. Una educación basada en los valores de nuestra propia Constitución, una educación cívica bien entendida. Es decir, entendida como "cultura cívica", como cultura de la libertad, de la dignidad, de la igualdad de derechos, de la no discriminación; como fecundación y desarrollo del espíritu democrático en nuestros niños y adolescentes desde la primera infancia, por si aún no quedó claro.

¿Estamos proponiendo o insinuando una revolución? Si dejamos la acepción jacobina de la palabra 'revolución' y retomamos su sentido original, que proviene de la física moderna de Galileo, Copérnico, Kepler, etc., ('vuelta completa') tal vez sí, dado el estado de nuestra educación, de nuestra democracia y de nuestra política. Pero bastaría con pequeñas reformas esenciales e irreversibles, buscando y atacando el nudo del problema, o el factor determinante, la raíz, institucionalizando los cambios efectuados, previa discusión.

¿Por dónde empezar? Podría ser por la desazón de Hamlet, según la versión de Fernando Savater. Y hablando de "educación cívica" precisamente: "De modo que podemos compartir la desazón de Hamlet: ¿por dónde empezar la revolución difícil pero necesaria? Pues bien yo elegiría comenzar por la educación" Y más adelante aclara: "Cuando hablo de educación aquí apunto a lo que —a falta de termino más preciso— denomino educación cívica". Educación y política se revelan, aquí, como inseparables, en relaciones horizontales y no de autoridad, a través de la filosofía, es decir, de la ética en sentido moderno, no solo como un conjunto de valores democráticos que sustentan las Constituciones modernas, sino también como un *ethos*, como una forma de vida de la gente y de los individuos, indisociable de una cosmovisión.

La causa de la cacareada crisis de valores que mucho se cita sin explicar, no está entonces en la conducta de los niños y jóvenes (ellos son sus primeras víctimas) ni en el abandono de los viejos valores solamente, sino en la falta de adopción de valores nuevos

que generen la pasión (sin dogmatismos) que en otros tiempos generaban los valores tradicionales y le den sentido a la vida, que no lo tiene por sí misma. Un nuevo mito, una nueva mística que lleve esa vida a su máxima intensidad, que eleve la política a religión y la religión a política, como querían Unamuno y Mariátegui. Que responda como George Clooney (haciendo de candidato demócrata a la presidencia en "Los idus de marzo") a la sibilina pregunta de un periodista faltoso: "¿Cuál es su religión?". El candidato respondió: "Mi religión es la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica".

Terminamos recordando unas palabras de Jorge Basadre, que los algo apoltronados peruanos de hoy parecemos haber olvidado o ignorado por completo: "Los americanos se lanzaron a la osada aventura de la Independencia, no solo en nombre de reivindicaciones menudas: obtención de puestos públicos, ruptura del monopolio económico, etc. Hubo en ellos también algo así como una angustia metafísica, que se resolvió en la esperanza de que viviendo libres cumplirían su destino colectivo" (op.cit).

El único tenue rayo de esperanza hoy día, es que la mayoría parece haber comprendido, en milagroso consenso producto de la dura experiencia histórica, que la clave principal para salir del sub desarrollo y el tercermundismo es la educación o, con más precisión, la calidad educativa que no hemos encarado como se debe, o que no hemos encarado todavía frontalmente, ni como Estado, ni como sociedad civil.

JUSTICIA COMUNAL Y DEMOCRACIA

CLAUDIA LIZBETH FLORES FUENTES

«No hay auténtica igualdad si no hay reconocimiento de que no todos tenemos la misma cultura. Si se quiere llegar a una igualdad, el sistema jurídico debe reconocer la diversidad cultural»

Xavier Beaudonnet

El Poder Ejecutivo declaró el 2012 como el «Año de la integración nacional y el reconocimiento de nuestra Diversidad»¹; la finalidad, estampó, era afirmar los valores que coadyuven a la integración del país. No resultó ajeno, entonces, que se declare —una vez más— nuestro variopinto panorama, precedido de la proclamación del artículo 149 en la Constitución de 1993, que reconoce el carácter pluriétnico de la nación peruana, elevando a la categoría de derecho fundamental la identidad étnica y cultural, en un contexto traducido en un 30 por ciento de la población nacional considerada estrictamente indígena, aunada a las 16 familias etnolingüísticas, 68 lenguas y 77 etnias de que está compuesto el Perú². Coincidimos en que las cifras son pasibles de ser catalogadas como minúsculas en comparación con la totalidad de quienes habitan el territorio peruano, situando a la comunidad *ashaninka* como la más habitada, con aproximadamente 50 mil personas. Pero esa reducida escala, lejos de ser una dispensa, trae a mientes un compromiso pendiente, derivado de una norma cenicienta con rango constitucional.

¹ Decreto Supremo núm. 101-2011-PCM, en *El Peruano*, 31 de diciembre de 2011.

² Así, 3 919 314 personas de 5 a más años hablan lenguas indígenas, de las cuales 3 261 750 son *quechuahablantes*, 434 370 *aymarahablantes* y 223 194 hablan otra lengua nativa; todos ellos están organizados en torno a 7 849 comunidades, de las cuales 6 063 son campesinas y 1 786 son nativas. A mayor abundamiento, véase el Mapa etnolingüístico del Perú, Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, disponible en: <http://www.indepa.gob.pe/mapa2.html>, visitado el 8 de mayo de 2014.

Es consabido —en términos formales— que la consolidación de un estado democrático y social de derecho implica la inclusión en condiciones de igualdad de todas las personas que forman parte de una sociedad, de modo que se les respete por su singular condición de seres humanos. Uno de los tamicos implícitos en esta acepción reconoce la patente interculturalidad³ existente en nuestro país⁴, *in concreto*, a las comunidades y pueblos indígenas.

La potestad exclusiva de administrar justicia es conferida al Poder Judicial, conforme señala el artículo 138 de la Constitución y, a su turno, el artículo 139 reconoce otras formas de jurisdicción —arbitral y militar—, a la que se suma aquella ejercida por las autoridades comunales, prevista en el artículo 149 del mismo cuerpo legal. Avala lo explicitado el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT⁵ —necesidad de respetar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas— y el artículo 18.3 del NCPP —casos de excepción en que la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer ciertos delitos y hechos punibles—.

En el decurso veleidoso del tiempo, al intersecarse el derecho indígena y el derecho ordinario, se hizo palmaria la falta de subsunción entre las normas estatales y la realidad de las comunidades campesinas y nativas; entretanto se divisaban, en sentido antagónico, denuncias por secuestro y usurpación de funciones a las autoridades comunales —por actuaciones en ejercicio de sus atribuciones— y bajo este mismo ejercicio, tropelías y desmanes cometidos por estos, siendo una de las que generó mayor desazón el siniestro acaecido en Bagua⁶; lo que develó la urgente necesidad de un reconocimiento material por los operadores de justicia. A esta —inevitable— situación, se aunó la ineficacia del Estado para actuar en las zonas altoandinas y nativas por diversos

³ En palabras de César Landa, el término idóneo de usanza es «intercultural» antes que «multicultural»; en tanto éste expresa la naturaleza de un Estado compuesto de una diversidad de culturas que coexisten, mientras aquél afirma una relación de interdependencia y solidaridad entre las diferentes culturas que integran un mismo Estado.

⁴ El artículo 2.19 y artículo 89 de la Constitución Política protegen la pluralidad étnica y cultural de la nación. A su turno, el Tribunal Constitucional reconoció por primera vez la existencia de un estado multicultural y poliétnico en la STC 042-2004-AI/TC, sobre pago de impuesto a las corridas de toros.

Un aspecto —aún en ciernes— de esta sentencia, que si bien no constituye materia del presente trabajo, es menester dejar sentado en estas breves apostillas, establece que los espectáculos taurinos no constituyen manifestaciones «culturales» que el Estado tiene el deber de promover, por su connotación de sometimiento innecesario al maltrato cruel y posterior muerte de un animal, afectando el derecho fundamental a la tranquilidad y al bienestar de las personas (artículo 2.1 de la Constitución) que se interesan por la protección y el buen cuidado de los animales.

⁵ Aprobado e incorporado a la legislación peruana por Resolución Legislativa núm. 26253, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, 5 de diciembre de 1993.

⁶ Actualmente se sigue el proceso por los hechos ocurridos el 5 de junio de 2009, en que se produjo un enfrentamiento entre la policía e indígenas de las etnias *awajún* y *wampí* que pedían la derogación de los Decretos Legislativos núm. 1090 y núm. 1064, que no contemplaban la consulta del caso a la población indígena que residía en el lugar. Este siniestro culminó con 33 óbitos (entre policías y civiles) y un desaparecido (el mayor PNP Felipe Bazán).

factores —culturales, lingüísticos, económicos y geográficos⁷—, lo que convergió en la coexistencia de variantes en la administración de justicia, haciendo evidente el papel trascendente de la justicia comunal, provista de un jaez flexible, equitativo y celer, cuyo único límite estaba enmarcado por el respeto a los Derechos Fundamentales. Ergo, la coexistencia de pueblos indígenas desde épocas muy antiguas, como los «mochicas, chachapoyas, nazcas, awajun, ashuar, k´anas, chancas, incas y waris»⁸, denota su fundamento histórico, lejos de ser algo insólito. Cada pueblo tiene un sistema jurídico en particular, acorde con sus tradiciones ancestrales que, como veremos, constituye el *quid* de la construcción de la «Ley de Coordinación» a que hace mención la Carta Magna.

Este tipo de jurisdicción fue consagrada, con cariz similar, en Colombia (artículo 246 de la Constitución de 1991), Perú (artículo 149 de la Constitución de 1993⁹), Bolivia (artículo 171 de la Constitución de 1994), Ecuador (título VIII de la Constitución de 1998) y Venezuela (artículo 260 de la Constitución de 1999), concordando en el elemento común de respeto a la Constitución.

Dicho esto, sonó a franco anacronismo que pasadas que fueran más de dos décadas de la incorporación del artículo 149 en la Constitución de 1993, esté pendiente a la fecha la dación de la citada «Ley de Coordinación» entre las autoridades de las comunidades con los Jueces de Paz y las diversas instancias del Poder Judicial, pese al elogiado reconocimiento de la «interculturalidad»; lo que traduce a esta norma cenciente en un contrasentido, asaz alejada de su propósito. Surge entonces la cuestión de si esta falencia obedece al temor o acaso desidia de los operadores judiciales, al implicar este cambio una reforma institucional en la administración de justicia que refleje el carácter intercultural y multilingüe de la sociedad peruana. Es esta una de las principales cortapisas advertidas por el Poder Judicial, pero no por ello sesudamente tratada, pues ni con afanes de ensueño se ha estudiado la posibilidad de la creación —o transformación— de Cortes Superiores Bilingües¹⁰ en aquellos distritos judiciales donde predomine el idioma quechua¹¹. Al erigir esta primera medida

⁷ A mayor abundamiento, Wilfredo Ardito Vega, *La promoción del acceso a la justicia en las zonas rurales*, 2011, pp. 18 y ss.

⁸ Actualmente, en el caso de algunas comunidades campesinas del sur andino, existen autoridades tradicionales que cumplen la funciones del *Arariwa* dentro de la comunidad. Es el caso del Varayoc, cuyas funciones se complementan con las de las nuevas autoridades comunales y autoridades representantes del Estado. En algunas comunidades nativas de la selva, esa autoridad tradicional recibe el nombre de Apu, existiendo también otras denominaciones para esta autoridad. En David Flórez Boza, *Justicia Comunal en el Perú*, Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo-GTZ, 2010.

⁹ Es con la Constitución de 1993 que se habla por vez primera de una jurisdicción especial, pues antes el pluralismo jurídico se entendía como algo tutelar para los campesinos y nativos semi-civilizados.

¹⁰ Se ha decantado por este parecer, Wilfredo Ardito Vega, *Propuestas de reformas institucionales para la administración de justicia en las zonas rurales*, en *Libro Homenaje a Carlos Montoya Anguerry*, Prosode, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 141 y ss.

¹¹ V. gr., Cortes Superiores de Justicia de Ancash, Apurímac, Ayacucho, Cusco,

para garantizar el acceso a la justicia a la población rural, se deberá implicar a la totalidad de operadores, desde los funcionarios administrativos hasta los magistrados, sin preterir su continua capacitación. En el caso de optar por una conversión, será necesaria una capacitación antelada, asignando plazos prudentes para lograr la eficacia perseguida. Ergo, este trabajo sería insuficiente si no se traducen, paralelamente, los principales códigos¹² y normas de carácter constitucional¹³, pues no es dable exigir el cumplimiento de leyes que no son asimilables en la lengua originaria de cada ciudadano o que contienen términos inextricables para éstos.

Incoar este proceso, implicará una labor activa de los jueces de paz, figuras directamente vinculadas con las culturas andinas y amazónicas, trabajo que deberá traducirse en un registro de costumbres de cada etnia; labor que se avizora positivamente teniendo presente que el Perú, a diferencia de otros países, cuenta con más de cinco mil magistrados de este nivel, y con algunas entidades que pueden prestar apoyo idóneo en esta labor, como la Escuela de Justicia Intercultural de la Corte Superior de Justicia de San Martín y el Instituto de Justicia Intercultural de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. A su turno, es menester rememorar que las «normas comunales» pueden provenir de costumbres y tradiciones ancestrales o, en su caso, de una mixtura de normas comunitarias y estatales¹⁴. Ergo, el derecho comunal es pasible de modificación, de acuerdo a las necesidades de sus miembros, lo que coadyuva a que las modalidades de sanción varíen en cada lugar. Avala lo explicitado el artículo 9.1 del Convenio 169 de la OIT que advierte que deben respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En palabras de Alva Arévalo¹⁵, las autoridades comunales investigan, juzgan, sancionan o

Huancavelica y Huánuco. Particular situación se advierte en Puno, integrada por ciudadanos que hablan quechua, y por provincias donde se habla el aymara.

¹² Sobre el particular, en la ciudad blanca se dio a luz la primera traducción al quechua —lengua oficial de la República, según la Ley N° 21156— de la Parte General del Código Penal peruano. A mayor abundamiento, véase Julio Armaza Galdos, *El Penalista de la América Austral. Ofrenda académica al Prof. E. R. Zaffaroni*, Serie Concepciones Contemporáneas del Derecho Penal y de la Criminología, núm. 5, Editorial Pangea, Arequipa, 2010, p. 531 a 548.

¹³ Sobre el particular, véase la traducción al quechua de la Constitución Política del Perú en: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-constitucion.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>, visitada el 1 de julio de 2014.

¹⁴ Al respecto, Peña Jumba analiza los órganos y procedimientos de resolución de conflictos entre miembros de un grupo de comunidades aymaras del Sur Andino y los miembros de un grupo de comunidades aguarunas del nororiente amazónico del Perú. En Antonio Peña Jumba, *Poder Judicial comunal en los andes y la amazonía del Perú. Una aproximación desde los órganos y procedimientos de resolución de conflictos entre los aymaras y los aguarunas*, en *Libro Homenaje a Carlos Montoya Anguerry*, Prosode, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 211 y ss.

¹⁵ Amelia Alva Arévalo, *La consagración constitucional de la justicia comunal en el Perú y su plasmación en el ordenamiento jurídico*.

absuelven de acuerdo a sus usos y costumbres, en presencia de la comunidad en general, bajo el único límite del ejercicio dentro del marco de respeto de los derechos fundamentales.

Teniendo claro el límite al ejercicio jurisdiccional comunal, uno de los aspectos a desarrollar por la ley de coordinación vendrá constituida por los mecanismos de solución de los potenciales conflictos de competencia que pudieran surgir de la yuxtaposición de ambos sistemas de justicia, estableciendo los procedimientos y órganos de resolución, respectivamente. Así, se deberá delimitar los ámbitos de competencia material, territorial y personal de la jurisdicción especial comunal. Sobre este particular, el artículo 13.2 del Convenio 169 de la OIT define el «territorio», donde se incluye —artículo 14.1— las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por éstos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. De ello se desprende que no necesariamente es imperioso el contar con un título de propiedad, *máxime* que en el Perú no todas las comunidades adolecen de tierras tituladas. Ergo, es necesario pronunciarse sobre la aplicación del derecho comunal a las personas que no forman parte de la comunidad, *v. gr.*, quienes estando en una comunidad cometen una infracción y huyen sin reparar los daños. El problema surgirá cuando un miembro de la comunidad no está conforme con lo resuelto por la jurisdicción comunal y decida acudir al fuero judicial, lo que deberá ser previsto. En palabras de Kenneth Garcés Trelles¹⁶, «los derechos fundamentales en una sociedad plural merecen una interpretación igualmente plural», por lo que si los integrantes de una comunidad no ven satisfecha su pretensión en el fuero comunal, tienen expedito su derecho para proceder en la vía judicial.

Asimismo, coincidimos con Bazán Cerdán¹⁷ en el extremo de listar los derechos que eventualmente podrían ser amenazados o violados en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales comunales, así como el marco interpretativo en tales casos. Es preciso, además, que se dote de garantías a los miembros de las comunidades que eventualmente se vean inmersos en procesos judiciales por ejercer sus funciones, *v. gr.*, derecho a un intérprete, defensor legal gratuito, peritaje antropológico, error de comprensión culturalmente condicionado, aplicación de penas alternativas a la de prisión, entre otros.

Lo explicitado no pretende soslayar algunos esfuerzos en esta materia, como el Segundo Congreso Internacional sobre justicia intercultural en comunidades andinas y rondas campesinas «Construyendo un país con justicia social» celebrado en Cajamarca, la propuesta de CERIAJUS, el Plan Nacional de Derechos Humanos

¹⁶ Kenneth Garcés Trelles, *Jurisdicción y competencia en el artículo 149 de la Constitución: herramienta de postmodernidad*, Derechovirtual.com, Segunda Época, N° 2, junio-julio, 2009, p. 3.

¹⁷ Fernando Bazán Cerdán, *Perú: La Ley de Coordinación entre la Justicia estatal y comunal: retos para la efectividad del Art. 149 de la Constitución Política*, Servicios en comunicación intercultural Servindi; disponible en <http://servindi.org/actualidad/3758>, visitado el 13 de marzo de 2014.

2006-2010 del Ministerio de Justicia, así como el Acuerdo Nacional en la Vigésima Octava Política de Estado —cuyas conclusiones, por desventura, no se concretan a la fecha—; la creación en el 2009 en 21 distritos judiciales de escuelas o institutos de justicia intercultural, dependientes de las Cortes de Justicia, como Cajamarca, Cusco, o San Martín; la incorporación del Programa Acceso a la Justicia de Comunidades Rurales (PROJUR) al Poder Judicial en el 2005; elaboración y discusión parcial del Proyecto de ley¹⁸ de desarrollo legislativo del artículo 149 de la Constitución, realizado en las Cortes Superiores de Cajamarca, Cusco y San Martín; y creación del Registro Nacional de operadores de la jurisdicción especial a cargo de la Oficina Nacional de Justicia de Paz (ONAJUP), en el 2010¹⁹. Finalmente, se ha creado el Centro de Asuntos Interculturales, Comunidades y Rondas Campesinas del Ministerio Público (CAIMP) que tiene como finalidad promover y consolidar un sistema de justicia intercultural que responda a la realidad actual.

Situación similar se divisa en el campo normativo, con la Ley N° 29735, Ley que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú, o la reciente publicación de la Resolución Ministerial N° 160-2014-MC, que oficializa el 21 de mayo como el «Día Nacional de la Diversidad Cultural y Lingüística», norma publicada por primera vez en dos lenguas distintas al castellano —quechua y awajun—.

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado ya sobre este caústico tema, a través del Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, que otorga a las rondas campesinas la facultad de administrar justicia en cumplimiento con los Derechos Fundamentales, a fin de evitar las constantes denuncias a los comuneros, en su mayoría por delitos de secuestro, lesiones, extorción, homicidio y usurpación de autoridad, por parte de los sancionados en sendas comunidades; apartándose de la antigua interpretación de «órganos de apoyo», carentes de autonomía. Antes de la dación de esta ejecutoria, se han advertido precedentes en esta materia, *v. gr.*, la STC 975-04, que absolvió a once campesinos del caserío de Pueblo Libre, condenados por delito de secuestro, al haber capturado a cuatro asaltantes y violadores, conminándolos a un día de prisión y con la pena de «cadena ronderib»; ordenando su excarcelación, después de haber estado varios meses en prisión.

Otro aspecto importante viene determinado por el papel descolante que debería asumir la Academia de la Magistratura, como ente encargado de formar a los futuros jueces y fiscales de nuestro país; con la inclusión obligatoria en su malla curricular de cursos sobre interculturalidad y justicia de paz, así como cursos de idioma quechua y otras lenguas²⁰, empezando por las más habladas

18 Proyecto de ley núm. 313-2011-PJ.

19 Javier La Rosa Calle, *El acceso a la justicia y la jurisdicción comunal indígena*, en *Libro Homenaje a Carlos Montoya Anguerry*, Prosode, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 204.

²⁰ El Perú tiene en la actualidad 47 lenguas nativas que son habladas por cuatro millones de habitantes, residentes en su mayoría en la selva amazónica, de las cuales sólo 4 son lenguas originarias de la sierra y 43 son amazónicas y algunas

Es un aliciente que las comunidades campesinas y nativas gocen de asidero legal, pero el *quid* viene inmerso en la materialización de tal reconocimiento, a fin de formular alternativas de entendimiento social con los operadores de justicia. Coincidimos con Peña Jumba, que advierte que «la justicia comunal es un buen ejemplo de efectiva descentralización en materia de justicia () en el sentido de que no se puede concebir el desarrollo integral del país si es que no se incorporan en los planes o políticas públicas los sistemas de resolución de conflictos comunitarios que practican millones de ciudadanos a través de sus comunidades campesinas»²¹. A la postre, es de capital importancia la interrelación cultural, no con un ánimo crematístico de las autoridades, haciendo parva gala de la riqueza cultural de nuestras etnias, sino con fines de integración, pues en palabras de Antonio Gramsch, «dos cabezas piensan mejor gracias a que piensan distinto».

de ellas son sólo habladas por 37 personas, como la lengua resigaró de la región Loreto, según datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Disponible en: http://www.rpp.com.pe/2013-05-27-peru-tiene-47-lenguas-nativas-la-mayoria-habladas-en-la-selva-amazonica-noticia_598493.html, consultado el 28 de mayo de 2013.

²¹ Antonio Peña Jumba, *Descentralización del sistema de justicia peruano: la alternativa de la justicia comunal*, disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/10039/descentralizacion-del-sistema-de-justicia-peruano-la-alternativa-de-la-justicia-comunal>, p. 8, visitado el 20 de diciembre de 2010.

TRATAMIENTO DE LA ACCION REIVINDICATORIA EN LA LEGISLACION PERUANA

MANUEL ARMAZA ARMAZA

1. Introducción

Al ser la propiedad un derecho real, merece éste contar con mecanismos de defensa para un supuesto de vulneración del ya mencionado derecho, es por eso que la denominada acción reivindicatoria resulta ser quizás el medio más adecuado de defensa de la propiedad, motivo por el cual, el presente artículo resulta ser precisamente el estudio de la bien llamada "acción real por excelencia", es decir, la reivindicatoria, misma que se encuentra regulada en el Artículo 927 de nuestro Código Civil.

Etimológicamente, el vocablo "Reivindicación" proviene del latín *res*, que significa "cosa" y *vindicare*, que significa "reclamar con justicia lo que se ha desposeído", de esta forma, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos define que la palabra Reivindicar significa: reclamar o recuperar alguien lo que por razón de dominio, cuasi dominio u otro motivo le pertenece.

Tal como se mencionó líneas arriba, todos los derechos reales existentes tienen sus mecanismos de defensa o protección, en el caso de la propiedad tenemos que uno de esos mecanismos es la denominada acción reivindicatoria, la cual tiene como función principal la de hacer reconocer el derecho de propiedad y de forma subsidiaria la puesta en posesión del bien materia de conflicto

2. Definición

Podemos definir a la acción reivindicatoria como el medio de protección de la propiedad que resguarda tanto los bienes muebles como los inmuebles y cuya finalidad consiste en reconocer y hacer valer el derecho de propiedad del accionante frente a un tercero y de esta forma lograr el legítimo despojo de la posesión realizada por éste.

Según Gonzales Barrón, «la acción reivindicatoria puede de definirse como el instrumento típico de protección de la propiedad, en cuya virtud, se declara comprobada la propiedad a favor del actor; y, por lógica consecuencia, se le pone en posesión del bien para hacer efectivo el ejercicio de su derecho».¹

De la misma forma podemos definir la acción reivindicatoria como aquella «que permite al propietario no poseedor, hacer efectivo su derecho contra el poseedor no propietario, ya sea recuperando lo propio luego de un despojo o indebida posesión, o solo reconociendo su derecho y calidad de dueño»².

3. Características

3.1 Es una acción real: Es decir que la interpone el propietario que no posee el bien, en contra un tercero vinculado o no³, que tiene la posesión de dicho bien ya sea este mueble o inmueble pero para que dicha acción prospere, es necesario que el accionante demuestre que es el titular del derecho. Cabe resaltar que la acción reivindicatoria tiene como fin supremo la protección de la propiedad y una vez comprobada ésta, se debe poner en posesión del bien al propietario para que pueda hacer uso, y disfrute del mismo, tal como lo menciona el Art. 923 de nuestro Código Civil.

3.2 Cumple una doble finalidad: La doble finalidad de la reivindicación, radica en que es una acción declarativa, esto debido a que se debe concluir con la certificación por parte del juzgado de la titularidad del accionante, y es una acción de condena porque al concluir el proceso y al declarar al accionante como propietario, se le debe despojar de forma legítima al poseedor y de esta forma restituirle su derecho al actor. «La acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, ya que protege el derecho real más completo y perfecto que es el dominio; por ella se reclama no solo la propiedad, sino también la posesión»⁴.

3.3 Es un remedio procesal de carácter plenario: Esto sucede ya que es un tema de amplia controversia y no hay límites en los medios probatorios, concluyendo con una decisión con autoridad de cosa juzgada.⁵

¹ Gonzales Barrón, Gunther, *Tratado de Derechos Reales*, tomo II, Jurista Editores, Lima, 2013, p. 1339.

² Expediente núm. 1003-97, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 13 de julio de 1998.

³ Escobar Rosas, Freddy, *Teoría General del Derecho Civil*, Editorial ARA, Lima, 2002, p. 241.

⁴ Casación núm. 1734-2007-Loreto.

⁵ Gonzales Barrón, Gunther, *Op cit.*, p. 1349

3.4 Es imprescriptible: Según lo mencionado en el Art. 927 del Código Civil, la acción reivindicatoria es imprescriptible, lo cual significa que si no hay una reclamación del bien, no se extingue el derecho, sino el derecho. Así mismo, en el mismo artículo, se menciona que no procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción, dando así la opción de rechazar la pretensión de reivindicación en el caso de existir usucapión, o el abandono de la cosa.⁶

4. Requisitos

Mediante sentencia del 11 de julio del 2002, Casación núm. 3436-2000-Lambayeque, publicada el 03 de febrero del 2003, Nuestra Corte Suprema establece los requisitos necesarios para interponer la acción reivindicatoria:

- a) Que, la ejercite el propietario que no tiene la posesión del bien.
- b) Que, esté destinada a recuperar el bien, no el derecho de propiedad.
- c) Que, el bien esté poseído por otro que no sea su dueño.
- d) Que, el bien sea una cosa determinada.

No nos encontramos plenamente de acuerdo con lo mencionado por la Corte Suprema, motivo por el cual, pasaremos a fundamentar el porqué de esta disconformidad, de igual manera analizaremos cada uno de los mismos a continuación.

a) Que la ejercite el propietario que no tiene la posesión del bien: En primer lugar debemos tener en cuenta que para dar cumplimiento a este primer requisito, el accionante debe probar de forma fehaciente el derecho de propiedad que lo ampara ya que si éste no prueba su derecho, la demanda será declarada infundada sin lugar a dudas por carecer de legitimidad para obrar.

b) Que esté destinada a recuperar el bien, no el derecho de propiedad: No concordamos con éste requisito planteado por la Corte Suprema ya que debemos recordar que una de las características de la acción reivindicatoria es su doble finalidad, tanto declarativa como de condena, de esta forma se menciona «Octavo. Que, la acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, ya que protege el derecho real más completo y perfecto que es el dominio; por ella se reclama no solo la propiedad, sino también la posesión».⁷

c) Que el bien esté poseído por otro que no sea el dueño: Esto es verdad ya que si bien es cierto lo que se pretende con la acción reivindicatoria es el reconocimiento de la propiedad, no se debe olvidar se subsidiariamente se persigue la restitución de la posesión. En el caso que el demandado demuestre que no posee el bien, tendría que ser absuelto.⁸

⁶ Gonzales Barrón, Gunther, *Acción reivindicatoria y desalojo por precario*, Editorial Gaceta Jurídica — Actualidad Jurídica, Marzo 2013, núm. 232, pp. 38 y 39.

⁷ Casación núm. 1734-2007-Loreto.

⁸ Gonzales Barrón, Gunther, Op cit., p.1340

d) Que, el bien sea una cosa determinada: Este es un requisito indispensable ya que es necesario que el bien materia de *litis* sea plenamente identificado, debido a que se podría suscitar el caso en el que se llega a probar la propiedad del accionante, pero no se prueba que el bien sea el mismo al que se refiere el título de propiedad, en este supuesto, la demanda sería declarada infundada.⁹

5. Bienes susceptibles de reivindicación

Como ya se pudo ver a lo largo del presente, son objeto de ser protegidos mediante la reivindicación, todos los bienes, ya sean muebles o inmuebles debiendo cumplir con el requisito de que estos puedan ser determinables, pero se deben exceptuar los bienes futuros, también los objetos o bienes accesorios que dependen de la existencia de un principal. Según Borda, «El objeto de la acción reivindicatoria es la recuperación de cosas muebles o inmuebles. Debe referirse siempre a cosas particulares, es decir a cosas físicamente determinadas»¹⁰. Así mismo, Peña Guzmán señala: «Objeto de la acción son las cosas particulares, fueren ellas muebles o inmuebles».¹¹

De esta forma, al existir bienes susceptibles de reivindicación, tenemos bienes que no están sujetos a la misma, así lo menciona Lafaille «No son reivindicables [...] los bienes que no sean cosas, ni las cosas futuras», así mismo, continúa diciendo «Ni las cosas accesorias, aunque lleguen a separarse de las principales, a no ser éstas reivindicadas»¹².

Lo anteriormente mencionado, nos da a entender que, para que un bien se pueda ser susceptible de reivindicar, se requiere:

- a) Que sea un mueble o inmueble.
- b) Que se pueda determinar físicamente.
- c) Que sean bienes actuales.

⁹ Gonzales Barrón, Gunther, Op cit., p. 1341

¹⁰ Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, Tomo I, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 483.

¹¹ Peña Guzmán, L., *Derecho Civil – Derechos Reales*, Tomo III, Buenos Aires, 1973, pp. 662-663.

¹² Lafaille, Héctor, *Derecho Civil Tomo V, Tratado de los Derechos Reales*, Vol. III, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 1945, pp. 423-424.

LIMITACIONES PROBATORIAS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ

1. El Derecho a la prueba como derecho de rango Constitucional

1.1 Concepto y alcances del derecho a la prueba

Creo necesario delimitar previamente algunos conceptos que permitirán una mejor comprensión del tema a tratar. Revisaremos, en primer lugar, lo concerniente al "derecho a la prueba".

Se entiende como *derecho a la prueba* a la potestad de poder demostrar la verdad de una afirmación o de un hecho que, de acuerdo a sus particulares circunstancias, requiere ser patentizada de un modo convincente. Como se puede observar, es un concepto que traspasa no sólo el ámbito procesal sino que, además, va más allá de lo estrictamente jurídico, ya que este *poder demostrar la verdad* es aplicable y muchas veces necesario en todas las manifestaciones de la interrelación humana.

Sin embargo, y acercándonos más al tema que nos compete, veamos qué es y cómo se manifiesta el derecho a la prueba en el campo del Derecho Procesal.

Haciendo una interpretación extensiva del concepto dado anteriormente, creo que *derecho a la prueba* o *derecho a probar* dentro del Derecho Procesal o, más ampliamente, dentro de un proceso, no es otra cosa que la facultad de la que gozan las partes para poder demostrar la veracidad de sus afirmaciones y/o a real existencia de los hechos que sustentan sus pretensiones. Todo esto con la finalidad de que el juez tenga una mejor y más

clara idea de la realidad y finalmente pueda resolver acertadamente.

En este mismo sentido se expresa Devis Echandía cuando habla de los actos probatorios de las partes: "... los diversos medios utilizados para obtener el convencimiento del juzgador sobre la existencia o inexistencia y las características de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión"¹.

Hinostroza Minguez define el derecho a la prueba del siguiente modo: "De la misma manera como tiene el interesado un derecho subjetivo de acción para dar principio a un proceso y obtener así la correspondiente declaración judicial, existe un derecho procesal subjetivo de aportar los medios probatorios que se estimen necesarios para probar los hechos en que se funda la respectiva pretensión o para contradecir las alegaciones del actor referidas precisamente a hechos o situaciones concretas."²

Este *derecho a la prueba*, del que vengo hablando, se manifiesta en la *prueba judicial*, y esta última se plasma, a su vez, en los *medios probatorios*. Son, pues, conceptos estrechamente relacionados entre sí, pero que se encuentran ubicados en tres planos o niveles distintos.

Se puede decir que prueba es todo acto procesal que realizan las partes, en virtud al derecho subjetivo y a la potestad de la que gozan, con el fin de demostrar la realidad de los hechos alegados y brindarle al juez una imagen clara de los mismos con el fin de acreditar su pretensión.

En tanto que medio probatorio es todo aquel instrumento del que se valen las partes para poder revelar directa o indirectamente la verdad. Son, como su nombre lo dice, medios o instrumentos que se suministran o aportan al proceso para poder demostrar algún hecho alegado.

En opinión del profesor polaco Wróblewsky³ existen tres clases o grupos principales de medios probatorios:

a) **Medios de prueba empíricos:** que incluyen a los medios de prueba reconocidos por los códigos ya sean típicos o atípicos, según estén detallados explícitamente en las normas o no, respectivamente. Esta denominación obedece al hecho de que el juez normalmente verificará la verdad o falsedad de lo argumentado por las partes directamente de los mismos hechos, en la medida de lo posible.

b) **Medios de prueba lógico racionales:** son aquellos juicios o procedimientos mentales que realizará el juzgador para completar o confirmar la información recogida de los medios empíricos.

¹ Devis Echandía, Hernando, *Compendio de pruebas judiciales*. Rubinzal y Culzoni editores, Santa Fe-Argentina, 1894, p. 31.

² Hinostroza Minguez, Alberto, *La Prueba en el Proceso Civil*, Segunda edición, Gaceta Jurídica editorial. Lima, 1999, p. 15.

³ Wróblewsky, citado por Sánchez Fernández, Luis Manuel en *Argumentación jurídica*, Jurista editores, Lima, 2004, p. 156-166.

c) Medios de prueba estrictamente jurídicos: en este tercer grupo se ubican aquellos hechos considerados probados porque así los dispone la ley. Son llamados también «sucedáneos» y básicamente son de dos tipos: *juris et de jure*, cuando son presunciones absolutas y *juris tantum*, cuando son relativas.

Otro aspecto vital es el referido a la carga de la prueba. En la doctrina moderna, la carga de la prueba es entendida como «imperativo del propio interés», esto es, la carga hace referencia a la necesidad de un determinado actuar fundada en la libertad de las partes reconocida por norma jurídica de probar sus propias afirmaciones, de modo tal que para esta doctrina la prueba y carga son conceptos indisolubles. En tal sentido, las partes al probar sus alegaciones se liberan de la carga, de lo contrario no obtendrán la tutela jurisdiccional pretendida puesto que depende exclusivamente de las partes el probar sus afirmaciones.

En la actualidad, se ha dado doctrinariamente un cambio drástico a la visión neutral del problema probatorio ya que si bien es cierto que el probar constituye una carga, por ello mismo las partes deben tener el derecho de liberarse de esa carga pues existe un derecho a la prueba, el derecho de acreditar los hechos expuestos que son el sustento de la pretensión. Así, el «derecho a la prueba» es el resultado de la jurisprudencia constitucional europea y su doctrina que considera al proceso como un instrumento de tutela de nuestros derechos, que propugna la individualización de las garantías básicas que el proceso debe reunir, dando ambas lugar a la configuración de un «modelo universal de garantía constitucional del proceso», fenómeno que es conocido también como «jusnaturalismo procesal», entendido como el vasto movimiento cultural que ha contribuido con eficacia a la concretización de las garantías constitucionales a través de las experiencias del derecho comparado, como opina la Dra. Ariano Deho⁴.

La labor de la Corte Constitucional italiana, señala la Dra. Ariano Deho⁵ ha sido decisiva en el reconocimiento y configuración del derecho a la prueba afirmando, en materia de pruebas, que no puede considerarse justo el proceso en el cual por cualquier razón y en cualquier modo, las partes se vean privadas de la posibilidad de probar hechos como fundamento de la pretensión. En este sentido son cada vez mayores las voces que propugnan la no-limitación al derecho a probar, como afirma la Dra. Ariano.

1.2 La constitucionalización del derecho a la prueba:

Expuestos así los conceptos del derecho a la prueba, corresponde hacer un análisis respecto a su reconocimiento constitucional; el mismo que aparece recogido por primera vez en el constitucionalismo español, en el artículo 24 de la Carta Magna de 1978, que consagra el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa y la prohibición de la indefensión de las partes.

⁴ Ariano Deho, *El Derecho a la Prueba y el Código Procesal Civil*, Revista Cátedra UNMSM año III núm. 4, p. 86.

⁵ *Idem*, p. 87.

Constituyéndose de este modo en un caso único de positivización del derecho de defensa en el constitucionalismo europeo y universal, pues ninguna convención o declaración universal o regional de derechos humanos ha explícitamente consagrado el derecho a la prueba, sino tan solo «el derecho a ser oído».⁶

Expuesto así y debido a la constitucionalización del derecho a la prueba, el Tribunal Constitucional español en su afán de concretizar el derecho a tutela jurisdiccional efectiva, prohibición de indefensión y del derecho de defensa ha fijado los alcances respectivos siendo, entre otros, los siguientes:

a) «La denegación de las pruebas por privación o desconocimiento provocan indefensión, afirmando que la relación entre las pruebas e indefensión marca el momento de máxima tensión de la eventual lesión del derecho». (sentencia del 10 de abril de 1995).

b) «El artículo 24 de la Constitución española ha convertido en un derecho fundamental el utilizar los medios de prueba pertinentes en cualquier tipo de proceso en las que el ciudadano se vea involucrado. Este derecho inseparable del de defensa al haber sido constitucionalizado, impone una mayor sensibilidad en relación con las normas procesales atinentes a ello». (sentencia del 08 de julio de 1988).

c) «La Constitución española al proclamar en su Art. 24.2, entre otros, el derecho a la presunción de inocencia, a un proceso público y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, sienta las bases y condiciones para alcanzar el juicio justo. Siendo tal la naturaleza del derecho a la prueba, lo correcto será proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo u obstaculizarlo, siendo preferente en tal manera incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación».

d) «La indefensión hay que relacionarla con el derecho, también fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes, ya que el impedimento a los mismos naturalmente que genera una situación injusta a coartarse la utilización de medios probatorios, si bien haya de tenerse presente que el juicio de pertinencia es de exclusiva competencia del juez ordinario».

Como se puede apreciar la Constitución española ha alcanzado logros importantes en materia de prueba judicial, dejando de ser considerada como un derecho más de rango legal a un derecho de jerarquía constitucional.

1.3 ¿La constitución peruana reconoce el derecho a la prueba?

La Constitución Política del Perú de 1993, a diferencia de la española, no consagra de forma explícita el derecho a la prueba como un derecho que tenga toda persona al verse involucrado en cualquier tipo de proceso. La derogada Constitución peruana de 1979 tampoco lo tenía positivado.

⁶ Picó I Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, J.M. Bosh. Editor S.A. Barcelona, 1996. Citado por Ariano Deho en *El derecho a la prueba y el código procesal civil*, p. 90.

Sin embargo, ello no quiere decir que la actual Constitución peruana desconozca o que no lo proteja, al contrario se encuentra implícitamente reconocido dentro de otros derechos y principios consagrados explícitamente.

En este sentido coincido con el parecer de la Dra. Ariano Deho⁷, quien afirma que *nuestro ordenamiento constitucional no ha previsto expresamente como derecho de orden procesal el derecho a la prueba, pero su existencia se desprende de los incisos 3 y 14 del artículo 139° de la Constitución, que son normas que consagran como principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela judicial, y la de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.*

Extrayendo el contenido y conjugando aquellos derechos que sí se encuentran reconocidos explícitamente, podemos afirmar que el derecho a la prueba se encuentra dentro de los derechos que tienen rango constitucional, como lo afirma la citada autora⁸ "debemos considerar que el derecho a la prueba se coloca entre los derechos procesales fundamentales, cual componente esencial del más amplio derecho a la tutela jurisdiccional".

Si se considera que los medios probatorios, entre otras, tienen por finalidad formar la convicción judicial (artículo 188° del CPC) y subsecuentemente determina el contenido de la sentencia, entonces es indudable que privar de la oportunidad probatoria es afectar el derecho a un debido proceso y, en términos generales, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

El código establece la oportunidad en que deben ofrecerse, admitirse y actuarse los medios de prueba. Esta faceta del debido proceso comprende cuatro derechos específicos: a) derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente del proceso; b) derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; c) derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos de las partes; y d) derecho a controlar e impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria.

Con acierto, Arturo Hoyos⁹ afirma que *el derecho de prueba comprende la facultad de aportar pruebas lícitas al proceso y de contradecir las que ofrezca la otra parte: Nos dice el juez de la Corte Suprema de la Corte de Panamá: éste es un elemento esencial en la garantía constitucional que estudiamos —el debido proceso— ya que, en última instancia, la posibilidad de las personas de defender sus derechos en un proceso pasa sobre la posibilidad de aportar pruebas al proceso y de contradecir las que la otra parte ofrezca.*

El derecho a probar emana del derecho a un debido proceso, aunque algunos sostienen que emana directamente del derecho

⁷ Ariano Deho, Eugenia, *El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil*, Op. cit., p. 93.

⁸ Ariano Deho, Eugenia, *El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil*, Op. cit., p. 93.

⁹ Hoyos, Arturo citado por Ticona Postigo, Víctor, *El debido proceso y la demanda civil*, Tomo I, Editorial Rodhas, 1998, p. 92.

de defensa. Así como las partes tienen igual derecho a proponer sus pretensiones y sus medios de defensa, también tienen igual derecho a probar los hechos que las sustentan.

En este tema también cabe distinguir el debido proceso formal. Si arbitrariamente existen normas procesales que restringen el derecho a probar que tiene todo litigante, sea parte o tercero legitimado, se estará lesionando el debido proceso sustantivo, empero, si por una errónea interpretación o aplicación, se restringe o elimina la posibilidad de ofrecer, de ser admitido o de actuarse un medio probatorio, se estará vulnerando el debido proceso formal.

Sobre este tópico ya lo hizo notar Couture cuando advertía: «También aquí cabe formular la distinción entre motivos de nulidad, por infracción a la ley, y motivos de inconstitucionalidad de la ley por violación de la garantía del proceso. Las garantías de la prueba pertenecen, en el sistema de codificación, a la ley ordinaria, la que ordena la producción de la misma con un criterio de razonable equidad para ambas partes, con arreglo al principio de igualdad de ellas en el proceso. Todos los días nuestros tribunales anulan procedimientos por apartamiento de las garantías inherentes a la producción de la prueba. En cambio de acuerdo con nuestro criterio, sería correcta la conclusión de una ley instituyendo una presunción absurda o irrazonable que no admita prueba en contrario, es violatoria de la garantía constitucional de defensa en el juicio.»

En la doctrina y la jurisprudencia italiana se ha establecido la íntima vinculación entre el derecho a la prueba y el derecho constitucional de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución italiana de 1947, destacándose que la negación del derecho a la defensa, en su manifestación del derecho a la prueba, supone vulnerar, en última instancia, la garantía constitucional de la tutela judicial reconocida en el apartado primero del artículo 24 C.I.¹⁰.

1.4 La protección del derecho a la prueba

Como ya se vio en el capítulo I del presente trabajo (al analizar las consecuencias de la constitucionalización de las garantías del proceso), el hecho de que un derecho sea reconocido en la Constitución como derecho fundamental de las personas trae consigo varias consecuencias para su ulterior protección y reconocimiento, entre las principales, aplicables al presente caso, tenemos:

a) Su aplicación directa e inmediata, esto es, su alcance jurídico-positivo.

b) Su regulación por leyes ordinarias, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial. En especial las normas procesales y dentro de estas los medios de impugnación.

c) Posibilidad de pedir la tutela del Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo, en caso de violación.

¹⁰ Ticona Postigo, Víctor. *El debido proceso y la demanda civil*, Tomo 1, Editorial Rodhas, Lima, 1998, p. 93-96.

Consecuentemente, el derecho a la prueba debe ser respetado y ejercido de manera eficaz en todo proceso, ya que la Constitución tiene plena vigencia en la realidad jurídica de todo país.

En segundo lugar, dicho derecho debe estar reglado más detalladamente por norma de rango de ley, y lo está, evidentemente, en el Código Procesal Civil, cosa distinta y que analizaremos posteriormente es determinar si se encuentra regulado en forma acertada y afortunada o si por el contrario, limita o inclusive vulnera los derechos de los justiciables.

En tercer lugar, resulta legalmente procedente una acción de amparo si se ha vulnerado el derecho a la prueba dentro de un proceso judicial y si con ello se ha producido indefensión.

Otro punto importante es el referido al recurso de casación. Sucede que en el Perú ante una evidente violación del derecho a la prueba, ya sea por una errónea valoración de los medios probatorios o por una limitación de los mismos, no es procedente un recurso de casación, de este modo sí considero que se limita el derecho a la prueba.

A pesar de que el artículo 386° del Código Procesal Civil contempla en su inciso 3 como causal para interponer el recurso de casación: «La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales» y como se vio anteriormente, el derecho a la prueba es un componente del amplísimo derecho al debido proceso, los tribunales peruanos no permiten acceder a la casación por la contravención del derecho a la prueba. Esto debido al concepto predominante de que en la casación sólo se deben ventilar cuestiones de derecho y no fácticas como sería lo referido a la prueba.

Un ejemplo claro de dicha tendencia es la sentencia de la Corte Suprema del Perú, recaída sobre el recurso de casación; núm. 783-2001 LIMA, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 01 de marzo de 2004, que establece:

“Resulta declarado infundado el recurso de casación interpuesto por el recurrente en contra de la sentencia de vista que declara fundada la demanda sobre prescripción adquisitiva de dominio. El Colegiado Supremo sustenta su fallo en que las instancias de mérito han concluido la calidad de predio rústico del inmueble sublitis luego de efectuar la valoración de los medios probatorios; y lo que pretendía el recurrente era cuestionar el criterio de valoración de estos medios como si el recurso fuera una nueva instancia en donde se aprecien pruebas, cuando la naturaleza del citado recurso está reservada a cuestiones de iure; por lo que siendo así las sentencias de mérito han sido expedidas con arreglo a lo dispuesto en el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, no apreciándose en este caso la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso”.

Creemos que dicho criterio es erróneo porque, como se dijo anteriormente, el derecho a la prueba es un componente importantísimo e insustituible de todo debido proceso que haga honor a dicho nombre. Por ello, y para evitar interpretaciones restrictivas y erróneas creemos necesario modificar dicho artículo haciéndolo más explícito o de forma tal que abarque a cada uno de los derechos integrantes del debido proceso.

Sin embargo el Dr. Reynaldo Bustamante, opina igualmente en el sentido que el recurso de casación, debería conocer de las cuestiones derivadas de la valoración de los medios probatorios. El citado tratadista indica, *reiteremos nuestra discrepancia con aquella postura asumida en múltiples oportunidades por la Corte Suprema de Justicia del Perú, que sostiene que los defectos en la valoración de los medios de prueba, al ser una "cuestión de hecho, no son materia casacionable, es decir, que no pueden dar lugar a un recurso de casación. Discrepamos con ella porque si uno de los supuestos que habilita la competencia de la Corte Suprema debería declarar procedente el recurso de casación y luego pronunciarse sobre el fondo de la pretensión casatoria si ésta se sustenta en la afectación del debido proceso por la ausencia de valoración de algún medio probatorio admitido y actuado conforme a los principios que rigen la actividad probatoria, o por la valoración defectuosa del material fáctico y probatorio*¹¹.

En un siguiente párrafo el mismo autor refiere, tal cual, venimos afirmando, que éste tipo de restricciones afectan a derechos de naturaleza fundamental, como es el derecho a la prueba. Indica: «... al estar involucrados dos derechos de naturaleza fundamental, como son el derecho a un debido proceso —o proceso justo—, y el derecho a probar como parte esencial de su contenido, el mayor valor con que cuentan en el ordenamiento jurídico hace que las normas materiales y procesales entre ellas las referidas a las causales casatorias, deban interpretarse de la forma más favorable para garantizar la efectividad del contenido y ejercicio de ambos derechos¹².»

Se une a lo ya expresado que, la Corte Suprema de Justicia dictó una sentencia casatoria, cuyos considerandos expresan lo siguiente:

"Considerando tercero: que, con motivo de los cargos denunciados, resulta pertinente detenerse en el principio de "debida valoración" de los medios probatorios actuados, pues si el derecho a probar, como establece el citado artículo ciento ochenta y ocho del Código Adjetivo, tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes, resultaría "una garantía ilusoria y meramente ritualista" si el juzgador no apreciara adecuadamente (razonadamente) el material

¹¹ Bustamante Alarcón, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Ara editores, Lima, 2001, p. 351.

¹² *Idem.*, p. 351.

probatorio, dando lugar a una sentencia irregular o arbitraria, la cual, señala el profesor Morello, consume un estudio parcial, ilógico o inequitativo del caudal fáctico; en particular si prescinde de una visión de conjunto y correlacionada de la prueba, no traduciendo por ende una apreciación crítica de ella y que una labor aislada de las probanzas, sin integrarlas ni armonizarlas en su conjunto, padecerá de arbitrariedad.

Cuarto: Que en consecuencia, debe recurrirse a dos instrumentos básicos, que tienen que ver con el principio antes anotado: el criterio de unidad del bagaje probatorio y la sana crítica (valoración razonada del Juez), a efecto de determinar si la sentencia expedida por la Sala Superior ha observado el principio antes mencionado atendiendo los cargos admitidos.

Quinto: Que, en tal sentido, la recurrida señala al valorar los alcances del documento de fojas ciento treinta y uno el cual contiene un informe cursado por el encargado del área de rentas de la Municipalidad Provincial de Palpa Alcalde de dicha institución, que si bien aparece que la demandante ha pagado el impuesto a la renta respecto al inmueble sub litis, dicho informe no indica la fecha de cuándo ha sido pagado el mencionado impuesto; no obstante lo dicho por la recurrida, resulta que del texto íntegro del documento aludido se desprende que existe un periodo de pagos del acotado impuesto, efectuados por don Oscar Cornejo Yalle, esposo ya fallecido de la demandante, que según refiere el funcionamiento aludido, se inician desde el año mil novecientos setenta y cinco, por lo que, la apreciación parcial del documento, afecta el principio lógico de razón suficiente ("todo lo que es tiene su razón de ser y, nada hay sin razón suficiente"), pues el hecho de que no aparezca las fechas en que se pagaron los impuestos por la actora, no es consecuencia necesaria de que el impuesto no se haya cancelado de acuerdo a los periodos que indica el mismo instrumento, pues en todo caso, si el informe pretende acreditar, a través del pago de impuestos, que la actora estuvo en posesión del bien sub júdice, éste debe cotejarse con otros documentos orientados en la dirección probatoria querida por la recurrente, sobre la base del principio de comunidad (unidad) de la prueba.

Sexto: Que, asimismo, se afecta al principio lógico de no contradicción cuando la recurrida menciona que de los documentos de fojas ciento veintiocho y ciento veintinueve, expedidos por la empresa Electro Sur Medio Sociedad Anónima, en los cuales aparece como cliente la impugnante, y de cuya lectura de estado se evidencia que los pagos corresponden a los años de mil novecientos noventa y cinco y mil novecientos noventa y seis; sin embargo, contradictoriamente a lo señalado, el colegio

no repara en que en el documento de fojas ciento veintiocho se menciona que el medidor de luz de la citada empresa eléctrica aparece a nombre de la demandante desde diciembre de mil novecientos ochenta, lo cual significa que el juzgador se basa en un documento para afirmar un hecho, cuando del mismo aparece otro proceso opuesto.

Séptimo: Que, de la misma manera, la recurrida no pondera los alcances de las partidas de nacimiento de los hijos de la demandante ni la partida de defunción de su cónyuge extinto, que han sido ofrecidos en la demanda y admitidos en la audiencia respectiva; de igual forma no determina el contenido del documento de fojas ciento veintiséis que se trata de un oficio cursado por el Gerente General de la Empresa Municipal de Saneamiento de Palpa al Juez de la causa, que también tienen que ver los puntos controvertidos de la Litis.

Octavo: Que, no obstante existir motivación en la sentencia recurrida, resulta que ésta es aparente, pues se ha inobservancia el principio de unidad del material probatorio, pues los medios probatorios forman una unidad, y que, como tal, deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno todos los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para finalmente concluir sobre el convencimiento que a partir de ellas se forme.

Novena: Que, por consiguiente se ha infringido el debido proceso, y la Sala de revisión debe de expedir la nueva sentencia, observando los principios acotados y los demás existentes sobre derecho probatorio¹³.

Por tanto, modificar el recurso de casación expresamente en este extremo podría contribuir a proteger el derecho a la prueba.

2. Límites del derecho a la prueba:

2.1 Los derechos fundamentales tienen limitaciones:

En el punto anterior dejamos sentado el carácter constitucional del derecho a la prueba, esto es, que se trata de un derecho fundamental consagrado en la Carta Magna. Ahora bien, ¿el derecho a la prueba es absoluto?, es decir, ¿los derechos fundamentales no admiten limitaciones o restricciones de ningún tipo? La respuesta lógica y predominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional es que todo derecho fundamental sí admite limitaciones en algunos supuestos.

Al respecto, nos remitimos al criterio del Tribunal Constitucional peruano, máximo intérprete de la Constitución, quien en reiteradas jurisprudencias, como la sentencia del 21 de septiembre de 2004, recaída sobre el expediente 004-2004-AI/TC, establece lo siguiente:

¹³ Casación núm. 261-99-ICA, Sentencia emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Perú.

1. "Conforme al criterio uniforme de este Colegiado, ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podrá restringirse:

2. Cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de los valores constitucionales; y

3. Cuando la limitación del elemento "no esencial" del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)".

En ese mismo sentido, creemos natural que el derecho a la prueba tenga límites que ayuden a que dicho derecho logre sus objetivos y sea eficaz dentro del proceso, dichos límites son: a) los intrínsecos o inherentes a la actividad probatoria y b) los debidos a requisitos legales, los mismos que serán analizados con mayor detenimiento en el punto siguiente.

Claro está que los límites en ningún caso pueden volver ilusorio el derecho a la prueba. Si los límites se exceden de los márgenes permitidos, dejan de ser límites para convertirse en violación o clara trasgresión al derecho constitucional protegido.

El derecho a la prueba tiene dos tipos de límites¹⁴: los límites intrínsecos que se deducen de diversos preceptos legales, y que se concretan en aquellos presupuestos o condiciones que, por su propia naturaleza, debe cumplir toda prueba, siendo estos la pertinencia y la licitud. Mientras que los límites extrínsecos se deben al carácter procesal del derecho objeto de estudio, y hacen referencia a las formalidades y cauces procedimentales imprescindibles para ejercitarlo válidamente.

2.2 Límites intrínsecos o inherentes del derecho a la prueba

a) Pertinencia:

El concepto de pertinencia resulta de gran importancia para el entendimiento de los llamados límites del derecho a la prueba, por tanto no debe confundirse pertinencia del medio probatorio entendido como la relación que debe guardar el medio probatorio con los hechos que constituyen el fundamento de la pretensión ejercitada *causa petendi*, con la pertinencia del hecho alegado, entendido como fundamento de determinada pretensión que guarda relación con el objeto de la controversia, tales como los hechos intrascendentes o extraños para la configuración del objeto litigioso.

En suma, la pertinencia del medio de prueba está o determinada por lo que se pretende acreditar con tal medio y aquello que es el denominado tema de prueba *thema probandum*. En tal sentido el derecho a la prueba implica la admisión de un determinado

¹⁴ Pico I Junoy, Joan. ob. cit., p. 39.

medio probatorio pertinente dirigido a demostrar un hecho pertinente, por tanto no debe entenderse que es aquel en el que se admitan todos los medios de prueba ofrecidos por las partes sino sólo los que tengan relación con el tema de prueba previamente establecido por el juez. Sin embargo este juicio siempre debe ser amplio, favoreciendo el derecho de probar de las partes.

Ahora bien el juicio sobre pertinencia y relevancia de la prueba no implica una anticipación de los resultados de la prueba, sino sólo de la admisión de todas las pruebas idóneas para aportar elementos de conocimiento.

El Código Procesal Civil peruano establece en el primer párrafo del artículo 190° que los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el juez.

Deberán pues, inadmitirse por impertinentes los medios de prueba que se dirijan a probar hechos no alegados, no controvertidos, no relevantes. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental autónomo y, por lo tanto distinto y no incluido, en el de tutela judicial efectiva¹⁵

b) Licitud:

Otro límite al derecho a la prueba es la licitud de la prueba. Concebida como el resultado de la influencia de los valores constitucionales, por tanto un medio probatorio es ilícito cuando es obtenido en desmedro de derechos fundamentales de la persona. El Código Procesal Civil peruano establece en el numeral 199° que carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno. Con relación a este punto sólo toca mencionarlo, pues el tema a tratar es la limitación probatoria en casos particulares, de la normatividad procesal peruana.

2.3 Los límites debidos a requisitos legales

Siguiendo el criterio clasificatorio de Joan Pico I Junoy¹⁶, en este punto, referido a los límites debidos a requisitos legales, vamos a diferenciar entre aquellos genéricos, es decir, aplicables a todos los medios probatorios existentes y aquellos específicos, o sea, aquellos requisitos exigidos para cada medio probatorio en particular.

a) Límites genéricos

Son dos los límites aplicables a todos los medios probatorios: los de legitimación y los límites temporales.

¹⁵ Sanchís Crespo, Carolina, *El derecho a la prueba en España: una perspectiva constitucional*, en Revista peruana de Derecho Procesal. Estudio de Belaunde & Monroy, Abril, 1999, p. 285 a 288.

¹⁶ Pico I Junoy. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Op. cit. p. 61.

a.1) Requisitos de legitimación

Para que todo medio probatorio sea válidamente admitido al proceso se requiere que haya sido incorporado al mismo por una persona legitimada para ello, esta cualidad la tiene toda persona que sea parte del proceso desde su inicio o con posterioridad, como los casos del sucesor y del interviniente procesal.

Para Devis Echandía¹⁷ el principio de la legitimación para la prueba exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para aducirla, es decir, el juez cuando tiene facultades inquisitivas, y las partes principales y secundarias, e inclusive transitorias o intervinientes incidentales; por último, respecto de la cuestión que motiva su intervención, requieren que el funcionario que la reciba o practique tenga facultad procesal para ello.

Como observa atinadamente Micheli¹⁸, no siempre el sujeto legitimado para la prueba es el legitimado para la causa, pues ocurre muchas veces que quien podría obrar en el proceso con debida legitimación para aducir pruebas mientras no sea recibido como inventor, y el segundo la tiene perfecta, no obstante la ineficacia sustancial de su demanda, que conducirá a una sentencia inhibitoria. Puede decirse que la legitimación para la prueba es común, en cuanto la comunidad de la prueba exige que cada parte pueda solicitar y aducir las que sirvan para acreditar los hechos que interesan al proceso, quienquiera que los haya alegado, pues ya vimos que cualquiera puede aprovecharse de las pedidas o presentadas por su adversario. No importa el interés personal que haya originado la prueba, sino que quien la aduzca tenga legitimación abstracta para intervenir en la actividad probatoria del proceso y que ella se haya practicado en tiempo oportuno, en la forma y en el lugar adecuados.

a.2.) Requisitos temporales

La presentación, admisión y actuación de las pruebas deben darse en un tiempo oportuno y determinado, todo ello para garantizar el derecho a obtener la tutela judicial en un plazo prudente.

Cabe mencionar que dichos plazos difieren en cada uno de los tipos procedimentales.

En el Código Procesal Civil peruano ha regulado tres tipos procedimentales, el denominado proceso de conocimiento, el abreviado y el sumarísimo. Sin embargo en cualquiera de los tres tipos de procesos, los medios probatorios deben ofrecerse en los actos postulatorios, es decir en el escrito de demanda, o de contestación o en la reconvencción o contestación a la reconvencción. Los plazos para contestar la demanda y a su vez para deducir reconvencción son de treinta días para el proceso de conocimiento, diez

¹⁷ Devis Echandia, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, editor Victor P. de Zabalia, Buenos Aires, 1981, p. 126.

¹⁸ Michelli, Gian Antonio, *La carga de la Prueba*. Editorial Temis, Bogotá, 1989, pp. 133-134.

días para el proceso abreviado y de cinco días para el proceso sumarisimo, en este último tipo procedimental es improcedente la reconvencción.

b) Límites específicos de los diversos medios probatorios

b.1.) Declaración de parte

El principal requisito es que se acompañe por escrito el pliego de preguntas y que obviamente trate sobre los hechos materia del conflicto. Asimismo, las preguntas presentadas no deben ser oscuras, ambiguas o contradictorias. Como se ve todos estos requisitos van a coadyuvar a que dicho medio probatorio sea eficiente. El Código Procesal Civil peruano ha regulado este medio de prueba en los numerales 213 al 225 y establece que el interrogatorio debe ser formulado por el juez, las preguntas del interrogatorio deben estar redactadas de manera concreta, clara y precisa.

Por otro lado, es requisito de validez que el declarante tenga capacidad legal para prestar declaraciones.

b.2.) Prueba testifical o testimonial

En primer lugar, respecto a cómo deben formularse las preguntas por parte de quien ofrece la testimonial, estas deben ser precisas, claras, enumeradas correlativamente y deben orientarse concretamente a los hechos objeto del debate.

En cuanto al sujeto que va a prestar la testimonial, también encontramos diversos requisitos: se debe tratar de persona capaz; la ley procesal peruana permite la declaración de los menores de 18 años sólo en los casos establecidos por ley, por otro lado, no todos están permitidos de declarar ya que existen expresas prohibiciones debido a diferentes motivos, lo que será objeto de análisis en puntos posteriores, cuando se refiera a las limitaciones probatorias en determinados medios probatorios.

El Código Procesal Civil peruano la regula en los numerales 222 al 232 y establece que el proponente debe indicar el nombre, domicilio y ocupación de los mismos en el escrito correspondiente.

b.3.) Prueba documental

En este tipo de medio probatorio se requiere como requisito la oportunidad prevista genéricamente en el Código Procesal Civil peruano en los artículos 424, 425, y 442 que consiste en ofrecer pruebas en los actos postulatorios de demanda y de contestación a la misma. Los numerales 429 y 440, regulan lo que, el mismo Código denomina "medios probatorios extemporáneos", y ofrecen la posibilidad de ofrecer nuevos medios probatorios en los casos en que éstos medios probatorios se refieran a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir; el plazo para hacerlo no puede exceder de diez días.

b.4.) Prueba pericial

La prueba pericial es pertinente cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra analoga. Básicamente se requiere la determinación con claridad y precisión del objeto de la pericia, además la profesión u oficio de quien la va a practicar.

El Código Procesal Civil peruano la regula en sus numerales 262 a 271; la que exige como requisitos la indicación con claridad y precisión, los puntos sobre los cuáles versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia. Adicionalmente en el escrito de demanda se debe presentar un pliego abierto que contenga los puntos sobre los cuáles versará el dictamen pericial.

b.5.) Prueba de inspección judicial

Se ofrece cuando el Juez debe apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos. También se le conoce en la doctrina como prueba de reconocimiento judicial. Se debe levantar un acta en el mismo día y lugar de los hechos donde conste todo lo observado.

El Código Procesal Civil peruano la regula en los numerales 272 a 274 y el único requisito de su admisión es que sólo procederá cuando el juez debe apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos.

3. Las limitaciones probatorias del código procesal civil peruano

El Código Procesal Civil peruano de 1993 consagra un sistema innovador al del Código de Procedimientos Civiles de 1912 (en el que se establecía el sistema de *numerus clausus*), esto es el sistema de *numerus apertus* de medios probatorios, de intermediación en la actividad probatoria y de valoración conjunta y razonada de los medios probatorios aportados y una ordenada actuación, todo esto se ha establecido, según sus propulsores en el "intento de la búsqueda de la verdad".

Aparentemente se regula el derecho a la prueba en forma muy amplia y garantizando al litigante el derecho irrestricto a la prueba judicial.

Sin embargo, como bien afirma la Dra. Ariano Deho¹⁹, aún se encuentran importantes y variados casos de rezagos de exclusión, limitación o prohibición probatoria, de imposición de medios probatorios, de formalismos excesivos en la proposición de la prueba, de sumariedad cuantitativa de cognición en ciertos procesos, falta de contradictorio en la actuación probatoria y normas con criterio de apreciación legal de la prueba; todo lo que constituye

¹⁹ Ariano Deho, Eugenia, *El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil*, Op. cit., p. 96.

un atentado al amplio derecho a la prueba del cual deben gozar las partes, derecho que no conoce de las referidas limitaciones.

En este orden de ideas podemos considerar entre otros los siguientes artículos del Código Procesal Civil peruano que atentan contra el derecho a la prueba.

3.1 Limitaciones en cuanto al ofrecimiento—admisión

En este punto analizaremos las limitaciones del derecho a la prueba existentes en los casos de: presentación de la demanda, contestación y admisión de los medios probatorios.

A. Obligación de presentar medios probatorios en la demanda y contestación de la demanda

El Código Procesal Civil peruano en sus artículos 424, 425 y 442 exige que todos los medios de prueba sean obligatoriamente ofrecidos en los actos postulatorios, esto es en el escrito de demanda y en el de contestación de la misma. Esta exigencia conlleva graves perjuicios al derecho de defensa de las partes. Enunciaré algunos:

a) Incrementa el costo del proceso, pues obliga a los justiciables a demandar con el necesario acopio de pruebas desde el inicio. De otro modo se tiene que, no se puede demandar si no se ofrece la prueba necesaria de la totalidad de los hechos alegados, y no sólo de los contradichos o negados por la parte contraria.

b) Desnaturaliza la lógica natural del proceso. El debate judicial se produce siempre con una necesaria afirmación, una eventual negación, y en función de los hechos afirmados y negados, se ofrecerá luego la prueba estrictamente necesaria, sólo de los hechos controvertidos.

c) En este orden de pruebas no se debe ideas no se debe imponer ofrecer toda la prueba con la demanda y toda con la contestación.

d) Causa perjuicio al derecho de los litigantes, particularmente al derecho del demandante, pues el demandado conoce de antemano, «todas las armas» del actor y en ese sentido se halla en cierta posición de ventaja, afectando el principio de igualdad de las partes.

e) Con la fijación de los puntos controvertidos, que se realiza en audiencia posterior a la contestación a la demanda, quedan excluidos, por «improcedentes» todos los medios de prueba no referidos a hechos controvertidos, los que sin embargo y paradójicamente fueron obligatorios al momento de demandar con el consecuente perjuicio de tiempo y de gasto.

f) Si se declara rebelde al demandado, el juez puede dictar sentencia asumiendo como cierto los hechos afirmados por el actor y sin necesidad de valorar los medios probatorios. Por esta razón no es lógico el ofrecimiento de medios probatorios en los actos postulatorios.

g) Si el conflicto se concilia, se da por concluido el proceso, habiendo sido innecesario ofrecer medios probatorios, pues no serán tomados en cuenta, para la conciliación que solo requiere de la voluntad de las partes.

h) La preclusión probatoria es sumamente rígida. Esto es que se pierde el derecho a ofrecer medios probatorios si no son ofrecidos en los actos postulatorios.

Como podemos apreciar, todos estos «inconvenientes» se producen por la obligatoriedad del ofrecimiento de medios probatorios conjuntamente con la demanda o la contestación, hecho que analizaré con más amplitud en los siguientes puntos del presente trabajo.

B. Admisión de medios probatorios

El artículo 426 establece las causas por las cuales el juez debe declarar inadmisibles la demanda, entre ellas se encuentra, «No acompañar los anexos exigidos por ley». Y entre los anexos exigidos por ley están obligatoriamente todos los medios probatorios.

Por su parte el artículo 471 prescribe lo siguiente:

“De no haber conciliación, el Juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba. A continuación decidirá la admisión de los medios probatorios ofrecidos si los hubieran. Luego ordenará la actuación de los medios probatorios ofrecidos referentes a las cuestiones probatorias, de haberlas.

Al final de la audiencia, el Juez comunicará a las partes el día, la hora y el lugar para la realización de la audiencia de pruebas, que será en un plazo no mayor de cincuenta días, contado desde la audiencia conciliatoria.”

La facultad del juez de dirección del proceso con la prerrogativa del poder-deber de determinar las pruebas que admite y cuales declarará improcedentes determinan que en la audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio el derecho a la prueba de las partes puede encontrar su consagración o su violación, como bien opina la Dra. Ariano Deho²⁰, ya que es éste momento en el que el juez admite las pruebas en razón de su pertinencia con el objeto del proceso, o las rechaza.

Por un lado puede ser que el juez deseche criterios restrictivos, limitativos o prohibitivos que establece la ley respecto de las pruebas, admitiéndolas pese a criterios apriorísticos contenidas en ella, lo que sería conveniente pues no limitaría el derecho de las partes; pero puede también, no admitir los medios probatorios por considerarlos impertinentes aplicando obviamente los criterios restrictivos de la ley.

²⁰ Ariano Deho, Eugenia, *El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil*, Op. cit., p. 103.

El supuesto del artículo objeto de análisis es un caso muy delicado, pues el derecho de las partes a probar puede verse severamente restringido. No cabe duda que el litigante perjudicado puede interponer apelación del auto que rechaza sus medios probatorios, pero he aquí algo muy particular, el régimen de apelaciones varía según el tipo de procedimiento a que la pretensión está sujeta. Si se trata de proceso abreviado o proceso sumarísimo se concederá la apelación sin efecto suspensivo y además tendrán la calidad de "diferida". Por tanto el medio probatorio declarado impertinente no será actuado. Deberá expedirse la sentencia, deberá apelarse de la misma y el superior revisar primero la apelación diferida y revocar la resolución que declaró impertinente el medio probatorio y ordenar la actuación del medio probatorio. Esto es grave para la tutela de los derechos y el derecho de defensa. La prueba actuada tardíamente puede haber perdido eficacia.

Por el contrario la apelación que no tiene la calidad de "diferida" se tramita en forma inmediata con la formación de un cuadernillo con copias pertinentes. Esto es posible solo si se trata de un proceso de conocimiento.

Así, nuestra legislación ha admitido de modo idóneo la apelación del auto que declara improcedente la prueba ofrecida sólo en el proceso de conocimiento, no siendo de igual tratamiento el auto que no admite algún medio probatorio, en los procesos abreviado o sumarísimo, por las razones expuestas.

B.1. Medios probatorios en segunda instancia

En segunda instancia también se encuentra limitado el derecho a la prueba pues el último párrafo del artículo 374 del C.P.C. establece que es inimpugnable la resolución por la que el superior declara inadmisibles los medios probatorios ofrecidos. Por tanto, este caso es otra «perla más» del código peruano que limita y restringe el derecho de prueba. En segunda instancia sólo es posible ofrecer medios probatorios si se trata de procesos de conocimiento o abreviados. El derecho está vedado para el proceso sumarísimo aun en este caso.

C. Preclusión probatoria

El artículo 189 del Código Procesal Civil peruano establece:

"Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código"

El artículo 189 del código contiene, lo que bien se ha dado en llamar "preclusiones probatorias". Bien definidas por el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, como *el agotamiento del derecho o facultad procesal por el transcurso del tiempo o algún acto incompatible*²¹. También es entendido como el principio por el cual el proceso se divide en etapas, donde cada una de las cuales supone la clausura de la anterior, sin posibilidad de renovarla.

²¹ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo VI, editorial He- liasta, Buenos Aires, 1982, p. 352.

Según la "filosofía" de nuestro código la prueba judicial debe ser ofrecida necesariamente, en los actos postulatorios, esto es que el demandante debe ofrecer necesariamente todo su material probatorio —sin reservarse nada— en el escrito de demanda, lo propio debe hacer el demandado. Como bien precisa la Dra. Ariano Deho, la razón fue expuesta oportunamente por el Dr. Monroy Gálvez, para evitar que las partes, reservaran para el final del proceso, «la prueba determinante» con el consecuente perjuicio de dilación del mismo. Por tanto la razón de esta modificación en relación con el anterior código procesal civil del Perú, que permitía que la prueba se pudiera ofrecer, si era instrumental y la confesión «en cualquier estado del proceso», fue de orden ético y no por técnica procesal.

La obligatoriedad de ofrecer la prueba en los actos postulatorios, y la consecuente imposibilidad de ofrecerla en otro momento no sólo es aplicable a la demanda y contestación sino a todo acto procesal en que esté de por medio la prueba, es el caso de las excepciones, de las defensas previas, de las tachas y oposiciones y por supuesto que esto se aplicará a cualquier otro pedido que implique la necesidad de probar algún hecho.

¿Cuáles son los inconvenientes de la preclusión probatoria? Son muchos, y no sólo porque, *el litigante quiera reservar la prueba fundamental*; pueden darse muchos casos de no ofrecer todos los medios probatorios en la única oportunidad, la demanda o contestación; veamos algunos casos:

a) El olvido natural de algún medio de prueba a pesar que sea fundamental. El abogado del demandante o del demandado, deben redactar la demanda y necesariamente ofrecer toda la prueba; este enorme esfuerzo implica no pocas veces el olvido de presentar algún medio probatorio. Quiero decir que no sólo por mala fe se deja de ofrecer un medio probatorio.

b) El plazo excesivamente breve con que se cuenta para contestar, es el caso del proceso sumarísimo. En sólo cinco días debe prepararse la defensa de forma y la de fondo que se materializa con la contestación de la demanda y además el acopio de prueba respectivo.

c) Otro caso es el desconocimiento del derecho o de la pertinencia de ofrecer algún medio de prueba, que puede afectar al propio litigante como al letrado y por lo tanto se trata de una omisión involuntaria.

Además, surge la pregunta inevitable. ¿Cuál sería la razón por la que, un litigante, omita el ofrecimiento de algún medio probatorio, que conviene a su derecho? No es lógico ni razonable pensar que el litigante actúe siempre de mala fe. Por tanto la razón basada en el criterio ético no es contundente, y además que la mala fe procesal debe ser sancionada directamente como tal y no mediante la restricción de los medios de defensa.

En el mismo orden de ideas, considero que la preclusión probatoria afecta al derecho a la prueba y a la propia tutela jurisdiccional

efectiva, por lo siguiente: El demandante tiene que ofrecer toda su prueba al momento de demandar y lo propio el demandado al contestar; sin embargo en el inciso 1 del Art. 190 establece que sólo se admitirá la prueba de los hechos controvertidos. Por tanto existe un dispendio de esfuerzo, gasto y tiempo en ofrecer todo el material probatorio, que luego será inútil, por la fijación de puntos controvertidos, que convierte en innecesarios muchos medios probatorios.

El ofrecer toda la prueba al momento de la demanda implica en la mayoría de las veces un enorme esfuerzo económico y de tiempo, esfuerzo que no sirve de nada, si el demandado no contesta la demanda, es declarado rebelde y como consecuencia de ello se asumen como ciertos los hechos de la demanda —sin necesidad de actuar medio probatorio alguno— si se trata de derechos disponibles²². Igualmente el Código Procesal peruano ha previsto la figura de la conciliación obligatoria; la audiencia conciliatoria se produce luego de la contestación de la demanda y antes de la audiencia de pruebas. Pues bien, si las partes concilian lo hacen sobre la base del acuerdo, pero no sobre lo que está o no probado. Es más, toda referencia a los medios probatorios es impertinente. Por tanto bajo este supuesto la prueba aportada en la etapa postulatoria y antes de la audiencia conciliatoria deviene en inútil. Se debe tener presente que el código peruano regula la conciliación en forma precedente a la audiencia de pruebas.

Además de estos aspectos, la preclusión probatoria es excesivamente rígida. El Código de Procedimientos Civiles de Perú de 1912, establecía que la prueba puede presentarse durante los veinte primeros días del término probatorio, y la prueba documental, así como la "confesión" en cualquier estado del proceso; de este modo se podía ofrecer prueba aun cuando estuviera con llamada de autos para sentenciar. Pero dejando de lado tal exceso, el poder ofrecer prueba en un plazo razonable sería la solución más conveniente para evitar la indefensión que causa una preclusión rígida. Se añade que la prueba debe ser ofrecida, luego de decidido cuál es el «tema de la prueba», esto luego de haberse fijado cuáles son los puntos controvertidos. Fijados los puntos controvertidos y teniendo la oportunidad de contar con un plazo razonable, que podría ser de diez días, puede contribuir a asegurar el derecho de defensa y disminuir al mínimo las posibilidades de indefensión de las partes. La regulación actual considero lesiona el derecho a la prueba.

3.2. Limitaciones en cuanto a la actuación

El Código peruano también presenta, limitaciones probatorias en la etapa de actuación de medios probatorios, veamos el caso de la validez de un medio probatorio actuado en otro proceso.

La validez de un medio probatorio en otro proceso

A continuación procedo a transcribir el numeral pertinente.

²² El artículo 460 del CPC establece que «declarada la rebeldía, el Juez se pronunciará sobre el saneamiento del proceso. Si lo declara saneado, procederá a expedir sentencia, salvo excepciones».

Artículo 198 del Código Procesal Civil peruano

Las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tienen eficacia en otro. Para ello, deberán constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo y haber sido actuadas con conocimiento de la parte contra quien se invocan. Puede prescindirse de este último requisito por decisión motivada del juez.

El artículo regula lo que la doctrina ha denominado prueba trasladada. Para el autor Devis Echandía, «prueba trasladada es aquella que se practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante el desglose del original, si la ley lo permite».

También expresa que hay que distinguir las pruebas practicadas en procesos entre las mismas partes de los procesos entre partes parcial o totalmente distintas, porque en la primera hipótesis basta llevar la copia auténtica o el desglose del original con las constancias necesarias para que se pueda conocer si fue practicada con las formalidades procesales, sin que sea indispensable ratificarla en el proceso a donde se lleva; en la segunda hipótesis debe distinguirse si la parte contra quien se opone la prueba es o fue parte en el proceso en el que se practicó o admitió, o si, por el contrario estuvo ausente de él, en este caso como la prueba no puede producir efectos contra quien no fue parte en el proceso donde se admite o practica, es indispensable proceder a su ratificación.

La ratificación procede en realidad solamente para testimonios y consiste en llamar al testigo que declaró antes para que bajo juramento manifieste si es cierto lo que entonces dijo. Los hechos observados por el juez en una inspección judicial y relacionados en el acta hacen fe, pero entre las partes del proceso en que se practica; la practicada en otro proceso tiene la misma calidad para quien fue parte en él. La ratificación de estas diligencias no es posible porque, equivale a practicarlas de nuevo por el juez de la causa y por tanto lo procedente es solicitar nueva inspección. La confesión no necesita ratificación en ningún caso puesto que proviene de la parte contra quien se aduce²³.

En cuanto a la eficacia de la prueba actuada en un proceso, para otro proceso, está referida a todos los medios de prueba obtenidos siguiendo las normas procesales; en tal sentido carece de eficacia la prueba obtenida no sólo por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno, sino en la que no intervino la parte contra quien pretende ser invocada, o sea si no se respetó el principio del contradictorio en su actuación.

El problema radica precisamente en este aspecto, previsto en el segundo párrafo del artículo objeto de análisis, en tanto establece que puede prescindirse de poner en conocimiento de la parte contra quien se invocan las pruebas actuadas en todo proceso por «decisión motivada del juez».

²³ Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Editor Víctor P. de Zabala, Buenos Aires, 1981, pp. 367-368.

Al respecto considero que el legislador no ha tomado en cuenta que una de las garantías básicas del proceso, en lo que respecta al derecho a la prueba, es que no es susceptible de valoración de un medio probatorio por el juez, si no se puso en conocimiento en forma oportuna del medio probatorio al litigante contrario a efecto de que pudiera ejercitar su derecho de defensa, esto es la posibilidad de controlar su actuación, impugnar o tachar, haciendo efectiva la ineludible bilateralidad del proceso.

Sin embargo, el Código Procesal Civil peruano permite, inconstitucionalmente a mi modo de ver, que la prueba sin contradictorio sea tomada en cuenta, dejando además al libre criterio del juez para limitar el derecho a la prueba, derecho de defensa y derecho a la igualdad de las partes en el proceso. Este caso es realmente inverosímil, y atenta directamente a las garantías básicas del proceso en materia de pruebas judiciales.

3.2.1 Algunos códigos procesales hispanos regulan la validez de un medio probatorio en otro proceso

CHILE: El Código de Procedimiento Civil de Chile no habla acerca de la validez de un medio probatorio en otro proceso.

COLOMBIA: En este código encontramos el siguiente artículo

Artículo 185. Prueba trasladada

Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieran practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella

Comentario:

Al igual que nuestro código señala que si será posible utilizar las pruebas que fueron practicadas en otros procesos, siempre y cuando se tengan en copia auténtica, y establece como condición que en el proceso inicial dicha prueba haya sido solicitada por la parte contra quien se aduce.

Respecto a este último requisito (que dicha prueba haya sido solicitada por la parte contra quien se aduce) este código no señala que por decisión motivada del juez puede prescindirse de este requisito, tal y como lo hace el nuestro. Por lo tanto el principio de contradicción de la prueba no está violado.

ECUADOR: En este código encontramos el siguiente artículo:

Artículo 179. Las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, no harán fe si no se dan por orden judicial y con citación o notificación en persona por una boleta a la parte contraria, o sea aquella contra quien se quiere hacer valer la compulsas. [...]

Comentario:

Este código no hace referencia al caso particular de la validez de un medio probatorio de un proceso en otro, pero si regula el aspecto general en el sentido de que, todo medio de prueba, en este caso se refiere a la documental, debe ser actuada, con conocimiento de la parte contraria.

MEXICO: Este código no menciona ninguna limitación, ni prohibición a la posibilidad de que una prueba practicada en un proceso anterior pueda ser utilizada en el proceso actual.

BOLIVIA: El Código de Procedimiento Civil boliviano no habla de ninguna limitación, ni prohibición en el uso de un medio probatorio en otro proceso. Pero si hace referencia a que toda prueba recibida por el juez será admitida con conocimiento de ambas partes.

VENEZUELA: Este código tampoco hace referencia alguna a la validez de un medio probatorio en otro proceso.

ESPAÑA: En la Ley de Enjuiciamiento Civil tampoco encontramos artículos específicos referidos a la validez de un medio probatorio en otro proceso.

- PROVINCIA DE LA RIOJA – ARGENTINA: Este código no regula la validez de un medio probatorio en otro proceso.

- PROVINCIA DE SANTA FE – ARGENTINA: Al igual que el código de la Provincia de la Rioja este no regula ni habla de los medios probatorios en otro proceso.

3.3 Limitaciones en cuanto a la valoración

El Código Procesal peruano también contiene normas que impugnan la obligación constitucional de la debida motivación de las resoluciones.

El artículo 197 del Código Procesal Civil peruano establece lo siguiente:

“Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”.

La legislación peruana ha consagrado como sistema de valoración de la prueba el de valoración conjunta de todo el material probatorio basándose en la sana crítica del juez. Bien entendida la valoración conjunta significa que eliminando todo criterio de prueba legal ningún medio probatorio prevalece a priori sobre otro, por lo que el valor probatorio atribuible a cada uno de los medios probatorios es sobre la base de su experiencia, ciencia y conciencia, y en especial en función a la naturaleza del hecho por probar, que deberá ser analizado en cada caso en particular.

Por tanto al permitir que sólo se expresen en las resoluciones la «valoración esencial y determinante» que realiza el juez se viola

el derecho a la debida motivación en materia de prueba de las partes y además la garantía constitucional de motivación completa de las resoluciones si el juez aprecia el material probatorio en forma conjunta y no específica en cual medio probatorio se basa para amparar o rechazar una pretensión, lo que se conoce como valoración genérica; si no explica cómo ha valorado unos y cómo otros medios probatorios, por qué algunos le han provocado convicción y otros no. O sea no se trata de conocer que ocurrió en la mente del juez, sino lo que objetivamente se aprecia en los argumentos de su resolución en forma explícita para conocimiento y control de las partes, sobre el mérito concreto que el juez atribuye a cada medio probatorio.

Así expuesto, el derecho a la prueba sólo puede ser garantizado si el juez desarrolla una motivación con justificación expresa y completa de todas las pruebas deducidas y ofrecidas por las partes; en tal sentido, considero que todo el material probatorio debe ser apreciado por el juez y debe dar cuenta expresa y completa en su motivación de cómo han sido valorados todos los medios probatorios para formar su criterio de certeza.

De otro lado, el litigante agraviado con la resolución desfavorable a sus intereses, no podría fundamentar la existencia de error en la valoración de la prueba o en su caso omisión de valoración de los medios probatorios, debido a la facultad del juez de pronunciarse "sólo sobre las pruebas esenciales y determinantes" que han causado su convicción, sin fundamentar por qué no se han considerado como determinantes a las otras pruebas actuadas de las que no se pronuncia en la referida resolución. Lo que evidentemente es una limitación inaceptable.

Al respecto, el autor peruano Bustamante Alarcón²⁴ nos dice que, «la valoración del material probatorio debe estar reflejada apropiadamente en la resolución que se emita al respecto, pues, al ser una operación mental del juzgador, la motivación aparece como el único mecanismo con que cuentan los justiciables y los órganos de revisión para comprobar si la valoración ha sido realmente efectuada y si resulta adecuada».

En este sentido, el legislador no ha tomado en cuenta que la ausencia de valoración de un medio probatorio produce la nulidad de la resolución, y que el vicio de la sentencia por defectuosa motivación, produce un error *in iudicando* de hecho; esta situación resulta incongruente con la permisón legal que tiene el juez para no considerar en la motivación de la sentencia todas las pruebas actuadas, expresando solo «valoraciones esenciales». Siendo así, es conveniente desde todo punto de vista y se condice con el mandato constitucional que la motivación de la prueba sea amplia y no limitada o inexistente, a efecto de evitar nulidades procesales, y peor aún si tal omisión afecta el derecho de defensa de las partes provocando decisiones injustas.

²⁴ Bustamante Alarcón, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Op. cit., p. 104.

Teniendo en cuenta la redacción del artículo 197; muchas veces se omite una valoración expresa y se recurre a generalidades, en el sentido de indicar que se han valorado todos los medios probatorios en forma conjunta. El famoso procesalista español Montero Aroca, afirma que esta práctica forense debe «estimarse inconstitucional», indica además que este uso viciado debe desaparecer del quehacer de nuestros Tribunales, pues sólo de este modo se logra garantizar la plena eficacia del derecho a la prueba, así como el correcto cumplimiento de la obligación constitucional de motivar las sentencias²⁵.

Debe tenerse en cuenta, además, el artículo 122 del C.P.C. pues este artículo indica el contenido de las resoluciones judiciales y precisa en el inciso 3, que la sentencia debe contener, la mención sucesiva de los puntos sobre los cuales versa la resolución con las consideraciones en orden numérico correlativo de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión y los aspectos de derecho que la respaldan, que debe ser en forma expresa y amplia.

Por tanto, el juez sí está obligado a consignar los fundamentos en que sustenta su decisión con expresa mención de todos los medios probatorios. En relación a este punto se han alzado voces que indican que esta sería una labor muy profusa y que sólo se justifica la enumeración de los principales aspectos. No es nuestra posición, pues todo medio de prueba debe ser valorado; si el medio probatorio resulta innecesario o inútil, debe ser expuesto en ese sentido, también, por el juez.

Al respecto transcribo parte de una sentencia en casación:

“Recurso de casación interpuesto contra la sentencia de vista, que confirma la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda incoada sobre interdicto de retener. El recurrente alega, que el Superior Colegiado ha incurrido en error de hecho in procedendo al haber admitido como prueba el dictamen pericial, cuando este fue ofrecido en forma extemporánea; además de no haber meritado el proceso acumulado ofrecido de manera oportuna por el recurrente.

Este tribunal precisa que el dictamen pericial en mención constituye un medio probatorio ordenado por la autoridad jurisdiccional en el auto admisorio de la demanda, en estricta aplicación del artículo seiscientos seis del Código Procesal Civil, por lo que el mismo no puede ser considerado como un medio extemporáneo, y menos aún considerar que su mérito constituya transgresión a normas procesales. En cuanto al expediente ofrecido como prueba, el hecho de no haber expresión del mismo en la Sentencia de Vista, no refleja que no haya sido evaluado, pues conforme a lo dispuesto por el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones

²⁵ Citado por Pico I Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Op. cit., pp. 28-29.

esenciales y determinantes que sustenten la decisión; siendo así, al no haberse producido afectación del derecho al debido proceso que denuncia el recurrente, el recurrente propuesto deviene en infundado”

Como se puede observar, el artículo 197 del código procesal civil peruano permite al juez justificarse ante una omisión o equivocación en la valoración de determinado medio probatorio, lo que resulta ser en realidad una salida facilista que es adoptada incluso por la Corte Suprema.

a) El autor argentino Osvaldo Alfredo Gozaini señala tres sistemas de apreciación de la prueba que el juez puede tener en cuenta para seleccionar y valorar cada medio:

b) Sistema de la prueba legal: este supone otorgar por vía legislativa un valor determinado a cada medio de prueba, o bien solamente para algunos en específico.

c) Sistema de la prueba de libre apreciación: por este sistema el juez califica el valor de cada prueba producida en el proceso, sin reglas que le determinen un camino a seguir.

Reglas de la sana crítica: el amplio margen de libertad que tienen los jueces en el sistema anterior, con las reglas de la sana crítica encuentran limitaciones basadas en cualificaciones especiales que se asigna a los juicios de valor en procura de buscar una verdad apoyada en proposiciones lógicas y concretas tomadas de la confrontación con los sucesos normales que en la vida ocurren²⁶.

Personalmente, me inclino por el tercer sistema, y para que satisfaga la exigencia constitucional, la motivación debe ser completa.

El Dr. Bustamante Alarcón nos indica un método de valoración de la prueba mediante el cual el juzgador debe seguir los siguientes pasos:

a) Debe determinar los hechos que han sido materia de prueba, y en general, fijar todos los puntos controvertidos.

b) Debe fijar cuales medios de prueba entre todos los actuados o admitidos, están destinados a acreditar o desvirtuar cada hecho controvertido, y deberá agrupar los medios probatorio de la manera lógica posible, teniendo en cuenta su distinto grado de relevancia, su fuerza o valor probatorio, así como la conexión o contradicción que pueda existir entre ellos.

c) Deberá comparar los medios de prueba de cargo con los de descargo, respecto de cada hecho controvertido en particular, con la finalidad de analizar si unos neutralizan a los otros o ver cuál de ellos prevalecen. Esta comparación permitirá al juzgador llegar a una serie de conclusiones sobre la existencia de hacer uso para ello de las reglas de la lógica, de la sicología, de la técnica, de la ciencia, del derecho y de las máximas de experiencia aplicables al caso.

²⁶ Gozaini, Osvaldo Alfredo, *La prueba en el proceso civil*, Editora Normas Legales S.A., Trujillo-Perú, 1997, pp. 190-195.

d) Luego de haber sacado conclusiones sobre la existencia o inexistencia de cada hecho controvertido en particular, el juzgador deberá hacer un examen sistemático de conjunto de todo el material fáctico y probatorio que es objeto de valoración (recién aquí se aplica el principio de unidad del material probatorio), teniendo en cuenta las diferentes relaciones que se presentan entre sí, sus conexiones, sus concordancias y sus discrepancias.

e) Solo una vez que el juzgador haya efectuado un análisis crítico de conjunto, examinando los hechos, el material probatorio y el derecho aplicable, y sólo luego de haber examinado todas las hipótesis posibles con una sana imparcialidad, podrá llegar a una decisión final que casi siempre será afortunada²⁷.

Luego de ello, en su resolución deberá consignar una motivación completa de los hechos, un relato de los hechos probados, o lo que es lo mismo el discurso de justificación de la *quaestio facti*, que será el parangón para controlar la racionalidad de la decisión sobre el *thema decidendi*. Y por ello nos interesa individuar las improntas o los efectos que cada una de las operaciones lógicas, realizadas durante la valoración de la prueba por el juzgador, deberían contenerse en la motivación. Esta idea es una premisa metodológica de gran importancia, pues el discurso de justificación viene condicionado por la necesidad de demostrar la racionalidad y la razonabilidad de la opción elegida. Es decir, la libertad del juez para decidir requiere como contrapartida la necesidad de justificar la racionalidad y la razonabilidad de la alternativa legítima elegida respecto al *factum probandum*. El discurso motivador constituye el espejo que refleja el grado de cumplimiento de los requisitos exigidos a una actuación no reglada del juez, como es la valoración de las pruebas. De ahí que el discurso, por tanto, no sea libre, pues se encuentra dirigido a mostrar la racionalidad, razonabilidad y coherencia de cada uno de los momentos del procedimiento de valoración en los que el juzgador goce de libertad de elección, se deduce, en consecuencia, que el discurso, o mejor dicho el relato de hechos probados, habrá de contener explícita mención y justificación de cada una de las fases del procedimiento probatorio en la que el juez tenga un poder decisión²⁸.

Por tanto, no hay ninguna duda que el relato de hechos probados es el instrumento imprescindible de las sentencias para el control de la racionalidad del juicio de hecho. Para lo cual el discurso contenido en la motivación de la *quaestio facti* deberá cumplir los siguientes requisitos: a) los hechos que se consideren probados deberán ser expuestos armónicamente por el juez, lo que significa que el relato de hechos probados deberá ser coherente y sin contradicciones internas. b) Los hechos que se consideren probados deben ser congruentes y concordantes con los alegados por las partes²⁹.

²⁷ Bustamante Alarcón, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Op. cit., pp. 347-348.

²⁸ Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 188-189.

²⁹ *Ídem*, p. 197.

El referido profesor español, indica que la valoración de las pruebas es una operación lógica realizada por los jueces que presenta dos características señaladas, de una parte, ser un procedimiento progresivo, y de otra parte, ser una operación compleja. Con relación a la primera de estas características, no se debe perder de vista, como ya se ha señalado con anterioridad que para poder dictar un relato de hechos probados el juez debe previamente realizar diversas operaciones (valorar la fiabilidad probatoria del concreto medio, interpretar la prueba practicada, etc.), la cuales le suministran los elementos necesarios para la valoración final de la prueba. Por tanto, el juez va progresivamente determinando y fijando los instrumentos conceptuales que le permitirán una valoración global de la totalidad de la prueba practicada. Pero es que además, cada una de las mencionadas operaciones, que integran el global procedimiento de valoración, constituye a su vez un elemento necesario de la justificación interna de la decisión sobre el valor de los resultados probatorios. De ahí que la motivación debiere dar justificación sobre cada una de las fases del procedimiento de apreciación de las pruebas, así como sobre las máximas de la experiencia que han permitido al juez inferir la credibilidad y el contenido del resultado probatorio de cada uno de los medios³⁰.

La doctrina puede variar en las diversas formas sobre como valorar los medios probatorios, pero ningún autor expresa que la valoración debe ser genérica o solo expresar cuestiones determinantes, por tanto, reitero, que el contenido del numeral 197° del C.P.C. peruano lesiona el derecho esencial a una valoración completa y explícita.

3.3.1 Algunos códigos procesales hispanos regulan la valoración de la prueba de la siguiente manera

a) CHILE: El Código de Procedimiento Civil de Chile no habla de valoración de prueba.

b) COLOMBIA: En el Código de Procedimientos Civiles de Colombia en el artículo 187 encontramos sobre la apreciación de las pruebas lo siguiente:

Artículo 187. Apreciación de las pruebas

Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescriptas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

Comentario:

Este código no indica que el juez sólo, debe expresar las valoraciones esenciales y determinantes; y al igual que nuestro código señala que las pruebas deben ser apreciadas en forma

³⁰ *Ídem*, p.198-199.

conjunta de manera razonada por el juez y que éste tendrá que valorar las pruebas y expresar las valoraciones en las que sustenta su decisión.

Este derecho a la prueba sólo está garantizado si el juez desarrolla una justificación expresa y completa de todas las pruebas presentadas por las partes, por lo tanto todo el material ofrecido como prueba debe ser objeto de una apreciación razonada por parte del Juez.

c) ECUADOR: En el Código de Procedimiento Civil de Ecuador en el artículo 119 sobre la valoración de la prueba expresa lo siguiente:

Artículo 119. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, si no únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa.

Comentario:

En el segundo párrafo de este artículo se observa que regula de igual modo a la legislación peruana ya que señala que el juez sólo tendrá que expresar las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión y no una justificación expresa y completa de todas las pruebas deducidas y ofrecidas por las partes, lo que evidentemente lesiona el derecho a la valoración completa de las pruebas y puede causar perjuicio a las partes.

d) MÉXICO: En el Código de Procedimientos Civiles de México en el artículo 197 encontramos en lo referido a la prueba que señala lo siguiente:

Artículo 197. El tribunal goza de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas rendidas; para determinar el valor de las mismas, unas enfrente de las otras, y para fijar el resultado final de dicha valuación contradictoria; a no ser que la ley fije reglas para hacer esta valuación, observando, sin embargo, respecto de cada especie de prueba, lo dispuesto en este capítulo. No tendrán valor alguno legal las pruebas rendidas con infracción de lo dispuesto en los artículos precedentes de este título. Pueda ser que ofenda la moral o intimidad social es posible que las diligencias respectivas se lleven a cabo en forma reservada.

Comentario:

Este artículo otorga total libertad al tribunal para poder valorar las pruebas ofrecidas y sólo establece como límite el hecho de que la ley fije reglas para realizar esta valuación observando las disposiciones que se encuentran en el presente capítulo.

Se observa claramente que no hace mención alguna a si la valoración de las pruebas va a ser en forma conjunta y completa o si solo se tendrá que expresar las valoraciones esenciales y determinantes en las que el tribunal sustenta su decisión, por lo que, se asume que la valoración de la prueba debe ser completa.

e) BOLIVIA: El Código de Procedimiento Civil de Bolivia establece respecto a la valoración de la prueba lo siguiente:

Artículo 397. Valoración de la prueba. Las pruebas producidas en la causa serán apreciadas por el juez de acuerdo a la valoración que les otorgare la ley, pero si esta no determinare otra cosa, podrá apreciarlas conforme a su prudente criterio o sana crítica. El juez tendrá la obligación de valorar en la sentencia las pruebas esenciales y decisivas.

Comentario:

En este código se observa que al parecer este país cuenta con una guía de valoraciones de prueba que la ley señala y dice que si esta no determina algo diferente entonces el juez tendrá que valorarlas de acuerdo a su juicioso criterio, teniendo la obligación de valorar en la sentencia las pruebas fundamentales y definitivas. Por tanto incurre en la misma deficiencia que el código peruano.

f) VENEZUELA: En el Código de Procedimiento Civil de Venezuela no encontramos artículos específicos respecto a la valoración de la prueba por lo tanto no se sabe si el juez hará la valoración de las pruebas en forma conjunta o si sólo tendrá que expresar las valoraciones esenciales y determinantes en los que fundó su decisión.

g) ESPAÑA: La Ley de Enjuiciamiento Civil de España no hace referencia específica a la valoración de la prueba, lo máximo que menciona este código es que «todas la pruebas se practicarán en unidad de acto». Por esto se entiende que el juez tendrá la obligación de analizar las pruebas en conjunto.

h) ARGENTINA:

- PROVINCIA DE LA RIOJA - ARGENTINA: El Código Procesal Civil de esta provincia regula apreciación de la prueba en el siguiente artículo:

Artículo 188. Apreciación de la prueba. Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fuesen esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

Comentario:

Al igual que nuestro código éste adopta como regla de valoración el sistema de la sana crítica racional al que se arriba a través

de la aplicación de las reglas de la experiencia humana y de la lógica y de igual modo señala que el juez solo tendrá que expresar las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

- PROVINCIA DE SANTA FE – ARGENTINA: El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe no contiene ningún artículo específico relacionado a la valoración de la prueba.

3.4 Limitaciones probatorias en distintos medios probatorios

3.4.1 Declaración de parte:

Respecto a la declaración de parte el Código Procesal Civil peruano lo regula de la siguiente manera:

Artículo 217. Sobre el número de preguntas del interrogatorio. El interrogatorio es realizado por el Juez. Las preguntas del interrogatorio deben estar formuladas de manera concreta, clara y precisa. Las preguntas oscuras, ambiguas, impertinentes o inútiles, serán rechazadas, de oficio, o a solicitud de parte, por resolución debidamente motivada e inimpugnable. Las preguntas que se refieran a varios hechos, serán respondidas separadamente. Ningún pliego interrogatorio tendrá mas de veinte preguntas por cada pretensión."

Resulta incomprensible, pero también intolerable, que cuerpos normativos recientes tal cual es el Código Procesal Civil peruano contenga prohibiciones o limitaciones probatorias generales sin que medie una razón suficiente que las justifique³¹. Limitaciones como las contenidas en el artículo objeto de análisis, donde se establece que ningún pliego interrogatorio tendrá mas de veinte preguntas por cada pretensión, las que deberán ser formuladas de manera concreta, clara y precisa cuyas respuestas deben ser "categóricas".

La situación expuesta en el párrafo anterior no se condice con un sistema probatorio que se afirma "orientado a la búsqueda de la verdad real" pues limita el derecho de las partes a probar sus alegaciones, a pesar que una vez terminado el interrogatorio formal las partes pueden hacerse nuevas preguntas, solicitar aclaraciones, pero sin exceder el número tope aludido, por tanto surge la pregunta ¿Qué razones justifican este limitado número de preguntas?

En este sentido, el legislador peruano no ha considerado que el número de preguntas está con relación a la complejidad de las pretensiones y a los variados hechos que contengan, de este modo pueden ser necesarias sólo ocho o doce preguntas o de la misma forma treinta o cuarenta. Considero además que a nadie puede ocurrírsele pensar que solo pueden ofrecerse «veinte» documentos o mencionar que la demanda verse sólo sobre veinte hechos o tal

³¹ Ariano Deho, Eugenia, *El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil*, Op. cit., p. 97.

vez que pueda ofrecerse nada más que «dos» pericias o cualquier otro tipo de limitación numérica, pues ello implica imponer un límite cuantitativo inaceptable y lesivo al derecho de defensa, contrario al sentido común, y al amplio derecho de prueba del que deben gozar las partes.

Ahora bien, el abuso y la mala fe procesal, manifestado en un número exagerado como injustificado de preguntas, puede ser perfectamente impedido y sancionado con las facultades disciplinarias que goza el juzgador, pues el Código Procesal Civil ha investido al Juez del poder de dirección del proceso, lo que implica, adoptar las medidas convenientes para velar por su rápida solución; asimismo tiene la facultad de sancionar conductas temerarias que obstruyan la actuación de medios probatorios con relación a la finalidad del proceso.

Por esta razón, considero que el límite al número de preguntas es inaceptable por la clara limitación al derecho de prueba y de defensa.

3.4.1.1 La declaración de parte en algunos de los códigos hispanos:

a) CHILE: En el Código de Procedimiento Civil de Chile encontramos que la declaración de parte o confesión en juicio se encuentra regulado en los artículos 385 al 402 y se observa que en ninguno de estos artículos limita el número de preguntas del interrogatorio.

b) COLOMBIA: En el Código Procesal de éste país, observamos una similitud con el Código Procesal Civil peruano ya que señala lo siguiente en el artículo 207:

“... El interrogatorio no podrá exceder de 20 preguntas”

c) ECUADOR: En este código encontramos que la confesión judicial se encuentra en los artículos 126 al 167, el artículo 126 refiere lo siguiente:

“Artículo 126: la parte que señala confesión presentará el correspondiente interrogatorio.”

Comentario:

El presente artículo no hace mención a un número de preguntas determinado, por lo tanto no existe una limitación en el número de preguntas para la confesión.

d) ESTADO FEDERAL DE MÉXICO: En el Código Federal de Procedimientos Civiles de este Estado, la confesión se encuentra regulado en los artículos 95 al 128; los cuales no mencionan limitación alguna en el número de preguntas para el interrogatorio.

e) BOLIVIA: El Código de Procedimiento Civil boliviano regula a la confesión en los artículos 403 al 426; el artículo 415 señala lo siguiente:

“Artículo 415: Interrogatorio:

Quien provocare la confesión, deberá adjuntar el interrogatorio, en sobre cerrado, que será abierto en el acto de recibirla.

Las preguntas serán claras y precisas, cada una no contendrá más de un hecho, y deberán versar sobre puntos controvertidos relativos a la actuación personal del absolvente.

El juez podrá modificar de oficio y sin recurso alguno el orden y los términos de las preguntas propuestas por las partes, sin alterar su sentido. Podrá asimismo, eliminar las que no se relacionen con la materia del litigio.

Cuando la confesión debiere practicarse ante comisionado, el juez comitente abrirá el sobre en presencia del deferente para calificar las preguntas, y haciendo uso de sus facultades volverá a cerrarlo antes de su remisión.

Comentario:

Como se observa este artículo no limita de ninguna forma las preguntas para el interrogatorio y de cierta forma faculta al juez a eliminar las preguntas que, considere no tienen relación alguna con la naturaleza del proceso.

f) VENEZUELA: El presente código regula el tema de la confesión en los artículos 403 al 419; el artículo 411 señala lo siguiente:

Artículo 411: No podrán formularse al absolvente más de veinte posiciones; pero si por la complejidad del asunto, el juez lo considerare procedente, podrá, a solicitud de parte, conceder, a ésta antes de la conclusión del acto, la formulación de un número adicional que no exceda de diez posiciones.

Comentario:

Al igual que nuestro código el presente limita el interrogatorio, señalando que el número de preguntas no puede exceder de 20, por lo tanto se ve que existe una limitación del derecho a de las partes a poder probar sus afirmaciones.

g) ESPAÑA: El Código de Enjuiciamiento en materia al tema del interrogatorio de la partes se encuentra regulado en los artículos 301 al 316. Este código tampoco hace mención alguna al número de preguntas permitidas.

h) ARGENTINA:

-PROVINCIA DE LA RIOJA – ARGENTINA: Este código no presenta limitación alguna para el número de preguntas en la prueba confesional, solo señala en el artículo 193 que las posiciones (preguntas) deberán ser claras y concretas, y no contendrán más de un hecho y de igual forma que el código boliviano le permite al juez rechazar aquellas que fuesen manifiestamente inútiles.

-PROVINCIA DE SANTA FE -- ARGENTINA: El tema de la confesión se encuentra regulado en los artículos 157 al 168 de los cuales ninguno establece en forma específica alguna limitación en el número de preguntas del interrogatorio siendo de esta forma que sólo mencionan que cada posición contendrá un hecho concreto y que esta será susceptible de respuesta afirmativa o negativa.

3.4.2. PRUEBA TESTIMONIAL:

Respecto a la prueba testimonial nuestro Código lo regula de la siguiente manera:

Artículo 226: Sobre el número de testigos: "Los litigantes pueden ofrecer hasta tres testigos para cada uno de los hechos controvertidos. En ningún caso el número de testigos de cada parte será más de seis"

Debido a la limitación en su número, muchos testigos no podrán declarar, aun cuando su testimonio resulte pertinente y necesario para la resolución del litigio, es una restricción que no encuentra fundamento constitucional, por ello como menciona la Dra. Ariano Deho, la limitación al número de testigos establecido por la ley procesal resulta, de por sí, un verdadero atentado al derecho fundamental de la prueba³².

Además nos remitimos a las conclusiones expuestas al comentar el artículo 217 del Código Procesal Civil peruano que se refiere al número de preguntas. Ahora bien, no hay razón para limitar el número de testigos sólo tres por cada hecho y seis en total, pues los medios de prueba están en función a la naturaleza de los hechos por probar, por tanto desde ninguna óptica puede asumirse que «sólo seis testigos» son suficientes para probar varios hechos. Es claro que un proceso con muchos hechos puede requerir de un número mayor de testigos.

Resulta a veces fatigoso reiterar las mismas razones para apoyar nuestra tesis, pero debemos hacerlo, debido al surgimiento de la siguiente interrogante: ¿Qué sucede si la prueba testimonial es la única prueba con que las partes cuentan para probar sus alegaciones? La experiencia del abogado litigante muestra que muchas veces los testigos que se ofrecen no se presentan, otros son objeto de amenazas y presiones; muchos yerran en sus respuestas, y en casos excepcionales mueren. La situación expuesta apunta a ser prevenidos y a ofrecer siempre un mayor número de testigos de los estrictamente necesarios y la limitación a sólo seis es evidentemente lesiva al derecho de la prueba y por tanto al derecho de defensa.

3.4.2.1. La prueba testimonial en algunos de los códigos hispanos

a) CHILE: El Código de Procedimiento Civil de Chile regula a la prueba testimonial en el artículo 372 el cual dice lo siguiente:

"Serán admitidos a declarar solamente hasta seis testigos, por cada parte, sobre cada uno de los hechos que deban acreditarse".

³² *Idem.*, p. 96.

Comentario:

Al igual que nuestro código este artículo establece un límite para el número de testigos para cada parte; a la vez este artículo señala que sólo se examinarán testigos que figuren en la nómina, pero cabe la posibilidad de que el tribunal pueda admitir otros testigos sólo en casos muy calificados siempre y cuando la parte no haya tenido conocimiento de ello al tiempo de formar la nómina.

b) COLOMBIA: No establece un mínimo o máximo en el número de testigos, pero en el artículo 219 señala lo siguiente:

"(...) El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba".

Comentario:

A diferencia de nuestro código este artículo no señala ninguna limitación pero establece claramente que el juez podrá limitar la recepción de testigos si considera a su propio criterio que los hechos han sido esclarecidos en forma suficiente y por lo tanto ya no es necesario del testimonio de más testigos.

Esta norma es muy positiva, pues, no es el caso de limitar el número de testigos, sino que limita la recepción de testimonios cuando los ya prestados, crearon convicción en el juez.

c) ECUADOR: El Código de Procedimiento Civil en el artículo 224 señala lo siguiente:

"En ningún caso se admitirá más de seis testigos para acreditar un hecho que debe probarse en juicio"

Comentario:

Al igual que el Código de Procedimiento Civil de Chile, este también limita la declaración de testigos señalando que en ningún caso se podrá admitir a más de seis testigos para acreditar un hecho, por lo tanto aun cuando el testimonio de otros testigos resulte pertinente y necesario para que el juez pueda tomar la decisión correcta estas declaraciones no serán admitidas debido a la limitación el número de testigos establecidos en la presente ley. Debe tenerse en cuenta que duplica el número de testigos que admite la legislación peruana.

d) MÉXICO: En este código en el artículo 166° hace mención a lo siguiente:

"Una parte sólo puede presentar hasta cinco testigos sobre cada hecho, salvo disposición diversa de la Ley."

Comentario:

Es un código que al igual que el peruano limita el número de testigos. El grado de limitación es menor, pues incrementa el número de testigos a cinco por cada hecho.

e) BOLIVIA: El Código de Procedimiento Civil boliviano señala lo siguiente:

Artículo 466: Número de declaraciones:

"El juez recibirá las declaraciones de cinco testigos de los propuestos por cada parte sobre cada uno de los hechos o sustanciales fijados por él."

Comentario:

El presente código si limita la declaración de los testigos y establece un máximo de cinco testigos permitidos para cada parte.

f) VENEZUELA: El Código de Procedimiento Civil de Venezuela no presenta ninguna limitación al momento de ofrecer los testigos, es más el artículo 482 señala lo siguiente:

"(...) la parte presentará al Tribunal la lista de los que deban declarar, con expresión del domicilio de cada uno."

g) ESPAÑA: La Ley de Enjuiciamiento Civil de España señala en el artículo 363 que las partes podrán proponer cuantos testigos estimen conveniente, pero los gastos de los que excedan de tres por cada hecho discutido serán en todo caso a cuenta de la parte que los haya presentado.

Comentario:

Al parecer este precepto pretende que la prueba testifical no sea innecesariamente prolongada y, al menos que sean los litigantes proponentes de los testigos que excedan el número de tres quienes, cualquiera que sea el sentido de la condena en costas, carguen con los gastos e indemnización a los testigos. Obviamente si ambas partes han propuesto al mismo testigo, el indicado costo habría de asumirse a prorrata, con independencia de la condena en costas.

El párrafo segundo se debe aplicar con prudencia y, desde luego, teniendo en cuenta que parte ha propuesto a los testigos que ya han declarado sobre el mismo hecho; no se haría un uso prudente ni equitativo de la facultad de exclusión que la ley atribuye al tribunal³³.

Añadimos a esto que, no limita el número de testigos y por tanto no lesiona el derecho de las partes.

h) ARGENTINA

PROVINCIA DE LA RIOJA – ARGENTINA : El código de esta provincia regula a la prueba testimonial en los artículos 201 al 215; y el artículo 203 limita a la declaración de testigos de la siguiente forma:

Artículo 203: Admisión y renuncia:

No se admitirán más de doce testigos por cada parte en los juicios ordinarios y seis en los demás, salvo lo dispuesto

³³ De la Oliva Santos, Andrés, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Primera edición, Ediciones Civitas, España, 2001, p. 620.

expresamente en casos especiales. Las partes podrán formular petición expresa y debidamente fundada que justifique el ofrecimiento de mayor número, en cuyo caso el tribunal se pronunciará sin sustanciación ni recurso (...).

Comentario:

Este código presenta una diferencia a todos los demás códigos, en virtud a que éste establece límites a la prueba testimonial de dos formas por llamarlo así, la primera se refiere a cuando se trata de un proceso ordinario en cuyo caso el número máximo de testigos permitidos es de doce, y la segunda que es en caso de los demás procesos donde el límite es de seis testigos, pero no solo ello, además que se puede ofrecer mayor número, si el caso lo amerita.

- PROVINCIA DE SANTA FE - ARGENTINA: El presente código señala lo siguiente :

Artículo 200: Al ofrecerse la prueba testimonial, será necesario expresar el nombre, profesión y domicilio de los testigos y presentar al mismo tiempo el interrogatorio respectivo. No se admitirán más de diez por cada parte en el juicio ordinario, y de cinco en el sumario, sumarísimo, juicios especiales y ejecutivos; pero el juez podrá admitir la ampliación si la naturaleza del asunto lo justificase.

Comentario:

Este código al igual que el de la Provincia de la Rioja - Argentina limita la declaración de testigos de dos formas, una cuando se refiere al proceso ordinario del cual el número máximo de testigos es de diez por cada parte y en el caso de los demás procesos el número máximo de testigos es de cinco, siempre con la posibilidad de poder ampliar la cantidad de testigos.

3.5. Limitaciones probatorias en diversos tipos de pretensiones

3.5.1. Prescripción adquisitiva

Artículo 505 referida a prueba en casos de prescripción adquisitiva, títulos supletorios y rectificación de áreas:

"Además de lo dispuesto en los artículos 424 y 425 del C.P.C., la demanda (de título supletorio, prescripción adquisitiva, rectificación o delimitación de áreas o linderos); debe cumplir con los siguientes requisitos adicionales:

Se indicará en todo caso: el tiempo de la posesión del demandante y la de sus causantes; la fecha y forma de adquisición; la persona que, de ser el caso, tenga inscritos derechos sobre el bien; y, cuando corresponda, los nombres y lugar de notificación de los propietarios u ocupantes de los bienes colindantes.

Se describirá el bien con la mayor exactitud posible. En caso de inmueble se acompañarán: planos de ubicación y perímetros, así como descripción de las edificaciones existentes, suscritos por ingeniero o arquitecto colegiado y debidamente visados por la autoridad municipal o administrativa correspondiente, según la naturaleza del bien; y, cuando sea el caso, certificación municipal o administrativa sobre la persona que figura como propietaria o poseedora del bien. El Juez podrá, si lo considera necesario, exigir la presentación de los comprobantes de pago de los tributos que afecten al bien.

Tratándose de bienes inscribibles en un registro público o privado, se acompañará, además, copia literal de los asientos respectivos de los últimos diez años, si se trata de bienes urbanos, o de cinco años si se trata de bienes rústicos o bienes muebles, o certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos.

Se ofrecerá necesariamente como prueba la declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis personas, mayores de veinticinco años, sin perjuicio de los demás medios probatorios que se estime pertinentes

Tratándose de deslinde se ofrecerá como prueba, además, la inspección judicial del predio."

El ordenamiento procesal impone una serie de medios probatorios específicos en determinados procesos, tales como la del artículo que cito referido a obtención de títulos supletorios, rectificación de áreas entre otros, encontrándonos ante normas que apriorísticamente han consagrado cuáles son las pruebas pertinentes en éstos procesos, (imposición probatoria) dejando de lado la libertad de las partes para ofrecer los medios de prueba que juzguen convenientes.

Ahora bien, no parece correcto que en este caso, como en ningún otro, sea la ley procesal la que —de antemano— determine cuáles son los medios de prueba para acreditar una pretensión. No imagino que en un proceso de divorcio por la causal de adulterio, sea el Código Procesal, el que indique que medios de prueba debe ofrecer el actor, si esto es así en éste caso, no hay razón para que en otros casos, como el de prescripción adquisitiva, la norma, en forma imperativa establezca la prueba «obligatoria».

Es cada litigante y en su caso cada abogado con libertad y responsabilidad deberá decidir lo conveniente en materia probatoria, por tanto rechazo la imposición probatoria, por lesiva a la libertad en el ejercicio del derecho de defensa.

3.5.2 Tercería

El artículo 535 sobre la demanda de tercería:

"La demanda de tercería no será admitida si no reúne los requisitos del Art. 424 y, además, si el demandante

no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta; en su defecto, si no da garantía suficiente a criterio del Juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar”

Este supuesto implica una restricción al derecho a la tutela jurisdiccional vía una exigencia de presentación «obligada» de determinados medios probatorios. El artículo en comentario establece que no se admitirá la demanda de tercería si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta y peor aún si no cuenta con la garantía requerida en defecto de los mencionados documentos, desprotegiendo de este modo a los justificables que carecen de dicha documentación, o si carecen de medios económicos para asumir la garantía.

Ahora bien, ¿Cuál es la razón para exigir prueba documental para acreditar el derecho de propiedad? ¿Qué dice al respecto la norma sustantiva. La norma sustantiva (Código Civil) no establece (no obliga) que la propiedad se pruebe con documentos, claro está que el Código tampoco lo impone, pero sí impone una garantía «a criterio del Juez» por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar.

Este supuesto, es uno equivalente al de las medidas cautelares, en las que, para su obtención se requiere constituir garantía. Pero la tercería no es una medida cautelar, y de otro lado, y tal vez, el aspecto más lamentable es el referido a que la inexistencia de una exposición oficial de motivos del C.P.C., se presta a todas las conjeturas a favor y en contra, pero ninguna resolverá las interrogantes del porqué, de cada nuevo caso de limitación o restricción, o de imposición de nuevas exigencias, como el artículo que nos ocupa en materia de prueba.

Si bien el tema de estudio corresponde a la violación a la tutela jurisdiccional efectiva, lo abordamos aquí, por su origen de exigencia probatoria.

3.5.3. Desalojo

El artículo 591 sobre desalojo:

“Si el desalojo se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo, sólo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia, en su caso.”

Las injustificadas limitaciones probatorias establecidas en el Código Procesal Civil peruano, entre otras se refieren sustancialmente a las limitaciones probatorias consagradas en los procesos de desalojo y en los incidentes cognitorios promovibles en los procesos de ejecución³⁴.

En los procesos de desalojo que se sustenta en la causal de falta de pago o vencimiento del plazo sólo es admisible el documento, la declaración de parte y la pericia en su caso, tal limitación probatoria tipifica a éste proceso como de cognición probatoria

³⁴ *Ídem.*

limitada. Por tanto si sólo son admisibles determinados medios probatorios los demás están prohibidos de ofrecerse al juez porque los declarará inadmisibles.

De este modo estamos frente a una violación del derecho a la prueba y a un supuesto de indefensión que podría ser salvada si la parte tuviera la oportunidad procesal de defenderse probando en un «plenario posterior»³⁵ que en el caso peruano no existe, por tanto la limitación es manifiesta.

¿Cuál es la razón de prohibir otros medios de prueba?, simplemente se desconocen, el código carece de exposición de motivos.

4. Conclusiones preliminares

1. El derecho a la defensa consiste en llevar al proceso todos los medios destinados a demostrar o desvirtuar la veracidad de las afirmaciones de las partes, por ello es inseparable del derecho a la prueba. Podemos asumir que la normatividad constitucional-peruana consagra al derecho a la prueba como una garantía constitucional. Los medios probatorios están sujetos únicamente a limitaciones relativas a su pertinencia, licitud, además de los límites debidos a requisitos legales.

2. El Código Procesal Civil, consagra un sistema innovador de *numerus apertus* de medios probatorios, intermediación y valoración conjunta; sin embargo aún se encuentran importantes y variados rezagos de limitación e imposiciones probatorias, que determinan a priori que pruebas son pertinentes para formar convicción en el juez, atentando contra el derecho a la tutela jurisdiccional de la parte que no cuenta con esos medios probatorios que el legislador ha considerado los únicos que pueden demostrar su derecho, e impidiendo a su vez, que ofrezcan los medios probatorios que juzguen pertinentes e idóneos.

3. El ordenamiento procesal peruano permite al juez la valoración conjunta de los medios probatorios actuados, sin desarrollar una justificación expresa y detallada de las pruebas deducidas y actuadas en el proceso, respecto a cómo es que los ha valorado y en qué medida le han formado convicción. Ésta permisión de que sólo se exprese las «valoraciones determinantes», atenta contra el derecho a la prueba de las partes y contra la garantía constitucional de la motivación completa y amplia de resoluciones judiciales.

4. Existen varios casos de limitaciones, restricciones y prohibiciones probatorias, nos referimos a los artículos 197, 217, 226,

³⁵ A diferencia del código derogado nuestro actual código no contempla el binomio sumario-plenario, donde se revise la sentencia dictada en base a una cognición sumaria. La característica de los procesos sumarios es que la cognición del juez es parcial; por tanto la sentencia debería ser siempre revisable en un proceso plenario posterior, juicio ordinario, el plenario, el total. Sobre este punto se comentará en el capítulo siguiente referido al proceso sumarísimo.

471, 505, 535, 591 y 695. Y al mismo tiempo, no existe una «exposición oficial de motivos» del C.P.C. que explique las razones que se tuvieron para legislar en este sentido. Considero que las limitaciones, restricciones y prohibiciones enunciadas, limitan el derecho constitucional a la prueba.

DELINCUENCIA, SOCIEDAD Y PREVENCIÓN

JUAN LUPO JARA

Los crímenes son producidos por la falta de cultura, por la mala educación y por la viciosa organización del Estado.

(PLATÓN DE EGINA)

1. Delincuencia y Sociedad

Ninguna nación, ninguna región, ningún colectivo social, podrá desarrollarse libre y eficientemente, ni podrá generar bienestar para su población, si es que esta sometida de manera permanente al flagelo de la delincuencia y la corrupción. La inversión y el trabajo eficiente, se resienten y rehúyen a la larga, de los ámbitos donde reina la inseguridad y la violencia. La esfera de acción del crimen, tanto organizado (mafias, bandas, etc.) como individual (robo, asalto, secuestro, etc.), es cada vez mayor. La incidencia criminal obstaculiza y perjudica el normal desenvolvimiento de las personas, tanto en sus actividades productivas y comerciales como en sus labores habituales, lo que se traduce en un detrimento permanente de nuestra sociedad y que socava la base misma de su existencia. Las personas, las familias, la sociedad civil, y los conglomerados productivos y empresariales, se hallan en un estado de indefensión permanente ante este flagelo. El mayor perjuicio, no sólo se comete sobre los bienes materiales y dinerarios (gastos en seguridad pública y privada, serenazgo, alarmas, etc.), sino fundamentalmente sobre la integridad y la salud física y psíquica de las personas (muerte, lesiones, deterioro de la salud, miedo, ansiedad, stress, depresión, etc.). Todo esto, no sólo merma la eficiencia en el trabajo, sino perjudica la paz y la tranquilidad pública, que es consustancial al bienestar y desarrollo de una nación.

La delincuencia común, la corrupción y el crimen en general, vulneran no sólo nuestra libertad y nuestros derechos más elementales como personas humanas, sino que retrasan el desarrollo de nuestras comunidades, menoscaban el bienestar de nuestras familias, y disminuyen la credibilidad de las instituciones del Estado. Además, inhiben la eficiencia de los hombres probos y honestos, atemorizan a los inversores, productores y consumidores, y obstaculizan de sobremanera el desenvolvimiento normal de las actividades comerciales, turísticas y cambiarias. Pues ningún Estado, empresa o persona natural querrá invertir en un país donde los niveles de inseguridad y violencia se hagan insostenibles. Existen evidencias empíricas de la relación inversa entre una mayor incidencia criminal y el bienestar económico y social de una nación.

2. Delincuencia y Política

Se han planteado diversas teorías socio-jurídicas y fórmulas normativas, sustantivas, procesales y ejecutivas para combatir el delito, y se han ensayado ingentes procedimientos, estrategias y medidas empíricas para prevenir la violencia, la delincuencia y la corrupción, pero ninguno de ellos ha dado resultado. Y es que se ha pretendido, obstinadamente, solucionar un problema que tiene *carácter estructural*, con políticas y medidas de corte *coyuntural* y puramente *inmediatista*. El problema de la anarquía social y cultural, la mediocridad política, la inseguridad ciudadana, la corrupción institucional, la perversión y la degradación conductual impuesta por los medios, sólo tendrá solución si es que se da una respuesta contundente al mismo nivel dimensional de todos los estamentos de la sociedad al unísono, y se enfrente tales males al amparo de una *política integral*, que incluya políticas de corte *social, económico, cultural y mediático*, y esencialmente de carácter *educacional*. *No existe ninguna otra solución posible, más que una solución integral al problema.*

Pero si bien es cierto que la resolución de estos males sociales pasa por un cambio profundo y extenso de la estructura político-social, también es cierto que el colectivo de ciudadanos no puede esperar que llegue tales cambios estructurales, pues necesita con urgencia, medidas eficaces que atenúen tales problemas en el plazo inmediato. Son millones las personas y familias que sufren día a día este flagelo, y sienten impotencia y consternación ante el accionar cada vez más despreciativo y descarado de los delincuentes, y la inercia y complicidad de las autoridades.

Las causas de la delincuencia común y el delito en general, son en esencia de carácter *estructural* (pobreza, desempleo, distribución injusta de la renta, falta de oportunidades, etc.), pero al mismo nivel se hallan *las causas de índole cultural y formativo* (la violencia e inmoralidad imperante en los hogares, la indisciplina en los centros educativos, y la vida disoluta en el ámbito vecinal y amical). Pero lo que más coadyuva a la existencia de tales males, son *el cinismo, la inmoralidad y el descarado* de los dirigentes políticos y comunicadores sociales. Los niños y adolescentes desde

muy temprano viven en contacto directo con la violencia y el crimen, de manera *real*: en sus hogares, el vecindario y las escuelas; pero también de manera *virtual*: a través de los medios televisivos e informáticos. Los niños y jóvenes al abrirse al mundo, casi de inmediato tienen un contacto inmediato con la violencia, la despersonalización y la corrosión de valores. Y gran parte de ello se debe a los contenidos de los medios, que son los que suministran patrones de conducta inmediatista, disoluta y antisocial.

3. Delincuencia y Doctrina Jurídico-Penal

La sociedad organizada, desde los primeros tiempos, no ha encontrado otra manera de combatir los actos antisociales y criminales, que aplicando medidas de corte correctivo y punitivo. Con el tiempo, estas medidas fueron sistematizadas en leyes y códigos que contenían ciertos tipos de conductas antisociales relevantes y sus respectivas consecuencias jurídico-penales. *La doctrina jurídico-penal* de los países modernos tiene como fundamento principal, *la coacción y la coerción* para combatir las conductas delictivas. Pero el aumento de las penas, la ampliación del número de operadores del poder judicial, el aumento del personal policial y la construcción de más establecimientos penales, no han solucionado el problema, ni lo solucionarían por si solos jamás. La causa real del fenómeno criminal va más allá de las leyes. Se halla en la psiquis misma del ser humano, en su singularidad conductual, en su forma de interrelación social, y en la estructura socioeconómica y cultural de la sociedad.

Entre todas las soluciones, tanto de corte estructural y coyuntural, del fenómeno delincuencial, las más eficaces son aquellas que tienen que ver con *LA PREVENCIÓN*, no sólo de carácter jurídico-penal y policial, sino de corte educativo-cultural. *La teoría jurídica en general y la doctrina jurídico-penal en particular moderna*, prevé *LA PREVENCIÓN JURÍDICA* en sus dos vertientes¹:

- *LA PREVENCIÓN PREDELICTIVA* (ex ante: antes de acaecido el acto delictivo), que comprende *La Prevención Predelictiva Positiva* (que es el conjuro del delito mediante la confianza y la convicción que genera la ley); y *La Prevención Predelictiva Negativa* (que es el conjuro del delito mediante la intimidación y la coerción contenida en la ley);

- *LA PREVENCIÓN POSDELICTIVA* (ex post: luego de acaecido el hecho delictivo), que comprende *La Prevención Posdelictiva Positiva* (que es el conjuro de un nuevo delito mediante la reeducación y la resocialización del agente agresor); y *La Prevención Posdelictiva*

¹ *La prevención general y especial*: Según la doctrina jurídico-penal moderno, es el conjunto de decisiones y medidas dirigidas a conjurar y evitar la comisión de los delitos. Se bifurca en: *Prevención General*, que a la vez es: *Positiva*: cuando se pretende conjurar los delitos mediante la convicción y la confianza que genera la ley; o *Negativa*: cuando se procura conjurar los delitos mediante la intimidación y la coerción contenida en la ley. Y *Prevención Especial* (individual), que puede ser: *Positiva*: cuando la conjura del delito se realiza mediante la re-educación y la resocialización del agente; o *Negativa*: cuando la conjura del delito se realiza mediante la inocuización y neutralización del agresor. (Varias fuentes/ varios autores).

Negativa (que es el conjuro de los delitos mediante la inocuización y neutralización del agente agresor que es reincidente y renuente a la reeducación).

4. Delincuencia y Prevención Social

Tomando en cuenta la doctrina psicológica y sociológica respecto al fenómeno delincencial, en cuanto a sus causas y efectos (sociología jurídica, criminología), y sustancialmente *la doctrina jurídico-penal*, en cuanto a *la preventiva jurídica-penal general y especial*, es que surge la necesidad de reforzar el combate contra el delito, mediante *la prevención por instrucción*. *LA PREVENCIÓN POR INSTRUCCIÓN* se adscribe dentro de *La Prevención General Positiva*, al instruir a los educandos (jóvenes y adultos) sobre las ventajas de conducirse dentro de los límites de la ley, y de lo satisfactorio que es ser un ciudadano justo y honesto, y de lo confortable que uno se siente al respetar al prójimo; y se adscribe dentro de *La Prevención General Negativa*, al advertir a los jóvenes en edad escolar sobre la drasticidad de las penas en caso de infringir la ley y sobre las graves secuelas que deja la cárcel, además de las penosas consecuencias personales, familiares y sociales, que deja el crimen. *LA PREVENCIÓN POR INSTRUCCIÓN* no sólo significa transmitir mensajes educativos contundentes con contenido altamente ético, que incluya valores como la honestidad, la justicia y la solidaridad, o instruirlos sobre las graves consecuencias y penas que trae infringir la ley, sino esencialmente significa *internalizarlos* en la mente de los instruidos de manera efectiva y firme, y de exponer las ventajas prácticas y la satisfacción que se tiene al ser *una persona honesta, solidaria y eficiente*.

Debemos recordar que los delincuentes y corruptos de hoy, han sido los niños y adolescentes malformados de ayer; y los niños y adolescentes mal aleccionados de hoy, serán los delincuentes y corruptos del mañana. De ello concluimos, que el Estado y sus organismos especializados, sólo podrá obtener resultados efectivos contra el flagelo de la delincuencia, si coadyuva su accionar normativo, jurisdiccional y policial al accionar de la sociedad civil. No existe ninguna solución posible al fenómeno delincencial, si no se logra la participación de todos los estamentos de la sociedad, pero esencialmente, del *estamento educativo*. Reconocemos que es una ardua y difícil tarea que significara muchos esfuerzos y sacrificios y que implicara transitar por muchas generaciones; pero es tiempo de asumir retos y empezar de una vez a dar batalla en el campo mismo de *las causas* (educación) antes que en *los efectos* (más policías y más cárceles). No se pretende resolver este flagelo de un solo tirón, pero estamos seguros que con este programa los resultados a largo plazo serán óptimos.

II. SECCIÓN ESTUDIANTIL

EL GOBIERNO DE LOS OCUPADOS, PARA LOS MANDONES Y POR LOS MATONES¹

DIEGO ANGULO OSORIO

Introducción

En el anterior artículo; «La Privatización del Gobierno», se explicaron dos razonamientos propios de la Teoría de la Elección Pública de Buchanan; el primero, referido al conjunto de las actuaciones individuales de los burócratas que conforman el gobierno, las cuales no sólo obedecen al interés público; sino también, al interés particular del burócrata (como proteger su trabajo) e intereses particulares (por ejemplo, el de los sindicatos).

Y el segundo, es el proceso de privatización del gobierno que se lleva a cabo en cada elección municipal, regional o nacional; en el que se escoge una propuesta de gobierno proveniente de un grupo político, que representa a un grupo de votantes y financistas concretos.

Lo que lleva a la siguiente idea: el Gobierno no es un ente colectivo impersonal, sino un conjunto de personas que actúan de forma singular; es así, que cada actuación de la administración debe ser entendida de forma individual.

La motivación, de estos actos tiene tres componentes: uno común, que está determinado por la ley y el interés público; el segundo, la interpretación que el funcionario da a la norma y su aplicación al caso concreto, que difiere de persona a persona; y, el tercero, radica en las motivaciones personales del agente estatal, proteger su trabajo es una de ellas.

¹ El título de este artículo se encuentra inspirado en el juego de palabras que hace Gordon Tullock sobre el discurso de Gettysburg de Abraham Lincoln.

Esta motivación tiene un trasfondo bastante curioso, la interacción, hablando sencillamente, entre los administrados y la administración. Sin embargo, las cosas nunca son simples, porque esos mambretes engloban múltiples sujetos, de los cuales podemos resaltar a los activistas políticos (ocupados) y a los *lobistas* (matones).

La actuación de estos dos sujetos en la relación administrativa estatal, es realmente interesante; esencialmente, por la influencia que tienen sobre los administradores gubernamentales (mandones).

El activista político, después de su elección como autoridad, adquiere la dirección de la administración y por consiguiente, la influencia directa sobre el administrador gubernamental; y si no es electo, como oposición, también constituye una influencia sobre la autoridad electa y el administrador gubernamental a través de la fiscalización.

Y detrás de ellos está el *lobista*, que ha financiado al activista político y, por consiguiente, espera que éste defienda sus intereses al interior de la administración pública o, a través de la oposición, de ser el caso.

Es así, que en el presente artículo se desarrollará ésta interacción, desde un punto de vista legal, dejando de lado los aspectos políticos y sociales; para finalmente, concluir en un análisis del acto gubernamental y su trasfondo.

Los ocupados

Es claro que este mambrete incluye a las autoridades electas, dado que son estos «representantes que han sido escogidos por una *elección pública* colectiva para efectuar *elecciones públicas* que puedan satisfacer, completamente, las diferentes opciones políticas de la gente como millones de individuos» (Seldon, 2005).

Ahora bien, es necesario precisar que estos funcionarios públicos, deben ser entendidos como representantes políticos que ocupan un cargo público representativo, ejercen funciones de gobierno en la organización del Estado². Por tanto, quedan excluidos los directivos públicos (mandones)³.

Esta discriminación se basa en dos aspectos; el primero es que «los burócratas son considerablemente más poderosos que las autoridades políticas que están sobre ellos. Los burócratas, por sí mismos, en general, no pueden ser despedidos, excepto por algún clamoroso pecado» (Tullock, 2005).

Esto empuja a las autoridades electas a mantener una relación jerárquica con los burócratas, donde la negociación es constante; un ejemplo claro es la interacción entre los magistrados del Poder Judicial, el Congreso y el Gobierno, en el contexto de la «huelga

² Cfr. literal *a*) del artículo 3 de la Ley del Servicio Civil, Ley núm. 30057.

³ Vid. literales *b*) de los artículos 2 y 3 de la Ley del Servicio Civil, Ley núm. 30057.

de jueces» ocurrida a finales del 2013; su aumento salarial y la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Donde el levantamiento de la «huelga judicial» fue producto de un acuerdo entre autoridades políticas forzadas por la presión generada por los funcionarios judiciales.

De otro lado, se tiene a la interacción entre las autoridades políticas y los grupos de presión (matones), como, por ejemplo, los sindicatos o los «auspiciadores» de sus campañas políticas. La relación con los «auspiciadores» viene determinada por el acuerdo inicial convenido antes de la campaña; y se desarrollará durante el periodo de gobierno, en el cual reclamará aquello que le hubiese sido prometido.

Es en ese segundo momento, que la regulación sobre contratación de bienes y servicios por el Estado adquiere un importante papel, protegiendo el patrimonio estatal y asegurando la calidad de las adquisiciones estatales⁴.

Por este motivo, el Estado, si bien flexibilizó la contratación estatal a través de la Ley núm. 30225, en el marco de un paquete normativo que buscaba dinamizar la economía nacional, tuvo que mantener muchos de las restricciones para contratar con el Estado⁵.

Igualmente, las relaciones entre el gobierno y los sindicatos de servidores estatales, han estado determinadas por pugnas por derechos, beneficios y privilegios laborales; que al final fueron zanjados con la dación de la Ley del Servicio Civil⁶, que no reguló la relación colectiva sino la contratación individual.

Los mandones

Es a través de la burocracia, que las autoridades políticas gobiernan, «la idea básica para gobernar, consiste en que es necesario para los individuos con convicciones políticas, ser capaces de implementar esas ideas a través de las estructuras existentes del gobierno» (Peters, 2001).

La relación entre las autoridades políticas y los burócratas, se ve inclinada en favor de éstos últimos, dado que «tienen la ventaja sobre los legisladores en negociaciones presupuestarias, porque saben más sobre las funciones de sus agencias que los propios legisladores, ya que estos últimos son inevitablemente generalistas» (Butler, 2012).

Por lo que, al momento de materializar las políticas públicas, tienen una alta capacidad discrecional que incluso pone en riesgo el bienestar social, dado que en muchos casos no actúan acorde al interés público; sino, muy por el contrario, ceñidos a su interés personal.

⁴ Cfr. artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley núm. 30225.

⁵ Vid. artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley núm. 30225. Cfr. artículo 10 del Decreto Legislativo núm. 1017 (derogado).

⁶ Vid. artículo 1 de la Ley del Servicio Civil, Ley núm. 30057.

Es por este motivo que, para las autoridades políticas «el problema es diseñar un aparato que lleve a los burócratas en su propio interés, a servir los intereses del resto de nosotros; de la misma manera que el panadero es llevado por su propio interés a servir a las necesidades del sastre» (Tullock, *The Theory of Public Choice*, 2005).

Es así que, el análisis de éste problema conlleva a creer que “la eficiencia de la burocracia pública se puede mejorar si los incentivos para monitorear el desempeño del sector público aumentan o si los privados intensifican sus presiones sobre los burós” (Congleton, 2003).

Un claro ejemplo de ésta presión, es la Asociación de Contribuyentes del Perú, Contribuyentes por Respeto⁷, quienes, en sus propias palabras, «[buscan y promueven] decisiones públicas basadas en los principios de libertad individual (social, política y económica), responsabilidad personal, mercados competitivos, y Estado de Derecho» (Respeto, 2014); quienes realizan un activismo a favor de la desregularización.

Es así que, en el diseño de un aparato estatal, a fin de evitar patologías burocráticas, se busca establecer que las decisiones de la administración pública no sean definitivas, porque «[c]ada decisión administrativa está sujeta a una anulación o modificación por el superior. [...] Quizás es porque la autoridad es el principal fundamento en la administración» (Richardson, 2011).

Estas «patologías burocráticas pueden ser corregidas al encontrar la combinación adecuada de los tipos de personal necesarios para la agencia, la adopción de medios extraorganizacional como la reorganización, obtener retroalimentación sobre su desempeño a partir de fuentes externas, o la creación de la superposición de responsabilidades administrativas para fomentar la competencia y desalentar la colusión subordinada» (Krause, 1985).

Respecto de éste último punto, debe tenerse un especial cuidado, porque puede generarse una sobrerregulación; lo cual ha ocurrido en materia de seguridad y salud en el trabajo, donde existe, en la práctica, una colisión de atribuciones del OSINERGMIN y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo⁸.

Los matones

Los grupos de presión, quienes apoyaron al partido gobernante en las elecciones, financiaron la campaña electoral de la oposición o actuaron en favor de una alcaldesa para evitar que sea revocada; siempre han estado presentes en las dinámicas gubernamentales.

Es así que, su existencia, se justifica en el escenario donde los «individuos en la sociedad, se beneficiarán de una buena oferta si la acción política es a su favor o se lesionarán cuando ésta sea en su contra» (Tullock, *The Theory of Public Choice*, 2002).

⁷ <http://www.respeto.pe> (20/07/2014)

⁸ Vid. Ley núm. 28964, Ley núm. 29783 y la Ley núm. 29901.

En el Perú se encuentra regulada la «gestión de intereses en el ámbito de la administración pública»⁹, entendida como «promover de manera transparente sus puntos de vista ante la administración pública»¹⁰. Que puede ser entendido como «variar las decisiones políticas que provienen de la autoridad para que éstas se adecúen a sus intereses» (Rada, 1986).

Ahora bien, es una realidad innegable que coexisten una cantidad indeterminada de grupos de interés, los cuales «compiten por la influencia política a través del gasto de tiempo, energía y dinero en la presión política» (Becker, 1983)

Esta influencia política se ve originada en una concentración de intereses sobre impuestos, subsidios o regulaciones, los cuales afectan directamente al grupo de presión. Por ejemplo, el «interés concentrado de grupos profesionales, como los médicos o las empresas farmacéuticas, les da un fuerte incentivo para que se organicen y presionen a los políticos» (Butler, Public Choice, 2012).

Estos grupos de presión, actúan en dos sentidos, el primero respecto de los políticos que legislan y dirigen la política fiscal y regulatoria del país que, a través de la creación o supresión de impuestos, subsidios o regulaciones, los afectarán para bien o para mal; y en segundo lugar los burócratas, que serán quienes aplicarán los impuestos, subsidios o regulaciones de forma directa sobre éstos grupos de interés.

Ahora bien, la interrogante es, limitar y regular ésta capacidad de influencia o, simplemente, dejar que se autorregule. En principio la postura de la regulación y limitación, es la más razonable, dado que no se debe dejar éste campo vacío; por encontrarse en juego la independencia e institucionalidad del Gobierno.

Sin embargo, debe tenerse presente que el *lobby*, es un área gris del derecho administrativo, que se encuentra en el límite entre la gestión informal y las entrevistas formales entre el administrador y los administrados.

Por lo que, el esfuerzo de identificar a los grupos de presión debe comenzar por el sinceramiento de los financistas de los partidos políticos; antes que registrarlos formalmente.

Conclusiones

Los actos del Gobierno, en principio, están motivados por el bienestar común de la nación en su conjunto; para lo cual, es necesario una normativa sólida que regularice las relaciones entre “los ocupados, los mandones y los matones”.

Dado que, los administradores (los matones) y los *lobistas* (los matones) muchas veces tienen más poder que las propias autoridades electas (los ocupados), cuyo abuso generaría una parálisis gubernamental o en su defecto un desgobierno.

⁹ Vid. Artículo 1 de la Ley núm. 28024.

¹⁰ Cfr. Artículo 3 de la Ley núm. 28024.

Estas normas de control, como la de contrataciones estatales, laboral público y de gestión de intereses frente a la administración, deben poder asegurar un cuidado eficaz y eficiente de la institucionalidad gubernamental y la supremacía del interés público frente a intereses particulares.

CONSTITUCIONALIDAD Y SU BÚSQUEDA EN LOS PROCESOS DEL PLANO NORMATIVO

JESÚS VICENTE ZÚÑIGA HERNÁNDEZ

Introducción

Luego de su visita a América en 1831, específicamente a Estados Unidos, Alexis de Tocqueville plasmó su experiencia sobre el sistema americano en el clásico titulado «La democracia en América», al referirse a la relación del juez con la norma que considera contraria a la Constitución, precisa lo siguiente: [...] *Si el juez hubiera podido atacar las leyes de una manera teórica y general, si hubiera podido tomar la iniciativa y censurar al legislador, hubiera entrado brillantemente en la escena política convertido en campeón o adversario de un partido, suscitando todas las pasiones que dividen el país a tomar parte en la lucha. Pero cuando el juez ataca una ley en un debate oscuro y sobre una aplicación particular, oculta en parte a las miradas del público la importancia del ataque. Su fallo sólo tiene por objeto lesionar un interés individual, pero la ley no se siente herida más que por casualidad*¹. Aun cuando estamos citando el fragmento de un libro publicado el siglo XIX y que habla sobre un sistema jurídico diferente al nuestro, podemos extraer importantes ideas, como la posibilidad de que un juez inaplique una norma sin atacar el legislador; es decir, sin vulnerar el necesario equilibrio que debe existir entre poderes. Siendo el resultado de tal acción en equilibrio que, para un proceso en particular, el juez rehusó aplicar una ley que considera inconstitucional sin que ello implique su destierro del ordenamiento vigente.

¹ De Tocqueville, Alexis, *La Democracia en América*, p. 114 en: <http://archivo-sociologico.files.wordpress.com/2009/08/tocqueville-alexis-de-la-democracia-en-america.pdf>

Como se puede inferir del anterior párrafo, el presente trabajo desarrollará un aspecto importante de los procesos constitucionales existentes en el Perú; el referido a la constitucionalidad de la norma atacada, ya sea esta misma o los actos que se materialicen fundados en esta. Es por ello que se abordará el proceso de amparo contra norma legal en contraste con el proceso de inconstitucionalidad, los cuales contienen la idea más básica de constitucionalidad.

1. Constitucionalidad

La idea de inconstitucionalidad es a primera vista bastante simple, nos lleva a pensar que es todo aquello que no es constitucional. Para no resultar tautológicos con un concepto tan importante, es que debemos empezar por definir lo que es constitucional, lo cual indefectiblemente nos lleva a tener en cuenta conceptos como Constitución y constitucionalismo. El poder político como infraestructura de las instituciones que componen al Estado, debe encontrarse regulado en su ejercicio, para así evitar excesos o abusos. Es así que junto con su ejercicio viene a la par la «necesidad-deber» de regularlo, que a su vez da origen al constitucionalismo, ya que se busca que la norma suprema sea el parámetro a respetarse por las autoridades que detentan el Poder. En palabras de Loewenstein citado por Blume: *La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda del hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente.*²

Es así que la Constitución se convierte en el instrumento fundamental que materializa la necesaria regulación del poder político; sin embargo, para que ésta no sea una simple declaración de buenas intenciones y cumpla a cabalidad su cometido, es necesario que se acompañe de normas que aseguren su funcionamiento y permitan su desarrollo, es decir: normas reglamentarias, que conserven a su vez su espíritu, principios, alcances y sentido. En la medida que normas infraconstitucionales gocen de estos elementos podrán ser consideradas como constitucionales, mientras que, su desnaturalización, contradicción o lucha con la Constitución, las trasladarán al terreno de la inconstitucionalidad.

En palabras de Blume quien observó esta ausencia de desarrollo en el concepto de constitucionalidad, pues considera que para las personas y hasta algunos doctrinarios su conceptualización seguramente pertenece al campo del sentido común y de lo que ya se tiene por entendido, la constitucionalidad es: *un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en su diversos niveles*

² Blume Fortini, Ernesto, *El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú*, Editorial Adrius, Arequipa, 2009, p. 126.

de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico.³ La determinación sobre si es que efectivamente existe o no este vínculo ya entrará al terreno de la interpretación constitucional, es sobre este importante aporte conceptual que abordaremos los siguientes puntos.

2. Antecedentes del control de constitucionalidad en el Perú

El primer antecedente nos lleva a las Cortes de Cádiz y su carta de 1812; que si bien no incorporó ningún mecanismo específico para el control de constitucionalidad frente al legislativo, en sus artículos 372 y 373⁴ se estableció un procedimiento contra las infracciones a la constitucionalidad que por su naturaleza sería el primer vestigio a considerar, además de la idea de la Constitución como norma suprema que caló con profundidad en la mencionada Carta.

En adelante, las primeras constituciones del Perú republicano mantienen silencio al respecto y no es sino hasta la de 1856 que se proclama en su artículo 10 la nulidad de toda ley contraria la Constitución; sin embargo, ello no significó la creación de una institución o mecanismo específicos para el control de constitucionalidad de las leyes. En 1922, la Comisión reformadora del Código Civil acogió la norma que establecía el principio de inaplicación para los casos de conflicto entre norma legal y constitucional, debiendo preferir el juez obviamente la segundo, esta norma recién se vería plasmada en el Código Civil de 1936, de tal manera que esta vez, a consideración de García Belaunde⁵, no solo se proclamaba la supremacía de la Constitución como principio, sino que se dotaba al administrador de justicia de un mecanismo que le permitiría hacer efectivo tal postulado, más adelante en 1963 se confirmaría en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Constitución de 1979, configura por primera vez el control constitucional concentrado junto con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales, ya que en su artículo 298 determina la competencia de este para declarar la inconstitucionalidad parcial o total de la normas con rango de ley. Finalmente la Constitución de 1993 mantiene el control difuso para el Poder Judicial y ambos (el concentrado y el difuso) a cargo del Tribunal Constitucional.

³ Blume Fortini, Ernesto, *El control de la Constitucionalidad*, Editorial ADRUS. Arequipa, 2009, p. 78.

⁴ Art. 372: Las Cortes, en sus primeras sesiones, tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieran contravenido a ella.

Art. 373: Todo español tiene derecho a representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución.

Constitución de Cádiz de 1812, versión digital en: http://www.constitucion1812.org/documentos/cons_1812.pdf

⁵ García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis, Bogotá, 2001, p. 26.

3. Plano normativo y plano fáctico

El Derecho Procesal Constitucional nos ofrece una variedad de procesos que buscan la supremacía de la Constitución (sí, todos ellos de una forma u otra). La percepción de que algunos de ellos la buscan de manera más concreta estará en función de si esta búsqueda de la supremacía se da en el plano fáctico o en el plano normativo.

En el caso de los procesos constitucionales de defensa de los derechos fundamentales; tenemos una evidente búsqueda en el plano fáctico, pues individualizan acciones u omisiones cuya existencia importa la amenaza o vulneración de estos derechos, los cuales al estar protegidos por la Constitución, se corresponden con determinados procesos que buscan atacar tales situaciones hasta que se repongan a un estado anterior al de la vulneración. De tal manera, la búsqueda de la supremacía de la Constitución se corresponde con una verdad material al respetarse estos derechos, lo cual es su defensa en el plano fáctico.

Esta búsqueda de la supremacía también se da en plano normativo, cuando la normativa infraconstitucional que implementa los derechos fundamentales y la organización del Estado se ajusta a los valores, principios y preceptos de la Constitución, de tal manera que se estructure un sistema jurídico coherente. Las normas reglamentarias y sus derivadas al sujetarse a tales parámetros son normas en palabras de Blume «impregnadas de constitucionalidad»⁶. Por lo cual, se hace necesaria la extirpación de la norma inconstitucional para asegurar su supremacía. En nuestro país esta búsqueda en el plano normativo se concretiza, sin duda alguna, a través del proceso de inconstitucionalidad. Sin embargo, quisiera incluir aquí un proceso constitucional que puede haber sido considerado dentro del grupo anterior, el del plano fáctico, este es el de amparo contra norma legal, ¿estaría corrompiendo esta división al trasladarlo a este plano?, es probable que sí, pues no se busca ni se consigue el mismo efecto que en el proceso antes mencionado en cuanto a la extirpación de una norma del sistema jurídico. A pesar de ello, utiliza una misma lógica y es que el juzgador no puede dejar de advertir en el caso concreto la existencia de una norma incompatible con la norma suprema, y es por ello que crea un supuesto, con efectos *inter partes*, en el cual esa norma ha sido extirpada del ordenamiento jurídico, resolviendo en virtud a la inaplicación o inexistencia de la misma.

Considero que se cumplen dos premisas que le permiten al proceso de amparo contra norma legal formar parte de los procesos para la búsqueda de la supremacía de la Constitución en el plano normativo, la primera de ellas es el cuestionamiento de una norma por su inconstitucionalidad (aun cuando esta norma tenga que cumplir con determinadas características), la segunda es que el efecto de la sentencia que la declare fundada determinará la inaplicación de la norma en virtud de la primera premisa,

⁶ Blume Fortini, Ernesto, *El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú*, Editorial Adrus, Arequipa, 2009, p. 119.

lo cual a simple vista es un proceso de inconstitucionalidad a la medida de aquel que se encuentre especialmente legitimado, pues a diferencia de los demás procesos de defensa de los derechos fundamentales en el plano fáctico, el proceso de amparo contra norma legal, no solo exige que un acto sea atacado porque su materialización es o puede ser vulneratoria de derechos consagrados en la Constitución y las normas infraconstitucionales que los desarrollan, sino que además ataca una norma, por su incompatibilidad con la Constitución, y es en la inaplicación de la mencionada norma que el derecho del demandante encontrará tutela.

4. Modelos de control de constitucionalidad

De lo antes mencionado tanto en los antecedentes del control de constitucionalidad como en los planos de la búsqueda de la supremacía de la Constitución, son claramente identificables dos modelos de control: el concentrado y el difuso. Sin embargo podemos encontrar otras clasificaciones con diferentes denominaciones como el binomio «abstracto y concreto», sobre los orígenes de esta clasificación Brage⁷ nos indica que esta distinción surge en la doctrina germana al contraponerse dos modalidades de control de la constitucionalidad: i) el control de una ley llevado a cabo a instancias de ciertos órganos políticos y completamente al margen de todo caso concreto y de la aplicación que haya podido tener esa ley; y ii) el control de constitucionalidad de las leyes que su máximo intérprete ejerce a instancias de un juez que, frente a determinada controversia, se encuentra en la necesidad de aplicar una ley cuya constitucionalidad le produce serias dudas, por lo cual eleva la cuestión sobre constitucionalidad al Tribunal Constitucional, en este segundo supuesto, la existencia de un caso tendrá una elevada importancia, pues en el primero el Tribunal se encuentra alejado de cualquier particularidad que plantearía un caso, resolviendo en abstracto con un análisis limitado únicamente a la revisión de la Constitución con el texto legal imputado de inconstitucionalidad.

Frente a este sistema de control concentrado (pues todo se remite al Tribunal Constitucional) en el que se contraponen lo abstracto y lo concreto, encontramos otros sistemas en el que la diferenciación es aún más marcada, como sucede en el norteamericano, en el que rige un sistema absolutamente concreto; de tal manera, cualquier juez tiene la facultad de resolver directamente sin necesidad de remitir la cuestión de constitucionalidad a otra instancia u organismo autónomo, hablando de casos con efectos *inter partes*. Al ser absolutamente concreto, el sistema americano no conoce de procesos en abstracto, ya que como se indicó en el *judicial review* la premisa incondicional es la existencia de un litigio con una contraposición de intereses.

En el Perú nos encontramos frente a un sistema dual o paralelo del control de constitucionalidad, según García Belaunde⁸ esta

⁷ Brage Camazano, Joaquín, *La Acción de Inconstitucionalidad*, Editorial UNAM, México D.F., 2000, p. 79.

⁸ García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis,

caracterización se debe a Carl Schmitt quien entendió por difuso al norteamericano, y concentrado, al europeo continental. El célebre caso de *Marbury vs. Madison* en 1803 habría sido la partida de nacimiento del control difuso en el sistema americano. Esta experiencia del *common law* en América sería mal vista en Europa, pues en su visión de la división de poderes era un peligro «el gobierno de los jueces», es así que con la Constitución austriaca de 1920 nace el modelo kelseniano, que sería adoptado más adelante por Checoslovaquia y España. Por su parte, Calamandrei esbozó una clasificación sobre el control de legitimidad constitucional que se estructuró de la siguiente manera:

- a) Por su objeto: formal y material.
- b) Por el órgano que lo ejercita: judicial (difuso) o concentrado (autónomo).
- c) Por la legitimación: incidental (pre-judicial) y principal (directamente).
- d) Por la extensión: general (*erga omnes*) y especial (*inter partes*).
- e) Por sus efectos: declarativo (*ex tunc*) y constitutivo (*ex nunc*).

A través de tal clasificación también le fue posible la elaboración de dos esquemas:

- a) Judicial: difuso, incidental, especial y declarativo;
- b) Autónomo: concentrado, principal, general y constitutivo.

Apartándonos de estos importantes antecedentes históricos es que retomamos el modelo instaurado en el Perú, que como ya dijimos es el dual, definido como aquel que existe cuando conviven dentro de un ordenamiento jurídico el modelo americano y el modelo europeo, con la condición de no mezclarse ni desnaturalizarse. La vigencia de este modelo paralelo inicia con la Constitución de 1979 y es confirmado por la de 1993. Con la Constitución de 1979 el país se despedía de una dictadura militar con la firme esperanza de encontrarse solo con gobiernos democráticos en adelante; por lo cual, si bien se reiteró la preferencia que debían tener los jueces por la supremacía de la norma constitucional, existió el temor de un desempeño deficiente del Poder Judicial que en la práctica había demostrado su posible sometimiento a las dictaduras de turno, de tal manera que su susceptibilidad a interferencias políticas resultaba indiscutible. Por ello se creó un órgano autónomo, elegido por tercios entre el legislativo, el ejecutivo y la Corte Suprema que a su nacimiento solo tuvo dos funciones: conocer en casación hábeas corpus y amparos denegados, y conocer la acción de inconstitucionalidad como instancia única. Esta última incorporaba el modelo europeo de control de constitucionalidad al sistema jurídico peruano que ya contaba con el modelo americano, sin que su introducción implicase un cruce entre ambos modelos. No invadía uno la función del otro y la independencia era casi absoluta, pues solo se vinculaban por las casaciones en hábeas corpus y amparos. Con la Constitución de 1993 se man-

tuvo la estructura del modelo dual, y se añadieron más procesos constitucionales como el Habeas Data y la Acción de cumplimiento, además de la resolución en conflicto de competencias.

5. Interpretación constitucional

Tal como señala Landa: *Solo a partir de la praxis del Estado democrático y social de Derecho y del desarrollo de los derechos fundamentales, la interpretación jurídica se ha convertido en un factor principal de movilización de la teoría constitucional y de la teoría de Derecho*⁹. En un primer momento, este aspecto no resultó un problema, ya que en el constitucionalismo clásico los derechos y garantías de la Constitución se realizaban mediante las técnicas de la interpretación del derecho privado, que fueron en su tiempo asumidas como la teoría general de la interpretación. Mientras que la parte orgánica era a todas luces un asunto político en cuyo campo no era viable una interpretación jurídica; de tal manera, no era necesidad jurídica en general el interpretar la Constitución. Como señalaría con precisión Thomas Jefferson, esta no es más que el sentido común de la sociedad expresado en fórmulas jurídicas. Ampliando tal apreciación De Vega citado por Landa nos dice que: *por ser prolongación del sentido común y de la racionalidad interna de la sociedad, y por poseer además un carácter puramente formal, la legalidad constitucional deberá verse presidida por los principios de claridad y transparencia. Sin embargo, la idea de que jueces de una nación no son [...] sino la boca que pronuncia las palabras de la ley*¹⁰ sostenida por Montesquieu no se mantendría invariable, pues la Constitución se convirtió en una norma exigible, directamente, por los ciudadanos, en primer lugar por su legitimación como norma jurídica suprema con carácter vinculante, en segundo lugar, cuando los derechos públicos del Estado liberal se convierten en los derechos fundamentales con valores incorporados del Estado Social de Derecho, lo cual obligó al aparato jurisdiccional a proveer de métodos de interpretación para la aplicación directa de la Constitución.

De tal manera, es pertinente, anotar las características con las que deberá contar la interpretación constitucional para lo cual recogemos las esbozadas por Sagués citado por Blume¹¹, al respecto refiere que debe ser práctica, creativa, previsor, política, semántica, sistemática, progresista y teleológica, pues según sostiene Linares Quintana *en la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico de la Constitución, que si es un instrumento de gobierno, también y principalmente es restricción de poderes en amparo de la libertad individual[...]*¹². Es así que la interpretación constitucional se convirtió en un problema jurídico

⁹ Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Editorial Palestra, Lima, 2007, p. 562.

¹⁰ Montesquieu, El espíritu de las leyes, Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1906, p. 237.

¹¹ Blume Fortini, Ernesto, *El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú*, Editorial Adrus, Arequipa, 2009, p. 244.

¹² Linares Quintana, Segundo, *Reglas para la interpretación constitucional*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1994, p.47.

del derecho constitucional en la época contemporánea, lo cual no hace más que reafirmarse con la creación de los procesos constitucionales que judicializa la Constitución, convocando al juzgador como su intérprete.

6. Amparo contra norma legal

El Tribunal Constitucional ha desarrollado en reiterada jurisprudencia que la improcedencia del «amparo contra normas» se encuentra circunscrito a los supuestos en que la norma cuya inconstitucionalidad se acusa sea heteroaplicativa, lo que en palabras de Eto es *aquella cuya aplicabilidad no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia, la norma carecerá indefectiblemente, de eficacia, esto es, de capacidad de subsumir, por sí misma, algún supuesto fáctico en su supuesto normativo*¹³.

Ciertamente la producción al respecto de este tipo de Amparo es escasa, y los criterios para su utilización son pocos y un tanto faltos de discusión dentro de la jurisprudencia constitucional en nuestro país. Sin embargo, es necesario darle una mayor cabida pues en puridad estamos frente a un proceso constitucional que también busca la supremacía de la norma; es decir, un proceso del plano normativo, pues la condición indispensable para que sea eventualmente fundado es la inconstitucionalidad de la norma atacada, más que de los efectos que esta produce como observan algunos autores. Una particularidad importante es que no resulta exigible en estos procesos el agotamiento de la vía previa en el caso de normas autoaplicativas, pues, su sola vigencia es sensible de afectar los derechos fundamentales, de tal manera que la lesión podría devenir en irreparable. Al no requerir actos concretos de afectación, sería imposible exigir pronunciamiento alguno por parte de la Administración.

7. Sobre el alcance del fallo en el amparo contra norma legal

El fundamento legal del amparo contra norma legal se encontraría en el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, al precisar que [...], *los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.*

En contraste con el interés político en la declaración *erga omnes* de un proceso de inconstitucionalidad; tenemos que el principio relatividad responde a una necesidad política, pues si la sentencia obtenida de un juicio de amparo contra leyes tuviese alcance general, apreciaríamos en el órgano jurisdiccional de control una facultad del legislador al derogar la ley; lo cual a su vez, generaría que el legislativo notando la influencia del Poder Judicial, busque suprimirle tal facultad generando una problemática no solo jurídica, sino política. Ponciano Arriaga citado por Fix Zamudio

¹³ Eto Cruz, Gerardo, *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*, Editorial ADRUS, Cuarta Edición, Lima 2011, p. 358.

considera que aquellas leyes catalogadas de absurdas o atentarias deben perecer de manera parcial y paulatina como consecuencia de las resoluciones dictadas por los Tribunales¹⁴. Asimismo el mismo Fix Zamudio citando a Bowie y Friedrich, menciona que una de las consecuencias de resolver estos caso como una sentencia de inconstitucionalidad con efecto *erga omnes*, sería que los tribunales se verían inmersos dentro de procesos políticos con la alta probabilidad de perder el respeto popular, además de abandonar su función judicial, a la vez se vería debilitada la responsabilidad de los órganos legislativos en la formulación de las normas. Finalmente propone una solución al respecto, señalando que debe existir una aclaración y delimitación en la división de poderes, que incluye hasta los conceptos tradicionales por los que se ven envueltos, de tal manera se identificaría las facultades de cada uno de los poderes.¹⁵ Es en el siguiente apartado que podremos observar con mayor precisión el alcance que han tenido en la práctica este tipo de amparos, ello en atención a las precisiones que ha ido realizando el Tribunal Constitucional en su revisión de diversos casos que nos permitirán cuanto menos poner en duda si el efecto en todos los casos será únicamente inter partes.

8. Desarrollo jurisprudencial del tribunal constitucional

Como se puede apreciar de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional; el amparo, al igual que otros procesos constitucionales, ha ido tomando forma a partir de sus fallos, que a veces llegan a reescribir las reglas procesales que parecían haber sido claramente delimitadas por las normas del Código Procesal Constitucional. Es por ello que será pertinente revisar los alcances del Tribunal en los casos abordados sobre amparo contra norma legal, a fin de apreciar la flexibilidad que ha tenido el Tribunal en la aplicación de las reglas procesales:

A) *Antes de la vigencia del Código Procesal Constitucional*: al revisar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anterior a noviembre de 2004, encontramos que la dificultad a superar en estos casos se encontraba en la interpretación del inciso 2 del artículo 200 de la Constitución, que a simple vista daba a entender que era improcedente el amparo contra norma legal; por lo cual, en el Exp. 1311-2000-AA, el Tribunal señaló que la prohibición del amparo contra normas legales contempladas en la constitución, debe entenderse para los casos en los que *pretendan la declaración, por parte del Tribunal Constitucional, de la inconstitucionalidad de una norma jurídica, en uso del control concentrado y con efecto erga omnes, para expulsarla definitivamente del sistema jurídico*¹⁶, precisión con la que se ratifica la posición del mencionado órgano en el Exp. 830-2000-AA en el que refiriéndose al mismo artículo, nos explica que pretende «impedir que a través de un proceso cuyo objetivo de protección son los derechos constitucionales, se pueda impugnar en abstracto la validez constitucional

¹⁴ Fix Zamudio, Hectór, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, UNAM, México, 1993, p.165.

¹⁵ *Ibidem*, p.178.

¹⁶ Exp. núm. 1311-2000-AA/TC, en su fundamento núm. 01.

de las leyes [...]»¹⁷; de tal manera, para el Tribunal la procedencia de este particular amparo se encontraba basada principalmente en las diferencias existentes con el proceso de Inconstitucionalidad en cuanto a la forma de analizar la norma y a los efectos que podría producir, desechando de esa forma cualquier posibilidad de que en estos casos ambos procesos tengan efectos análogos.

Caso Fetratel (Exp. 1124-2001): En el presente caso que si bien se trataba de un proceso de amparo, no se planteó como uno contra norma legal, su sentencia fue emitida el año 2001 cuando aún se encontraba vigente la Ley de Hábeas Corpus y Amparo (Ley núm. 23506) que en su artículo 3 disponía la procedencia en el caso de normas inconstitucionales, determinando su inaplicación. El sindicato y la federación de trabajadores Telefónica del Perú interpusieron amparo con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de sus trabajadores, ante la inminente aplicación de un plan de despido masivo. El tribunal delimitó el problema en determinar si se afectó el derecho al trabajo y el derecho a la sindicalización, puesto que para el momento de su revisión los despidos ya no eran una mera amenaza, sino una indiscutible realidad. Aborda el contenido constitucional del derecho al trabajo según lo dispuesto en la Constitución de 1993 en su artículo 27, en cuanto este tiene dos aspectos: el primero referido al acceso a un puesto de trabajo y el segundo referido al derecho a no ser despedido sino por causa justa, que es el tema relevante en el presente caso pues contiene un mandato al legislador para que éste establezca la protección frente al despido arbitrario, remitiendo la forma en que se de tal protección al desarrollo legislativo, lo cual a su criterio no crea la facultad del despido arbitrario para el empleador. Al disponerse en el Artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), que el despido arbitrario solo contempla como una reparación la indemnización, su aplicación vacía de contenido el derecho consagrado en la Constitución. Por ello, en cuanto considera que este artículo de la LPCL es inconstitucional decide aplicar un control difuso de constitucionalidad, al resultar un acto complejo su aplicación, establece una serie de presupuestos para su aplicación:

a. Que el objeto de impugnación sea un acto basado en la aplicación de la norma considerada inconstitucional.

b. 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.

c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El Tribunal falló declarando fundada la acción de amparo, inaplicando el artículo 34 de la LPCL con efectos *inter partes*. De tal manera, aun cuando no fue la inaplicación de la norma lo

¹⁷ Exp. núm. 830-2000-AA/TC, en su fundamento núm. 02.

solicitado por los trabajadores, fue la vía idónea que encontró el Tribunal para que cese la vulneración a su derecho al trabajo, haciendo uso del control difuso de constitucionalidad.¹⁸

B) *Con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional*: La entrada en vigencia del mencionado Código trajo consigo la procedencia indiscutible del amparo frente a actos basados en normas incompatibles con la Constitución, es así que en una de sus Expedientes del año 2005, se pronunció una vez más sobre el artículo 200.2 de la Constitución, ratificando su posición anterior a la entrada en vigencia del Código, al sostener una vez más que *la Constitución no contiene una prohibición de cuestionamiento, vía amparo, de leyes que puedan ser lesivas en sí mismas de derechos fundamentales*¹⁹, recogiendo literalmente los fundamentos señalados en los expedientes analizados en el punto anterior. Antes de pasar al análisis de un caso en particular cuya resolución representó un cuestionamiento al razonamiento sostenido al respecto del amparo contra norma, es pertinente ver que el Tribunal también ha realizado una diferenciación del amparo contra leyes y el amparo contra actos sustentados en la aplicación de una ley, en cuanto al primero de estos casos ha señalado que *la procedencia de este instrumento procesal, está supeditada a que la norma legal a la cual se imputa el agravio sobre un derecho fundamental, se trate de una norma de eficacia inmediata. [...] con relación al segundo supuesto, este Tribunal ha recordado que, en la medida en que se trata de normas legales cuya eficacia y, por tanto eventual lesión, se encuentra condicionada a la realización de actos posteriores de aplicación, su procedencia ha de responder a los siguientes criterios: si se trata de amenaza de violación, esta habrá de ser cierta y de inminente realización, [...] en el caso de alegación de violación, tras realizarse actos de aplicación concreta, es preciso que estos efectivamente lesionen el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.*²⁰ El último fragmento nos permite desarrollar una diferencia conceptual para estos casos, en cuanto a que va sustentado el amparo; en primer lugar, sólo podría ir contra norma legal, en estricto, cuando esta sea autoaplicativa y cuando represente una amenaza al derecho protegido, mientras que el amparo será contra actos sustentados en la aplicación de una ley, ya sea en actos basados en normas autoaplicativa como heteroaplicativas, pues en primer lugar, en los procesos seguidos contra las normas heteroaplicativas nunca podrán ser procedentes cuando busquen sustentarse en una amenaza, pues estas por su naturaleza no pueden representar una de tipo cierto e inminente; y en segundo lugar, ya no podremos hablar de amparo contra norma si es que el sustento de la vulneración se encuentra en la aplicación de la norma, es decir, la materialización de la disposición, pues nos encontraremos frente al supuesto regular del amparo en cuanto a la vulneración, a través de actos, del derecho constitucionalmente protegido. Diferenciación que servirá únicamente para saber cuándo nos encontramos

¹⁸ Exp. núm. 1124-2001-AA/TC, en su fundamento núm. 13.

¹⁹ Exp. núm. 6413-2005-PA/TC, en su fundamento núm. 03.

²⁰ Exp. núm. 2308-2004-PA/TC, en sus fundamentos núms. 07 y 08.

frente a un amparo contra norma legal, propiamente dicho, ya que la resolución de ambos supuestos, requerirá el ejercicio del control difuso de constitucionalidad por parte del juzgador.

Caso Cementos Lima (Exp. 3116-2009): Este segundo caso nos presenta otra acción de amparo contra norma legal que en las instancias anteriores había sido declarada improcedente *in limine*, precisando que la vía idónea era la Acción Popular, pues cuestionaba un Decreto Supremo, y no el Amparo. El Tribunal se separa de tal posición y decide revisar el fondo invocando los principios de celeridad y economía procesal por lo que no devolvería los actuados y este mismo resolvería.

El fondo del asunto gira en cuanto a la modificación de 12% a 0% de las tasas de los derechos arancelarios ad valorem CIF de algunas subpartidas nacionales de cemento, que es en el plano práctico una exoneración que no atendería a ninguna finalidad constitucional legítima que justifique su tratamiento diferenciado. El Tribunal falló declarando fundada la demanda, la particularidad en el presente caso fue que no se expresó que la inaplicación del artículo 2 del Decreto Supremo núm. 158-2007-EF fuese respecto a las parte y además ordenó a la SUNAT que no aplique dicho artículo en lo que respecta a las subpartidas que fueron cuestionadas, y finalmente repuso la tasa del 12%. Con este fallo se hace evidente un aparente exceso producido por el Tribunal, el cual debe ser motivo de análisis pues en el caso en particular, la norma cuestionada no es que fuese aplicable al demandante, pues no representaba una variación de las tasas de derechos arancelarios que le fuesen aplicables, pues el demandante no importaba cemento sino que era productor de este dentro del territorio nacional, por lo que la vulneración a la igualdad ante la ley se hallaba en la injustificada variación de las tasas arancelarias a quienes importaban con exención de aranceles y competían en el mercado de cementos con el demandante. De tal manera, cabe preguntarnos si ¿se podía tutelar el derecho del demandante con una resolución con efecto inter partes cuando la norma atacada no le era aplicable a este? Si la norma atacada no le era aplicable al demandante ¿era posible que se configure un supuesto de violación a la igualdad ante la ley? ¿La única posibilidad de tutelar adecuadamente el derecho y regresar las cosas al estado anterior a la presunta vulneración era que la resolución tenga efecto erga omnes? La controversial resolución del Tribunal consideró que efectivamente existió vulneración a la igualdad ante la ley, a pesar de que la norma no le era aplicable a la demandante y que de haber ingresado a su ámbito de aplicación no habría sido sujeto de una diferenciación injustificada por cuanto también le habrían aplicado la exención del arancel, y que la única manera de tutelar el derecho vulnerado de la accionante era que la tasa arancelaria retorne a su valor anterior al dispuesto por la norma atacada, con lo que la resolución obtenía efectos erga omnes. Posteriormente, en la resolución aclaratoria del mencionado caso, el Tribunal sostuvo que: *que, prima facie, los efectos de la decisión en un proceso de tutela de derechos, como el amparo, se circunscriben a la esfera subjetiva del demandante*

o del beneficiario de la demanda. No obstante, cuando se trata de normas autoaplicativas y la lesión o amenaza reside en la regulación inconstitucional contenida en la norma misma y no en los inconstitucionales efectos que ésta pueda generar en razón de las particulares circunstancias de un caso, el ejercicio del control difuso, sumado al efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional, impide que la referida norma sea aplicada por cualquier poder público. En definitiva, cuando son éstas las características que rodean al ejercicio del control difuso - a saber, a) sentencia emitida por el Tribunal Constitucional y b) control ejercido sobre una norma autoaplicativa inconstitucional en su regulación misma y no en los efectos que puede generar para un caso particular—, sus efectos son sustancialmente análogos a los del control concentrado ejercido en los procesos de inconstitucionalidad.²¹ El razonamiento sostenido por el Tribunal nos dice en resumidas cuentas que su aplicación del control difuso tiene efectos del control concreto, cuando se trate de normas autoaplicativas y la lesión reside en la regulación inconstitucional contenida en la norma y no en sus efectos incompatibles.

Para concluir el análisis de este particular caso, debemos señalar que afortunadamente y por la salud constitucional del Estado, no se convirtió práctica usual el utilizar el control concentrado en uno de control difuso, lo cual desnaturalizaba tanto el proceso de amparo como el de inconstitucionalidad al conseguir los efectos de uno en el otro, sin contar con la legitimación especial y pudiendo evadir los plazos prescriptorios que rigen estrictamente a este último.

9. Más allá del alcance de la sentencia en los casos de amparo contra norma legal

¿Por qué deberíamos plantearnos un análisis más allá de los alcances del propio fallo en estos procesos de amparo? ¿Qué particularidad tendrían los procesos de la búsqueda de la supremacía de la Constitución en el plano para que sean analizados por alguien más que el juez o la Sala que resolvieron la controversia?

Inicio este apartado, planteando dos preguntas pues la revisión de los procesos del plano normativo nos llevan a identificar que el hecho de reconocer que una norma no es compatible con la Constitución, implica que se ha tomado conocimiento de un problema que trasciende a las partes y al órgano decisor de su controversia, ello, independientemente de los alcances que debe respetar su fallo. A diferencia de un amparo en el que el acto lesivo no se halla contenido en una norma, ni en la aplicación de esta, la problemática que puede generar una norma inconstitucional identificada en estos procesos no se agota con la inaplicación de la norma en cuestión para su caso en particular, como si lo haría en los otros amparos con la reposición de las cosa al estado anterior a la violación o amenaza, pues el problema latente que supera el proceso puesto a conocimiento del Juez en un caso en particular, será la posibilidad real de que la norma cuestionada

²¹ Resolución aclaratoria del expediente núm. 3116-2009-PA/TC.

pueda en cualquier otro momento afectar a un tercero que no ha sido parte del proceso y que obviamente no se encuentra cubierto por los efectos de la Sentencia.

Delimitado el escenario ante el que nos encontramos en los amparos contra norma legal, es necesario cuestionarnos si la problemática identificada en estos procesos debe trascender al Poder Judicial sin que ello implique un desequilibrio en la balanza de los poderes; al respecto, el artículo 3 del Código Procesal Constitucional establece que las decisiones en las que se aplicó el control difuso de constitucionalidad, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, ya sea en las resoluciones de primera y segunda instancia, dicha disposición si bien permite que la Corte Suprema tome conocimiento de estas normas inconstitucionales, no permite identificar una articulación con el Poder Legislativo o el sector del Poder Ejecutivo que emitieron la norma, realizando recomendaciones para su modificación o cuanto menos poniendo en su conocimiento la existencia de la norma inconstitucional. La ausencia de políticas de coordinación entre los Poderes del Estado para el manejo de normas que han sido identificadas como inconstitucionales, permitirán la supervivencia de estas así como el mantenimiento del riesgo de que sean aplicadas en otros procesos. Cabe precisar que una propuesta en ese ámbito, no debe entenderse como una invitación para que el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional, de ser el caso, desborden sus funciones y ordene a sus pares que hacer o no, sino más bien una invitación a una adecuada articulación de los Poderes que les permita a cada uno dentro de su ámbito, cumplir con la protección de la supremacía de la norma constitucional, que sí es una meta que tienen estos en común.

10. El sistema interamericano de derechos humanos y el amparo contra norma legal

A través de la Opinión Consultiva núm. 14 de 1994, la Comisión Interamericana sometió a consulta lo siguiente: *cuando un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos dicta una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la Convención, [¿] cuáles serían en ese caso los efectos jurídicos de esa ley en vista de las obligaciones internacionales de ese Estado?*²² Con esta solicitud la Corte reconoce cómo es que, el dictar disposiciones contrarias a la Convención resulta en la violación del Tratado Internacional, en ese sentido la Comisión luego de calificar la disposición como violatoria puede recomendar al Estado la reforma o derogación de tal norma. La Corte dentro de su competencia consultiva, poco podrá hacer al respecto pues se limitará señalar que la norma puede eventualmente violar la Convención u otros tratados vinculantes, sin poder establecer responsabilidad internacional.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, *Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 1.

Por otro lado, en su competencia contenciosa le será posible revisar la *convencionalidad* de la norma. Utilizando un parámetro análogo al que establece el Código Procesal Constitucional, la Corte señala la conveniencia de diferenciar entre normas autoaplicativas o *leyes de aplicación inmediata* y las heteroaplicativas, señalando que la procedencia ante su competencia contenciosa solo se dará en el caso de las primeras. Establece la diferenciación de la siguiente manera: *es conveniente señalar, en primer lugar, que una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las llamará leyes de aplicación inmediata en el curso de esta opinión*²³. Estableciendo con claridad la imposibilidad de la Comisión para comparecer ante la Corte por la sola emisión de la ley si esta no es de aplicación inmediata, determina una importante característica de las normas violatorias de aplicación inmediata y es que su sola expedición resulta violatoria, por lo cual no podemos hablar de que estos son solo una amenaza mientras no se materialicen en actos concretos, pues la Convención establece con claridad la naturaleza individual de las peticiones y que estas se basan en presuntas vulneraciones, no en amenazas, por lo cual iniciar una petición por la amenaza que representa la eventual aplicación de una norma no podría ser revisada por la Corte.

Como se puede apreciar, si bien no es un proceso de amparo contra Norma Legal propiamente dicho, comparte elementos con este proceso en la legislación peruana, pues adopta como premisa la autoaplicación de la norma para que sea pasible de análisis, en el fuero interno en su compatibilidad con la Constitución y en el fuero internacional con la Convención Americana, que es, o al menos debe ser, totalmente armónica con la Constitución del país que la haya ratificado. Ahora bien, la relevancia de mencionar el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, se haya relacionada a la poco célebre fama que ha alcanzado el Perú como el Estado con mayor número de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran su responsabilidad internacional por la vulneración de Derechos Humanos, y que en ese ámbito, tampoco nos son ajenas las sentencias por la existencias de normas en nuestro ordenamiento que contienen disposiciones contrarias a las obligaciones contraídas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, normas inconvencionales (e inconstitucionales), a modo de ejemplo tenemos el Caso Barrios Altos, en el que la Corte declaró que *las leyes de amnistía Nos. 26479 y 26492 son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos*²⁴. En ese entendido, se hace necesario un

²³ Ob cit., párrafo 47.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos, Sentencia

análisis de políticas estatales que permitan que la identificación de normas inconstitucionales en el ámbito judicial o del Tribunal Constitucionales, se articule con la puesta en conocimiento del Legislativo o el Ejecutivo a fin de proponer modificaciones que permitan su armonía con la norma suprema, de tal manera, que la implementación de estas políticas preventivas eviten la necesidad de que personas que no participaron del proceso de amparo contra norma legal se vean obligadas a iniciar sus casos aisladamente para hallar Justicia por turnos y sujetos a la variabilidad de criterio de los juzgadores y así también evitar la condena del Estado peruano en sede internacional por la existencia de normas incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

11. Conclusiones

Los aspectos analizados nos permiten observar que el constitucionalismo y la constitucionalidad son y deben ser un debate vigente en el tiempo en los Estados que se precien de llamarse democráticos, pues entienden la preponderancia de su texto constitucional y la necesidad de que este sea respetado en todo plano. La interpretación constitucional y su amplio desarrollo deben estar presentes en los juzgadores y operadores del Derecho, siendo necesario el reconocer las características que los envuelven y que al ser identificadas permitirán a las partes reconocer que están frente a una administración de justicia práctica, creativa, previosora y actualizada. Que contamos con un sistema dual, que debe asegurar una administración de justicia en armonía con la Constitución, pues si los especialmente legitimados para cuestionar la constitucionalidad de una norma no lo hacen, aún tenemos la posibilidad de hacerla prevalecer *inter partes*. El necesario equilibrio de poderes que busca proteger el amparo contra norma legal a través del modelo de control de constitucionalidad difuso, no busca en el juez un contrincante con el legislador, sino que en la medida que sea buscado por los particulares para que este realice el determinado control, será consciente que administra justicia en atención a la Norma Suprema, sin exceder sus funciones.

Finalmente, el necesario llamado al análisis de políticas estatales que permitan que la identificación de normas inconstitucionales en el ámbito judicial o del Tribunal Constitucionales, se articule con la puesta en conocimiento del Legislativo o el Ejecutivo a fin de proponer modificaciones que permitan su armonía con la norma suprema, con lo que se evita la necesidad de iniciar una y otra vez procesos de amparo sobre una norma anteriormente cuestionada y la posibilidad de que el Estado sea condenado en sede internacional por acoger en su ordenamientos normas incompatibles con sus obligaciones internacionales, recogiendo una vez más lo mencionado por De Tocqueville al inicio de este trabajo, no buscamos con esta propuesta que el juez entre en la escena política convertido en un campeón o un adversario de los partidos a través de la censura al legislador, sino que se convierta

en un aliado de este último, de tal manera, que con la información que le proporcione el legislador pueda asestar un golpe a aquellas normas que afectan la real supremacía de la Constitución sin resultar lastimado en la realización de esta necesaria tarea.

CESARE BECCARIA

DOLY JURADO CERRÓN

«Desde que Beccaria pronuncia su primera palabra humanitaria han transcurrido cerca de dos siglos, y sin embargo sus ecos permanecen aun vibrando, quizás ahora con acentos más firmes como si desde entonces no hubiera habido otro grito más fuerte en las estepas frías en las que hasta entonces militaban las sanciones contra el delito». Guillermo Cabanellas, *Tratado de los Delitos y de las penas*, p. 10.

Una de las etapas más apasionantes en la historia del pensamiento humano es sin duda el siglo XVIII, que es el escenario en el que se gestaron importantes revoluciones que definirían en adelante, la situación del hombre, el respeto de sus derechos, su dignidad y la cimentación de las bases para una sociedad más humana. Resultaron propicias para ello, las reacciones de la pléyade de jóvenes disidentes que van desde los más grandes ilustrados franceses invitados de la rue Royale¹, hasta cierto joven italiano de nombre Cesare Beccaria, de quien sin duda, resulta necesario situarse en su entorno, su tiempo y en los aspectos más esenciales de su pensamiento.

Este peculiar personaje, Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, vio la luz en Milán un 15 de marzo de 1738 en el seno de una familia aristócrata conservadora, hijo primogénito del marqués Giovanni Saverio Beccaria Bonesana y María Visconti da Rho. En los albores de su formación recibe 8 años de educación en el Colegio de Jesuitas en Parma —misma que posteriormente calificaría como fanática²—, seguidamente, en su juventud, lo encontramos

¹ Segunda casa de D' Holbach ubicado en la calle Royale Saint-Roch, lugar al que llegaría posteriormente Beccaria.

² Así lo veremos en una de las cartas cursadas con el abate André Morellet remi-

como un universitario que concluye sus estudios de Derecho en la Universidad de Pavia; destacando no por jurista si no por ser un estudioso de economía logrando así formar parte de la escuela lombardo-veneta, pero no fue precisamente esto lo que lo llevaría a perdurar en la inmortalidad, ya que la verdadera razón fue, en efecto, su injerencia en el ámbito jurídico-penal a través de su pamphlet *Dei delitti e delle pene*.

Resalta entre los aspectos más esenciales de su juventud la amistad con los Verri, siendo ésta la que lo impulsó a escribir sobre temas jurídico-penales, desembocando así, finalmente, en la edición del opúsculo. Beccaria conjuntamente con los hermanos Alejandro y Pietro Verri —quienes al igual que él formaban parte de la *Accademia dei Pugni*— clamaban por la reforma de la legislación penal de su tiempo y por la aplicación más humana de la justicia. Se les ha de imaginar, por lo general, en el salón de los Verri —el Palazzo de la Via del Monte, residencia de Gabriel Verri, padre de Alejandro y Pietro— realizando a menudo pequeñas tertulias que concluían, casi siempre, en debates intelectuales sobre problemas literarios, filosóficos y económicos; pero, su propósito no era quedar en simples deliberaciones privadas ya que pretendían despertar por medio de sus ideas, a la Milán de aquel entonces del sueño aletargado en el que se mecía, resultando propicio hacerlo a través del periódico *Il Caffè*. Las publicaciones aquí realizadas se dieron de junio de 1764 a junio de 1766, cabe mencionar que las efectuadas por Beccaria —siete en total, ninguna de ellas sobre asuntos penales³— resultaron intrascendentes e ínfimas en comparación con el insigne libro.

Las tertulias en el *Palazzo Verri* fueron decisorias para la gestación de la obra, pues le permitió escuchar a quienes contaban con la pericia de la que él carecía; recordemos que era Alejandro «protector de los encarcelados» cuya labor consistía en visitar las cárceles en las que se encerraba a los acusados a la espera de un juicio, a los condenados a la espera del suplicio o del cumplimiento de la pena carcelaria; y, recoger sus quejas o reclamos para el apresuramiento de los procesos, para las instancias de gracia o para la exposición de las más graves necesidades⁴ —figuran entre las penitenciarias de la época *La gran prisión de Milán*, *L'Argastro* y *La Casa di Corrizione*⁵; probablemente visitó alguna de éstas—. Alejandro, aprovechaba las tertulias en la *Accademia* para compartir el sentir de su conciencia atormentada, no era para menos, ya que hablamos de una época en la que el sistema penal resultaba ser la degradación de la humanidad, ya por los procedimientos aplicados en los juicios, o por las penas infligidas que lejos de ser «reformadoras» devenían en prácticas crueles e

tida por el Marqués desde Milán, en mayo de 1766.

³ Francisco Tomás y Valiente, *Beccaria De los delitos y de las penas*, Editorial Aguilar, Madrid, 1974, p. 11.

⁴ Rodolfo Mondolfo, *Cesare Beccaria y su obra*, Notas y prefacio del autor a esta edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 17.

⁵ John Howard, *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, estudio introductorio de Sergio García Ramírez, traducción de José Esteban Calderón, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pp. 300-301.

inhumanas. No existía respeto alguno por principios tales como el de igualdad, legalidad, proporcionalidad, el carácter personal de la pena y la publicidad de los juicios. Los procesos en los que se fraguaba la cruel condena eran dirigidos por jueces a quienes el rey, soberano de derecho divino, delegaba el derecho de juzgar que Dios le había concedido. Las principales características de quienes debían juzgar, no eran precisamente: la indulgencia, conmensura, imparcialidad y el sentido de humanidad, ya que en el fragor de la «faena» mudaban en enemigos del acusado, a quien debían de comprobar su culpabilidad de «cualquier modo». Siendo así, resulta necesario precisar que hubo un tiempo en el que en Milán se aplicó hasta seis ejecuciones capitales por mes⁶, contra éste sistema es que lucharía el marqués.

Una vez ubicados en el entorno contra el que protestaba Beccaria, resulta preciso hablar del opúsculo. Su redacción inició en marzo de 1763, culminándose tras diez meses de trabajo en enero de 1764 siendo así remitido (por correo) a Livorno el 12 de abril de aquel año confiándose su edición al editor Marc Cotellini, estando al cuidado de Giuseppe Aubert⁷, encontrándose finalmente al alcance del público ilustrado en julio de 1764. La versión primigenia fue publicada de forma anónima, ya que como se lo confesó al abate Morellet habría querido defender a la humanidad pero sin ser su mártir⁸; pero este anonimato se desvanecería cuando el 1 de octubre de 1765 la *Patriotische Gesellschaft* de Berna, que solía realizar concursos anuales versados sobre temas propuestos por ella misma, tras la aparición del libro, no realiza alguno y en su lugar entrega la medalla de oro al autor de tan majestuoso libro, animándolo así a darse a conocer y a disfrutar del reconocimiento que ofrecían «en señal de estima debida a un ciudadano que osaba levantar la voz en favor de la humanidad, contra los prejuicios más arraigados»⁹. En efecto, Beccaria, el 20 de noviembre de 1765, desde Milán, remite una carta a la *Patriotische Gesellschaft* expresando su gratitud por aquel reconocimiento, saliendo así del anonimato.

En lo referente a su redacción, se sabe que el tema fue propuesto por el mayor de los Verri, quien no sólo era su amigo, incitador y custodio sino que además hacía las veces de copista, consejero y corregidor,¹⁰ incluso después de publicada la primera edición. La personalidad del marqués lo muestra como un hombre en el que —como lo diría Rodolfo Mondolfo— la energía potencial renovadora y el inerte abandono a la pereza combatían, su falta de exigencia interior hace suponer que acaso necesitaba de alguien que lo impulsase a escribir, lo cual nos lleva a creer que sin ese acicate personal —precisamente la amistad de Pietro Verri (12 años mayor que él)— probablemente la insigne obrita jamás habría salido a la luz.

⁶ Juan Dalma, *Actualidad de Cesare Beccaria. Fundador de la moderna justicia punitiva*, La Justicia, t. XXIX, núm. 482, agosto de 1970, pp. 39.

⁷ Este personaje es considerado uno de los más eficaces difusores de la obra en cuanto, facilitó la difusión anónima de varios escritos de la ilustración lombarda.

⁸ Carta respuesta de Beccaria traducida al italiano, Milán, mayo de 1766.

⁹ Al respecto Rodolfo Mondolfo, *Cesare Beccaria y su obra*, Notas y prefacio del autor a esta edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 53.

¹⁰ Rodolfo Mondolfo, Op. cit., p. 25.

Para estructurar el opúsculo fue precisa la convergencia de conceptos tales como el estado de naturaleza y del contrato social; tomados uno tanto de Hobbes, y el otro de Locke mucho más que de Rousseau¹¹; además de la influencia recibida de la literatura francesa, cuyas lecciones había asimilado de autores tales como D' Alembert, Diderot, Helvecio, Buffon y Hume; de los que manifestaba lo inevitable que era pronunciar sus nombres sin emoción, ya que las obras de tales hombres eran su lectura continua, el objeto de sus ocupaciones diarias y de sus meditaciones en el silencio de las noches; antecedió estos halagos aduciendo que «todo lo que era se lo debía a los libros franceses; ya que habrían despertado en su alma los sentimientos de humanidad que se hallaban sofocados» —atribuyendo este hecho a la educación fanática recibida—, confesaría también, que se remontaba a hace cinco años su conversión a la filosofía para lo cual habría sido crucial la lectura de las *Cartas Persas* de Montesquieu —de quien provienen muchas de las ideas críticas sobre materias jurídico penales—¹² y, *De l'esprit* de Claude-Adrien Helvétius, obra ésta que habría despertado su atención sobre las desgracias de la humanidad, enseñándole así el camino a la verdad, y a cuyas lecturas debía la mayor parte de sus ideas (Respuesta de M. Beccaria a Morellet, Milán, mayo de 1766).

Después de la publicación de la obra en Livorno en 1764, no se hicieron esperar las invectivas desvirtuando al marqués, de todas ellas la única a la que dio importancia fue a la *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene* realizada en 1764 por el fraile del convento de Vallombrosa Angelo Facchinei en la que profería acusaciones tales como enemigo del Altísimo, de la religión, de la Iglesia, de los gobiernos, despreciador de santos, frailes, curas, altares, etc., calificándolo finalmente de sacrilego. Inmediatamente publicadas estas *osservazioni* despertó la preocupación en Beccaria y los Verri por las consecuencias que eso podría acarrear, siendo así escriben en cuatro días a nombre del autor, una breve réplica, misma que será inserta como prólogo para ediciones posteriores —a partir de la segunda edición—, *A chi legge*. La autoría de ésta república es incierta, no es posible determinar si su redacción estuvo a cargo de Beccaria¹³, de los hermanos Verri¹⁴ o sólo de Pietro Verri¹⁵.

De igual modo tampoco se hicieron esperar los reconocimientos, tal es así, que el 27 de diciembre de 1765¹⁶, aparece en París la primera traducción al francés a cargo del abate André Morellet —misma que habría motivado unos pequeños comentarios del ilus-

¹¹ Rodolfo Mondolfo, *Cesare Beccaria y su obra*, Op. cit., p. 28.

¹² Francisco Tomás y Valiente, *Beccaria De los delitos y de las penas*, Op. cit., p. 15.

¹³ Sergio García Ramírez, *César Beccaria, De los delitos y de las penas*, estudio introductorio, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 19.

¹⁴ Rodolfo Mondolfo, *Cesare Beccaria y su obra*, Op. cit., p. 63.

¹⁵ Francisco Tomás y Valiente, *Beccaria De los delitos y de las penas*, Op. cit., p. 13.

¹⁶ Mario Pisani, *Cesare Beccaria y el Index Librorum Prohibitorum*, Eguzkilore, núm. 25, San Sebastián, 2011, p. 139.

tre Voltaire— con quien ya venía cursando cartas, y es finalmente en una misiva que data de febrero de 1766 (París) que le remite la traducción efectuada argumentando así los porqués de su alteración, tanto en el sentido como en el orden, alegando además, el aval recibido por los grandes filósofos franceses, tales como D' Alembert y Hume, solicitándole así, finalmente, su aprobación —con todo, éstas modificaciones son consideradas por el autor a partir de la sexta edición—. Producto de ésta amistad, Beccaria, en compañía de Alejandro Verri realiza un viaje a París, partiendo así de Milán el 2 de octubre de 1766, haciendo escalas a lo largo de esta travesía en Vercelli, Aiguebelle, Chambéry y en Lyon; desde donde no dejaba de escribir a su esposa Teresa De Blasco, con quien había contraído matrimonio en 1760 y producto de ello dos hijas, Giulia¹⁷ y María. Gracias a las incitaciones recibidas por Pietro Verri, a través de cartas, y las realizadas por Alejandro Verri, en persona, es que es posible su llegada a París tras 16 días de viaje, el 18 de octubre de 1766¹⁸. Como se preguntaría Pietro Verri, ¿Quién habría podido prever semejantes pusilanimidades en el vigoroso autor del libro *Dei delitti e delle pene*? Después de su retorno, su amistad con aquél se fue enfriando, ya que el reproche de Verri iría encaminado a que el supuesto sentimiento de profundo e intenso afecto por su familia y por el que retornó a Milán seis semanas después de emprendido su viaje¹⁹, no fue del todo cierto, pues de ser así cuando enfermó su esposa en 1774 y murió posteriormente en marzo de ese mismo año —tras trece años de matrimonio— no se habría casado casi inmediatamente en junio del mismo año con Ana Bardó²⁰ (con quien posteriormente tendrá otro hijo al cual llamará Julio). Todo parece indicar que no era ese hombre de afectos grandes y arraigados como muchos lo creían, resulta creíble más bien, la atribución de tan inesperado retorno, al catolicismo que aún albergaba su alma, catolicismo del cual se creía a salvo tras su conversión a la filosofía, pero no parece ser así, ya que al estar inmerso entre los «radicales» franceses de la época y tras escucharlos vociferar tan vorazmente sobre temas religiosos, se vio asustado por ese ateísmo rampante, huyendo probablemente de él.

Para los defensores de la Ilustración radical, la visita de Beccaria a París no pasaría de ser sólo una anécdota.²¹ Después de esta salida de Italia, el Marqués no volvería a pisar suelo extranjero.

¹⁷ Quien sería, posteriormente, esposa de Pedro Manzoni y madre de Alejandro Manzoni, éste último es de interés ya que sería uno de los más importantes literatos de Italia del siglo XIX, autor de célebres obras como *Los novios*, *La columna de la infamia*, entre otras. Detrás de la biografía de éste se encuentra una serie de altibajos, desde la situación en la que vivía, hasta su verdadera filiación que se atribuye a Giovanni Verri, hermano menor de los ya conocidos Alejandro y Pietro.

¹⁸ Philipp Blom, *Gente peligrosa, El radicalismo olvidado de la Ilustración europea*, traducción de Daniel Najmías, Editorial Anagrama, Barcelona, 2012, p. 294.

¹⁹ Philipp Blom, *Gente peligrosa, El radicalismo olvidado de la Ilustración europea*, Op. cit., p. 295.

²⁰ Tal es así, que en una peculiar carta remitida por el hermano de Teresa, que data de junio del mismo año, éste aprovecha para expresarle conjuntamente con las condolencias por el fallecimiento de su propia hermana, las felicitaciones por la boda ya celebrada.

²¹ *Ibidem*, p. 305.

Además de la traducción hecha a la lengua francesa, está la realizada al idioma español, por Juan Antonio de las Casas en 1774, la cual fue autorizada sin más exigencia que la colocación de una nota preliminar²² por el Consejo de Castilla; pero, muy a pesar de esta licencia de impresión, soportaría (la obra) años posteriores ataques de quienes en defensa de la fe católica oponían una filosofía ortodoxa, provocando así que el Santo Oficio termine por incluirlo en el edicto de 20 de junio de 1777 —documentos todos éstos, ubicados en el Archivo de Siamancas—²³. Con todo, el 3 de febrero de 1777 figuraba el libro del marqués, en un proyecto redactado por el Inquisidor General al Ministro; presentándose así el opúsculo entre los libros prohibidos *in totum*²⁴.

Al igual que España, Italia también atravesaba por un fuerte dominio inquisitorial, siendo así, el 3 de febrero de 1766 la Congregación del índice decreta la «condena eclesiástica», ésta no fue registrada en la edición del *Index Librorum prohibitorum*, pues no puede identificarse el texto de una condena con su simple datación, pero ya en 1786 se incluye en la lista general en la edición promovida por Pío VI.²⁵

Finalmente, la postrimería de su vida, «su madurez», sería la antítesis de su juventud, puesto que lo vemos integrando aquellos «grupos» contra los que vociferaba; solicitando para sí un puesto en la administración, pasando el resto de su existencia como un alto funcionario. Resulta ser un personaje desconcertante por el giro que da su iterbiológico: de celebrado inspirador de la reforma penal a funcionario público, catedrático y autor de obras de economía²⁶, siendo así como finalmente acaece su muerte el 28 de noviembre de 1794 en Milán, sin la iridiscencia de su revolucionaria juventud.

²² «NOTA. El Consejo, conformándose con el parecer del señor Fiscal, ha permitido la impresión y publicación de esta obra *solo para la instrucción pública, sin perjuicio de las leyes del Reino y su puntual observancia*; mandando para inteligencia de todos poner en el principio esta Nota».

²³ Angel Torio, *Beccaria y la Inquisición española*, Anuario de Derecho penal y de Ciencias penales del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, p. 392.

²⁴ Angel Torio, *Beccaria y la Inquisición española*, Op. cit., p. 394.

²⁵ Mario Pisani, *Cesare Beccaria y el Index Librorum Prohibitorum*, Op. cit., p. 139.

²⁶ Sergio García Ramírez, *César Beccaria, De los delitos y de las penas*, Op. cit., p. 7.

MEDICIÓN DE LA DIMENSIÓN DELICTUOSA EN EL PERÚ COMO POLÍTICA PÚBLICA

NURIA ALESSANDRA OBLITAS PARRILLO

*"El Estado no es más que el bozal
que tiene por objeto volver inofensivo
a ese animal carnicero: el hombre,
y hacer de suerte que tenga el aspecto
de un herbívoro "*

Arthur Schopenhauer;

El amor, las mujeres y la muerte.

*"Que las denuncias hayan aumentado
en los últimos veinte años,
ciertamente, no es el paraíso, pero
eso no hace del Perú el peor país del
mundo"*

Jaris Mujica, Docente PUCP,

*Problemas en la medición del delito en
el Perú.*

El Estado, a través de nuestros representantes políticos, ha dado las más sonlocadas respuestas ante la percepción de inseguridad de los ciudadanos; todas, respuestas forzadas producto de la improvisación, la presión mediática y la información irreal. No producto de la sinceridad del conocimiento, aplicación técnica y científica de políticas públicas en materia delictuosa.

Entonces, con rigor científico, formulamos la siguiente pregunta: ¿Qué métodos existe para medir el delito en nuestro país? La respuesta irremisible es: no se sabe.

Siendo consecuentes, desde esta humilde opinión no hay lugar a una «respuesta mediocre». Trataremos en lo posible de ser lumbreira de tan oscuro e ignorado tema, así, puntualizamos los problemas básicos:

1. Existencia de una evidente confusión entre denuncia y delito

La denuncia es nuestra primera fuente empírica, porque a través de ella se hace la imputación de la comisión de un delito. Adicionalmente, la denuncia revela la capacidad y la eficiencia de un Estado.

Esta última afirmación tiene que lidiar con el hecho de que no todos denuncian (5 de cada 100 víctimas denuncian), y que no hay la suficiente cobertura de locales dónde denunciar (comisarias, fiscalías, etc.).

Contrario sensu, si las denuncias aumentan es porque hay más presencia del Estado.

Per se, no significa que haya más delito, y no necesariamente implica un país con más delito que otros. En los países desarrollados, recibir más denuncias y mejor, es sincerar la verdadera existencia de un delito.

Por tanto, no podemos hacer política pública de reducción del delito, reduciendo las denuncias.

2. Existencia de una errada comparación

Tomaremos como ejemplo el delito de violación de la libertad sexual.

Canadá registra 68 víctimas por cada 100 000 habitantes; el Perú, 22 víctimas por cada 100 000 habitantes. Es evidente que subregistra menos que Canadá, pero esto no quiere decir que en Canadá existan más violadores que en nuestro país. Lo que revela, probablemente, es que en Canadá hay un mejor sistema institucional, un mayor nivel educativo y más cobertura estatal.

Esta comparación nos lleva a un error, porque no se puede comparar a Perú con Canadá; no hay un desarrollo igual, debemos compararnos con los comparables. Para esto, se extrae una muestra y se excluye a aquellos países con más diferencia al nuestro.

3. Existencia de un errado tratamiento aplicativo de la fenomenología al tipo de delito

No podemos poner a todos los delitos en la misma bolsa fenomenológica porque los delitos son diferentes.

No se puede medir con los mismos métodos un homicidio y una violación, las daciones de las penas deben ser diferentes.

Así, con el desarrollo de la ciencia, se ha logrado fundamentar la hipótesis razonable que sugiere que la victimización por el delito, responde a una epidemiología constante en el tiempo.

La Epidemiología¹ nos dice que los delitos son fenómenos sociales

¹ La Epidemiología es una disciplina que estudia las enfermedades, por ejemplo, el virus de la gripe se descubre hace 250 años, siempre existió, lo que sucede es que el virus mutó.

en el tiempo. Así, los fenómenos pueden ser clasificados como endógenos y exógenos, según la fuerza aplicada. Si se aplica una fuerza externa a un fenómeno delictuoso será exógeno e inconstante; pero de no aplicársele una fuerza exterior que lo modifique, será un fenómeno delictuoso endógeno y constante.

Por tanto los fenómenos aparecen como victimización² epidemiológica constante. Por ejemplo, el homicidio tiende a ser constante en el tiempo, salvo que alguna fuerza externa haga que aumente abruptamente, como sería en el caso de guerra, paz armada o genocidio, etc., lo cual llevaría a este delito a su pico más alto.

Que el crimen sea constante, no significa que sea poco, podría ser mucho; por ejemplo, que nos roben, no es novedad, pero que no haya robo y de la noche a la mañana sí, eso, sería un pico fluctuante. Lo raro es que un delito fluctúe³, es decir, que tenga altos y bajos.

La ardua tarea se encuentra, entonces, en contrastar la victimización y la denuncia, esta brecha matemática es la distancia entre lo que nos sucede y lo que se denuncia. Necesitamos ese número de registro, así, la violencia es registrada, condenada y sentenciada. Lamentablemente esta brecha en el Perú es incierta.

Interesa advertir que para tener el control de la violencia necesitamos:

- a) Progresión de la Denuncia
- b) Victimización declarada, y
- c) Brecha estadística⁴

Necesitamos que la Fiscalía, la Policía Nacional, el Departamento de Medicina Legal regularicen sus registros; necesariamente tiene que haber una compenetración rural, de género y una brecha controlada cercana a cero.

En el año 2013 el delito de homicidio fue registrado en fichas Técnicas Forenses y la Fiscalía determinó que 24 personas de cada 100 000 habitantes era víctima de homicidio, ésa era la cifra comparable con El Salvador, lo cual indicaba que en el Perú nos estábamos matando. Esta cifra entró en los registros de la OEA y este organismo dió la recomendación de no venir al Perú.

El índice delictivo es muy importante porque no sólo permite emprender políticas públicas del control del crimen, sino, fijar economías a nivel internacional, con esta medición errada, se hizo un grave daño a nuestro país.

² Enpe y Enaples son instituciones encargadas de medir la victimización en el Perú, pero no hay una encuesta nacional de victimización en nuestro país.

³ Podría deberse al decrecimiento económico, crisis económica o desestructuración completa del tejido social.

⁴ El Perú no quiso aprobar la encuesta Nacional de Victimización. En el año 2015 el INEI hará la primera encuesta de victimización, cuyos resultados se conocerán en 10 o 15 años.

III CRÓNICA DE LA FACULTAD

INICIO DEL AÑO LECTIVO 2014

Por Directiva núm. 1-VRA-CAD-2013, del 23 de diciembre del 2013, se acordó iniciar el semestre impar del año lectivo 2014 el día 3 de marzo y, concluirlo, el 19 de julio. A su turno, el semestre par, comenzó el día 11 de agosto y concluirá el 22 de diciembre.

DOCENTES DEL PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO

DOCENTES PRINCIPALES

- LUIS GUILLERMO VARGAS FERNÁNDEZ
- DAVID FERNANDO DONGO ORTEGA
- JULIO SALOMÓN VIRRUETA REVILLA
- MARCO FALCONÍ PICARDO (CON LICENCIA)
- MAURO PARI TABOADA
- JORGE LUIS CÁCERES ARCE
- BERLY GUSTAVO CANO SUARÉZ
- JOSE ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ
- GABRIEL ERNESTO TORREBLANCA LAZO
- JUAN CARLOS VALDIVIA CANO

DOCENTES ASOCIADOS

- CESAR AUGUSTO FONSECA TAPIA
- JOSÉ LUIS YUCRA QUISPE
- JOSÉ SUAREZ ZANABRIA
- ANA MARÍA AMADO MENDOZA

DOCENTES AUXILIARES

- JOSÉ FERNANDO BUSTAMANTE ZEGARRA
- CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
- JAMES CARLOS FERNÁNDEZ SALGUERO
- CLAUDIA PÍA CHIRINOS PACHECO DE RIVERO,
- JUAN CARLOS AGRAMONTE MOSTAJO
- MARY LUZ CATAORA MOLINA
- CARLOS ALBERTO NEYRA AMAT
- MAURICIO MATOS ZEGARRA

– ZEGARRA FLORES GERARDO

DOCENTES CONTRATADOS

– SAULO PERALTA FRANCIZ

– PATRICIO FAJARDO PASSANO

– WILLIAM FARFÁN RODRÍGUEZ

– CARLOS MONTESDEOCA VALENCIA

– GLORIA ACHATA ARENAS

– MARCO BUSTINZA SIU

– CÉSAR BELAN ALVARADO

DOCENTES INVITADOS

– CÉSAR MARTÍN CORNEJO SAMANÉZ

– ABEL CLETO CORNEJO COA

– CÉSAR FERNANDO LAZO BEZOLD

– CARLOS ENRIQUE POLANCO GUTIERREZ

– PEDRO HUMBERTO REBEGGINO MUSTAFFÁ

– EDUARDO MEZA FLORES

– JOSÉ MÁLAGA MÁLAGA

– FERNANDO MENDOZA BANDA

APOYO ACADÉMICO-ADMINISTRATIVO

– MIGUEL BARBOZA LÓPEZ

– MANUEL GUILLÉN NÚÑEZ

PERSONAL ADMINISTRATIVO

– ELIANA DEL PILAR LAOS TORRES: SECRETARIA

– DUNIA ROSAS LAZO: SECRETARIA DEL DPTO. ACADÉMICO

– SAMIRA BEJAR CÁLDERÓN: SECRETARIA DE SEGUNDA ESPECIALIDAD

PERSONAL ADMINISTRATIVO DEL CONSULTORIO JURÍDICO

– JOSÉ ARTURO LUQUE FORTÚN: ASISTENTE

– MARTHA DORIS MESTAS CARPIO: SECRETARIA

INFORMACIÓN VINCULADA A LA FACULTAD

• Por decisión propia dejó el cargo de Decano el señor profesor Javier Rodríguez Velarde y, acto seguido, se retiró de la docencia universitaria de modo definitivo. Interinamente asumió la dirección de la Facultad el profesor Luis Vargas Fernández.

• La noche del 27 de marzo los profesores y administrativos ofrecieron una cena en homenaje a los señores Luis Velando Pueras y Javier Rodríguez Velarde; el encuentro tuvo lugar en el Club Arequipa.

• Por acuerdo de Consejo de Facultad del 22 de abril se designó como Decano al señor profesor Jorge Cáceres Arce.

• El martes 3 de junio asumió el cargo de magistrado ante el Tribunal Constitucional el ex alumno Carlos Ramos Núñez. Los profesores, administrativos y alumnos marianos festejaron la noticia.

• Como una cosa trae a la otra, según suele decirse, también desde principios de junio viene desempeñándose como Presidente de los fiscales del distrito judicial de Arequipa el señor Hugo Ramos Hurtado, antiguo estudiante de nuestras aulas universitarias.

• La noche del 14 de junio, con asistencia de los señores Luis Velando Puertas, Héctor Delgado Castro, Luis Vargas Fernández, Alfredo Lovón Sánchez y los muchísimos colaboradores y amigos de D. Mauro Pari Taboada, se inauguró el nuevo estudio jurídico "Pari Taboada Abogados". Desde las páginas de nuestra Revista nos alegramos por los éxitos personales y profesionales del bienquisto profesor Pari.

• La tarde del 20 de junio visitaron nuestra Facultad los señores magistrados del Tribunal Constitucional Oscar Urviola Hani, Carlos Ramos Núñez y José Luis Sardón de Taboada; los tres visitantes, como se sabe egresaron de las aulas marianas. Con ocasión de tal visita, hicieron uso de la palabra, por ese orden, los señores Jorge Cáceres Arce y Abel Tapia Fernández, Decano y Rector de nuestra alma mater.

Lo cierto es que esa tarde se otorgaron medallas institucionales y diplomas de honor a los señores magistrados Óscar Urviola Hani, Manuel Miranda Canales, Ernesto Blume Fortini, Carlos Ramos Núñez, José Luis Sardón de Taboada, Marianella Ledesma Narvaez y a Eloy Espinoza Saldaña. Entre otras autoridades, asistieron a la ceremonia el Presidente de la Corte Superior de Justicia D. Francisco Carreón Romero y el Decano del Colegio de Abogados.

• Los días 2 y 3 de julio se llevó a cabo un Concurso de ponencias estudiantiles tendientes a conmemorar los 250 años de la publicación del libro *De los delitos y de las penas* de Cesare Beccaria. En tal ocasión, además de los estudiantes, disertaron los señores ex alumnos César Belan Alvarado, Javier Cornejo Portocarrero, Julio Armaza Galdos y Marco Bustinza Siu. La inauguración estuvo a cargo del señor Decano Jorge Luis Cáceres Arce.

• Si ha de hacerse alguna efemérides en una casa de estudios que se aboca a la enseñanza del Derecho, tiene ella que ver con los códigos Civil y Procesal constitucional. Cumple el primero 30 años y 10 el segundo. Con ocasión de tal aniversario, se celebraron coloquios y actividades académicas en el seno de nuestra Facultad y, según era de esperarse, la participación docente y estudiantil fue nutrida.

• Durante los días 7 y 8 de agosto se desarrolló un curso de *Pedagogía Jurídica* en el que intervinieron como expositores los señores Jaime Amado La Rosa y Nicolás Paredes Carpio. El salón de usos múltiples fue para el efecto ocupado por nuestros profesores que, afanosos, deseaban nutrirse de la experiencia y conocimientos de los disertantes.

DESIGNACIÓN DE ALUMNOS AL CONSEJO DE FACULTAD

Como representantes del Tercio Estudiantil ante el Consejo de Facultad se han incorporado los señores Miguel Ángel Soriano Flores, Estefany Kelly Miranda Cuba, César Alejandro Najjar Becerra y César Alejandro del Carpio Ugarte.

CLASIFICACIÓN JERARQUIZADA DE LOS SEÑORES ALUMNOS (TERCIO SUPERIOR)

- Segundo semestre: Vásquez Dongo Luis Ángel, Díaz Cárdenas Mayra y Espinoza Ponce Miguel Ángel.
- Cuarto semestre: Valdivia Salazar Melissa, Chacoccallo Manani Claudia, Aguirre Gallegos Vanessa.
- Sexto semestre: Bustamante Meléndez Diego, Ortega Valdivia Alejandra, Medina Valladares Franco.
- Octavo semestre: Palomino Begazo Ángela, Ramos Zantalla Gabriel, Huamani Huamán Treicy.
- Décimo semestre: Camargo Riega Alberto, Neira Gallegos Gonzalo, Medina Chávez Yuleysi.
- Doceavo semestre: Gallegos Robles Carmen, Zúñiga Hernández Jesus, Monrroy Flores Coralia

Necrología

Dos sentidas desapariciones se produjeron durante el año académico. El 22 de enero dejó de existir el antiguo profesor de Criminología Dante Valdivia Zegarra y, la noche del 19 de marzo, la señorita alumna Paola Vila Salas.



Jorge Luis Cáceres Arce
Decano

JORGE LUIS CÁCERES ARCE

El destacado profesor Jorge Luis Cáceres Arce, se desempeña como Decano de nuestra Facultad desde principios del año en curso. Nacido en 1967, es hijo de Julio Cáceres Herrera y Dora Arce de Cáceres; tras haber contraído matrimonio con doña Sandra Rosado Málaga, goza del cariño de sus hijos Joaquín, Fabián y Nicolás.

Durante su breve gestión como Decano ha introducido notables innovaciones en nuestra Facultad y sospechamos que su administración será provechosa.

V. DISCURSOS

DISCURSO DE ORDEN CON OCASIÓN DEL QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO ANIVERSARIO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

LUIS CARPIO ASCUÑA

Agradezco al Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas en la persona del señor decano de la Facultad Dr. Javier Rodríguez por haberme encomendado el «Discurso de Orden» en ocasión del Quincuagésimo segundo aniversario de esta importante facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María.

Agradezco tan importante designación no solo por el hecho de reconocer mi labor durante mi trayectoria por esta importante y reconocida universidad sino porque me trae a la memoria la abnegada y gigante obra del reverendo padre Williams Morris principal y verdadero artífice de nuestra universidad, todo lo que somos hoy se lo debemos a él, me hace pensar también en los diferentes docentes que con su personalidad le dieron brillo al decanato de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas tales como los Doctores Alberto Ballón Landa, Juan Manuel Polar Ugarteche, Alberto Heredia Márquez y Germán Rodríguez Escobedo (Padre de Javier, nuestro actual Decano) José Butrón Valencia, Alfredo Lozada Nuñez y Humberto Nuñez Borja, luego se hizo presente en la conducción de la facultad otra generación de abogados prestigiosos y exitosos en sus respectivas especialidades y modalidades en el ejercicio profesional me refiero a los Doctores Ramiro de Valdivia, Luis Iván Velando Puertas, Enrique Angulo Paulet, Luis Vargas Fernández, Oscar Urviola Hani y Héctor Delgado Castro.

Al actual decano le toca escribir la historia desde el primer día que accedió al Decanato hasta el día en que deje de serlo, que no dudo que será una historia igual de exitosa pero diferente, el tiempo lo dirá y le deseamos el mayor éxito y estoy convencido que lo logrará.

Nuestro reconocimiento y agradecimiento a todos ellos porque no solo trabajaron por su facultad, sino que lo hicieron también por el desarrollo de la universidad en los debates y aportes realizados tanto en el Consejo universitario como en la Asamblea Universitaria, no puedo dejar de mencionar y expresar respeto también por los docentes que sin ser autoridades de la Facultad participaron y participan de la formación de los nuevos abogados que se están formando en beneficio de la Comunidad Regional y del País.

Producto de esa pléyade de docentes valiosos como personas y como abogados son nuestros prestigiosos ex alumnos que ocuparon y que ocupan hoy importantes cargos en los diferentes órganos de gobierno que rigen la política jurisdiccional del país como por ejemplo: El Dr. Oscar Urviola como Presidente del Tribunal Constitucional y también me refiero a los abogados que se desempeñan en la esfera privada y empresarial tan importantes y destacados unos como otros.

Este marco que acabo de describir sirve también para meritar el reto que tienen los actuales alumnos de la facultad, reto que les traza el camino de estudio de derecho y de investigación de la realidad jurídica nacional, realidad que debe ser mejorada y superada con aportes de los jóvenes y de sus profesores este es un reto y una responsabilidad que no debe ser soslayada por docentes y alumnos de esta prestigiosa universidad, recordando que la justicia custodia la confianza de la sociedad.

Sin embargo el reto mencionado solo será posible alcanzar y superar cuando la búsqueda de la verdad sea una actividad que se justifique por sí misma, de manera que aun prescindiendo de la influencia que tiene la universidad en la sociedad, los docentes, alumnos y discípulos que se dedican al incremento del conocimiento constituyen un grupo muy selecto de personas que por su esfuerzo estén dispuestas a conocer la verdad por medio de la investigación.

Vale la pena resaltar que el saber que se cultiva en la universidad no solo es tecnología o ciencia aplicada, también están las humanidades de manera que sea importante y significativa la formación de seres humanos además de competitivos profesionales.

La universidad en su origen combinada muy bien tanto los saberes materiales con los saberes espirituales de manera que el árbol del saber o de las ciencias admitía el ordenamiento de las ciencias, las fundamentales como la filosofía que constituían las raíces del árbol del saber las ciencias sustentables, aquellas que procuran habilidades de razonamiento verbal y matemático que constituía el tronco del árbol y las diversas especializaciones del

saber cómo medicina, economía, derecho, las ingenierías, etc.; que constituyen las ramas del árbol del saber, esta unidad con el tiempo se ha ido rompiendo buscando la especialización del conocimiento dejando de lado la construcción de la cultura que busca formar al hombre y la mujer justos.

Por eso el progreso tal como lo conocemos hoy, que no llega a ser desarrollo, es parcial también. Hemos profundizado con éxito en el desarrollo de las ramas del árbol dejando de lado las ciencias fundamentales y las sustentables transformando gradualmente la universidad en pluriversidad.

Las investigaciones que se realizan hoy en las principales universidades del mundo pronto nos cambiarán la vida, voy a citar a Guisa de ejemplo la investigación que realiza la Dra. Jennifer Elisseeff de la Universidad de John Hopkins cuyo objetivo es que el cuerpo pueda reemplazar sus propios tejidos, tal vez por este método muchas de las enfermedades conocidas actualmente desaparezcan, esto es bueno para la humanidad, pero mucho mejor para la humanidad es que las ciencias del espíritu se desarrollarán con igual eficacia, mucho mejor si el yo de cada persona creciera en valores orientados al bien común es decir poniendo mayor atención a la formación integral de los seres humanos.

Si lo anterior se tiene en cuenta, la pregunta es ¿Cuál es la misión de la universidad? El profesor Leonardo Polo, en una conferencia dada en la universidad de Piura dio la siguiente respuesta.- "El profesor Polo dijo que a su modo de ver, la misión de la universidad consiste en recuperar su unidad, es decir volverá ser, universidad", es decir a integrar el árbol del saber (raíces, tronco y ramas)

La misión de la universidad, por tanto, es recuperar su carácter unitario, volviendo los ojos del árbol del saber, volver al estudio de las ciencias fundamentales, de las sustentables y finalmente a las especialidades de modo que la universidad contribuya a sustituir con palabras de Juan Pablo II "El progreso por el desarrollo", es decir, el crecimiento de todos los hombres y el desarrollo de cada hombre y mujer en su integridad física y espiritual.

El profesor Polo hizo una nueva pregunta ¿Cuál es el producto de la universidad?, ¿Qué bien aporta la universidad a la humanidad, a la sociedad en general? Él dijo: lo que la universidad aporta a la sociedad es el saber superior, la formación de profesionales es una consecuencia de lo anterior y no al revés como hoy se suele interpretar.

En esencia la universidad está para formar al hombre en su integridad. Cuanto más complejo es el mundo, mejor debe estar el hombre preparado para reconocerse a sí mismo y para conocer la realidad que lo circunda, preguntas como, ¿Quién soy?, ¿Cómo soy?, ¿para qué existo?, ¿A dónde voy?, se han repetido desde el inicio de la humanidad aun ahora esas preguntas tienen plena vigencia y sin embargo las respuestas de hoy no son las mismas de ayer, conforme a la sociedad avanza, que lo hace mediante el

aporte de la universidad que es el saber superior, el hombre se debería ir adecuando a la realidad en el orden del bien común.

Albert Einstein en una de sus clases en la universidad de Princeton, anuncio a sus alumnos que el examen que iba a plantear sería el mismo que del año pasado y que estaba en la biblioteca disponible.

Uno de los alumnos le pregunto que si no estaba preocupado porque alguien pudiera ir a ver el examen, "Para nada, dijo Einstein" las preguntas son las mismas, lo que cambia son las respuestas" y esto es así que tenemos en cuenta que el saber superior se va incrementando constantemente por medio de la investigación y se va extendiendo o difundiendo, es aquí donde interviene la relación docente - alumno en el aula y fuera de ella, lo que hace el profesor es extender el conocimiento acumulado al alumnado para que una vez titulado vaya a servir a la sociedad en la rama del conocimiento que ha adquirido y otra parte del alumnado mucho más pequeña son los que se preparan para continuar con la investigación para incrementar el saber superior y con el tiempo para reemplazar a sus profesores, estos últimos son los discípulos.

En mi caso me siento complacido de que algunos de los docentes de hoy en la Facultad de Economía fueron mis discípulos durante los años que fui docente en esta universidad. Les aseguro que ellos son mejores profesores de lo que yo fui, es decir; en este aspecto, puedo decir que he contribuido con la misión de la universidad; pero esto no implica a que me sienta satisfecho aún estoy en deuda con la sociedad porque siempre se presentan nuevos retos que me demandan también nuevos conocimientos y mayores esfuerzos.

Ahora me refiero brevemente a la intervención que impresionó a los cardenales antes del CONCLAVE cuando Jorge Mario Bergoglio dijo estos 10 conceptos a tener en cuenta en la vida: sencillez, afecto, humildad, fortaleza, libertad, colegialidad, oración, profundidad, misión y coherencia, y desarrollo cada uno de estos conceptos pero al referirse al tema de la misión en función de la iglesia dijo:

«La evangelización es la razón de ser de la Iglesia», llamada a salir de sí misma e ir a las periferias geográficas y existenciales».

«Cuando la iglesia no sale de sí misma para evangelizar, se vuelve auto referencial y se enferma, cae en el narcisismo; cada día hay que salir a los caminos a encontrar a la gente».

Esa lectura me motivó a hacer un símil con la universidad para agregar a la misión de la universidad lo siguiente:

«La investigación es la razón de ser de la universidad, la universidad está llamada a salir de sí misma e ir a las periferias geográficas de los diferentes grupos sociales».

«Cuando la universidad no sale de sí misma para investigar se vuelven autoreferencial y se cae en el narcisismo».

«Hay que salir a la Comunidad a encontrar los problemas y ofrecer alternativas de solución».

Si logramos que la universidad vuelva a encontrarse con las ciencias fundamentales, estructurales y con las ramas del conocimiento y además profundizamos la investigación, la Universidad daría un gran salto en el siglo XXI.

Todo lo expuesto me permite decir que ser docente universitario no es fácil, parece fácil, que ser alumno universitario no es fácil, parece fácil y que ser discípulo es aún más difícil.

Para terminar, repito una reflexión atribuida al Rey Saravida Ardashir de Persia en el siglo III D.C. cuando se dirigió a otros Reyes les dijo:

«Sabed que vuestra autoridad se ejerce solamente sobre el cuerpo de los súbditos y que los Reyes no tenemos poder alguno sobre el corazón humano, sabed que, aunque dominéis a los hombres en lo que respecta a sus posesiones no los dominareis nunca en el feudo de su mente».

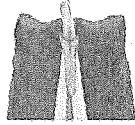
Gran reflexión vigente para el hombre y mujer de hoy, mientras tengamos la mente libre seremos capaces de construir una sociedad justa donde la persona, efectivamente sea el centro de la atención de las instituciones y del Estado llegando así al bien común que es la base de los derechos del hombre razón principal del saber superior que se cultiva en toda universidad.

Recordando otra vez que la justicia custodia la confianza de la sociedad.

Ofrezco una oración por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas para que cada uno de sus integrantes trabaje siempre por el bien común mirando más lo que une y menos lo que divide.

Sr. Decano ha sido un honor ocupar esta tribuna y le agradezco muy sinceramente haberme encomendado el Discurso de Orden.

Gracias



ENTREVISTA: Emilio José Armaza

“El Gobierno improvisa porque España no tiene un marco normativo para afrontar crisis biológicas”

El ordenamiento jurídico español no recoge una crisis biológica como la actual, explica el profesor Emilio José Armaza, especialista en Derecho y bioseguridad

“Con una norma específica las cosas habrían estado previstas, no se habría improvisado sobre la marcha”

La falta de regulación deja importantes lagunas : “Por ejemplo, la Administración no tiene recursos para afrontar que los médicos dejen de ir a trabajar por miedo al contagio ”

Enrique Sánchez Caballero

3/30/2014 - 21:01h



El Gobierno improvisa en su gestión de la crisis del ébola porque "España carece de un cuerpo normativo completo y eficaz para afrontar las crisis biológicas". Así lo explica Emilio José Armaza, investigador postdoctoral de la cátedra de Derecho y Genoma Humano de las universidades de Deusto y el País Vasco. "La Administración de turno toma las decisiones políticas que cree adecuadas en cada momento, improvisando sobre la marcha", remarca. Por ejemplo, creando una comisión para gestionar la crisis pasados cinco días después de que estalle.

MÁS INFO

- La vicepresidencia a parta a Mato y toma el control de la crisis del ébola
- Los 15 despropósitos que han provocado la crisis del ébola en España
- Cuando la estrategia es culpar a la víctima
- ETIQUETAS: Ébola

Una referencia normativa también habría evitado que el Gobierno decidiera por su cuenta y riesgo repatriar a los misioneros infectados, porque se habría limitado a cumplir lo que la ley previera. Armaza, que trabaja como asesor del Consorcio Europeo EDÉN (End-user driven Demo for Chemical, Biological, Radiological and Explosive), advierte de que las consecuencias de que no exista este marco legislativo específico aún pueden tener más consecuencias. "Es cierto que las normas al final las interpreta alguien, pero también establecen límites de actuación".

¿Estamos ante una crisis biológica o con un solo caso aún no?

En efecto, estamos ante una crisis biológica, o al menos en el inicio de una crisis que, según cómo la gestionemos, podría llegar a ser muy grande.

¿Tiene España la regulación apropiada para afrontar este tipo de emergencias sanitarias?

No. España carece de un cuerpo normativo completo y eficaz para afrontar las crisis biológicas. A lo largo de todo el ordenamiento jurídico español tenemos artículos muy específicos incrustados en leyes más amplias que tratan otro tipo de cuestiones. Y dentro de estos documentos se han incorporado algunos preceptos que tratan de forma residual este tema. Pero son aspectos mínimos. Por ejemplo, tenemos documentos que regulan la producción y liberación voluntaria de organismos modificados genéticamente. O el Código Penal cuenta con una serie de artículos que sancionan la producción y uso de armas biológicas, pero ninguno de estos textos sirve para enfrentar de forma eficaz las crisis biológicas.

¿Qué consecuencias tiene que no exista un marco normativo específico?

Ahora se están tomando las decisiones políticas que la Administración cree adecuadas. Estamos actuando conforme a los protocolos de seguridad de los que disponemos, pero sin un plan nacional de gestión o respuesta frente a este tipo de crisis. Desde mi punto de vista, por ejemplo, fue un error traer a las personas enfermas. Primero debió determinarse si somos o no capaces de tratar a personas con ébola en España garantizando la seguridad de la población –parece ser que a nivel técnico no tenemos las instalaciones necesarias–, entre otras cuestiones.

¿Debería estar legislado?

Por supuesto. Las leyes siempre son interpretadas por alguien, pero también establecen límites de actuación. Si la norma marca los límites, la Administración puede actuar pero no sobrepasarlos. Como no tenemos un marco legal completo, no podemos exigir a la Administración que actúe conforme al marco legal. Entonces actúan según su criterio, improvisando sobre la marcha, según lo que creen que es adecuado.

Se están tomando las decisiones políticas que la Administración cree adecuadas, actuamos según protocolos de seguridad pero sin un plan nacional de gestión o respuesta ””

¿Como, por ejemplo, crear una comisión del Gobierno cinco días después de que se contagie la enfermera?

Debería haberse hecho días antes. Esto debería haberlo previsto ese cuerpo normativo que, como digo, no tenemos: cuando haya una crisis se creará un comité que velará por la correcta gestión de la misma. Pero como no tenemos una regulación específica de esta cuestión, cada uno opinaba una cosa distinta. Que la coordine la ministra de Sanidad. O el presidente. O la vicepresidenta. Al final se ha creado, pero por inercia, no porque estuviera previsto; debería haberse hecho enseguida.

¿Qué consecuencias imprevistas podemos encontrarnos para las que no haya respuesta?

Ya se han dado casos de personal biosanitario que ha manifestado que no quiere ir a su centro de trabajo por miedo a contraer la enfermedad. Es

una realidad. De momento no nos llama la atención porque sólo hay un caso confirmado y la alarma social no se ha extendido. Pero si el número de enfermos se incrementase, es previsible que muchos profesionales de la salud se negaran a ir al puesto de trabajo por miedo a poner en riesgo su propia vida. Es plenamente comprensible, si se comprueba que no tenemos la capacidad de ofrecerles un puesto de trabajo seguro. No se les podría exigir desde un plano ético que arriesgaran su vida y la de la colectividad para atender a los enfermos.

Es importante resaltar que el Código Penal (artículo 196) sanciona al profesional que deniega asistencia sanitaria o abandona los servicios sanitarios. Pero el propio Código establece una excepción a dicha incriminación en el caso de que el sujeto ponga en riesgo su propia vida. Entonces no se les puede exigir ni penalmente ni moralmente. Podríamos incluso llegar al supuesto extremo de que no tuviéramos suficiente personal sanitario para atender a los enfermos de una crisis biológica mucho mayor que esta. Y eso conduciría a una catástrofe sin precedentes.

¿Qué solución tendría esto?

Deberían desarrollarse políticas legislativas que traten aspectos como la formación técnica de los médicos, que aprendan a utilizar los instrumentos, ponerse los trajes, qué conductas son de riesgo y cuáles no; parece que no les estaban dando la formación adecuada. Se podría trabajar también con incentivos económicos a los médicos que asuman el riesgo añadido de tratar a un enfermo de ébola (por la excepcionalidad y el enorme riesgo que supone este puesto de trabajo), y una tercera vía en la que se podría incidir es la estructuración de mecanismos seguros, para él y su familia. Para regular todas estas vías tendrían que establecerse normas o criterios que puedan ajustados al caso concreto. En los contratos de los médicos, seguramente, no viene nada respecto de las obligaciones de los médicos frente a catástrofes biológicas.

¿Algún otro ejemplo hipotético que pudiera ocurrir?

No sabemos hasta qué punto la Administración, en este caso autonómica, puede reestructurar la plantilla de médicos en caso de emergencias. En el hipotético caso de que el 30% de los médicos no estén yendo al centro de trabajo por miedo a contagiarse, no sabemos hasta qué punto la Administración puede reorganizar al personal para poder cumplir las carencias en un momento determinado. Por ejemplo, si puede llevar a un neurólogo a

urgencias (si éste quiere y está capacitado, claro). Habría que determinar los límites.

¿Es habitual no tener un marco legislativo?

En EEUU tienen una ley que trata de forma completa las cuestiones de bioseguridad y bioterrorismo. La aprobaron en 2002. Como todas, dicha norma tiene una serie de defectos que los especialistas ya han detectado y seguramente tendrá muchos más, pero al menos tienen una norma que permite establecer una base desde la cual las agencias de la Administración pueden empezar a actuar.

¿Se podría haber evitado lo sucedido si hubiésemos tenido un marco normativo específico?

Sí o no, eso dependería de cuán bien esté planteado. Podría haberse evitado si, por ejemplo, contemplara que los pacientes infectados con enfermedades muy contagiosas no pueden ser trasladados al país si no existen los medios para tratarlos sin poner en riesgo la salud o vida de los demás miembros de la colectividad. O que la norma estableciera que los criterios para garantizar la seguridad en las instalaciones sanitarias fueran más rigurosos. Si hubiéramos tenido un plan normativo con anterioridad, las cosas habrían estado pensadas. Mejor o peor, pero no se habrían improvisado.

¿Tenía el Gobierno la facultad de tomar la medida unilateral de traer a los misioneros pese al riesgo que comportaba?

Sí la tenía, porque no hay nada regulado. Está permitido todo lo que la ley no prohíbe, y no hay ley que lo prohíba. Otra cosa es que sea más o menos recomendable conforme al sentido común, teniendo en cuenta la importancia de velar por la salud pública. Quizá debieron pensárselo dos veces, ver si teníamos las instalaciones y otras medidas para garantizar la seguridad de los demás ciudadanos

VII. NOTICIA BIBLIOGRÁFICA

Íñigo de Miguel Beriain. *La clonación, diez años después*. Editorial Comares, Granada, 2008 (un volumen de 229 pp). A través de la ley núm. 27636 incluimos en Perú, a partir del año 2002, el delito de clonación y, por inverosímil que parezca, esa actitud dejó petrificados a nuestros penalistas pues, que se sepa, muy poco se ha escrito en lo tocante a dicha figura delictiva en nuestro medio.

Consiste la clonación, según la magnífica obra que reseñamos, una técnica a través de la cual podemos crear seres humanos sin echar mano del espermatozoide.

Entre las diversas clases de clonación —y en eso la obra del profesor Íñigo de Miguel es sumamente exhaustiva—, hay una reproductiva y otra no reproductiva; aquella, según parece, es la que recoge como delito nuestro código penal. Verdadera, será la clonación que posibilita la creación de un ser genéticamente idéntico a otro que alguna vez existió o que actualmente existe; paraclonación, en cambio, es aquella que da pie para obtener un ser humano idéntico al que será el feto (cuando nazca) del que se toma la célula diferenciada y, gemelación artificial, la que produce lo que se conoce como gemelos univitelinos.

Pero donde más se extiende el profesor Íñigo de Miguel en su monografía es al momento de fijar los límites éticos que suelen aducir los estudiosos para oponerse a la clonación y es ese, precisamente, el que creemos el núcleo del trabajo.

Los seis argumentos y contrargumentos que desarrolla el autor en su obra, son de sumo provecho para cualquier estudiante interesado en desarrollar el tema y lo plausible, es que desciende en su exposi-

ción de modo tal que no es difícil la lectura de la erudita obra.

Es evidente que la redacción de la que se vale el legislador peruano para incluir en el texto punitivo el delito de clonación no es nada ejemplar y que es debido a ello que se halla enturbiado el tema; mas a partir de la lectura del trabajo de Íñigo de Miguel, seguramente a muchos de nosotros nos sea muchísimo más digerible la lectura de otras obras científicas que se preocupan y tratan de la creación de seres humanos en serie.

Tiene antepuesta la monografía un Prólogo del conocidísimo profesor Carlos María Romeo Casabona y su bibliografía es simplemente impresionante.

Katherin Yucra Arizaca

VIII. MISCELÁNEA

En la sección miscelánea incluimos el óleo elaborado por el consagrado artista arequipeño Raúl Oblitas y, la comunicación que hizo llegar al director de nuestra revista; por el interés que reviste, de otro lado, se inserta el testamento de Luis XVI de Francia suscrito el 25 de diciembre de 1772, casi al pie del patíbulo y, finalmente el poema loncco «El escribano Ellazar»¹ del vate arequipeño Antonio Gonzáles Polar.

Menester es dejar indicado que la develación del óleo y la lectura de la carta de Oblitas se efectuaron el día 3 de julio del presente, en el Concurso estudiantil «Cesare Beccaria, 250 años de *De los delitos y de las penas*», llevado a cabo en nuestra Facultad y en el que el señor alumno Walter Manrique Cervantes obtuvo una sonada victoria.

¹ Para la publicación del poema transcrito se obtuvo la debida autorización del autor.



Cesare Beccaria

Apreciado Amigo:

Julio Armaza Galdos

«Con respecto de la Reinterpretación del Retrato de Beccaría, el autor del diseño es Giuseppe Bossi, sabemos que estudió en la Academia de Bellas Artes de Brera en Milán, donde dibujó restos romanos y perfeccionó sus habilidades en la elaboración de la proporción de la anatomía humana. En su propio estilo empleó, digámoslo así; una técnica con rigor clasicista.

Bossi era un coleccionista: libros, dibujos, grabados, pinturas, monedas, esculturas y antigüedades, eran parte de su colección inédita.

Sabemos además que Bossi dedicó gran parte de su vida a estudiar las obras del gran maestro Leonardo Da Vinci, e imitaba con precisión suficiente para que sus producciones hayan pasado a la historia como "Los Leonardos.

La imagen que enviaste me proporciona una serie de elementos y técnicas propias de un clasicismo tardío.

El diseño empleado para el grabado, de acuerdo a la imagen, la hizo Bossi antes del año 1807; año, en que el diseño se plasma en un grabado hecho por Pietro Becceni, él fue el inventor de un método no utilizado, previamente, por la localización seca, producida por cortes profundos en el grabado, la diferencia con Bossi es que las enciclopedias británicas no lo tomaron en cuenta y por tanto poco sabemos de su vida, solo la técnica empleada en el grabado que por las fechas y el contexto, podemos presumir, fue un procedimiento de método indirecto llamado: Grabado al Aguafuerte, y probablemente se grabó en tela para la producción de la obra: "De los Delitos y las Penas" de Cessare de Beccaría.

Espero que parte de este sucinto análisis, el cual te informo, sea de tu ayuda, para tu siempre apasionante

estudio por las Ciencias Penales, y por el autor Cesare de Beccaría, que reinterpretaré fiel al estilo clasicista de la época, al cual debemos retrotraernos».

Saludos, tu siempre amigo:

RAÚL DAVID OBLITAS FLORES

TESTAMENTO DE LUIS XVI

En el nombre de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo. Hoy día 25 de diciembre de 1792, yo Luis XVI rey de Francia, hallándome hace cuatro meses encerrado con mi familia en la torre del Temple en París, por obra de los que eran mis súbditos, y privado de toda comunicación, y desde el 10 del corriente aun de la de mi familia; envuelto además en un proceso, cuyo éxito no es posible prever a causa de las pasiones de los hombres y para el cual no se encuentra motivo ni pretexto en ninguna de las leyes existentes; teniendo solamente a Dios por testigo de mis pensamientos, y no pudiendo volver los ojos a otro sino a él, declaro aquí en su presencia mis últimas voluntades y mis sentimientos.

Encomiendo mi alma a Dios mi criador, rogándolo que la reciba en su misericordia, que no la juzgue según sus méritos, sino según los de Nuestro Señor Jesucristo que se ofreció en sacrificio a Dios su padre por nosotros hombres, aunque de ello fuésemos indignos, y yo el primero.

Muero en el seno de nuestra santa madre Iglesia Católica, Apostólica, Romana, que conserva su poder por una sucesión no interrumpida de pontífices desde San Pedro, a quien lo confió el mismo Jesucristo.

Creo firmemente, y confieso todo cuanto se contiene en el símbolo, en los mandamientos de Dios y de la Iglesia, Sacramentos y misterios que la Iglesia Católica enseña y ha enseñado siempre. Ni he pretendido jamás erigirme en juez de las divisiones que laceran el seno de la Iglesia de Jesucristo en cuanto a lo manera de explicar los dogmas, antes bien, me he atenido y atenderé siempre, si Dios me concede la vida, a las decisiones que los superiores eclesiásticos, en unión con la santa Iglesia Católica, dieren conforme a la disciplina de la Iglesia practicada desde Jesucristo.

Compadezco de todo corazón a aquellos nuestros hermanos que estén en el error, sin pretender juzgarlos, y no los amo menos en Jesucristo según el precepto de la caridad cristiana. Ruego a

Dios me perdone todos mis pecados, de los cuales he procurado hacer escrupuloso examen para detestarlos y humillarme en su presencia. No pudiendo servirme del ministerio de un sacerdote católico, ruego a Dios que reciba la confesión que le he hecho, y especialmente el profundo arrepentimiento que tengo de haber prestado mi nombre (si bien contra mi voluntad) a actos que pueden ser contrarios a la disciplina y a la creencia de la Iglesia Católica; lo cual digo para acusarme de todos mis pecados y recibir el sacramento de la penitencia.

Ruego a todos aquellos a quienes pudiera haber ofendido inadvertidamente (no recuerdo haber ofendido a nadie a sabiendas) como también a aquellos a quienes pudiera haber dado mal ejemplo o escándalo, que me perdonen el mal que crean haber recibido de mí. Ruego a todas las personas caritativas, que unan sus oraciones a las mías para obtener de Dios el perdón de mis pecados.

Perdono de todo corazón a los que se han hecho mis enemigos, sin que yo les haya dado ningún motivo, y ruego a Dios que los perdone así como a los otros que por un celo falso o mal entendido me han causado mucho mal.

Recomiendo a Dios a mi mujer, a mis hijos, hermana, tías, hermanos, y a todos aquellos que me están unidos con los vínculos de la sangre o de otro modo. Ruego a Dios en especial, que se sirva mirar con ojos de misericordia a mi mujer, hijos y hermana que hace tanto tiempo padecen conmigo; que los sostenga con su gracia si deben perderme, y mientras permanecieren en esta vida transitoria.

Recomiendo mis hijos a mi mujer, aunque no he dudado nunca de su ternura maternal; y le encargo sobre todo, que los haga buenos cristianos y hombres honrados; que los enseñe a considerar las grandezas de este mundo (si están condenados a experimentarlas) como bienes peligrosos y perecederos, y a dirigir sus miradas a la única gloria sólida y estable de la eternidad. Ruego a mi hermana, que continúe en su afecto hacia mis hijos, y les sirva de madre cuando tengan la desgracia de perder la suya.

Ruego a mi mujer, que me perdone los males que experimenta por mi causa y los disgustos que pueda haberle dado durante nuestra unión, segura de que por mi parte no le guardo rencor si cree tener alguna cosa de que reconvenirse.

Recomiendo ardentísimamente a mis hijos, además de sus deberes para con Dios, que permanezcan unidos entre sí, sumisos y obedientes a su madre, agradecidos a los cuidados y solicitud que se toma por ellos; y en memoria mía, los ruego que miren a mi hermana como una segunda madre.

Si mi hijo tuviese la desgracia de llegar a ser rey, tenga entendido, que debe consagrarse enteramente al bien de sus conciudadanos; que debe olvidar toda clase de odios y resentimientos, señaladamente los que tengan relación con las desgracias y penas que sufro; que no podrá hacer la felicidad de los pueblos, sino reinando según las leyes; pero que al mismo tiempo, un rey no puede hacerlas respetar,

y ejecutar aquel bien que está en su corazón, si no tiene la autoridad necesaria, pues de otro modo, ligado en sus operaciones y no inspirando respeto, es más dañoso que útil.

Recomiendo a mi hijo, que tan luego como se lo permitan sus circunstancias, cuide de las personas que se me han conservado adictas, pensando que he contraído una obligación sagrada para con los hijos o parientes de los que han padecido por mí, y aun para con aquellos que por mí son desgraciados.

Sé que muchos de los que estaban a mi servicio no se han portado conmigo como habrían debido portarse, y que aún se han mostrado ingratos: yo los perdono (en momentos de desorden y efervescencia, no siempre es uno dueño de sí), y ruego a mi hijo que si se le presenta ocasión, no piense más que en sus desgracias.

Quisiera poder dar aquí una prueba de mi reconocimiento a los que me han mostrado un afecto verdadero y desinteresado. Si por una parte me ha conmovido vivamente la ingratitud y la deslealtad de personas a las cuales no había hecho más que beneficios, ya respecto de sus personas, ya respecto de sus parientes y amigos, por otra parte, he tenido el consuelo de ver la adhesión y el interés sincero que otros muchos me han mostrado, a los cuáles ruego que reciban mis más expresivas gracias. En mi actual situación temería comprometerlos si hablase con más claridad; pero recomiendo eficazmente a mi hijo que busque la ocasión de poderlos conocer.

Creería calumniar los sentimientos de la nación si no recomendase francamente a mi hijo a los señores Chamilly y Hue, a quienes su sincera adhesión a mi persona ha inducido a encerrarse conmigo en esta triste mansión haciéndose así víctimas desventuradas. Le recomiendo también a Clery, cuyos cuidados me han dado siempre motivos para felicitarle de tenerlo a mi lado. Y pues que ha permanecido conmigo hasta el fin, ruego a los señores de la municipalidad que le entreguen mis vestidos, mis libros, mi reloj, mi bolsa, y todas las demás cosas que fueron depositadas en el consejo comunal.

Perdono de corazón también a los que continúan dándome los disgustos y malos tratamientos que han creído deber usar conmigo; al mismo tiempo deseo que las almas sensibles y compasivas que he encontrado, gocen de la tranquilidad que debe inspirarles su manera de pensar.

Ruego a los señores de Malesherbes, Trouchet, y De Séze, que admitan mi agradecimiento y las expresiones de mi reconocimiento, por todos los cuidados que se tomaron por mí.

Concluyo declarando en nombre de Dios y próximo a comparecer en su presencia que no me creo culpable de ninguno de los delitos de que soy acusado.

Hecho por duplicado en la torre del Temple, el 25 de diciembre de 1792.

EL ESCRIBANO ELLAZAR

*Ene'sta ajshion tan engrata
lu archivaba en el sotano
a la Donato Lujano
los demás suchos ,sin plata.*

*Al escribano Ellazar
de la calle San Francisco
lla mandau feroz mordisco
la hija del Apolinar
Que lua'jecho ccotimbiar
por recibirse la plata
de la ccalincha Donata
que sobornó en este juishio
atue'l que teniya ofishio
enes'ta ajshión tan engrata.*

*El cquelqueri había apelau
la sentenshia de'ste liyo
porque diz teniba un tiyo
que di un vocal vive al lau*

*con quien se había conchavau
ofreshiendolé al julano
bien solapa y como hermano
un auto nuevecitito
si voltiandolé el pleitito
lu archivaba en el sotano*

*Se jueron con su cquelqueri
don Apolinar y su hija
pa consultar con la agüija
hastan' de la bruja Mery.
Le chantaron beri beri
al infeliz escribano
llia'n secau al juez la mano
y llia'n dejau comu'n mostro
dandolé ccara en el rostro
a la donata Lujano .*

*Cómo han podiu terminar
hasiendosé tanto daño,
que no pueden n'ir pal baño
ñi el juez ñi el Apólinar
que no pueden ñi orinar;
mal que de cquencha se trata
tiene ccara hasta'n la guata
Solu'no hay con carro nuevo
Que se lo ganó di a huevo
Los demás suchos, sin plata.*

ÍNDICE DE SUMARIOS

REVISTA DE DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTA MARÍA

Homenaje a Luis Velando Puertas

Año 4, núm. 4, Noviembre, 2009

SUMARIO

Palabras Preliminares.....	17
Luis Velando Puertas.....	19

I. DOCTRINA

Kelsen en París: Una ronda en torno al «Modelo Concentrado» DOMINGO GARCIA BELAUNDE.....	27
Aborto: Reflexiones jurídicas y éticas en torno al Anteproyecto de Ley español JUAN RAMÓN LACADENA.....	51
La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos JOSÉ CEREZO MIR.....	73
En el centenario de la concepción normativa de la culpabilidad JOSÉ LUIS GUZMÁN DÁLBORA.....	103

Interdisciplinas

El Principio de Precaución como criterio orientador y regulador de la bioseguridad SALVADOR DARÍO BERGEL.....	119
La múltiple y única filosofía de Deleuze JUAN CARLOS VALDIVIA CANO.....	147
El Derecho a decidir (Acercas de la vida ajena) RAMIRO VALDIVIA CANO.....	173

Opinión de nuestros estudiantes

Una huella de vida	
ROSA MARÍA VELÁSQUEZ ARENAS.....	183

II. CLÁSICOS PERUANOS

Investigación de la paternidad	
ANTONIO MIRÓ QUESADA.....	191

III. PROYECTOS Y CÓDIGOS: TRAS LAS HUELLAS DE HAMMURABI

Proyecto de Constitución para la República Peruana	
MANUEL LORENZO DE VIDAURRE.....	215

IV. RECENSIONES

Alejandro Martínez Dhier, «El jurisconsulto granadino Manuel de Seijas (Hernández) Lozano, precursor de la codificación en España»	
JULIO ARMAZA GALDOS.....	233
Miguel Ángel Osorio, «Juicio por Jurados. Perspectivas actuales e históricas»	
JORGE LUIS SALAS ARENAS.....	234
David Hidalgo/Diego Fernández Stoll/Daniel Yovera/Cecilia Valenzuela	
«La Muerte Se Escribe Sola. Una Historia Basada En El Crimen De Challapampa»	
JULIO ARMAZA GALDOS/EMILIO JOSÉ ARMAZA.....	237
Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal	
EMILIO JOSÉ ARMAZA.....	238
Eduardo Alcocer Povich, «La inclusión del Enemigo en el Derecho Penal»	
JULIO ARMAZA GALDOS.....	240

V. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Iniciación del año lectivo 2009.....	251
Matrícula en la escuela de Derecho.....	251
Docentes del Programa Académico de Derecho.....	251
Personal administrativo.....	252
Conferencias.....	252
Cursos.....	252
Publicaciones de nuestros profesores.....	253
Obras en prensa.....	253
Información sobre profesores vinculados con nuestra Facultad.....	254
Sección necrológica.....	258

VI. MISCELÁNEA

Amatoria Forense	
BALTASAR H. MORALES.....	263
Testimonios personales y adhesiones.....	269

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTA MARÍA

En el Cincuentenario de su Creación

Año 6, núm. 5, Noviembre, 2011

SUMARIO

Liminares.....13

I. DOCTRINA

Derecho Constitucional

Estado Social re-visitado
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE.....17

La Constitución de Cádiz y su influencia política y jurídica en el constitucionalismo peruano
JOSÉ LUIS CÁCERES ARCE31

Derechos Humanos para principiante
JUAN CARLOS VALDIVIA CANO.....65

Derecho Penal

La individualización de la pena: contenido, trayectoria histórica y crítica del concepto
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA.....91

Control difuso y el Nuevo Código Procesal Penal
JORGE LUIS SALAS ARENAS.....105

La privatización penitenciaria en el Perú
BERLY CANO SUÁREZ.....117

La cuantía en el hurto
CLAUDIA FLORES FUENTES.....133

Derecho Civil

Albaceas: el legado ibérico y la tradición nacional
CARLOS RAMOS NÚÑEZ.....139

Indemnización por la causal de separación de hecho: indemnizando con criterio jurisprudencial
ANA MARÍA AMADO MENDOZA.....149

Comentario a la Ley de Seguridad y salud en el trabajo
DAVID FERNANDO DONGO ORTEGA.....155

II. PROYECTOS Y CÓDIGOS: TRAS LAS HUELLAS DE HAMMURABI

Código de Hammurabi.....	163
--------------------------	-----

III. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Iniciación del año lectivo 2011.....	183
Matrícula en la escuela de Derecho.....	183
Docentes del Programa Académico de Derecho	183
Personal Administrativo.....	184
Personal Administrativo del Consultorio jurídico.....	184
Conferencias y otras actividades académicas.....	184
Designación de alumnos al Consejo de Facultad.....	186
Cursos.....	186
Publicaciones de nuestros profesores.....	186
Información sobre profesores vinculados a nuestra Facultad.....	187
Sección necrológica.....	188

IV. ALGO MÁS SOBRE NUESTROS PROFESORES

Javier Germán Rodríguez Velarde.....	193
--------------------------------------	-----

V. RECENSIONES

Juan Carlos Nalvarte Lozada, <i>El hombre de Acero</i>	199
Carlos María Romeo Casabona, <i>Enciclopedia de Bio- derecho y Bioética</i>	199
José Hurtado Pozo, <i>La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú</i>	199
Eugenio Raúl Zaffaroni, <i>La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar</i>	200
Luis Alfaro Valverde, <i>La indemnización en la separa- ción de hecho</i>	200

VI. NOTICIAS SOBRE EL FORO Y ALGUNOS OTROS DATOS

El Foro arequipeño.....	203
-------------------------	-----

VII. MISCELÁNEA

Carta cursada por Miguel de Cervantes Saavedra a Felipe II MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA.....	209
De la mano ANDRÉS TRAPIELLO.....	211
La inimputabilidad por enajenación mental en los tiempos del Quijote JULIO ARMAZA GALDOS.....	213

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
Homenaje a D. D. Oscar Díaz Valverde
Año 7, núm. 6, Noviembre, 2013

SUMARIO

Palabras preliminares.....13

I. DOCTRINA

Contenido jurídico e institucional de las cortes castellanas de Madrigal: La hermandad general y otras cuestiones LEANDRO MARTÍNEZ PEÑAS.....	17
Aspectos legales de la notificación a los contactos sexuales del paciente con VIH/SIDA en Costa Rica CARLOS J. VALERIO MONGE.....	39
Forensic DNA banks: European «intersections» ILARIA ANNA COLUSSI.....	53
Muestras biológicas humanas y biobancos para investigación EMILSEN GONZÁLEZ DE CANCINO.....	75
Francisco Mostajo y su trascendencia histórica en Arequipa JORGE LUIS CÁCERES ARCE.....	91
Derechos humanos para principiantes JUAN CARLOS VALDIVIA CANO.....	103
Aspectos problemáticos del delito de falsedad en la inversión en los mercados de valores EMILIO JOSÉ ARMAZA ARMAZA.....	121
El etiquetamiento de las conductas MARY LUZ CATACORA MOLINA.....	145
La arbitrariedad del arbitraje potestativo en el Perú MAURICIO MATOS ZEGARRA.....	147
Rectificación de partidas JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE.....	161

II. SECCIÓN ESTUDIANTIL

La ruptura de las "Relaciones Diplomáticas" (a propósito de la expulsión de diplomáticos Sirios en el mundo) DIEGO ANGULO OSORIO.....	167
---	-----

III. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Inicio del año lectivo 2012.....	173
Matrícula en la Escuela de Derecho.....	173
Docentes del programa académico de Derecho.....	173
Personal administrativo.....	174
Personal administrativo del consultorio jurídico.....	174
Conferencias y otras actividades académicas.....	174
Designación de alumnos al Consejo de Facultad.....	176
Concurso de Estudiantes.....	176
Clasificación jerarquizada de los alumnos.....	176
Publicaciones de nuestros profesores.....	176
Información sobre profesores vinculados a nuestra facultad.....	177
Necrología.....	178

IV. ALGO MÁS SOBRE NUESTROS PROFESORES

Oscar Díaz Valverde por J. Armaza G.....	183
Entrevista a D. Oscar Díaz Valverde a cargo de Catherine Mejía Uribe.....	185
Hector Delgado Castro por J. Armaza G.....	191

V. DISCURSOS

Discurso de Orden del profesor Luis Velando Puertas con ocasión de los Cincuenta años de creación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas LUIS IVÁN VELANDÓ PUERTAS.....	195
Evocación del pensamiento libre de D. Manuel de Rivacoba en su vinculación con la vieja institución. HUGO E. MARZI RIVERA.....	207

VI. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Manuel de Rivacoba y Rivacoba, <i>Violencia y justicia</i>	227
Domingo García Rada, <i>Manual de Derecho Procesal Penal</i>	227
Jaime Coaguila Valdivia, <i>El imaginario judicial en la novela</i>	227
Marildo Menegat, <i>Estudios sobre ruínas</i>	228
Nilo Batista, <i>Et alli, Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal</i>	228
Marco Falconí Picardo, <i>Memoria de la Comisión de Vivienda y Construcción del Congreso de la República del Perú</i>	228
Juan Carlos Valdivia Cano, <i>Now... Historia, poder y resentimiento</i>	229
Juan Guillermo Carpio Muñoz, <i>Diccionario de arequipeñismos</i>	229
Luiz Regis Prado, <i>Bien Jurídico-Penal y Constitución</i>	229
Giovanni Varletti, <i>Dabai, Chelo, Dabai</i>	230

VII. NOTICIAS SOBRE EL FORO Y ALGUNOS OTROS DATOS

El Foro.....	235
--------------	-----

VIII. MISCELÁNEA

Crainquebille ANATOLE FRANCE.....	239
--------------------------------------	-----

IX. TESTIMONIOS PERSONALES Y ADHESIONES

Testimonios personales.....	261
-----------------------------	-----

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
Homenaje a D. Héctor Delgado Castro
 Año 8, núm. 7, Diciembre, 2013

SUMARIO

Nota al presente volumen.....	15
I. DOCTRINA	
Los órganos de gobierno en el proyecto de la nueva Ley universitaria JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE.....	19
Naturaleza jurídica del vínculo médico-paciente ¿contractual o extracontractual? PATRICIO MARCELO FAJARDO PASSANO.....	25
El control, la empresa <i>holding</i> y la concentración empresarial CLAUDIA PIA CHIRINOS Y PACHECO DE RIVERO.....	43
Internet, comercio y derecho: ¿Cambios desesperados o desesperados por el cambio? JUAN CARLOS AGRAMONTE MOSTAJO.....	55
Análisis sobre la influencia del alcoholismo como problema público y factor de riesgo desencadenante de la violencia familiar en la provincia de Arequipa - 2013 GABRIEL TORREBLANCA LAZO.....	75
Responsabilidad civil de los jueces JOSÉ ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ.....	83
La fuerza física irresistible JULIO ARMAZA GALDOS/MARILIANA CORNEJO SÁNCHEZ.....	97
Comentarios a la reforma del sistema privado de pensiones en el Perú MAURICIO MATOS ZEGARRA.....	105
El Tribunal Constitucional y su desarrollo constitucional JORGE LUIS CÁCERES ARCE.....	131
Universidad vs derecho de igualdad DAVID FERNANDO DONGO ORTEGA.....	153
Aproximaciones al carácter oral y consuetudinario del Derecho en el Perú pre- hispanico y su vigencia actual CÉSAR BELAN.....	157
Derecho corporativo alemán LUDY LARICO LUQUE.....	181

II. SECCIÓN ESTUDIANTIL

MOEA: Un foro de debate para universitarios de las américas	
ANDRÉS ALONSO ZÚNIGA NAJARRO.....	193
La privatización del gobierno	
DIEGO ANGULO OSORIO.....	197
Una aventura extraordinaria	
ANDREA COAGUILA GÓMEZ.....	203
Pero yo no intervine ¿Qué puedo hacer?	
CLAUDIA SALAS MARÍN/CARMEN MENDIVAL PELINCO.....	207

III. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Año lectivo 2013.....	221
Matrícula en la Escuela de Derecho.....	221
Docentes del programa académico de Derecho.....	221
Personal administrativo.....	222
Personal administrativo del consultorio jurídico.....	222
Conferencias y otras actividades académicas.....	222
Designación de alumnos al Consejo de Facultad.....	223
Alumnos destacados.....	223
Publicaciones de nuestros profesores.....	224
Información sobre profesores vinculados a nuestra facultad.....	224
Necrología.....	224

IV. ALGO MÁS SOBRE NUESTROS PROFESORES

Hector Delgado Castro por Nuria Oblitas Parrillo.....	229
---	-----

V. INTERVIÚ

(a cargo de Mariliana Cornejo Sánchez)

Entrevista a D. Carlos María Romeo Casabona.....	233
Entrevista a D. Jorge Luis Salas Arenas.....	237

VI. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

José Alfredo Lovón Sánchez, <i>Esquemas del procesocivil</i>	243
Juan Carlos Nalvarte Lozada, <i>Síndrome de nothing hill</i>	243
Jorge Luis Salas Arenas, <i>Indemnidad sexual, tratamiento jurídico de relaciones con menores de 14 a 18 años de edad</i>	243
Jaime Coaguila Valdivia, <i>Los derechos del imputado y la tutela de derechos en el nuevo Código Procesal Penal</i>	245
Fort Ninamancco, <i>Embargo inscrito y tercería de propiedad</i>	246
Emilio José Armaza, <i>El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso</i>	247
Carlos María Romeo Casabona, <i>Derecho penal, Parte general</i>	249

VII. NOTICIAS SOBRE EL FORO Y ALGUNOS OTROS DATOS

El Foro.....	253
--------------	-----

VIII. MISCELÁNEA

Marea Azul	
VICTOR MARÍN CHOQUE.....	259
El Chalzo Grande	
JOVIN VALDÉZ PEÑARANDA.....	267

IX. PROYECTOS Y CÓDIGOS

Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica.....	281
Apéndice	
D. Manuel de Rivacoba y el Código Penal Tipo para Latinoamérica	
JULIO ARMAZA GALDOS.....	293

X. PUBLICACIONES RECIENTES

Carlos María Romeo Casabona, <i>et alii</i> , <i>Derecho penal, Parte general</i>	301
Jorge Luis Salas Arenas, <i>Indemnidad sexual, tratamiento jurídico de relaciones con menores de 14 a 18 años de edad</i>	303
Emilio José Armaza, <i>El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso</i>	305

El núm. 8 de la Revista de Derecho, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de Santa María se publicó en los talleres de la Editorial Adrus en el mes de diciembre del año 2014.