CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

IPSO JURE

AÑO 2 N° 9 Mayo de 2010

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

O.SALINAS

PRESENTACIÓN

Efectuando una paráfrasis de las palabras que el doctor Manuel C. Rodríguez, primer Presidente de este superior tribunal, pronunció la tarde del 23 de mayo de 1920, en la ceremonia de su instalación, ha querido la suerte concederme el alto honor de escribir estas líneas de presentación de Ipso Jure, en mi condición de Presidente, dentro del marco de celebración del 90° aniversario de instalación de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

La creación de nuestra Corte se produjo, en efecto, en circunstancias que entraba en vigencia en el país el Código de Procedimientos en materia Criminal y que inspiró la necesidad de dictar medidas que faciliten la aplicación de esta norma. Coincidentemente, en el periodo de mi gestión, ha entrado en vigencia en el Distrito Judicial de Lambayeque el Nuevo Código Procesal Penal al que seguirá la Ley Procesal de Trabajo, en consonancia con las modernas tendencias del Derecho, el devenir histórico y las necesidades sociales y económicas de nuestro tiempo.

Al iniciar sus labores la Corte Superior de Justicia de Lambayeque contaba con una sala mixta y ocho juzgados del crimen y de primera instancia. Posteriormente se han ido creando nuevos órganos jurisdiccionales para atender a una vasta población que demanda una pronta y eficaz impartición de justicia y que comprende las tres provincias de Lambayeque y tres del departamento de Cajamarca (Cutervo, Jaén y San Ignacio), contando en la actualidad con 11 salas superiores, 67 juzgados especializados y mixtos, 28 juzgados de paz letrado y 305 juzgados de paz.

Este aniversario impone no sólo un recuento histórico, sino una necesaria e ineludible reflexión acerca del rol cumplido por la Corte Superior como institución y de los magistrados de este distrito judicial como funcionarios públicos, en la difícil, delicada, complicada y, a veces, incomprendida tarea de impartir justicia y en la afirmación de los valores democráticos de un Estado de Derecho, en el cual el Poder Judicial es uno de sus soportes fundamentales.

Junto con el recuento histórico, la necesaria e ineludible reflexión y una autocrítica sincera, está el compromiso de los jueces de este distrito judicial, de los auxiliares judiciales y administrativos, de contribuir a la mejora sustancial de la tarea encomendada constitucionalmente para lograr una pacífica convivencia social. Este es el legado de los 90 años de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque y el reto para sus integrantes.

Ricardo Ponte Durango
Presidente

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

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

Auxiliares jurisdiccionales de apoyo:
- Dras. Esmeralda Carlos Peralta, Elia Jovanny Vargas Ruiz, Sara Véronica Vera Zuloeta.

INDICE

PLURALISMO, TOLERANCIA Y APERTURA COMO VALORES BASE EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN 7
EDWIN FIGUEROA GUTARRA

ANTE EL DESPIDO EN EL RÉGIMEN DE LA ACTIVIDAD PRIVADA: ¿PROCEDE EL AMPARO LABORAL ANTE LOS JUZGADOS CIVILES O EL PROCESO ORDINARIO LABORAL ANTE LOS JUZGADOS LABORALES? 26
JACQUELINE RODAS SÁNCHEZ

POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENCIÓN DE DELITO 30
EDGARDO TORRES LÓPEZ

LA COMPLICIDAD EN EL DERECHO PENAL UNA VISIÓN PANORÁMICA DESDE EL CONTEXTO PERUANO Y EUROPEO 38
ALEJANDRO LAMADRID UBILLÚS

EL RETIRO DE LA ACUSACIÓN FISCAL 66
JULIO ENRIQUE MORALES SALDAÑA

OSSERVAZIONI SULLA PROVA PER INDIZI 68
MICHELE TARUFFO

CONSTITUCIONALISMO Y GLOBALIZACIÓN 77
LUIS PRIETO SANCHÍS

EL FALLO ORAL Y EL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO 90
JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR

AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA DEL PERÚ 93
CÉSAR LANDA

ALCANCES DE LA OTRORA "PROTECCIÓN MÍNIMA" CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO LA FUNCIÓN TUTELAR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VERSUS LA LÓGICA TERRIBLE DE HENRY FORD. 120
JULIO LEONARDO CEVALLOS REAÑO

LAS INCIDENCIAS DEL NUEVO MODELO PROCESAL LABORAL 142
VILLALOBOS OBANDO WILMER ALEXANDER

PALABRAS DEL DIRECTOR

ESTIMADOS AMIGOS:

IPSO JURE cumple con esta edición de 2 años. Se trata de un nuevo aniversario que de suyo representa un contexto muy especial en la medida que mantenernos en el espacio virtual, ha significado un conjunto de retos, exigencias y sacrificios, que bien valen hoy la pena recordar pues la aventura de escribir, producir, armar, diagramar y salir al mundo virtual, representa un esfuerzo conjunto que sin la ayuda de un equipo de trabajo sería una empresa casi imposible.

De otro lado, la internacionalización de IPSO JURE como medio de difusión electrónica es una exigencia impostergable en la medida que la comunicación de ideas hoy no admite fronteras, más aún si éstas son virtuales. Si hace 50 años, conocer las ideas del viejo continente europeo acarreaban meses de diagramación, imprenta y distribución, hoy los enlaces virtuales que permite internet, hacen posible la divulgación de ideas en cuestión de segundos. Hoy IPSO JURE llega a 19 países a través de la Red Latinoamericana de Jueces REDLAJ y nuestro formato e ideas, modestamente, al menos son conocidas en casi toda Iberoamérica.

Mas lo trascendente y allí coincidimos en lo relevante de este mensaje de saludo, a propósito de la internacionalización, es que la coordinación conduce a otros retos adicionales. Uno de ellos es precisamente que nos vemos precisados a mejorar la calidad de nuestros contenidos. Bajo esa pauta y siendo mayo un mes muy especial para la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, pues cumplimos 90 años de existencia, les comentamos que hemos logrado establecer contacto con varios profesores de prestigio de universidades europeas y prestigiosos académicos de nuestro continente, y ello hace real una nueva edición de IPSO JURE con marcados alcances internacionales.

Así, en esta oportunidad tenemos el honor de hacer saber que el profesor Michelle Taruffo, de la Universidad de Pavia, Italia, nos envía una investigación intitulada "Osservazioni sulla prova per indizi". De la misma forma, el profesor Luis Prieto Sanchís, de la Universidad de Castilla La Mancha, España, nos alcanza un trabajo denominado "Constitucionalismo y globalización". A su turno, José Eduardo de Resende Chaves Júnior, ilustre magistrado de Brasil, trabaja un tema de suma actualidad intitulado "El fallo oral y el expediente electrónico". Y entre profesores nacionales de trayectoria, tenemos una investigación del Dr. César Landa Arroyo, también magistrado del Tribunal Constitucional de Perú, denominada "Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú".

Se trata, en suma, de varios trabajos que engalanan esta edición por el XC aniversario de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque y que permiten a 2 años de nuestra primera edición, reafirmarnos como la primera revista virtual del Poder Judicial.

Es verdad y es necesario decirlo, que nuestro formato virtual, por su agilidad, ha permitido con creces mantenernos vigentes e inclusive, conforme podrán Uds. apreciar en alguna bibliografía de los nuevos artículos, nuestras ediciones anteriores ya representan fuente de consulta y ello hay que ponerlo de relieve. Lambayeque se convierte así, con la ayuda de colaboradores de todos los ámbitos, en centro de pensamiento académico y se proyecta al mundo, a esa aldea global donde todos somos ahora más que vecinos pues el mundo virtual toca a nuestras puertas en todos los momentos del día. Por esa razón, expresamos nuestra fe, convicción y esperanza de que podamos seguir trabajando muchas ediciones más.

Que sean muchos años si El Altísimo lo permite.

Hasta la próxima

El Director

PLURALISMO, TOLERANCIA Y APERTURA COMO VALORES BASE EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

EDWIN FIGUEROA GUTARRA[1]

INTRODUCCIÓN. I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS CONTENIDOS. Una aproximación a los contenidos de la libertad de expresión. Valores de la libertad de expresión. Pluralismo. Tolerancia. Apertura. II. AVANCES Y RETROCESOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO RESPECTO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. ¿Hacia dónde va la libertad de expresión? Avances saludables en libertad de expresión. Audiencias temáticas. Mayor protección normativa. Importante desarrollo jurisprudencial. Situaciones de retroceso a salvar. Atentados a la libertad de expresión en general. Asesinatos de periodistas. Cierre de medios de comunicación. Impunidad de agresores. Reflexión final: ¿Podemos pautear la libertad de expresión? Necesario colofón

Una democracia funcional es la máxima garantía de orden público y la existencia de una sociedad democrática se basa en la piedra angular del derecho a la libertad de expresión
CIDH

INTRODUCCIÓN

Desde que hacia las 17.30 horas del 14 de julio de 1789, la guardia del Palacio de La Bastilla capitulaba frente a unos 50,000 ciudadanos parisinos que habían logrado antes extraer unos 40,000 fusiles de Les Invalides, el Museo de Armas de Francia, y con ello se generaba un nuevo capítulo en la historia contemporánea enarbolándose los nuevos valores revolucionarios de "Libertad, igualdad y fraternidad" [2], mucho ha transcurrido en el escenario de la libertad de expresión de los ciudadanos. Aquel trinomio angular para los revolucionarios franceses, bien puede hoy entenderse, en el derecho a expresarse de los ciudadanos, como un trípode al que hemos querido denominar, a modo de título de este ensayo, "Pluralismo, tolerancia y apertura".

Con esta singular propuesta, creemos trasvasar el devenir histórico, desde un Estado Legislativo cuyo control estático de las normas supone el criterio interpretativo de que la ley es el punto de partida y llegada de la lectura de los derechos fundamentales de los ciudadanos, hasta los albores de un Estado Constitucional, latente desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1948, que hoy, vía control dinámico de las conductas de los Estados en materia de derechos humanos, es la fiel expresión mejorada del punto de encuentro de una nueva percepción de los derechos de las personas, entendidos hoy como derechos prevalentes en los ordenamientos jurídicos nacionales y supranacionales.

Es relevante admitir, en estos 50 años de reposicionamientos de los estándares en los derechos humanos, que mucho se ha avanzado con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH y con la propia determinación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, como órganos de

[1] Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Lambayeque. Profesor Asociado Academia de la Magistratura. Docente Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Becario Aula Iberoamericana, La Constitucionalidad de las Leyes, Cádiz, España, 2009.

[2] Originalmente la divisa era ¡Liberté, égalité, fraternité ou la morte ! (Libertad, igualdad, fraternidad o la muerte!)

decisión de las controversias jurídicas respecto al veraz cumplimiento de los Estados parte, respecto de los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos. El haz de derechos protegidos por estos órganos hito en el sistema interamericano de derechos humanos, marca la pauta del principio de progresividad, es decir, tienden por su naturaleza a mayores niveles de protección y no actúan en clave desmejorativa.

En ese contexto de avances, conquistas y espacios en el Volksgeist [3] de los pueblos que habitan el hemisferio bajo los alcances de la Convención Americana, la libertad de expresión desempeña un rol pluriactivo, esto es, muchos otros derechos se encuentran en directa imbricación con la libertad de expresión para su pleno ejercicio si y solo si, están dadas las bases democráticas para que las personas puedan expresarse libremente y sin restricciones, sin más limitaciones que aquellas contempladas por el artículo 13 de la Convención y los instrumentos adyacentes que constituyen un bloque de defensa de derechos esenciales como lo representa la libertad de expresión.

No es nuestro objetivo solo esbozar una proclama axiológica y teleológica de la libertad de expresión. Aspiramos a mucho más. Nuestro ensayo pretende elaborar un reenfoque de la libertad de expresión desde los valores base que dan nombre a nuestro estudio. Es con los sentidos interpretativos amplios del pluralismo, tolerancia y apertura, todos ellos en el seno de una sociedad democrática, que podemos sugerir nuevos estándares a tener en cuenta por parte de los Estados signatarios de la Convención Americana, cuando del examen de los conflictos que involucran afectaciones a este derecho se trata.

En ese propósito, juega un papel clave central la orientación jurisprudencial que ya en muchos fallos emblemáticos ha asumido la Corte Interamericana, así como las posiciones cuasi-jurisdiccionales que ha enarbolado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus alegatos ante la Corte. En términos de Víctor Abramovich, pretendemos que los países del hemisferio se "aten al mástil" de los valores de la libertad de expresión para un redimensionamiento de este derecho ancla en el sistema interamericano. Y en ello corre paralelo un concepto matriz: solo a través de una plena democracia, podrán coexistir un pluralismo de espíritu amplio hacia todas las posiciones de expresión en el seno de los países americanos, una marcada tolerancia respecto de aquellas posiciones que en nombre de la democracia ejercen su derecho a expresarse libremente, y por último, una exigible apertura que ha de subyacer en la puerta de ingreso a los ordenamientos jurídicos nacionales, bajo el aura del principio de progresividad. En ese sentido, defender el thelos o esencia de la democracia, en atención a su significado ético, se convierte en el insumo básico de nuestro derecho a un pleno ejercicio de la libertad de expresión. En adición a ello, la libertad de expresión es plenamente compatible con los postulados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos DIDH, en razón de que se inscribe en la finalidad principal de impedir la arbitrariedad en el ejercicio de la libertad de expresión, al tiempo que limita al dominio de los

[3] Del alemán Volk (pueblo) y Geist (espíritu). Es un concepto propio del nacionalismo romántico, que consiste en atribuir a cada nación unos rasgos comunes e inmutables a lo largo de la historia. Así podríamos proponer la libertad de expresión como un valor ahistórico, anterior y superior a las personas, y por tanto, parte de la naturaleza vívida del sistema interamericano.

Estados sobre los individuos, restringiendo el ejercicio y control de este derecho solo a supuestos predeterminados. Bajo esta premisa, el DIDH deviene en la base virtual sobre la cual se van a asentar los valores de la libertad de expresión para su plena aplicación en el sistema interamericano.

Grosso modo, desarrollamos en este ensayo nuestra percepción de en qué forma debemos caracterizar la aplicación de la libertad de expresión en nuestros países y sobre cuáles valores base ha de sustentarse. De esta forma, aludimos a los caracteres más representativos de en cuáles formas de acción podemos entender la existencia del pluralismo en las sociedades democráticas. Igualmente, hasta dónde debe llegar la tolerancia desde la perspectiva axiológica de entender la libertad de expresión como valor prevalente. Adicionalmente, identificamos apertura y progresividad de modo estrecho para una mejor comprensión de la libertad de expresarse. A continuación, sin ser exhaustivos por razones de espacio, pretendemos describir los ítems en los cuales identificamos avances sustantivos respecto a la libertad de expresión así como áreas de carencia en las cuales aún es necesario trabajar con perseverancia.

Nuestra contribución es por cierto sencilla. Sin embargo, nuestros objetivos son ambiciosos: calar profundamente en la mente de los ciudadanos y reposicionar la libertad de expresión como uno de los principales valores del sistema interamericano.

I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS CONTENIDOS

Una aproximación a los contenidos de la libertad de expresión

La libertad de expresión es un derecho ancla en el sistema interamericano. El artículo 13 [4] de la Convención Americana de Derechos Humanos fija los estándares a partir de los cuales se van a desarrollar los demás instrumentos del sistema. Resulta importante, a partir de una lectura interpretativa amplia del artículo en mención, determinar los contenidos materiales de la libertad de expresión así como fijar los únicos supuestos de excepción.

Diversos instrumentos del sistema interamericano nos permiten inferir un avance sustantivo en la libertad de expresión, en vía de desarrollo normativo como jurisprudencial. En el rubro de normas jurídicas, coadyuva plenamente la Declaración de Chapultepec[5] cuando alude que "una prensa libre es condición fundamental para que las sociedades resuelvan sus conflictos, promuevan el bienestar y protejan su libertad. No debe existir ninguna ley o acto de poder que coarte la libertad de expresión o de prensa, cualquiera sea el medio de comunicación." El propósito es de necesaria correlación: la libertad de expresión no puede ser ejercida si no existe el derecho a una prensa libre

[4] Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa, con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

[5] Adoptada por la Conferencia Hemisférica sobre Libertad de Expresión celebrada en México, D.F., el 11 de marzo de 1994.

a través de la cual materializar la facultad a expresarse libremente. La prensa libre, por cierto, es un sinónimo de plena democracia.

La Declaración de Principios de la Libertad de Expresión [6] contiene, a juicio nuestro, una de las definiciones mejor logradas de este derecho supranacional, y se refiere a ella en el modo siguiente. "la libertad de expresión, en todos sus formas, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática". En tanto derecho fundamental, la libertad de expresión tiene un contenido esencial inatacable, al cual el legislador no tiene acceso para regular en contrario a este derecho. De otro lado, la vinculación entre libertad de expresión y plena democracia, es muy estrecha en tanto ésta es condición para la plena realización de este derecho y aquella representa una consecuencia de una democracia respetuosa de los derechos humanos.

En relación a los contenidos de la libertad de expresión, Loretti [7] precisa un contexto de amplio alcance cuando señala: "Se enfatiza el alcance universal del derecho a la libertad de expresión, tanto para quienes difunden como para quienes reciben". En rigor, el sujeto beneficiario no es solo quien comunica y ejerce su derecho a expresarse con plena libertad, sino también quien recibe esa información. A partir de esta premisa, podemos constatar que el haz de derechos protegidos por la libertad de expresión es considerable, en tanto que para que otros derechos fundamentales [8] sean ejercidos a plenitud, constituye requisito previo que exista libertad de expresión.

De cara entonces a la existencia del derecho a la libertad de expresión así como de otras libertades subyacentes y que son albergadas por esta libertad prevalente, se contrapone la necesaria contrastación entre democracia y libertad, las cuales constituyen un binomio indisoluble [9]. Sin esa necesaria simbiosis se produce una anomia de la sociedad, una restricción in extremis para la vida democrática de un país. Un Estado sin libertad de expresión genera el reinado de la arbitrariedad y promueve una homogeneidad ideológica in peius antes que una constelación de valores de todo orden. La libertad en sentido general, cuando es promovida, se une al progreso, se hermana con el orden y se asocia al desarrollo de la institucionalidad de los Estados.

Renglón aparte merece también un estudio de las funciones de la libertad de expresión dentro del criterio de valores asignado. Conforme al Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008[10] "la importancia de la libertad de expresión se deriva, entre otras razones, de su triple función en el sistema democrático (...). En primer lugar, se trata de uno de los derechos individuales que de manera más clara refleja la virtud que acompaña- y caracteriza los seres humanos: la virtud única y preciosa de pensar el mundo desde nuestra propia perspectiva; (...) en segundo lugar, la Comisión y la Corte Interamericana han subrayado en su jurisprudencia que la importancia de la libertad de expresión dentro del catálogo de los derechos humanos, se deriva también de su relación estructural con la democracia (...); finalmente,

[6] Durante el año 2000 la Relatoría de la Libertad de Expresión trabajó en la elaboración de un proyecto de Declaración de Principios de este derecho. Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó dicho proyecto en su 108 período ordinario de sesiones en octubre de dicho año.

[7] LORETTI, Damián. Aplicación de los principios de libertad de expresión del artículo 13 de la convención Americana sobre Derechos Humanos. En Víctor Abramovich, Alberto Bovino, y Christian Curtis (eds) La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 968.

[8] Nominalmente podemos señalar, entre otros, el derecho a la igualdad, la libertad de credos, de creación intelectual.

[9] Cfr .Declaración de Chapultepec. Preámbulo.

[10] Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2008. Pág. 120.

la jurisprudencia interamericana ha explicado que la libertad de expresión es una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales."

La reflexión que antecede es en conjunto demostrativa de la estrecha vinculación entre libertad de expresión y democracia, juicio de valor que es angular en el sistema interamericano. Sin una vívida democracia, es muy poco lo que se puede avanzar en la procura existencial de los ciudadanos y en ausencia de ella, se consolidan los regímenes autoritarios y arbitrarios, en tanto no existe medio alguno de racionalización del ejercicio del poder desde la perspectiva de la información plena. Regresamos, en caso de ausencia de la libertad de expresión, al Machtstaat[11] pues no existen pesos y contrapesos en el Estado de Derecho y el soberano se convierte en dictador pues ningún medio estaría en condiciones de informar sobre los asuntos que en abstracto, deberían ser conocidos por los ciudadanos.

VALORES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

No podemos entender el contenido conceptual de la libertad de expresión como derecho humano de orden prevalente y por su naturaleza insita, como derecho fundamental, si no asociamos esta facultad a un contenido axiológico jurídico. Como señala Gregorio Peces Barba[12], el contenido de los derechos fundamentales comprende "tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica." En esa definición del maestro madrileño, el contenido jurídico es vinculado al sentido preceptivo de la libertad de expresión en tanto los Estados están obligados a observar sin restricciones, salvo las permitidas por el ordenamiento interamericano, la plena aplicación de la libertad de expresión. En tanto, en su contenido axiológico, existe un componente de eticidad, es decir, de indudable vinculación al sentido de dignidad de la persona. Solo a través del reposicionamiento del valor dignidad respecto a este derecho de plena expresión, podemos albergar entonces los valores de pluralismo, tolerancia y apertura, los cuales dan un contenido de "vida" al derecho a la libertad de expresión.

PLURALISMO

La coexistencia de distintas tendencias constituye un valor matriz de la libertad de expresión. En efecto, es a través de distintas posiciones, opiniones y expresiones que el pluralismo, como componente axiológico de la libertad de expresión, adquiere carta de ciudadanía en el Estado Democrático y Social de Derecho, cuya expresión tangible podemos denominar hoy Estado Constitucional, y más aún Estado de Derechos Humanos, en atención al valor que ya representa para todos los Estados del ordenamiento interamericano, la vinculatoriedad de la Convención Americana

[11] "Estado bajo el régimen de la fuerza", es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII.

[12] PECES BARBA, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999. Pág. 37.

y sus instrumentos coadyuvantes en la defensa de los derechos humanos. En esa línea de ideas, la fuerza resolutiva de las decisiones jurisprudenciales de la Corte Interamericana, ya no constituyen solo el referente jurisprudencial de un órgano de justicia supranacional, sino representan el punto de inflexión para una materialización de todos los derechos humanos y en especial, el derecho a la libertad de expresión.

El sentido de pluralismo que asignamos como valor base de la libertad de expresión se asocia indisolublemente a la vigencia de los medios de prensa. Ellos resultan un insumo vital para el ejercicio pleno de este derecho prevalente. En esa línea de ideas, acota la Declaración de Chapultepec :[13] "Sin medios independientes, sin garantías para su funcionamiento libre, sin autonomía en su toma de decisiones y sin seguridades para el ejercicio pleno de ella, no será posible la práctica de la libertad de expresión. Prensa libre es sinónimo de expresión libre."

La libertad de expresión exige pues la coexistencia de distintas posiciones, inclusive conflictivas respecto de este derecho. Y surge una cuestión frontal: ¿inclusive debe coexistir dentro de ese espíritu de pluralismo, aquella prensa que ejerce un periodismo incompatible con las reglas de la ética y la moral? Prima facie, existe el derecho a informar y en ello están involucrados todos los instrumentos internacionales vigentes que pretenden crear conciencia de un espíritu de plena difusión de las ideas. Sin embargo, el ejercicio coherente de la libertad de expresión solo puede ser objeto de restricciones, conforme invoca el artículo 13 de la Convención Americana, a través del sistema de responsabilidades ulteriores, de un lado, y por otro, siempre que los contenidos de expresión se asociaren a condiciones de ofensa al derecho a la moral, en cuanto concierna a la protección de la niñez y la adolescencia, y contra aquellas acciones que incitaren a favor de la guerra y que promuevan políticas de odio. Estos filtros son sustanciales para un contexto de restricciones y nos llevan, en el sentido de un pluralismo real, a que todos los demás supuestos de aplicación de la libertad de expresión, tengan cabida en los Estados que conforman el sistema interamericano.

La Declaración de Chapultepec desarrolla una serie de conceptos relevantes sobre pluralismo[14] y señala:" En la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por solo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático."

Inferimos, en atención a lo expuesto,

[13] Declaración de Chapultepec. Preámbulo.

[14] Antecedentes Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Principio 12, párrafo 55.

que la carencia de pluralidad distorsiona el sentido real de la libertad de expresión pues reduce el debate de ideas a un estándar mínimo, de suyo incompatible con las líneas directrices normativas y jurisprudenciales del sistema interamericano de derechos humanos.

En atención a la pauta descrita, adquiere plena vigencia la premisa establecida en el caso Ivcher Bronstein[15] en el sentido de la exigencia de "fortalecer el funcionamiento de sistemas democrático pluralistas y deliberativos mediante la protección y el fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole". Debemos acotar, de igual forma, que la jurisprudencia ha enfatizado que "la función democrática de la libertad de expresión la convierte en condición necesaria para prevenir el arraigo de sistemas autoritarios y para facilitar la autodeterminación personal y colectiva" [16].

¿Qué implica entonces el pluralismo en relación a la libertad de expresión? Que no apliquemos distingos de ningún orden respecto a las fuentes informativas, que admitamos que todos los ciudadanos, medios de comunicación e instituciones de todo tipo tengan libertad de informar, y que podamos entender que solo a través del pluralismo puede existir una libertad de expresión plena.

TOLERANCIA

El contenido axiológico de la tolerancia exige de suyo, respecto a la libertad de expresión, además de la coexistencia de posiciones que representa el pluralismo, una manifiesta percepción de aceptación en el sentido de que todos los contenidos, opiniones, posiciones que involucren las facultades de plena manifestación de expresión de los ciudadanos, no merezcan mayor restricción que las contempladas por la normativa internacional[17] y la jurisprudencia de la Corte Interamericana[18].

Es importante advertir que representa una posición plenamente compartida la cuestión de que la tolerancia supone la eliminación sustantiva de toda censura previa, consagrándose en su lugar el sistema de responsabilidades ulteriores. Aquí adquiere relevancia, dentro de la necesaria apertura que el derecho a la libertad de expresión exige, que los Estados parte del sistema interamericano, adopten como criterio regulador que no pueden asumir posiciones de intolerancia frente a los contenidos informativos y que en razón a ello, consagren controles previos a la libertad de expresión, o en su caso, mecanismos materiales de censura previa frente a manifestaciones en curso de la libertad de expresión, es decir, a producir restricciones cuando se viene ejerciendo la libertad de expresar o informar.

La tolerancia nos induce a una actitud permisiva bien entendida, a efectos de admitir todos los contenidos sobre libertad de expresión, en la perspectiva de que una plena democracia alberga todo tipo de manifestaciones, cuidando que el rigor de las excepciones se manifieste solo en la responsabilidad ulterior de quien informó con real malicia[19], excluyendo, por su propio contenido peyorativo, los procesos penales de responsabilidad en casos de libertad de expresión, y en su lugar, categorizando los

[15] CIDH. Alegatos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ivcher Bronstein v. Perú. Párr. 143.

[16] Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-585. Párr. 70.

[17] El artículo 13 de la Convención, como hemos señalado supra, fija como exclusiones la protección moral de la niñez y la adolescencia, la propaganda a favor de la guerra y la apología del odio.

[18] Resultan casos emblemáticos para la consolidación de la jurisprudencia sobre libertad de expresión, en orden cronológico, los casos La Última Tentación de Cristo- Olmedo Bustos y otros v. Chile; Ivcher Bronstein v. Perú; Herrera Ulloa v. Costa Rica; Ricardo Canese v. Paraguay; Palamara Iribarne v. Chile; y Kimel v. Argentina. De igual forma, la Opinión Consultiva OC- 585, sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas.

[19] En la doctrina de la real malicia, es necesario demostrar la mala fe de quien informa irresponsablemente, subordinado a valores que presentan ostensible conflicto con la libertad de expresión. Si no existe demostración suficiente de la real malicia del sujeto activo informante, no deben aplicarse supuestos de restricción a la libertad de expresión.

procesos de responsabilidad civil. En este aspecto, la Opinión Consultiva OC- 585 fija contenidos determinados de restricción a la libertad de expresión[20] , en función a los cuales se definen las únicas situaciones de restricción a esta libertad ancla.

La tolerancia también comprende[21] "no obstaculizar el libre debate de ideas y opiniones (para) un efectivo desarrollo del proceso democrático", es decir que desde Alaska a Tierra del Fuego, el derecho a la libertad de expresión es de naturaleza irrestricta y los Estados no deben juzgar la evolución de este derecho como un pasivo en sus políticas de derechos humanos, sino como un activo del devenir democrático que precisamente beneficia a ciudadanos, Estados e instituciones en su libre derecho a expresar las ideas que conciernen al medio donde habitan.

Pero vayamos más allá aún. Hasta la información errónea goza de sustento[22] en cuanto a su admisibilidad en los escenarios democráticos. Podríamos bien conjeturar respecto a que las distorsiones informativas no deban gozar de apoyo informativo. Sin embargo, el valor tolerancia auspicia la plena difusión de la libertad de expresión, restringiendo los matices de difusión solo a supuestos clausus taxativamente predeterminados. Sobre este supuesto se pronuncian los Antecedentes de la Declaración de Principios[23] en el sentido siguiente: "(...) en base a la doctrina sobre reporte fiel, la reproducción fiel de información no da lugar a responsabilidad, aún en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona. Las bases de esta doctrina se encuentran en la necesidad de la libertad de expresión e información para la existencia de una sociedad democrática. Dentro de un sistema democrático, el debate debe ser fluido y amplio.

La publicidad de la información proveída por terceros no debe verse restringida por la amenaza de responsabilidad al informador simplemente por reproducir lo manifestado por otro. Esto implica una restricción innecesaria que limita el derecho de las personas a estar informadas." Las premisas aludidas son sin duda valiosas pues podemos inferir, con meridiana claridad, que la información errónea no debe ser objeto de restricción, aún si inclusive la fuente resulta equivocada. Si alguien informó incorrectamente, el ejercicio del derecho de réplica es una potestad abierta y manifiesta, esto es, la información errada no puede generar, bajo ningún concepto, restricciones en la libertad de expresión.

La tolerancia abarca, de igual forma, una realidad sensible respecto a los funcionarios públicos, atendiendo a la condición especial de quienes asumen una responsabilidad en funciones del Estado. Vale decir, por la naturaleza especial de sus tareas, los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio de la opinión pública y por tanto, a los estándares de examen de sus funciones en cuanto a la libertad de informar se trata. A este respecto, la Declaración de Chapultepec prescribe[24] :" Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad o formular críticas o denuncias contra el poder público".

Una interrogante válida podría expresarse

[20] Vid infra 32

[21] Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Preámbulo.

[22] Cfr. Antecedentes Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Principio 7. Párrafo 35.

[23] Cfr. Antecedentes Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Principio 10. Párrafo 49.

[24] Declaración de Chapultepec. Artículo 10.

en el sentido siguiente: ¿no causamos acaso una discriminación peyorativa cuando aludimos a que los funcionarios públicos deben estar más expuestos al examen de la opinión pública con relación a otras profesiones respecto de las cuales no existe este requerimiento más exhaustivo de examen? Debemos advertir que se trata de una discriminación positiva, es decir, de una condición permisible en el sistema interamericano, en tanto debemos aludir al carácter especial de funciones en el sector público. El ciudadano que accede a una función pública, per se admite tácitamente una valoración especial de sus responsabilidades e implícitamente acepta un mayor rigor en cuanto a sus tareas de suyo particulares se refiere. En atención a ello, el funcionario público debe ser tolerante respecto a la indagación pública sobre su labor y la regla de tolerancia se constituye en un supuesto angular respecto a sus funciones, las cuales conciernen a todos los ciudadanos, en tanto el funcionario público trabaja en beneficio de un colectivo o comunidad de personas. Naturalmente, las excepciones solo pueden estar representadas por trasgresiones manifiestas a su derecho al honor, siempre que existan condiciones de responsabilidad ulterior y de modo congruente con los supuestos predeterminados por ley.

La tolerancia implica, de otro lado, que los países del sistema interamericano acepten el activismo de las instituciones de derechos humanos en la defensa de la libertad de expresión. Parafraseando a Viviana Krsticevic, el "abordaje" de los derechos humanos, en términos de estrategia, representa una fórmula de defensa amplia de los derechos de los ciudadanos y como tal, debe ser parte de la conducta de tolerancia de los Estados que la defensa de derechos como la libertad de expresión, admita todo tipo de estrategias en defensa de la libertad de expresarse, de informar y ser informados. Los Estados tienden, muchas veces, a no ser congruentes con las actividades de entidades no gubernamentales a favor de la libertad de expresarse, y con ello se producen conductas antidemocráticas. En ese sentido, es necesario que las entidades de defensa de los derechos humanos puedan desarrollar, con plena libertad, sus actividades de defensa y estén facultadas para fijar libremente las estrategias de litigio que estimen convenientes, identificando los actores del sistema, las consideraciones políticas y las realidades jurídicas necesarias en lo que respecta a la organización de defensa de la libertad de expresión de las personas. Los Estados no pueden pues ser intolerantes con las actividades de defensa de los organismos de derechos humanos.

Una reflexión de fondo adicional: si defendemos abiertamente la libertad de expresión, ¿corresponde avalar aquellas actitudes, que en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, afectan la honra de las personas, conforme hemos adelantado liminarmente supra? ¿Podría acaso inferirse que el sistema interamericano, con la fuerza de sus instrumentos normativos y la vinculatoriedad de sus decisiones jurisprudenciales, pudiera acaso ubicarse en la orilla de avalar, convalidar y proteger aquellos actos que lesionan un bien jurídico tan preciado como lo es el derecho al honor? Ciertamente que no, pues constituye un sofisma que la libertad de expresión

pudiera constituir un derecho absoluto. Por el contrario, las excepciones al ejercicio pleno de la libertad de expresión están predeterminadas normativamente[25] y al respecto, el Poder Judicial en los países del hemisferio representa un segmento base fundamental, en tanto es en el Derecho Interno de los países donde se agota la jurisdicción para una observancia plena de la libertad de expresión. En ese orden de ideas, los estándares de nuestro derecho prevalente, han de significar contrapesos frente a los posibles excesos en los tribunales nacionales. Eso es vital: en tanto los jueces constitucionales de los países miembro del sistema, manejen mejor los estándares de observancia y respeto por la libertad de expresión, mayor será el efecto de irradiación de este derecho y mayor la concientización hemisférica por la plena aplicación de este derecho.

En ese plano de reflexión, coincidiendo con Rodrigo Uprimny, una plena libertad de expresión, conocidos sus adecuados estándares, coadyuva a que los jueces tomen decisiones más garantistas, en tanto se refuerza el sistema de protección en su conjunto de los derechos vinculados a este derecho prevalente. De la misma forma, una observancia irrestricta de este derecho permite interiorizarnos en el concepto de que la Comisión y la Corte lleguen a los jueces antes que intentar que lleguen casos al sistema interamericano. Así logramos una redefinición de los tribunales de justicia y logramos armonizar las Constituciones de los países con los Tratados del sistema de protección. Como diría Víctor Abramovich, con estas acciones "acomodamos a los pasajeros con el orden constitucional".

El valor tolerancia nos dice, en suma, que resulta condición esencial para la plena libertad de expresión, la necesaria predisposición de todos los actores del sistema interamericano para asumir como expresiones en democracia, todo tipo de contenidos informativos, a excepción de los fijados por el artículo 13 de la Convención Americana.

APERTURA

El sentido teleológico de la apertura, en un contexto de plena aplicación del derecho a la libertad de expresión, exige asumir un sentido de progresividad material. Humberto Nogueira Alcalá[26] refiere a este respecto: ""Los derechos fundamentales (...) una vez incorporados al ordenamiento, son irreversibles y solo pueden desarrollarse de acuerdo al principio de progresividad."

Nuestra propuesta de apertura involucra que progresivamente la consagración del derecho a la libertad de expresión propenda hacia la permisividad de contenidos conceptuales y procedimentales de mayor alcance, esto es, a que las situaciones de restricción al ejercicio de este derecho, sean cada vez menores o sumamente excepcionales.

La evolución histórica de este derecho en el sistema interamericano nos brinda una descripción congruente con el sentido de apertura que proponemos como estandarte axiológico de la libertad de expresión. A su turno, la existencia de regímenes totalitarios y de por sí restrictivos, generaron innumerables mecanismos de censura previa, fundamentalmente de orden administrativo. La irrupción de los regímenes

[25] Vid supra 16.

[26] NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La interpretación constitucional de los derechos humanos. Ediciones Legales. Lima, 2009. Pág. 57.

democráticos, en forma posterior, aupados al contenido de amplia irradiación[27] de los derechos humanos, fue restringiendo la censura previa, acogiendo el sentido de responsabilidad ulterior previsto por el artículo 13 de la Convención Americana. En ese trayecto tuvo lugar, inclusive, la despenalización paulatina del tipo legal de desacato en muchos ordenamientos jurídicos del sistema interamericano. Más aún, existe una marcada tendencia[28] a que las opiniones, cual fuera su procedencia, no sean susceptibles de querellas o procesos penales de injuria, difamación y calumnia, sino que materialmente se consagre solo un procedimiento de responsabilidad civil que a su vez se ciña a determinados barómetros taxativamente descritos en forma previa por las leyes de la materia. En definitiva, la aplicación de un nuevo modelo procesal penal[29] en el continente, exige que solo cierto tipo de procesos penales relevantes lleguen a juicio oral, correspondiendo desestimar en el camino a aquellos procedimientos que no reúnen la condición de trascendentes para una decisión penal de fondo.

Podemos observar, en el sentido de los argumentos expuestos, que la apertura es un sendero de ida y no de retorno. La progresividad que caracteriza este derecho consagra en definitiva mecanismos de mayor apertura conforme evoluciona el sistema interamericano. La apertura resulta pues un valor clave pues la evolución del derecho a la libertad de expresión, materialmente traduce que las acciones de los Estados, vayan abriendo senderos de observancia y respeto por la libertad de expresión, y que en forma progresiva manejen estándares de mayor aplicabilidad.

La apertura que resulta implícita en un contexto de libertad de expresión plena exige, de la misma forma, una estrecha vinculación con los principios de transparencia y publicidad. A este respecto, nos dicen los Antecedentes sobre la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión[30] : "Este derecho cobra aún mayor importancia por encontrarse íntimamente relacionado al principio de transparencia de la administración y la publicidad de los actos de gobierno. El Estado, en este sentido, se constituye como un medio para alcanzar el bien común. Dentro de este contexto, el titular de la información es el individuo que delegó en los representantes el manejo de los asuntos públicos. El principio de transparencia lo que demanda es una posición servicial de la Administración, aportando aquella documentación que hubiera sido previa, correcta y claramente solicitada, en la medida en que no se encuentre temporalmente excluida del ejercicio del derecho." De esta reflexión nacen, en ejercicio de esa necesaria transparencia, los derechos de acceso a la información pública, como premisa base en un Estado Democrático, y de autodeterminación informativa, como la facultad de que los contenidos en registros de orden informativo, sean veraces y se ajusten a la realidad. Ambos derechos constituyen el ámbito de protección del proceso de habeas data[31] .

La apertura como mecanismo base aplicativo de la libertad de expresión implica, por contraste natural, ser confrontada con su contexto opuesto: situaciones de no apertura o restricción, es decir, circunstancias en las cuales, a raíz

[27] La doctrina alemana asigna un sentido de "Ausstrahlungswirkung" al efecto de irradiación de las normas constitucionales sobre todo el ordenamiento jurídico. Esta figura es plenamente aplicable a los derechos humanos, en tanto valores supranacionales.

[28] Informe Especial de la Relatoría de la Libertad de Expresión 2008. Capítulo IV. Párr. 64.

[29] Sujeto a rasgos adversariales y en el cual, los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción constituyen los valores base del nuevo sistema penal.

[30] Antecedentes Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Principio 4, párrafo 18.

[31] Los derechos de acceso a la información pública y la autodeterminación informativa gozan de protección constitucional en países como Brasil y Perú, en procesos constitucionales autónomos predeterminados para la tutela de dichos derechos.

del desarrollo jurisprudencial del artículo 13 de la Convención Americana, podamos identificar, con suficiencia y objetividad, escenarios de impedimentos formales y materiales a la libertad de expresión.

Un instrumento que por excelencia desarrolla el ámbito de restricciones excepcionales a la libertad de expresión, como hemos inferido liminarmente supra, es la Opinión Consultiva 0C-585, relativa a la Colegiación Obligatoria de Periodistas[32], instrumento en el cual se establece[33] : "El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas,
b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley,
c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y
d) Que esas causales de responsabilidad sean " necesarias para asegurar " los mencionados fines. (...)".

Los presupuestos materiales señalados constituyen una extraordinaria herramienta para que los ámbitos opuestos a la apertura en el ejercicio de la libertad de expresión, sean estrictamente predeterminados. Más aún, de la lectura de las exigencias para que prospere la validación de una restricción a la libertad de expresión, extraemos una referencia evidente al principio de proporcionalidad[34] , en tanto la intervención en la esfera del derecho a la libertad de expresión, requiere la acreditación de una medida idónea para el cumplimiento de un fin adecuado. De otro lado, exige que la medida de restricción impuesta sea la menos gravosa, pues de no haberse aplicado la vulneración menos grave, entonces deviene excesivo el impedimento formulado. A su turno, la ponderación implica que a mayor grado de intervención de un derecho opuesto a la libertad de expresión, tanto mayor debe ser la satisfacción de este último derecho. De ahí que en una forma aplicativa de pesos y contrapesos (checks and balances), podamos concluir que bajo un criterio de jerarquía móvil y en las condiciones "x. y, z" un derecho fundamental prevaleció sobre otro. Nótese aquí la aseveración precisa en el sentido de que no se trata de que un derecho humano sea más importante que otro, sino de la prevalencia condicionada casuística de un derecho sobre otro.

Adicionalmente, es pertinente advertir que[35] "La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituye una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados." En estricto, la no exigencia de colegiación para el oficio de periodista resulta de alcance distinto en relación a otras profesiones y es a través del concepto de progresividad en la apertura, que es necesario ponderar que la libertad de informar adquiere un status especial en la jurisprudencia interamericana y que todos los ciudadanos están en plena libertad de ejercer su derecho a la libertad de expresión y de modo especial, los periodistas,

[32] Consulta formulada por el Gobierno de Costa Rica, en el sentido de si existe pugna o no pugna o contradicción entre la colegiatura obligatoria como requisito indispensable para poder ejercer la actividad de periodista.

[33] Opinión Consultiva 0C-585. F.J.39.

[34] Método interpretativo que comprende los subexámenes de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto, respecto de las restricciones a los derechos humanos. Su aplicación jurisprudencial es amplia pues comprende fallos tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos(caso Kimel v. Argentina) así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunales Constitucionales alemán y español y la gran mayoría de Cortes Constitucionales de Latinoamérica.

[35] Cfr. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Artículo 6.

para quienes solo existe como restricción el conjunto de supuestos esbozados por el artículo 13 de la Convención Americana.

Apertura y progresividad resultan, a tenor de lo expresado líneas arriba, en dos valores intrínsecamente vinculados en tanto todos los signos materiales de progresividad en el derecho a la libertad de expresión- mayor existencia de medios de prensa, libertad de contenidos en general como medios de expresión, entre otros- exigen que las sociedades "abran" sus políticas de aceptación a la libertad de expresarse.

Los valores a que aludimos- pluralismo, tolerancia y apertura- representan, en nuestra propuesta, las pautas de acción mínimas de la libertad de expresión para su desarrollo pleno en el sistema interamericano. Dichos contenidos axiológicos son esencialmente realizables en los regímenes democráticos, en la medida que la democracia es la base de un Estado de Derechos Humanos, concepción nuestra a través de la cual consideramos la sustancial vinculatoriedad que el sistema interamericano representa para todos los actores del espacio continental.

II. AVANCES Y RETROCESOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO RESPECTO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

¿Hacia dónde va la libertad de expresión?

Sin duda podemos aseverar que la libertad de expresión va hacia estándares de plena aplicación. La experiencia aplicativa en el sistema interamericano nos dice, con consistencia, que existen avances sustantivos en la consolidación de una progresividad plena, cada vez en mayor grado, de la libertad de expresión. Sin embargo, frente a políticas de observancia de este derecho, coexisten igualmente actitudes aún hostiles hacia el pluralismo, así como actitudes de poca tolerancia hacia la plena aplicación de este derecho, y por último, existen acciones y omisiones ausentes, en términos de apertura, hacia los contenidos de amplitud que exige la libertad de expresión.

Pasemos revista, entonces, a un glosario de ideas sumilla, a modo de balance, no exhaustivo pero sí referencial, sobre los avances y retrocesos en materia de libertad de expresión.

Avances saludables en libertad de expresión

No podemos negar que existe un importante camino avanzado por el sistema interamericano en materia de libertad de expresión. Aún falta mucho más por trabajar y sistematizar. No obstante ello, es pertinente mencionar algunos de los sólidos avances en cuanto concierne a la evolución positiva de la libertad de expresión, optando por referirnos solo a un reducido conjunto de pasos en firme, de los muchos que por cierto existen.

Audiencias temáticas

Las audiencias temáticas impulsadas por la Relatoría de la Libertad de Expresión representan un esfuerzo importante por poner al día este derecho prevalente en el ordenamiento interamericano. Así lo

señala Lilia Ramírez[36] cuando manifiesta: "Ciertamente, ayuda mucho que mediante audiencias temáticas y periódicas (cada seis meses), la CIDH tenga la posibilidad de analizar los principales problemas de derechos humanos de los países integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y que escuche en estos foros tanto a los que demandan la violación o mayor atención de un derecho fundamental, como a los gobiernos e instituciones estatales que son los que deberían encargarse de su tutela, y cuya labor de garantía se encuentra cuestionada ante el pedido de audiencia."

Sustantivamente, las audiencias temáticas sobre libertad de expresión, coadyuvan mucho a que los Estados y la CIDH encuentren en la exposición frecuente de temas vinculados a este derecho, puntos en común, la mejor de las veces, y en otras tantas, procedan a diagnosticar qué es lo que no se está trabajando bien. Y el barómetro de esto último reside en los casos puntuales que son materia de denuncias por acciones hostiles contra la libertad de expresarse. Estas audiencias resultan entonces importantes diagnósticos pues a partir de las mismas, los Estados parte del sistema interamericano, están en condiciones de verificar cuáles son las falencias relevantes en la defensa de esta libertad prevalente por la expresión.

MAYOR PROTECCIÓN NORMATIVA

Es menester precisar que contamos con herramientas tuitivas para una plena aplicación de la libertad de expresión, inclusive superando los estándares que ostenta el sistema intereuropeo. Conforme señala Felipe Gonzáles[37]" La Corte ha asumido expresamente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es más protectora de la libertad de expresión que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, observando que "[l]a comparación hecha entre el artículo 13 [de la Convención Americana] y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana, fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de las ideas".

La cita de Gonzáles es precisa en términos comparativos puntuales y arroja una conclusión de suyo valedera: el sistema interamericano ha trabajado mucho más un perfil normativo tutelar de la libertad de expresión. En ese orden de ideas, los ciudadanos de los Estados parte del continente gozamos en abstracto de herramientas mejor diseñadas en su ámbito de protección.

En adición al artículo 13 de la Convención Americana, conforme ya hemos antes advertido, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, los Antecedentes de la misma y la Declaración de Chapultepec, permiten que tanto los Estados del sistema así como la Relatoría de la Libertad de Expresión en su función de apoyo a la CIDH, puedan contar con herramientas principistas que suponen un extraordinario conjunto de mandatos de optimización en

[36] RAMIREZ VARELA, Lilia. Libertad de Expresión en Perú ante la CIDH: El doble estándar y la aplicación selectiva de los controles gubernamentales. En Informativo Justicia Viva. Perú. 05 de noviembre de 2009.

[37] GONZÁLEZ MORALES, Felipe Censura judicial y libertad de expresión: sistema interamericano y derecho chileno. En GONZALES, Felipe. Ed. Libertad de Expresión en Chile. Universidad Diego Portales, Santiago.2006. Pág. 10

defensa de los ciudadanos del sistema.

IMPORTANTE DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Carlos Ayala Corao, en diversas conferencias magistrales, al invocar a Evan Hughes, a quien le atribuye la máxima "The Constitution is what the judges say what it is" (La Constitución es lo que los jueces dicen que es), alude con igual versación al concepto clave bifronte de existencia de los frentes nacionales e internacionales de defensa de los derechos humanos.

Los primeros parten de la premisa de que los derechos fundamentales son protegidos a través de sus Cartas Constitucionales, las cuales son fuente interpretativa en los conflictos en el Derecho Interno. Pero es en el frente internacional en donde con mayor énfasis se acopla una sólida valla jurisprudencial de fallos distintos que en conjunto forman un bloque de vinculatoriedad[38] para los casos de libertad de expresión que conozca el sistema y ello corresponde a decisiones de la Corte IDH que han marcado la ruta interpretativa en el tema de la libertad de expresión.

En forma breve y relevante, creemos importante destacar las líneas argumentativas de los casos que han emblematizado el desarrollo de la libertad de expresión en nuestro continente:

En el caso Olmedo Bustos v. Chile[39], caso la Última Tentación de Cristo, la Corte destacó que no se podía aplicar mecanismos de censura previa a raíz de una película que solo expresaba una concepción abstracta de ciertas tradiciones cristianas y que la censura administrativa constituía una forma de afectación de la libertad de expresión. En cuanto al caso Ivcher Bronstein v. Perú[40], la posición de la Corte consistió en que existió violación de la libertad de expresión del señor Ivcher, al habérsele cancelado la nacionalidad administrativamente, fuera de plazo y sin fundamento, con el propósito de excluirlo de la dirección de su canal, el cual venía informando críticamente sobre la actuación del gobierno de entonces.

A su turno, en el caso Herrera Ulloa v. Costa Rica[41], destacaron los argumentos de protección fiel en un diario costarricense local de determinadas afirmaciones publicadas en la prensa europea, que aludían a la reputación de un funcionario diplomático natural de Costa Rica, destacado en Bélgica. La Corte asumió que la reproducción de una información no significa la comisión de un delito y que la condena penal impuesta al afectado, violaba su libertad de expresión. En el fallo Ricardo Canese v. Paraguay[42], la Corte determinó que existía violación del derecho a la libertad de expresión del señor Canese, al haber sido éste condenado por el delito de difamación, a raíz de declaraciones que tuvieron lugar en la contienda electoral paraguaya de 1992.

El caso Palamara Iribarne v. Chile[43] enfatiza que se produjo igualmente afectación de la libertad de expresión al confiscarse la obra escrita del señor Palamara por parte del gobierno militar chileno, a raíz de sus críticas al Servicio de Inteligencia del país sureño. La Corte entendió que se produjo una seria afectación a la libertad de expresión pues el tema tratado en el libro era de orden público.

[38] Por oposición al concepto tradicional de bloque de constitucionalidad
[39] Corte IDH, caso Olmedo Bustos. Sentencia de 05 de febrero de 2001. Serie C. No. 73.
[40] Corte IDH, caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 06 de febrero de 2001. Serie C. No. 74.
[41] Corte IDH, caso Herrera Ulloa. Sentencia de 02 de julio de 2004. Serie C. No. 107.
[42] Corte IDH, caso Ricardo Canese. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C. No. 111.
[43] Corte IDH, caso Palamara Iribarne. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C. No. 135.

Un importante desarrollo argumentativo del principio de proporcionalidad tiene lugar en el caso Kimel v. Argentina[44] . El señor Kimel había publicado un libro en el cual criticaba la actuación de un juez argentino, a raíz del asesinato de unos religiosos durante la dictadura militar, atribuyéndole lenidad en su intervención. La Corte declaró que Kimel fue afectado en su derecho a la libertad de expresión, al haber sido condenado a un año de prisión y a una indemnización a raíz de sus críticas. Lo relevante del caso es la aplicación al caso concreto de los estándares de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a fin de destacar que no hubo excesos en la actividad informativa de Kimel.

SITUACIONES DE RETROCESO A SALVAR

Los pasivos en libertad de expresión aún son muchos. No es motivo de satisfacción señalar que aún subsisten fuertes carencias en el sistema de protección de la libertad de expresión. Sin embargo, la referencia a ellos nos sirve para interiorizar el mensaje de que es estas líneas donde debemos trabajar. Veamos algunos segmentos representativos.

Atentados a la libertad de expresión en general

Las afectaciones materiales contra la libertad de expresión se materializan en atentados de diverso orden y alcance. Conforme al punto 4 de la Declaración de Chapultepec, "el asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores, coartan severamente la libertad de expresión y de prensa. Estos actos deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad. "No podemos aquí sino lamentar la extensa lista de atentados contra la libertad expresión en todas sus formas[45] , guiados por impedir que los medios de prensa cumplan su labor. Las preguntas clave son: ¿Es contrario a la democracia, la pluralidad de medios? ¿Hacia dónde nos lleva esa intolerancia? ¿ Por qué cerrar la apertura informativa?

ASESINATOS DE PERIODISTAS

Los casos más álgidos de atentados contra la libertad de expresión, están representados por graves ataques en los cuales muchos periodistas han perdido la vida, convirtiendo esta profesión en una de las más riesgosas del mundo.

Los instrumentos normativos se han preocupado por advertir las obligaciones de los Estados frente a los asesinatos de periodistas y así los Antecedentes de la Declaración de Chapultepec[46] señalan: "Conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos de derecho internacional, los Estados tienen el deber de investigar de manera efectiva los hechos que ocasionaron el asesinato de periodistas y sancionar a sus autores. La Corte Interamericana ha sostenido que la investigación: Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad busque

[44] Corte IDH, caso Eduardo Kimel. Sentencia de 02 de mayo de 2008. Serie C. No. 177.

[45] Vid. Informe Especial de la Relatoría de la Libertad de Expresión 2008. Capítulo IV. Págs. 22 a 118.

[46] Antecedentes Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Principio 9, párrafo 40.

efectivamente la verdad".

A juicio nuestro, los casos de asesinatos de periodistas representan, como indicamos supra, los casos más graves de afectación a la libertad de expresión pues constituyen vulneraciones materiales al derecho a la vida. El asesinato para acallar una voz de protesta es un delito pluriofensivo pues no solo restringe la libertad de expresión, sino arrebata al ser humano el bien jurídico más preciado: la vida. En el ámbito interamericano, muy a pesar nuestro, México tiene la tasa más alta de asesinatos de hombre de prensa. Entre 1995 y 2005, 20 periodistas fueron asesinados en dicho país: En 2006, ocurrieron 9 asesinatos y hubo 1 desaparecido; en 2007, 3 asesinatos y 3 desapariciones; y en 2008, 4 asesinatos y 1 desaparición[47].

CIERRE DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Los cierres administrativos de medios de comunicación se producen de modo muy sutil en tanto, en una suerte de monitoreo, no se suelen renovar las licencias de operatividad de estaciones de radio y televisión, sin razones aparentes. Ello se produce en función a la línea informativa de los medios de prensa, según sea crítica o no de las políticas de gobierno de los Estados. El cierre de Radio Caracas Televisión RCTV[48] es emblemático por el contexto mediático de cierre. De igual forma, la situación de presión contra Globovisión de Venezuela, es preocupante pues a pesar de las medidas cautelares a su favor[49] , diversas agresiones privadas no han cesado. Adicionalmente, en el país llanero, con fecha 31 de julio de 2009 se produjo el cierre de 34 emisoras, las cuales debieron cesar sus transmisiones de modo inmediato. Los motivos no fueron explícitos.

IMPUNIDAD DE AGRESORES

El contexto de impunidad de las agresiones contra ciudadanos, periodistas y medios de prensa en el ejercicio de su libertad de expresión, es igualmente preocupante. La impunidad puede advertirse de dos formas: o no se ejecutan investigaciones debidas en estos casos de lesa agresión a la libertad de expresarse, o si se producen enjuiciamientos, éstos no concluyen dentro de plazos razonables. Múltiples ejemplos de estas situaciones[50] se reproducen en el Informe 2008 de la Relatoría de la Libertad de expresión y la cantidad de casos que solo en el 2008 han ocurrido, nos persuaden de la urgente necesidad de reposicionar el concepto de sanción oportuna. En caso contrario, cierto es aquel adagio que reza "justicia que tarda, no es justicia".

Reflexión final: ¿Podemos pautear la libertad de expresión?

En este segmento que con propiedad llamaríamos el quehacer de una larga conclusión nos corresponde interrogarnos, a este nivel de nuestro estudio, si podemos manejar estándares de libertad de expresión a modo de un catálogo de pautas para los Estados parte en general, las instituciones públicas y privadas vinculadas a la libertad de expresión y en forma sustancial, para los jueces de derechos humanos que forman parte del sistema interamericano.

Nos aventuramos a una respuesta plenamente positiva en la medida que la interiorización de la libertad de expresión

[47] Vid. Informe Especial de la Relatoría de la Libertad de Expresión 2008. Capítulo IV. Págs. 79 a 80.
[48] Televisora cerrada el 27 de mayo de 2007, después de 53 años (sic!!!) en el aire.
[49] Corte IDH. Resolución del 29 de enero de 2008. Medidas provisionales respecto de la República Bolivariana de Venezuela. Asunto de la Emisora de Televisión "Globovisión"
[50] Vid. Informe Especial de la Relatoría de la Libertad de Expresión 2008. Capítulo IV. Págs. 22 a 118.

como derecho ancla y pluriactivo del ordenamiento interamericano, representa el necesario engranaje para la plena aplicación de otros derechos subyacentes a la facultad de expresar nuestras ideas.

Resulta sumamente ambicioso hablar de un pauteo de la libertad de expresión. Sin embargo, procuremos ubicarnos en el plano de los imperativos categóricos kantianos, estrechamente vinculados a la moral, e imaginemos que los Estados parte del sistema interamericano asumen estándares operativos para una plena materialización de la libertad de expresión. ¿Es ello irrealizable? Creemos que, a riesgo de terquedad, si bien no podemos en estricto sustentar reglas procedimentales, sí podemos aludir a un conjunto de pautas de acción para una mejor aplicación de los estándares de la libertad de expresión, sentido valorativo en el cual nuestras propuestas de pluralismo, tolerancia y apertura asumen un sentido protagónico.

En consecuencia, dichas pautas de acción pueden ser esbozadas en la siguiente forma:

1. La implementación del derecho a la libertad de expresión en el Derecho Interno de los países del sistema interamericano es una exigencia impostergable y en esa línea de ideas, los valores matrices son pluralismo, tolerancia y apertura.
2. Las acciones por la libertad de expresión deben concebir la existencia de un doble frente: los frentes nacionales, en donde debe promoverse entre los jueces nacionales un adecuado conocimiento de los estándares jurisprudenciales de la Corte y las decisiones cuasi.-jurisdiccionales de la Comisión, para su aplicación en el Derecho Interno de los países, a fin de crear un activismo judicial ponderado. A su turno, el frente internacional resulta subsidiario por naturaleza. Es en este último donde se han producido avances sustantivos y materiales respecto a la libertad de expresión y corresponde seguir trabajando en ello.

3. El control de convencionalidad en relación a los estándares de la libertad de expresión, debe significar la concientización de la vinculatoriedad de los fallos jurisprudenciales de la Corte Interamericana. A este respecto, la operatividad y el control de adecuación deben fijar como valores ancla los sentidos interpretativos más importantes en el sistema interamericano sobre libertad de expresión, asumiendo como previsión el aforismo anglosajón "Good cases make good law" (los buenos casos hacen buenas decisiones).

4. La labor de todos los actores del sistema interamericano debe apuntar a un trípode de acciones para la defensa de la libertad de expresión: recopilar todos los casos de afectación a este derecho, diagnosticar las vulneraciones producidas en cada caso y recomendar a los Estados, las acciones necesarias a tomar para evitar se repitan las agresiones. La Relatoría de la Libertad de Expresión cumple estos roles idóneamente pues anualmente recopila las agresiones a la libertad de expresión, país por país, resumiendo y al mismo tiempo diagnosticando qué se debe hacer al respecto. En adición a ello, se producen continuas audiencias temáticas en diversos Estados para un contacto directo con los actores del sistema, entre ciudadanos, entidades no gubernamentales y Estados.

Estos mecanismos deben continuar.

5. Igualmente, juega un rol fundamental la previsión de una mayor difusión de la libertad de expresión en todos los ámbitos educativos y ésta es tarea vital de los Estados, los cuales desde los niveles iniciales de educación hasta las más altas esferas de formación, deben implementar una cultura de los derechos humanos en su sentido más amplio. Si esos ciudadanos se forman en una cultura de respeto irrestricto por los derechos humanos en general y de la libertad de expresión en particular, creemos que habrá menos atentados y agresiones a la libertad de expresión. Las herramientas normativas ya existen. Igualmente, una frondosa jurisprudencia tuitiva constituye una pléyade de conceptos tutelares de la libertad de expresión. El reto es concienciar a más ciudadanos de ese requerimiento histórico que implique aplicar, ejercer y vivir la libertad de expresión día a día.

NECESARIO COLOFÓN

El trajín de vivir día a día el sistema interamericano en sus múltiples expresiones, desde las aulas universitarias en las cuales los derechos humanos antes que una asignatura son una vivencia profundamente axiológica, o bien a través de las controversias jurídicas vinculadas a los derechos fundamentales en las cuales los casos judiciales son patrocinados en el objetivo de lograr la tutela de la justicia, o en su caso, si se vivencia el sistema de trabajo de defensa de los derechos humanos en los pasillos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington D.C. o en los estrados de la Corte Interamericana en San José, son vivencias que nos persuaden de que la tarea de defensa de los derechos humanos antes que una ocupación es un compromiso de fidelidad con la esencia de nuestra condición de personas. Y en ese horizonte tutelar, la libertad de expresión juega un rol de derecho humano protector base, por los múltiples derechos humanos conexos que se cobijan bajo su seno y sin cuyo manto de protección, solo constituirían expresiones de buena intención, mera inspiración de los legisladores e intérpretes, sin espíritu ni vocación de concreción material.

Reafirmamos pues que el pluralismo, la tolerancia y la apertura, como valores base de la libertad de expresión, constituyen el plexo axiológico sobre el cual ha de desarrollarse la libertad de expresión. Se trata de una exigencia histórica, sin la cual el sistema interamericano no cumpliría su función tutelar. En atención a ello, no basta la proclama moral de nuestro ensayo al proponer un trinomio de valores, sino un espíritu de acción para conducir a buen puerto la realización plena de la libertad de expresión. En ello se resume nuestro compromiso con la historia de los derechos humanos.

Seamos concientes, por último, de que la tarea de defensa de la libertad de expresión es un contexto permanente de idas y venidas, de pasos firmes en defensa de este derecho tutelar, y de indeseados retrocesos que nos toca combatir. Advirtamos pues que ese "eterno retorno", generado per se y en cual la vida de las personas es fugacidad, nacimiento, duración y muerte, involucra una lucha permanente y sin término por la defensa de la libertad de expresión. Nuestra lucha entonces ha de ser hoy, mañana y siempre.

ANTE EL DESPIDO EN EL RÉGIMEN DE LA ACTIVIDAD PRIVADA: ¿PROCEDE EL AMPARO LABORAL ANTE LOS JUZGADOS CIVILES O EL PROCESO ORDINARIO LABORAL ANTE LOS JUZGADOS LABORALES?

JACQUELINE RODAS SÁNCHEZ
SECRETARIA DEL SEGUNDO JUZGADO LABORAL DE CHICLAYO
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD.

I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

En los Juzgados laborales de Chiclayo, existe una gran problemática en el planteamiento de las demandas, cuando se trata de una persona- por decirlo en términos sencillos- "despedida del trabajo": no saben si recurrir a los Juzgados laborales o vía proceso de amparo ante los Juzgados Civiles.

Es el caso que en los Juzgados Laborales se solicita la reposición de trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, hasta por causales no previstas en el Decreto Supremo 003-97 TR; como si se tratara de procesos de amparo, declarándose infundadas sus demandas.

Sucede también que al interponer un proceso de amparo ante los Juzgados Civiles, es rechazada la demandada, por carecer el proceso de amparo de etapa probatoria y los remiten a la vía ordinaria laboral, sin percatarse que para la causal invocada no existe prevista la reposición en la vía ordinaria laboral, que es justamente el propósito del demandante- su reposición-.

II.- INTRODUCCIÓN:

Debo partir señalando que la norma que regula el despido, en el Régimen de la actividad privada es el Decreto Supremo 003-97-TR, Ley de la Productividad y Competitividad Laboral, que regula, tanto el despido nulo como el despido arbitrario.

Es el Precedente Vinculante, recaído en el Proceso de Amparo, Expediente 0206-2005 –PA/TC, seguido por César Antonio Baylón Flores, que establece los criterios, la vía procedimental específica y reglas procesales aplicables para la dilucidación de controversias laborales de carácter individual, sea en el ámbito laboral privado o en el público. Dicho precedente es de vinculación a partir de su publicación, por tanto, es de observancia de todo Juzgador.

III.- EL DESPIDO EN EL DECRETO SUPREMO 003-97-TR, LEY DE LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL

3.1.-Para el caso del Despido Nulo:

Es el despido que se basa en una causa ilícita, y tiene un sistema cerrado de calificación, establecido en el artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR, señalándose las siguientes causales:

a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;

b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;

c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que

configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25;

d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;

e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa."

Para estas causales, si la demanda es amparada, el trabajador es repuesto a su Centro de Trabajo.

3.2.-Para el caso de Despido arbitrario:

Conforme a lo normado en el Artículo 34 del Decreto Supremo 003-97 TR., el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, y tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido, equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones.

NO cabe la reposición en el trabajo.

IV.- OTROS DISPOSITIVOS LEGALES QUE NORMAN EL DESPIDO NULO:

Del mismo modo son nulos los despidos del trabajador por razones de ser portador de Sida, normado en la Ley 26626; por razones de discapacidad según Ley 27050 y al que resulta agente de actos de hostigamiento sexual, según Ley 27942.

Cuando surja este tipo de causales también resultan de competencia los Juzgados Laborales.

V.- EL DESPIDO EN EL PROCESO DE AMPARO.

En el caso de lesión a los derechos fundamentales ocasionados por el despido, el amparo constitucional es el cauce procesal específico para su tutela, especialmente en el caso de aquellos cuya protección no pueda obtenerse mediante la acción de nulidad de despido, por no encontrarse comprendidos en la enumeración cerrada- y limitativa- que formula la ley laboral [1], antes indicada.

Un ejemplo donde se advierte la necesidad de recurrir al amparo es cuando una persona ha sido despedida bajo la alegación de que la Empresa para la cual labora señala que ya no tiene presupuesto para solventar el pago; sin embargo después de su salida contratan a otras personas. Entonces como abogado analizo, y digo, tengo dos vías: La vía ordinaria laboral, ante los Juzgados Laborales, que en Chiclayo son cuatro Juzgados; y otra el Proceso de Amparo ante los Juzgados Civiles.

[1] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "El despido en el Derecho Laboral Peruano". 2ª Edición-2006, ARA Editores, p. 371

Si analizo la vía ordinaria laboral, específicamente el Decreto Supremo 003-97 TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, si yo quiero que me repongan en el trabajo, tendré que ir vía despido nulo, ya que si voy por la indemnización por despido arbitrario, sólo tendré resarcimiento monetario, mas no la reposición en mi trabajo. Es así entonces que revisando las causales previstas en el artículo 29 del Decreto Supremo 003-97-TR no me encuentro dentro de tales causales, ya que no me han despedido, ni por pertenecer a un sindicato, ni por haber sido representante de los trabajadores, ni por estar embarazada, ni por ninguna de las causales descritas en dicho artículo. Es aquí que se requiere recurrir al proceso de amparo ya que la vía ordinaria laboral no es idónea para la protección de mi derecho lesionado.

Es así, que cuando la vía judicial ordinaria no sea la vía posible para obtener la reposición en el trabajo, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición, así lo establece el Precedente vinculante, plasmado en la Sentencia del Tribunal Constitucional del 28.11.2005 (Exp. Nº 0206-2005-PA/TC, Huaura-Perú, demandante: César Antonio Baylón Flores).

En el caso específico del proceso de amparo, en cuanto a su ámbito objetivo material, este proceso está habilitado para la tutela de todos los derechos fundamentales, por lo que en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales.

Es con la vigencia del Código Procesal Constitucional, que se establece, entre otras cosas, la subsidiaridad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo. En efecto, conforme al artículo 5º, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, no proceden las demandas constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado[2].

VI.- TIPOS DE DESPIDOS CONTEMPLADOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC):

6.1.- Despido Incausado.

Se produce cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique. Este concepto ha sido establecido, en un proceso tramitado vía proceso de amparo, Expediente número 1124-2002-AA/TC, caso Telefónica).

6.2.-Despido Fraudulento.

Este tipo de despido no está contemplado expresamente por la normatividad laboral vigente, pero ha sido analizado y sancionado por el TC (y que, de acuerdo al TC, tiene un precedente inicial

[2] Fundamento 3 del Precedente Vinculante recaído en el Exp. Nº 0206-2005-PA/TC

en la Sentencia recaída en el Expediente número 628-2001-AA/TC).

En este supuesto, o bien el empleador imputa una causa justa inexistente o basada en pruebas fabricadas o imaginarias, o bien, coacciona bajo diversos medios al trabajador para dar por concluido el vínculo laboral (renuncia o mutuo disenso con "Vicio de la voluntad"), o también acusa faltas no previstas legalmente vulnerando el principio de tipicidad.[3]

Como se ha anotado estos conceptos no se encuentran plasmados en el Decreto Supremo 003-97-TR, sino que provienen de procesos de amparo.

VII.- CONCLUSIONES:

1.-Cuando se recurra al proceso de amparo, por no ser satisfactoria la vía ordinaria laboral, deberá precisarse detalladamente en ese sentido la demandada, a efectos de que no sea rechazada la demanda.

2.- En relación a las causales previstas en el articulo 29 del Decreto Supremo 003-97 TR, con vista del amplio espectro normativo, si bien el Juzgador laboral, no se encuentra del todo limitado por dichas causales- ya que tiene dentro de sus facultades la aplicación del "Control Difuso"- esto es, declarar la inaplicabilidad de un precepto legal o de inferior jerarquía que sea contrario a la Constitución, cabe preguntarse si sería conveniente ello, o es que se afectaría la predictibilidad de las sentencias.

La predictibilidad, permite tener cierta certeza sobre el resultado final del proceso y permite optar por iniciar o no un determinado proceso laboral, esta capacidad de predicción en el proceso laboral, de intuir el resultado de su pretensión, se da por la jurisprudencia laboral; sin embargo, si se comienza a aplicar el control difuso esta predictibidad se perdería ya que estaríamos en la incertidumbre de saber cuál será el criterio que aplicará el Juzgador a cargo del proceso.

Queda abierta así la disyuntiva si resulta beneficiosa la aplicación del control difuso en los Juzgados laborales, para todo caso de despido o debe seguirse ventilando el despido, tanto en la vía ordinaria laboral como en el proceso de amparo, o mejor aún- para evitar confusiones- debe ampliarse el artículo 29 del Decreto Supremo 003-97R, y considerarse como despido nulo a todo despido ya sea que no tenga causa justa o ya sea fraudulento; y no sólo a los que hasta ahora se considera.

[1] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Instituciones del Derecho Laboral". 2ª Edición- 2005. Gaceta Jurídica S.A. P.519.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENCIÓN DE DELITO

EDGARDO TORRES LÓPEZ
JUEZ DE LA PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

1. Antecedentes. 2. Breve Diagnóstico. 3. Soluciones Ineficaces. 4. Políticas Públicas de Prevención 5. Prevención en los Municipios.

SUMARIO.

En el Perú y en la mayor parte de países de América Latina, cada día se sufre el incremento de delitos y graves crímenes; la comisión de asesinatos, asaltos, robos, tráfico ilícito de drogas, van en aumento. Las razones son la forma ineficiente de organización social, los anti valores que prevalecen y la falta de éxito en la prevención del delito. En realidad no existen políticas públicas de prevención al delito, como en Finlanda, Noruega y Suecia. Tampoco existen programas de educación ciudadana exitosa y promoción a los deberes y derechos humanos a gran escala; asimismo no se cumple el principio de coordinación interinstitucional entre todas las entidades públicas y privadas, para lograr la meta de eliminar o reducir los delitos y crímenes, asumiendo el reto que cada ciudadano, funcionario o autoridad, sea promotor y defensor de los deberes y derechos humanos.

PALABRAS CLAVE

1. Delito 2. Virtudes. 3. Políticas Públicas. 4. Derechos Humanos. 5. Prevención.

In Peru and in most of countries of Latin America, each day suffers themselves the increment of crimes and serious crimes; the commission of murders, robberies, illicit traffic of drugs, they are on the rise. The reasons are the inefficient form of social organization, the no values that prevail and the lack of success in the prevention of the crime. In reality there are not public politics of prevention to the crime maintained in the time, as in Finlandia, Norway and Sweden. Neither programs of successful civic education exist and promotion to them you owe and human rights to great scale; likewise itself does not comply the principle of inter institutional coordination between all the private and public companies, to achieve that of goal to eliminate or to reduce the crimes and crimes, assuming the challenge that each citizen, official or authority, be developer and defender of them owe and human rights.

KEYWORDS

1. Crime 2. Virtues. 3. Political Public. 4. Human Rights. 5. Prevention.

POLITICAS PÚBLICAS DE PREVENCIÓN DE DELITO.

1.- Antecedentes.-

Con el surgimiento de la sociedad, surge el progreso, el bienestar, la educación, pero también el delito.

El delito es un acto u omisión, tipificado

en la ley penal, que vulnera un bien jurídico protegido por la sociedad. El crimen es un delito grave.

¿Cuales son las causas de la comisión de delitos? Son diversas causas sociales y psicológicas; pobreza moral, cultural y económica; marginación, abandono familiar, escasa o nula educación cívica.

Una de las causas más notorias de los delitos son los vicios en la formación moral de las personas; o en otros términos, el desconocimiento y la falta de práctica de las virtudes.

Las virtudes son potencias humanas, que por constancia adquieren formas estables de actuación denominadas hábitos; si son positivos se llaman virtudes; si son negativos, se denominan vicios.

La virtud, por tanto es una cualidad positiva, que forma buenos hábitos, inclinando a la persona a pensar, hablar y obrar bien.

Las virtudes morales, protegen y perfeccionan la conducta de las personas. Aristóteles descubrió que las virtudes principales son cuatro: La prudencia, justicia, fortaleza y templanza[1].

La prudencia es la virtud que dispone la razón práctica para discernir - en toda circunstancia - el bien, eligiendo los medios justos para realizarlo.

La justicia es la virtud que nos inclina a dar a Dios y al prójimo lo que les es debido, tanto individual como socialmente.

La fortaleza es la virtud que en medio de las dificultades asegura la firmeza y constancia para practicar el bien.

La templanza es la virtud que refrena el apetito de los placeres sensibles e impone moderación en el uso y consumo de los bienes.

Los delitos como vicios se contraponen a las virtudes; así como las tinieblas al sol; y una solución para salir de la oscuridad de los vicios y de los delitos, es encender la luz de las virtudes.

En resumen los delitos son vicios contrarios a la moral y a la ley penal; son un fenómeno sociológico, psicológico, cultural y económico; que tiene solución, no solo mediante las sanciones de la ley, sino en un conjunto interdisciplinario de medidas que aborden sus causas[2].

Los delitos cunden en la injusticia, el desorden en la ausencia de valores morales, en el afán de dinero fácil, en la falta de respeto a la dignidad de las personas.

Incentiva la comisión de delitos el defecto o la ausencia de autoridad; el vicio del alcohol, drogas, juegos; la corrupción; el predominio excesivo del capital sobre el trabajo y la dignidad humana, ya sea con forma de socialismos o capitalismos extremos; el abandono familiar y la marginalidad.

Además los delitos como una gangrena avanzan con la injusticia; cuando no existe sanción efectiva a los responsables o se condena a inocentes; aumentan cuando existen profundos desequilibrios sociales culturales y económicos; cuando faltan oportunidades educativas, laborales,

[1] Juez de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte

[2] Se denominan cardinales, por son la clave o fundamento de otras virtudes.

culturales, deportivas, artísticas; o el Estado es burocrático e ineficiente, por falta de políticas públicas y buen gobierno; por el conformismo de los pobres y la indiferencia de los ricos que relumbran de fama, bienestar y placer, pero generando resentimiento, violencia y división.

3.- Breve diagnóstico.-

Los índices de criminalidad, los actos delictivos, crecen día con día, en los países denominados subdesarrollados, pero también en los denominados desarrollados con algunas excepciones.

En Lima como en otras grandes capitales de América Latina cada día se sufre el incremento de asesinatos, asaltos, robos, tráfico ilícito de drogas, y otros crímenes que van en aumento.

La acción delincuencial ha llegado a límites que el Estado no es capaz de controlar. Estadísticas estimadas en la ciudad de Lima, reportan aproximadamente 5,000 actos delictivos en forma diaria.

Los distritos de La Molina y Surco en la capital de la República, según reportes de la Policía Nacional del Perú (PNP), lideran la lista de lugares en los que producen robos a viviendas, de vehículos y violentos asaltos a la salida de los bancos, modalidad conocida como 'marca' es decir el seguimiento y asalto a un portador de una suma de dinero[3].

Esto podría decirse que ocurre en todas los países del mundo; sin embargo en Finlandia, Noruega e Irlanda por ejemplo, los delitos y crímenes se han reducido a mínimos que no alcanzan el 0.1%. de su población ¿Por qué motivo? Por aplicación de políticas públicas eficaces, sostenidas en el tiempo; educación ciudadana de calidad, prevención, y promoción a los deberes y derechos humanos; desarrollo social, cultural y económico; sistema de justicia oportuna, eficiente y efectiva; control ciudadano y una serie de factores de planificación y buen gobierno, que posibilitan alcanzar los éxitos requeridos.

En esto es importante la coordinación interinstitucional de las entidades públicas y privadas, que se imponen la meta de eliminar o reducir los delitos y crímenes. Todos asumen el reto con identificación, fortaleza y convicción: Ser promotores y defensores de los deberes y derechos humanos; asimismo contribuir con la prevención del delito y la educación ciudadana; por algo Víctor Hugo hace más de 200 años decía: Abrid escuelas y se cerrarán las cárceles.

4.- Soluciones Ineficientes.-

Por lo general el ciudadano común, piensa que para disminuir la comisión de delitos se deben incrementar las penas, hasta la cadena perpetua e incluso la muerte. Dichas propuestas a lo largo de la historia, no han logrado los objetivos pretendidos. Los delitos siguen en aumento, como una epidemia casi imposible de sanar. El entorno social delictivo avanza, incluso contaminando parte de las instituciones encargadas de perseguirlos.

De otro lado, algunos gobiernos y funcionarios públicos, consideran que la

[3] Como planteamiento práctico el médico Pérez Albela, propone por ejemplo la enseñanza intensiva de instrumentos musicales a los jóvenes como una forma de evitar el vicio de los hurtos y robos.

[4] Diario Perú 21. Edición del 30 de Noviembre de 2009

solución es construir mayores cárceles, lo que resulta un gran error. Pocas son las personas que se re educan y re socializan en los diferentes penales. Un gran número según las estadísticas vuelven a reincidir, caen nuevamente en el ámbito delincuencial y con frecuencia en los mismos vicios: Violaciones, robos, estafas, homicidios.

Amén que la mayoría de cárceles no cumplen los fines por las que han sido creadas.

Más cárceles y mayor número de penas, no logran los resultados esperados; con frecuencia los que han delinquido tienen odio a la sociedad por las sanciones impuestas y por la forma cómo han sido tratados, y se vuelven más duros, más fieros, en las escuelas del delito.

Esto significa, que las penas privativas de la libertad son medidas cautelares en determinados casos necesarias, pero que no garantizan la solución al problema del crimen.

Como algo paradójico, existen personas que delinquen continuamente y que han tomado las cárceles como una manera de vivir; saben que en prisión, tendrán comida y techo seguros; esparcimiento, cómplices, y hasta la posibilidad de integrar grupos para perfeccionar sus delitos; por eso delinquen reiteradamente y provocan su confinamiento.

Otro grave problema es la creencia, que el combate a la delincuencia es solo responsabilidad de policías, fiscales, jueces, y del sistema penitenciario. Este es un grave error de planteamiento que genera consecuencias de políticas públicas deficientes y una sobre estimación de resultados respecto al cambio de normas procesales o sistemas jurídicos. Al final los costos son exorbitantes para los resultados obtenidos.

La delincuencia es una grave epidemia, que todo el Estado y la sociedad, deben evitar se propague, procurando hacerle frente con todos los medios legales. Se debe invertir principalmente en la prevención, que en la sanción. Las Cámaras de Comercio, Sociedades Mineras, Bancos, grandes, medianas y pequeñas empresas, urbanizaciones, deberían tomar conciencia de la gravedad del problema y no solo invertir en su propia seguridad, sino en la prevención general de los delitos y crímenes que afectan a todos.

La realidad es que la justicia estatal, no se da vasto para controlar y juzgar la cantidad de delitos existentes; solo el 10 % son denunciados por el Ministerio Público y juzgados por el Poder Judicial con los resultados, demoras e ineficiencia conocidos; además como se dijo, la mayor parte de veces, los detenidos y sancionados, nuevamente delinquen.

De otro lado, la legislación procesal penal, solo prevé la existencia de procesos impulsados por el Poder Judicial; sin embargo la Constitución Política del Estado, reconoce la justicia comunal; y extensivamente la existencia de la justicia municipal y penal-administrativa, con pleno respeto a los derechos humanos, especialidades que deberían ser fortalecidas y promovidas.

Aún cuando la justicia no sea del todo eficaz, como decía Fedor Dostoievsky: No existe crimen sin castigo ; sin embargo el crimen no es solo un asunto de conciencia

sino un grave problema social, que requiere de soluciones eficientes, eficaces y efectivas en el plano social; para ello todas las autoridades y los ciudadanos deben unirse, para coordinar y trabajar en conjunto para prevenir la comisión de delitos.

4.- Políticas Públicas de Prevención. -

Es urgente para todas las autoridades y ciudadanos, cumplir y hacer cumplir la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que sostiene que la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

Asimismo, que la Declaración de los Derechos Humanos son un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Y principalmente cumplir el artículo 1 de la Declaración que establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

En este marco es una obligación esencial del Estado, promover políticas públicas efectivas de prevención al delito.

Prevención debe ser la idea clave y motriz; Prevenir, preparar y disponer con anticipación, la organización social y estatal, para evitar la comisión de actos delictivos.

La prevención es la alternativa más eficaz y menos costosa. Para ello debe instrumentarse programas dirigidos a los internos y a todos los jóvenes y ciudadanos, especialmente los que viven en situaciones de riesgo y vulnerabilidad.

La prevención debe comenzar en el hogar, continuar en la escuela; el barrio, el municipio, y el Estado; si no se previene, los delitos surgirán en el contexto familiar y barrial, entre parientes, vecinos y conocidos; en todos los estratos sociales, especialmente en los más deprimidos.

La prevención se puede clasificar en:

a- Reducción de oportunidades.- Qué hace más difícil y menos beneficioso la comisión de delitos

b- Desarrollo moral, cultural y social: Reducción de aquellos factores sociales y culturales que predisponen a las personas a transformarse en potenciales delincuentes.

A veces se considera que la prevención del delito es una cuestión de responsabilidad de la Policía, del Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo; sin embargo, distintos estudios han demostrado que la prevención y el control, es responsabilidad de todos; que no existe corrupción, sin corruptores; que si todos somos solidarios con las víctimas, disminuirán los agresores.

En esto último programas preventivos no estatales, como los que impulsan las Asociaciones Pro Naciones Unidas; Promotores de Derechos Humanos, Red Judicial Latinoamericana, Rotarios, Clubes de Leones, Boy Scouts, Gran Fraternidad Universal, congregaciones culturales, sociales, deportivas; logias, hermandades, generan resultados positivos que podrían ser potenciados, con unión, coordinación y planes conjuntos.

Siguiendo esta lógica, instituciones de servicios educativos, sociales, cámaras de comercio, clubes deportivos, asociaciones culturales e iglesias- son alianzas importantes en los esfuerzos de prevención del delito a partir de la formulación de políticas específicas.

Es así que desde la perspectiva de la prevención social, se puede generar políticas públicas de seguridad ciudadana orientada a reducir los factores de riesgo asociados al delito (Ej. violencia familiar, barrial y social, exclusión, disponibilidad de armas de fuego) y aumentar los factores de protección (Valores y virtudes morales, contención familiar, educación exitosa, formación laboral, etc.).

5.- Prevención en los Municipios.-

Los gobiernos locales, tienen una función importante en la prevención del delito, que comprende todas aquellas acciones que impidan o eviten la comisión. Dichos programas se diseñan con el objetivo de:

I. Reducir y controlar los factores de riesgo y las variables asociadas con el aumento del delito, y fortalecer las barreras de ingreso.

II. Disuadir la comisión de delitos aumentando la probabilidad de arresto y trabajo compulsivo.

III. Reducir y controlar las variables asociadas con la localización del delito en un determinado lugar o zona.

Un gran foco de prevención, deben ser los Gobiernos Locales; los serenazgos pro activos, la policía municipal; la fuerza de control civil .

La experiencia en la legislación comparada, en la disminución del delito en la ciudad de Nueva York, por ejemplo ha demostrado que se requiere la participación de toda la sociedad, no solo de la policía y del sector público, para contrarrestar el flagelo de la delincuencia.

Se requieren decisiones efectivas urgentes, en los planos políticos, pedagógicos y punitivos, para contrarrestar el flagelo de las faltas y delitos y crímenes, empezando por los casos menores. La acción municipal es importante, en ese sentido.

Pequeñas acciones, pueden lograr grandes resultados, caso de la buena iluminación de las calles, el borrado de grafittis con símbolos violentos, la promoción del trabajo remunerado para jóvenes, la instalación

de observatorios, cámaras de video, promoción a la educación ciudadana y la difusión constantes de deberes y derechos humanos, contribuyen positivamente a la disminución de los delitos.

Se debe trabajar intensamente en la conversión de pandillas barras bravas y sectores adictos al vicio en asociaciones y empresas juveniles.

Una propuesta clara de solución es constituir diversos Centros Municipales, para impulsar buenos hábitos y toda la gama de expresiones positivas de la juventud en las Municipalidades del país y de Latinoamérica.[4]

Se requiere una alianza muy firme entre el Ministerio Público, los gobiernos locales y el Poder Judicial, para descentralizar la justicia en los Municipios y Agencias Municipales, con principios de oportunidad, celeridad y eficacia; con pleno respecto a los derechos humanos y las garantías del debido proceso.

Los procesos judiciales en los municipios, pueden realizarse en forma sumarísima; las sanciones se cumplirán en los centros de juveniles para el efecto.

Para la prevención del delito en el Perú, existen suficientes normas legales, empezando con el artículo 1 de la Constitución Política del Estado que ordena; La defensa de la dignidad de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el estado.

Asimismo los siguientes artículos de la Constitución Política.

Artículo 14 - La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos, son obligaciones en todo el proceso educativo civil o militar. (Tercer párrafo)

Artículo 44.- Son deberes primordiales del Estado: ....garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Ley 27741 de 09 de mayo de 2002.- Que obliga la difusión y enseñanza sistematizada y permanente de la Constitución Política del Perú, los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en todos los niveles del sistema educativo civil o militar, educación superior, universitaria y no universitaria.

Plan Nacional de Derechos Humanos 2006- 2010, aprobado por Decreto Supremo 017-2005-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de diciembre de 2005

El artículo 1.2. establece que los deberes positivos de difusión y cumplimiento de las normas de derechos humanos comprenden a todo empleado público y personas que prestan servicios al Estado bajo cualquier modalidad.

En este marco sería recomendable organizar Mesas de Promoción a la Justicia y Desarrollo en todos los distritos y provincias del país y de América Latina, con el objetivo entre otros, de promover políticas eficaces de prevención al delito, en el marco del Estado Constitucional de Derecho, y la integración iberoamericana.

Es necesario por ello, que las autoridades de todos los niveles y sectores, contribuyan

[4] Un ejemplo de esto es la existencia del Palacio de la Juventu en el Distrito de Los Olivos en Lima Norte.

a promover una cultura de respeto a los deberes y derechos humanos; de educación ciudadana; y motivación pacífica, formando una gran red de promotores del desarrollo.

Una forma de promover y difundir los valores que sustentan la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el impulso legal a los programas de promotores de derechos humanos, con fines esencialmente educativos en las instituciones públicas, con la participación de voluntarios de la sociedad civil.

La fijación de los objetivos, metas, actividades y responsabilidad de los programas de promotores de derechos humanos debe estar a cargo de comisiones que se formen en todas las instituciones públicas y privadas, aprobando un plan de actividades de prevención en el marco de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Constitución Política del Estado, Ley 27741 y Plan Nacional de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

1.- Estudio de la Constitución Política del Perú. Año 1993. Marcial Rubio Correa. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 2000

2.- Democracia Deliberativa. David Crocker. Revista del Instituto Idea, Universidad de Maryland. Año 2005

3.- Educación y Derechos Humanos. Edgardo Torres López. Rocío Stefhany Editores Año 2005.

4.- Osho. La pasión por lo imposible. La busquedda de la verdad, de la vondad y la belleza en el camino del autoconocimiento. Traducción de Flora Casas. Edición Debolsillo. Año 2005

5.- Philosophical Dimension of Public Policy. Verna V. Gehring. Willia A Galston editors.
Policu Studies Review Annual. Volumen 13 Transaction Publishers. New Brunswick (USA) and London (UK)

6.- Civil Society, Democracy, and Civic Renewal.
Edited by Rober K Fullinwider, Roman & Littlefield Publischerse, INC. Lanham, Boulder . New York Oxford.

LA COMPLICIDAD EN EL DERECHO PENAL

UNA VISIÓN PANORÁMICA DESDE EL CONTEXTO PERUANO Y EUROPEO

ALEJANDRO LAMADRID UBILLÚS
FISCAL SUPERIOR PENAL TITULAR

SUMARIO:

I.- INTRODUCCIÓN.
II.- DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS.
III.- ELEMENTOS DE LA COMPLICIDAD.
IV.- FORMAS DE COMPLICIDAD.
V.- CRITERIOS TEÓRICOS QUE HAN INTENTADO DIFERENCIAR LA COMPLICIDAD PRIMARIA DE LA SECUNDARIA.
VI.- CRÍTICA A LA REGULACIÓN DE LA COOPERACIÓN NECESARIA.
VII.- TENTATIVA DE COMPLICIDAD y PARTICIPACIÓN EN UN HECHO PUNIBLE CULPOSO.
VIII.- LA PENALIDAD DE LA COMPLICIDAD.
IX.- JURISPRUDENCIA.
X.- CONCLUSIONES.
XI.- BIBLIOGRAFÍA.

I.- INTRODUCCIÓN

En el terreno doctrinario, como también en la praxis jurisprudencial, un tema que ha merecido la mayor de las atenciones, siempre ha sido, y lo sigue siendo, el de la evaluación de los aportes de quienes participan en el ilícito penal, ya sea para merituar el contenido de injusto de sus actos, o ya para, en base a tal circunstancia de valoración objetiva judicial, afirmar la culpabilidad a efectos de determinar la pena.

La institución de la participación en sentido estricto, y más específicamente la llamada complicidad necesaria o primaria, pasan en esta oportunidad a ser objeto de estudio y comentario en base a los aportes doctrinarios, normativos y jurisprudenciales que se expondrán en el decurso de la presente exposición.

Bueno, si ya estamos listos, comencemos.

II.- DEFINICIÓN Y CARÁCTERÍSTICAS

La complicidad constituye un incremento de riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico[1]. Usualmente también se la define como la cooperación en un hecho punible cometido dolosamente por otro[2] o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro[3] que se consuma o al menos queda en la fase de la tentativa.

La complicidad constituye la segunda forma de participación reconocida en el Derecho penal peruano. Su regulación se encuentra inscrita en el Art. 25 del C.P. cuando prescribe:

"El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena".

[1] ROXIN, CLAUS: ¿Qué es la complicidad?; en Dogmática Penal y Política Criminal. Idemsa, Lima-Perú, 1998. ; Pág. 403

[2] Véase JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol II. Editorial Bosch, Barcelona, 3era edición, 1978. Pág. 962; En el mismo sentido: MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho

[3] WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán. Parte General 4ta edición. Santiago de Chile, 1993. Pág. 170.

Según lo ha expuesto el penalista peruano Fidel Rojas Vargas[4], la complicidad ostentaría las siguientes características:

a) Político-criminalmente constituye un mecanismo de extensión de pena en la perspectiva de ampliar el ámbito de protección del bien jurídico, en el contexto de un sistema restrictivo y diferenciador de las contribuciones de los agentes. Sistema que establece regímenes jurídicos y punitivos para autores y cómplices.

b) Los actos de colaboración de los cómplices, es decir sus aportes, ingresan a integrar la tipicidad global de un hecho ajeno. Es éste el llamado principio de accesoriedad, por el cual se delimitan los campos de injerencia: por un lado el de los autores-coautores que dominan el hecho ilícito; que le es propio e imputable directamente; y por el otro el de los cómplices que están vinculados con los autores-coautores en una relación de dependencia, caracterizada por proveer contribuciones al hecho propio de los autores-coautores. El cómplice por definición no domina el curso del hecho típico y sólo existe en referencia al autor o coautor.

c) Por lo general los aportes de los cómplices adquieren relevancia penal sólo si el comportamiento del autor-coautor se halla ya como mínimo en fase de comienzo de ejecución. Ello significa que puede existir aportes de complicidad en los actos de tentativa del autor-coautor. Lo que sí es inadmisible jurídicamente es el aceptar la tentativa de participación.

d) Los cómplices deben actuar al igual que los autores –coautores con dolo, esto es, poseer conocimiento de sus actos y de las implicancias de los mismos y dirigirlos, en el acto de colaboración, con voluntad propia. Obviamente, que si queremos identificar el contenido del dolo del cómplice con el del autor-coautor hallaremos marcadas líneas de diferenciación que se fundamentan en los presupuestos del aludido principio de accesoriedad. Y es que, ontológicamente, no es lo mismo dirigir mis actos para colaborar con los planes delictivos de otro, que hacerlo para consumar los míos.

e) El dolo del cómplice es un dolo dependiente del autor-coautor. Por tanto, resulta impensable dogmática e inaceptable jurídicamente, la responsabilidad penal por acto de complicidad en un ilícito penal sin autores.

f) Los actos de los autores-coautores deberán como mínimo reunir características analíticas de tipicidad y antijuricidad, es decir, constituir un ilícito o injusto penal (accesoriedad limitada) para que puedan los aportes del cómplice adquirir la suficiente fuerza imputadora a título de participación.

g) Si el hecho típico del autor-coautor está justificado, es irrelevante el papel de los cómplices. En esta misma línea de argumentación jurídico-dogmática si a los actos del autor-coautor le asiste alguna causal de atipicidad, se quiebra y desaparece automáticamente el indicio de relevancia de los actos del cómplice.

[4] ROJAS VARGAS, Fidel. Estudios de derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Jurista editores, 1era edición, Lima, Julio del 2004. Pág. 192-193.

h) La culpabilidad del autor-coautor y la del cómplice son diferenciadas e independientes en función al grado de injusto de sus actos. Los aportes del cómplice por lo general y comúnmente merecen un marcado minus de penalidad en relación al del autor-coautor, en virtud a los principios de proporcionalidad, accesoriedad y humanidad de las penas. La excepción está constituida por la complicidad necesaria o primaria que quiebra la consensual teoría de la complicidad, ya que en ella si bien el aporte sigue siendo de colaboración, por sus peculiares atributos posibilitadotes de la consumación del delito permite sin embargo atribuirle a cómplice idéntica penalidad que a la del autor-coautor.

i) Por lo general, los actos de complicidad son reputados comisivos, sin embargo doctrinariamente y en determinadas hipótesis delictivas puede admitirse complicidades omisivas, en tanto subsista una posición y deber de garantía con respecto a determinados bienes jurídicos. Cuestión no pacífica y que explicaremos con detalle mas adelante (Ir a la página 15-16 de este trabajo) Vg.: El guardián de banco, vigilante de vivienda, etc., que permite la entrada de dos delincuentes, la realización del robo y la ulterior fuga, sin haber hecho nada para evitarlo.

j) Finalmente, el principio de accesoriedad define igualmente-en un contexto por cierto opinable- la complicidad en los delitos especiales propios e impropios, en base a los criterios de unidad de imputación y de evitación de lagunas de impunidad.

III.- ELEMENTOS DE LA COMPLICIDAD

La complicidad está compuesta de elementos objetivos y subjetivos, sin los cuales no puede hablarse de acción cómplice.

3.1.- ELEMENTOS OBJETIVOS

Los aportes que pueden recogerse de la doctrina con respecto a los elementos objetivos de la acción cómplice, pueden diferenciarse en tres: la prestación de auxilio o asistencia, la causalidad e imputación objetiva de la causalidad, y el momento del aporte delictivo.

a) La prestación de auxilio o asistencia

La idea fundamental de la complicidad es la cooperación que se presta a otro en la realización de un hecho punible doloso, ya sea comisivo u omisivo. El cómplice y el inductor carecen del dominio del hecho, que sólo es ejercido por el autor del delito. El cómplice no genera la resolución criminal en el autor porque de ser así pasaría a ser inductor; sin embargo, su actuar puede reforzar la decisión ya asumida [5].

Asimismo, si bien es común que el autor conozca de la ayuda que se le presta, no es necesario que esto suceda[6]. Aquí estamos frente a los casos de complicidad oculta; esta característica es una nota distintiva más de la complicidad respecto a la coautoría, donde se requiere un acuerdo común, sea expreso o tácito. No obstante, debe anotarse que una cosa es que el autor no conozca la ayuda que recibe y otra muy distinta es que el cómplice

[5] CASTILLO ALVA, José Luis. "La complicidad como forma de participación en el delito" En: Revista Peruana de ciencias Penales. Nº 09. Pág. 679-712.

[6] Conf. JESCHECK, HANS: Tratado; p. 962; JAKOBS, GÜNTHER; Derecho Penal; p. 817. En contra ZAFFARONI, EUGENIO: TRATADO; T IV; p. 397; MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/7; p. 454; WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán; p. 170.

ignore o desconozca que presta una ayuda efectiva. Esto último nunca puede ocurrir pues de ser así estaríamos frente a una complicidad imprudente que resulta impune en nuestro ordenamiento. Estos aspectos problemáticos, tienen mucha relación con lo concerniente a los tipos de complicidad por la forma del aporte delictivo (complicidad fáctica y complicidad psíquica) que explicaremos mas adelante.

Por lo pronto adelantamos que, sigue siendo discutible si debe ser sancionado como cómplice el que presencia la comisión de un delito o el que acompaña sin más al autor, no desplegando aporte alguno sobre el hecho. La respuesta definitiva al problema planteado tiene que obtenerse del análisis del caso concreto y del contexto situacional. Sin embargo, debemos estar de acuerdo con ROXIN cuando sostiene que la sensación tranquilizante para el autor, proporcionada por quien está allí (en el lugar de los hechos) inactivo, no entraría a considerarse como una actividad a favor del hecho por lo que no puede considerase como una forma de complicidad. Un acto de estar presente pasivamente no es ninguna complicidad punible, al faltar una posición de garantía. Como tampoco lo es si el autor se siente motivado a continuar sus actividades delictivas por la idea de que el que está presente no lo va a delatar y no se va interponer en su camino[7].

Distinto, sin embargo, es el caso, y por tanto será punible, aquel que aparece en el escenario criminal y está dispuesto a intervenir en el hecho si fuera necesario, al existir un acuerdo previo con el autor.

Asimismo, deberá sancionarse como cómplice al que contribuye o facilita una más intensa afección del bien jurídico, por ejemplo, al que alienta al autor a golpear más fuerte a la víctima y al que promete una ayuda posterior al hecho con el objeto que el autor no sea descubierto o sancionado.

b) La Causalidad e Imputación Objetiva de la Complicidad

Cuando el legislador regula la complicidad, simplemente señala que ésta consiste en prestar auxilio o asistencia (Art. 25 del C.P.), sin realizar una mayor precisión entre la complicidad y el delito cometido, por lo que su relación encuentra sometida a una viva discusión dogmática y práctica. La pregunta que desarrolla aquí es: si existe causalidad e imputación objetiva (o ninguna de ellas) en la conducta del cómplice respecto al hecho principal.

Una primera posición, seguida de manera mayoritaria por la jurisprudencia alemana, la doctrina minoritaria de ese país[8] y por la ciencia penal española, de manera casi unánime, sostiene que la conducta del cómplice no tiene que aparecer necesariamente en una relación condicional con el resultado típico[9]; basta, por el contrario, que haya promovido su ejecución. Para esta tesis es suficiente que la actividad del cómplice promueva o facilite la acción del autor principal, sin que sea necesario constatar si efectivamente ayudó o incremente riesgo en la lesión del bien jurídico. La punibilidad de la complicidad no dependería así de la relación causal que es un presupuesto en el ámbito de la autoría[10]. El cooperador no sería un contribuyente causal al hecho del autor principal, pues a diferencia del autor, aquél no actúa sobre

[7] ROXIN, CLAUS: Ob. Cit.; Pág. 416.

[8] Así WESSELS, JOHANNES: Derecho Penal; p. 169

[9] Véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; Autor y Cómplice en Derecho Penal. Universidad de Madrid. Selección de publicaciones e intercambio. Pág. 169; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO; "Comentarios al Código Penal" (Dirigido por Gonzalo Rodríguez Mourullo y coordinado por Agustín Jorge Barreiro) Madrid, 1997, p. 890; HUERTA TOCILDO-OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: Derecho Penal; p. 541; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN: Derecho Penal Derecho Penal- Parte General, Quinta Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, Pág. 688; GÓMEZ BENITES, JOSÉ; Teoría Jurídica del Delito; p. 536. Sostienen, sin embargo, la causalidad: RODRÍGUEZ DEVESA José María/ SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal Español. Parte General 13ava edición. Madrid, 1990, p. 816; BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal. Parte General. ARA editores, 1era edición. Lima, 2004. Presentación y anotaciones de Percy García Cavero; p. 387.

[10] WESSELS, JOHANNES: Derecho Penal; p. 169.

los mecanismos causales y, por tanto, no causa el delito, sino que se limita a realizar una aportación de motive razones para que el autor principal, que sí causa el delito, ejecute el hecho[11] cómplice favorece eficazmente la realización del hecho por el autor, pero no causa del mismo[12]. Se llega a sostener que el cómplice no puede causar el de sino en un sentido ideal y figurado[13]; por tanto, la causalidad deviene en irreal.

La crítica que se formula a esta posición se encuentra en que imposibilita delimitación entre complicidad tentada, complicidad en un hecho consumado y complicidad en una tentativa, acarreando como consecuencia una borrosa delimitación de las fronteras de punibilidad en contra del autor[14]. De este modo se terminaría por sancionar (incorrectamente) a quien proporciona a una embarazada los instrumentos abortivos que ésta quiere utilizar pero que finalmente no usa, o al que provee de herramientas para un hurto con fractura que luego no se perpetra por encontrar el autor la puerta abierta. Asimismo, se apunta como crítica a esta postura que si la complicidad favorece a la acción del autor principal también se podría decir que ayuda a la aparición del resultado, y a la inversa[15]. En realidad todas las contribuciones físicas o psíquicas que auxilian la acción del autor favorecen y, mediatamente, causan el resultado desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia de condiciones[16].

Una posición intermedia, entre la tesis que niega la causalidad de la complicidad respecto al hecho principal y la tesis que la admite sin restricciones, concibe a la complicidad a veces bien como un delito de peligro abstracto (HERZBERG), como un delito de peligro concreto (SCHAFFSTEIN) o como un delito de peligro parcialmente abstracto y a la vez concreto (VOGLER). De esta manera cualquier contribución peligrosa equivaldría a una ayuda propia de la complicidad. Próxima a esta tesis es la posición de STRATENWERTH[17], quien precisa que basta que "el cómplice aumente las posibilidades de éxito de la acción adecuada al supuesto típico, por ejemplo, facilitándole con un consejo técnico, acelerándola con el aporte de herramientas apropiadas".

La crítica que se formula a esta posición es semejante a la del criterio anterior, pues si la complicidad es un delito de peligro se tiene que terminar sancionando la tentativa de complicidad como complicidad consumada[18]. Asimismo, no es posible llevar a cabo, sin arbitrariedad, la determinación de qué comportamiento es peligroso en abstracto respecto al resultado, pues -como dice JAKOBS-, incluso quien destruye los útiles del ladrón ejecuta una conducta apropiada en general para favorecer delitos, pues el ladrón, ante la falta de útiles, puede dedicarse al robo[19].

Finalmente, la doctrina mayoritaria alemana viene exigiendo, con razón, la causalidad del aporte del cómplice respecto al hecho principal[20]. La causalidad de la complicidad no sólo se manifiesta cuando la acción del partícipe constituye un aporte material (entrega de veneno o un arma);

[11] Así DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: La Inducción y Complicidad como forma de participación criminal punible en el C.P.; p. 220; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN: Derecho Penal; p. 688.

[12] GÓMEZ BENITES, JOSÉ: Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte general. Madrid, 1984. Pág. 536.

[13] COBO DEL ROSAL – VIVES ANTÓN: Derecho Penal; p. 688.

[14] Conf. MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/22; p. 458; JAKOBS, GÜNTHER; Derecho Penal; 22/34; p, 811.

[15] STRATENWERTH, GÜNTHER: Derecho Penal; Núm. 890; p. 270.

[16] MEZGUER, EDMUNDO; Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Parte general. Traducción de Rodríguez Muñoz. Madrid, 1955-1957; p. 284.

[17] STRATENWERTH, GÜNTER. Derecho Penal Parte General I El Hecho Punible, Cuarta Edición (traducción CANCIO MELIÁ, MANUEL / SANCINETTI, MARCELO A.), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001.; p. 270.

[18] Conf. JESCHECK, HANS: Tratado, p. 965.

[19] JAKOBS, GÜNTHER; Derecho Penal; 22/35; p. 812.

[20] Así WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán; p. 191; JESCHECK, HANS: Tratado; p. 965; MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/18; p. 456; JAKOBS, GÜNTHER; Derecho Penal; 22/35; p. 811.

sino, también, cuando representa un apoyo o reforzamiento psicológico (complicidad psíquica) a manera de un influjo psíquico o motivacional. La causalidad del apoyo psicológico no puede ser puesta en duda, según la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica, pero con la observación que en el caso de la complicidad psíquica se trata a veces de una relación no sólo causal, sino también de sentido, más que de puros nexos mecánicos.

La causalidad de la complicidad no requiere que el aporte sea una conditio sine qua non para el resultado, en el sentido de que éste no se hubiere producido sin aquella (cooperación necesaria), sino que basta que la contribución haya influido en el resultado en forma concreta (complicidad simple) [21]. Como un planteamiento particular dentro de la concepción que acepta la causalidad en la complicidad aparece la posición de algún autor importante, como JESCHECK quien opera con un peculiar concepto de causalidad como es la "causalidad fortalecedora" mediante la facilitación de la acción delictiva. Sin embargo, la asunción de este criterio no reduce el alcance de la causalidad o se vuelve próximo respecto a quienes niegan el efecto causal [22]. La llamada "causalidad fortalecedora", no obstante, ha sido objeto de crítica en la medida que no proporciona ventaja alguna en cuanto a claridad [23] y utilidad práctica.

El fundamento de la admisión de la causalidad e imputación objetiva en la complicidad es variado. MAURACH sostiene que el cómplice no actúa típicamente a falta de dominio del hecho, pero si con la infracción a la norma y de ello se deduce que también para el cómplice debe ser imputable la lesión al bien jurídico realizada por el autor principal [24]. ROXIN deriva la exigencia de la causalidad de que esta es el presupuesto fundamental de imputación para todo delito de comisión consumado (y con ello también para la complicidad [25].)

Sin embargo, la causalidad no es suficiente para fundar la complicidad, pues falta en la complicidad omisiva, en donde es imposible plantear una relación causal. Aquí es necesario reparar en la imputación objetiva, en el sentido que una contribución hacia el hecho solamente puede ser una complicidad cuando ha elevado el riesgo para la víctima y con ello la posibilidad de éxito del autor. Para ROXIN el empleo del principio de incremento del riesgo en la complicidad puede conducirse al fundamento penal de la participación: solamente quien mejora las oportunidades del autor y eleva el riesgo de la víctima, emprende un ataque independiente albien jurídico, tal como es necesario para cualquier forma de participación [26].

Asimismo, el criterio del incremento del riesgo que fundamenta la complicidad, según ROXIN, puede dividirse en cuatro elementos como es: el posibilitar (Vg. entrega de un veneno que no será detectado en el organismo), facilitar (Vg. consejos, entrega de una arma), intensificar (Vg. consejo de golpear más fuerte o dar más) o asegurar (Vg. vigilancia u otras labores de protección) [27]. Aún cuando nosotros veamos con escepticismo el distinguir con claridad las acciones que posibilitan y facilitan el hecho principal, pues a nuestro criterio ambas se equipa-m, lo indispensable es

[21] Conf. ROXIN, CLAUS: ¿Qué es la Complicidad?; en Dogmática Penal y Política Criminal; Pág. 404.
[22] En contra: MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte General. Tecfoto, 4ta edición. Barcelona, 1996; p. 407.
[23] Véase JAKOBS, GÜNTHER: Derecho Penal; Ob. Cit. p. 813.
[24] MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; Ob. Cit. 52/20; p. 457.
[25] ROXIN, CLAUS: ¿Qué es la Complicidad?; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 404.
[26] ROXIN, CLAUS: Ob. Cit., p. 420.
[27] Ibídem, Pág. 421.

exigir que la contribución del cómplice haya elevado las oportunidades de comisión del hecho, siendo útil a la ejecución. Se debe precisar que la mera solidaridad con el hecho como su aprobación o aquiescencia no es complicidad por no ser causal [28].

Respecto a los alcances de la complicidad existe una constelación de casos problemáticos que encuentran una solución disímil y muy encontrada, ya sea en la doctrina o jurisprudencia penal. Por ejemplo, en los casos en dónde A entrega a B una ganzúa para que abra la puerta de una casa y hurte. B penetra de otro modo a la vivienda porque la ganzúa se rompe o por que su inexperiencia con dichos instrumentos hace que su esfuerzo sea vano. A responderá como cómplice en tentativa de hurto agravado, pues el autor utilizó sin éxito el medio proporcionado logrando ingresar de otra manera [29], salvo que se quiera ver en la entrega de la ganzúa una complicidad psíquica en cuanto refuerzo criminal. Si B recibe la ganzúa pero no lo utiliza, ya sea por que no lleva consigo o porque encuentra un mejor modo de comisión, según el principio del incrementó del riesgo, que se traduce en la mejora de las posibilidades de autor, la contribución debe perdurar hasta el estadio de la consumación [30]; por lo que A debe quedar impune.

No creemos acertado el criterio de MAURACH de distinguir entre los casos en donde el autor no porta el instrumento (impune) del supuesto de la ganzúa (punible)[31]. Aquí lo importante es la utilización o no del el que impide al propietario el descubrimiento de un hurto que viene perpetrándose y quien sostiene o desvía dolosamente a un policía detener a un ladrón en delito flagrante comete complicidad punible[32]. Si el cómplice facilita una intensificación de la resolución criminal se diferencia Vg. será cómplice en homicidio cuando se alienta o posibilita al autor a cometer un homicidio; y éste viene sólo lesionando[33].

No es punible, contra la opinión de MAURACH[34], el caso en donde un colega del carterista que -sin que éste lo note- se coloca cerca de él para facilitarle caso sea necesario, causando una aglomeración artificial, pues implicaría una simple disposición de complicidad[35] que no se manifiesta en hecho alguno.

Como apunta JESCHECK "toda ayuda, incluso la mas pequeña, que objetivamente favorezca el hecho es suficiente, en tanto que una cooperación importante de la que no se sirve el autor queda en complicidad intentada[36]. La promesa de ayudar después de cometer un delito, se produzca o no luego, representa también un caso común de complicidad.

Dentro de los límites de la punibilidad o impunidad de la complicidad se encuentra el aporte o auxilio consistente en acciones cotidianas, llamado también como los "usuales negocios de intercambio de la vida cotidiana". La contribución, que se discute si configura o no complicidad, consiste en una acción frecuente o una prestación que es común en el tráfico diario y que tomada de forma aislada carece de relevancia jurídica penal, pero que en el caso concreto facilita la comisión de un delito. EJEMPLOS: un taxista lleva al autor de un robo al lugar de los hechos, y esta al tanto del delito que se pretende cometer al escuchar una conversación. El vendedor de un destornillador sabe que el comprador lo ha adquirido con el objeto de cometer un hurto con fractura; el panadero

[28] Por todos JAKOBS, GÜNTHER: Derecho Penal; p. 813.
[29] Conf. WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán; p. 171.
[30] Véase al respecto ROXIN, CLAUS: ¿,Qué es la Complicidad?; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 423.
[31] Véase MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; p. 458.
[32] ROXIN, CLAUS: ¿Qué es la Complicidad?; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 423.
[33] Conf. JAKOBS, GÜNTHER: Derecho Penal; p. 814.
[34] MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal: p. 454.
[35] ROXIN, CLAUS: ¿Qué es la Complicidad?;; p. 424.
[36] JESCHECK, HANS: Tratado; p. 966.

vende panecillos sabiendo que el comprador envenenará el producto y los servirá a sus invitados.

En base a que la acción de dar un servicio de taxi, vender un destornillador en una ferretería o vender pan son conductas cotidianas; un sector de la doctrina alemana viene sosteniendo la impunidad de dichos comportamientos al considerar que el obrar delictivo no llega a constituir y a tener el sentido conjunto de una acción propia de la participación[37]. Frente a este parecer se erige un criterio que admite la complicidad cuando la contribución tenga "una relación delictiva de sentido"; esto ocurrirá especialmente cuando la contribución tiene valor para el autor solamente bajo el presupuesto del delito planeado y el aportador sabe esto. Al respecto es sumamente oportuna la observación de ROXIN cuando plantea "que no hay acciones cotidianas per se, si no que el carácter de una acción se determina por la finalidad para la que sirve". Aquí estaremos frente a una "relación delictiva de sentido[38]".

El ilustre profesor alemán distingue, correctamente, entre la contribución delictiva que ha ocurrido bajo un conocimiento seguro (dolo directo) de los planes delictivos del autor, que configurará probablemente complicidad, del caso en el que el aportante sólo cuenta (dolo eventual) con una conducta delictiva del autor[39], situación que por lo general desencadenará la impunidad.

De este modo, llevar un pasajero, vender un destornillador o panecillos, es punible solo cuando la conducta se halla conectada a una relación delictiva de sentido con el hecho.

c) El momento del aporte

La precisión del tiempo en donde un aporte o ayuda puede ser tomada no como complicidad es un problema en el que existe, por un lado, un consenso parcial en la doctrina y pareceres discrepantes, por el otro.

Asimismo, es sumamente discutible, pero a la vez esencial, este aspecto cuando el problema planteado se traslada al instante en que debe producirse contribución, lo cual marca la diferencia entre la complicidad primaria (Art. 1 párrafo 1) y la complicidad secundaria (Art. 25 párrafo 2).

La doctrina, de manera mayoritaria considera, con razón, que el momento del aporte de la cooperación necesaria, debe producirse ANTES DE LA EJECUCIÓN DEL HECHO, pues si se contribuye con un aporte esencial en la fase ejecutiva no se es cómplice sino coautor[40]. De este modo la realización de un acto ejecutivo esencial y necesario, repitámoslo, impide la configuración de la complicidad primaria que cedería su paso a la coautoría [41]. Un sector minoritario, incorrectamente, sostiene posibilidad de cooperación necesaria en la fase ejecutiva, aún cuando sea de manera excepcional [42], siempre que no llegue a constituir parte esencial del plan. Esta posición hace imposible, y borra de un plumazo, la distinción entre coautoría y complicidad primaria, indispensable desde la perspectiva de lege lata y que de no efectuar se daría lugar a una clamorosa falta de atención a las palabras de la ley.

Por su parte, la complicidad simple o secundaria puede darse en cualquier

[37] Así JAKOBS, GÜNTHER: Derecho Penal; p. 844.
[38] ROXIN, CLAUS: ¿Qué es la Complicidad?; p. 430.
[39] ROXIN, CLAUS: Ob. Cit.; p. 427.
[40] Así BACIGALUPO, ENRIQUE: Derecho Penal; p. 388; BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Derecho penal. Parte General. Tomo II. Gaceta Jurídica, 1era edición, Lima, Junio del 2004.; p. 152; VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Lecciones de derecho Penal-Parte General. Lima, 1990. Pág. 23; HURTADO POZO, JOSÉ: Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3era edición. Grijley. 2005. Pág. 542.
[41] HURTADO POZO, JOSÉ. Ob. Cit. Pág. 542.
[42] Así MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal; p. 406 nota 66.

fase del delito, incluso en la ejecución, siempre que no implique la comisión de actos ejecutivos esenciales por parte del cómplice[43].

La complicidad como una categoría general, independientemente de la importancia de la contribución, se puede prestar antes o durante el hecho, tanto en la fase preparatoria (complicidad primaria y secundaria) como en la fase ejecutiva (complicidad secundaria). Incluso, se llega a sostener la posibilidad de complicidad antes que el autor esté establecido (decidido) o de que éste haya adoptado la resolución delictiva[44]. Sin embargo, la punibilidad de la complicidad recién aparecerá cuando el autor realice los actos ejecutivos o llegue a la consumación. La complicidad en los actos preparatorios que no redundan en un principio de ejecución del delito por parte del autor principal es, por tanto, impune.

La doctrina discute arduamente acerca de la opción de admitir o no complicidad en el período comprendido entre la consumación y la terminación del delito, tema supeditado a la peculiar redacción legal de los tipos penales. En Alemania un sector de la doctrina acepta la complicidad en el lapso de la consumación y agotamiento del delito[45] Vgr: Es cómplice quien presta ayuda a los autores cuando empiezan su huida con el botín, mientras que otro sector lo niega rotundamente[46]. En España[47] y en el Perú[48] si bien no se plantea con frecuencia el problema en la doctrina; la cuestión se resuelve a favor de aceptar la complicidad sólo hasta la consumación, excluyendo cualquier otra extensión o aporte posterior a ella. Este parecer nos parece correcto, pues de otro modo se infringiría el principio de legalidad; incurriéndose en una odiosa analogía, pues el tipo penal al determinar el ámbito del injusto delimita también el ámbito de actuación penalmente relevante tanto para los autores como los partícipes.

Lo apuntado en el párrafo precedente no implica la imposibilidad de complicidad en los delitos permanentes, siempre que la contribución se produzca hasta el momento del último de los actos principales[49] o en el período del delito aún no transcurrido[50] (consumado). Asimismo, quien interviene parcialmente en un delito complejo o fraccionado en varios actos no responde por los actos ya realizados por el autor, sino desde el momento de su intervención. Quien presta ayude al asaltante después del ejercicio de violencia sobre la víctima es cómplice de hurto pero no de robo.

Cuando antes de la consumación alguien ofrece o promete al autor desaparecer las huellas del delito, receptar o esconder los bienes producto del ilícito, o sustraerlo de la acción de la justicia, independientemente de que el auxilio se concreta luego, nos encontraremos ante un caso de complicidad. Con razón se apunta que el cómplice, aquí, no es reprimido por el acto que ha cometido después de ejecutada la infracción sino por haber alentado al autor mediante la promesa de ayudarlo[51].

Nuestra legislación se distingue del Derecho argentino en cuyo C.P. se exige respecto a la promesa de auxilio que éste se preste en forma efectiva con posterioridad a la ejecución[52].

[43] HURTADO POZO, JOSÉ: Manual: p. 544.

[44] JAKOBS, GÜNTHER; Derecho Penal; 22/38; p. 815; MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/12; p. 455 seguido en el Perú por HURTADO POZO, JOSÉ: Ob. Cit.; p. 544.

[45] Así JESCHECK, HANS: Tratado; p. 963 nota 33: WESSELS, JOHANNES: Derecho Penal; p. 170

[46] Véase JAKOBS, GÜNTHER: Derecho Penal; 22/40; p. 816: MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/13; p. 455.

[47] Así MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal; 15/78; p. 406; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; La Inducción y Complicidad como formas de participación criminal punible en el D.P" Pág. 223; BACIGALUPO, Enrique; Derecho Penal; p. 388; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Comentarios; p. 890; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y Participación. Ediciones AKAL, Madrid, 1996.; p. 152.

[48] HURTADO POZO, JOSÉ: Manual; p. 544; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: Lecciones; p. 234.

[49] MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; p. 445.

[50] JAKOBS, GÜNTHER: Derecho Penal: p. 816.

[51] HURTADO POZO, JOSÉ: Manual; p. 545.

[52] ZAFFARONI, Eugenio Raúl: Tratado de Derecho penal. Parte General. Ediar, Buenos Aires, 1981.; T IV; p. 401.

3.2.- EL ELEMENTO SUBJETIVO

En este apartado debe analizarse el dolo del cómplice y los casos de error sobre la necesidad o el carácter esencial de la prestación o el aporte.

La complicidad primaria o secundaria es siempre dolosa, bastando el DOLO eventual. No se admite la complicidad culposa [53], por contravenir el tenor de nuestra ley. En caso ocurra sería autoría accesoria imprudente. La complicidad es la colaboración dolosa en la ejecución de un hecho doloso por un autor determinado.

Al igual que en la inducción no es que exista un doble dolo sino que éste es bifronte o tiene una doble dirección, por lo que se ha de referir tanto a la acción de prestar auxilio o asistencia como a la ejecución o consumación del hecho principal. El cómplice debe conocer y querer dar su contribución, como debe dirigirla a la realización de un delito determinado. La doctrina, en forma casi unánime, viene requiriendo que el dolo del cómplice se dirija de manera manifiesta a favorecer la consumación del hecho principal [54].

De este modo no sería punible por complicidad quien sólo quiere que el hecho llegue hasta la tentativa o de antemano sabe que no podría alcanzar la consumación [55] EJEMPLO: "X" dentro de un supuesto delito de tráfico ilícito de drogas, quiere hacer llegar los estupefacientes a la policía, por lo que no existiría dolo de traficar. X deberá quedar impune [56].

Especial preocupación dogmática despierta la cuestión del error en la complicidad primaria o secundaria. La pregunta que se formula es cómo se debe castigar al cómplice que entrega un arma al autor, contribución indispensable ex ante para la perpetración de un homicidio, creyendo, erróneamente, que éste no tiene ninguna en su poder. Y en sentido inverso cuál debe ser la sanción, o no, del cómplice que entrega un instrumento a emplearse en la ejecución, creyendo, erróneamente, que el autor ya tiene una, cuando en realidad el delito no se hubiese cometido sin ese aporte.

En la primera hipótesis se estaría frente a una tentativa de complicidad primaria en concurso con complicidad consumada [57]. En el caso opuesto, cuando el cómplice objetivamente aporta una condición indispensable, creyendo que es una contribución NO esencial o sustituible es evidente que no puede plantearse la complicidad primaria. Sin embargo se discute si la calificación correcta y el tratamiento jurídico adecuado sería complicidad frustrada y, por tanto impune [58] o bien podría ser autoría accesoria imprudente por el error evitable o en todo caso se mantendría; intacta la calificación de complicidad simple consumada [59].

Creemos correcto tratar esta última hipótesis como complicidad secundaria consumada: pues el cómplice no yerra sobre el aporte o ayuda que brinda, el cual conoce perfectamente; sino sólo sobre la importancia y necesidad de la misma. Aquí nos enfrentamos a un error vencible que se manifiesta cuando una persona desconoce la naturaleza e importancia del aporte que presta al hecho, lo cual no significa que no se sepa de la ayuda que brinda al hecho

[53] En contra en España RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios; p. MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal; 15/82; p. 408.

[54] Véase WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán; p. 171: WESSELS, JOHANNES: Derecho Penal; p. 170; JESCHECK, HANS; Tratado; p. 966; MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/31; p.
460: STRATENWERTH, GÜNTHER; Derecho Penal; p. 270.

[55] JESCHECK, HANS: Tratado; p. 966.

[56] Véase el ejemplo en MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/32; p. 460.

[57] Conf. GIMBERNAT, ENRIQUE: Autor y Cómplice en Derecho Penal; p. 162; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios; p. 880.

[58] Así GIMBERNAT, ENRIQUE: Ob. Cit.; p. 172.

[59] Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios; p. 880.

principal. En estos casos, dada la existencia objetiva y subjetiva de la contribución, aún cuando no se sepa la naturaleza y entidad de la misma, se mantiene intacta la calificación de complicidad secundaria.

Por otro lado, si el cómplice incurre en error o es inducido a éste por el autor, debe responder en razón al principio de responsabilidad subjetiva, sólo en la medida de su DOLO y no por el hecho que comete realmente el autor [60]. Por ejemplo, cuando X presta un arma de fuego a Y para que cometa un robo, no responderá por homicidio si Y termina matando finalmente a su víctima.

IV.- FORMAS DE COMPLICIDAD

Las formas de complicidad las podemos clasificar en base a dos criterios:

- Formas de complicidad atendiendo a la importancia del aporte delictivo.
- Formas de complicidad atendiendo al modo del aporte delictivo.

4.1.- Formas de complicidad atendiendo a la importancia del aporte delictivo

A diferencia de algunas legislaciones, como por ejemplo la alemana, nuestro Código Penal distingue dos formas de complicidad en el hecho del autor. Sigue para ello la tradición legislativa española y el modelo argentino. Dicha distinción descansa en la importancia de la contribución o el auxilio, sin el cual el hecho no se hubiere perpetrado o cometido. Así, todo auxilio o ayuda que ha determinado la comisión del delito por parte del autor generará cooperación necesaria[61], llamada también complicidad necesaria[62] o complicidad primaria [63]; mientras que toda otra forma de auxilio o ayuda, que de faltar hubiese mantenido intacto la aparición del delito, recibirá el nombre de complicidad, a secas, o complicidad secundaria.

La ley cuando distingue dos niveles o grados de complicidad no separa a los cómplices en inmediatos y mediatos a la consumación o según los medios y formas de comisión empleados, sino en indispensables y no indispensables[64]. La apreciación de la calidad del aporte dependerá, por tanto, de su naturaleza imprescindible y su eficacia en la lesión del bien jurídico. Sin embargo, el valor central del aporte no deja de vincularse al desarrollo del proceso de ejecución del delito.

a) La cooperación necesaria o complicidad primaria, antes del principio de ejecución (tentativa). Pues de otro modo dicha cooperación se convertiría en coautoría[65].

b) La complicidad secundaria, o simple, por tratarse de un mero auxilio o asistencia, como prescribe la ley peruana, puede realizarse tanto en la fase preparatoria del delito como en la ejecutiva hasta la consumación.

4.2.- Formas de complicidad atendiendo al modo del aporte delictivo

Según reconoce la doctrina, la complicidad, como un modo de prestar ayuda en el delito, puede ser fáctica o espiritual[66]. La primera es llamada también complicidad técnica o de

[60] Conf. HURTADO POZO, JOSÉ: Manual; p. 547.

[61] Con esta denominación en España véase GIMBERNAT, ENRIQUE; Autor y Cómplice en Derecho Penal; p. 113; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios al Código Penal. Edit. Civitas, Madrid. 1era edición, 1997. Pág. 872; MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal. Parte General, 4ta edición, Barcelona, 1996. Pág. 403; GÓMEZ BENITES, JOSÉ: Teoría Jurídica del Delito. Madrid, Civitas, 1984. Pág. 537; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: La Inducción y la Complicidad como formas de participación criminal en el C. P.; p. 225; BACIGALUPO, ENRIQUE: Derecho Penal. Parte General, 2da edición, edit. Hammurabi. Pág. 387. HUERTA TOCILDO - OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: Derecho Penal; p. 538.

[62] Así COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN: Derecho Penal, 5ta edición, Tirant Lo Blanch. 1999. Pág. 687; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: Manual de Derecho penal español. Parte General. Edit. Ariel, 1984. Pág. 294; QUINTERO OLIVARES, GONZALO; Manual de Derecho Penal, Parte General. Edit. Aranzadi, 2001. p. 567.

[63] Véase HURTADO POZO, JOSÉ: Manual de Derecho Penal Parte General. Lima, 2005. Pág. 548; VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Edit. Cuzco. Lima, 1990. Pág. 235; PEÑA CABRERA, RAÚL; Tratado de Derecho Penal: 1988, Pág. 320.

[64] Así SOLER SEBASTIÁN; Derecho Penal Argentino; T. II. Edit. TEA, Buenos Aires, 1983. Pág. 277.

[65] BACIGALUPO, ENRIQUE: Derecho Penal. . Parte General, 2da edición, edit. Hammurabi.; p. 387; ZAFFARONI, EUGENIO: Tratado de Derecho penal. Parte General. Ediar, Buenos Aires, 1981. T IV; Pág. 405.

[66] Conf. MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/2; p. 452; JESCHECK, Hans: Tratado; p. 962; JAKOBS, GÜNTHER; Derecho Penal; p. 813; MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal; p. 406; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Comentarios; p. 879; HUERTA TOCILDO-OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: Derecho Penal; p. 543.

hechos y la segunda complicidad intelectual o psíquica; aun cuando ésta última no sea aceptada por algún autor[67].

a) La complicidad técnica o fáctica se manifiesta, por ejemplo, en la entrega de un arma, en el dar un instrumento, en el actuar de campana, el señalar donde se encuentra la víctima, el indicar la dirección donde se realizan abortos, etc. Su característica principal es consistir en aportaciones materiales que básicamente se reducen a "dar o hacer algo".

b) La complicidad psíquica está dada por los "consejos", mediante los cuales el autor refuerza la decisión criminal o recibe ideas que facilitan o posibilitan el hecho. Ese es el caso de cuando se explica como abrir una caja fuerte, como cometer una estafa o, en general, cuando se describe cómo llegar a una ejecución más segura, eficiente rápida del hecho o la serie de datos que refieren como obtener la mayor ventaja posible (asesoría técnica o profesional).

Como opina ROXIN, el problema de la complicidad psíquica no es su admisibilidad, sino su dificultad probatoria, que influye como es obvio en su punibilidad[68].

Como opina MAURACH, la delimitación de una y otra forma de complicidad, si bien teóricamente es clara, en la práctica se torna borrosa puesto que una ayuda fáctica puede, en la medida que el autor conozca de ella, constituir un fortalecimiento moral o psicológico que genera una complicidad intelectual[69]. Esto tiene importancia cuando el autor no emplea o no acepta la ayuda que se le ofrece (complicidad frustrada) pero entiende dicho acto como un fortalecimiento de su voluntad criminal. En estos casos la ayuda material que se promete brindar (complicidad fáctica) termina fortaleciendo la resolución criminal (complicidad psíquica), perdiendo así su característica inicial.

Un problema especial de la complicidad psíquica se advierte cuando se examina los casos de "reforzamiento de la resolución a cometer un delito". Aquí el sujeto se encuentra ya decidido a cometer el hecho (omnímodo facturus), de tal modo que la intervención del cómplice sólo acrecienta, solidifica o asegura la inclinación del autor a cometerlo. En la solución de esta problemática pueden encontrarse tres criterios:

- El primer criterio excluye la posibilidad de sanción en razón a que la causalidad de tales influencias apenas si se podrían probar alguna vez, de manera que su punición comprendería en realidad hipótesis de tentativa de complicidad, lo cual atentaría contra el principio in dubio pro reo (SAMSON). Asimismo, se sostiene que la complicidad psíquica a través del esfuerzo de la resolución no podría sancionarse desde que la complicidad es siempre una influencia en el hecho y no en el autor, cuestión que no cumple el aludido grupo de casos (HRUSCHKA).

- La segunda posición, asumida generalmente por la jurisprudencia alemana, se caracteriza por extender y ampliar de manera profusa la punibilidad de la complicidad psíquica en la modalidad de reforzamiento de la resolución a cometer el hecho, siendo los supuestos comprendidos por ella sumamente discutibles, que

[67] Así ANTÓN ONEGA, JOSÉ: Derecho Penal; p. 473.
[68] ROXIN, CLAUS: ¿Qué es la Complicidad?; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 411.
[69] MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/2; p. 452.

bien podrían mantenerse en la zona de impunidad.

- El tercer criterio, por su parte, manteniendo una línea intermedia plantea su castigo sólo bajo límites muy estrictos[70]. De este modo, a diferencia de la jurisprudencia alemana dominante se termina por excluir el castigo del simple solidarizarse con el autor o las muestras de aprobación a su proceder o las simples demostraciones de simpatía con su hecho. Inversamente, se sanciona al que proporciona un motivo adicional al autor o disipa sus dudas, promete a un testigo callar frente a una declaración falsa o a la mujer que, como amante, promete un ulterior matrimonio al hombre decidido a matar a su esposa[71].

c) ¿Complicidad omisiva?

Si bien la mayoría de casos de complicidad suelen ser cometidos por conducta positiva; nada impide que exista, también, complicidad por omisión, siempre que subsista una posición y deber de garantía[72].

Este parecer mayoritario en la doctrina y jurisprudencia alemana no deja de generar opiniones encontradas en la ciencia penal española. En tanto la jurisprudencia y una parte de la doctrina admiten la complicidad omisiva siempre que concurra un deber de garantía[73], otro sector doctrinario la admite sin exigir éste requisito adicional como es el deber de garante[74]. No faltan autores que la niegan y excluyen de modo rotundo como forma de complicidad[75].

En el Perú creemos que la admisión de la complicidad omisiva está supeditada a la preexistencia de un deber de garantía, tal como lo reconoce la doctrina y jurisprudencia alemana y española dominante, sin que sea suficiente la sola facilitación mediante un no hacer para la realización del hecho punible[76]. De este modo, será cómplice por omisión el funcionario de aduanas que tolera a su personal la realización de actos de contrabando o la defraudación de la renta de aduanas (arts. 1 y 4 de la Ley 26461). Sin embargo, no tiene esa calidad, por lo que debe quedar impune, la amante del hombre casado que no impide que éste dé muerte a su mujer, dado que falta aquí un deber de garantía[77]. Resulta discutible la calificación por complicidad omisiva en homicidio simple en base al criterio de la injerencia, cuando A, B y C golpean a la víctima X, y luego el primero se limita a observar como B y C le dan muerte[78]. En estos casos la autoría cede su lugar a la complicidad por omisión cuando el que actúa, o despliega su energía criminal, deja de dominar el curso del hecho[79].

V.- CRITERIOS TEÓRICOS QUE HAN INTENTADO DIFERENCIAR LA COMPLICIDAD PRIMARIA DE LA SECUNDARIA

En la línea del C.P. de 1924, e inspirándose en la codificación penal española histórica, el C.P. de 1991 distingue dos formas de complicidad: la llamada cooperación necesaria o complicidad primaria y la complicidad simple o secundaria. Aún cuando no parezca ni correcto, ni oportuno mantener una distinción de esta índole, el texto legal obliga al intérprete a ofrecer

[70] ROXIN, CLAUS: ¿Qué es la Complicidad?; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 412.
[71] ROXIN, CLAUS: Ob. Cit.; p. 413.
[72] Así, JESCHECK, HANS: Tratado; p. 967; MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal 52/9; p. 454; WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán; p, 169.
[73] Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios; p. 892; MIR PUIG, SANTIAGO; Derecho Penal; p. 406; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: La Inducción y la Complicidad como formas de participación punible en el C.P.; p. 232.
[74] Así COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN; Derecho Penal; p. 689; BACIGALUPO, ENRIQUE; Derecho Penal; p. 387.
[75] BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; Manual; p. 296.
[76] Así VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Lecciones; p. 234; CASTILLO ALVA, José Luis. . "La complicidad como forma de participación en el delito" En: Revista Peruana de ciencias Penales. Nº 09. Págs. 679-712.
[77] En: contra JESCHECK, HANS: Tratado; p. 968.
[78] Véase MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/10; p. 454.
[79] Conf. JESCHECK, HANS: Tratado; Pág. 968.

una distinción conceptual que permita al juez separar ambas categorías, máxime si entre ellas media como consecuencia una diferencia en cuanto a la penalidad.

Ambas formas de complicidad comportan una participación en un hecho delictivo ajeno mediante acciones que se caracterizan por no tener un dominio del hecho[80]. La distinción entre una y otra clase de complicidad debe producirse sobre la base de criterios fundamentalmente objetivos[81] e imparciales, que tengan en cuenta la naturaleza[82] o el valor[83] del aporte o la importancia objetiva y/o eficiencia de la cooperación[84]. No entran, por tanto, en la delimitación de las clases de complicidad patrones subjetivos o de naturaleza personal, como si un aporte irrelevante desde el plano de un observador imparcial, pueda ser tomado como una contribución esencial según la personalidad del ejecutor principal de un hecho.

La referencia legal a "la prestación de auxilio sin el cual no se hubiere perpetrado el delito" (Art. 25 primer párrafo), propio de la complicidad primaria, plantea la necesidad o la naturaleza imprescindible de la contribución, la cual puede ser contemplada desde un plano concreto o abstracto según ya una clásica distinción[85]. Proporcionar una escalera para perpetrar un hurto agravado por escalamiento (189 inc. 3) será un acto imprescindible según el primer criterio no según un punto de vista abstracto porque el delito se hubiese podido cometido de otra manera. La perspectiva concreta ofrece la dificultad que siempre cualquier aporte efectivamente producido sería necesario, pues de otro modo el delito no se hubiera llegado a cometer. En realidad la apelación a este expediente no resuelve ningún problema, sino que agrava otro existente, ya que no se logra determinar con exactitud cuando un aporte es mera asistencia y cuando hay una prestación de auxilio sin el cual el delito no se hubiera cometido. No obstante, esta posición es la dominante en el Tribunal Supremo español y un sector importante de la doctrina española[86].

El criterio abstracto tiene como punto crítico el inverso a la perspectiva concreta, pues ningún aporte tendría el carácter de necesario o imprescindible dado que como apuntó CARRARA en el siglo pasado "el delito tiene muchos modos diversos y posible de ejecución[87]"; de tal manera que por esta vía la cooperación y el aporte nunca será necesario pues el autor ha podido cometer el delito de ésta como de otra manera. Así un homicidio con un arma de fuego entregada por el cómplice pudo producirse empleando un puñal, un veneno o por el empleo de la sola fuerza; el hurto con escalamiento puede efectuarse no sólo por la entrega de la escalera, sino mediante una cuerda o rompiendo otras defensas predispuestas. Frente a estas dificultades lo mejor es seguir una posición que conjugue ambos aspectos que más que una perspectiva concreta resulte, según GIMBERNAT, ser un criterio menos abstracto[88]. Cercana o próxima a esta línea, se han elaborado diversas posiciones que tratan de distinguir los elementos que solucionen el crucial problema de la complicidad primaria y complicidad secundaria, aquí algunos de ellos:

a) Criterio de Necesidad (Antón Oneca, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo)

Según esta teoría, cooperador necesario será aquél que contribuye con un acto

[80] Parece correcto el criterio de RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Comentarios; p. 872 respecto a que ambas formas de complicidad pueden implicar la realización de actos no ejecutivos.
[81] HURTADO POZO, Manuel. Manual de Derecho penal. Ob. Cit. Pág. 549.
[82] SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T II, 7ma reimpresión. Buenos Aires, 1976.; p. 279 y 289.
[83] NUÑEZ, RICARDO; Derecho Penal Argentino; T II. Buenos Aires, 1964.; p. 282.
[84] RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios; p. 872.
[85] Véase GIMBERNAT, ENRIQUE: Autor y Cómplice en Derecho Penal; p. 131.
[86] Así RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: Comentarios; p. 872 nota 6.
[87] RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, ibídem.
[88] GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: Autor y Cómplice en Derecho Penal. 1era edición, 2006.; p. 133. Así también RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ; Derecho Penal Español. Autor-editor., Madrid, 1981. p. 817; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: Derecho Penal; p. 68.

que es condición sine quanon para la perpetración del delito, no obstante que considerado el acto en sí mismo no adquiera gran relevancia. El resultado delictivo no se habría producido de no mediar la condición puesta en juego por el cooperador necesario. Condición que en el contexto global y funcional de iter criminis asume un papel de gran importancia.

El criterio de necesidad descarta la complicidad primaria si acudiendo a la supresión mental del aporte del cómplice (acto sine quanon), al hecho del autor y en el caso concreto, el resultado delictivo se produce de todas maneras. Se tratará en tal situación de una complicidad secundaria.

Como es fácil observar el criterio o teoría de la necesidad se basa tanto en la imprescindibilidad como en la insustituibilidad del aporte generado en fase de la preparación del delito.

Así por ejemplo, resulta relevante a nivel de la doctrina el aporte de profesor de la Universidad Autónoma de Madrid GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO. Este autor, sostiene que la cooperación necesaria implica inevitablemente la formulación de un juicio hipotético y resulta vano -contra la opinión de GIMBERNAT- cualquier intento de evitarlo. La tarea del intérprete sería el señalar la naturaleza, el objeto y los límites de tal juicio. La necesidad del aporte se contempla en un juicio a posteriori que varía sobre las posibilidades del autor principal en un momento histórico concreto.

Si el autor hubiera tenido tanto que renunciar a la ejecución -sostiene RODRÍGUEZ MOURULLO- o, al menos, aplazarla en espera de conseguir una colaboración equivalente, el auxilio es necesario. Lo que decidirá todos los casos serían las posibilidades que el autor tenía en el momento concreto para lograr la ejecución en sí, prescindiendo de la colaboración ajena. El juicio hipotético que se formula a posteriori no se refiere al mundo sin confines y al tiempo sin límites o a las inescrutables posibilidades que el futuro podía depararle, sino al recortado mundo del autor en un momento concreto e histórico[89].

La postura de RODRÍGUEZ MOURULLO tiene el mérito de tratar de construir la distinción de las formas de complicidad respetando el tenor de la ley, reconociendo la necesidad de un juicio hipotético. Sin embargo, a poco que se avance se observa un notorio equívoco derivado de catalogar este juicio como un juicio ex post, es decir posterior al hecho. No se advierte que asumiendo esta posición se tiene que concluir que si el delito se realizó, lográndose consumar, es porque la contribución fue necesaria; como aplicación lógica de la teoría de la equivalencia de condiciones. En realidad si existe un juicio hipotético este sólo puede ser ex ante[90] y no ex-post. RODRÍGUEZ MOURULLO confunde el tiempo en que se realiza ese juicio por el juez, lógicamente se realizará después del hecho, con la necesidad que este se coloque en el contexto espacio temporal en el que han de verse dichas posibilidades: antes o de manera concomitante a la ejecución del mismo, nunca de manera posterior.

b) Criterio de la escasez (GIMBERNAT ORDEIG)

Uno de los mejores esfuerzos que buscan distinguir la cooperación necesaria de la complicidad pura es el realizado por el

[89] RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios al Código Penal. Edit. Civitas, Madrid. 1era edición, 1997. Pág. 873.

[90] Así GIMBERNAT, ENRIQUE; Autor y Cómplice en Derecho Penal; p. 145; MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal; Ob. Cit., Pág.. 405; ZAFFARONI, EUGENIO: Tratado, T. IV, p. 398.

profesor de la Universidad de Madrid, ENRIQUE GIMBERNAT. Este autor parte en su análisis de la teoría de los bienes escasos y la teoría de los bienes abundantes respecto del aporte de los partícipes. Si un partícipe aporta con un bien escaso al hecho del autor será cooperador necesario, mientras si su aporte consiste en un bien abundante debe ser reputado como mero cómplice. Según GIMBERNAT para determinar la escasez de un bien "es necesario apelar a un juicio general o provisional y a un juicio particular o definitivo". El juicio provisional se convertirá en definitivo cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares. Desde el punto de vista general será escaso: una pistola, una medicina cuya receta es prohibida, la máquina para falsificar billetes, etc. Por otro lado, será abundante un bolígrafo, una medicina, una cuerda, un martillo etc. Este juicio general provisional se convertirá en definitivo cuando en un segundo juicio, se contempla la cuestión de la escasez teniendo en cuenta los factores especiales que concurren en la persona que recibe la cosa [91].

A diferencia de la posición anterior, con el criterio de escasez estaremos ante casos de complicidad necesaria siempre que el aporte causal y criminal del cómplice se inscriba en un marco de escasez de medios o de prestaciones. Aportaciones escasas son aquellas difíciles de obtener (un veneno clasificado, las llaves de la bóveda del banco, el experto en manejos electrónicos para un fraude informático, etc.) para el caso concreto de realización del ilícito penal y por lo mismo presuponen la remoción de un obstáculo serio en la progresión del iter criminis. Los aportes abundantes, fáciles de hallar o disponer causalmente, se inscriben en el ámbito de la complicidad secundaria.

En el desarrollo de su tesis GIMBERNAT parte de tres principios:

1. Cualquier solución viable tiene que prescindir de la cuestión de que es lo que habría sucedido sin la actividad del sujeto.

2. Esta filera de duda que la ley se refiere a la actividad de especial importancia.

3. El lenguaje de la ley coincide con el lenguaje corriente, pues en la conversación de cada día hablamos de prestaciones o cosas sin las cuales no podríamos hacer esto y lo otro.

Los razonamientos creativos de GIMBERNAT, desestiman a así los juicios hipotéticos de la supresión mental que propone la teoría de la necesidad en la labor de delimitación entre complicidad primaria y secundaria. La propuesta de GIMBERNAT es bastante seductora, sobre todo, en la resolución de algunos problemas prácticos; sin embargo, no deja de ofrecer flancos débiles.

En efecto, la teoría de los bienes escasos sólo es útil para algunos casos de cooperación necesaria que consisten en contribuciones de entregar una cosa, como el propio GIMBERNAT reconoce de manera implícita a lo largo de su obra, sin embargo no es tan adecuado, ni tan útil en la explicación de la cooperación necesaria psicológica y la complicidad simple que consisten en un mero hacer. Asimismo, los puntos débiles de su concepción aparecen nuevamente cuando el autor apela a otros

[91] GIMBERNAT, ENRIQUE; Autor y Cómplice en Derecho Penal; p. 155. Aceptan también esta tesis BUSTOS, JUAN: Manual; p. 294; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; Derecho Penal, p. 560.

principios que explican y desarrollan su posición, como:

1. La inequívoca criminalidad de la conducta.
2. La conducta debe haber sido causal para el resultado.
3. La conducta debe remover un obstáculo serio [92].

Como se puede apreciar, la construcción del profesor de Madrid no es uniforme, ni válida, para todos los supuestos de cooperación necesaria, puesto que tiene que matizarse o adaptarse según la contribución signifique la entrega de una cosa o la realización de una conducta, cuestión que la convierte en una regla relativa y ta1 vez arbitraria y, por las variantes que admite, sospechosa de no poseer generalidad ni rigor.

No quedan allí las objeciones. Cuando GIMBERNAT utiliza dos clases de juicio, el general y el particular, en la determinación del concepto de escasez, incurre en una grave contradicción, dado que no otorga igual validez e importancia a cada uno de ellos. En la relimitación de la escasez, siempre decidirá, y en última instancia será definitivo, el juicio particular, desp1azando al juicio general a un plano secundario y a una función meramente auxiliar. De nada sirve si el veneno o un arma de fuego son objetivamente escasos, pues lo que decidirá en último lugar será si el sujeto tuvo ya uno de dichos instrumentos. Como apunta RODRÍGUEZ (704) MOURULLO en plano crítico ¿Para qué sirve entonces el primer juicio general? ¿Acaso no es más sencillo hablar de criterio que atiende a la concreta necesidad del autor [93].

Si bien el planteamiento es muy seductor y ayuda a resolver algunos casos complicados la teoría de los bienes escasos parte de un principio, aunque no se enfatice mucho en él, poco preciso, ambiguo y de difícil delimitación como es el saber previamente qué bienes son escasos y qué bienes son abundantes. Si no se ha determinado previamente este punto no se puede avanzar en el esclarecimiento de la cooperación necesaria o la complicidad simple. Ahora, decir que un bien es escaso o es abundante no puede obtenerse partiendo de un punto de vista abstracto o de una regla general, como si el bien es producido en gran o en menor escala o si se trata de una cosa sujeta a restricciones comerciales o de circulación, sino que ha de repararse en el medio social, y el mundo circunstante del autor o la situación concreta del autor.

Pero, incluso esto no basta dado que el bien puede que sea abundante, pero por las especiales circunstancias resulte escaso, o que el sujeto considere escaso el bien cuando resulta ser abundante. Dentro del mundo del hampa, sin que se olvide que en ella hay niveles, un bien objetivamente escaso puede resultar abundante, o una cosa, que circula escasamente en el mercado negro, puede que se encuentre profusamente; en el tráfico comercial o ala inversa. Cuál debe ser, entonces, la calificación correcta?. Sencillamente, no lo sabemos.

Como puede verse la escasez, o abundancia de un bien no lo fija ni el cómplice, ni el autor ni su circunstancia, sino que se halla vinculada a una multitud de factores exógenos que hacen imposible levantar una distinción jurídica como la

[92] GIMBERNAT, ENRIQUE; Autor y Cómplice en Derecho Penal; p. 167 y 174.
[93] RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios: p. 875 nota 11.

propuesta por GIMBERNAT. La escasez, de un bien depende de las fluctuaciones en la economía, de los aranceles fijados por el gobierno en la circulación de un bien, de la mayor o menor habilidad que tenga una persona para conseguirlo o de las siempre variables cuotas de producción o de circulación de un bien. ¡Un problema penal tendría que ser resuelto por los economistas! A lo dicho se agrega un aspecto crítico fundamental: la teoría de los bienes escasos no puede explicar, ni menos solucionar los casos de complicidad omisiva. Pues, no se sabe a ciencia cierta si las omisiones son bienes (¿lo son?) escasos o bienes abundantes.

Pese a las críticas de esta teoría y de la anterior, tanto el criterio de la necesidad como el de la escasez son los que gozan en la actualidad de mayor aplicación y consenso [94].

c) Criterio Mixto: (Santiago Mir Puig)

Esta teoría ecléctica pone de relieve que las anteriores posiciones no son contrapuestas ni excluyentes, sino que constituyen ambas acertadas herramientas para delimitar con precisión lo necesario de lo secundario del aporte. De modo tal que el operador judicial ha de saber complementar ambos criterios.

Según MIR, el primer criterio facilita la determinación de los aspectos del hecho de los que debe ser condición la cooperación, respondiendo a la cuestión ¿Para qué debe ser necesaria la cooperación?; la segunda posición ofrece un criterio para decidir cuando la misma debe considerarse condición del hecho respondiendo a la pregunta ¿qué se entiende por necesidad de la cooperación?[95] Mientras una posición acierta al distinguir entre el "si" y el "cómo" del hecho; entendiéndose el si del hecho en virtud a la realización de los elementos típicos; la otra posición tendría el mérito de situar el punto de partida de la cooperación ex-ante porque nunca podrá saberse con seguridad si el autor hubiera o no cometer el delito sin la cooperación [96].

Como puede verse, la tesis ecléctica de MIR no hace sino juntar, sistematizando, dos tesis que buscan explicar con pretensión de coherencia, cada una por su lado, la distinción entre las formas de complicidad. Evidentemente, no constituye un planteamiento nuevo dado que se genera sobre la base de otras posturas ya existentes. De allí que le sean aplicables las mismas críticas señaladas oportunamente a cada planteamiento.

d) Criterios sicológicos (Cobo del rosal, Vives Antón y Gonzáles Cussac)

Esta posición es minoritaria y destaca el aspecto motivacional del autor a diferencia de las anteriores teorías objetivas de la necesidad y de la escasez. Señala esta concepción que habrá cooperación necesaria siempre y cuando el partícipe haya incidido sobre el proceso de decisión del autor motivándole con su aporte a ejecutar el delito. Asunto que exige de parte del juez efectuar los respectivos juicios hipotéticos acerca de la eficiencia motivadora de los aportes del cómplice para afirmar o descartar la complicidad primaria.

Esta teoría ha sido muy criticada por lo subjetivo de sus consideraciones, la

[94] ROJAS VARGAS, Fidel. Estudios de derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Jurista editores, 1era edición, Lima, Julio del 2004. Pág. 195.
[95] MIR PUIG, SANTIAGO. Derecho Penal. Parte General, 4ta edición, Barcelona, 1996. Pág. 405.
[96] Ibídem; p. 405.

dificultad de prueba y los márgenes de arbitrariedad que ella puede acarrear.

Así por ejemplo, autores como COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, señalan que en la determinación de la complicidad "se debe partir de las posibilidades reales del autor en el momento del hecho y se inquiere, no si el autor hubiera podido efectuarlo aún de otro modo, sin la colaboración del partícipe, sino, como exige el texto de la ley, si lo hubiera efectuado". "Se trata -he aquí la tesis principal de estos autores- de un juicio sobre el proceso motivacional del autor y no como a veces se interpreta, de un mera evaluación de sus posibilidades objetivas[97].

DEL ROSAL BLASCO, quien asume también esta posición, precisa que "si con el auxilio del partícipe se ha logrado que el autor resolviera definitivamente la comisión del hecho principal, su comportamiento será cooperación necesaria. Por el contrario si la aportación -material o psíquica- del partícipe no ha tenido una influencia definitiva en la resolución del autor, pero ha contribuido de alguna manera, será cómplice "[98].

La crítica extensiva y por demás evidente a esta postura es el de partir de un criterio aparentemente objetivo pero que termina reconociendo la diferencia entre las clases de complicidad en razón a un criterio subjetivo. Ello es patente cuando se alude a la influencia del aporte en el proceso motivacional del autor. Siguiendo este parecer no sólo se aparta el intérprete de tenor de la ley sino que la infringe y desconoce su contenido, el cual establece dicha diferencia sobre patrones objetivos, procedimiento que invalida la mencionada construcción teórica.

Anclar la diferencia de la complicidad primaria y secundaria en patrones internos, netamente subjetivos, significa pasar por encima no sólo del claro tenor de la ley sino convertir en indemostrable la importancia de la contribución que ahora radicaría en la forma cómo el autor considera dicho aporte, el cual dependerá finalmente del temperamento, personalidad y vinculación personal de lo intervinientes en un delito, entre otros factores. Así, una contribución insignificante de manera objetiva, puede ser tomada como esencial y determinante por un autor débil de carácter o que capta las circunstancias de manera equivocada.

Con esta postura la importancia de la contribución del cómplice pasaría un segundo plano, decidiendo en su lugar la influencia del aporte en la psique de autor, quien sería, a la postre el que determinará, según su mayor o menor sensibilidad, si una contribución encaja en una complicidad primaria o secundaria. Otro aspecto crítico de la posición en comentario es focalizar su análisis en la influencia del aporte en la resolución delictiva del autor, cuestión que si bien puede explicar correctamente los supuestos de complicidad psíquica, fracasa, o por lo meno resulta insuficiente, en las hipótesis de complicidad material en donde el aporte si presta al hecho principal más que a la resolución psicológica del autor.

La tesis del "proceso motivacional", parece que goza de mayor idoneidad y aptitud para explicar la instigación que la propia complicidad. Pues enfatiza en un elemento que es inherente a la investigación

[97] COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: Derecho Penal: Derecho Penal, 5ta edición, Tirant Lo Blanch. 1999. p. 689.

[98] DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: La Inducción y la Complicidad como formas de participación punible en el C.P.: p. 229.

y que se vincula con el mencionado proceso motivacional como es el influjo psíquico. En todo caso mal se haría en restringir el proceso motivacional como la base de la distinción entre la complicidad primaria y secundaria, dado que lo correcto sería extenderlo también a la instigación, y en general a toda forma de participación criminal. Por último, si se acepta este planteamiento tendría que rechazarse los casos de complicidad oculta en los que justamente falta un contacto psicológico entre el autor y el cómplice.

e) Tesis de la importancia de la contribución según el caso concreto.

Una postura ciertamente minoritaria, que no posee mayor eco en el ámbito jurisprudencial y doctrinal, luego de destacar que la diferencia entre las formas de complicidad reside en la importancia del aporte, enfatiza que esta importancia no se deduce de la naturaleza de la contribución, sino que deberá apreciarla el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular[99]. La distinción entre las formas de complicidad dependerá del arbitrio judicial no siempre uniforme, sino variable y constante.

A quienes reservan a la magistratura una libertad de criterio capaz de distinguir entre complicidad primaria y secundaria debe recordárseles que el juez no puede decidir a su libre arbitrio y consideración quien presta una ayuda necesaria y quien colabora con un mero auxilio cuando la ley hace descansar la distinción en patrones rigurosamente objetivos. No es correcto, desde una perspectiva jurídica, bajo el pretexto de enfrentarse a un problema de difícil solución, imponer o conceder al juez un poder de delimitación que el legislador y la ley declaran obedece a una naturaleza estrictamente imparcial y objetiva. Como apunta RODRÍGUEZ MOURULLO, la necesidad que en la delimitación de la complicidad se atienda al caso concreto no quiere decir que los tribunales estén facultados para explicar el criterio que estimen más oportuno en cada caso[100]. Si la ley peruana, como otras semejantes, distingue entre cooperación necesaria y complicidad en razón de la importancia del aporte, se prueba de manera indubitable que el legislador no quiso librar a la discrecionalidad del juez dicha distinción; pues de ser así le hubiese bastado describir una cláusula abierta de complicidad, sin mención alguna a la cooperación necesaria.

f) Criterios de Imputación Objetiva (Carmen LOPEZ PEREGRIN)

Sostiene esta autora que ninguno de los criterios anteriores permiten hallar una fórmula delimitadora lo suficientemente aceptable en el abordaje de la problemática de la complicidad necesaria y secundaria.

Propone, para solucionar tales aporías, una serie de "indicios objetivos" que desde la perspectiva del merecimiento de pena, posibiliten calificar una conducta de contribución como necesaria. He aquí alguno de sus más importantes postulados[101].

- La cooperación necesaria se caracteriza, negativamente como acción u omisión no directamente típica (límite máximo)

[99] En el Perú así HURTADO POZO, JOSÉ: Manual; p. 552.

[90] RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios; p. 878.

[101] Sobre la esencia de su posición ver: LOPEZ PEREGRIN, Carmen. La complicidad en el delito. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997. Págs. 230-359

- El cooperador necesario es aquel que con su contribución hace posible la comisión del delito.

- La contribución del cooperador necesario puede darse ya sea durante la fase de ejecución del delito, como en la fase preparatoria.

- La conducta constitutiva de cooperación necesaria hace referencia a una peligrosidad ex ante, así como a su idoneidad para incrementar sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor.

- Será cooperación necesaria la conducta que, sin consistir en la realización directa de actos típicos, incrementa ex ante sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor de manera que su retirada pueda desbaratar el plan delictivo, si ex post resulta efectivamente causal para el resultado.

g) Criterio de supresión (Cerezo Mir, Octavio de Toledo, Huerta Tocildo entre otros)

Las dificultades existentes para la diferenciación correcta entre cooperación necesaria y secundaria han llevado a un sector de la doctrina española a proponer su derogación de la normativa del Código Penal. Las razones que evidencia el tema, han recaído además en la dosis de inseguridad jurídica que aporta seguir manteniendo esta clasificación, así como las críticas por las dificultades casi insalvables que origina su delimitación práctica y las confusiones teóricas que produce. Un ejemplo de ello es la posición de MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN quienes consideran en la cooperación necesaria "que si la ayuda prestada es de tal magnitud se puede decir que el que la presta también domina el hecho, por tanto su calificación jurídica sería la de coautor[102]".

En nuestro país, la regulación actual de la complicidad en el artículo 25 del C.P. nos conduce a preguntar si sólo por razones de tradición legislativa es conveniente conservar la distinción entre complicidad primaria y secundaria. Frente a este escabroso panorama, fuente de equívocos y pareceres encontrados, penalistas peruanos como CASTILLO ALVA creen que lo más acertado sería suprimir la distinción entre complicidad primaria y complicidad secundaria, remitiendo la importancia o significación objetiva del aporte del cooperador necesario a los principios de determinación judicial de la pena ubicados en el artículo 46 del C.P.[103]. La complicidad quedaría como una forma de participación que no repararía en la contribución ni la importancia del aporte, como hasta ahora ha venido sucediendo. De otra manera, y de conservarse el criterio de nuestra ley en el tratamiento de la complicidad, se sostiene que no sería raro, por ejemplo, que también pueda admitirse, plasmándose en una distinción legal, la referencia a diversas clases de coautoría según la mayor o menor significación del aporte o según el autor se encuentre personalmente o no en la ejecución del hecho. Dicha situación sería criticable, igual que la actual redacción del Art. 25 del C.P.

VI.- CRÍTICA A LA REGULACIÓN DE LA COOPERACIÓN NECESARIA.

La figura de la cooperación necesaria (Art. 25 párrafo primero del C.P. peruano,

[102] MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN: DERECHO PENAL. Parte General. 5ta edición. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002. Pág. 462 y ss.

[103] Al respecto vid. CASTILLO ALVA, José Luis. "La complicidad como forma de participación en el delito" En: Revista Peruana de ciencias Penales. Nº 09. Pág. 679-712.

Art. 28. b del C.P. español) se remonta a la vieja doctrina de la causa necesaria o del cómplice principal de los juristas italianos de la baja edad media[104]. Esta posición precisa que el cómplice que coopera con una contribución sin el cual el hecho no se hubiera ejecutado debe poseer una pena equiparable al autor: por su parte el cómplice no necesario merecerá una sanción más benigna. Al margen de la dificultad que encierra delimitar su contenido respecto a la complicidad simple, creemos conveniente, como lo expresamos anteriormente, postular su eliminación de nuestro ordenamiento jurídico penal, pues un aporte más o menos significativo o importante no redunda en la medida de la antijuridicidad que dé lugar a una distinta calificación o tratamiento jurídico[105], salvo que se trate de un dominio funcional del hecho que, como se sabe, determina la aparición de la coautoría.

La ley parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual todas las causas que han contribuido a la configuración del resultado son igual de esenciales, diferenciando entre causas (aportes) indispensables o más importantes de las causas no indispensables, o menos importantes. Se enfatiza en la cuestión que los aportes o las contribuciones al hecho por parte de los cómplices es graduable y susceptible de ser jerarquizado. No todos -según se desprende de la ley- que contribuyen o cooperan en un delito deben tener igual responsabilidad. Los que realizan o "auxilian" una contribución (indispensable) sin el cual el hecho no se hubiera producido tienen la pena reservada al autor, mientras que aquéllos que efectúan una simple "asistencia" o colaboran de otra forma se les disminuirán prudencialmente la pena.

La ley de manera lamentable hace descansar la fijación de la responsabilidad penal, y en este caso su graduación, en un planteamiento puramente causal del aporte respectivo. Al ser una disposición de larga data histórica el legislador no repara que con el desarrollo y avance de la dogmática penal la causalidad no es más, frente a la preponderancia que tenía antes, uno y sólo uno de los criterios a tener en cuenta en la determinación de la responsabilidad penal como su eventual graduación. El legislador obliga a absolutizar en un solo criterio cuando no es más que uno de los tantos existentes. El precepto que regula la cooperación necesaria representa la conservación de puntos de vista que en el actual desarrollo dogmático resultan anacrónicos, atávicos y poco útiles. Es más la norma coloca al intérprete en un callejón sin salida, pues obliga a remitirse a un curso causal hipotético que, como apunta de manera enfática un sector destacadísimo de la dogmática, es irrealizable e imposible de verificación empírica. Nadie puede saber a ciencia cierta si con una determinada contribución el hecho se hubiera llegado a producir, pues en su configuración intervienen un sin número de factores de los cuales no se puede prescindir. Por ello tiene razón CEREZO MIR cuando remarca que "en realidad, la distinción del cooperador necesario y el cómplice es una tarea insoluble[106].

En la misma España, en cuyo Código Penal puede registrase el antecedente de nuestra regulación de la cooperación necesaria, la doctrina penal, desde el pionero planteamiento de CEREZO MIR se encuentra generando un "clima de opinión" en contra de la figura del cooperador

[104] CEREZO MIR, JOSÉ: Derecho Penal Lecciones de derecho penal. Parte General, 2da edición. Madrid, 2000.; p. 183 quien señala "Nuestro legislador histórico se inspiró en dos viejas doctrinas que se remontan a los juristas italianos de la Baja Edad Media y que tuvieron gran difusión por todo Europa en los siglos XVII; XVIII y XIX: en la concepción del inductor como autor moral, que era equiparado al autor material (quod quis per alium fecit, per se ipsum facere videtur) y en la teoría de la causa necesaria o del cómplice principal. Con arreglo a esta última doctrina, el cómplice principal es decir, aquel que coopera a la ejecución de un delito con un acto sin el cual no se hubiere efectuado (quod causan non dedit delicto), debía ser equiparado al autor material; de él se distinguía el cómplice menos principal o secundario (quod causan non dedit) que era, castigado con una pena interior".

[105] En sentido semejante HUERTA TOCILDO-OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: Derecho penal: p. 546; CEREZO MIR, JOSÉ:Derecho Penal (Lecciones): p. 183.

[106] CEREZO MIR, JOSÉ: Derecho Penal (Lecciones), p. 214 quien añade «En la moderna ciencia del Derecho Penal se ha puesto claramente de manifiesto que no es posible medir la eficacia causal de las diversas condiciones y que. aunque ello fuera posible, no sería decisiva para medir la gravedad de lo injusto o la culpabilidad».

necesario. Así, por ejemplo, se precisa, refiriéndose al C.P. de 1995 que "Aquí, nuestro legislador ha sido poco innovador y progresista, no ha mirado al futuro, ni tan siquiera ha tenido en cuenta el presente de la ciencia penal española y de la cultura jurídica de nuestro entorno europeo. Aquí, nuestro legislador se ha quedado anclado en el pasado, ha conservado la rancia tradición de la codificación española y su ideario científico primitivo, propio de una dogmática de otro tiempo ya muy lejano y totalmente desfasado y (casi) abandonado[107].

También, se ha apuntado que "El mantenimiento de la figura del cooperador necesario sigue constituyendo un resquicio histórico, constituyendo una figura a caballo entre la coautoría y la complicidad[108].

QUINTERO OLIVARES luego de enfatizar en que la llamada "cooperación necesaria es un concepto particular del derecho español decimonónico que aún pervive, postula que "evidentemente, la tesis de la supresión no ha sido asumida por el legislador de 1995, pese a lo cual estimamos que dicha supresión conlleva innegables ventajas interpretativas y nulo riesgo de injusta impunidad o privilegio, por lo cual no debe de modo alguno desdeñarse [109].

A ello hay que agregar que una regulación como la contenida en el Art. 25 inc. 1 del C.P. no hace más que conceder un mayor arbitrio que el que ya tiene la autoridad judicial, quien según su particular criterio y valoración de los hechos puede calificar idénticos comportamientos ya sea como complicidad primaria, en algunos casos, o complicidad secundaria, en otros. Se termina, de esta manera, por romper la garantía de objetividad y el tratamiento igualitario que debe prestar las regulaciones de la parte general como derivado del principio de legalidad.

A nuestro criterio una futura y necesaria modificación legislativa en el Título de la Autoría y Participación, entre otros puntos, deberá introducir los siguientes cambios: Unificar el tratamiento de la complicidad, sin efectuar una ulterior distinción legislativa, tal como sucede en el Derecho Penal alemán. La complicidad necesaria (Art. 25 primer párrafo) deberá desaparecer.

La mayor o menor importancia de la contribución o el aporte deberá examinarse dentro de las reglas de determinación judicial de la pena.

Como opción puede establecerse la atenuación facultativa de la pena de la complicidad respecto a los casos de autoría.

VII.- TENTATIVA DE COMPLICIDAD Y PARTICIPACIÓN EN UN HECHO PUNIBLE CULPOSO.

La complicidad es punible sólo desde el momento en que el autor comienza a ejecutar el delito mediante una acción exterior. El castigo del cómplice se encuentra supeditado a la realización de una conducta por lo menos típica y antijurídica del autor del delito (accesoriedad cualitativa), que, como mínimo, llegue a la fase de tentativa, cuando el hecho no logra consumarse (accesoriedad cuantitativa). En el Perú

[107] PÉREZ ALONSO, ESTEBAN: La Coautoría y la Complicidad (necesaria) en Derecho Penal; Granada; Comares; 1998; p. 409.
[108] HERNÁNDEZ PLASCENCIA, ULISES; La Autoría Mediata en Derecho Penal: Granada; Comares; 1996; p. 62
[109] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros. Comentarios al Nuevo Código Penal, Pamplona, 1996. p. 309.

como en España, son impunes los actos no ejecutivos de complicidad frustrada o intentadas[110].

Si el castigo del cómplice depende (en virtud al principio de la accesoriedad de la participación) de la realización de un injusto tentado o consumado por parte del autor, al faltar este requisito, la conducta del cómplice deviene en impune ya sea por ser la conducta del autor típica pero no antijurídica o por no haberse concretado en actos ejecutivos sino que sólo se quedó en actos preparatorios.

En consecuencia, en nuestra legislación resulta impune la tentativa de complicidad. Además, es inadmisible tanto la complicidad culposa como la complicidad dolosa en un hecho punible culposo. Éste criterio se diferencia de un parecer minoritario en el contexto jurisprudencial y dogmático de la ciencia penal española que admite la punición de la cooperación necesaria imprudente, pero excluyen de sanción a la complicidad simple imprudente[111]. Los que admiten la participación culposa sólo exigen: a) La voluntad de la propia acción u omisión, y b) La conciencia de cooperar en una acción ajena[112] no siendo necesaria la conciencia y voluntad respecto al resultado.

VIII.- LA PENALIDAD DE LA COMPLICIDAD.

El artículo 25 del C.P. reconoce tratamientos distintos, en cuanto a las consecuencias jurídicas, a la complicidad primaria y a la complicidad secundaria. A la primera equipara su penalidad al de la autoría, precisando que el cooperador necesario será reprimido con la pena prevista para el autor; mientras que a la segunda se le disminuirá prudencialmente la pena.

El legislador penal de 1991, como su predecesor, teniendo en cuenta la significación esencial de la contribución en el delito, ha determinado que la pena del cómplice primario se equipare a la del autor, mientras cualquier otro aporte que no tenga esa característica o naturaleza será reputado como complicidad secundaria, disminuyendo prudencialmente la pena. Como puede verse, en nuestra legislación la penalidad para la complicidad depende de la importancia del aporte en la ejecución del delito y no de otros factores externos o de naturaleza subjetiva del agente.

Creemos que este procedimiento legal de equiparar la pena del cómplice primario con la del autor no es el mejor, ni el criterio más correcto dado que bien puede seguirse la vía de la atenuación facultativa de la pena atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Incluso, creemos que este camino era el más conveniente, si se observa como una diferencia material entre la participación criminal y la autoría, la menor penalidad de aquella respecto a ésta, dado su manifiesta accesoriedad y dependencia.

IX.- JURISPRUDENCIA

Tanto la jurisprudencia española, a lo largo de varias décadas, como la peruana en estos últimos años, no han brindado sobre este asunto mayores luces que permitan en el terreno de la evaluación práctica y de sus consecuencias,

[110] GIMBERNAT, ENRIQUE: Autor y Cómplice en Derecho Penal, p. 166.

[111] En esta línea MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal. Parte general. 4ta edición, Barcelona, 1996. p. 408; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO. Comentarios al Código Penal. Edit. Civitas, Madrid. 1era edición, 1997.; p. 885.

[112] Más detalles en RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Ob. cit.: p. 881.

dimensionar racionalmente las barreras diferenciadoras y el merituamiento caso por caso de lo necesario o secundario del aporte. El problema en realidad, es de difícil solución, más aún si nos percatamos que al no existir referentes normativos de diferenciación que se salgan de las expresiones generales, ello convierte a las perspectivas jurisprudenciales de solución en un juego bastante relativo de apreciaciones sin la suficiente fuerza argumentativa para afirmar o negar lo necesario de la contribución.

En la jurisprudencia penal peruana, si bien las Salas Penales de la Corte Suprema han ofrecido de modo genérico algunas formulaciones jurisprudenciales sobre complicidad en delitos comunes (homicidio, robos, estafas, etc.) esta situación no ha sido extensible, por desgracia, hacia el ámbito de los delitos por infracción de deberes funcionales (peculado, corrupción, etc.) Pero lo que resulta apremiante en este punto es la necesidad de que por vía jurisprudencial-ante la deficiencia normativa- el tribunal supremo fundamente jurisprudencialmente el ítem de la complicidad primaria o necesaria, a efectos de dotarle al derecho penal peruano de racionalidad y sentido práctico así como de guías de referencia conceptual.

En tal sentido, el desarrollo jurisprudencial es a todas luces, deficiente y muchas veces equívoco. Así por ejemplo, resulta preocupante la Ejecutoria suprema del 06 de noviembre de 1998 sobre robo agravado, en donde el jefe de operaciones de una entidad bancaria de Huaraz (Ancash) había proporcionado información a sus coacusados, acerca de las condiciones de seguridad del Banco, fecha en que la bóveda contenía dinero y sobre el personal que manejaba las llaves; aportes efectuados en fase preparatoria del delito. Pese a que la Sala Penal Superior de Ancash y el fiscal supremo sostuvieron que tales aportes eran decisivos para la consumación del delito, la Corte Suprema, de manera asombrosa, consideró en cambio que tales contribuciones no decidieron el delito pero sí facilitaron "la perpetración del robo a sus coprocesados" argumentación visiblemente pobre a nivel discursivo, pero con la cual declaró la nulidad de la sentencia rebajándole al acusado, la pena de 15 años, a 12 años de Pena Privativa de libertad, lo que en lenguaje dogmático significó modificarle la calidad de cómplice primario con el que fue sentenciado por el colegiado superior; a la de cómplice secundario, previsto en el segundo párrafo del Art. 25 del Código Penal vigente.

¿Fue correcta jurídico-dogmáticamente la decisión suprema? Por supuesto que no. Los aportes consistentes en suministrar información privilegiada en su calidad de jefe de operaciones de la misma institución bancaria agraviada por el robo cometido, eran perfectamente subsumibles bajo las exigencias de la necesidad y escasez en el aporte delictivo, máxime si dicho aporte fue efectuado en la fase preparatoria del delito[113].

Igualmente errónea resulta la decisión de la Corte Suprema, en la Ejecutoria del 10 de Noviembre de 1998 sobre robo agravado, en donde el Colegiado Superior del Callao había sentenciado al acusado E.R.C, en su calidad de cómplice primario, al haber éste vinculado a J.B.C, con los ejecutores materiales del delito. J.B.C fue sentenciado

[113] ROJAS VARGAS, Fidel. Estudios de Derecho penal, Ob. Cit. Pág. 190-191 y 198.

como instigador al haber proporcionado información de "todo el movimiento económico y acerca de los lugares donde se encontraban las especies que habían de ser sustraídas".

La Corte Suprema declaró la nulidad de la sentencia variando radicalmente la calificación legal de los acusados E.R.C y J.B.C, a quienes unificó en la condición de cómplices secundarios. Los aportes de E.R.C, consistentes en vincular a J.B.C con los autores del delito, a cambio de una comisión pecuniaria, no podían, en la evaluación legal de la Suprema constituir, complicidad primaria. Razonamiento a todas luces correcto. Igualmente, según la apreciación de la Corte Suprema los actos de J.B.C., de brindar información indicada no constituían instigación como lo había entendido el colegiado superior sino complicidad secundaria. El razonamiento supremo es aquí acertado al descartar la instigación, pero pone de manifiesto la nula percepción cognoscitiva que tiene sobre la naturaleza y características de la complicidad primaria, al considerar los aportes decisivos de J.B.C como constitutivos de complicidad secundaria. Es de señalar que J.B.C había proporcionado información de todo el movimiento económico de los agraviados, así como indicado los lugares donde se hallaban las especies, objeto material del delito[114].

Ensuma,ylamentablementeparaladoctrina jurisprudencial nacional, la Corte Suprema en lo Penal evidencia aún serias limitaciones para discriminar entre cooperación necesaria y complicidad secundaria.

X.- CONCLUSIONES

1.- En el Perú existe una gran pobreza discursiva y jurisprudencial en torno al tema de la complicidad. La jurisprudencia nacional por lo menos, ha mostrado notorias precariedades cuando se ha tratado de evaluar y diferenciar las contribuciones necesarias de las secundarias.

2.- Somos de la corriente que propugna por la erradicación de la figura de la complicidad necesaria y su diferenciación con la secundaria, dada la dosis de inseguridad jurídica que aporta seguir manteniendo esta clasificación, así como las críticas por las dificultades casi insalvables que origina su delimitación práctica y las confusiones teóricas que produce. Por lo pronto, sin embargo, creemos que los criterios de necesidad y escasez son los más adecuados a efectos de diferenciar los casos de complicidad necesaria y secundaria.

[114] ROJAS VARGAS. Ob. Cit. Págs. 191 y 198.

XI.- BIBLIOGRAFÍA.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Derecho penal. Parte General. Tomo II. Gaceta Jurídica, 1era edición, Lima, Junio del 2004.

BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal. Parte General. ARA editores, 1era edición. Lima, 2004. Presentación y anotaciones de Percy García Cavero.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: Manual de Derecho penal español. Parte General. Edit. Ariel, 1984.

CASTILLO ALVA, José Luis. "La complicidad como forma de participación en el delito" En: Revista Peruana de ciencias Penales. Nº 09.

CEREZO MIR, JOSÉ: Derecho Penal Lecciones de derecho penal. Parte General, 2da edición. Madrid, 2000.

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho Penal- Parte General, Quinta Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y cómplice en el derecho Penal. Universidad de Madrid. Selección de Publicaciones e Intercambio, 1966.

GÓMEZ BENITES, JOSÉ: Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte general. Madrid, 1984.
HERNÁNDEZ PLASCENCIA, ULISES; La Autoría Mediata en Derecho Penal: Granada; Comares; 1996.

HURTADO POZO, JOSÉ: Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3era edición. Grijley. 2005.

JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. II. Editorial Bosch, Barcelona, 3era edición, 1978

LOPEZ PEREGRIN, Carmen. La complicidad en el delito. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal. Parte General II. Buenos Aires, 1995.

MEZGUER, EDMUNDO; Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Parte general. Traducción de Rodríguez Muñoz. Madrid, 1955-1957.

MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte General. Tecfoto, 4ta edición. Barcelona, 1996.

MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN: DERECHO PENAL. Parte General. 5ta edición. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002.

NUÑEZ, RICARDO; Derecho Penal Argentino; T II. Buenos Aires, 1964.

PÉREZ ALONSO, ESTEBAN: La Coautoría y la Complicidad (necesaria) en Derecho Penal; Granada; Comares; 1998.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO; Manual de Derecho Penal, Parte General. Edit. Aranzadi, 2001.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros. Comentarios al Nuevo Código Penal, Pamplona, 1996.

RODRÍGUEZ DEVESA José María/ SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal Español. Parte General 13ava edición. Madrid, 1990.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ; Derecho Penal Español. Autor-editor., Madrid, 1981.

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO; "Comentarios al Código Penal" (Dirigido por Gonzalo Rodríguez Mourullo y coordinado por Agustín Jorge Barreiro) Madrid, 1997.

ROJAS VARGAS, Fidel. Estudios de derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Jurista editores, 1era edición, Lima, Julio del 2004.

ROXIN, CLAUS: ¿Qué es la complicidad?; en Dogmática Penal y Política Criminal. Idemsa, Lima-Perú, 1998

SOLER, Sebastián; Derecho Penal Argentino; T II, 7ma reimpresión. Buenos Aires, 1976.

STRATENWERTH, GÜNTER. Derecho Penal Parte General I El Hecho Punible, Cuarta Edición (traducción CANCIO MELIÁ, MANUEL / SANCINETTI, MARCELO A.), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

WELZEL, Hans: Derecho Penal Alemán. Parte General 4ta edición. Santiago de Chile, 1993.

WESSELS, Johannes: Derecho Penal, 6ta edición, Depalma, Buenos Aires, 1980.

ZAFFARONI, EUGENIO: Tratado de Derecho penal. Parte General. Ediar, Buenos Aires, 1981.

EL RETIRO DE LA ACUSACIÓN FISCAL

JULIO ENRIQUE MORALES SALDAÑA
FISCAL SUPERIOR ADJUNTO DE LA PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL
LIQUIDADORA TRANSITORIA DE CHICLAYO

I. INTRODUCCIÓN

El retiro de la acusación lo advertimos en el artículo 274º del código de procedimientos penales y en el artículo 387º , inciso 4º del novísimo Código Procesal Penal, teniendo ambos como objetivo principal "sí el fiscal considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados durante el juicio oral, retirará la acusación".

Durante nuestra estadía como funcionario del Ministerio Público y con la oportunidad de participar en los juicios orales en mi condición de Fiscal Superior Adjunto, laborando conjuntamente con los señores del Colegiado de la Sala Superior Penal Transitoria Liquidadora, hemos podido advertir que el Fiscal Superior puede retirar la acusación cuando se hayan producido en audiencia nuevas pruebas modificatorias de la condición jurídica anteriormente apreciada.

Sin embargo compartimos criterio con el maestro César San Martín Castro que el Fiscal Superior debe retirar la acusación por el principio de legalidad, cuando como consecuencia de la actividad probatoria del plenario resulte evidente que el acusado no ha intervenido en el delito objeto de proceso o que éste no ocurrió, posición que la venimos adoptando con el criterio similar del Colegiado antes mencionado.

II. EL RETIRO DE LA ACUSACIÓN PROPIAMENTE DICHA.

Los criterios sobre el retiro de la acusación son casi uniformes, así lo advertimos de la lectura del libro "Manual de Derecho Procesal Penal" del maestro Pablo Sánchez Velarde, edición 2004 página 599; de la obra el Ministerio Público del Dr. José Antonio Peláez Bardales, quienes sustentan que el retiro de la acusación procede solamente cuando durante el desarrollo del juicio oral se produzcan nuevas pruebas que originen de modo contundente, el convencimiento sobre la falta de responsabilidad del acusado, conforme así lo prescribe el artículo 274º del Código de Procedimientos Penales.

De la poca experiencia en el segundo nivel del proceso penal, nos preocupa las acusaciones escritas que contienen "aún cuando no existe suficientes elementos de convicción o de prueba, o cuando ha existido insuficiencia probatoria formulamos acusación", la misma que resulta a todas luces una distorsión de la acusación fiscal que tiene como fines el delimitar el objeto del proceso, identificando al autor o autores del hecho, señalando claramente el delito, así mismo la acusación fiscal debe fijar la obligación de los limites dentro de los cuales se ha de dictar la sentencia, es decir, el fallo del Colegiado no podrá condenar o absolver a la persona que no ha sido objeto de acusación ni tampoco referirse a un delito que no ha sido señalado por el fiscal Superior.

En conclusión sostenemos que a pesar de contarse con nuevos elementos

probatorios para realizar el retiro de acusación esto no se da, parecería que todavía existe temor del Representante del Ministerio Público a valorar y sobreponerse como representante de la legalidad, renunciado a lo dispuesto en Nuestra Constitución Política del Estado, inclinándose en la opción para que sea el Poder Judicial quien absuelva al acusado, es decir, se entrega toda la responsabilidad a los señores integrantes del Colegiado.

Por las razones expuestas en supra, concluimos que los fiscales cuando estén convencidos de que no existe culpabilidad, la misma que se ha comprobado como resultado de la actividad probatoria del plenario, sino por el contrario existe el convencimiento de la inculpabilidad del acusado, es evidente que se debería, por el principio de legalidad proceder no con el verbo puede sino debe retirar los cargos contenidos en la acusación fiscal escrita.

BIBLIOGRAFÍA

DE LA CRUZ ESPEJO, Marco: El Juicio Oral.- Editorial Fcal. Edición 2006.

PELÁEZ BARDALES, José Antonio: El Ministerio Público. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Edic. 2003.- Lima Perú.

REVISTA JURIDICA IPSO IURE, quinta edición, publicada en mayo del año 2009 bajo la presidencia de la dirección del DOCTOR RICARDO PONTE DURANGO

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: Manual de Derecho Procesal Penal. IDEMSA, Lima, 2004.

SAN MARTÍN CASTRO, César: Derecho Procesal Penal. Segunda impresión. Editorial Grijley, Lima, 2003.

OSSERVAZIONI SULLA PROVA PER INDIZI.

MICHELE TARUFFO
UNIVERSITÀ DI PAVIA (ITALIA)

SOMMARIO:

1. Definizione.
2. La scelta dell'indizio
3. La prova dell'indizio
4. L'inferenza indiziaria
5. Il valore probatorio dell'indizio

1. DEFINIZIONE.

Nelle trattazioni relative alle prove solitamente viene riservato alla prova per indizi uno spazio limitato e quasi residuale, come se si trattasse di un elemento probatorio secondario e di impiego non frequente. Di conseguenza, spesso si dedica agli indizi un'attenzione frettolosa e superficiale.

Se, invece, ci si chiede specificamente che cosa è e che struttura ha la prova per indizi, si vede facilmente che essa ricorre molto spesso nel processo civile e nel processo penale, e non di rado svolge un ruolo centrale nella dimostrazione probatoria dei fatti rilevanti per la decisione.

In proposito occorre fare anzitutto una considerazione di carattere linguistico. In vari sistemi processuali europei "indizio" (indice, indicio) è un termine tipicamente penalistico, mentre il fenomeno equivalente nel processo civile è quello delle presunzioni semplici (présomptions de l'homme, praesumptiones hominis, presunciones judiciales)[1]. Non a caso, però, le regole di impiego degli indizi e delle presunzioni semplici sono sostanzialmente le stesse, come dimostrano l'art.192 n.2 cod.proc. pen. e l'art.2729 cod.civ. nell'ambito dell'ordinamento ialiano. In altri sistemi processuali non esiste questa differenza terminologica: in Germania, ad esempio, si parla di Indizienbeweis anche nel processo civile [2], e in alcuni paesi di lingua spagnola si parla pure di indicios nel processo civile[3]. Analogamente, la circumstantial evidence dei sistemi di common law è comune, come tutta la law of evidence, al processo civile e al processo penale, e viene solitamente ammessa in base al criterio generale di rilevanza della prova. Della sostanziale unitarietà del fenomeno erano già ben consapevoli i trattatisti del diritto comune, che scrivevano ponderosi volumi de indiciis et praesumptionibus nel tentativo di analizzare e razionalizzare una materia tanto ampia quanto variabile e sfuggente.

In questa prospettiva si può dunque formulare una definizione generale di "indizio" come "qualunque cosa o circostanza dalla quale si possono trarre inferenze e formulare conclusioni intorno alla verità o falsità di un enunciato relativo ad un fatto rilevante per la decisione". Alcuni aspetti di questa definizione verranno chiariti nelle pagine che seguono. Qui vale la pena di sottolineare che essa ricomprende una gamma molto ampia di situazioni probatorie, ed include –oltre alle presunzioni semplici- tutte le prove che si definiscono "indirette" perché riguardano fatti sui quali si fondano ragionamenti che servono a provare altri fatti [4], o anche "prove per induzione"[5] quando si vuole

[1] Cfr. per esempio l'art.2727 del codice civile italiano, l'art. 1353 del code civil francese e l'art. 386 della Ley de Enjuiciamiento Civil spagnola..

[2] Questa prova non è espressamente prevista dalla Zivilprozessordnung, ma viene comunemente ammessa in sede di applicazione del §286, che prevede la libera valutazione delle prove da parte del giudice.

[3] Cfr. ad esempio l'art.276 del Código procesal civil peruviano e l'art.248 del Código de procedimiento civil colombiano.

[4] In questo senso, e sulla nozione di prova indiretta, v. più ampiamente Taruffo, La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali, Milano 1992, p. 426 ss., 453 ss.

[5] Sulle prove per induzione cfr. Comoglio, Le prove civili, II ed., Torino 2004, p.467.

sottolineare la struttura inferenziale dell'argomentazione che muove dalla premessa costituita da ciò che si assume come indizio (o come fonte di presunzione semplice, o come "argomento di prova") [6] per giungere a conseguenze relative ad un factum probandum.

2. LA SCELTA DELL'INDIZIO.

Il "fatto" che è oggetto di controversia non entra nel processo nella sua materialità ampirica, poiché di regola si è verificato prima e al di fuori del processo. Il fatto entra nel processo sotto forma di descrizioni, ossia di narrazioni che lo descrivono [7]. Gli autori di queste narrazioni sono diversi: le parti quando vengono interrogate dal giudice, i loro difensori negli atti del processo, i testimoni, i consulenti tecnici, ed infine anche il giudice nella decisione finale. Ognuno di questi soggetti propone la "sua" narrazione dello stesso fatto o di fatti diversi che considera rilevanti per la decisione: ne deriva un insieme complesso, diversificato e non coerente di descrizioni di ciò che dovrebbe costituire la "fattispecie concreta" del caso.

Inoltre, entrano nel processo cose e informazioni della natura e dell'origine più diverse: oggetti (come un'arma o un campione di merce), documenti (tipici e atipici, privati e pubblici), relazioni peritali, verbali di polizia o di inchieste amministrative, test scientifici (come quello del DNA), registrazioni visive e sonore, documenti informatici, notizie ed informazioni derivate da internet, e così via.

Queste osservazioni sono ovvie, ma sono rilevanti perché l'indizio non è determinato a priori come tale, e non entra nel processo essendo già stato qualificato come "indizio". Al contrario: la cosa o la circostanza che può costituire un indizio va individuata –si potrebbe dire: va "scelta"- nell'ambito dell'insieme di narrazioni e di informazioni che sono confluite nel processo. Il problema principale è che da questo insieme debbono essere tratti gli elementi che possono fornire la prova dei fatti rilevanti per la decisione. A parte le prove "tipiche", come ad esempio le testimonianze, si tratta di individuare se esistono, e quali sono, i possibili indizi, ossia ciò che può servire come premessa per una inferenza relativa ad un fatto rilevante della causa.

A proposito della scelta dell'indizio è forse utile distinguere come essa avviene a seconda che a compierla sia il difensore o sia il giudice.

Il difensore costruisce la sua narrazione dei fatti, che presenta al giudice con lo scopo di dimostrare la fondatezza della situazione giuridica che attribuisce al suo cliente. In vista di questa finalità, l'avvocato allega i "fatti principali" [8] che fondano l'esistenza del diritto di cui chiede il riconoscimento in giudizio. Inoltre, l'avvocato può indicare i "fatti secondari" sui quali dovrebbero fondarsi inferenze relative alla verità degli enunciati che descrivono i fatti principali . Sotto questo profilo si può dire che l'avvocato costruisce una narrazione (rappresentata da un insieme narrativamente ordinato di enunciati) che include sia i fatti che che dobbono essere dimostrati con prove come presupposti da cui discende la fondatezza della domanda, sia fatti "logicamente rilevanti" in quanto vengono configurati come possibilmente utili per la dimostrazione probatoria dei fatti allegati come "giuridicamente rilevanti". Ciò che qui interessa sottolineare è che questa

[6] Sulla nozione di "argomento di prova" cfr. l'art.116 cod.proc.civ. italiano. In argomento v., anche per riferimenti, Carpi-Taruffo, commentario breve al codice di procedura civile, VI ed., padova 2009, p.436 ss.

[7] Sui caratteri delle narrazioni fattuali nel contesto del processo v. più ampiamente Taruffo, La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti, Bari 2009, p.43 ss.; Di Donato, La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel "processo", Milano 2008, p.107 ss.

[8] Sulla distinzione tra fatti principali e fatti secondari, e sulle relative definizioni, cfr. Taruffo, La prova, cit., p. 97 ss..

narrazione non solo non è in alcun modo preesistente o precostituita, ed è invece, in senso proprio, costruita dal suo autore, ma –in particolare- che essa implica la selezione dei fatti logicamente rilevanti che l'avvocato allega, ossia –appunto- la scelta degli indizi. Dal materiale narrativo informe e disordinato (e non di rado incompleto e contraddittorio) che gli viene fornito dal cliente, o che comunque l'avvocato acquisisce, emerge una "storia" composta da una varietà indeterminata e teoricamente infinita di circostanze particolari che possono avere senso –ma non l'hanno necessariamente- in riferimento all'oggetto della controversia. Entro questo materiale l'avvocato compie le scelte necessarie per costruire una "buona" narrazione dei fatti [9]. Egli deve anzitutto individuare, in relazione alla norma di cui ipotizza l'applicazione come "regola del caso", quali sono i fatti giuridicamente rilevanti che dovranno essere provati; in relazione a questi fatti, poi, deve stabilire quali sono le circostanze che, configurandosi come logicamente rilevanti, possono essere indicate come indizi [10].

Naturalmente la narrazione costruita dall'avvocato è ipotetica: essa viene presentata come se fosse vera ma può essere vera o falsa, in tutto o in parte, e se essa sia vera o falsa lo stabilisce il giudice sulla base delle prove. Ipotetiche allo stesso modo, e nello stesso senso, sono le narrazioni fattuali che vengono proposte dai difensori delle altre parti.

A conclusione del processo il giudice formula una sua ricostruzione dei fatti. Essa può coincidere in tutto o in parte con una delle narrazioni proposte dalle parti, o può essere una narrazione costruita autonomamente dal giudice. In entrambi i casi la "narrazione del giudice" si distingue dalle altre narrazioni che sono entrate nel processo perché –a differenza di queste- non ha carattere ipotetico. La narrazione del giudice è "vera" in quanto si fonda sulle prove che sono state acquisite al processo con esito positivo: dunque essa non consta di enunciati fattuali che potrebbero essere veri o falsi, ma di enunciati fattuali che hanno trovato un'adeguata conferma probatoria [11].

Nel costruire la sua narrazione dei fatti, anche il giudice seleziona gli indizi estraendoli –per così dire- dall'insieme del materiale probatorio che è stato acquisito al processo per iniziativa delle parti o dello stesso giudice. La conferma della decisione sui fatti principali della causa può derivare, oltre che da prove dirette, anche da prove di carattere presuntivo o indiziario.

Al di là delle differenze ora sottolineate che esistono tra le narrazioni costruite dalle parti e la narrazione costruita dal giudice, queste narrazioni hanno in comune il problema della selezione degli indizi. Come si è detto, gli avvocati ed il giudice hanno di fronte a sé dati, informazioni, cose o documenti che corrispondono ad una varietà indefinita e caotica di circostanze. Alcune di queste circostanze si rivelano prive di significato in riferimento ai fatti della causa, e quindi sono inutili dal punto di vista probatorio. Altre, invece, sono utili perché offrono elementi di conferma della verità o falsità di enunciati relativi ai fatti della causa. Il criterio che consente di separare le circostanze inutili da quelle utili, e quindi di selezionare gli indizi, è quello della loro rilevanza logica. Se una

[9] Sulla "bontà" della narrazione v. in particolare Taruffo, La semplice verità, cit., p., 67 ss..

[10] Sul rapporto tra la narrazione del cliente e quella dell'avvocato cfr. in particolare Di Donato, op.cit., p. 119 ss., 151 ss..

[11] Sulle caratteristiche della narrazione compiuta dal giudice cfr. Taruffo, op.,ult.cit., p.51 ss., 71 ss.; Di Donato, op.cit., p.183 ss.. Sulla verità dei fatti come caratteristica degli enunciati confermati dalle prove v.per tutti Ferrer Beltrán, Prueba y verdad en el derecho, Madrid-Barcelona 2002.

circostanza è logicamente rilevante, allora costituisce un indizio; se non è logicamente rilevante è priva di senso. A rigore: un indizio irrilevante non è un indizio.

La rilevanza probatoria dell'indizio si determina stabilendo la possibilità che esso consenta di formulare una conclusione relativa ad un factum probandum [12]. Occorre, cioè, che l'indizio serva da premessa di una possibile inferenza che conduca a formulare un'ipotesi conclusiva intorno ad un altro fatto. In proposito si può pensare a forme di induzione ampliativa, dato che l'inferenza porta a formulare una conclusione che non è già implicitamente contenuta nella premessa, o si può parlare –in omaggio a Peirce- di abduzione, essendo questa la inferenza che tipicamente si fonda su un indizio per formulare un'ipotesi relativa ad un fatto che deve essere accertato [13]. In sostanza, se l'inferenza abduttiva ha successo si può dire che si è individuato un indizio. Se da un circostanza non è possibile abdurre nulla di significativo intorno ad un fatto della causa, essa è logicamente irrilevante e quindi non è qualificabile come un indizio.

Da questo punto di vista si può vedere come l'indizio possa svolgere una funzione duplice, ossia una funzione euristica e una funzione propriamente probatoria, o giustificativa. La prima delle due funzioni si manifesta quando l'indizio viene impiegato (dall'avvocato o dal giudice) al fine di "scoprire" –ossia di formulare- un'ipotesi intorno ad un fatto (essendo ovvio che questa ipotesi potrà poi essere confermata o falsificata dalle prove). La seconda funzione si manifesta tipicamente nel contesto della narrazione svolta dal giudice nella decisione finale, in quanto il giudice fa riferimento alle inferenze fondate sugli indizi al fine di giustificare la conclusione che egli formula intorno ad un factum probandum.

3. LA PROVA DELL'INDIZIO.

Per poter essere impiegato come premessa di un'inferenza probatoria occorre che l'indizio sia, a sua volta, accertato. Come dice ad esempio l'art.2727 del cod.civ. italiano, la presunzione si fonda su di un fatto "noto".

In molti casi questa condizione non suscita problemi particolari. L'indizio è "noto", infatti, se il giudice percepisce direttamente la cosa o la circostanza, oppure se la circostanza che si assume come indizio è a sua volta oggetto di prova, come accade ad esempio quando essa sia oggetto di una testimonianza o risulti da una perizia, da un esperimento (come nel caso del test del DNA) o da un documento.

Problemi di rilievo sorgono invece nel caso in cui la conoscenza dell'indizio derivi da una prova di natura indiziaria o presuntiva. In proposito una opinione molto diffusa e storicamente consolidata afferma che praesumptum de praesumpto non admittitur: si esclude, in altri termini, che la conoscenza di un indizio possa fondarsi su un altro indizio, ovvero che una presunzione semplice possa fondarsi su un "fatto noto" la cui conoscenza deriva a sua volta da un'altra presunzione [14]. E' probabile che l'affermazione di questa regola derivi dalla preoccupazione di evitare che il giudizio finale sul factum probandum derivi da una combinazione di inferenze

[12] In generale sul criterio di rilevanza logica cfr. Taruffo, op.ult.cit., p.140 ss.

[13] In argomento v. in particolare Tuzet, Le prima inferenza. L'abduzione di C.S.Peirce fra scienza e diritto, Torino 2006, p.66 ss.171 ss., 258 ss..

[14] In argomento v. da ultimo, anche per numerosi riferimenti, Scalamogna, L'efficacia probatoria degli argomenti di prova, in Riv.dir.proc. 2009, p. 1165 ss.; Comoglio, op.cit., p.490..

non idonea ad attribuire a tale giudizio un fondamento probatorio adeguato. In termini generali questa preoccupazione può apparire ragionevole, ma il discorso richiede un approfondimento ulteriore.

Anzitutto, bisogna considerare la situazione in cui la conoscenza dell'indizio si fonda su un insieme di indizi (o di fonti di presunzione) "gravi, precisi e concordanti". In questo caso, come prevedono le norme già citate che usano questa formula, e come si vedrà più oltre, indizi e presunzioni sono sufficienti e capaci di fornire la prova del factum probandum. Se ciò vale quando si tratta di un fatto principale della causa, non vi è ragione per escludere che lo stesso effetto si verifichi quando il fatto che in tal modo viene provato è un indizio o una fonte di presumzione semplice.

Meno intuitiva è la soluzione nel caso in cui la conoscenza di un indizio si fonda su un solo altro indizio, ma anche in questo caso vi sono buone ragioni per escludere l'applicazione della regola che impedisce l'impiego di "indizi fondati su indizi" o di "presunzioni di secondo grado". Tale regola sembra presupporre che se vi sono due inferenze connesse (nessuna delle quali sia capace di condurre a conclusioni certe) [15], la seconda inferenza abbia un valore probatorio sminuito dal fatto che la sua premessa dipende dalla prima inferenza (di cui rappresenta la conclusione). In sostanza, la concatenazione di più inferenze avrebbe per definizione un valore troppo basso, e comunque inferiore al valore di ogni singola inferenza, sicchè l'ultima inferenza della catena sarebbe sempre sostanzialmente priva di efficacia probatoria[16]. Se questa è una spiegazione della regola in questione, allora bisogna osservare che essa si fonda su un duplice equivoco.

Da un lato, è vero –per così dire- che la forza di una catena non può essere superiore alla forza del suo anello più debole, ma non è vero che la forza complessiva di una catena sia per definizione inferiore a quella di ogni suo anello. Se si pensa ad una concatenazione lineare di inferenze, nella quale ogni singola inferenza è capace di giustificare la sua conclusione (che diventa la premessa dell'inferenza successiva), nulla implica che l'ultima inferenza non sia dotata di adeguata giustificazione. Se ogni inferenza giustifica la sua conclusione, e quindi ogni inferenza muove da una premessa giustificata, la concatenazione delle inferenze è perfettamente in grado di giustificare la conclusione finale.

Dall'altro lato, la moltiplicazione dei valori di probabilità di diverse inferenze in base al principio di transitività, per effetto della quale il valore che ne risulta è sempre inferiore ad ognuno dei valori che entrano nel calcolo, si applica solo quando si vuole stabilire la probabilità che due circostanze (ognuna delle quali ha una "sua" probabilità) si siano verificate insieme, nello stesso momento e nello stesso luogo[17]. Questo calcolo non trova applicazione, invece, quando si tratta, come nella situazione che qui si discute, di una sequenza lineare di inferenze, ognuna delle quali giustifica la premessa dell'inferenza successiva. In questa situazione i gradi di giustificazione delle varie inferenze sono indipendenti l'uno dall'altro, e quindi il grado di giustificazione dell'ultima inferenza non è condizionato dalla giustificazione delle inferenze precedenti.

Tornando all'indizio fondato su un

[15] Su questo punto v. peraltro infra, par.4.

[16] Su un ragionamento di questo genere si fonda la dottrina nordamericana della c.d. cascaded evidence, su cui v. un'analisi critica in Taruffo, La prova, cit., p. 248 ss..

[17] In argomento cfr. Cohen, The Probable and the Provable, Oxford 1977, p. 68 ss..

indizio, e alla presunzione fondata su un'altra presunzione: se il primo indizio è certo (poiché ad esempio risulta dalla documentazione di un hotel) e stabilisce in modo attendibile una conclusione (ossia il fatto che io ero a Parigi la notte del 18 giugno 2009 alle ore 3.00 del mattino), questa è una valida premessa indiziaria per stabilire –con una inferenza successiva- che quella notte a quell'ora non potevo essere a Milano (dato che di solito, ma si conosce una sola eccezione, nessuno può essere nello stesso momento in due luoghi diversi e lontani): ma se è indiziariamente certo che o non ero a Milano quella notte a quell'ora, si giustifica l'inferenza finale secondo la quale non ho commesso l'omicidio avvenuto a Milano quella notte a quell'ora, di cui sono imputato. La giustificazione di questa ultima inferenza indiziaria non è affatto indebolita o resa insufficiente dal fatto di essere l'ultimo anello di una catena di inferenze.

4. L'INFERENZA INDIZIARIA.

Come si è detto, l'indizio può considerarsi propriamente come tale se costituisce la premessa per una inferenza che conduce ad una conclusione relativa alla verità o falsità di un enunciato che descrive un altro fatto (non rilevando se questo altro fatto è principale o secondario).

Per intendere la natura di questa inferenza un utile riferimento va fatto allo schema proposto a suo tempo da Stephen Toulmin[18], ripreso recentemente da Susan Haack[19] ed applicato al ragionamento probatorio da Daniel Gonzáles Lagier[18]. Secondo questo schema I (ossia l'indizio) attribuisce conferma alla ipotesi sul fatto F, in funzione del criterio di inferenza (C) che consente di formulare la connessione tra I ed F. L'aspetto fondamentale di questo schema è evidentemente C, ossia il criterio o regola che consente di formularla, essendo ovvio che nessuna inferenza sarebbe possibile in mancanza di un criterio per cui "se I, allora F".

Il prolema risulta però assai complicato perché i criteri di inferenza non sono dati a priori, sono molto diversi e possono aver bisogno di essere –a loro volta- giustificati[21]. D'altronde, ciò che potremmo chiamare la "forza" dell'inferenza, ossia il grado di attendibilità della conclusione che ne viene tratta, dipende direttamente dalla natura e dal contenuto del criterio che viene impiegato. La forza dell'inferenza, inoltre, equivale alla "gravità" dell'indizio (o della presunzione semplice), in quanto determina e definisce il valore probatorio della circostanza che viene assunta come premessa dell'inferenza indiziaria: un indizio (o una presunzione) sarà più o meno "grave" a seconda che l'inferenza che su di esso si fonda faccia riferimento a criteri più o meno capaci di attribuire conferma alla conclusione che ne viene derivata.

Se il criterio di inferenza è costituito da una legge naturale o scientifica di carattere generale (tale per cui "tutte le volte che I allora anche F"), l'inferenza assume una struttura deduttiva, e la conclusione relativa ad F può considerarsi stabilita con certezza, ossia con il massimo grado possibile di attendibilità. A questa ipotesi-limite può assimilarsi la situazione in cui si dispone di un criterio che si approssima alla generalità (come quello per cui l'identificazione stabilita con un test del DNA ha una probabilità di circa il 99%),

[18] Cfr. Toulmin, The Uses of Argument,upd.ed. Cambridge 2007, p. 91 ss..

[19] Cfr. Haack, Defending Science – within reason. Between Scientisn and Cynicism, Amherst, NY, 2007, p.60 ss.; Id., Evidence and Inquiry. A pragmatist reconstruction of epistemology, 2nd ed., Amherst, NY, 2009, p.117 ss..

[20] Cfr. Gonzáles Lagier, Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción, Lima-Bogotá 2005, p. 55 ss., e in senso analogo Taruffo, La semplice verità, cit., p. 207 ss..

[21] In proposito cfr. in particolare Taruffo, op.ult.cit., p.209 ss.

poiché in questo caso la conclusione può considerarsi come "praticamente" certa essendo trascurabile il margine di errore.

Assai più frequente è però la situzione in cui l'inferenza viene formulata facendo riferimento a generalizzazioni che si suppongono fondate sull'esperienza di accadimenti simili a quello che è oggetto di decisione, ma che non hanno carattere di generalità e non hanno neppure un valore specifico di probabilità statistica [22]. In questa situazione bisogna distinguere, seguendo Schauer [23], le generalizzazioni che hanno un contenuto conoscitivo valido, perché vi sono buone ragioni per ritenere vero che "di solito se I allora F" sulla base dell'id quod plerumque accidit, dalle generalizzazioni spurie, che vanno così qualificate perché corrispondono a stereotipi o a pregiudizi ma non si fondano su conoscenze effettive e controllabili. Le generalizzazioni del primo tipo possono conferire alla conclusione dell'inferenza un grado apprezzabile di attendibilità (ossia una "forza" o una "gravità" sufficiente), in quanto consentono di ritenere che, supponendo che il caso particolare rientri nella "normalità" degli accadimenti di quel genere, anche nel caso particolare sia ragionevole pensare che "dato I, allora anche F". Naturalmente la ragionevolezza di questa conclusione implica che si ritenga tollerabile il margine di errore insito nell'impiego di una generalizzazione che non ha carattere di generalità o di quasi-generalità, ed implica inoltre di ritenere trascurabile l'ipotesi del Cigno Nero, ossia l'eventualità dell'accadimento imprevedibile ed improbabile [24]. Accade spesso, tuttavia, che scelte anche importanti si fondino su inferenze che fanno riferimento a criteri fondati su ciò che si ritiene essere normale o particolarmente frequente, benchè in questi casi il rischio di formulare conclusioni errate possa essere elevato, o non possa neppure essere determinato con precisione. Viceversa, le generalizzazioni spurie non possono fondare alcuna inferenza che pretenda di avere valore conoscitivo, e conducono a conclusioni inevitabilmente false.

Il molti casi questa distinzione, che è essenziale per la stessa possibilità di impiegare l'indizio come premessa dell'inferenza probatoria, può non essere chiara. La cultura media e le massime d'esperienza includono molte generalizzazioni spurie, e quindi è frequente il rischio di trarre conclusioni conoscitivamente infondate da pretesi indizi che in realtà sono privi di qualunque valore probatorio. Ciò implica che in tutti i numerosi casi in cui non vi è un consenso chiaro e generalizzato sul criterio in base al quale l'indizio viene interpretato, l'adozione di questo criterio deve assere a sua volta giustificata in base ad altri criteri dotati di fondamento conoscitivo [25]. In questo caso l'inferenza probatoria può doversi articolare in una serie anche assai complessa di argomentazioni dirette a giustificare il criterio in base al quale si muove da I per formulare l'ipotesi su F. E' chiaro che se il criterio in questione è costituito da una vera e propria generalizzazione spuria, che come tale risulta priva di ogni valore conoscitivo, la sua adozione risulta impossibile da giustificare (se non facendo capo ad altre generalizzazioni spurie): allora, però, l'inferenza non può essere validamente formulata, e il preteso indizio non è –in realtà- un indizio.

[22] Su queste generalizzazioni, e sui criteri di cui si è appena fatto cenno nel testo, cfr. più ampiamente Taruffo, Considerazioni sulle massime d'esperienza, in Riv.trim.dir.proc. civ.,2009, p.551 ss. e Id., La semplice verità, cit.,p.211, anche per numerosi altri riferimenti.

[23] Cfr. Schauer, Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia, tr.it., Bologna 2008, p.25 ss..

[24] Lipotesi del Cigno Nero è analizzata in Taleb,The Black Swann. The Impact of the Higly Improbable, New York 2007.

[25] Su questo importante aspetto dell'inferenza probatoria v. più ampiamente Gonzáles Lagier, op.cit., p. 55 ss.

[26] E' letteralmente identica la formula usata nell'art.1353 del code civil francese. Analogamente, l'art.250 del codice processuale colombiano prevede che il giudice valuti gli indizi "en conjunto" tendendo conto della loro "gravedad, concordancia y convergencia", mentre l'art.276 del codice peruviano prevede pure che il giudice valuti gli indizi "en conjunto", ma richiede che essi conducano il giudice alla certezza su un fatto ignorato.

5. IL VALORE PROBATORIO DELL'INDIZIO.

Quando si pensa alla prova per indizi o per presunzioni, la regola che viene subito alla mente è quella della concordanza tra più indizi o presunzioni, che è enunciata in varie norme come ad esempio l'art.2729 cod.civ. e l'art.192.2 cod.proc.pen. italiani [26]. Questa regola esprime la cautela –se non la diffidenza- del legislatore nei confronti della prova indiziaria o presuntiva. Il suo effettivo significato richiede però alcune precisazioni.

Anzitutto, si può osservare che essa prevede una possibilità, ma non impone una necessità. Essa corrisponde al brocardo –storicamente risalente[27] - secondo il quale quae singula non probant coniuncta probant, e prevede –appunto- la possibilità che la convergenza di più indizi o più presunzioni verso la stessa conclusione sia idonea a fornire la prova di un fatto, anche quando nessuno dei singoli indizi, isolatamente considerato, sarebbe sufficiente a giustificarne l'accertamento. La regola prevede dunque la possibilità che indizi o presunzioni concordanti costituiscano una prova sufficiente [28], anche quando non avrebbero questa efficacia se valutati singolarmente.

Che la regola in questione non imponga alcuna necessità appare chiaro se si considera che perché si abbia una prova indiziaria o presuntiva non è sempre indispensabile che vi siano più indizi o più presunzioni, e che queste convergano verso la stessa conclusione. Può accadere, infatti, che si disponga di un solo indizio, ma questo sia così "grave e preciso" da poter giustificare anche da solo, sulla base di un'inferenza fondata su un criterio adeguato, la conclusione che se ne trae[29]. Se, per tornare all'esempio già fatto, risulta provato l'indizio consistente nella mia presenza a Parigi ad una certa ora di una certa notte, non occorrono altri indizi gravi e precisi per stabilire che io non ero a Milano quella notte a quell'ora. Se un test del DNA stabilisce con un altissimo grado di probabilità la paternità naturale di Tizio, non occorrono altri indizi o altre prove per escludere la paternità naturale di Caio. Ovviamente ciò non significa che un solo indizio sia sempre sufficiente a fornire la prova del fatto. Questa situaione si verifica solo quando l'indizio è particolarmente "grave", ossia quando l'inferenza di cui esso costituisce la premessa si fonda su un criterio in virtù del quale essa risulta particolarmente "forte", sicchè la conclusione che ne deriva è caratterizzata da un grado adeguato di attendibilità.

D'altronde, se vi sono vari indizi non è davvero necessario che tutti convergano verso la medesima conclusione. La concordanza, occorre, come si è detto più sopra, se nessuno degli indizi è idoneo "da solo" a giustificare la conclusione. Se, invece, tra i vari indizi ve n'è almeno uno (o alcuni concordanti) in funzione del quale una conclusione risulta adeguatamente giustificata, l'esistenza di altri indizi non convergenti, ma non sufficienti a fondare una conclusione diversa, può considerarsi irrilevante. Anche in questa situazione il fattore decisivo è costituito dal criterio che si impiega per formulare l'inferenza che si fonda sull'indizio: se questa inferenza è abbastanza "forte", l'esistenza di indizi

[27] Per una interessante analisi storica cfr. Rosoni, Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna, Milano 1995.

[28] Si può osservare che norme come l'art.2729 del cod.civ. italiano, che prevedono che la prova possa essere data da presunzioni "gravi, precise e concordanti", possono apparire formulate in modo piuttosto incongruo. Invero, come si dice più oltre nel testo, se una presunzione è precisa ed è abbastanza grave, non occorre che essa sia concordante con altre presunzioni. Viceversa, è proprio quando la singola presunzione non è abbastanza grave da fornire da sola la prova del fatto, che si rende necessaria la sua concordanza con altre presunzioni. Il brocardo citato nel testo si riferisce, infatti, alla situazione in cui singula non probant. Se singulum probat, non vi è bisogno di pluralità e di concordanza di presunzioni.

[29] Cfr., a proposito dell'art.192.2 cod.proc.pen., Conso-Grevi, Commentario breve al codice di procedura penale, Padova, 2005, p.562 ss., e a proposito dell'art.2729 cod.civ. cfr. Cian-Trabucchi, Commentario breve al codice civile, IX ed., Padova 2008, p.3313; Taruffo, La prova, cit., p.448 ss..

"deboli" non concordanti non impedisce che il fatto si consideri provato sulla base di quell'indizio.

Una conclusione di questo genere può essere tuttavia accettabile a condizione che sia compatibile con lo standard probatorio che si adotta nel singolo tipo di processo. Essa lo è nel processo civile, nel quale –in mancanza di altri criteri stabiliti dalla legge- si adotta normalmente lo standard della "probabilità prevalente" (o del "più probabile che no"). Questo standard implica che la decisione si fondi sulla descrizione dei fatti che risulta avere un grado di conferma probatoria relativamente maggiore di quello che spetta ad altre versioni dei fatti [30]. Esso quindi ammette che vi siano indizi o presunzioni che possono portare a conclusioni diverse da quella che il giudice accoglie in quanto dotata di un grado superiore di conferma probatoria. Avendo un grado inferiore di probabilità logica, questi indizi o presunzioni non sono idonei a fondare la decisione sui fatti.

La situazione è diversa, però, quando nel processo penale si adotta lo standard della "prova al di là di ogni ragionevole dubbio", come accade nell'ordinamento italiano in seguito ad una recente roforma dell'art.533 cod.proc.pen.. A parte le perplessità di varia natura che sorgono intorno al significato e all'applicabilità di questo standard [31], si può pensare che, se accanto ad indizi che giustificherebbero una decisione di colpevolezza dell'imputato, ve ne sono altri –sia pure dotati di un grado inferiore di gravità- che tuttavia rendono ipotizzabile e verosimile una diversa versione dei fatti, ci si trovi di fronte ad un "dubbio ragionevole" che preclude la possibilità di pronunciare una sentenza di condanna.

[30] In proposito v. più ampiamente Taruffo, La semplice verità, cit., p.222 ss.; Id., La prova, cit., p.272 ss.

[31] In argomento v. principalmente Laudan, Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology, Cambridge 2006, p.29 ss.

CONSTITUCIONALISMO Y GLOBALIZACIÓN

LUIS PRIETO SANCHÍS
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

SUMARIO:

1.- El significado del constitucionalismo de los derechos;
2. Constitucionalismo y orden internacional;
3.- Los retos del constitucionalismo;
4.- Constitución y multiculturalidad.

1.- EL SIGNIFICADO DEL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS

Con frecuencia las palabras o expresiones del lenguaje moral o político presentan una fuerte dimensión emotiva que termina por difuminar e incluso oscurecer su función descriptiva. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se habla de la dictadura o de la democracia, cuando se invoca la libertad o se apela a la nación y, sin duda también, cuando aparecen en escena los derechos humanos o la Constitución; y, al menos en parte, esa carga emotiva explica que resulte verdaderamente difícil encontrar en el mundo contemporáneo un régimen político que carezca de un texto llamado Constitución más o menos poblado de unos derechos que, a su vez, se califican como humanos o fundamentales. Naturalmente, la propia heterogeneidad de todos esos sistemas políticos formalmente constitucionales nos permite comprender enseguida que bajo la prestigiosa rúbrica de la Constitución y de los derechos es posible cobijar cualquier sistema de dominación.

Sin embargo, no nos debemos dejar enredar por este uso emotivo o retórico. El constitucionalismo y los derechos presentan un significado histórico bastante preciso que bien puede resumirse en una idea, la limitación del poder. Frente al principio absolutista de que quod principi placuit legis habet vigorem, frente a la célebre definición e soberanía como poder absoluto y perpetuo de una república, que consiste en dar y casar la ley (Bodino) [1], en suma, frente a la idea de un poder absoluto y sin más límites que los que pudiese imponer la moral del príncipe, el constitucionalismo y los derechos significan limitación del poder, y limitación precisamente desde o partir del individuo. No limitación al modo estamental o mediante un equilibrio de poderes, sino limitación externa desde un texto normativo supremo que transforma en jurídicas las pretensiones contenidas en los derechos naturales.

Tras el constitucionalismo y los derechos humanos o fundamentales que en conjunto definen el modelo político de la revolución liberal late, en efecto, la filosofía de los derechos naturales y del contrato social. El hombre se considera dotado de ciertos derechos naturales y justamente para mejor protegerlos se constituye la sociedad política y las instituciones mediante un contrato social, es decir, mediante un acto de voluntad de individuos libres e iguales que, guiados por su propio interés en preservar los derechos, deciden dar vida a un depósito de fuerza común, el Estado, a quien se encomienda esa defensa. La

[1] La tan citada definición se encuentra en el Capítulo VIII del Libro I de Los seis libros de la república (1576), edición de P. Bravo, Aguilar, Madrid, 1973, p. 46

Declaración de Independencia de los Estados Unidos expresa con plena nitidez esta filosofía y la conexión entre sus tres elementos básicos; primero, "sostenemos por evidente" que el hombre es titular de ciertos derechos naturales, es decir, lo sostenemos como algo indiscutible y no sometido a negociación; segundo, que para mejor proteger esos derechos se constituyen las sociedades políticas, que tienen así un carácter artificial y meramente instrumental; tercero, que por ello mismo las instituciones obtienen sus poderes del consentimiento de los propios individuos asociados, careciendo de una fuente de legitimidad propia o que transcienda a sus miembros.

Esta es a mi juicio la médula del constitucionalismo de los derechos: considerar el Estado, no como una realidad natural con derecho a existir, menos aún como algo transcendente y con fundamento divino o histórico, sino tan sólo como un artificio y como un instrumento. Como un artificio porque el Estado se presenta exclusivamente como el fruto de un acuerdo y, por tanto, de una voluntad; no es un designio divino, ni el resultado de una tradición que se hunda en la noche de la historia: las instituciones políticas tienen un principio (ideal) que es el consentimiento de los individuos. Pero el autor es dueño de su criatura y por eso el Estado tiene una justificación meramente instrumental; la fuerza que se deposita en sus manos con carácter de monopolio no ha de valer para todo y para cualquier cosa, sino que sólo resulta legítima cuando se pone al servicio de la finalidad perseguida por los consociados, esto es, la defensa de sus derechos. De manera que, si se puede usar esta terminología topográfica, los derechos están siempre por encima de la democracia, la justicia por encima de la política.

Ciertamente, desde finales del siglo XVIII se decantaron dos grandes tradiciones constitucionales. La primera y a la postre tal vez la más fecunda es la que se desarrolla en Estados Unidos, donde la Constitución se concibe como una rigurosa norma de garantía de carácter supremo y que por ello mismo es objeto de tutela por los jueces ordinarios, como cualquier otra norma; cabe decir que allí el poder constituyente cristaliza en un texto escrito que se erige en barrera infranqueable frente a todos los poderes constituidos, aunque ese texto escrito resulte ser bastante escueto en su contenido sustantivo y reconozca así un amplio margen de libertad política en favor de las sucesivas mayorías. No sucede exactamente igual en la revolución francesa, que ante todo quiere ver en la Constitución una norma directiva fundamental, algo así como el programa político del pueblo en marcha, de un poder constituyente que, en puridad, nunca puede constituirse (porque entonces se limitaría y dejaría de ser constituyente) y que en consecuencia termina por depositar la soberanía en manos de un legislador sin límite jurídico alguno; de manera que, si bien la Constitución y la Declaración de derechos presentan un muy importante contenido sustantivo susceptible de constreñir severamente la libertad política de la mayoría, en cambio carece de cualquier garantía judicial efectiva. Fioravanti ha estudiado con acierto el origen de estas dos tradiciones constitucionales [2].

Constituciones sustantivas y garantizadas: este podría ser el lema del constitucionalismo

[2] M. Fioravanti, Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones. trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, pp. 55 y ss.

de nuestros días. Constituciones sustantivas, en primer lugar, que recogen un ambicioso horizonte de filosofía moral y política formado por valores, principios, derechos y directrices que no sólo pretenden limitar el ejercicio del poder, sino incluso a veces también imponer obligaciones positivas. Lejos de lo que representó el constitucionalismo formal de corte kelseniano, cuyo alcance se circunscribía a regular la competencia y el procedimiento de elaboración de las normas (el quién manda y el cómo se manda), el constitucionalismo contemporáneo que se desarrolla en Europa a partir de la segunda gran guerra pretende incorporar un denso contenido material sustantivo con la pretensión de condicionar muy seriamente aquello que democráticamente puede decidirse por la mayoría. Y Constituciones garantizadas, en segundo término, porque ese contenido material y singularmente el amplio catálogo de derechos fundamentales goza de una plena tutela judicial, no ya a través del Tribunal Constitucional, sino, lo que es mucho más importante, a través de la acción cotidiana de la justicia ordinaria. En otras palabras, los viejos derechos naturales han dejado de ocupar un espacio en la esfera de la moralidad –tan respetable como jurídicamente inútil- para integrarse resueltamente en el Derecho positivo, y para hacerlo además en su cúspide, en la Constitución.

De esta manera, y aun cuando en la práctica los derechos sigan siendo mucho menos vigorosos que el siempre formidable poder de las instituciones, al menos cabe decir que en los sistemas constitucionales como los recién descritos los derechos fundamentales ostentan una fuerza normativa granítica. Son muchos los mecanismos que aún puede utilizar el poder para desactivar o dificultar el ejercicio de los derechos, desde la legislación de emergencia –que en puridad se ha instalado plenamente desde hace años como algo normal y no excepcional- a la utilización adormecedora de los medios de comunicación, pero insisto, en línea de principio, los derechos judicialmente garantizados representan un límite infranqueable frente al poder. A mi juicio, ese es el designio de todo constitucionalismo que lo sea de verdad, imponer normativamente la limitación del poder a partir de un vigoroso catálogo de derechos fundamentales judicialmente garantizados.

2.- CONSTITUCIONALISMO Y ORDEN INTERNACIONAL

El constitucionalismo de los derechos –allí donde existe o despliega una cierta eficacia- encarna un modelo de organización política incompatible con la idea de soberanía estatal que antes quedó apuntada: sencillamente no existe ningún "poder absoluto y perpetuo" porque todos los poderes, incluido el poder democrático de la mayoría, vienen sometidos a un texto normativo supremo que desempeña la función del viejo Derecho natural; el constitucionalismo es por eso funcionalmente iusnaturalista. O, si en honor a la tradición quiere aún mantenerse esa idea de soberanía, ésta ya no se encuentra en ningún poder real y efectivo, en ningún poder amenazante, sino en un poder ideal o ficticio como el representado por la Constitución. En un régimen cabalmente constitucional la soberanía o poder constituyente sólo

puede atribuirse al pueblo, pero el pueblo –frente a lo que sostenían algunos ilustres iuspubicistas- no es un órgano del Estado realmente actuante; cabe decir que el suyo es un poder sólo en sentido metafórico. La proclamación de la soberanía popular equivale en cierta manera a la proclamación del fin de la propia idea de soberanía; allí donde la soberanía se atribuye al pueblo desaparece el soberano. Por tanto, lo importante de la soberanía popular no es tanto lo que afirma cuanto lo que niega, esto es, que el poder soberano no puede pertenecer o ser ejercido por nadie distinto al pueblo mismo.

Pero la soberanía, además de esa dimensión interna, ha tenido siempre una no menos importante dimensión externa: el Estado era soberano frente a sus súbditos, pero pretendía serlo también frente a otros Estados. Y durante siglos, en el marco de un muy primitivo Derecho internacional, eso significó que la fuerza y la guerra desempeñaron el papel del Derecho: si la voluntad del soberano en el orden interno tomaba cuerpo en las leyes y en la coacción que las sustentaba, en el orden internacional esa soberanía sólo podía plasmarse en un acuerdo entre iguales y, en último término, en la guerra. Hobbes lo expresó con claridad y realismo: los Estados se encuentran en una situación de bellum omnium [3], de guerra perpetua; su forma de relación más civilizada es el pacto o convenio, pero a la postre la única garantía termina siendo la represalia y la guerra. Dicho en términos de teoría del Derecho, la sociedad internacional ha carecido tradicionalmente de esas normas secundarias que establecen órganos centralizados de producción jurídica (legisladores) y de aplicación del Derecho (jueces); el suyo ha sido un régimen de autotutela, como se supone que fue el régimen de los Derechos primitivos.

De manera que, como observa Ferrajoli[4], el constitucionalismo, que tan fecundo se había mostrado para limitar e incluso para desbaratar la ida de soberanía interna, fue incapaz de proyectarse en la esfera de las relaciones internacionales: sociedad civil en el interior y estado de naturaleza en el exterior; Constitución y derechos limitadores del poder en el interior, y reino de la fuerza apenas enmascarada por normas en el exterior. Nada pues de un legislador universal habilitado para establecer reglas civilizadoras y de convivencia en las relaciones entre Estados, y nada tampoco de jueces internacionales investidos de poder para dirimir los conflictos con arreglo a una normativa superior. Hasta el punto de que en esa esfera internacional sólo el Estado podía erigirse en garante de los derechos, cuando menos de los derechos de sus súbditos.

Ciertamente, el panorama que acabamos de presentar está dibujado con trazos muy gruesos y no hace justicia a muchos y nobles esfuerzos por extender el imperio del Derecho y de los derechos más allá de las fronteras nacionales, por desplazar aquel bellum omnium en favor de la paz y de la cooperación. No procede aquí enumerar los éxitos y fracasos de tales esfuerzos porque, a los efectos que ahora interesan, lo dicho me parece básicamente acertado y suficiente: la existencia de un legislador supremo que limite el ejercicio del poder a través de una norma fundamental o Constitución, y la existencia de instancias judiciales de tutela

[3] Pues corresponde al soberano "el derecho de hacer la guerra y la paz con otras naciones", T. Hobbes, Leviatán (1651), ed. de C. Moya y A. Escotado, Ed. Nacional, Madrid, 1979, p.274.

[4] L. Ferrajoli, "Más allá de la soberanía y ciudadanía: un constitucionalismo global", en Estado constitucional y Globalización, M. Carbonell y R. Vázquez (comp.), Porrúa, UNAM, México, 2001, p.315

es algo que puede predicarse (y siempre precariamente) del orden interno, no del internacional. Un Derecho cosmopolita y una justicia universal y efectiva siguen siendo una utopía.

Es en este contexto "desconstitucionalizado" donde aparece el fenómeno de la globalización o, por mejor decir, la plural y heterogénea fenomenología de la globalización; un neologismo que se desarrolla con extraordinaria fuerza y rapidez a partir de los años ochenta del pasado siglo y que, tal vez por esa misma razón, sirve para designar hechos y transformaciones bastante diferentes. Sin pretender introducir precisión o estipular un significado unívoco en un concepto tan altamente indeterminado, interesa aquí delimitar tres acepciones o ámbitos de relevancia; para preguntarse seguidamente si y en qué sentido la globalización se encamina hacia la consecución de un constitucionalismo mundial, es decir, de una efectiva limitación del poder a favor de los derechos de los individuos.

En primer lugar, cabe hablar de una globalización informativa o de la comunicación. No es necesario haber alcanzado la ancianidad para comprender el alcance y la profundidad de los cambios operados en un espacio de tiempo relativamente breve. El desarrollo de los medios de comunicación y especialmente la irrupción de Internet, que tiene una dimensión universal y que los Estados tampoco pueden controlar por completo, ha supuesto casi podría decirse que una voladura de las fronteras culturales: la opulencia y la pobreza, las libertades y la opresión, las creencias y religiones siguen dividiendo a la población del planeta, pero con la diferencia no menor de que hoy esas realidades se muestran a los ojos de todos y de alguna manera todos estamos concernidos y somos capaces además de entablar una comunicación con los "ajenos", que en puridad van camino de dejar de serlo. En la medida en que esta globalización facilita el conocimiento y la comunicación entre los individuos y sus diferentes culturas bien puede resultar un factor saludable y coadyuvar a la paz y a la universalización de los derechos.

Hay también una globalización económica que por su carácter infraestructural (por emplear una terminología añeja) es tal vez la más determinante de todas, aunque a mi juicio tenga poco de moderna, pues en un envoltorio más vistoso y a veces amable recuerda mucho al imperialismo (por seguir con la misma terminología). Grandes compañías transnacionales entreveradas frecuentemente con intereses públicos acumulan de hecho más poder que muchos de los Estados en que se instalan, son dueñas de enormes fuentes de riqueza y de tecnología, disponen de un caudal de puestos de trabajo o proporcionan bienes y servicios indispensables; todo lo cual puede resultar decisivo para las empobrecidas economías nacionales del llamado tercer mundo. De este modo, los Estados se ven impulsados a abdicar de su imperium, de su capacidad decisoria, para convertirse ellos mismos en sujetos del mercado; sujetos que compiten a la baja para ganar el favor de tales compañías o poderes transnacionales. Y esto, como bien observa Marcilla [5] al margen de que resulte un caldo de cultivo para la corrupción,

[5] G. Marcilla, "Desregulación, Estado social y proceso de globalización", DOXA, 28, 2005, pp. 239 y ss.

desde una perspectiva jurídica se traduce en la desregulación, en el repliegue de las garantías y controles ante las inexorables leyes del mercado: relajación o simple desaparición de las medidas de protección al trabajador, tolerancia hacia el empleo de mano de obra infantil, constitución de paraísos fiscales, desprotección del medio ambiente y sobreexplotación de los recursos naturales, etc. En suma, la lex mercatoria viene a ocupar grandes espacios de decisión en detrimento del Derecho público. No parece que entendida en este sentido la globalización camine en la misma dirección que el constitucionalismo y los derechos; más bien al contrario, este aspecto de la globalización reduce la fuerza de los derechos en beneficio del poder, aunque sea muchas veces un poder informal o privado.

Finalmente, existe también una globalización humana cuyo fenómeno más visible o llamativo son las imparables corrientes migratorias que desde el mundo empobrecido presionan sobre Occidente y que, en buena medida, son consecuencia de todo lo anterior. Poblaciones sumidas en la miseria por la rapiña de unas empresas que, respondiendo a la más primitiva lógica del capital, se desentienden de sus condiciones materiales de existencia, condiciones que, esta vez sí, quieren presentarse como responsabilidad de Estado; y sumidas en la miseria también por la corrupción de unos gobernantes que, puestos a privatizar, privatizan incluso la ayuda al desarrollo. Poblaciones carentes de derechos y de bienestar y que, sin embargo, merced precisamente a la globalización informativa, conocen mucho mejor que sus antepasados las lacerantes desigualdades internas e internacionales. Este es probablemente el rostro más dramático de la globalización, el que revela mayor desamparo ante la "ley del más fuerte".

Por eso, si la impronta ideológica del constitucionalismo de los derechos ha consistido siempre en limitar el poder, tanto el poder público como los poderes privados o informales, reduciendo al mínimo esa "ley del más fuerte", cabe decir que la globalización o muchos de los fenómenos o manifestaciones asociados a esa globalización se encaminan en un sentido por completo antigarantista: mayor desamparo y menos derechos. El constitucionalismo, que fracasó en el orden internacional, que no supo o no pudo poner coto a la dimensión externa de la soberanía, sigue siendo hoy una herramienta demasiado frágil para domeñar el mundo sin reglas que propicia la globalización.

3.- LOS RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO.

¿Podemos pensar en un constitucionalismo global?, la filosofía de los derechos y de las garantías frente al poder ¿mantiene alguna posibilidad de éxito frente a la globalización? Porque, como viene a decir Javier de Lucas, hasta aquí se ha globalizado el mercado, pero ahora corresponde globalizar los derechos[6]. El desafío que encierran esas preguntas y esta invitación admite en mi opinión una respuesta en el orden internacional, pero otra también en el plano interno de los Estados nacionales.

Comenzando por la esfera internacional, la idea de un constitucionalismo global

[6] J. de Lucas, Globalización e identidad, Icaria, Barcelona, 2003, p. 35: "o que se universaliza, lo que no tiene frontera, es el tráfico d mercancías, mejor, el flujo de capital financiero. Los derechos humanos, lamentablemente, sí que tienen fronteras".

evoca sin duda la vieja utopía de un Derecho cosmopolita, de una paz perpetua bajo un gobierno mundial asentado en el respeto universal de los derechos humanos y en la cooperación entre los pueblos. Sería algo así como disolver la soberanía externa una vez que, como vimos, la soberanía interna ha desaparecido o ha quedado seriamente devaluada bajo el imperio del constitucionalismo. Utopía ilustrada que no sólo se antoja excesivamente lejana, sino que incluso parece alejarse cada día un poco más a la vista del auge imparable de los nacionalismos y de las identidades culturales mejor o peor fundadas.

Pero, sin llegar tan lejos, tal vez lo que hoy falte en la comunidad internacional es ese "tercero ausente", por usar la expresión de Bobbio [7], que desempeñe funciones jurisdiccionales eficaces en la esfera mundial, o siquiera en las regionales. A fin y al cabo, antes indicábamos que en su origen el Derecho internacional venía a ser una especie de Derecho primitivo carente de normas secundarias que estableciesen órganos de producción y aplicación del Derecho; y todo parece indicar que en la evolución de los sistemas jurídicos primitivos irrumpieron antes los jueces que los legisladores, de manera que, a falta de un legislador universal, quizás fuera más realista comenzar pensando en órganos jurisdiccionales capaces, eso sí, de operar al modo de las jurisdicciones internas. Bastaría con que garantizasen la vigencia de la Declaración Universal de derechos humanos y con que sancionasen el uso de la fuerza para que pudiera hablarse de un avance gigantesco. Tanto mejor si además pudieran imponer algún orden en esa economía globalizada y sin reglas.

Y ciertamente, aunque de forma titubeante y precaria, algunos pasos ya se han dado. No me refiero ahora a experiencias regionales con una cierta trayectoria, como es el caso europeo, sino a un proceso más reciente que me parece digno de atención: la internacionalización del Derecho penal. El proceso es interesante por varios motivos. En primer lugar, porque tradicionalmente en el Derecho penal se han atrincherado las prerrogativas de la soberanía y de ahí que haya regido –con escasas excepciones- el principio de territorialidad; el ius puniendi se ha concebido siempre como un derecho del soberano, acaso como el signo fundamental de la soberanía. En segundo término, porque existe también una globalización criminal o una dimensión global de la criminalidad donde las solas respuestas internas parecen insuficientes: delitos transfronterizos, medios de comisión de alcance supranacional (Internet, por ejemplo), terrorismo internacional, etc. Finalmente, y no menos importante, porque parece haberse asumido en la sensibilidad social que existen crímenes que atentan contra la humanidad en su conjunto y cuya persecución no puede quedar detenida por las fronteras nacionales. El desarrollo del principio de justicia universal que permite castigar delitos perpetrados en otros Estados y contra víctimas no nacionales, la constitución de tribunales penales ad hoc (Yugoslavia, Ruanda) o la nueva Corte Penal Internacional son algunos ejemplos de esta empresa que, no por casualidad, cuenta con escasa simpatía o con la abierta oposición de la metrópoli imperial.

Sin embargo, los desafíos que presenta la globalización no sólo tienen una dimensión

[7] "El tercero ausente" es un pesimista discurso de Bobbio sobre la necesidad de establecer en la esfera internacional ese "tercero" que en el orden interno está llamado a dirimir los conflictos entre las partes, necesidad que él veía imposible de satisfacer. El discurso da título a un volumen de 1989, con edición castellana en Cátedra, Madrid, 1997, p. 288 y s.

externa, sino que se proyectan también en la esfera interna, y probablemente es en esta última donde las respuestas y las herramientas jurídicas pueden mostrarse más eficaces. De entrada, como ha señalado Pisarello [8], los efectos negativos de la globalización invitan a una cierta rehabilitación del Estado como espacio público y de decisión frente a la opacidad de los poderes transnacionales. No se trata, como es obvio, de iniciar un viaje de regreso al Estado absoluto, ni de constituir un poder formidable que anule los derechos, sino de recobrar para la decisión pública competencias de regulación y control de las que se ha venido abdicando en nombre de la globalización. Ya señalamos antes que una de las consecuencias de ésta era la desregulación, la retirada de las normas imperativas a favor de la ley de mercado. Rehabilitar el Estado implica, por tanto, establecer barreras protectoras y garantizar derechos frente a lo que Ferrajoli llamaría la salvaje ley del más fuerte [9]. En este sentido, no deja de resultar algo penoso comprobar cómo algunos Estados se muestran fuertes y a veces tiránicos con sus ciudadanos, y sumamente liberales o débiles frente al exterior.

Por otra parte, esta rehabilitación del Estado –que es decir de la democracia, de la ley y de los derechos- puede plantear exigencias particulares allí donde la integración en estructuras supranacionales ha alcanzado alguna madurez, por lo demás saludable en muchos aspectos, como es el caso de Europa. La Unión Europea, en efecto, ha representado un vaciamiento de competencias estatales y la aparición de un Derecho propio, pero sin que todo ello haya corrido paralelo a la democratización de la adopción de decisiones y al control sobre las mismas; es llamativo en este aspecto la ausencia de un control de constitucionalidad, o la preponderancia que aún ejercen las instancias ejecutivas sobre las parlamentarias. De este modo, y por la vía del Derecho europeo, los Gobiernos que ocupan una posición hegemónica en esa estructura supranacional pueden hacer lo que seguramente no podrían hacer en la esfera de los ordenamientos internos sometidos a los principios de constitucionalidad y legalidad.

Pero, sobre todo, el principal desafío que plantea la globalización al constitucionalismo me parece que es el de la universalidad de los derechos. Se incluya o no bajo la rúbrica de la globalización, lo cierto es que multitudes empobrecidas llaman a la puerta de un Occidente relativamente opulento; y dentro de esa opulencia y como condición para participar en ella aparecen los derechos, también y quizás en primer lugar los derechos sociales que reconocen muchas de nuestras cartas constitucionales y que, con mayor o menor intensidad, se encuentran garantizados en el marco del Estado social. ¿Estamos dispuestos a compartir los derechos, en particular los derechos de naturaleza económica que suponen un reparto de bienes siempre escasos?

El constitucionalismo liberal siempre postuló la universalidad de los derechos; es más, muchos siguen pensando que un derecho sólo se hace acreedor al calificativo de humano o fundamental cuando es un derecho universal o universalizable, cuando puede ser adscrito al homo iuridicus, a toda persona con

[8] G. Pisarello, "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", en Estado constitucional y Globalización, citado, p.249 y s.

[9] L Ferrajoli, "Garantismo e poteri selvaggi", Teoría Política, 3, 1998, p.11 y s.

independencia de sus circunstancias históricas o materiales, en suma, cuando tutela bienes o intereses o satisface necesidades universales y compartidas por todo el género humano. De ahí que "todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y (que) tienen ciertos derechos que les son inherentes" (Declaración de Virginia, 1776); de ahí también que sea una "verdad simple e incontestable" que los derechos son naturales, inalienables y sagrados (Declaración francesa de 1789). En otras palabras, o un derecho es moralmente de todos y cada uno, y se postula jurídicamente como universal, o no es un derecho fundamental.

Ciertamente, el Estado liberal no siempre fue consecuente con este planteamiento de base. Por ejemplo, las Declaraciones de derechos de Norteamérica no representaron un obstáculo al mantenimiento de la esclavitud, ni la universalidad de los derechos impidió durante más de un siglo la restricción de los derechos políticos a los ciudadanos varones y activos o con fortuna. Todavía hoy en la Constitución española se reconocen algunos derechos sólo a los españoles o sólo a los ciudadanos: los derechos políticos o de participación desde luego (art.23), pero también la igualdad jurídica (art.14), el derecho de residencia y circulación (art.19), el derecho al trabajo (art.35) o a la vivienda (art.47). La ciudadanía, que en su día supuso una construcción igualitaria y homogeneizadora frente al modelo pluralista y de privilegios del Antiguo Régimen, se muestra hoy como un elemento de exclusión y de renovados privilegios a favor de los nacionales. Entretanto no se rompe esa ecuación entre ciudadanía, nacionalidad y derechos, algún autor como Ferrajoli propone una audaz ampliación del viejo derecho de asilo, que ya no se justificaría solo por razones de persecución religiosa, política o étnica, sino también por motivos económicos [10]; esto es, casi todo lo contrario de lo que significa el camino emprendido en Europa.

Ironías que tiene la historia. Como bien ha estudiado Pérez Luño [11] y recuerda también Ferrajoli [12], cuando en el siglo XVI Francisco de Vitoria buscaba títulos de legitimación para la presencia de España en América, a la vez que sentaba las bases del Derecho Internacional Público, acuñó un derecho natural y universal, el ius communicationis ac societatis, entre cuyas especificaciones se encontraban el ius peregrinandi, el ius commercii, el ius predicandi o el ius migrandi. Naturalmente, Francisco de Vitoria pensaba en la emigración de los españoles a las Indias, no en la emigración de las poblaciones antes colonizadas hacia Europa. Pero en el fondo el sentido de esos viajes resulta bastante parecido, lograr la libertad y la prosperidad que se niega en la propia tierra; como es igualmente universal el derecho.

4.- CONSTITUCIÓN Y MULTICULTURALIDAD

El constitucionalismo liberal se construyó, como ya sabemos, sobre las bases de una óptica universalista que hacía abstracción de las diferencias estamentales o de fortuna, pero también de las diferencias culturales; el sujeto del Derecho moderno es el homo iuridicus, el ciudadano, una persona que se define precisamente por ser igual en derechos y deberes a los demás ciudadanos, con independencia de su religión o de sus

[10] L. Ferrajoli, "Más allá de la soberanía y ciudadanía: un constitucionalismo global", citado, p.321.

[11] A. E. Pérez Luño, La polémica sobre el Nuevo Mundo Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho, Trotta, Madrid,1992, p. 121 y s. Recuerda el autor que los "clásicos iusnaturalistas españoles", al margen de sus no pocas diferencias, hallaron en el encuentro con América –esto es, en un fenómeno migratorio- el ingrediente básico de su reflexión teórica.

[12] L. Ferrajoli, Derechos y garantías. La ley del más débil, Trotta, Madid, 1999, p.118

creencias filosóficas. Es verdad que ese constitucionalismo difícilmente podía escapar de las tradiciones y del contexto cultural europeo u occidental y que inevitablemente reposaba en una cierta idea de la nación y de la identidad cultural; un fenómeno que se aprecia especialmente en Francia, donde imperceptiblemente se transita entre un concepto de "pueblo" compuesto de ciudadanos libres e iguales y el concepto de "nación", teñido ya de componentes históricos y culturales. Por eso, aunque el nuevo modelo no logró cancelar del todo el pluralismo ideológico y religioso –que ha estado presente, por ejemplo, en la secular tensión entre laicismo y confesionalismo- sí intento al menos cimentar un sustrato común que de alguna manera relegaba los particularismos culturales a la vida privada. En suma y al menos en línea de principio, existiría una especie de ética pública presuntamente monista y universal –aunque se alimentaba de los valores del liberalismo europeo- y una ética privada que acogería los particularismos culturales, ideológicos, religiosos, etc. Todavía hoy algunos están empeñados en este esfuerzo por delimitar una ética pública procedimental de las éticas privadas sustantivas.

Sin embargo, con la inmigración masiva –que es el rostro humano de la globalización- ha irrumpido también lo que aquí hemos denominado multiculturalidad (acaso un término dotado de mayor neutralidad que el más común de multiculturalismo), esto es, la llegada de identidades culturales ajenas a la tradición occidental y (sólo en algunas ocasiones) conflictivas con ella. De entrada, creo que este fenómeno ha tenido una primera virtud, que es mostrarnos que nuestras sociedades pluralistas no lo eran tanto como presumían, que el modelo liberal no era tan neutral como pretendía aparentar, e incluso que la xenofobia tampoco se hallaba tan desterrada de nuestras prácticas como hubiéramos deseado. Pues que los conflictos se produzcan representa la mejor prueba de que nuestra famosa ética pública se nutre de valores que no son sólo procedimentales, ni son del todo neutrales.

Cuando se habla de multiculturalidad es habitual dramatizar en exceso los motivos del conflicto y no creo que ello resulte ajustado a la realidad. El Estado constitucional, que reconoce la libertad religiosa y garantiza la igualdad jurídica o principio de no discriminación, está en perfectas condiciones para integrar en armonía amplios aspectos de las distintas identidades culturales. Lo que tampoco significa, claro está, que tales conflictos no se produzcan. En ocasiones, se trata de cuestiones más o menos pintorescas, como el famoso uso del turbante que impide a los sijs cumplir con la obligación de portar casco en las motocicletas o de exhibir el típico sombrero de la Policía Montada de Canadá, por poner dos ejemplos efectivamente acontecidos. Otras veces se trata de casos verdaderamente graves que difícilmente pueden pretender alguna comprensión o tolerancia, como las prácticas de mutilación genital femenina. Y otras, en fin, son el resultado de preceptos religiosos o de tradiciones culturales interpretadas de forma más menos rigurosa: el uso del velo en las escuelas, la negativa de los padres a que sus hijas asistan a clase de gimnasia, la bigamia; en suma, prácticas que suponen la infracción de normas imperativas

vigentes en nuestros sistemas jurídicos. ¿Cómo puede enfocar todo ello el Estado constitucional?

Ante el fenómeno de la multiculturalidad tal vez una de las respuestas más populares es la que se desprende de los planteamientos de Sartori [13]: el único inmigrante tolerable sería aquel que abandona en la frontera su propia identidad o, al menos, los aspectos conflictivos de la misma, mostrándose dispuesto a asumir una cultura que tal vez ni siquiera comprende plenamente. Frente a esta propuesta de "aculturación", la alternativa opuesta podría ser la avalada por algún comunitarismo extremo, para quien las culturas no se pueden integrar, sino yuxtaponer, de manera que cada cual se regiría por su ley en virtud de un principio de "excepción cultural". Así pues, o integración sin condiciones en la cultura dominante o respeto absoluto a cualesquiera identidades culturales.

Ninguna de estas posiciones extremas parece satisfactoria, ni compatible con el modelo liberal e igualitario que inspira el constitucionalismo. La primera porque en el fondo reposa en una concepción confesional del Estado, aunque se trate de un curioso confesionalismo laico. En el constitucionalismo no hay una "cosmovisión oficial" de la que todos hayamos de participar, ni el eventual conflicto de una creencia con alguna política o norma jurídica puede saldarse con una apriorística presunción a favor de estas últimas. Al contrario, toda creencia, toda práctica religiosa o cultural, cuenta a su favor con una presunción de legitimidad (iuris tantum, desde luego) como ejercicio que es de un derecho fundamental; al menos si nos tomamos en serio que la libertad de conciencia sólo puede limitarse por razones justificadas. Pero tampoco la segunda opción resulta una buena respuesta, pues si bien la coexistencia de distintas culturas parece legítima y hasta inevitable, sin tener que postular su mutua integración en una especie de sincretismo, no toda cultura (o no todos los aspectos de alguna cultura) se muestran compatibles con la vigencia igual y universal de los derechos; esto es, que alguna práctica forme parte de una identidad cultural, religiosa o étnica no puede considerarse como una razón definitiva o excluyente para hacer de ella una "excepción cultural". La idea de ponderación o proporcionalidad, que preside la resolución de las tensiones entre los derechos y sus límites, es incompatible con ambas posiciones: ni siempre puede triunfar a ley y los valores mayoritarios que encarna, ni siempre será posible construir una excepción (o una objeción de conciencia) que atienda a las identidades disidentes.

A mi juicio, una respuesta constitucional al fenómeno de la multiculturalidad debe comenzar por una política de reconocimiento de las diferencias y de respeto a las plurales identidades culturales. Así lo propone también el liberalismo político de Rawls [14]: no cabe exigir a los ciudadanos –que a la vez son fieles de una religión, creyentes en alguna filosofía o participantes de alguna tradición- que abdiquen de lo que son sus convicciones más profundas y que piensen acerca de las cuestiones políticas fundamentales como si partiesen de cero, poniendo entre paréntesis lo que en

[13] De G. Sartori puede verse La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros, Taurus, Madrid, 2001.

[14] Vid. J. Rawls, El liberalismo político, trad. De A. Doménech, Crítica, Barcelona, 1996, p.279

realidad consideran las premisas básicas de su pensamiento moral. Es más, no se trata sólo de que tal cosa no deba exigirse, sino que en la práctica resulta imposible hacerlo, pues, frente a lo que sugieren las concepciones "privatistas" de la religión o de las creencias morales, éstas no sólo se ocupan del cultivo de las virtudes privadas, sino que casi siempre ofrecen respuesta a lo que son los grandes problemas políticos o de convivencia colectiva; dicho más claramente, no cabe pedir (y además sería inútil hacerlo) a un católico o a un musulmán que a la hora de participar como ciudadano deje de pensar como piensa acerca de las cuestiones capitales que constituyen el objeto de la razón pública y de las leyes. Por lo demás, es aquí pertinente recordar lo que establece el artículo 27 del Pacto de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas (1966): "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

Ahora bien, esa política de respeto y de reconocimiento tampoco carece de límites en el propio marco del modelo liberal; y esto es así porque, frente a lo que a veces se sugiere, dicho modelo no es estrictamente neutral, sus valores fundamentales son valores irremediablemente sustantivos que forman parte de la propia decisión constitucional, esto es, son valores sustantivos que no sólo se permiten o toleran, sino que pretenden ostentar un carácter imperativo e innegociable. Sin necesidad de entrar en detalles, digamos que esos valores son dos, la autonomía y la dignidad, los dos grandes imperativos kantianos, y ambos pueden resultar conflictivos con el ejercicio práctico de algunas identidades culturales. Sacrificar entonces esas identidades, o las dimensiones de esas identidades que lesionan los valores sustantivos, equivale a negar el respeto a la diferencia. Que es, más o menos, lo que sostiene Garzón Valdés al decir que aquellas diferencias que incrementan la coacción o el engaño no deben ser conservadas [15].

En este sentido, tal vez la respuesta más "liberal" que cabe formular en presencia de estos conflictos es la que en su día defendió Mill: "El único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente. Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo...Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano" [16]. En otras palabras, el Estado liberal no puede imponer un ideal de virtud, ni sancionar aquellas conductas que lesionan o limitan la libertad del propio sujeto: ni el paternalismo ni el perfeccionismo tendrían cabida en un modelo liberal; el presunto interés del propio sujeto a partir de consideraciones paternalistas o nuestras particulares ideas

[15] E. Garzón Valdés "El problema ético de las minorías étnicas", en el volumen Derecho, Ética, Política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.519 y s

[16] J.S. Mill, Sobre la libertad (1859), trad. De G. Sainz Pulido, Orbis, Barcelona, 1985, p.32

acerca de la verdad, de la virtud o de la felicidad sencillamente no pueden justificar una interferencia en la esfera autónoma de la libre determinación individual.

Ciertamente, el criterio del daño a terceros deja abiertos algunos interrogantes; por ejemplo, el del papel del consentimiento y su virtualidad en la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales (el problema de la inalienabilidad), o el de la posición de los menores. Pero es que, sobre todo, resulta que la tesis más "liberal" formulada por Mill tampoco es una tesis por completo neutral, pues su premisa básica es el valor absoluto del individuo y de su autonomía o, como diría Kant, que nadie puede ser tomado como medio, sino sólo como fin en sí mismo. Ahora bien, parece claro que estos valores son propios de la cultura liberal, pero no de otras más "comunitaristas", donde el individuo se concibe como un instrumento al servicio de un plan general, donde la identidad personal sólo se alcanza o se ve plenamente satisfecha mediante la integración comunitaria; y que, por consiguiente, mantener esta tesis equivale en último término a defender la superioridad de una cierta civilización sobre las demás; equivale a reconocer que, al menos en este punto, no hay respeto a la diferencia.

Así pues, el liberalismo es, como su nombre indica, muy liberal, pero sólo con quienes aceptan sus premisas fundamentales. Acaso su ventaja resida precisamente en que dichas premisas –al margen de que puedan parecer mejores- resultan más reducidas en número y en densidad que las de cualquier otra concepción de la comunidad política, pero incluso también esto (que cuantas menos exigencias tanto mejor) resulta ser un valor de la autonomía y del liberalismo. Si se quiere, puede seguir manteniéndose la superioridad de nuestra cultura, pero, al menos, sin añadir que nuestra cultura liberal se caracteriza porque en ellas tienen cabida todas las demás, porque resulta estrictamente neutral frente a todas las cosmovisiones; pues sencillamente tal cosa no es cierta. Lo que sí parece cierto es que en el marco del constitucionalismo de los derechos las únicas limitaciones a las prácticas fundadas en identidades culturales –o fundadas simplemente en la libre conciencia del sujeto- sólo pueden justificarse en la protección universal de los derechos fundamentales, y no, como a veces parece ocurrir, en otras cosmovisiones particulares, por muy laicas o neutrales que quieran presentarse.

EL FALLO ORAL Y EL EXPEDIENTE ELECTRÓNICO

JOSÉ EDUARDO DE RESENDE CHAVES JÚNIOR[1]

El Ministerio de Justicia de Portugal anuncia una importante reforma en el proceso penal de su país, reforma que permitirá las decisiones orales, sin reducción a término escrito, en causas de menor complejidad, en los autos del expediente electrónico.

Existen sin números de estudios comprobando que los mecanismos de racionalidad y argumentación del lenguaje escrito son diferentes del lenguaje oral.

El lenguaje escrito es más descriptivo y el oral involucra más la performance.

Para entender eso mejor, basta pensar en el desastre que sería la escenificación de una novela escrita sin la transposición para un lenguaje propio para el teatro, para un lenguaje hablado.

Vale recordar que el autor teatral, al redactarla, no agota los recursos argumentativos y dramáticos. Un buen actor, con su performance, complementa bien y hasta transciende los límites escritos de la pieza teatral. Cuando el juez profiere una sentencia en audiencia, a razón del principio de la escritura, tiene que transcribir para el lenguaje escrito la sentencia proferida oralmente.

En otras palabras, él acaba "dictando" una sentencia, al contrario de "proferirla". En el diccionario, "proferir" significa "decir en voz alta". Sentencia, etimológicamente, como se sabe, viene de "sentir" y no de "dictar".

En el proceso electrónico, la sentencia puede ser captada en su pura verbalidad oral y gestual. Así, el proceso electrónico permite que el juez abandone la costumbre de sólo dictar, para, efectivamente, pasar a proferir sentencias.

Y al "proferir" una sentencia se puede lanzar mano de otros recursos argumentativos que el lenguaje escrito no permite. Por medio del lenguaje oral es posible ser más directo y objetivo, inclusive más conciso. Las pruebas son enseñadas y no solamente descritas en el fallo.

La oralidad permite, pues, escenificar una sentencia y no dictarla o escribirla. Como el archivo electrónico permite no sólo voz, como también imagen, y no sólo imagen, sino imagen-movimiento (Bergson), es decir, admite un archivo de vídeo, se puede lanzar mano de todos los recursos de una performance teatral-cinematográfica para proferir, para decir en voz alta, la sentencia.

Eso puede parecer irrelevante, pero eso cambia todo.

El proceso es un juego argumentativo y de estrategia. Todas las estrategias son trazadas en si considerando el medio; si cambiamos el medio, del papel para el medio electrónico, se cambian las estrategias evidentemente.

Es bueno recordar que el juez – y no sólo los abogados - gestiona también sus estrategias argumentativas.

[1] Presidente de la Red Latinoamericana de Jueces – www.REDLAJ.com, Doctor en Derechos Fundamentales y Magistrado Federal del Trabajo, Titular de la 21ª Vara de Belo Horizonte, Brasil. Es Coordinador del grupo de investigación GEDEL, de la Escuela Judicial del Tribunal Federal del Trabajo del Estado de Minas Gerais (Brasil) sobre justicia y derechos electrónicos.

Ese cambio de la sentencia escrita, para la sentencia oral es más profundo de lo que pensamos.

Cambiamos, como decía el padre de la comunicación canadiense, Marshall McLuhan, para un medio más "caliente", el oral-electrónico. El papel, en el sentido utilizado por McLuhan, es un medio más "frío", es decir, es un medio que suministra menos información al receptor.

Pero, al contrario de lo que propugnaba McLuhan, el medio más "caliente" presupone mayor participación. Al menos en la hipótesis del proceso electrónico, él permitirá una mayor participación de las partes y abogados. El proceso electrónico tiende a ser más participativo e interactivo.

Esa mayor participación e interactividad acaba teniendo reflejos profundos también en la fundamentació n de los juzgados.

Los fundamentos son, sí, condicionados también por el "medio" en que son expresos y difundidos. Si no tenemos "medios" de probar o demostrar los fundamentos, ellos acaban quedando en el vacío. Los fundamentos son indisociables de los medios. El "medio es el mensaje", el medio es una extensión del ser humano, ya decía McLuhan.

Esa extensión del ser humano no es neutra. Ella acaba condicionando y modificando la forma de estar en el mundo y de pensar del ser humano.

Los "medios" de transportes – que también son extensiones del hombre – cambiaron el mundo. El hombre que se desplazaba sólo con los pies es muy diferente del hombre que puede usar el avión.

Los fundamentos no son ideas puras, esencias. Son conexiones, son ligaciones entre hechos, cosas y pensamientos. Ligaciones son medios.

Los fundamentos de la cultura del papel, de la escrita, de la galaxia de Gutemberg (McLuhan) son diferentes de los fundamentos de la era electrónica, de la cultura oral, conectada y de la performance.

Los juristas perdemos mucho tiempo con la tentativa de desarrollar una teoría de la argumentación jurídica, similar a la lógica formal, una lógica claudicante.

Como nos enseñó Perelman, que, además de jurista, era lógico-matemático (con doctorado sobre el matemático Frege), en la lógica jurídica el decisivo es la determinación de las premisas – el hecho y la norma a ser aplicada. El silogismo jurídico, a partir de la determinación de las premisas es extremadamente sencillo.

Necesitamos desarrollar una nueva teoría de la argumentación jurídica, pero de otro orden, llevando en consideración, no la abstracción de la lógica formal, pero la materialidad del "medio" en que la argumentación es presentada y desarrollada.

Abstraer la argumentación del medio es el primer paso para volver todo teórico y artificial. El filósofo del pergamino es muy diferente del filósofo en red.

El proceso electrónico va a desencadenar una revolución de la performance en el proceso judicial. Cuánto más temprano los juristas apunten a ello, más temprano

podrán contribuir para que esa revolución se dirija para el camino cierto. De lo contrario, continúen creyendo que el ordenador es sólo una máquina de escribir con más recursos, el proceso electrónico se reducirá a un mero proceso escaneado y, con eso, perderemos la oportunidad histórica de dar un choque - tan prometido, cuanto diferido – de efectividad al proceso judicial.

AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA DEL PERÚ

CÉSAR LANDA*

A Héctor Fix-Zamudio:

SUMARIO

1. Presentaciónv
2. Constitución y proceso
3. Estatus del Tribunal Constiucional
4. Naturaleza de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional.
5. Legitimidad de la institución
6. Autonomía procesal en la acción, jurisdicción y proceso.

   6.1. Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.
   6.2. Jurisprudencia constitucional sobre la materia
   6.2.1. Acción
   6.2.2. Jurisdicción
   6.2.3. Proceso

7. Límites a la autonomía procesal del Tribunal Constitucional.

   7.1. Límites formales
   7.2. Límites materiales

8. Conclusiones.

1. PRESENTACIÓN

Si bien en el Derecho constitucional comparado la autonomía procesal del Tribunal Constitucional ha sido ya objeto de planteamiento y desarrollo[1], en el marco del proceso democrático peruano de fortalecimiento del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, el Tribunal Constitucional y la doctrina viene incorporando esta institución no sin debate como manifestación de una concepción garantista de la Constitución y del proceso[2], lo que constituye mérito suficiente para llevar a cabo un análisis sobre el tema.

Es por ello, que queremos contribuir aportando una visión sobre la materia; para lo cual se toma como punto de partida la noción de Constitución y proceso, la misma que orienta nuestra concepción del Derecho Procesal Constitucional y de sus fines constitucionales. Asimismo, consideramos necesario abordar el tema del Tribunal Constitucional, poniendo especial énfasis en su estatus dentro del ordenamiento constitucional peruano, el mismo que justifica que se haya establecido la potestad de configurar el proceso constitucional de manera autónoma, ante los vacíos o deficiencias de la ley y en el marco de específicos límites, materiales y formales.

En el Perú, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia y Reglamento Normativo, ha venido incorporando el "principio de autonomía procesal"; el mismo que le ha permitido, en no pocas ocasiones, hacer dúctil el Derecho y los procesos constitucionales[3], a fin de alcanzar los fines constitucionales de los mismos: la defensa de la primacía de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales.

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Las opiniones vertidas en el presente artículo son realizadas a título personal.

[1] RODRIGUEZ-PATRÓN, Patricia. La "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional. Madrid: Ediciones Civitas, 2003; La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional. Madrid: iustel, 2005; Zembsch, Günther. Verfahrensautonomie des Bundesverfassungsgerichts. Köln: C. Heymans Verlag, 1971.

[2] MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional. Vol. 1. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. pp. 20-23. Revisar Justicia Constitucional Año II, Nº 4, julio-diciembre, Lima , 2006, dedicado al Derecho Procesal Constitucional y en particular a la autonomía procesal constitucional, con ensayos de César Astudillo, Jorge León, Mijail Mendoza y el suscrito.

[3] ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1995. pp. 9-45.

2. CONSTITUCIÓN Y PROCESO

Si bien han existido momentos en el desarrollo y configuración del Estado de Derecho en que la Constitución no era sino una mera norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos; en la actualidad, no cabe duda que la Constitución es la norma jurídica y política suprema del ordenamiento democrático de un Estado.

Así, el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico de mecanismos jurisdiccionales orientados a salvaguardar la plena vigencia del principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales [4], superando la concepción de la pretendida soberanía parlamentaria que consideraba a la ley y a los códigos como las máximas normas del ordenamiento jurídico nacional.

En este contexto, no es difícil construir una noción de Constitución desde el punto de vista normativo, en el entendido que el texto constitucional es un sistema racional de normas que no sólo expresa, sino también crea un orden; y en el cual son fundamentales la división de poderes y la tutela de los derechos fundamentales. En consecuencia,

"la norma fundante básica [la Constitución], es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ello la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen" [5].

Sin embargo, esta noción normativa de Constitución se ha visto complementada por dos perspectivas que son indispensables para comprender de una manera más integral el orden constitucional peruano, nos referimos a la Constitución Histórica y la Constitución Sociológica [6].

La primera de ellas se sustenta en el principio de legitimidad; pues desde una perspectiva histórica, la Constitución se legitima en el pasado de una nación y en las circunstancias propias que rodean el actual proceso de transformación democrática. En tal sentido, se ha señalado –y no sin razón– que "la constitución de un país no es creación de un acto único y total, sino de actos parciales reflejos de situaciones concretas y, frecuentemente, de usos y costumbres formados lentamente y cuya fecha de nacimiento es imprecisa" [7].

Por su parte la concepción sociológica deja de lado el elemento histórico y en lugar de observar el pasado, pretende reflejar las situaciones y estructuras sociales actuales, sustentando la Constitución en el ser y no en el deber ser. Así, deja de lado lo trascendente para recoger lo inmediato, lo presente, de nuestra sociedad. En ese mismo sentido, se ha señalado que:

"es característica del concepto sociológico de constitución entender que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social, y que si tal normatividad quiere ser vigente ha de ser expresión y sistematización de

[4] Luego de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho constitucional contemporáneo se planteó la relación entre Constitución y proceso; lo cual dio lugar a que se procurara la integración entre los mismos, así como la superación del positivismo jurídico procesal basado en la ley, en base a reconocer el rol tutelar del juez constitucional. Cfr. CALAMANDREI, Piero. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones JEA, 1962, pp. 317 y ss.

[5] KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. México D.F.: UNAM, traducción de la segunda edición en alemán de Roberto J. Vernengo, 1982. p. 214.

[6] GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Alianza Editorial, 2000, pp. 34-41.

[7] Ibíd.. p. 42.

aquella realidad social subyacente" [8].

En suma, la noción de Constitución que es propia a del Derecho Procesal Constitucional no se limita a reconocer únicamente la dimensión normativa de la Constitución, puesto que dicha premisa podría conducirnos a un resultado insuficiente o a un falseamiento de la realidad procesal, si no se toma en consideración los elementos histórico y sociológico de la Constitución. Sobre la importancia de precisar la noción de Constitución para entender los procesos constitucionales, podemos señalar, siguiendo a Zagrebelsky, que ella radica en que:

"toda concepción de la Constitución trae consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento trae consigo una concepción de Constitución, [pues] no existe un prius ni un posterius, sino una implicación recíproca" [9]

Como el quehacer del Derecho Procesal Constitucional está indisolublemente vinculado tanto a la Constitución, pero sobre todo a la interpretación de la Constitución, los clásicos criterios de interpretación normativa, como son el método literal, el teleológico, el sistemático y el histórico, resultan necesarios; pero claramente insuficientes para informar la labor interpretativa del juez constitucional. Por este motivo, el Tribunal Constitucional utiliza una serie de principios ad hoc a los procesos constitucionales, que cumplen de manera más adecuada la misión orientadora y canalizadora del proceso de interpretación constitucional para la solución de un caso concreto. Tales principios de interpretación constitucional son: el principio de unidad de la Constitución[10], el principio de concordancia práctica[11], el principio de corrección funcional[12], el principio de función integradora[13], el principio de fuerza normativa de la Constitución[14] y el principio de interpretación conforme a la Constitución[15].

Pero, el Derecho Procesal Constitucional, no obstante tener un objeto propio como es la Constitución, un método especial como son los principios y técnicas de interpretación, además de un sujeto especializado en última instancia –como es el Tribunal Constitucional–, se le hace depender de las normas privativas del proceso ordinario, motivo por el cual existe un debate a nivel de la doctrina en torno a la naturaleza constitucional o procesal de los procesos constitucionales[16].

Si bien no consideramos pertinente detenernos, en esta oportunidad, en dicha discusión; ello no impide expresar que

[8] Ibíd.. p. 48

[9] ZAGREBELSKY, Gustavo. "¿Derecho Procesal Constitucional?". En: Revista Peruana de Derecho Procesal N.° IV, diciembre, 2001. Lima: Estudio Monroy. pp. 243.

[10] El principio de unidad de la Constitución se orienta a conseguir que la Constitución sea interpretada como un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto (Cfr. STC 5854-2005-PA/TC, FJ 12). Será, en consecuencia, preciso identificar los principios fundamentales de la parte dogmática, orgánica y económica de la Constitución.

[11] El principio de concordancia práctica permite resolver toda aparente tensión entre las disposiciones constitucionales "optimizando" su interpretación, esto es, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios constitucionales en aparente conflicto (Cfr. STC 5854-2005-PA/TC, FJ 12). De este modo, se debe respetar el núcleo duro de cada bien constitucional en conflicto, afectándose mutuamente siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad de la recíproca limitación.

[12] El principio de corrección funcional exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que la Constitución ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado constitucional y democrático, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado. (Cfr. STC 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI, acumulados)

[13] De acuerdo al principio de función integradora el "producto" de la interpretación sólo podrá ser considerado válido si contribuye a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad. (Cfr. STC 4596-2006-PA/TC, FJ 21)

[14] El principio de fuerza normativa de la Constitución, se orienta a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos y privados in toto y no sólo parcialmente (Cfr. STC 4596-2006-PA/TC, FJ 21)

[15] Según el principio de interpretación conforme a la Constitución la ley no debe ser declarada inconstitucional cuando al menos una de sus acepciones puede ser interpretada conforme a la Constitución.

[16] Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor. "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho Procesal Constitucional". En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. N.° 3. Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 1999. pp. 89-119; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional". En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. N.° 3. Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 1999. pp. 121-155, en particular, pp. 131-135; asimismo, SAGÜÉS, Néstor Pedro. Derecho procesal constitucional. Recurso Extraordinario. Buenos Aires: Astrea, 1992. pp. 3-20. Al respecto, al profesor Héctor FIX- ZAMUDIO no le falta razón cuando afirma –tras describir al Derecho Procesal Constitucional como una disciplina jurídica situada dentro del campo del Derecho Procesal– que: "En cualquier caso, se trata de disciplinas de frontera y de confluencia que requieren de la colaboración permanente de los cultivadores tanto del derecho constitucional como los que se dedican al estudio del derecho procesal." FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho Procesal Constitucional... Op. cit., p. 119.

nuestra postura sobre el tema acoge la propuesta por el profesor Peter HÄBERLE, quien considera que el Derecho procesal constitucional debe ser entendido como un Derecho constitucional concretizado, es decir, al servicio del cumplimiento de la Constitución:

"El Derecho procesal constitucional es una concretización de la Ley Fundamental en dos sentidos: en que él mismo es un Derecho constitucional concretizado y en que le sirve al Tribunal Constitucional para concretizar la Ley Fundamental. La gran 'capacidad de concretización' del Tribunal Constitucional, demanda ahora una fundamentación del Derecho procesal constitucional de carácter teórico constitucional."[17]

En consecuencia, no se trata sólo de aplicar la Constitución en función a las normas procedimentales, sino de darle a dichas normas un contenido propio, conforme a la Constitución, pues si bien el derecho procesal constitucional también requiere partir y remitirse a los principios generales del Derecho procesal, ello será posible en la medida que éste último sea afín con los principios y valores constitucionales.

En efecto, sobre este último punto cabe señalar que algunos principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario no pueden ser trasladados automáticamente al proceso constitucional, como es el caso del principio de justicia rogada, de la cosa juzgada y de la prescripción, "so pena de traicionar los objetivos últimos de la justicia constitucional"[18]; puesto que, por citar un ejemplo, el principio de justicia rogada impediría al juez constitucional indagar más allá de lo aportado por las partes en el proceso.

Ello es así, en la medida que el juez constitucional una vez admitida la demanda se hace director del proceso para tutelar el derecho fundamental violado y garantizar la primacía de la Constitución, según dispone el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Dicho en otras palabras, el Tribunal Constitucional como último garante de la Constitución goza de la atribución de asegurar la fuerza normativa de los valores y principios constitucionales, aún cuando éstos no hayan sido demandados directamente. Motivo por el cual, es consustancial y no excepcional a su tarea de dirección judicial del proceso verificar los aspectos subjetivos del hecho y del petitorio y, los aspectos objetivos que sean relevantes para el cumplimiento de su mandato constitucional, a partir de la demanda formulada pero no exclusiva ni excluyentemente sólo en los términos peticionados, dado el doble carácter -subjetivo y objetivo- de los procesos constitucionales[19].

En consecuencia, el principio constitucional de prevención de los efectos de las sentencias no puede estar subordinado al principio procesal de congruencia en virtud del cual el juez constitucional sólo debe pronunciarse sobre el petitorio demando, por cuanto, el TC con mayor razón al ser la última instancia no puede ni debe perder de vista las consecuencias de su sentencia, ya sean económicas, políticas o sociales. Debido a que el TC no es sólo un órgano jurisdiccional, sino también un órgano constitucional que valora el proceso

[17] HÄBERLE, Peter. "El Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Constitucional". En su obra Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar. Lima: Palestra Editores, 2004. p. 27.

[18] DE VEGA GARCÍA, Pedro. "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución" En su obra Estudios político constitucionales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987. p. 306.

[19] LEÓN, Jorge. "El Tribunal Constitucional y la configuración de su Derecho Procesal". En Justicia Constitucional Año II, Nº 4, Lima, 2006, pp. 38 ss.

y sus sentencias en función de la justicia, evitando así el abuso jurídico –formalista o funcional- de la ley procesal ordinaria.[20]

Por ello, podemos concluir que el Derecho procesal constitucional lejos de ser entendido en un sentido meramente positivista y privatista, debe dar paso a un Derecho procesal garantista, propio de un pensamiento institucional[21], que atienda tanto a las demandas formuladas por los particulares (tutela subjetiva de derechos fundamentales) como a las exigencias objetivas del Estado de Derecho (tutela objetiva de la Constitución), "[u]n derecho procesal capaz de comprender las razones no siempre coincidentes de la tutela subjetiva de los derechos constitucionales pero también las razones de la tutela objetiva de la Constitución"[22].

Si bien es cierto que las tensiones no serán ajenas a esta labor, también lo es que corresponde al Tribunal Constitucional, en última instancia, actuar como árbitro o conciliador de conflictos constitucionales, es decir, como un poder moderador[23]. De aquí la importancia de conocer cual es la naturaleza y alcance de la labor del Tribunal Constitucional.

3. ESTATUS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La justificación de la existencia del Tribunal Constitucional se asienta sobre dos principios consustanciales que fundan el Estado Constitucional y Democrático: el principio de supremacía jurídica de la Constitución, que garantiza la primacía y eficacia de la Ley Fundamental; y, el principio político democrático, o de soberanía popular, que se manifiesta en el sistema de democracia representativa[24].

En lo que a la naturaleza del Tribunal Constitucional se refiere, es preciso señalar que la complejidad de este órgano constitucional impide que pueda ser entendido, a cabalidad, únicamente a partir de las atribuciones que le han sido conferidas normativamente por la Constitución o por el régimen jurídico constitucional que lo regula; incluso el neopositivismo constitucional, asentado exclusivamente en la jurisprudencia, es insuficiente para comprender su rol en el proceso histórico, social y político.

Dicha constatación nos permite señalar que el Tribunal Constitucional puede ser entendido no sólo como un órgano constitucional, sino también como un órgano jurisdiccional e, inclusive, como un órgano político. En estas tres características del Tribunal Constitucional nos detendremos brevemente a continuación.

El Tribunal Constitucional como órgano constitucional

Como hemos señalado en anteriores trabajos[25], los órganos constitucionales se caracterizan porque reciben del propio constituyente, en la Constitución, todos los atributos esenciales de su condición y posición en el sistema constitucional. No se trata, por consiguiente, de una simple mención aislada de sus funciones y competencias, sino que el mismo texto constitucional establece su composición, su estructura, los mecanismos de elección de sus miembros, entre otros. Es importante precisar que, sin perjuicio de lo anterior, el

[20] BACHOF. Otto. "El Juez constitucional entre Derecho y Política". En Universitas. Vol. IV, Nº 2, Revista Alemana de Letras, Ciencias y Arte. Stuttgart, 1996, pp. 123 ss.: asimismo, BARAK, Aharon. "El rol de la Corte Suprema en una democracia". En Ius et Veritas anño XIII Nº 26, Lima, 2003, pp. 108-114.

[21] LANDA, César. Tribunal Constitucional y Estado democrático. Lima: Palestra Editores, 3.ª edición corregida y aumentada, 2007. pp. 551 y ss.

[22] ZAGREBELSKY, Gustavo. "¿Derecho Procesal Contitucional?"... Op. Cit., p. 415.

[23] Cfr. SCHMITT, Carl. "Der Hüter der Verfassung". En AÖR, Band 55, Taunus, Verlag D. Auvermnann, 1975, pp 162-237. Versión en español en: "La defensa de la Constitución". Madrid: Tecnos, 1983.

[24] Cfr. DE VEGA GARCÍA, Pedro. "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución"... Op. cit., p. 298-302.

[25] LANDA ARROYO, César. "Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una Perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional". En su obra Constitución y Fuentes del Derecho. Lima: Palestra Editores, 2006. pp. 316-319.

legislador tiene la posibilidad de completar, a través de las leyes orgánicas, los elementos no esenciales o complementarios de los órganos constitucionales.

En el caso peruano, la Constitución de 1993 reconoce al Tribunal Constitucional como un órgano constitucional encargado del control de la Constitución (artículo 201°), al mismo tiempo que le confiere autonomía e independencia y establece su composición, el estatuto de sus miembros y el procedimiento para su elección[26]. Adicionalmente, convierte al Tribunal Constitucional en una instancia de fallo que resuelve en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento (artículo 202° inciso 2); y lo faculta para declarar, en instancia única, la inconstitucionalidad de normas con rango de ley (artículo 202° inciso 1) y para resolver los conflictos de competencias o, de atribuciones asignadas directamente por la Constitución, conforme a ley (artículo 202° inciso 3).

Aún podemos sumar a esta relación lo establecido por el artículo 204 de la Constitución de 1993, en que se establece que "[l]a sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal." Con lo cual una sentencia del Tribunal Constitucional deja sin validez una norma legal del Congreso, del Poder Ejecutivo, y de los gobiernos regionales o locales.

El Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional

En el punto anterior habíamos señalado que la Constitución de 1993 convierte al Tribunal Constitucional en una instancia de fallo, atribuyéndole competencia para conocer, en instancia única, los procesos de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia; y, para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones judiciales denegatorias de los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento.

De ahí que, el hecho que la Constitución peruana no comprendiera al Tribunal Constitucional como un órgano del Poder Judicial, no le priva de su carácter de órgano jurisdiccional; por el contrario, el Tribunal Constitucional asume la función de impartir justicia constitucional, puesto que le ha sido atribuida no sólo la función constitucional de velar por el cumplimiento del principio jurídico de supremacía de la Constitución, sino también velar por la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2° del Código Procesal Constitucional).

En tanto órgano jurisdiccional, el Tribunal Constitucional asume un activo control de constitucionalidad, no solo como legislador negativo, sino también como un auténtico promotor del respeto de los derechos fundamentales, precisando el contenido y límite de las disposiciones de la Constitución a través de la interpretación jurídica y de la teoría de la argumentación[27]. Dicha constatación permite sostener que el modelo de la justicia constitucional

[26] Artículo 201° de la Constitución de 1993.-

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

[27] Al respecto ver: ATIENZA, Manuel. Derecho y Argumentación. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1997; DÍAZ REVORIO, Franciso Javier. Valores superiores e interpretación constitucional. Madrid: Centro de Estudios Político Constitucionales, 1997; asimismo, GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La argumentación en el Derecho. Lima: Palestra Editores, 2005.

kelseniano puro y simple ha sido superado, en la medida que en el texto Constitucional no sólo existen derechos fundamentales, sino también principios constitucionales y valores superiores, que el Tribunal Constitucional tiene como misión esencial tutelar y a veces antes desentrañar.

El Tribunal Constitucional como órgano político

Cuando nos referimos a la naturaleza política del Tribunal Constitucional, en definitiva, no aludimos al sentido tradicional del término, como puede ser el de "hacer política"; sino el de "hacer derecho". Por eso, antes bien, se trata de una concepción que nace a partir de su reconocimiento –en última instancia– como vocero del poder constituyente, en la medida que es el intérprete supremo de la Constitución. Esta concepción, a su vez, se encuentra determinada tanto por sus decisiones, que pueden tener efectos políticos, como por la posibilidad de someter a control constitucional las denominadas cuestiones políticas –political questions– [28].

Si bien la tensión entre política y Derecho –es decir entre la ley del Congreso y la sentencia del Tribunal Constitucional– es un conflicto universal y permanente, es posible afirmar que el rol jurídico-político del Tribunal Constitucional cobra mayor relevancia cuando acuden a esta instancia personas naturales o jurídicas con problemas económico sociales que no son resueltos por el mercado, que afectan el rol social del Estado, o cuando existe bajo consenso político entre la oposición con el gobierno al expedir una ley; generándose una alta la influencia de los poderes privados y fácticos en la esfera de decisión judicial[29].

En tal sentido, se debe tener en cuenta que en países con una tradición desintegrada e inestable, como el Perú, donde la realidad política es conflictiva, el Tribunal Constitucional que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político, no puede hacerse la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que él mismo ha de juzgar, sino que las modernas técnicas de la interpretación y argumentación constitucional puede generar consensos conjugando la ratio y la emotio que toda Constitución representa.

4. NATURALEZA DE LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La naturaleza de la autonomía encuentra su raíz en dos principios del Estado Constitucional; uno propio del Derecho privado, en virtud del cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, fundado en la autonomía de la voluntad privada. Otro propio del Derecho público, basado en la autonomía de los poderes públicos y los organismos constitucionales, que encuentra su fundamento en el principio de división y control de poderes.

La autonomía procesal de los procesos constitucionales se asienta en la idea de la autonomía del Derecho Publico; la misma que tiene su razón de ser en la Constitución como norma suprema –lex legis- y como norma fuente de Derecho –norma normarum-: En virtud de la cual

[28] Cfr. LANDA ARROYO, César. "Justicia Constitucional y political questions". En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N.° 4, CEPC, Madrid, 2000. pp. 273 y ss.
[29] Cfr. DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the supreme court as a national policy maker". En: Journal of Public Law, N.° 6, 1957, pp. 257 y ss.

emana su fuerza normativa para: por un lado, subordinar a las normas legales como los códigos procesales a los mandatos constitucionales y; por otro lado, ser fuente de creación del Derecho, es decir principio y límite para la expedición de las normas legales y la jurisprudencia constitucional.

Es que no sólo la ley crea el Derecho sino también la jurisprudencia constitucional; al respecto, CAPPELLETTI, ha señalado que "la interpretación que reconoce a los jueces una función creadora de la elaboración de las leyes y en la evolución de los valores parece a la vez inevitable y legítima, siendo el verdadero problema concreto un problema del grado de la fuerza creadora o de las autolimitaciones"[30].

Por ello, la autonomía en el Derecho público se funda en el derecho objetivo, establecido en el sistema de fuentes del Derecho, donde no sólo las normas, sino también la jurisprudencia, de manera subsidiaria, se constituye en fuente de irradiación del Derecho[31]. Tal es el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional, que habiendo sido emitidas por el supremo intérprete de la Constitución, constituyen una fuente del Derecho y vinculan a todos los poderes del Estado, puesto que todos estamos bajo la Constitución; pero los jueces dicen en última instancia qué es la Constitución[32].

Entonces, la autonomía es tanto un atributo de un poder u organismo independiente como la capacidad de actuación de dicho organismo constitucional –como el Tribunal Constitucional– para cumplir sus fines de control constitucional con las limitaciones y responsabilidades que la propia Constitución y las leyes establecen.

Así, las implicancias que se derivan de reconocer la especial naturaleza del Tribunal Constitucional, en tanto órgano constitucional, jurisdiccional y político, y su posición en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto supremo intérprete de la Constitución, no son irrelevantes. En efecto, en el marco de un Estado constitucional y democrático de Derecho, la labor del Tribunal Constitucional es de integración jurídica de las normas, fallos y actos presuntamente violatorios con la Constitución. En dicha labor integradora se manifiesta:

" (...) la vinculación que existe entre integración material y legitimidad específica. La jurisprudencia de carácter formalista, que relativiza estos hechos a favor del ordenamiento de los órganos y las funciones prescritas en la Constitución, no hace sino invertir el orden de prelación de importancia que de forma contundente quiere establecer la Constitución."[33].

Por ello, la labor del Tribunal Constitucional trasciende la labor jurisdiccional del juez ordinario, a quien revisa, en última y definitiva instancia, sus fallos; motivo por el cual requiere de un mayor nivel de autonomía procesal que le permita flexibilizar las formalidades de los procedimientos con el objeto de alcanzar los fines constitucionales del mismo, a través de un Derecho Constitucional y Procesal dúctil[34].

En consecuencia, en el actual proceso de fortalecimiento de la democracia, la autonomía procesal es una necesidad

[30] CAPPELLETTI, Mauro. "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional". En: AA.VV. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales.. Madrid: CEC, 1984, p 629.

[31] Al respecto ver: DIEZ-PICAZO, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Barcelona: Ariel, 1987. p. 181.

[32] Así lo señala con toda claridad el juez HUGHES, en una intervención en 1907: "nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es". LOCKHART, William; KAMISAR Yales, CHOPER Jesse; SHIFFRIN, Steven y FALLON Richard. The American Constitution. Minnesotta: West Publishing, 1996. p. 8.

[33] SMEND, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p.228.

[34] Al respecto ver: ZAGREBELSKI, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia. Madrid: Editorial Trotta, 1995. pp. 9-45.

inexorable del Tribunal Constitucional, a través de su regulación en su Reglamento y sus sentencias, si se quiere cumplir a cabalidad el principio de supremacía constitucional y la tutela de los derechos fundamentales.

Dicha autonomía –que no es autarquía– le confiere al Tribunal Constitucional un importante grado de libertad y responsabilidad al momento de definir, subsidiariamente a la ley, su derecho procesal; permitiéndole desarrollar principios con pretensión de generalidad a través de la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes –stare decisis–, de modo que puedan ser aplicados a casos similares posteriores. Al respecto, se ha señalado lo siguiente:

"podríamos calificar la 'autonomía procesal', como el perfeccionamiento jurisdiccional que de su regulación procesal realiza el TC, más allá de los métodos convencionales de interpretación e integración del Derecho (cuando éstos se revelan insuficientes dada la especialidad del proceso constitucional). A través de ella, el TC, en el seno de procesos concretos, crea reglas y principios procesales generales más o menos estables, de acuerdo con consideraciones de oportunidad."[35]

Esta última afirmación, ha llevado a algunos autores a proponer la "capacidad cuasilegislativa"[36] del Tribunal Constitucional, que si bien tiene un alcance limitado, se origina en la especial dificultad que tienen las tesis clásicas del proceso para cumplir con los fines esenciales de los procesos constitucionales, al no distinguir entre creación de la ley y creación del Derecho. Más aún, en determinados momentos y casos constitucionales, parafraseando a Napoleón, "hay que salir de la ley para regresar al Derecho". Por cuanto, no es la mera aplicación de la ley, sino la interpretación constitucional y la argumentación jurídica las que permiten integrar y concretizar las disposiciones constitucionales a efectos de no dejar de impartir justicia por vacío o deficiencia de las normas.

Por ello, es aquí donde se sitúa el verdadero debate de los alcances y límites del quehacer jurisdiccional del Tribunal Constitucional[37]. Estas facultades judiciales de recrear el Derecho son compatibles con la concepción general de Constitución y proceso garantistas antes señalada; pero sin llegar a concebir que "el derecho consiste en las reglas establecidas por los tribunales al decidir los casos y que todo lo demás, incluido leyes y precedentes pasados, son solamente fuentes del derecho", como señalaba GRAY[38].

En suma, si bien delimitar con precisión el contenido de lo que se ha venido a llamar "autonomía procesal" no es un tarea sencilla, podemos considerar como rasgos característicos de la misma el que esté reservada al Tribunal Constitucional, en tanto intérprete supremo de la Constitución. En virtud de la cual, ante las antinomias y lagunas del derecho[39], el Tribunal tendrá la posibilidad de desarrollar o reconstruir las normas constitucionales, sustantivas o procesales, objeto de aplicación, cuando los métodos tradicionales de interpretación e integración del derecho se demuestren insuficientes para llevar a cabo las tareas que le son propias, en el ejercicio de sus

[35] RODRIGUEZ-PATRÓN, Patricia. La "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional. Madrid: Ediciones Civitas, 2003. p. 141.

[36] Ibídem, pp. 141-142.

[37] Ibídem, p. 333.

[38] Para GUASTINI, "(...) el sistema jurídico presenta una antinomia cada vez que un caso concreto es susceptible de dos diversas y opuestas soluciones con base en normas presentes en el sistema. Hay que insistir en que una antinomia es un conflicto entre normas y no entre disposiciones normativas"; y asimismo, "(...) el sistema presenta una laguna siempre que un caso concreto no pueda ser resuelto de ningún modo sobre la base de normas preexistentes en el sistema". Al respecto, ver: GUASTINI, Ricardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. México: Editorial Porrúa, 2003. pp. 71 y ss.

[39] Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2005. pp. 379-454; asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Editorial Civitas, 1985. pp. 197-205.

funciones como supremo intérprete de la Constitución y, en última instancia, como vocero del poder constituyente[40].

Tales funciones reafirman la misión tutelar del Tribunal Constitucional de garantizar los fines esenciales de los procesos constitucionales: "la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales" (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Al respecto, es pertinente señalar que, además de orientar la labor interpretativa e integradora del Tribunal Constitucional, dichos fines constitucionales se configuran como límites propios de su autonomía procesal. Así, "[l]a posición del TC como órgano constitucional y Tribunal especial no sólo resulta ser el origen de la libertad demostrada en la configuración de su Derecho procesal, sino que también ha de ser la principal fuente que determine sus límites"[41].

En consecuencia, esta potestad, como cualquier otra del Tribunal Constitucional, evidentemente, tiene límites en su ejercicio. Sobre ellos trataremos más adelante, luego de abordar los argumentos que justifican la incorporación del principio de autonomía procesal en nuestro sistema constitucional y sus manifestaciones.

5. LEGITIMIDAD DE LA INSTITUCIÓN

Desde nuestro punto de vista, existen también razones de carácter histórico, normativo y técnico - jurídico que confieren legitimidad a la autonomía procesal del Tribunal Constitucional en nuestro país.

Legitimación histórica

Luego de la caída de los autoritarismos con la Segunda Guerra Mundial y la caída del Muro de Berlín, como fruto del éxito del constitucionalismo europeo, se llevó a cabo una expansión de los Tribunales Constitucionales en diversas latitudes. Este hecho trajo consigo tensiones entre la justicia constitucional y los clásicos poderes del Estado debido al desafío que la creación y el desarrollo de los tribunales constitucionales representaba frente al tradicional principio de separación de poderes. Cumpliendo, la justicia constitucional en su versión europea y norteamericana tuvo una labor activa, convirtiendo a los jueces y tribunales en auténticos recreadores del Derecho[42].

En el Perú, la creación de la justicia constitucional concentrada se puso en evidencia, tardíamente, con la Constitución de 1979, a través del denominado Tribunal de Garantías Constitucionales. Desde su establecimiento, en 1982, hasta su clausura, en 1992 (tras el autogolpe de Estado de Alberto Fujimori), el Tribunal de Garantías Constitucionales dejó una débil convicción, ante la ciudadanía y ante los poderes públicos, de ser un auténtico defensor de la constitucionalidad.

Por su parte, con la Constitución de 1993, se incorporó el modelo actual del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en el año 1996, a menos de un año de su instalación, quedó anulado nuevamente por el gobierno de entonces, luego de que el Congreso expulsara a tres de sus magistrados, por haber declarado la inconstitucionalidad de la Ley de reelección

[40] RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Op. cit. p. 157.

[41] Respecto a la labor de recreación del Derecho por parte de los jueces, se ha señalado que cuando se trata de interpretar la Constitución: "[e]ste fenómeno, a veces designado como concretización, llega a suponer una auténtica creación de un sistema de normas subconstitucionales que se denomina oficialmente "doctrina", que opera como una nueva norma-marco para sucesivas funciones de subsunción, equivaliendo, si el creador de la norma subconstitucional es el intérprete auténtico, a la Constitución misma" ALONSO GARCÍA, Enrique. La interpretación de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 2.

[42] Cfr. AGUIRRE ROCA, Manuel: "Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú". En: Lecturas sobre Temas Constitucionales, N.º 13, Lima: CAJ, 1997. pp. 117-145.

Al respecto, ver: LANDA ARROYO, César. "Inconstitucionalidad y derogación de la ley en el Perú" En su obra Constitución y Fuentes del Derecho, Lima. Palestra Editores: 2006, pp. 355-361; asimismo, LANDA ARROYO, César. "Tribunal Constitucional y lucha anticorrupción" En su obra Constitución y Fuentes del Derecho. Lima. Palestra Editores: 2006, pp. 363-374.

presidencial.[43] Habiendo quedado mutilado el Tribunal Constitucional, con solo cuatro magistrados, se hizo imposible que pudiera resolver demandas de inconstitucionalidad contra leyes.

Estos hechos ponen en evidencia que, en un inicio, no existió una verdadera reflexión sobre la posición y función democrática del Tribunal Constitucional, así como convicción sobre la implementación de la justicia constitucional concentrada como órgano de control constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. Al parecer, la creación de este órgano respondió, en un primer momento, a la desconfianza que el Poder Judicial despertó en los constituyentes de 1979 y a su arraigada necesidad por los constituyentes de 1993.

No obstante, tras su recomposición democrática, en el año 2002, el Tribunal Constitucional ha cobrado un rol más activo, asumiendo no sólo la defensa del principio de supremacía constitucional y la tutela de derechos fundamentales, sino también la labor de preservar valores constitucionales como son la justicia, la transparencia y, en el marco de la lucha anticorrupción[44], el fortalecimiento democrático de nuestro país.

Es en este contexto que adquiere pleno sentido legitimar la "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional, a fin de permitir que este órgano, ante el vacío o deficiencia de la ley, configure su derecho procesal de modo que le sea posible adecuar las formalidades del proceso al cumplimiento de sus fines constitucionales; y es que "(...) el Tribunal Constitucional es la verdadera 'corporeización' de la Constitución, tanto para su garantía y protección como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo" [45].

Legitimación normativa

En cuanto al fundamento de carácter normativo podemos hacer referencia al artículo 201° de la Constitución, que establece: "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. (...)". El poder constituyente al consagrar la autonomía e independencia constitucional y política de dicho órgano –en su relación con los demás poderes y órganos constitucionales del Estado–, y como órgano jurisdiccional por excelencia, es razonable interpretar que le faculta para gozar de legitimidad normativa para ejercer limitadamente también su autonomía procesal, dada su especial naturaleza y posición dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como intérprete supremo de la Constitución.

Por su parte, el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala que "(...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales." De este modo, se reconoce, normativamente, la potestad del Tribunal Constitucional de adecuar las exigencias de las formalidades previstas en el Código Procesal Constitucional con el objeto de alcanzar los fines de los procesos constitucionales.

Esta disposición sustenta también la autonomía procesal del Tribunal Constitucional en la medida que reconoce a su favor la potestad de adecuar las

[43] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La jurisdicción constitucional en España. Madrid: Dykinson, 1984. pp. 53-54.

[44] ROLLA, Giancarlo. Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional. México: Editorial Porrúa, 2006. p. 139.

[45] Cfr. MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional... Op. cit. p. 31-32.

formalidades contempladas en el Código Procesal Constitucional y, en particular, en los códigos procesales adjetivos que se aplican supletoriamente, cuando ello sea necesario para dar cumplimiento a los fines esenciales de los procesos constitucionales que, de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, son los de "garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales".

Legitimación técnico - jurídica

Atendiendo a la especialidad del Derecho Procesal Constitucional, en tanto Derecho Constitucional concretizado, es posible sostener que ante el vacío o la deficiencia legislativa, no siempre es pertinente recurrir supletoriamente a los códigos procesales afines a la materia discutida, por resultar insuficientes para resolver conflictos de naturaleza constitucional. En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una labor de recreación y reinterpretación de aquellas normas procesales que resulten insuficientes para garantizar el objetivo de los procesos constitucionales. Por ello, se ha opinado en el sentido de admitir que:

"[l]os Tribunales constitucionales, a diferencia de los otros jueces, gozan en general de márgenes de discrecionalidad significativos según la interpretación y la aplicación de las reglas procesales, que les permitan modificar la praxis anterior o derogar las normas procesales; pueden aprobar autónomamente normas integrativas o bien adoptar decisiones procesales."[46]

Se deja atrás la atávica idea de Montesquieu sobre la naturaleza del juez como aquel poder nulo, que es sólo la boca que pronuncia las palabras establecidas por la ley[47].

Cabe señalar que esta tarea exige del Tribunal Constitucional una especial calificación en la integración de sus miembros, toda vez que está facultado para declarar la inconstitucionalidad de las normas legales y conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento; y resolver en única y definitiva instancia los procesos competenciales (artículo 202° de la Constitución). Dichas competencias, que le han sido conferidas constitucionalmente, dan cuenta de su carácter de supremo intérprete de la Constitución.

Atendiendo a ello, y tal como hemos señalado en anteriores trabajos[48], un magistrado del Tribunal Constitucional debe ser, ante todo, un jurista que a través de la ciencia constitucional y de sus cualidades humanas, pueda aportar sus conocimientos del Derecho y su experiencia frente a las causas, manteniendo neutralidad, incorruptibilidad y claridad en sus opiniones. Solo así, el Tribunal Constitucional estará en la capacidad de dar una respuesta razonada, justificada y coherente ante los problemas que se generen como consecuencia de los vacíos o deficiencias de la ley procesal.

6. AUTONOMÍA PROCESAL EN LA ACCIÓN, JURISDICCIÓN Y PROCESO

En el Perú la autonomía procesal del Tribunal Constitucional es un principio e

[46] LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima: Palestra Editores, tercera edición corregida y aumentada, 2007. p. 602.

[47] Artículo modificado por Resolución Administrativa N.° 031-2006-P/TC, publicada el 2 de marzo de 2006.

[48] Ver: http://gaceta.tc.gob.pe/actividades.shtml (rubro: Estadísticas)

instituto embrionario que ha permitido que dicho órgano constitucional perfeccione, a través de su Reglamento Normativo y, sobre todo, sus resoluciones, su rol tutelar de los derechos fundamentales y de defensa de la primacía de la Constitución, que le es inherente. Por ello, a continuación, identificaremos algunas de las manifestaciones que ha tenido la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, a través de la acción, jurisdicción y el proceso.

6.1. El Reglamento normativo del Tribunal Constitucional

El segundo párrafo del artículo 2° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –Ley 28301– establece lo siguiente:

"[e]l Tribunal puede dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servidores dentro del ámbito de la presente Ley. Dichos reglamentos, una vez aprobados por el pleno del Tribunal y autorizados por su Presidente, se publican en el Diario Oficial El Peruano."

Mediante la citada disposición, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, le delega positivamente a dicho órgano constitucional la potestad de reglamentar su propio funcionamiento; así como el régimen de trabajo de su personal y servidores. En ejercicio de esta facultad delegada por el legislador, en la sesión del día 14 de setiembre de 2004, el Pleno del Tribunal Constitucional aprobó el Reglamento Normativo correspondiente a su funcionamiento y al Régimen de trabajo de su personal y servidores, mediante Resolución Administrativa N.° 095-2004-P/TC.

En la parte considerativa de dicha Resolución, el Pleno del Tribunal Constitucional expresa la necesidad de contar con disposiciones normativas internas que permitan reordenar y mejorar aspectos jurisdiccionales con el objeto de que los procesos constitucionales puedan ser resueltos en el menor tiempo posible. De esta manera se ha fijado reglamentariamente cuestiones de carácter procedimental, que regulan la tramitación de algunos procesos que tienen lugar ante el Tribunal Constitucional.

Por un lado, ello se pone en evidencia en el artículo 11° del citado Reglamento Normativo[49], que señala:

(...) [u]na de las Salas se encargará de calificar la procedencia de las causas que lleguen al Tribunal. La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18º del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse. (...)

[49] Artículo incorporado por el Artículo Segundo de la Resolución Administrativa N.° 034-2005-P/TC, publicada el 23 de abril de 2005.

La justificación de esta norma radica en el desmesurado aumento de carga procesal que ha sufrido el Tribunal Constitucional desde su creación[50]. Si bien, esto es una muestra de la confianza que los ciudadanos han ido depositando en este órgano constitucional, no se puede perder de vista que la sobrecarga procesal del Tribunal Constitucional podría incidir negativamente en el rol tutelar de los derechos fundamentales que la Constitución le reconoce.

Por otro lado, en su artículo 13° A se ha establecido que :[51]

"El Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119 del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) amicus curiae (amici curiarum), si fuera el caso, que permita establecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados."

En virtud del cual se regula la capacidad del Pleno o Salas que, para mejor resolver, pueden solicitar informes a las entidades estatales; así como a los particulares, a través de la incorporación de la figura del amicus curiae, cuya intervención puede contribuir a dar solución a cuestiones controvertidas y que presenten importantes problemas éticos o de otra índole[52]. Es así que la incorporación de este "amigo de la corte", responde a las necesidades de una moderna regulación procesal, vinculada al principio de socialización; en virtud del cual se pretende alcanzar la democratización del proceso[53].

Así, en el ejercicio de su autonomía procesal, y sin transgredir las normas constitucionales y legales que regulan su quehacer jurisdiccional, el Tribunal Constitucional ha procedido a regular, por un lado, la forma en que debe organizarse la tramitación de los expedientes que ingresen a esta sede, con la finalidad de llevar a cabo, de manera más efectiva, su función de control de la constitucionalidad y de protección de los derechos fundamentales; como, por otro lado, la incorporación del amicus curiae en la práctica no sólo para solicitar informes, sino también para recibirlos.

6.2. Jurisprudencia constitucional sobre la materia

En el Perú, la doctrina jurisprudencial sobre la materia se ha referido al "principio de autonomía procesal" que alude a la facultad del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual tiene la posibilidad de desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional, en el marco de los principios generales del Derecho Constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales[54]. En tal sentido, y ante la ausencia de regulación positiva sobre la materia, el Tribunal Constitucional ha incorporado dentro de los institutos de la acción, la jurisdicción y el proceso determinadas garantías procesales.

6.2.1. Acción

Básicamente, en cuanto a la acción –entendida ésta como el derecho de activar la actividad jurisdiccional del Estado[55] –, se puede dar cuenta de (1) la figura del litisconsorte facultativo, (2) del "partícipe",

[50] Cfr. BAZÁN, Víctor. "El amicus curiae en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino" En: Cuestiones Constitucionales, N.° 12-2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005. pp. 30 y ss.

[51] Cfr. ETO CRUZ, Fernando y PALOMINO MANCHEGO, José. "En tres análisis: El primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales". En: José Palomino Manchego (coordinador). El Derecho Procesal Constitucional Peruano, Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde. Lima: Grijley, 2005. pp. 301-302.

[52] Resolución de fecha 8 de agosto, recaída en el expediente N.° 0020-2005-PI/TC, fundamento 2.

[53] MONTERO AROCA, Juan. Introducción al Derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso. Madrid: Tecnos, 2.ª edición, 1979. p. 78.

[54] Ibíd. fundamento 5.

[55] Artículo 203° de la Constitución.-

Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: (...) 4. El veinticinco por ciento del número legal de Congresistas. (...)

así como (3) de la legitimidad procesal activa de los Colegios Profesionales en los procesos de inconstitucionalidad de las normas legales.

(1) La incorporación del la figura del litisconsorte facultativo por parte del Tribunal Constitucional tuvo lugar en el marco de un proceso de inconstitucionalidad instaurado por el Presidente de la República contra una Ordenanza Regional (Exp. N.° 020-2005-AI/TC); puesto que 31 integrantes del Congreso de la República solicitaron ser incorporados en dicho proceso como litisconsortes facultativos.

Luego de constatar que el Código Procesal Constitucional no establece, expresamente, la institución del litisconsorte facultativo en el proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, en ejercicio de su autonomía procesal, declaró ser competente para cubrir dicha laguna de la legislación procesal. Habida cuenta que ante un proceso eminentemente público, como la declaración de inconstitucionalidad de una ley, no es lógico aplicar supletoriamente el Código Procesal Civil.

Por cuanto la declaración de inconstitucionalidad es el proceso constitucional por excelencia que no se condice con las reglas del principio dispositivo de las partes del Código Procesal Civil, al punto que "admitida la demanda, y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio con prescindencia de la actividad o el interés de la partes. El proceso sólo termina por sentencia", señala el artículo 106º del Código Procesal Constitucional. Lo que pone en evidencia que la naturaleza de las partes y el carácter de su actuación procesal esta subordinada al interés público del proceso constitucional, conforme a la interpretación razonable que realice el TC, en el marco de su autonomía procesal.

Así, luego de reconocer el carácter de numerus clausus con el que se ha regulado la legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional estableció que:

"solo pueden actuar en la calidad de litisconsortes facultativos los órganos y sujetos a los que se refiere el artículo 203° de la Constitución Política del Estado, y dentro de las características y limitaciones propias de un proceso objetivo como éste."[56]

En consecuencia, admitió la solicitud planteada por los integrantes del Congreso, toda vez que dicho número de congresistas se encuentra legitimado para interponer una demanda de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 203° de la Constitución[57].

(2) En el marco de otro proceso constitucional (Exp. N.° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, acumulados), el Tribunal Constitucional evaluó la pertinencia de aplicar supletoriamente al proceso de inconstitucionalidad la regulación del Código Procesal Civil relativa a la intervención de sujetos procesales que no son parte demandada ni demandante y concluyó lo siguiente:

[e]n este contexto, tanto la institución del litisconsorcio como la del tercero (...) han de ser excluidas debido a que el presupuesto

[56] Resolución de fecha 28 de octubre de 2005, recaída en los expedientes N.° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (acumulados), fundamento 17.

[57] Ibíd. fundamento 23.

de su intervención es que el sujeto a ser incorporado detente un derecho subjetivo o interés que pudiera verse afectado con la sentencia. Es precisamente este elemento el que descarta la posibilidad de aplicar estas instituciones dado que (...) el presupuesto de la incorporación al proceso de inconstitucionalidad de otros sujetos, distintos al emisor de la norma impugnada, es totalmente diferente."[58]

Es así que, en aplicación del principio de autonomía procesal, el Tribunal Constitucional incorporó la figura del "partícipe" al proceso de inconstitucionalidad.

El sustento de dicha inclusión radica en el interés del Tribunal Constitucional de enriquecer los puntos de vista a partir de los cuales deberá examinar el proceso de inconstitucionalidad; más aún si la intervención de los partícipes en el proceso no obedece a la defensa de interés o derecho alguno, sino más bien, tiene por objeto aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional.[59]

Así, en otro pronunciamiento[60], el Tribunal Constitucional señaló que para dar cumplimiento a sus fines constitucionales, el partícipe deberá ser notificado de la demanda y de la contestación, teniendo la posibilidad solamente de presentar informe escrito e intervenir en la vista de la causa: "[s]iendo la razón y propósito de su intervención enriquecer el proceso interpretativo en la controversia, es su intervención en la vista de la causa el momento estelar y trascendental de su actuación."[61]

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha advertido la importancia de que la intervención del partícipe no ocasione el entorpecimiento del procedimiento ni de las actuaciones procesales ordenadas por éste, en tanto director del proceso.

(3) En nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, los colegios profesionales, de conformidad con el artículo 203º, inciso 7) de la Constitución y los artículos 98º y 99º del Código Procesal Constitucional, gozan de legitimación activa para interponer demandas de inconstitucionalidad, pero en las materias de su especialidad. Esto se justifica en la medida que

(...) debido a la particularidad, singularidad y especialidad de los conocimientos científicos y técnicos que caracterizan a las diferentes profesiones (Medicina, Abogacía, Ingeniería, Arquitectura, Contabilidad, Química-farmacéutica, Periodismo, Psicología y Biología, entre otras), estas instituciones se sitúan en una posición idónea para poder apreciar, por una parte, si una determinada ley o disposición con rango de ley –que regula una materia que se encuentra directamente relacionada con los conocimientos de una determinada profesión– vulnera disposiciones de la Norma Fundamental; y, por otra, si resulta necesaria la expedición de una determinada ley que regule las materias que se encuentren relacionadas con los referidos conocimientos[62].

Sin embargo, estando expresamente prevista la legitimación activa de los colegios profesionales en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha delimitado el marco

[58] Resolución de fecha 13 de febrero de 2006, recaída en el expediente N.° 0033-2005-PI/TC.
[59] Ibíd. fundamento 3.
[60] STC Exp. N.º 005-2005-AI/TC, fundamento 3).
[61] STC Exp. N.º 0027-2005-AI/TC, fundamento 12).
[62] MONTERO AROCA, Juan. Introducción al Derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso. Op. cit. p. 53.

sustantivo y procesal de los mismos. Así, desde la perspectiva sustantiva, se reconoce que de los roles constitucionales que le corresponde desempeñar, tal vez el de velar por la vigencia del principio de supremacía constitucional sea uno de los de mayor relevancia.

Por su parte, la perspectiva procesal nos indica, de acuerdo con lo señalado por el supremo intérprete de la Constitución que, por un lado, los colegios profesionales, si bien tienen legitimidad procesal para interponer demandas de inconstitucionalidad, no pueden cuestionar cualquier tipo de leyes, sino aquellas circunscritas a su ámbito de conocimientos; y, de otro, que esta legitimidad no puede servir de instrumento para viabilizar, soterradamente, intereses particulares o de grupos de presión, sino más bien accionar en cautela de intereses generales o que atañen a la sociedad en su conjunto[63].

La regulación jurisprudencial complementaria realizada por el TC de los sujetos o partes procesales atípicos y de las características necesarias para la legitimidad procesal es imposible de realizarse sin un mandato legal en una lógica procesal clásica. Sin embargo, en los procesos constitucionales la reserva de ley no constituye una condición absoluta ante los vacíos o lagunas de las normas procesales constitucionales, en razón del principio jurídico de la supremacía constitucional. Ello sólo es posible de concretizarse en base a la autonomía procesal del TC en tanto que este órgano no sólo interpreta la Constitución y las leyes en función de la norma suprema, sino que extraordinariamente también puede crear Derecho procesal para no dejar de impartir justicia constitucional ante el vacío o deficiencia de la ley procesal ordinaria..

6.2.2. Jurisdicción

Al relacionar la autonomía procesal del Tribunal Constitucional con la jurisdicción, es decir, con la potestad que emana de la soberanía del Estado para realizar el Derecho a través de la solución de las controversias jurídicas[64], se puede apreciar que aquella se ha ido manifestando, principalmente, cuando, por ejemplo, definió su competencia para realizar el control constitucional de las leyes que entraron en vigencia con anterioridad a la creación e implementación del Tribunal Constitucional en nuestro sistema ordenamiento jurídico.

Así, señaló que tratándose de leyes o normas con rango de ley anteriores a la constitución del Tribunal, el plazo para interponer la acción de inconstitucionalidad no podía comenzar a contarse sino a partir del día en que éste quedó constituido; vale decir, a partir del 24 de junio de 1996[65].

También se puede señalar el caso de la sentencia de inconstitucionalidad de la derogada Ley Wolfenson, en la medida que el TC interpretó en base a su autonomía procesal que era factible la declaración de invalidez de los efectos jurídicos de una norma legal derogada; por cuanto, la inconstitucionalidad no sólo era posible declararla sobre el texto de la ley –entendido como disposición o norma-, sino también contra los perniciosos efectos jurídicos en la lucha anticorrupción que aún continuaban rigiendo en el tiempo, a pesar de su origen constitucional espurio[66] .

[63] STC Exp. N.º 0044-2004-AI/TC, fundamento 2).

[64] STC Exp. N.º 0019-2005-PI/TC.

[65] KELSEN, Hans. "La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)"... Op. cit., pp. 234-235. "Parece obvio que el tribunal constitucional sólo puede conocer las normas todavía en vigor al momento en que dicta su resolución ¿Por qué anular una norma que ha dejado de estar en vigor? Sin embargo, observando con atención esta cuestión, se advierte que es posible aplicar el control de constitucional a normas ya abrogadas. En efecto, si una norma general –en este sentido sólo las normas generales pueden ser tomadas en cuenta– abroga otra norma general sin efecto retroactivo, las autoridades deberían continuar aplicando la norma abrogada para todos los hechos realizados mientras se encontraba aún en vigor. Si se quiere evitar esta aplicación en razón de la inconstitucionalidad de la norma abrogada … es necesario que esta inconstitucionalidad se establezca de manera auténtica y que le sea retirada a la norma el resto de vigor que conservaba".

[66] STC Exp. N.º 0017-2003-AI/TC, fundamento 6).

Esta sentencia del Tribunal Constitucional peruano fue un caso de laboratorio del ejercicio razonable de su autonomía procesal, ya tempranamente, sostenida por Hans Kelsen con respecto al control de constitucionalidad de leyes derogadas [67].

Del mismo modo, aunque ahora ha sido recogida en el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, la figura procesal del amicus curiae ha realizado una configuración propia. Ello en el sentido que es el propio Tribunal el que define quiénes son sus amici y el momento procesal en el que pueden actuar en el marco de un proceso constitucional. Del mismo modo ha definido las facultades y límites de los mismos.

Así, por ejemplo, cuando el Instituto de Defensa Legal puso a consideración del Tribunal Constitucional su Informe Amicus Curiae, en relación a las acciones de inconstitucionalidad promovidas por la Defensoría del Pueblo contra la Ley N.º 24150 y el Código de Justicia Militar [68]; o en el caso de la demanda de inconstitucionalidad contra dos ordenanzas regionales relacionadas con el cultivo de la hoja de coca, proceso en el cual la Defensoría del Pueblo se presentó como amicus curiae.

Igual consideración merecen, es decir, como una manifestación de la autonomía procesal del Tribunal, aquellos casos en los que se ha constituido al lugar de la supuesta afectación de los derechos fundamentales –visita in loco- o de otros bienes constitucionales [69]; o cuando, no obstante no estar previsto en su normativa procesal, y con un criterio de razonabilidad, ha estimado pertinente recepcionar informes de hechos en las audiencias públicas o de vista de la causa [70].

Muchos institutos procesales no son concordantes con los fines de los procesos constitucionales; de allí que en el Código Procesal Constitucional el legislador haya suprimido algunos institutos como la reconvención, el abandono, la etapa probatoria propiamente dicha, la nulidad de sentencias, la recusación de magistrados, o, que a través de la jurisprudencia vinculante el TC haya incorporado nuevos institutos o les haya dotado de contenido constitucional a los existentes; lo cual ha permitido valorar de manera diferente a las disposiciones procesales señaladas.

De allí que los institutos procesales ordinarios semánticamente pueden ser idénticos a los del CPConst., pero en los procesos constitucionales adquieren sustancialmente un significado diferente acorde con los principios y valores constitucionales. Actuación que se fundamenta en la autonomía procesal, entendida como la capacidad del TC para establecer reglas vinculantes ante los vacíos procesales legales o suplir las deficiencias procesales de las mismas, a través de la utilización de los principios y métodos de interpretación constitucionales.

6.2.3. Proceso

Pero también propiamente en relación con el proceso –que es el medio o instrumento mediante el cual se actúa la jurisdicción del Estado [71] – en sí, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de recurrir a su autonomía procesal para dar plena vigencia a los principios del pro homine, pro actione

[67] STC Exp. N.º 0021-2003-AI/TC.
[68] STC Exp. N.º 0024-2003-AI/TC.
[69] MONTERO AROCA, Juan. Introducción al Derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso. Op. cit. p. 176.
[70] STC Exp. N.º 2663-2003-HC/TC.
[71] STC Exp. N.º 0959-2004-HD/TC.

y de precaución. Así, dicha autonomía se manifiesta cuando se pronuncia más allá del petitorio de la demanda en aras de una adecuada protección de los derechos fundamentales, especialmente, en los procesos constitucionales de amparo; de esta manera, bajo una interpretación conforme con los principios señalados, se pronuncia distanciándose de la concepción clásica del principio de congruencia procesal, según el cual el juez no puede fallar otorgando más ni menos de lo pedido o algo no solicitado por el demandante.

Los tipos de hábeas corpus y su desarrollo jurisprudencial también constituye, en último término, la manifestación de la autonomía procesal que ostenta el Tribunal[72] ; de la misma forma como lo es la configuración jurisprudencial de algunos derechos fundamentales como el derecho a la verdad y el derecho de acceso a la justicia[73]. En otros casos, dicha autonomía se refleja cuando el Tribunal Constitucional, en virtud de los principios procesales de economía y celeridad, y aun cuando no existe una norma que así lo prevea, reconduce un determinado proceso constitucional a otro. Por ejemplo, cuando estima que en una demanda de hábeas corpus no existe una afectación concreta o una amenaza cierta e inminente de la libertad personal, lo reconduce como una demanda de amparo y se pronuncia sobre el mismo[74].

El establecimiento de los tipos de sentencias de inconstitucionalidad de las normas legales, quizás es la expresión más acabada de la autonomía procesal del Tribunal. Fue desarrollado de manera sistemática por vez primera por el Tribunal Constitucional peruano cuando resolvió un proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra la legislación antiterrorista[75]. En dicho proceso se puso en evidencia que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede terminar siendo más gravosa, desde un punto de vista político, jurídico, económico o social, que su permanencia dentro del ordenamiento jurídico. Ello se debe a que el vacío normativo suscitado tras la declaración de inconstitucionalidad de una ley (u otra norma con rango de ley) puede ser perjudicial para la sociedad.

Es así que sobre la base de la distinción entre disposición –es decir, el enunciado lingüístico, texto o conjunto de palabras– y norma –esto es, el (los) sentido(s) interpretativo(s) que derivan de la disposición–[76], el Tribunal Constitucional peruano desarrolló sentencias de principio[77], a partir de la interpretación del sentido y alcance de las normas constitucionales, a fin de integrar la jurisprudencia y colmar los vacíos normativos. De acuerdo a la clasificación elaborada por el Tribunal Constitucional[78], dichas sentencias pueden ser:

A. Sentencias estimativas.- Son aquellas que declaran fundada una demanda. Su consecuencia es la eliminación o expulsión de la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico y, a su vez, se clasifican en:

[72] STC Exp. N.º 6204-2006-PHC/TC.

[73] STC Exp. N.° 010-2002-AI/TC, fundamentos 26 al 35.

[74] GUASTINI, Ricardo. Le fonte del diritto e l'interpretazione. Milano: Giuffrè, 1993. p. 18.

[75] La doctrina suele clasificar, de modo general, las sentencias del Tribunal Constitucional en: sentencias de especie y sentencias de principio. Las primeras surgen de la simple aplicación de las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto; siendo la labor del Tribunal meramente declarativa. Por el contrario, las sentencias de principio integran la jurisprudencia propiamente dicha, en la medida que interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, colmando los vacíos normativos y forjando verdaderos precedentes vinculantes. Cfr. MAUNZ, Theodor et al. Bundesverfassungsgerichtsgezets. München: Verlag C.h. Beck, 2003. pp. 122 y ss.; SCHLAICH, Klaus. Das Bundesverfassungsgericht. München: Verlag C.H. Beck, 1997. pp. 260 y ss.

[76] STC. Exp. N.° 004-2004-CC/TC, fundamentos 2 al 4.

[77] STC. Exp. N.° 030-2005-AI/TC, fundamento 53.

[78] Artículo 38° de la Constitución.-

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Artículo 45° de la Constitución.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. (...)

Artículo 51° de la Constitución.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

a. Sentencias de simple anulación: dejan sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto normativo.

b. Sentencias interpretativas propiamente dichas: declaran la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial.

c. Sentencias interpretativas-manipulativas (normativas): detectan y determinan la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de este tipo de sentencias se sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva. Adicionalmente, las sentencias interpretativas-manipulativas admiten la siguiente clasificación: sentencias reductoras, sentencias aditivas, sentencias sustitutivas, sentencias exhortativas y sentencias estipulativas.

B. Sentencias desestimativas.- Son aquellas que declaran, según corresponda, inadmisible, improcedente o infundada la demanda.

De acuerdo a lo expresado por el propio Tribunal Constitucional[79], el fundamento de las sentencias interpretativas se encuentra en los artículos 38º, 45º y 51º de la Constitución[80], que la reconocen como norma jurídica (suprema); así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado de los artículos 102° inciso 2, 103º y 109° de la Constitución[81].

Sobre este punto, aún resta señalar que, en la sentencia recaída en el Exp. N.° 030-2005-AI/TC, el propio Tribunal Constitucional estableció límites a su labor interpretativa e integrativa, señalando que:

a) En ningún caso podrá vulnerar el principio de separación de poderes dado que

"las sentencias interpretativas e integrativas sólo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento 'conforme a ellas'"(fundamento 61-a).

b) No cabe emitirlas cuando el vacío normativo de la declaración de inconstitucionalidad pueda ser cubierto de varias maneras.

"En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones." (fundamento 61-b)

c) Sólo pueden ser dictadas, con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen (artículo 45° de la Constitución), para evitar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley genere efectos aún más perversos –e inconstitucionales– para el Estado constitucional y democrático de Derecho, que su permanencia en el

[79] Artículo 102° de la Constitución.-

[80] Son atribuciones del Congreso: (...) 2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. (...)

Artículo 103° de la Constitución.-

[81] (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. (...)

Artículo 109° de la Constitución.-

La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

ordenamiento jurídico. (fundamento 61-c)

d) Resultan legítimas sólo si el Tribunal Constitucional argumenta debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que justifican su dictado. (fundamento 61-d)

e) Su emisión requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de dicho Tribunal (fundamento 61-e)

De acuerdo a lo expresado en el texto de la sentencia, estas limitaciones constituyen un precedente de observancia obligatoria, en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que establece que: "[l]as sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo".

Otros pronunciamientos en los cuales el Tribunal Constitucional también se ha remitido al principio de autonomía procesal son:

- A efectos de realizar un cambio de precedente en materia pensionaria. En efecto, en la sentencia recaída en el expediente N.° 1417-2005-AA/TC, que constituye un precedente, el Tribunal Constitucional determinó el contenido esencial constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión de jubilación[82]; distinguiendo el contenido esencial, del contenido no esencial y del contenido adicional. Al respecto, señaló que: "dicho cambio de precedente se encuentra amparado por el principio de autonomía procesal que informa a las funciones de valoración, ordenación y pacificación de este Tribunal (...)"[83]

- Asimismo, en la sentencia recaída en el expediente N.° 4119-2005-AA/TC, en que se desarrolla el tema de la sentencia constitucional, el Tribunal ha puesto especial énfasis en la posición de primer orden que la sentencia constitucional ostenta entre las decisiones del Estado Democrático de Derecho, dadas sus particulares características. Respecto de tales características ha señalado que:

"[l]a configuración del proceso mismo queda sujeta, en buena parte, a la capacidad procesal del Tribunal para "fijarse" sus propios límites (piénsese en el principio iura nóvit curia o en las propias lecturas que suele hacer el Tribunal a partir de la narración propuesta por las partes). El Tribunal ha encontrado, en más de una ocasión, una pretensión distinta o, en algunos casos, incluso ha podido "convertir" un proceso de cumplimiento en amparo a efectos de dar "una mejor protección" al recurrente [STC Exp. N.° 4080-2004-PC/TC]." [84]

- En otra ocasión, el Tribunal Constitucional invocó su autonomía procesal a efectos de ir determinando aquellos aspectos del recurso de agravio constitucional que no fueron intencionalmente regulados por el legislador y que son necesarios para llevar a cabo sus fines constitucionales.

Se trata de la sentencia recaída en el expediente N.° 2877-2005-PHC, en que el Tribunal admitió la importancia de implementar disposiciones en su

[82] STC Exp. N.° 1417-2005-AA/TC, fundamento 37.
[83] Ibíd. Fundamento 48.
[84] STC. Exp. N.° 4119-2005-PA/TC, fundamento 38.

reglamento normativo que, sin vulnerar los principios procesales generales que se desprenden de la Constitución y las leyes, regulen la procedencia del recurso de agravio constitucional de manera más efectiva[85].

La novedad de incorporar la autonomía procesal del TC yace en que a diferencia de los jueces ordinarios del Poder Judicial que se encargan, en principio, sólo de aplicar la ley a través de subsumir el hecho en una norma, su independencia estaba garantizada por su subordinación a la ley, en los procesos constitucionales los jueces especiales y en última instancia el Tribunal Constitucional se encarga de controlar a la ley y darle el sentido interpretativo, inaplicarla o dejarla sin efectos de manera particular o general, conforme a la norma suprema. Esto solo es posible en la medida que la autonomía procesal le otorga al TC la capacidad para crear normas procesales, vía su reglamento y/o sentencias vinculantes, para la consecución de los fines de los procesos constitucionales[86].

7. LÍMITES A LA AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si bien la denominada "autonomía procesal" le confiere al Tribunal Constitucional un importante grado de libertad al momento de definir su derecho procesal, se debe tener presente que toda libertad –que no es autarquía– debe ser ejercida en el marco de ciertos límites que garanticen su legitimidad.

Los límites pueden ser de dos tipos: formales y materiales. Los límites formales están establecidos en el Derecho objetivo, es decir, en las normas jurídicas; mientras que los límites materiales se expresan en la jurisprudencia constitucional en la medida que desarrolla los vacíos procesales de las normas. Por tanto, es posible afirmar que prima facie los límites materiales se encuentran en función de los límites formales.

7.1. Límites formales

La Constitución y las leyes

Si bien la autonomía procesal le permite al Tribunal Constitucional integrar los vacíos o deficiencias que presenta la normatividad que regula los procesos constitucionales, dicha autonomía no supone ampliar las competencias que le han sido constitucional y legalmente conferidas reformándolas o contradiciéndolas, por cuanto ello es tarea soberana del legislador.

Este límite ha sido concebido como una manifestación del principio de separación de poderes, toda vez que el Tribunal no podrá interferir, en el ejercicio de su autonomía procesal, en la esfera de competencias de otro órgano o poder del Estado, en particular del Poder Legislativo; lo cual "(...) le obliga, en el ejercicio de su función jurisdiccional, a una autocontención también en el campo procesal, equiparable a la que ha de practicar respecto a las cualidades constitucionales materiales."[87]

En consecuencia, el Tribunal Constitucional no podrá apartarse de aquellas normas constitucionales y legales en que se han establecido los principios fundamentales de los procesos

[85] STC. Exp. N.° 2877-2005-PA/TC, fundamento 22.
[86] MENDOZA, Mijail. "La autonomía procesal constitucional". En Justicia Constitucional Año II, Nº 4, julio-diciembre, Lima, 2006, p. 99.
[87] RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Op. cit. p. 149.

constitucionales, pero sí interpretarlas e integrarlas de ser necesario, como son el artículo 200° de la Constitución, el Código Procesal Constitucional –Ley N.° 28237– y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –Ley N.° 28301–.

Los tratados internacionales

Los tratados expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional; y han sido reconocido como fuentes normativas porque la Constitución así lo dispone: "[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" (artículo 55° de la Constitución). Sin embargo, en materia de derecho humanos, la Constitución establece un tratamiento diferenciado a través de su Cuarta Disposición Final y Transitoria:

"Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú."

Como puede apreciarse, la Constitución reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar derechos y libertades que han sido reconocidos constitucionalmente[88]. En tal medida, los tratados internacionales constituyen también una fuente del Derecho Procesal Constitucional, principalmente, en tanto reconocen el derecho a un "recurso efectivo" frente a las violaciones de derechos humanos. Así, el artículo 25° inciso 1 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, establece que:

"Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

Al respecto, la exigencia de interpretar las normas que reconocen, regulan o limitan derechos fundamentales, de conformidad con los tratados suscritos por el Perú en materia de derechos humanos, deriva no sólo de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también del hecho que los tratados, una vez ratificados por el Estado peruano, forman parte del derecho nacional.

En consecuencia, en ejercicio de su autonomía procesal, el Tribunal Constitucional no está facultado para limitar o restringir el alcance que los tratados internacionales reconocen a los procesos constitucionales sino, por el contrario, para cumplirlos y desarrollarlos en caso de vacío o deficiencia de sus disposiciones y resoluciones. En particular, las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, como el de acceder a un recurso sencillo y rápido para la tutela de derechos fundamentales, constituyen también un parámetro de interpretación que deberá observar el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su labor jurisdiccional.

La vigencia efectiva de los derechos

[88] Al respecto, ver: STC. Exp. N.° 0047-2004-AI/TC, fundamentos 18 al 22; STC. Exp. N.° 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC (acumulados), fundamento 25 al 34, asimismo, STC. Exp. N.° 0033-2005-AI, fundamento 6 (entre otros).

fundamentales y la primacía de la Constitución: Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[89].

El ejercicio de la autonomía procesal por parte del Tribunal Constitucional no puede desarrollarse al margen de los fines constitucionales que este órgano está llamado a garantizar. Por ello, y en aras de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional está llamado a garantizar que la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía de la Constitución no cedan ante la ausencia o la deficiencia de normas procesales.

Es así que el sustento de la institución opera también como un límite a la misma; puesto que el Tribunal Constitucional está obligado a expresar las razones que justifican, en el marco de un caso concreto, la necesidad de recurrir al principio de autonomía procesal; con lo cual debería poner en evidencia los valores y principios constitucionales que orientan y legitiman su labor. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado:

"[e]ste "sacrificio de las formas procesales" sólo puede encontrar respaldo en una única razón: la tutela de los derechos, por lo que toda práctica procesal que se apoye en este andamiaje teórico para atropellar los derechos o para disminuir su cobertura debe ser rechazado como un poder peligroso en manos de los jueces."[90]

El reconocimiento de los principios procesales: Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[91]

Este límite ha sido recogido en una de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional (Resolución de admisibilidad recaída en el expediente N.° 020-2005-AI, de fecha 8 de agosto de 2005). En dicha resolución se afirma "la naturaleza del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional, sin que ello suponga negar las singularidades de la jurisdicción constitucional y los principios materiales que la informan" (fundamento 3).

Al respecto, es importante señalar que la especial naturaleza del Derecho Procesal Constitucional, en tanto Derecho Constitucional concretizado, justifica la aplicación de los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación, socialización procesales y antiformalismo (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), que trascienden a los que son tradicionalmente invocados en el marco de un proceso ordinario. De lo contrario, los procesos constitucionales correrían el riesgo de ser sometidos a un positivismo jurídico procesal basado en la ley, que no se condice con los fines constitucionales que estos procesos están llamados a tutelar.

7.2. Límites materiales

El principio de subsidiariedad

Sobre este principio, cabe señalar que en caso de detectar lagunas procesales legales, el Tribunal Constitucional puede integrarlas empleando para ello determinadas instituciones procesales, sin que ello implique, evidentemente, trasladar dichas instituciones mecánicamente.

[89] Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.-
Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.
[90] STC Exp. N.° 4119-2005-PA/TC, fundamento 38.
[91] Artículo II! del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.-
Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales.

Tal es el caso de la resolución de admisibilidad recaída en el expediente N.° 020-2005-AI, de fecha 8 de agosto de 2005, en que el Tribunal Constitucional reconoció la figura del litisconsorte facultativo, señalando además, que la gama de instituciones procesales aplicables a los procesos constitucionales puede ser bastante amplia, por ejemplo, en lo referido a plazos, notificaciones, acumulación y separación de demandas, admisibilidad de demandas subsidiarias y condicionales, procedimiento de determinación de costas, capacidad procesal, consecuencias de la muerte del demandante, retroacción de las actuaciones; y demás situaciones que,

"(...) no habiendo sido previstas por el legislador, podrían ser el indicio claro de la intención del mismo de dejar ciertas cuestiones para que el Tribunal mismo las regule a través de su praxis jurisprudencial, bajo la forma de principios y reglas como parte de un pronunciamiento judicial en un caso concreto."[92]

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad

En el Estado Constitucional de Derecho, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, previstos en el artículo 200° de la Constitución, son aplicables a todo el ordenamiento constitucional[93] y, por ende, limitan también la autonomía procesal del Tribunal Constitucional.

Dichos principios exigen que la configuración autónoma del proceso, se justifique plenamente en los fines que el Tribunal Constitucional persigue garantizar; y presuponen, por parte de dicho órgano constitucional, la necesidad de evaluar a) si la aplicación del principio de autonomía procesal es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida, b) si existe una auténtica necesidad de aplicar dicho principio; y c) si el grado de libertad que asume el Tribunal Constitucional en la configuración de su derecho procesal, es proporcional con los fines que se persigue alcanzar.[94]

El principio de interdicción de la arbitrariedad

Si bien la Constitución no ha establecido expresamente este principio, bien puede desprenderse de su artículo 45°, que señala lo siguiente: "[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen". Asimismo, ha sido reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el sentido de proscribir los excesos de poder por parte de los órganos del Estado, que deben actuar legítimamente en el marco de las atribuciones que les han sido constitucional y legalmente conferidas. Así, ha señalado que dicho principio tiene un doble significado:

"a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo."[95]

[92] Resolución de admisibilidad recaída en el expediente N.° 020-2005-AI, de fecha 8 de agosto de 2005, fundamento 3.
[93] STC. Exp N.° 0006-2003-AI/TC, fundamento 8.
[94] LANDA ARROYO, César. Teoría del Derecho Procesal Constitucional. Lima: Palestra Editores, 2004. pp. 237 y ss.
[95] STC. Exp. N.° 0090-2004-AA/TC, fundamento 12.

En consecuencia, en ejercicio de su autonomía procesal, el Tribunal Constitucional debe ejercer una labor acorde con los fines de los procesos constitucionales, cuidando de motivar adecuadamente sus resoluciones y procurando que éstas sirvan como referente para los futuros procesos que deberá resolver[96].

Son éstos los principales límites que, a nuestro juicio, debe respetar el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su autonomía procesal.

8. CONCLUSIÓN

Si el constituyente ha incorporado en la Constitución de 1993 normas regla pero sobretodo normas de principio, a través de conceptos jurídicos indeterminados o abiertos como el debido proceso, la tutela judicial o la dignidad humana, es indudable que la justicia constitucional para adquirir certeza y predictibilidad en sus decisiones, requiere de normas procesales con dos condiciones: una, que sean adecuadas a dichos principios-derechos y, dos, que sean afines a los procesos constitucionales que los tutelan. Lo cual requiere constitucionalizar las normas procesales en un sentido institucional -ni formal ni funcional-, valorando a la Constitución como norma jurídica pero también como norma política democrática.

Más aún, con la restauración del Estado Constitucional y democrático de Derecho a partir del 2001, el TC ha empezado a desarrollarse en libertad, a través de una jurisprudencia creativa fundada en valores y principios. Por ello, ante la existencia de vacíos o deficiencias en las normas procesales constitucionales, la autonomía procesal se ha configurado como una necesidad inexorable del Tribunal Constitucional, que a través de la interpretación constitucional y la argumentación jurídica, integra y concretiza las disposiciones constitucionales a fin de asegurar los fines esenciales de los procesos constitucionales: garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (Art. II del T.P. del C.P.C.).

Es propio del renacimiento de la justicia constitucional a partir del Código Procesal Constitucional del 2004 la existencia de cierta fragilidad conceptual de sus nuevas instituciones procesales, que demandan de desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales que los vertebre y les otorgue coherencia práctica en los procesos constitucionales. Esta es la justificación o legitimidad que adquiere el uso de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional, en tanto instrumento perfectible para el desarrollo de los principios y las reglas constitucionales que configuran el Derecho Procesal Constitucional[97].

Dicha autonomía procesal es titularizada por el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, motivo por el cual es importante tener presente que el ordenamiento jurídico-constitucional lo ha configurado como un órgano constitucional, jurisdiccional y político; de ahí que su autonomía procesal deba ser ejercida con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las

[96] RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. Op. cit. p. 155-156.

[97] ASTUDILLO, César. "Doce tesis en torno al Derecho Procesal Constitucional". En Justicia Constitucional Año II, Nº 4, Lima, julio-setiembre, Lima, 2006, pp. 153 ss.

leyes establecen. Se trata, en consecuencia, de una potestad que admite límites formales y materiales en su ejercicio. Tal como se ha señalado, los primeros han sido establecidos en el Derecho objetivo, es decir, en las normas jurídicas; mientras que los segundos se expresan en la jurisprudencia constitucional, en la medida que ésta suple y desarrolla los vacíos procesales de las normas jurídicas.

En el Perú, el Tribunal Constitucional se ha encontrado, en más de una ocasión, frente a situaciones que han sido reguladas de manera insuficiente o que carecen de regulación positiva, como es el caso de los tipos de sentencia de inconstitucionalidad de una norma legal y la figura del partícipe en el proceso de inconstitucionalidad. Es en este tipo de supuestos que la aplicación del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional se justifica plenamente, ante la necesidad del Tribunal de no dejar de impartir justicia ante los vacíos o defectos de la legislación procesal.

Del mismo modo, esta vez aludiendo al Reglamento Normativ o del Tribunal Constitucional, este órgano tiene la facultad (Art. 2° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), de reordenar y mejorar aspectos jurisdiccionales a fin de que los procesos constitucionales puedan ser resueltos de manera rápida y efectiva.

Todas estas consideraciones dan cuenta de la necesidad del Tribunal Constitucional de ejercer un mayor grado de libertad a la hora de configurar su derecho procesal, lo cual, ciertamente, conlleva una importante responsabilidad, que el Tribunal deberá garantizar –a través de una labor de autocontención– no se torne en autarquía. De ahí la importancia de la especial calificación académica y democrática de sus magistrados y el respeto a los límites de la autonomía procesal de dicho órgano.

ALCANCES DE LA OTRORA "PROTECCIÓN MÍNIMA" CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

LA FUNCIÓN TUTELAR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VERSUS LA LÓGICA TERRIBLE DE HENRY FORD.

JULIO LEONARDO CEVALLOS REAÑO
UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUÍZ GALLO DE LAMBAYEQUE

Arbitrario? En el presente artículo se busca dar respuesta a esta pregunta y se afirma que se trata de un "mandato al legislador", consagrando el principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección, pero no se determina la forma de protección frente al despido arbitrario sino que la remite a la ley. También se resalta la función tutelar del Tribunal Constitucional en este caso de los derechos laborales frente a la lógica terrible del norteamericano Ford, para quién el "queda usted despedido" hace grande a las naciones.

I. A LOS MÁRTIRES DE CHICAGO

Salen de sus celdas. Se dan la mano, sonríen. Les leen la sentencia, les sujetan las manos por la espalda con esposas, les ciñen los brazos al cuerpo con una faja de cuero y les ponen una mortaja blanca como la túnica de los catecúmenos cristianos. Abajo está la concurrencia, sentada en hilera de sillas delante del cadalso como en un teatro... Firmeza en el rostro de Fischer, orgullo en el del Parsons, Engel hace un chiste a propósito de su capucha, Spies grita: "¿Queréis destruir a los agitadores? Pues aniquilad a los patronos que amasan sus fortunas con el trabajo de los obreros, acabad con los terratenientes que amontonan sus tesoros con las rentas que arrancan a los miserables y escuálidos labradores, suprimid las máquinas que revolucionan la industria y la agricultura, que multiplican la producción, arruinan al productor y enriquecen a las naciones; mientras el creador de todas esas cosas ande en medio, mientras el Estado prevalezca, el hambre será el suplicio social". Les bajan sus capuchas, luego una señal, un ruido, la trampa va a ceder, los cuatro cuerpos se caen y balancean en una danza espantable...

Relato de la ejecución - por José Martí, Corresponsal en Chicago del periódico La Nación de Buenos Aires – de los sindicalistas que luchaban por la reducción de la jornada laboral a las ocho horas, el 1 de mayo de 1886, en la revuelta ocurrida en Haymarket (Chicago).

"La Finalidad del derecho laboral es el respeto por la dignidad del hombre que trabaja y, por ello, pretende crear un orden, que facilite el ejercicio de su actividad con plena dignidad y con respeto hacia su persona."

(Julio Martínez Vivot)

II. LA JUSTIFICACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO Y LOS INSUMOS PARA SU REALIZACIÓN

La materia del presente ensayo, propuesto con motivo del concurso de ponencias estudiantiles, en el marco del primer congreso nacional de derecho laboral y procesal laboral nos remite inevitablemente a la búsqueda de una respuesta a las discusiones e inquietudes doctrinales y jurisprudenciales más importantes del laboralismo peruano en los últimos tiempos:

¿El establecer un régimen restitutorio en el despido arbitrario implica consagrar el derecho a la estabilidad absoluta? ¿Cuáles son los alcances de la protección adecuada contra el despido arbitrario? ¿Cuáles vienen a ser los fundamentos social y jurídico y la naturaleza de la indemnización por despido arbitrario? ¿Es posible de indemnizar el daño moral que un trabajador pueda sufrir a causa del despido arbitrario? ¿Cuál es la función que le corresponde al Tribunal Constitucional dentro del Estado Constitucional de Derecho?

Es conveniente que un sistema de empleo, se prolongue a través del tiempo. La continuidad en el trabajo, resulta tan beneficiosa para el empleador, como para el empleado. El asalariado, necesita la tranquilidad psicológica y económica que implica contar con un ingreso seguro, que le permita subsistir, junto a su grupo familiar, y que se prolongue suficientemente en el tiempo como para poder alcanzar el beneficio de su jubilación; mientras tanto el empresario, contará ante dicha continuidad, con una mayor lealtad y compromiso por parte del asalariado, y este último, habrá adquirido al tiempo una mayor experiencia y eficiencia para la realización de su labor. Este derecho de permanencia en el empleo, está amparado en la constitución, al consagrar en su texto el precepto de "protección adecuada contra el despido arbitrario", aunque para el maestro Carlos Blancas, ausente en este congreso, se trate de una "protección mínima".

Los hombres a lo largo de su vida asumen responsabilidades, una de ellas es de carácter laboral, para ello cumplen con realizar las tareas encomendadas a cambio de una retribución; pero en algunas circunstancias estos son apartados de sus puestos de trabajo ya sea por causas justificadas o por otra causales; una forma de apartarlo de su centro de trabajo y de forma definitiva es a través del despido. El despido viene a ser la acción a través de la cual un empleador da por finalizado unilateralmente un contrato laboral con su empleado. Se considera al despido como una institución causal, como la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario. Además no debemos olvidar que el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades, el cual genera una relación jurídica que tendrá consecuencias de caracteres personales y patrimoniales, y al extinguirse el vínculo laboral, dichas consecuencias van a desaparecer.

El despido arbitrario, sea éste directo o indirecto, es considerado como una ruptura de la relación laboral sin causa justificativa, sin un motivo legalmente contemplado. Distinguiéndose el simple despido sin justa causa, del despido arbitrario propiamente dicho, atento a que en el lenguaje constitucional, el término "arbitrario" es reservado para aquellos casos en que la característica es la irrazonabilidad, por lo que entonces el despido arbitrario es el que resulta "agraviante" e "injurioso". De ser así, la protección constitucional brindada al despido arbitrario, implicaría (pese a que el legislador ordinario no lo ha entendido así aun) que la sanción prevista para el despido arbitrario, sea más severa que la establecida para el simple despido sin causa. Las leyes han previsto diversos medios de protección contra el despido arbitrario, variando así también los conceptos de permanencia y estabilidad laboral.

Para poder proteger al trabajador del abuso que puede cometer el empleador al aplicar la

figura jurídica del despido, se han establecido consecuencias alternativas, ante un posible despido sin justificación, vale decir, cuando no existe una causa justificadora o no se puede demostrar en el juicio; es decir se pueden imponer indemnizaciones compensatorias o punitivas a favor del trabajador en los dos primeros casos; además se puede decretar la ineficacia o nulidad del despido, lo que origina la readmisión del trabajador despedido. Pero si el despido es justificado, este no da derecho a indemnización, ni reposición alguna en el empleo, pues en este caso el empleador estará cumpliendo con lo establecido en la ley. El despido y su protección es, sin duda, uno de los temas más discutidos e inspiradores de polémicas y comentarios en la disciplina del Derecho del Trabajo.

III. OBJETIVOS A ALCANZAR

1) Responder a la interrogante acerca de que si ¿el establecer un régimen restitutorio en el despido arbitrario involucra consagrar el derecho a la estabilidad absoluta? La estabilidad laboral absoluta, como sabemos, implica que ante cualquier despido producido sin la existencia de una causa, procede la restitución o reposición del trabajador en su puesto de trabajo.

2) Determinar cuáles son los alcances de la protección adecuada contra el despido arbitrario; tomándose en cuenta que el artículo 27 de la Constitución no indica en qué términos ha de entenderse esa "protección adecuada". En su lugar señala que la ley tiene la responsabilidad de establecerla; es decir que su desarrollo está sujeto al principio de reserva de la ley.

3) Resaltar el rol que le corresponde al Tribunal Constitucional dentro del estado constitucional de derecho, en cuanto al respeto de los Derechos Fundamentales y al establecimiento de doctrina a fin de evitar errores al momento de exigir tutela de aquellos derechos, frente a la lógica terrible del empresario norteamericano Henry Ford, para quien el despido arbitrario es un buen "disciplinador social".

IV. METODOLOGÍA EMPLEADA

1) En este artículo se recurrió, entre otras fuentes a las dos sentencias emblemáticas, del Tribunal Constitucional: La del 11 de julio de 2002, demanda de amparo interpuesta por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL en contra de Telefónica S.A,. y la de fecha 13 de marzo de 2003, demanda de amparo interpuesta por Eusebio Llanos en contra de Telefónica del Perú S.A.

2) Esto nos ha llevado a verificar que ante estos pronunciamientos, la doctrina laboral y constitucional han mostrado posiciones encontradas entre quienes se adhieren al sustento de los referidos pronunciamientos y los que consideran que el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación contraria al mandato prescrito por la Constitución Política del Estado.

3) En esta parte hemos encontrado cierta dificultad, ya que el artículo 27 de la Constitución, si bien no establece en qué términos ha de entenderse la "protección adecuada", a la que alude el constituyente, se puede inferir tendiendo en cuenta la doctrina, que el derecho allí reconocido se denomina un "derecho de constitución de configuración legal".

V. ¿LA PROBLEMÁTICA?

El trabajo es la actividad propia del hombre que tiene por finalidad la producción de bienes y servicios que satisfacen las necesidades humanas. No se considera trabajo al esfuerzo realizado por una bestia o la acción desarrollada por una máquina, ni el desempeñado por el hombre con fines no productivos como el juego o prácticas de benevolencia. Al derecho del trabajo le interesa como objeto sólo el trabajo productivo, personal, por cuenta ajena, libre, subordinado y al servicio del empleador. Desde esta perspectiva, siguiendo a Jelio Paredes Infanzón[1] , lo que se entiende por contrato de trabajo es "...el acuerdo inicial entre el trabajador y el empleador para intercambiar actividad subordinada por remuneración". El contrato de trabajo da inicio a la relación laboral, generando un conjunto de derechos y obligaciones tanto para el empleador como para el trabajador.

Justamente uno de esos derechos emanados del contrato de trabajo, que alberga el trabajador es a la Estabilidad Laboral, sistema que desde Septiembre de 2002, el Tribunal Constitucional ha modificado radicalmente en nuestro país con sus sentencias emitidas sobre casos de despidos de trabajadores producidos en el año 2001, en las cuales se declararon fundadas las respectivas demandas de amparo por violación de los derechos a la libertad de trabajo y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, disponiéndose su reposición en su respectivo centro laboral. La interpuesta por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL en contra de Telefónica del Perú S.A y la sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de marzo de 2003, demanda de amparo interpuesta por Eusebio Llanos Huayco en contra de Telefónica del Perú S.A

Ante estos pronunciamientos, la doctrina laboral y constitucional han mostrado posiciones encontradas entre quienes se adhieren al sustento de los referidos pronunciamientos y los que consideran que el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación contraria al mandato constitucional, sin embargo, para ello, ejerce la facultad de "control difuso" que le permite hacer prevalecer una cierta interpretación de las normas constitucionales frente al texto expreso de una ley, reconociéndole al trabajador un mayor nivel de protección laboral fundado en el respeto de sus derechos fundamentales. Es por ello que en esta investigación nos remitimos inevitablemente a una de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales más importantes y ricas del laboralismo peruano en los últimos tiempos: la protección del derecho de los trabajadores a no ser despedidos de sus empleos y los alcances de dicha protección por el marco constitucional.

VI. EL DERECHO DE ESTABILIDAD EN EL TRABAJO: OTRA CATEGORÍA A CONSIDERAR DENTRO DE LOS DISTINTOS DERECHOS LABORALES DIGNOS DE TUTELA

Dentro del contexto jurídico es importante recalcar en el presente trabajo sobre "La Estabilidad Laboral", ya que

[1] PAREDES INFANZON, Jelio: "EL CONTRATO DE TRABAJO". En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Normas Editora Legales S.A, Trujillo, diciembre 2001. p. 1

para el Perú es un medio eficaz, capaz de garantizar al trabajador, al empleador y a la sociedad. Es el fundamento esencial de la relación jurídica laboral que se deriva de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. La Estabilidad Laboral, se determina en dos aspectos, el económico y el laboral para el trabajador, se afirma que "todo hombre ha de trabajar para obtener la subsistencia"; esa ley de la naturaleza se esfuerza con el mandamiento divino "Génesis III-19) "comerás el pan con el sudor de tu frente". Se dice para los tratadistas que, trabajo, para el Derecho Laboral es la prestación realizada a otro mediante un contrato o acuerdo tácito de voluntades, a cambio de una remuneración por tal concepto y en situación de subordinación y dependencia.

VI.1 DESARROLLO DOCTRINARIO DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL

Comprende dos aspectos: una estabilidad laboral de entrada, y una estabilidad laboral de salida. La primera se refiere a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, reflejada en la autorización de celebrar contratos temporales solo cuando la labor que se vaya a cumplir sea de tal naturaleza. La segunda alude a la prohibición del despido injustificado o arbitrario. Sin embargo, existen dos modelos de estabilidad diferenciados, entre otros aspectos, en las consecuencias del acto de despido: la estabilidad laboral absoluta: en este caso, ante cualquier despido producido sin la existencia de una causa justa, procede la restitución o reposición del trabajador en el empleo y la estabilidad relativa: de acuerdo a este modelo, la decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral sin causa justa, tiene efectos extintivos teniendo derecho el trabajador a una indemnización económica.

La entrada en vigencia del artículo 27 de la Constitución de 1993 facultó al legislador a completar el mandato del constituyente y replantear el modelo de estabilidad laboral. En opinión del maestro Mario Pasco Cosmópolis[2]: "Si algún mérito tiene el nuevo texto es su flexibilidad, ya que permite que el legislador adopte, dentro de las cambiantes exigencias de una sociedad en constante mutación, las reglas que mejor reflejen las necesidades de un momento dado"[3]. De este modo, con la promulgación del Decreto Legislativo Nº 728, se produce una dramática transformación de clara orientación flexibilizadota de nuestra legislación, la cual opta por un esquema mixto en el cual la regla deja de ser la estabilidad laboral absoluta y la sustituye la estabilidad relativa, reservándose la reposición para los casos de los despidos que afecten derechos constitucionales: los despidos nulos.

VI.2 RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE ESTABILIDAD LABORAL Y EL DERECHO AL TRABAJO.

Puede asumirse que existe una coincidencia parcial entre el contenido del artículo 22 de la Constitución, en la parte referida a la conservación del empleo, y el derecho a la estabilidad laboral de salida[4] que forma parte del artículo 27 de la mencionada Carta Política. Ante la interrogante de si es posible admitir un amparo que se base

[2] PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "EL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN". En: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año IV, Nº 7, Lima, p. 31.

[3] El profesor Mario Pasco Cosmópolis alude en la cita que figura en el texto a la flexibilidad como una de las virtudes del actual texto constitucional. Sin embargo, necesario es señalar que esa flexibilidad también ha generado graves y desastrosas consecuencias en materia de protección de los derechos laborales y fundamentales de los trabajadores, sobre todo ante una situación de despido injustificado, frente a la que no le queda otro remedio que la indemnización.

[4] El artículo 27 de la Constitución de 1993 prevé que "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". El reconocimiento de la estabilidad laboral en el ámbito constitucional trae consecuencias importantes respecto de su regulación en el ámbito primario. El principio de reserva legal se impone de manera automática: sólo por ley puede regularse un derecho constitucional y sujetarse a los parámetros establecidos en la Constitución.

únicamente en la vulneración del derecho a la conservación del empleo (artículo 22 de la Constitución) , el doctrinario y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú Dr. Javier Neves Mujica[5] responde de forma afirmativa, puesto que no considera admisible que un precepto constitucional que tiene preceptividad diferida (en este caso, el derecho de estabilidad laboral contenido en el artículo 27), contagiase dicha cualidad a otro que tuviera contenido similar y que resultara aplicable de una manera inmediata, menciona que:

"en nuestro concepto, la conservación del empleo que supone el derecho al trabajo goza de preceptividad inmediata. (...) La estabilidad en el trabajo, en cambio, está visiblemente reconocida como derecho de preceptividad aplazada: es un mandato al legislador. De aquí surge, para nosotros, una certeza y una incertidumbre. La certeza es la de que cualquier extinción de la relación laboral, excepto la producida por renuncia (...) podría dar lugar a la interposición de una acción de amparo, en virtud del derecho a la conservación del empleo (art.22). La incertidumbre es la de que si tal tutela alcanza al despido arbitrario o no. El dilema se plantea porque el artículo 22 de la Constitución lo permitiría, pero el 27 no. ¿Puede dejarse de lado el artículo 27 y acudirse únicamente al 22 o debe interpretarse en conjunto ambos preceptos, aunque esta lectura conduzca a un resultado restrictivo para la protección del derecho?".

Agrega el maestro: "Nos inclinamos por la primera opción. Creemos que si dos preceptos constitucionales tienen contenidos parcialmente superpuestos y uno de ellos resulta exigible inmediatamente mientras el otro no, este segundo no puede contagiar de su cualidad al primero. El sentido más progresivo de interpretación del texto, que debe ser preferido, conduce a la preceptividad inmediata del derecho a la conservación del empleo. En consecuencia, el artículo 22 resultaría suficiente para interponer una acción de amparo cuando esta se fundara en una trasgresión o en una amenaza de vulneración del derecho a la conservación del empleo. Sobre este punto de vista el Tribunal Constitucional no presenta mayores argumentos acerca de la relación existente entre el derecho al trabajo y el derecho de estabilidad laboral, y opta más bien por establecer la posible inconstitucionalidad de la norma legislativa que desarrolla el art. 27 de la Constitución.

VI.3 DE LA ESTABILIDAD LABORAL ABSOLUTA DE LA DÉCADA DEL 80 A LA "DESREGULACIÓN SALVAJE" DE LOS 90.

A partir del año de 1980, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1979, se diseñó y aplicó en nuestro país un "modelo proteccionista" en materia de regulación laboral. Este modelo tenía como pilar central, por un lado, el derecho a la estabilidad laboral absoluta que posibilitaba la reposición del trabajador al centro de trabajo en caso de despido arbitrario y que posibilitaba el ejercicio de los otros derechos laborales y, por otro lado, el hecho de que la mayoría de las instituciones laborales del derecho individual (vacaciones, gratificaciones, jornada, sobretiempo,

[5] NEVES MUJICA, Javier. "TRABAJO Y CONSTITUCIÓN".Editorial Cuzco, Lima, 1989.p.25

participación en utilidades) como del derecho colectivo (negociación colectiva, huelga, sindicalización) alcanzaran rango constitucional y por tanto, un nivel de protección jurídica bastante alta.

En el año 1987 la economía peruana sufrió una profunda recesión y hasta el año 1990 nuestro país vivió un severo proceso de hiperinflación con cifras que alcanzaron en 1990 un promedio anual de 7,469 %. Debido a ello, el gobierno de ese entonces puso en práctica un programa de estabilización macroeconómica a partir de agosto de 1990, con un paquete de reformas estructurales. Con ocasión de ese proceso, nuestro país experimentó uno de los procesos de liberalización de los mercados y de reforma del mercado de trabajo, más rápidos y más profundos en América Latina. La promulgación en 1991 de la Ley de Fomento del Empleo inició la etapa de la flexibilidad de las instituciones laborales en nuestro país. Ermida Uriarte[6] considera que esta reforma normativa de la década pasada tuvo devastadores efectos para el Derecho del Trabajo peruano dentro del marco de lo que denominó la "desregulación salvaje"[7].

VII. DEL SISTEMA DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL AL SISTEMA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DEL 11.07.02

Han pasado ya más de siete años desde que nuestro Tribunal Constitucional publicó aquella polémica sentencia[8] del proceso del Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú, en la cual se ampliaron los supuestos de reposición a la luz de la legislación tanto constitucional y procesal constitucional, modificando de esa forma, radicalmente el sistema de protección en el Perú ante un despido, teniendo la doctrina laboral y constitucional posiciones encontradas y contradictorias, respecto a la controversia. De este modo, en los últimos años en nuestro país, el tratamiento jurídico frente al despido, ha tenido, a decir de Boris Sebastiani: "más que todo un cambio de índole jurisprudencial, pues ninguna norma de la Constitución Política del Estado, ni de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral ha sido modificada desde la dación de estos dos cuerpos normativos. El cambio no ha sido de índole legal."[9]

En aquella polémica sentencia del Sindicato de Trabajadores del Perú, que aún mantiene plena vigencia, los demandantes invocaron la protección de seis normas constitucionales: (1) Derecho al Trabajo, (2) Libertad Sindical, (3) Igualdad, (4) Debido Proceso, (5) Legítima Defensa, y (6) Tutela Judicial Efectiva. Sin embargo, el TC sólo resolvió en base a dos de estos derechos invocados: Licencia Sindical y Derecho al Trabajo. En función a esta sentencia, se generó una nueva tipología de los actos de despido en nuestro ordenamiento jurídico, ampliando las ya conocidas causales de despido arbitrario y despido nulo de las Leyes Laborales a tres causales más de nulidad, esta vez a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Legislación

[6] ERMIDA URIARTE, Oscar. "LA FLEXIBILIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO EN ALGUNAS EXPERIENCIAS COMPARADAS". En: Ius et Veritas, revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año III, Nº 4, Lima, mayo de 1992, p. 17.

[7] "Desregulación salvaje", ya que dicho autor considera que la reforma implementada vació de contenido al derecho del trabajo. Desde esa óptica, ésta sería una manifestación del denominado "movimiento pendular" de la legislación laboral peruana, con reformas normativas que nos conducen en poco tiempo de un "modelo proteccionista" (década de los 80 con Belaunde y García) a un modelo mucho más flexibilizador (década de los 90 con Alberto Fujimori).

[8] Con fecha 11 de julio de 2002, el Tribunal Constitucional emitió sentencia en el Expediente 1124-2001-A-A/TC, (la misma que fue materia de una Resolución Aclaratoria del 16 de setiembre de 2002) marcando el inicio del nuevo criterio jurisprudencial en materia de estabilidad laboral. Ante la alegación de una amenaza de despidos arbitrarios, las organizaciones sindicales de Telefónica del Perú interpusieron una acción de amparo por trasgresión al derecho al trabajo, libertad sindical, igualdad ante la ley, debido proceso, legítima defensa y tutela jurisdiccional efectiva. Esta acción de amparo, en última instancia, fue declarada fundada por el TC y ordenó la reposición de los trabajadores sindicalizados despedidos en forma incausada así como la abstención de la empresa de incurrir en posteriores despidos. Para ello, el Tribunal inaplicó las normas legales que disponían el pago de la indemnización ante despidos incausados. Cuando el TC declaró fundada la demanda y ordenó la reposición, lo hizo sobre la base de otros derechos constitucionales vulnerados (debido proceso, derecho de defensa, presunción de inocencia, etc.) conjuntamente con el derecho al trabajo. Hemos registrado un solo caso donde se declaró fundada la demanda de amparo sobre la exclusiva lesión al derecho del trabajo pero luego, por una extraña fe de erratas, fue modificada en su parte resolutiva al establecerse que se declaraba fundada la acción pero no se ordenaba finalmente la reposición del trabajador.

[9] SEBASTIANI ARAUJO, Boris. "PROTECCIÓN ANTE EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA". En: Iuris Lex Societas. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo. Año I, Nº 1, Trujillo, p.237

Procesal Constitucional, generando, por el efecto retroactivo del amparo, la reposición al centro de trabajo.

Cabe indicar que las causales de nulidad establecidas por el Tribunal Constitucional, se refieren a temas de forma y a veces a temas de fondo, a diferencia de las causales de la legislación laboral que se refieren siempre a temas de fondo, como por ejemplo el caso del despido de un ingeniero de una empresa constructora por interponer un procedimiento administrativo ante el Ministerio de Trabajo a fin de que esta entidad verifique si la Empresa cumple con las medidas de seguridad propias a estas actividades, o la de un abogado, como el caso de la película "Filadelfia" en la que se le separó del Estudio de Abogados por ser portador del VIH. Estos casos por ejemplo, a la luz de la legislación laboral peruana, se configuran como nulidades de fondo, a diferencia del despido nulo por atentado contra las formalidades esenciales propias del procedimiento de despido.

VII.1.LA PROTECCIÓN SUSTANTIVA Y PROCESAL ANTE EL DESPIDO ARBITRARIO.

El Artículo 27[10] de nuestra Constitución Política no indica en qué términos ha de entenderse esa "protección adecuada". En su lugar señala simplemente que la ley tiene toda la responsabilidad de establecerla; es decir, que su desarrollo está sujeto al principio de reserva de la ley. En la medida que el artículo 27 no establece los términos en que debe entenderse la "protección adecuada" y prevé una reserva de ley para su desarrollo, el derecho allí reconocido constituye lo que en la doctrina constitucional se denomina un "derecho constitucional de configuración legal". Si bien el texto constitucional no ha establecido como puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, estas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional se trate de medidas "adecuadas".

Cuando el artículo 27 de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", esta, en reflexión de Dolorier Torres[11] encomienda al legislador "...la facultad de establecer un esquema de protección del trabajador en caso de ser objeto de un despido arbitrario". Sin embargo debe considerarse que dicha potestad constitucional a nuestro legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo abierto y que le habilite una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. En contrario sensu debe ejercerse respetando el contenido esencial del derecho constitucional, en este caso el trabajo. Una opción interpretativa diferente solo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría de esta forma constitucionalmente inadmisible.

Evidentemente, el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga

[10] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "EL DESPIDO EN EL DERECHO LABORAL PERUANO". Editorial ARA Editores. Segunda Edición. Lima, 2006. p. 118: "Siguiente los lineamientos anteriores, se puede afirmar que la interdicción del despido arbitrario contenida en el precepto constitucional, supone la exigencia de causa justa para el despido, o en otras palabras, que la causalidad del despido es una institución que tiene reconocimiento en el ordenamiento constitucional y que el legislador está obligado a respetar al normar sobre esta materia."

[11] DOLORIER TORRES, Javier. "PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO". En: La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Obra Colectiva escrita por 117 destacados juristas del país. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. Lima, diciembre 2005, p. 260

en torno al derecho reconocido en su artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la Norma Suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige repetimos que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, deben satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas "adecuadas", el Tribunal Constitucional considera que dicho tema puede ser abordado, por decirlo así, desde dos perspectivas: por un lado a través de un régimen de carácter "sustantivo" y , por otro, con un régimen de carácter "procesal".

En su dimensión sustantiva, esto es, aquella que atañe al modo cómo ha de entenderse la protección adecuada contra el despido arbitrario regulado por el artículo 27[12] de la Constitución, el legislador puede adoptar, entre otras fórmulas intermedias La protección preventiva y reparadora contra el despido arbitrario. Recibe la primera calificación de preventiva debido a que la protección adecuada que enuncia el artículo 27 de la Constitución se traduce en evitar el despido arbitrario, pues de no ser así "se produciría la negación radical de un derecho"[13] . Mediante ley se prevea que no se puede despedir arbitrariamente al trabajador si es que no es por alguna causal y en la medida que ésta se pruebe, previo procedimiento disciplinario, si fuera el caso. Por la protección reparadora la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias, mediante una compensación económica.

El establecimiento de un régimen "sustantivo" de protección adecuada contra el despido arbitrario, no es incompatible con la opción de que el mismo legislador establezca, simultáneamente, un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario, de carácter "procesal". Es decir, el establecimiento mediante ley de un régimen de protección jurisdiccional contra el despido arbitrario que, en algunas oportunidades, puede encontrarse estrechamente relacionado con el régimen sustantivo, pero que en otros, también puede tener un alcance totalmente independiente. En efecto, un modelo de protección procesal, es lo que sucede con la acción indemnizatoria o, excluyentemente, la acción impugnatoria de despido (con excepción del supuesto de despido "nulo") en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, al lado de ella, puede instituirse un sistema o régimen que pueda establecer una vía procesal de eficacia restitutoria, a través del amparo.

VII.2. LA INDEMNIZACIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO.

La indemnización por despido apunta a precaver al trabajador contra los rigores del desempleo, al menos de modo parcial y en forma temporal, proveyéndolo de un cierto capital que, bien administrado, sustituya el ingreso perdido o sirva de cimiento para una nueva actividad. Es una forma de preservar los puestos de trabajo, ya que al hacer más oneroso el despido tiende a dificultar su utilización arbitraria. Tal carácter aparece en forma nítida en el

[12] Descartada su catalogación, tanto como norma de preceptividad inmediata cuanto como norma programática, el citado artículo 27 vendría a formular, más bien, un derecho de configuración legal, que es aquella categoría de derechos previstos por las constituciones, en los que la posibilidad de ejercicio del derecho se hace pender de un necesario desarrollo legislativo. Léase sobre el particular: MONTOYA MELGAR, Alfredo. "LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES", en AA.VV., Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 115.

[13] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994. pp. 64-68.

artículo 63 de la Constitución de Costa Rica, que dice: "Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desempleo". Es clara la equivalencia - como apuntan Chacaltana y López[14] – o hay seguro de desempleo o hay indemnización, porque de concurrir ambas, en la doctrina clásica de los seguros, habría duplicidad de cobertura para un solo propósito.

Ello aparece, aunque en forma poco evidente, en el artículo veintidós del Convenio Nº 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, el cual señala que cuando una persona que está protegida por el mismo haya recibido directamente de su empleador, en virtud de la legislación o de un convenio colectivo, una indemnización de cesantía cuyo principal objeto sea ayudar a compensar la pérdida de ganancias sufridas en caso de desempleo total, pueden suspenderse las prestaciones de desempleo a que tenga derecho el interesado por un período equivalente a aquel durante el cual la indemnización de cesantía permita compensar la pérdida de ganancias, de donde se desprende que, sin identificarlas en su naturaleza, el Convenio de la OIT parece identificarlas al menos en su finalidad.

El convenio 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, señala en su artículo 10 que, en defecto de la readmisión o reposición en el trabajo, el trabajador debe tener derecho al pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada. En desarrollo de esa idea básica, el artículo 12 explícita ambas opciones – indemnización o reparación – como una alternativa; una indemnización, dice el inciso a), por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía debe fijarse en función, entre otros factores, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores, o-y esto es lo importante, porque representa la alternativa, según el inciso b)- a prestaciones del seguro de desempleo[15] , de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social.

Lo que hay que resaltar, enfatiza Pasco Cosmópolis[16], es que: "dentro de los criterios que informan este importante convenio, surge que la indemnización es en cierta forma equiparada a la prestación por desempleo, de donde se colige que dicha indemnización constituye una forma, quizás elemental, primitiva o poco técnica, de protección contra el desempleo". Tal carácter resulta más notorio en países como el nuestro en que no existe seguro contra el desempleo. De manera similar aunque menos nítida, en el Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos, sociales y culturales, mas conocido como "protocolo del Salvador", dentro de los derechos reconocidos al trabajador, en torno a la estabilidad de su empleo, se contempla que en caso de despido injustificado tenga derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista en la legislación nacional.

No explica el protocolo cuál puede ser

[14] CHACALTANA, Juan y LÓPEZ, Kristian. "CUÁNTO CUESTA UN SEGURO DE DESEMPLEO?". En: Revista Análisis Laboral Nº 139. Lima, abril 2003. p. 10

[15] Diario Perú.21 Viernes 23/01/09. La comisión anticrisis del Congreso analizará la creación de un seguro de desempleo como parte de las medidas para afrontar la recesión económica mundial, adelantó el presidente de dicho grupo de trabajo, Martín Pérez (Unidad Nacional). Perú.21 pudo conocer que ambas partes y el Ministerio de Trabajo están a favor de impulsar los programas sociales intensivos en empleo (Construyendo Perú), aumentar el límite del programa Exporta Fácil de US$2,000 a US$10,000, fortalecer a Promperú, promover incentivos tributarios para la capacitación laboral y crear el programa de reconversión laboral.

[16] PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO". Naturaleza Jurídica y Manifestaciones en la Legislación Comparada. Revista Actualidad Jurídica. Información Especializada para Jueces y Abogados. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Tomo 169. Lima, diciembre 2007, p. 279

esta otra prestación, pero al dar un vistazo sobre las posibilidades que la legislación comparada ofrece solo parecen existir dos, que son precisamente las que el Convenio 158 señala: las prestaciones por desempleo u otras pensiones de seguridad social que actúan como un sucedáneo, como es el caso de las pensiones de vejez o invalidez. En los instrumentos internacionales, entonces, está implícito que la indemnización por despido cumple una función de protección contra el desempleo. De alguna manera ello aparece también en el Real Decreto – Ley 5/2002 de España, que computa como renta el importe de la indemnización por extinción del contrato de trabajo. En las investigaciones preliminares para la elaboración del informe general para el XVII Congreso Mundial de Derecho Laboral, surgiendo dudas sobre la pertinencia de incluir a la indemnización del trabajador desempleado, ya que muchos discreparan.

No obstante, en países como Bélgica, Holanda, Hungría, Italia, Rumania, como también Argentina, Australia, Honduras, Marruecos (Indemnización por cese), Nueva Zelanda, República Dominicana, Sudáfrica y otros, se entiende que la indemnización tiene por objetivo principal compensar la pérdida de un empleo generador de ganancias, nuestra posición al respecto es que la indemnización por despido tiene una naturaleza jurídica compleja: es por un lado indudablemente, una sanción frente a una decisión patronal que el derecho laboral, cuando no recusa, al menos trata severamente de limitar. El despido, según vimos, no es una figura simétrica con el retiro, dimisión o renuncia. Si bien ambas constituyen las dos modalidades de terminación de la relación de trabajo por decisión unilateral de una de las partes, los valores en juego hacen que sean axiologicamente distintas.

En el despido hay una decisión de carácter económico o empresarial: el empleador prescinde de los servicios de un trabajador porque así conviene a sus intereses. Con independencia de las motivaciones subjetivas el empleador despide porque ello conviene a la empresa, y no hay en esa decisión ningún valor en juego. El trabajador, en cambio, sacrifica en la relación laboral parte de su propia libertad personal, pues "(...) la razón de ser del Derecho del Trabajo – vislumbra Mario Ackerman[17]– podría encontrarse no ya – o no solo – en la posición de desigualdad de los contratantes, sino, antes aún, en la resignación de libertad – o de libertades – que supone el trabajo dependiente. El Derecho del Trabajo puede ser visto, así, como un sistema normativo que reconoce tanto la falta de libertad de quien es contratado como la resignación de libertad que supone la sumisión a los poderes jerárquicos del empleador, como condición para acceder a un sustento."

Agregamos que a partir de tal reconocimiento, el Derecho del trabajo despliega un conjunto de reglas y diseña medios técnicos para poner límites tanto al ejercicio de la posición de supremacía del empleado como a la entrega de libertades por el trabajador. En la otra acera, no habría, por lo demás forma de que el derecho pudiera coactar el ejercicio de la autonomía de la voluntad, que es expresión de la libertad individual, para impedir ni limitar más allá de lo estrictamente necesario y razonable la capacidad del

[17] AKERMAN, Mario Eduardo. AA.VV: "EL PRINCIPIO PROTECTORIO O DE PROTECCIÓN". En: En torno a los principios del Derecho del Trabajo. (Coordinador Mario Pasco Cosmópolis). Editorial Porrúa. México, 2005. p. 36.

trabajador para extinguir el vínculo laboral. Si ya el propio contrato implica resignación parcial de la libertad, no poder concluirlo significaría transformarlo en una suerte de servidumbre. Las consecuencias de esta decisión – del empresario o del trabajador – son pues del todo diversas, razón por la cual las legislaciones la regulan, a partir del principio protector que es la razón de ser del derecho del trabajo.

Si el despido no aparejara costos, la decisión de despedir por parte del empleador, sería automática; si tiene costos, obliga a una ponderación de la relación costo/beneficio. Cuando, a pesar de ello, el empleador hace prevalecer su decisión extintiva, el derecho laboral lo asume como un acto de carácter netamente antijurídico o, al menos, indeseado, y por ello lo sanciona con una indemnización, resarcitoria para el trabajador del daño y los perjuicios que la pérdida del empleo habrán de producirle. Pero, con prescindencia de esa naturaleza intrínseca, el efecto del encarecimiento del despido ad nutum es una medida precautoria del empleo, ya que el empleador deberá sopesar los costos involucrados y decidir, desde una óptica estrictamente economicista, si le es más ventajoso prescindir del trabajador, asumiendo el costo del despido, o conservarlo. Este carácter va a estar explícito en el propio nombre del instituto llamado indemnización, que jurídicamente significa "resarcimiento económico del daño o perjuicio"[18] .

En la otra mano, la indemnización es también una forma de protección contra el desempleo, porque provee al trabajador cesante de un cierto capital que le permite afrontar, por un cierto tiempo, proporcional al monto de la misma, la pérdida del ingreso. Este carácter se refleja en algunos sistemas de seguro de desempleo, en los que la indemnización recibida por el trabajador se compara con las prestaciones que el seguro otorga, de modo de evitar la redundancia, como se aprecia de manera nítida en la Constitución de Costa Rica. Sea como fuere, esto es, como desalentador del despido a través de su encarecimiento o como fondo de emergencia para suplir al salario perdido durante un cierto tiempo, en uno y otro enfoque, siempre la indemnización por despido opera como una medida contra el desempleo: impidiendo o dificultando el despido, que o proveyendo al trabajador de un ingreso coyuntural, con lo que se protege el desempleo.

VII.2.1 FUNDAMENTO SOCIAL, ECONÓMICO, ÉTICO Y JURÍDICO NATURALEZA DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO.

La protección contra el despido, en especial contra el despido arbitrario, tiene fundamentos que son al mismo tiempo metas u objetivos sociales, económicos, jurídicos y éticos. Desde el punto de vista social, apunta a impedir desde su base el incremento del desempleo. La extrema flexibilidad, la exageración de la facultad patronal de dirección, el despido libre, sin freno ni limite, pueden conducir a que las fluctuaciones críticas de la economía se descarguen sobre las masas de los trabajadores. Desde la economía, es evidente la disparidad de medios entre

[18] CABANELLAS, Guillermo. "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL". Ediciones Santillana. 5ta edición. Tomo II. Madrid. p. 364

el empleador y el trabajador, dado que este no tiene otra fuente de ingresos que su saldo; su pérdida puede llevar a la indigencia, que no es solo del laborante sino de su familia. La restricción al despido procura encarecerlo para evitar su uso desaprensivo por el empleador, al tiempo de dotar al trabajador de un ingreso que sustituya al salario perdido, al menos por un cierto tiempo.

En lo jurídico, es valor conocido el que la relación de trabajo descansa en una disparidad, que se traduce en la subordinación: el empleador tiene una abundancia de atribuciones o facultades, que configuran lo que algunos llegan a llamar el poder de dirección; y el trabajador, un cúmulo de deberes. Es pues, una relación intrínsecamente desigual, desequilibrada; esta es la clave genética, allí radica el núcleo duro de todo el derecho del trabajo. Por esa razón las legislaciones no equiparan simétricamente, sino mas bien distinguen las posiciones de las partes contractuales; y por eso no identifican sino que diferencian el despido y el retiro, que serían en la teoría abstracta del derecho privado apenas una sola cosa: la terminación del contrato por iniciativa unilateral de cualquiera de ellas. Éticamente, no cabe identificar las situaciones por el peso que el conjunto de los otros tres factores –social, económico, jurídico- arrastra para ellas.

La indemnización por despido sin causa justificada es, con apego a su nombre, sanción y reparación. El contrato de trabajo tiene vocación de permanencia: su razón de ser obedece a una causa y su subsistencia debiera corresponder a la misma. Por ende, el contrato debiera mantenerse por todo el tiempo que dicha causa exista. Su ruptura justifica –y facticamente prematura – configura un incumplimiento contractual, lo que provoca la correlativa sanción. "la obligación de indemnizar –dice Baylos Grau[19] -supone la monetarización de un acto de ejercicio ilegítimo del poder de administrar la relación de trabajo, considerándolo válido y eficaz; la convalidación de una decisión incorrecta e injusta". Al mismo tiempo esa ruptura produce un daño, en cuanto priva al trabajador de un derecho, que es por lo genera constitucionalmente reconocido y protegido: el derecho al trabajo.

VII.2.2 FINALIDAD PRINCIPAL DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO EN LAS LEGISLACIONES.

La finalidad de la indemnización[20] por despido rara vez o nunca viene explicitada por la norma; discernida esta tarea más bien de la creación o de la especulación doctrinaria. En los informes presentados al XV Congreso Mundial es perceptible la diversidad de enfoques sobre el objeto perseguido con la indemnización, reflejo al parecer de la complejidad de su naturaleza. Una corriente muy amplia atribuye a la indemnización por despido un carácter previsional, vinculándola con la situación de carencia de empleo e ingresos a que conduce al trabajador. En Argentina además de constituir un recurso para paliar su situación como desempleados, la indemnización busca no dejar caer en la exclusión y la marginalidad social a las personas afectadas con un despido. En Bélgica se considera como una compensación de la ganancia, por lo que se encuentra prohibida la acumulación entre asignación de desempleo e indemnización

[19] BAYLOS GRAU, Antonio. "EL DESPIDO INDIVIDUAL". Editorial ARA Editores. Lima, 1997. p. 59.

[20] El supuesto donde no cabría la reposición laboral pero sí la aplicación de una sanción pecuniaria (indemnización) se produce cuando existe una imputación razonable de falta grave pero en un juicio ordinario laboral, se demuestra que el trabajador no cometió alguna falta. En este caso no existe fabricación de pruebas o imputación de faltas graves manifiestamente inexistentes; se trata, por el contrario, de despidos en los que la atribución de una falta grave se encuentra respaldada por medios probatorios y cuyo cuestionamiento en la vía judicial requiere, por ello, de una etapa probatoria. Este último factor hace inefectiva la vía de amparo debiendo derivarse la controversia a la jurisdicción ordinaria laboral cuya protección consiste en el pago de una indemnización. Este es el caso de la sentencia recaída en el expediente 976-2001-AA/TC, en la cual el TC indica que las pruebas presentadas por la demandada que respaldarían la imputación de falta grave que motivó el despido requieren de una actuación probatoria de la cual es ajena los procesos de amparo. Por consiguiente, en la vía ordinaria laboral, el trabajador cuestionaría su despido arbitrario solicitando el pago de la indemnización es posible que los jueces interpreten y valoren que no procedía el despido por diferentes razones (la sanción es desproporcionada, el trabajador no cometió la falta sino otro trabajador, etc.) y dispongan el pago de la correspondiente indemnización por despido arbitrario.

por despido.

En Costa Rica y Paraguay la finalidad de la indemnización por despido es compensar la pérdida de trabajo y con ello así la ausencia del salario. En el caso de países como Polonia y Suecia la finalidad es pagar una remuneración asegurada a aquellos trabajadores cuyo empleo ha terminado. En Francia la finalidad tiene mayor relación con cubrir la pérdida del empleo (no una compensación de los ingresos dejados de percibir) generador de ganancias. Del mismo modo, en Hungría, Rumania, Italia y Sudáfrica el propósito principal de la indemnización es proporcionar la relevación de la renta que obtenía el trabajador. En Colombia, Uruguay y México se considera que la indemnización importa un resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la terminación unilateral del contrato de trabajo, y la compensación por la pérdida de ingreso es solo una finalidad subsidiaria.

En la República Checa se asume que la indemnización tiene un doble objetivo: compensar la pérdida de ingresos y establecer un freno al empleador. Se pone también de relieve como objetivo de la indemnización, su objetivo de restricción del despido, como en Chile, Perú y Venezuela, comportando básicamente una sanción. De similar manera en Australia y Canadá, donde es un pago lo que se otorga para realizar un cese sin previo aviso. En Alemania dicha indemnización es un reembolso por la pérdida de la posición social adquirida por la anterior vigencia del contrato de trabajo. En Ecuador, la indemnización no es una compensación del salario dejado de percibir debido a que aquella es equivalente al 25% de la última remuneración mensual por cada año de servicios prestados. Similar es el caso de Nueva Zelanda y Panamá, donde la indemnización no es entendida como un relevo de los ingresos del trabajador.

Son casos particulares, Japón, donde la entrega de la indemnización por despido es voluntad del empleador; y Marruecos, donde el mecanismo indemnizatorio es complejo, ya que existen hasta tres tipos de indemnización; sin embargo, se cuestiona que se otorgue a la indemnización por cese un carácter sustitutorio del salario debido a su eventual incompatibilidad con la percepción de pensión de vejez. Un caso especial es el Brasil, país en el cual el Fondo de Garantía del Tiempo de Servicio se ha convertido en la práctica en una compensación por la pérdida de ingresos futuros, aunque esta no hubiera sido su finalidad inicial. No[21] debe perderse de vista que el derecho a la protección contra el despido arbitrario mediante la indemnización debe interpretarse de conformidad con los tratados internaciones suscritos por el Perú, en virtud del mandato contenido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

VII.2.3 MONTO Y PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO.

La regla usual consiste en abonar un determinado número de sueldos o salarios en función del tiempo de servicios. El monto más común es de un sueldo por cada año de servicios, como lo tienen establecido Argentina, Chile, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Turquía, Uruguay

[21] NEVES MUJICA, Javier. "LA CUARTA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS LABORALES." En: Ius Et Veritas, revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 19, Lima, 1999, p.36.

y Venezuela. Sin embargo algunos de estos países presentan peculiaridades; así, Chile tiene un tope máximo de 90 UF (aproximadamente US$ 2,000); en Costa Rica el tope es ocho años; en Uruguay máximo de seis remuneraciones; y en Venezuela esa tasa se aplica solo si se laboró más de 6 meses, con un tope de 150 días de salario. La variedad en otros países es mayor, sea porque la tarifa es más alta o, lo que es más común, más reducida. Tienen tasas mas elevadas, Perú: un sueldo y medio por cada año de servicios, con un tope de 12 sueldos (8 años) y República Checa, 2 remuneraciones mensuales por cada año.

Más reducida es la tarifa en Alemania, donde es un sueldo por cada dos años de servicios; Austria, que tiene una escala compleja: 2 sueldos por 3 años de servicios, 3 sueldos por 5 años de servicios; 4 sueldos por 10 años de servicios; 6 sueldos por 15 años de servicios; 9 sueldos por 20 años de servicios, y 12 sueldos por 25 años de servicios; Canadá: 2 días de salario por año de servicios o una suma mínima equivalente a 5 días de salario. Francia: 1/10 del sueldo mensual por cada año de servicios, añadiéndose 1/15 del sueldo mensual cuando sobrepase 10 años de servicios. Honduras: 24 horas por 3 meses de trabajo; 1 semana por 6 meses de trabajo; 2 semanas por un año, un sueldo cuando se sobrepasa el año de servicios y 2 meses por dos años de servicios. En México, es de tres sueldos como la indemnización integrada o 12 días de salario por cada año de servicios.

La indemnización está ligada por lo común a la inexistencia de causa justificada para el despido, razón por la cual suele ser de cargo directo del empleador. En ciertos países, sin embargo, se han creado fondos destinados a cubrir su importe. Se encuentran del primer grupo países como Alemania, donde el empleador es el obligado por el pago de la indemnización si se trata de un despido injustificado; no obstante, cabe la posibilidad que ambas partes lleguen a un acuerdo sobre el monto, caso en el cual no será pertinente la actuación de un tribunal. En nuestro país[22] se "...debe considerar en general que todo despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo sufre, razón por la que nuestra legislación laboral (Decreto Supremo número cero tres -noventa y siete-TR) ha establecido una tarifa indemnizatoria equivalente a un sueldo y medio por un año de servicio, con un tope máximo de doce remuneraciones"

VII.3. EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y LA DEMANDA DE AMPARO DE REPOSICIÓN.

Citando a Aníbal Quiroga[23] referimos que el amparo es un instrumento o medio jurídico cuya finalidad inmediata es la cautela, defensa o preservación de los derechos constitucionales distintos de la libertad individual ante violaciones o amenazas provenientes de una autoridad o de un particular. La constitución no prevé directamente mecanismo de protección a nivel constitucional ante un despido, por lo que todo proceso constitucional en el que se cuestione un despido, sería improcedente. El amparo tutela sólo derechos de preceptividad inmediata, denominados como derechos con sustento constitucional directo, los que carecen de tal característica, no son

[22] Sentencia Casatoria Nº 399-99 de la SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE LA CORTE SUPREMA
[23] QUIROGA LEÓN, Aníbal. "ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL". Editorial Moreno S.A. Lima, 2008. p.241

susceptibles de ser amparados: "Artículo 38 del Código Procesal Constitucional: No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos".

Entonces, el tema se centra en el sustento constitucional directo del derecho de reposición y éste no lo tiene, pues la Constitución del Estado no recoge expresamente este derecho (a la reposición), como si lo hace por ejemplo con otros derechos laborales, como el derecho a la jornada de trabajo, o el de protección especial al menor. Sin embargo, estos derechos específicos[24], de contenido constitucional directo, encuentran muchas veces, una protección igualmente satisfactoria en el proceso laboral, por lo que si bien son aspectos constitucionalmente protegidos, no procedería muchas veces un amparo en función al Código Procesal Constitucional: "Artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.- No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2. Existían vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus".

Por eso, ante la evaluación de la vía procesal a optar, si es con el amparo, cabe preguntarse dos cosas: ¿El derecho cuya tutela se solicita está recogido expresamente en la Constitución Política del Estado, fluye de la fuerza normativa de la norma que la recoge genéricamente? Y ¿Existe otra vía procedimental igualmente satisfactoria para resguardar ese derecho? Sólo en el caso de que exista sustento constitucional directo del derecho y que no exista otra vía procesal igualmente satisfactoria, entonces el amparo procede. Al respecto, el profesor Toyama señala que: "...no cabría una acción de amparo contra un despido sin expresión de causa, en tanto que la Constitución no recoge expresamente el derecho a la reposición ante un despido incausado. Esta, consideramos, sería la única vía que tendría el Tribunal Constitucional para variar de criterio sobre la reposición ante un despido incausado tras la aprobación del CPC.[25]"

Es el caso de un trabajador de un empresa pesquera que demandó nulidad de despido ante el segundo Juzgado Laboral de Piura, diciendo la sentencia: "Que con la carta de preaviso y notarial de despido del 21 de mayo del 2004 se puso fin al vínculo laboral por supuesta falta grave, imputándole la venta de un balde de grasa de 18 kilogramos (...) lo que obviamente equivale a una motivación del despido aún cuando no se encuentre acreditado (...) Que aún cuando el demandante fundamenta la causal de nulidad en presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador (...) ni en los fundamentos de su demanda, ni de los medios probatorios ofrecidos para sustentarla se acredita que el actor inició o que se encuentre en trámite algún proceso administrativo o judicial (...) lo cual revela que no ha existido ninguna queja o proceso iniciado contra la empleadora (...) por lo que no ha acreditado ser víctima del Despido Represalia."

En el caso descrito líneas arriba, el trabajador perdió una opción que no pudo probar, que es la reposición, y perdió una opción con mejores probabilidades de estimación, que es la indemnización,

[24] Así, como es bien sabido, los derechos laborales se encuentran dentro de lo que se conoce como los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La consagración constitucional de estos derechos es producto de la lucha por la reivindicación de los derechos de los trabajadores y existe el compromiso de los poderes públicos para consolidar progresivamente su plena eficacia. El derrotero histórico del reconocimiento de este tipo de derechos puede llevarnos a exceder innecesariamente las líneas de este trabajo. Léase sobre el particular: DONAYRE MONTESINOS, Christian. En: Revista Electrónica Jurídica Cajamarca. Año V – Número 15 – 2004.

[25] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "ZONAS GRISES (Actuales y Futuros) Y LA TENDENCIA EN LA REGULACIÓN DE LOS DESPIDOS". En: Revista Actualidad Jurídica Revista Actualidad Jurídica. Información Especializada para Jueces y Abogados. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Tomo 140. Lima, abril 2005, p. 14.

debido al transcurso del plazo de caducidad. Como reflexión, cabe indicar que cuando se presente un acto de despido en el que se revise jurisdiccionalmente su constitucionalidad o su ilegalidad, el abogado encargado de la defensa tendrá que evaluar de forma correcta y precisa que vía procedimental utilizará a fin de evitar perjudicar de forma irremediable a su respectivo patrocinado. De lo visto, Tribunal Constitucional interpretando en función al momento histórico y a la luz del Código Procesal Constitucional[26], se mantendría en su mismo criterio: El despido como acción a través de la cual un empleador da por finalizado unilateralmente un contrato laboral con su empleado, está protegido por la Constitución y por ende, puede ser tutelado por el proceso de amparo.

VIII. LA FUNCIÓN TUTELAR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE A LÓGICA TERRIBLE DE HENRY FORD.

La flexibilización y la pérdida de los derechos laborales dentro del nuevo modelo económico inmerso en la globalización y la internacionalización del capital se manifiesta en las transformaciones del mundo del trabajo, que se han presentado en las últimas dos décadas. Sobre este concepto de flexibilidad opina Del Rey[27], podemos entender en el Derecho del Trabajo el proceso de revisión del "patrimonio normativo", tendente a posibilitar la adaptación de la regulación laboral a las nuevas necesidades económico-sociales[28]. "El Estado no es la solución: es el problema", Ronald Reagan resumió con esa frase redonda la llamada revolución conservadora, la obsesión por las privatizaciones que llegaron hasta el último rincón del sector público en EE UU y Reino Unido. La madre de todas las crisis lleva el péndulo justo al lado contrario. Corto y claro: ahora el Estado ya no es el problema, es la solución.

VIII.1. LA LÓGICA TERRIBLE DE HENRY FORD.

Henry Ford Litogot (30 de julio de 1863 – 7 de abril de 1947) fue el fundador de la compañía Ford Motor Company y padre de las cadenas de producción modernas utilizadas para la producción en masa. La introducción del Ford T en el mercado automovilístico revolucionó el transporte y la industria en Estados Unidos. Fue un inventor prolífico que obtuvo 161 patentes registradas en ese país. Como único propietario de la compañía Ford, se convirtió en una de las personas más conocidas y más ricas del mundo. A él se le atribuye el fordismo, sistema que se desarrolló entre fines de los años treinta y principios de los setenta y que creó mediante la fabricación de un gran número de automóviles de bajo coste mediante la producción en cadena. Este sistema llevaba aparejada la utilización de mucha maquinaria especializada y un número de trabajadores en planilla.

Ford en nuestra opinión de forma cruel expresó que los Estados Unidos de Norte América habían crecido por el temor al desempleo, el cual llevaba a los trabajadores a cumplir y sobrepasar los cupos de producción, por algo y con razón no de forma incoherente afirmaba: "Este país se hizo grande con la indicación ´queda usted despedido". FORD estaba convencido

[26] El regular los procesos constitucionales en un único cuerpo normativo y darles un tratamiento orgánico y sistemático resulta una tarea saludable para lograr los fines de un Estado Constitucional. Y es que, contrario a lo que pueda pensarse, la Ley Nº 28237, mas conocida como el Código Procesal Constitucional, no sólo reúne los diferentes procesos que la Constitución de 1993 reconoce en su artículo 200º (aun cuando el proceso de cumplimiento, en rigor, no debiera ser considerado un proceso constitucional, sino que además ha tratado de brindarles, en líneas generales, una regulación que contribuya y facilite la consecución de los importantes fines que se les confían.

[27] DEL REY GUANTER, Salvador. "DESREGULACIÓN, JURIDIFICACIÓN Y FLEXIBILIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO". En: Relaciones Laborales Nº 10, Cataluña 1989. p. 289.

[28] La flexibilidad supone la necesidad de una regulación que permita la adaptación de la fuerza de trabajo a las variaciones de la demanda, acercando el Derecho del Trabajo a la lógica del mercado. Sin embargo, también hay quienes ven en la flexibilidad la concreción de determinados intereses empresariales específicos. Desde ese punto de vista, la flexibilidad supondría mejor adaptación a los intereses y necesidades empresariales de carácter económico.

de que el despido arbitrario es buen disciplinador social ya que quién pierde el trabajo, pierde su vida, afirmación que se manifiesta en una situación de desempleo, de sub-empleo y de marginalidad. Es por ello que los autores tradicionales consideran que el empleador tiene derecho a despedir sin causa justa o motivada. Se basan en la propiedad de los bienes de producción expresada en la titularidad de la empresa y de sus componentes, entre ellos los trabajadores, considerados cuasi muebles-por-accesión.

VIII.2. LA FUNCIÓN TUTELAR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Un Tribunal Constitucional[29] es aquel órgano que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la primacía de la Constitución. De acuerdo al modelo kelseniano, el Tribunal Constitucional actúa como un legislador negativo, pues carece de la facultad de crear leyes pero, en el caso de que entienda que una de las promulgadas vulnera lo dispuesto en la Constitución, tiene poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, derogándola total o parcialmente. Esto es así, explica García De Enterría[30] porque: "La generalidad del mandato de interpretación conforme a la Constitución asigna, por sí solo, un valor preeminente a la doctrina legal que resulte de las Sentencias del Tribunal Constitucional frente a cualquier otro cuerpo jurisprudencial de cualquier otro orden judicial, preeminencia que resulta del carácter de "intérprete supremo de la Constitución" que a aquel Tribunal corresponde".

Ello en virtud a que La Constitución Política del Estado de Derecho contemporáneo tiene dos partes: una dogmática, que consagra los derechos y garantías fundamentales, y otra orgánica, que traza la organización del Estado y de los órganos de gobierno. Un elemento esencial, por tanto, de ese Estado, son los derechos fundamentales, cuya defensa se confía a la justicia constitucional, separada e independiente de la justicia ordinaria, que viene a ser, por ello mismo, inseparable del sistema democrático y del Estado Constitucional. Lamentablemente, eso es lo que ocurre actualmente por ejemplo en Bolivia, desde que el Tribunal Constitucional fuera eliminado hace dos años por presiones y amenazas del oficialismo. Las reducciones a su presupuesto, que han provocado la renuncia de la última magistrada, han dado el golpe de gracia a un Tribunal moribundo agobiado por una carga de trabajo que aumentaba sin cesar.

Obedeciendo a su función tutelar el Tribunal Constitucional emitió dos sentencias sobre despidos de trabajadores producidos en el año 2001, en las cuales se declararon fundadas las demandas de amparo por violación de los derechos a la libertad de trabajo (artículo 22 de la Constitución) y a la adecuada protección contra el despido arbitrario (artículo 27 de la Constitución), disponiéndose su reposición en el empleo, en vista de que la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad –y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal- cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos. Sin

[29] El control jurisdiccional es necesario en todo ordenamiento jurídico y es la base sobre la cual descansa el moderno Estado de Derecho. No es posible que exista un ordenamiento jurídico moderno sin mecanismos, directos o indirectos, de control de la constitucionalidad y de la legalidad, hoy en día no se concibe que exista un ordenamiento jurídico donde se aprecie que solamente un órgano o poder del Estado gocen de las facultades de interpretación.

[30] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL." Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 238.

embargo ante estos pronunciamientos, la doctrina laboral y constitucional ha mostrado posiciones encontradas.

VIII.3. EL ROL QUE LE CORRESPONDE AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE LA FUNCIÓN "ADOCTRINADORA" DEL ALTO TRIBUNAL.

No siendo materia del presente trabajo el entrar a definir al mínimo detalle las funciones que se le confían y reconocen al Tribunal Constitucional dentro de todo Estado Constitucional de Derecho, nos interesa más bien resaltar aquellas en virtud de las cuales, en nuestra modesta opinión, se le confía un papel protagónico en la consolidación de una cultura constitucional, no sólo en cuanto al respeto de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional se refiere, sino también en el establecimiento de doctrina, a fin de evitar confusiones o errores al momento de que se exige la tutela de aquellos derechos que el accionante considera eventualmente se le han afectado o ha visto amenazados. Esto último por cierto se hace evidente tanto en las demandas, como en el momento en que la judicatura ordinaria entra a resolver en todos estos menesteres.

Actualmente existe consenso en reconocerle al Tribunal Constitucional una función, de pedagogía constitucional, en tanto sienta a su vez doctrina, la misma que será posteriormente manejada por los distintos operadores jurídicos, en vista de que tiene preeminencia sobre estos en materia de interpretación constitucional de tal manera que su criterio interpretativo se imponga, ante varias posibles interpretaciones que exista sobre una determinada materia[31]. En esa línea de pensamiento, consideramos entonces que es su carácter de Supremo Intérprete[32] de la Constitución el que lleva a incidir en su labor de establecer claramente las pautas dogmáticas y orgánicas de la misma. Siendo él quien se encarga de establecer parámetros de interpretación del texto constitucional vigente con efectos generales, qué duda cabe sobre la importancia de que el Tribunal establezca la configuración de derechos fundamentales respecto de un asunto litigioso.

IX. APRECIACIÓN PERSONAL.

Los autores tradicionales consideran que el empleador tiene derecho a despedir sin causa. Se basan en la propiedad de los bienes de producción expresada en la titularidad de la empresa y de sus componentes, entre ellos los trabajadores, considerados cuasi muebles-por-accesión. Por su parte, describir la tarifa indemnizatoria como transacción, menoscaba ya que ésta es un negocio jurídico entre particulares, ausente en el mal llamado contrato de trabajo, ya que es estructurada legalmente. Tales autores sintonizan con la realidad descrita por Henry Ford en su cruel expresión de que los Estados Unidos habían crecido por el temor al desempleo, que llevaba a los trabajadores a cumplir y sobrepasar los cupos de producción. Para estos señores el despido arbitrario es buen disciplinador social ya que quien pierde el trabajo, pierde

[31] GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO PROBLEMA". En: Pensamiento Constitucional Nº 01. PUC. Lima, 1994, p. 34.

[32] Le corresponde al Tribunal Constitucional el establecer los principales lineamientos para interpretar la Constitución. En esa línea de pensamiento, es él órgano constitucionalmente autónomo indicado para señalar a lo largo de su jurisprudencia -la misma que es vinculante para las instancias jurisdiccionales inferiores- los contenidos materiales de la misma, así como definir la configuración de los derechos fundamentales y los límites de cada uno de ellos.

su vida, afirmación que se exponencia en una situación de des-empleo, sub-empleo, marginalidad, como afirmamos antes.

Las estadísticas proporcionadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, no mienten, la sentencia del Tribunal Constitucional que encarece el despido arbitrario partiendo del mes de septiembre del año 2002 al restituir la reposición en el trabajo frente a un despido arbitrario no ha tenido, efectos podríamos decir significativos que puedan considerarse "de impacto negativo" en los principales indicadores laborales de empleo analizados (empleo informal, utilización de los contratos de trabajo a plazo fijo, número de trabajadores dependientes, subempleo, duración media de los empleos, entre otros). Los resultados para el primer año (2003), arrojan, en alguno de los indicadores analizados, todo lo contrario: el empleo formal se incrementó (1.8%) mientras que la velocidad de crecimiento en el uso de los contratos a plazo fijo se redujo del 23% a 4.1%.

Partiendo de la consideración de que el hombre tiene deberes y derechos en relación al trabajo, que los derechos y deberes del trabajador y del empleador son mutuos, así como de la sociedad en general y del Estado; que deben conjugar en nuestros países porque sólo así podemos ir contrarrestando la aguda crisis económica-social, el subempleo y el desempleo, los problemas relativos a la producción, productividad, la miseria y el hambre, así como la gran mortalidad sobre todo de infantes, saludamos que el Tribunal Constitucional haya rescatado el concepto de defensa de los lineamientos constitucionales del derecho al trabajo al que todo ciudadano debe tener acceso, en vista de que el inclinarse por el desarrollo de una determinada actividad laboral se encuentra íntimamente vinculada con el proyecto de vida del individuo por lo que su afectación con el despido es susceptible de causar un irreparable daño moral[33] al empleado.

X. CONCLUSIONES ARRIBADAS.

1) Nuestra legislación laboral optaba por un esquema mixto en el cual la regla dejaba de ser la estabilidad laboral absoluta y la sustituye la relativa, reservándose la reposición para los despidos Nulos. La aplicación de este criterio por el Tribunal Constitucional se mantuvo por más de diez años, hasta que con sus dos controvertidos fallos, se ha retornado por la vía de la interpretación a un esquema de "estabilidad laboral absoluta".

2) Debe considerarse que el artículo 27 de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos se resaltan de esta disposición constitucional. Se trata de un "mandato al legislador", consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección y no determina forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

3) Por Ley expresa es el Tribunal Constitucional el que tiene la función de tutelar la interpretación de los preceptos que se encuentran en la Constitución, salvaguardando los derechos fundamentales y negando en las estadísticas

[33] MANGARELLI, Cristina. "Daño moral en el derecho laboral". Editorial Desalma. Montevideo, 1984. p. 112.

a la lógica terrible de Henry Ford, ya que el empleo formal se incrementó (1.8%) mientras que la velocidad de crecimiento en el uso de los contratos a plazo fijo se redujo del 23% a 4.1%.

XII. PROPUESTAS PLANTEADAS.

1) La indemnización, es en nuestra opinión insuficiente más aún en esta recesión mundial, por lo que para una verdadera protección contra el despido arbitrario exhortamos la vuelta al régimen de la estabilidad laboral absoluta, en la ley, en vista de que la abrazamos en la jurisprudencia, ya que sin ella serían mínimas las posibilidades de ejercicio de derechos y mecanismos para la tutela de los mismos frente al empleador.

2) De otro lado, la protección adecuada debiera importar, como se ha indicado, una causalización del despido y la obligación de que el legislador regule normativamente las causas y los procesos aplicables para los diferentes supuestos de extinción de la relación laboral; ciertamente, ante la trasgresión de los imperativos de protección laboral, el legislador debe fijar un mecanismo de tutela a favor del trabajador afectado.

3) Por último, exhortar a los seguidores de la trasnochada doctrina Ford, a reconocer que finalmente el Tribunal Constitucional les enmendó la plana, como se ha demostrado, con estadísticas más que con doctrina, cumpliendo una función tutelar y hasta si se quiere de pedagogía constitucional, en tanto sienta a su vez doctrina, la misma que será posteriormente manejada por los distintos operadores jurídicos.

XI. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

- AKERMAN, Mario Eduardo. AA.VV: "EL PRINCIPIO PROTECTORIO O DE PROTECCIÓN". En: En torno a los principios del Derecho del Trabajo. (Coordinador Mario Pasco Cosmópolis). Editorial Porrúa. México, 2005.
- BAYLOS GRAU, Antonio. "EL DESPIDO INDIVIDUAL". Editorial ARA Editores. Lima, 1997.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "EL DESPIDO EN EL DERECHO LABORAL PERUANO". Editorial ARA Editores. Segunda Edición. Lima, 2006.
- CABANELLAS, Guillermo. "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL". Ediciones Santillana. 5ta edición. Tomo II. Madrid.
- CHACALTANA, Juan y LÓPEZ, Kristian. "¿CUÁNTO CUESTA UN SEGURO DE DESEMPLEO?". En: Revista Análisis Laboral Nº 139. Lima, abril 2003.
- DEL REY GUANTER, Salvador. "DESREGULACIÓN, JURIDIFICACIÓN Y FLEXIBILIDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO". En: Relaciones Laborales Nº 10, Cataluña 1989.
- DIARIO PERÚ.21 Viernes 23/01/09.
- DOLORIER TORRES, Javier. "PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO". En: La Constitución Comentada. Análisis Artículo por Artículo. Obra Colectiva escrita por 117 destacados juristas del país. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. Lima, diciembre 2005.

- DONAYRE MONTESINOS, Christian. En: Revista Electrónica Jurídica Cajamarca. Año V – Número 15 – 2004.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. "LA FLEXIBILIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO EN ALGUNAS EXPERIENCIAS COMPARADAS". En: Ius et Veritas, revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año III, Nº 4, Lima.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO PROBLEMA". En: Pensamiento Constitucional Nº 01. PUC. Lima, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: "LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL." Editorial Civitas, Madrid, 1988.
- NEVES MUJICA, Javier. "LA CUARTA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS LABORALES." En: Ius Et Veritas, revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 19, Lima, 1999.
- MANGARELLI, Cristina. "Daño moral en el derecho laboral". Editorial Desalma. Montevideo, 1984.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. "LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES", en AA.VV., Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- NEVES MUJICA, Javier. "TRABAJO Y CONSTITUCIÓN".Editorial Cuzco, Lima, 1989.
- PAREDES INFANZON, Jelio: "EL CONTRATO DE TRABAJO". En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Normas Editora Legales S.A, Trujillo, diciembre 2001.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "EL TRABAJO EN LA CONSTITUCIÓN". En: Ius et Veritas. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año IV, Nº 7, Lima.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO". Naturaleza Jurídica y Manifestaciones en la Legislación Comparada. Revista Actualidad Jurídica. Información Especializada para Jueces y Abogados. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Tomo 169. Lima, diciembre 2007.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal. "ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL". Editorial Moreno S.A. Lima, 2008.
- SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE LA CORTE SUPREMA. Sentencia Casatoria Nº 399-99.
- SEBASTIANI ARAUJO, Boris. "PROTECCIÓN ANTE EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA". En: Iuris Lex Societas. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo. Año I, Nº 1, Trujillo.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "ZONAS GRISES (Actuales y Futuros) Y LA TENDENCIA EN LA REGULACIÓN DE LOS DESPIDOS". En: Revista Actualidad Jurídica Revista Actualidad Jurídica. Información Especializada para Jueces y Abogados. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Tomo 140. Lima, abril 2005.

LAS INCIDENCIAS DEL NUEVO MODELO PROCESAL LABORAL

VILLALOBOS OBANDO WILMER ALEXANDER
SECIGRISTA DE LA PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL LIQUIDADORA
UDCH

RESUMEN DEL TRABAJO:

Quienes nos estamos forjando como abogados observamos como muchos justiciables perecen en el intento de lograr el reconocimiento de sus derechos laborales ,debido a la prolijidad de los procesos ,ante este algente escollo surgió una propuesta que se encuentra plasmada actualmente en la ley Nº Ley N° 29497, aprobada el 15 de diciembre del año 2009, cuya vigencia está prevista para el mes de julio del presente año, la misma que reforma diversos aspectos de la actual ley procesal 26636, ¿pero es ésta la panacea de la justicia laboral?, evidentemente no, pero coadyuva en gran parte a dejar atrás las características negativas del antiguo modelo, ya que incorpora la oralidad como principio rector, no obstante tenemos que ir más allá de eso y buscar un cambio pero no de leyes, ni de normas sino de temperamento, idiosincrasia y forma de actuar, un cambio generacional para poder de ese modo ajustarnos a los requerimientos de este nuevo modelo procesal laboral y poder impulsar con mayor respeto los derechos fundamentales de la justicia moderna, aplicando los medios alternativos de solución de conflictos lo más eficiente posible, como la institución de la conciliación, siempre teniendo una visión cosmopolita de lo que acontece en el derecho comparado respecto a este mismo modelo procesal, que en diferentes países de la región es todo un éxito como el caso de Chile donde ya está instaurada una justicia especializada en materia laboral y se han creado incluso Juzgados previsionales que resuelven exclusivamente lo referente a materia previsional, o la experiencia de Venezuela donde se ha intensificado el uso de la mediación como mecanismo alternativo de la solución de conflictos laborales.

LAS INCIDENCIAS DEL NUEVO MODELO PROCESAL LABORAL

I. ISAGOGUE

Quienes nos estamos forjando como abogados observamos como muchos justiciables perecen en el intento de lograr el reconocimiento de sus derechos laborales, debido a la prolijidad de los procesos, ante este algente escollo surgió una propuesta por parte del ministerio de trabajo y promoción del empleo, dicha iniciativa se encuentra plasmada actualmente en la ley Nº Ley N° 29497, aprobada el 15 de diciembre del año 2009, cuya vigencia está prevista para el mes de julio del presente año, la misma que reforma diversos aspectos de nuestro actual modelo procesal laboral regulado en la ley 26636, ¿pero es ésta la panacea de la justicia laboral en el Perú?, evidentemente no, pero me atrevo a sostener que esta norma procesal coadyuva en gran parte a dejar atrás las características negativas del antiguo modelo, ya que incorpora la oralidad como principio rector, relegando la escrituralidad para ser utilizada en su mínima expresión,

así como también propone el uso intensivo de medios tecnológicos que permitan garantizar un registro por cualquier medio apto para su conservación y reproducción de su contenido, permitiendo la obtención de la celeridad en el proceso, no obstante debemos tener en cuenta que celeridad no significa precisamente JUSTICIA, por ello estoy convencido que tenemos que ir más allá de eso y buscar aunado a la reforma también un cambio, pero no de leyes, ni de normas sino de temperamento, idiosincrasia y forma de actuar, un cambio generacional para poder de ese modo ajustarnos a los requerimientos de este nuevo modelo procesal laboral y poder impulsar con mayor respeto los derechos fundamentales de la justicia moderna, ya que este nuevo modelo procesal nos otorga herramientas o artilugios verdaderamente innovadores y que realmente permiten resolver los conflictos de manera idónea y eficaz, aplicando también los medios alternativos de solución de conflictos, en la forma más eficiente posible, como la institución de la conciliación, regulada ya en este nuevo instrumento procesal.

Estoy sumamente convencido que la aplicación de esta ley sería un gran avance para nuestros sufridos litigantes, por lo que el Estado debería trabajar varios aspectos sociológicos para conseguir el éxito de la reforma, tratando de impartir desde las escuelas y las universidades ese cambio, incidiendo en la idiosincrasia de cada uno, así como implementar un sistema de recursos académicos y procurar e intensificar la capacitación de los hombres de leyes, ya que un abogado debe basar el cumplimiento de sus funciones en la ética y obtener una mejor administración de justicia, así mismo los abogados con este nuevo modelo procesal laboral deben aprender a oralizar sus ideas, sus pretensiones y reclamos en una audiencia donde el juez es un neófito de los hechos del proceso, por ello la capacitación será decisiva para el éxito de la reforma.

Así mismo, debemos tener una visión cosmopolita de lo que acontece en el derecho comparado respecto a este mismo modelo procesal, ya que de ese modo aseguraremos su consagración en nuestro país, el mismo que en diferentes países de la región es todo un éxito como el caso de Venezuela donde se ha intensificado el uso de la mediación como mecanismo de la solución de conflictos laborales y se ha reducido hasta en un 70 % la carga procesal, o Chile, país en el cual ya está instaurada una justicia especializada en materia laboral y se han creado incluso Juzgados previsionales que resuelven exclusivamente lo referente a materia de pensiones.

II. NOCIÓN DE DERECHO PROCESAL LABORAL

En opinión del distinguido maestro MARIO PASCO COSMOPOLIS[1] el Derecho Procesal laboral tiene por objeto la solución de las controversias y conflictos de trabajo, así mismo DOMINGO CAMPOS RIVERA[2] señala que el derecho procesal laboral constituye el conjunto o sistema de normas de carácter jurídico que regula la intervención tanto de los particulares como de las autoridades de trabajo en la solución de los conflictos – individuales o colectivos, jurídicos o económicos, de carácter oficial o privado- que se originen directa o indirectamente en la prestación

[1] PASCO COSMOPOLI, Mario: Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo, Editorial. Aeele; Lima – Perú 1997

[2] CAMPOS RIVERA, Domingo: Derecho Procesal Laboral, Editorial Themis, Bogota- Colombia 2003.

de un servicio personal subordinado".

Podemos concluir que el derecho procesal laboral surge como la manifestación de una rama del derecho procesal y que sirve como instrumento solucionador de los diferentes conflictos que tengan como punto de origen una relación de trabajo, a efectos que el trabajador obtenga a través del órgano jurisdiccional el reconocimiento de sus derechos laborales sustantivos plasmados en una declaración firme y concreta o el empleador pueda reprochar la conducta de su trabajador dentro de los alcances de la legislación laboral.

III. DEFICIENCIAS DEL ACTUAL MODELO PROCESAL LABORAL

Ahora nos sumergiremos en esta maraña de problemas que aquejan al actual sistema procesal laboral empezando con el trillado e inacabable tema de la carga procesal, pues al respecto debemos decir que no se ha hecho absolutamente nada por realizar una justicia especializada, como bien lo afirma el eximio laboralista DOCTOR MARCO ANTONIO PÉREZ RAMÍREZ[3] , quien manifiesta que el Estado no ha sido consecuente con una debida proporción distributiva de la carga procesal, ya que no se han creado nuevos órganos jurisdiccionales especializados laborales, como si lo ha habido en otras especialidades y que en el caso del distrito judicial de Lambayeque siempre ha sido relegado en aspectos de implementación logística, en locales físicos ,redistribución del personal , capacitación ,entre otros aspectos .

Evidentemente necesitamos jueces especializados pero esto se podría solucionar realizando una adecuada planificación, previa investigación científica de la demanda real de jueces especializados en materia laboral acorde con la densidad poblacional e ir implementándolo progresivamente.

Otro de los algentes problemas que suscita la sobrecarga procesal se debe a que no se han implementado sistemas de solución de conflictos fuera de proceso, la conciliación extrajudicial y LA MEDIACIÓN son mecanismos que reducen factible y sustancialmente la acumulación de causas procesales ,tenemos un gran ejemplo en nuestro vecino país Venezuela, el cual implementó en el año 2003 un sistema donde la mediación y la oralidad son los ejes centrales del proceso laboral, resultando un éxito a niveles estratosféricos ya que se ha logrado reducir la carga procesal en un setenta por ciento al año 2009 y se disminuyó considerablemente la duración de los procesos,en dicho sistema la mediación es incentivada por el mismo juez en la etapa preliminar que tiene una duración de cuatro meses, muchas de las causas finalizan en esta etapa, pero al no existir consenso entre las partes inmediatamente pasan a la otra etapa del proceso, la misma que tiene una duración máxima de dos meses para concluir el proceso[4].

Pese a la existencia de tribunales de trabajo, en las sociedades democráticas, la solución extrajudicial de los conflictos ha seguido manteniendo un papel significativo acrecentado en el tiempo, para descargar la tarea de los órganos judiciales, evitando su intervención en determinados problemas, cuyo tratamiento más adecuado sería la solución extrajudicial, y para asegurar un espacio propio de la autonomía colectiva y

[3] HACIA UNA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO Y SU ANTEPROYECTO ,Articulo del DOCTOR MARCO ANTONIO PEREZ RAMIREZ presentado en la quinta edición de la REVISTA IPSO IURE en mayo de 2009 ,páginas 6 y 7

[4] Información obtenida de la página oficial del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.

la autosuficiencia del sistema de relaciones laborales.

De lo notado anteriormente creo que la adecuada solución sería implementar la conciliación previa a iniciar un proceso judicial siempre y cuando se cumpla con estos tres requisitos: I) el acuerdo entre las partes, II) la reducción de remuneraciones disponibles hasta el mínimo legal y III) observancia de los derechos adquiridos, además de no existir vicios en la voluntad del trabajador y se respete las normas de la constitución y los tratados de la organización internacional del trabajo.

Para terminar esta parte , tenemos evidentemente que incluir el principio y verbo rector que desenmaraña y agiliza los procesos en cuanto a la sustanciación de los mismos ,nos estamos refiriendo a la ORALIDAD ;en el actual sistema un proceso dura cinco años en el mejor de los casos (dejando de lado los procesos contra la ONP) ya qué como manifesté en supra la burocratización y la escrituralidad entorpecen la administración de justicia ,creen ustedes que los jueces cuando tienen los inmensos expedientes realizan un escudriñamiento exhaustivo del mismo para resolver ,o cuando inician una audiencia con un número de personajes y luego la misma es suspendida para verse posteriormente en dos o tres meses ,creen que el juez recuerda cada palabra, cada expresión, cada recurso que dijeron esos personajes en la audiencia, pues la respuesta por una verdad de Perogrullo es NO ,ergo no es lo mismo ver una película por partes cada día que verla de un tirón, de una sola vez, tomando en cuenta cada suceso, cada acontecimiento, cada diálogo, eso precisamente es lo que sucede con nuestra actual ley procesal laboral, en la cual las audiencias se prolongan un evo en el tiempo de los pasos perdidos.

Con la nueva ley se busca desburocratizar la sustanciación del proceso laboral ,no sólo en el aspecto laboral ,actualmente se utiliza la oralidad en varios distritos judiciales del país, incluido el nuestro, con muy buenos resultados, tal es el caso del nuevo código procesal penal del 2004 con el sistema acusatorio ,garantista con rasgos adversariales, que en palabras nuestro distinguido y honorable presidente de la Corte Superior Doctor RICARDO PONTE DURANGO, esto es lo mejor que hemos tenido en cuanto a reforma procesal.

IV. PRINCIPALES ASPECTOS DE LA REFORMA

No pretendo realizar una exhaustiva disertación sobre el contenido de la reforma, sino exegetar los principales cambios inmersos en la nueva ley procesal.

Como manifesté en supra la principal y primordial innovación que trae la nueva ley procesal del trabajo es la oralidad a lo largo del proceso y en forma excepcional la utilización de medios escritos, con lo cual se busca desburocratizar la sustanciación del proceso laboral y también presupone la utilización intensiva de medios tecnológicos, consagrando dicho instituto procesal en el artículo 12º de la nueva ley, respecto a este tema el expositor Dr. Paúl Paredes Palacios, Asesor del Despacho Ministerial, ha desarrollado con claridad meridiana las bondades de la audiencias con exposiciones orales de las partes y sus

abogados mediante el cual el juez dirige las actuaciones procesales, es quien interroga, apremia y hace participar incluso a terceros en cualquier momento de la audiencia .

Pero esta no es la única variación que trae la nueva ley procesal del trabajo, pues en el Articulo II del título preliminar conceptúa como fundamentos del proceso laboral el principio de favorum processum ,privilegiando el fondo sobre la forma, interpretando los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la continuidad del proceso, dejando de lado las viejas costumbres de los abogados tradicionales que solo buscan el más mínimo error formal para "tumbarse el proceso", trayéndose abajo años de lucha infatigable del trabajador, cual fuera el mito de Sísifo, así como también acentúa los principios de inmediación, que es mera consecuencia de la oralidad; y el principio de dirección del proceso dándoles un rol protagónico para imponer sanciones en caso haya temeridad o mala fe de las partes del proceso.

Por otro lado vemos que se hace realidad en la nueva ley el apotegma o aforismo de que la justicia es gratuita.

En el Articulo III, la nueva ley otorga alicientes para lograr una justicia predictiva, ya que autoriza a los jueces laborales para que estos resuelvan en atención a los precedentes vinculantes y los preceptos resultantes de las resoluciones dictadas por el tribunal constitucional, así como de la corte suprema de justicia de la república, respecto al Artículo 1º, este señala que se tramitará en los juzgados laborales las pretensiones por daño emergente ,lucro cesante y daño moral derivados de la relación laboral ,esto no hace más que unificar e incorporar en una ley, lo que ya se había regulado en el pleno jurisdiccional del año 2000, el cual establecía que era competencia de los jueces de trabajo conocer y resolver las demandas de indemnización por daños y perjuicios originados por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo .Asimismo se redimensiona la competencia de los juzgados de paz letrado en el Articulo 2 ,permitiendo lograr la reducción de causas que vayan en apelación a la sala especializada laboral o que lleguen a la corte suprema en casación a propósito de la casación en la nueva ley la interposición de este recurso ya no suspenderá la ejecución de la sentencia ,evitando su utilización para prolongar el proceso inútilmente.

No debemos dejar de lado lo preceptuado en el artículo 13º que nos parece muy importante por cuanto plantea que las notificaciones se realicen por medios electrónicos a excepción de la notificación del traslado de la demanda y la admisión de un tercero con interés, la concesión de una medida cautelar ,entre otros se realizara mediante cédula, también es necesario resaltar que la carga de la prueba retoma su dimensión de quien alega hechos debe probarlos ,pero sin perjuicio de dejar de utilizar los medios que produzcan convicción en el juzgador .

La implementación de este nuevo sistema dependerá mucho de lo que se haga en adelante abarcando todos los sectores de la administración de justicia, universidades, gremios empresariales, empleadores, etc. Es necesario resaltar que la aplicación de esta ley va a generar un gasto pletórico

al Estado, pero nuestro gobierno no debe ver esto como un gasto sino como una inversión en justicia, se podría comenzar a implementar paulatinamente en cada distrito judicial, como en efecto se hizo con el nuevo código procesal penal, que ya es todo un éxito en nuestro país y que significa desarrollo para el mismo.

BIBLIOGRAFICAS

FUENTES DE CONSULTA

- CAMPOS RIVERA, Domingo: Derecho Procesal Laboral, Editorial Themis , Bogotá- Colombia 2003.
- PEREZ RAMIREZ, Marco Antonio : HACIA UNA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO Y SU ANTEPROYECTO ,Articulo del presentado en la quinta edición de la REVISTA IPSO IURE en mayo de 2009.
- PASCO COSMOPOLIS, Mario :Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo, Editorial. Aeele; Lima – Perú 1997
- REVISTA JURIDICA IPSO IURE, Quinta edición, publicada en mayo del año 2009.
- ROMERO MONTES ,Francisco : El Derecho Procesal Del Trabajo, Lima – Perú Editorial Edial E.I.R.L.; Lima. Perú.1998

LINKOGRAFICAS

- www.google.com/pagina oficial del tribunal supremo de justicia de la república bolivariana de Venezuela.
- www.taringa.com/libros de derecho procesal laboral.
- www.laboraperu.com
- www.poderjudicial de la república de chile.com/laboral
- www.wikipedia.com/derecho procesal laboral extranjero/