



ISSN 1997-6682

# Revista Oficial del Poder Judicial

---

Corte Suprema de Justicia de la República

2/1 2008  
Lima, Perú

# Revista Oficial del Poder Judicial

---

Corte Suprema de Justicia de la República

2/1 2008  
Lima, Perú

# Revista Oficial del Poder Judicial

La Revista Oficial del Poder Judicial tiene por objeto impulsar la creación intelectual e investigación académica principalmente de los Magistrados, y así constituir un escenario para la divulgación de temas del quehacer jurídico y judicial, contando para ello con la participación de los autores nacionales y extranjeros.

VOLUMEN 2 - N° 1  
ISSN 1997-6682

Esta revista se edita dos veces al año.

## EDITORES

Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República  
Gabinete de Asesores de la Corte Suprema de Justicia de la República  
Centro de Investigaciones Judiciales

La Revista Oficial del Poder Judicial tiene como destinatarios a los Magistrados de toda la República, instituciones públicas y privadas vinculadas a temas de justicia, universidades, Poder Judicial de los diferentes países de Latinoamérica y toda aquella persona interesada en el quehacer jurídico.

Los originales recibidos serán analizados por los editores y /u otros especialistas.

La Revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas por los autores en sus trabajos ni de la verdadera autoría de los mismos. Cualquier reclamo deberá hacerse con el autor del trabajo que originó el conflicto.

Los trabajos publicados en esta Revista son de propiedad de sus autores, quienes han autorizado su divulgación en la misma.

Los editores se reservan el derecho de hacer la corrección de estilo y cambios editoriales que considere necesarios para mejorar el trabajo.

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú  
Registro N ° 2007-13512

Esta Revista permite la reproducción parcial de sus trabajos a condición de que se mencione la fuente.

## CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES DEL PODER JUDICIAL

Palacio Nacional de Justicia – 2do- Piso  
Av. Paseo de la República s/n – Lima, Perú.  
Telf: 511-410-1010 anexo 11575  
cij@pj.gob.pe                      www.pg.gob.pe

Esta publicación es de carácter gratuito y acepta canjes con publicaciones de temas jurídicos y de ciencias sociales en general.



Salón Vidaurre - Palacio Nacional de Justicia  
Lima - Perú



**SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE  
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA\***

Presidente

Francisco Artemio Távora Córdova

Vocales

Antonio Pajares Paredes

Pedro Iberico Mas\*\*

Luis Felipe Almenara Bryson

Manuel Sánchez-Palacios Paiva

Hugo Sivina Hurtado

Javier Román Santisteban

Elcira Vásquez Cortez

Robinson Gonzáles Campos

Víctor Ticona Postigo

César San Martín Castro

Javier Villa Stein

José Luis Lecaros Cornejo

Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Jacinto Julio Rodríguez Mendoza

Jorge Alfredo Solís Espinoza

Duberli Apolinar Rodríguez Tineo

---

\* El Dr. Enrique Javier Mendoza Ramírez, Vocal Supremo Titular, se encuentra con licencia constitucional, preside el Jurado Nacional de Elecciones.

\*\* De licencia por motivos de salud desde enero de 2008 a la fecha.







Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República - Segundo Pleno Casatorio Civil  
Lima, 18 de setiembre de 2008

(De izquierda a derecha Sr. Dr. Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo, Sr. Dr. Jacinto Julio Rodríguez Mendoza, Sr. Dr. José Luis Lecaros Cornejo, Sr. Dr. Víctor Lucas Ticona Pósito, Sr. Dr. Javier Benjamín Román Santisteban, Sr. Dr. Manuel Sánchez-Palacios Paiva, Sr. Dr. Antonio Pajares Paredes, Sr. Dr. Francisco Artemio Távora Córdova (Presidente), Sr. Dr. Luis Felipe Almenara Bryson, Sr. Dr. Hugo Sivina Hurtado, Srta. Dra. Elcira Vásquez Cortez, Sr. Dr. César Eugenio San Martín Castro, Sr. Dr. Javier Villa Stein, Sr. Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Sr. Dr. Jorge Alfredo Solís Espinoza).









Revista Oficial del Poder Judicial  
Corte Suprema de Justicia de la República  
2/1 2008 - ISSN 1997-6682

Editorial 15

**DOCTRINA NACIONAL**

**MAGISTRADOS**

Manuel Sánchez-Palacios Paiva  
*Magistratura y prensa* 23

Víctor Roberto Prado Saldarriaga  
*Las consecuencias accesorias y el Código Procesal Penal de 2004* 55

César San Martín Castro  
*Constitución, Tribunal Constitucional y Derecho Penal Nacional* 73

Manuel Miranda Canales  
*Comentarios al Primer Pleno Casatorio Civil* 103

Ana María Aranda Rodríguez  
*Alcances sobre la responsabilidad civil en el caso de las sociedades mercantiles* 109

Aldo Martín Figueroa Navarro  
*¿Aplicación total o combinada de normas penales?  
A propósito de un (des)acuerdo plenario* 123

Héctor Enrique Lama More  
*El título posesorio en el Derecho Civil Peruano* 139

Willian F. Quiroz Salazar  
*La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú* 159

Edgardo Torres López  
*Tutela efectiva del derecho del medio ambiente* 173

Jaime Francisco Coaguila Valdivia  
*¿Es el juez realmente un poeta? Algunas palabras en voz alta sobre la reciente antología "Jueces en la literatura chilena" de Aristóteles España* 189

Carlos Cruz Lezcano  
*El recurso de adhesión en el Código Procesal Civil Peruano:  
Una aproximación al tema* 199

## JURISTAS

Ronald Cárdenas Krenz <i>Ética y gestión pública: una visión desde el otro lado</i>	223
Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya <i>Nueva Ley de Arbitraje: colaboración y control judicial</i>	237
Sylvia Amelia Torres Morales de Ferreyros <i>¿El derecho de defensa: una garantía que realmente se respeta?</i>	253
César Carranza Alvarez <i>La Imprevisión Contractual. Breves comentarios a propósito del artículo 80° del Código Civil Cubano</i>	269

## DOCTRINA INTERNACIONAL

José Julio Fernández Rodríguez – (España) <i>La libertad de imprenta en las Cortes y en la Constitución de Cádiz de 1812</i>	287
Joan Picó Junoy – (España) <i>La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado</i>	309

## DOCUMENTOS

Segunda Cumbre de altas autoridades de los Poderes Judiciales de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) <i>Declaración de Lima</i>	337
Guía para la presentación de artículos.	341







## Editorial

El primer número del segundo año de edición de la Revista Oficial del Poder Judicial ve la luz hoy. Hace un año emprendimos el reto de llevar adelante este proyecto a fin de difundir las ideas de nuestros magistrados y comunicar la línea de pensamiento de juristas nacionales e internacionales.

Conscientes, entonces, que las revistas han de ser por ello los heraldos del quehacer vigente de la ciencia; y seguros, en ese momento, que la Revista del Poder Judicial lo sería en materia jurídica, nos enorgullecemos hoy el no habernos equivocado, sobre todo si los dos primeros números de la Revista Oficial del Poder Judicial han logrado la rigurosidad académica necesaria para alcanzar un nivel de reconocida importancia entre las revistas de derecho de diferentes instituciones. Además, esa rigurosidad ha permitido su difusión en los círculos jurídicos más importantes del Perú y del extranjero.

Por ello, y en esta misma línea de pensamiento, en este primer número del año 2008, se consignan artículos de notable interés, entre ellos, el del doctor Manuel Sánchez-Palacios Paiva, donde nos explica de manera clara y concisa que una prensa libre y un Poder Judicial independiente son pilares que sustentan la democracia; de la misma manera el doctor Víctor Prado Saldarriaga nos refiere cómo la persona jurídica puede ser incorporada al proceso penal, los derechos y garantías procesales que le corresponden y las medidas cautelares que se le pueden ser aplicables; y finalmente, el doctor César San Martín Castro expone los principios constitucionales del Derecho Penal y la manera que la Constitución permite una lectura garantista de las normas punitivas. Y junto a todo ello, con igual lucidez académica, se presentan los artículos de otros destacados magistrados, los cuales desarrollan de manera profunda y refinada temas de su especialidad.

Además, y ya entrando al aporte hecho por distintos juristas peruanos, debo

resaltar como el doctor Cárdenas Krenz, nos presenta de una manera amena los sinsabores de la administración pública y la importancia de la ética en la misma; igualmente, el doctor Castillo Freyre y la doctora Rita Sabroso nos explican los alcances de la nueva Ley de Arbitraje y la asistencia judicial en materia de purezas en sede arbitral. Por su parte, el doctor César Carranza Álvarez, quien fuera miembro del Centro de Investigaciones Judiciales, trabaja la imprevisión contractual en la doctrina comparada; y por último, la doctora Sylvia Torres Morales nos muestra cómo, a pesar de contar con conceptos claros sobre el derecho a la defensa, éstos están muy lejos de garantizar su cumplimiento.

Por otro lado, la doctrina internacional, está igualmente presente como en anteriores ediciones. En este sentido, el constitucionalista español José Julio Fernández Rodríguez, nos refiere la importancia de la prensa escrita en la consolidación del liberalismo, puesto que permitió la difusión de nuevas ideas e informaciones a favor del pueblo. Además, el profesor Joan Picó Junoy, destacado procesalista español, trata el tema polémico de la iniciativa probatoria del juez civil. Dos aportes de primer nivel que bien vale la pena resaltar.

A su vez, y ya en la sección Documentos, se adjunta la Declaración de Lima, de la II Reunión de Presidentes de los Poderes Judiciales de los Estados miembros de la Unión de las Naciones Suramericanas (UNASUR). En ella se reconoce la necesidad de crear espacios de cooperación y coordinación entre los Poderes Judiciales para evitar obstáculos en el desarrollo de las labores de impartición de justicia que vaya más allá de las fronteras de cada Estado en particular. De la misma forma, se confirma la necesidad de mantener un diálogo fluido entre nuestras instituciones para seguir trabajando en marco de coordinación y cooperación.

Finalmente, y como una invitación a todos los receptores de esta Revista, se presenta una guía para la presentación de artículos. De esa forma se asegura que la convocatoria para la publicación de trabajos de índole académico sea permanente y esté abierta no solamente a la magistratura, sino también a calificados académicos, tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

Concluyo entonces esta editorial, renovando el compromiso de continuar apoyando este proyecto académico y de apuntalar al contenido cualitativo de lo publicado.

**Francisco Távara Córdova**  
Presidente del Poder Judicial



Francisco Távara Córdova  
Presidente del Poder Judicial  
2007 - 2008













## MAGISTRATURA Y PRENSA\*

MANUEL SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA\*\*

### Resumen

Partiendo del concepto de libertad se elabora el de libertad de prensa, deteniéndose aquí a presentar una breve historia de la misma, desde las épocas más remotas hasta las más recientes, tanto en el ámbito mundial como en el peruano. Se hace referencia a los límites de la libertad de prensa propuestos por Jacques Bourquin así como a la misión que debe cumplir la prensa. Luego de ello, se trata el tema de la prensa y el Poder Judicial Peruano, estableciéndose que una prensa libre y un Poder Judicial independiente son pilares que sustentan la democracia, seguidamente se hace referencia a dos casos que han sido tratados ampliamente por la prensa en el Perú. Finalmente, se concluye enfatizando la preeminencia de las libertades de expresión y de información frente a cualquier derecho.

**Palabras Clave:** Libertad, libertad de prensa, opinión pública, Poder Judicial.

### Abstract

Starting off of the freedom concept the press freedom is elaborated, it is been displayed a brief of it, from the most remote times to the most recent, as much in the world-wide scope as in the peruvian. Reference to the limits of the press freedom is proposed by Jacques Bourquin as well as to the mission that the press must fulfill. After it, the subject is the press and the Peruvian Judicial Power, settling down that a free press and an independent Judicial Power are pillars that sustain the democracy, then makes reference to two cases that have been treated widely by the press in Peru. Finally, concludes emphasizing the pre-eminence of the liberties of expression and information against any right.

**Key words:** Freedom, Press freedom, Public opinion, Judicial Power.

### Sumario

1. Introducción. 2. La libertad. Concepto. Formación. 3. La libertad de prensa. 4. La propuesta de Jacques Bourquin. 5. Normas reguladoras de la prensa. Evolución histórica en el Perú. 6. La prensa y el Poder Judicial. 7. Dos casos en giro en el Perú. 8. Conclusión.

---

\* Texto de la conferencia dictada el 25 de abril de 2008, en Bariloche, Provincia de Río Negro, en el marco del Segundo Seminario Judicial Patagónico sobre libertad de expresión.

\*\* Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Presidente de la Sala Civil Permanente.

## 1. INTRODUCCIÓN

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, de 1948, garantiza, entre otras libertades: la de pensamiento, conciencia y de religión (artículo 18°), la de opinión, de buscar, recibir y difundir informaciones o ideas de toda índole (artículo 19°).

El Pacto de San José garantiza, igualmente, entre otras libertades, la personal (artículo 7°), la protección de la honra y la dignidad (artículo 11°), la libertad de conciencia (artículo 12°), la libertad de pensamiento y de expresión (artículo 13°).

Declaraciones similares se encuentran en las demás Cartas internacionales.

Las Constituciones de los Estados democráticos, igualmente garantizan la libertad, en sus distintas manifestaciones. Es que la libertad es un principio fundamental del Derecho.

La libertad es un ideal. A cada época, a cada cultura, le corresponde definir las condiciones óptimas que, dentro de las circunstancias histórico sociales dadas, sean capaces de asegurar la realización de ese ideal. Como escribió Montesquieu, no hay otra palabra que haya sido interpretada de tantas formas distintas y que haya impresionado los espíritus de tantas maneras.<sup>1</sup>

La naturaleza de la libertad, como concepto e idea, impide su absolutización, porque en ese preciso momento se desnaturaliza y se la aniquila. Es un concepto lábil.

Paradójicamente, la libertad, puede actuar contra sí misma.

## 2. LA LIBERTAD. CONCEPTO. FORMACIÓN

### 2.1. EL PENSAMIENTO DE MILL

La pregunta ¿Qué es la libertad? ha tenido respuestas que han ido variando en el tiempo, como consecuencia de los cambios sociales, económicos y aún los científicos, los mismos que se han venido sucediendo, a mayor velocidad, después de la Segunda Guerra Mundial.

John Stuart Mill, a mediados del siglo XIX, en su ensayo sobre la libertad escribió:

“Comprende, en primer lugar, el ámbito (domain) de la conciencia, que exige libertad de conciencia en el más amplio sentido; libertad de pensar y de sentir; absoluta libertad de opinión y sentimiento sobre cualquier asunto práctico, especulativo, científico, moral o teológico. La libertad de expresar y publicar opiniones puede parecer que cae bajo un principio diferente, en tanto que pertenece a aquella parte de la conducta del individuo que concierne a otras personas; pero, siendo casi de tanta importancia como la misma libertad de pensamiento, y descansando en gran parte sobre las mismas razones, resulta prácticamente inseparable de ella”.

“En segundo lugar, el principio exige libertad de gustos y disposiciones (pursuits); configurar el plan de nuestra vida para que encaje con nuestro propio carácter; hacer lo que nos plazca, sometiéndonos a las consecuencias que pudieran derivarse, sin que nos lo impidan nuestros semejantes, en tanto no les perjudique lo que hagamos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es demencial, perversa o errónea”.

“En tercer lugar, de esta libertad de cada individuo dentro de los mismos límites, se desprende la libertad de combinarse los individuos entre sí; libertad de unirse para cualquier propósito que no implique daño a otros, dando por supuesto que las personas que se asocian son mayores de edad, y no están forzadas ni engañadas”.

“No es libre ninguna sociedad en que no sean respetadas en su totalidad estas libertades, cualquiera que sea su forma de gobierno; y ninguna es completamente libre si estas libertades no existen en ella de una manera absoluta y sin reserva”.<sup>2</sup>

## **2.2. LA TEORÍA IDEALISTA DEL ESTADO**

Así, y solo por mencionarla, la denominada teoría idealista del Estado, consideró que por libertad individual debe entenderse la obediencia a la ley de la sociedad a la que pertenezco; pues mi personalidad no es mas que la expresión del conjunto organizado. Cuando un individuo expresa que se esfuerza por realizarse, en realidad se esfuerza por identificarse con el orden del que forma parte.

A partir de Rousseau<sup>3</sup> se ha postulado que la conformidad con un código y la obediencia obligatoria al mismo es la esencia de la libertad; la libertad, se arguye, no consiste en una condición negativa, tal como la ausencia de coacción, es mas bien una positiva: autodeterminación de la voluntad

que, en cada uno, busca la realización de un objetivo, y que detrás de ese diversificado de objetivos, se encuentra un objetivo nacional. En ese sentido, cuando obedezco al Estado, me estoy obedeciendo a mi mismo; sus ordenes son las mías. Su opinión esta formada por las innumerables opiniones de cuyo intercambio surge la forma esencial de la organización social. Tal opinión es mucho mas sensata que todos los resultados de mi inteligencia. Mi verdadera libertad es una tutela del Estado.

En ese mismo sentido Kelsen señala que si la Sociedad y el Estado han de existir, se precisa que exista un orden obligatorio para la conducta recíproca de los hombres, y por consiguiente, una autoridad. Así, la libertad natural se convierte en libertad social o política, y es políticamente libre quien, aún estando sometido, lo está solamente a su propia voluntad y no a la ajena.<sup>4</sup>

Sostiene el mismo autor, que a causa de la inevitable discrepancia entre la voluntad individual, punto de partida de la idea de libertad, y el orden del Estado, que prevalece sobre aquella voluntad aun en el régimen democrático, donde esta discrepancia queda reducida al mínimo, se produce una nueva transformación en la representación de la voluntad política; que la libertad del individuo, que fundamentalmente es imposible, pierde poco a poco importancia ante la libertad de la colectividad social, y que la protesta contra el poder de quien no es distinto de los demás, determina en la conciencia política una traslación, un desplazamiento del sujeto del poder - imprescindible hasta en la democracia - mediante la creación de la personalidad anónima del Estado, a la que se le atribuye el imperio, y no a ninguna persona física, y como consecuencia, que de las voluntades y personalidades se abstrae una voluntad colectiva y una personalidad moral casi mística.<sup>5</sup>

La teoría idealista del Estado puntualiza que los seres humanos son libres cuando los preceptos legales bajo los cuales viven les permiten actuar sin sentido de frustración en aquellos dominios que consideran significativos. No los son, cuando los preceptos a los cuales deben someterse les disgustan o agravian; entonces la libertad, lejos de ser una ausencia de coacción, se convierte esencialmente en subordinación a un sistema de objetivos racionales que alcanzan su más alta expresión en la actividad del Estado. Identificarse con esta actividad puede considerarse como la forma más elevada de libertad que un ciudadano pueda conocer.

Esta paradoja se explica afirmando que la libertad es una autodeterminación de la voluntad que, en cada uno de nosotros, busca la realización de un objetivo nacional que se encuentra detrás del diversificado caos de objetivos

que existen en cada hombre, otorgándole un significado único. La libertad no es una condición negativa, configurada por la ausencia de coacción.

### **2.3. EL PENSAMIENTO LIBERAL**

El pensamiento liberal ha sido considerado desde sus orígenes como un postulado inalienable la necesidad de mantener una esfera más o menos amplia de la vida del individuo libre de toda interferencia estatal; el derecho de elegir sin interferencias ajenas; lo que se ha concretado en un núcleo determinado que algunos denominan “el sagrado de los derechos individuales”.

Se expresa como el derecho que tiene todo individuo de ser instrumento de sus propios actos, de moverse por propósitos conscientes propios.

Naturalmente esto no significa ausencia de límites, pues estos resultarán del derecho de los demás.

### **2.4. UN ENSAYO DE DEFINICIÓN**

Mi maestro de lógica, en sus primeras lecciones, me enseñó que la definición se hace por el género próximo y la diferencia específica.

Considero que la libertad es un bien, pues es independiente del sujeto en quien se halle y que la viva, y por tanto se le comprende en este género, que es su próximo. Parece innecesario recordar que “bien” en este sentido es un beneficio, utilidad, que es la cualidad que tiene un valor positivo.

Partiendo de allí, permítanme ensayar la definición siguiente:

La libertad es un bien que permite al ser humano decidir, elegir y obrar, de una manera u otra, sin coacción, en el marco del ordenamiento jurídico. Como consecuencia y contrapartida de esa libertad, el hombre es responsable por sus actos.

De este ensayo de definición surgen los elementos siguientes:

- a) Es un bien, porque siendo un derecho fundamental, también es un valor y un beneficio, aunque sea inestimable, no cuantificable.
- b) Importa capacidad de decidir una conducta, un comportamiento, esto es, que hay opciones para proceder y se debe elegir alguna de ellas.

- c) Se decide y actúa sin coacción, esto es, sin ingerencia ajena, por propio albedrío. La ausencia de coacción implica el poder de desenvolverse sin cortapisas, el derecho del individuo de elegir su propio modo de vida sin prohibiciones o imposiciones externas.
- d) Siempre se actúa en el marco del ordenamiento jurídico aceptado por el individuo, porque si se cumple la ley, con violencia interna, a disgusto, tampoco hay libertad.<sup>6</sup>

En toda sociedad, la presión del número de miembros y la diversidad de aspiraciones que resultan de cada uno, hacen indispensable la existencia de reglas de conducta y obligaciones, la delimitación de lo que es lícito e ilícito, y los bienes materiales y espirituales que protegen las reglas penales y civiles.

Aquí se espera un equilibrio armónico entre la libertad necesaria, y la autoridad, que debe dar espacio suficiente para la expresión de la personalidad del individuo.

## **2.5. EL ELEMENTO FUNDAMENTAL**

De todos estos elementos que integran el concepto de libertad, se concluye que lo que realmente la tipifica, lo que determina su esencia, es la ausencia de coacción. La libertad es, esencialmente, ausencia de coacción. Esto es, que nuestra voluntad no esté sujeta a otras voluntades, ni determinada por un encadenamiento fatal de circunstancias.

Los seres humanos son libres cuando los preceptos legales bajo los cuales viven les permiten actuar sin sentido de frustración en aquellos dominios que consideran significativos. No lo son cuando los preceptos a los cuales deben someterse los obligan a conducirse en una forma que les disgusta o agravia

La historia tiene muchos ejemplos de ordenamientos legales diseñados, precisamente, para coactar la libertad de los individuos: son los regímenes dictatoriales.

## **2.6. LIBERTAD POSITIVA Y LIBERTAD NEGATIVA**

Isaiah Berlín ha subrayado la diferencia entre estos dos conceptos de libertad:

- a) La negativa, que es la capacidad de elegir sin interferencias ajenas y;
- b) Positiva, que consiste en ser dueño de si; en ser su propio amo<sup>7</sup>.



Dicho autor, con relación a la libertad positiva expresa:

“Deseo que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, no de fuerzas externas de ninguna clase. Quiero ser el instrumento de mis propios actos de voluntad, no de los actos de otros hombres. Quiero ser un sujeto, no un objeto; moverme por razones, por propósitos conscientes propios, no por causas que me afecten, como si dijéramos, desde afuera. Quiero ser alguien, no nadie; un ejecutor - decididor, no alguien por quien se decide; autodirigido, no guiado por la naturaleza externa o por otros hombres como si fuese una cosa o un esclavo incapaz de desempeñar un papel humano, es decir, de concebir metas y políticas propias y alcanzarlas”.<sup>8</sup>

El mismo autor, con relación a la libertad negativa dice:

“Se refiere principalmente a la zona de control, no a la fuente de éste. Así como la democracia podría en realidad, privar al ciudadano individual de muchas libertades que podría tener en alguna otra forma de sociedad, es perfectamente concebible que un déspota con mentalidad liberal permitiese a sus súbditos una gran medida de libertad personal. El déspota que deja a sus súbditos una gran zona de libertad puede ser injusto o alentar las mayores desigualdades, preocuparse poco del orden, la virtud o el conocimiento; pero mientras no restrinja su libertad, o por lo menos la restrinja en menor medida que muchos otros regímenes, satisfará la especificación de Mill. La libertad en este sentido no está conectada, por lo menos lógicamente, con la democracia o el autogobierno. El autogobierno puede, en general, proporcionar una garantía mejor de la conservación de las libertades civiles que otros regímenes, y como tal lo han defendido los partidarios de la libertad. Pero no hay una conexión necesaria entre la libertad individual y el gobierno democrático.”

“La respuesta a la pregunta ¿Quién me gobierna? Es lógicamente distinta de la pregunta ¿Hasta dónde interfiere conmigo el gobierno? Es en esta diferencia donde está, en última instancia, el gran contraste entre los dos conceptos de la libertad positiva y negativa, porque el sentido positivo de la libertad no se presenta cuando tratamos de contestar la pregunta ¿Soy libre para ser o hacer que?, sino la de ¿Quién me gobierna? o ¿Quién ha de decidir que puedo y qué no puedo ser o hacer? La conexión existente entre la democracia y la libertad individual es mucho mas tenue que lo que parece a muchos defensores de ambas. El deseo de ser gobernado por mi mismo, o por lo menos de participar en el proceso por el que ha de regirse mi vida, puede ser un deseo tan profundo como el de una zona libre para la acción y quizá históricamente mas antiguo. Pero no es un deseo de la misma cosa. Es tan

distinto, en realidad, que ha conducido en última instancia al gran choque de ideologías que domina nuestro mundo. Porque en esta concepción positiva de la libertad –no ser libre de algo, sino ser libre para- la que los defensores de la noción negativa representan en ocasiones como algo no mejor que un disfraz engañoso de la tiranía brutal”<sup>9</sup>.

La libertad positiva nace del deseo de salvaguardar un ámbito de no interferencia, de regirse a si mismo, de ser el propio dueño. No es que ambas expresiones de la libertad se encuentren en conflicto, pero si hay que subrayar que no existe entre una y otra ninguna suerte de armonía preestablecida y que la colisión entre ambas puede asomar en cualquier momento.

Por ejemplo, se evidencia un posible choque entre la soberanía popular y Estado de Derecho, como conflicto entre derechos fundamentales y principio democrático.

Hay quien distingue en la libertad un lado exterior y uno interior. La libertad de ejecución, de acción, y la libertad de resolución. La libertad de resolución es un poder al que se le da también el nombre de libre albedrío. Se trata de la posibilidad de elegir, de dar a la voluntad determinada dirección, con preferencia a cualquier otra. La libertad de ejecución o de acción es la posibilidad de hacer lo que se quiere, lo que se ha decidido. La libertad de ejecución presupone la de resolución. En otros términos, quien niega el libre albedrío niega toda libertad.

## **2.7. LIMITACIONES DE LA LIBERTAD**

Lo esencial del hombre es la libertad; pero la libertad tiene necesariamente que ser limitada, precisamente para garantizar, hacer posible, la libertad de los demás. Si cada cual quisiera gozar la suya sin límites, en lugar de ser todos libres, acabarían siendo todos esclavos.

La conclusión es que se es libre, en tanto no se afecte la libertad ni el derecho de los demás. Ésta es la base, el fundamento de la sociedad política: cada cual puede hacer lo que quiera, en tanto no estorbe lo que otro haga legítimamente. Sin este concierto de derechos contrapuestos, la sociedad sería un simple hecho de fuerza.

No hay nada ilimitado en el mundo, y tampoco lo es la libertad.

Se precisa que regule el derecho de todos alguien que tenga la confianza de todos y que ejerza su actividad por encima de todos. Con ésto nació el concepto de Poder Público.<sup>10</sup>

Como escribió Rousseau, la voluntad general, (que no debe confundirse con la suma de las voluntades individuales) es la voluntad propia del yo común engendrado por el sacrificio que cada uno ha hecho de si mismo y de todos sus derechos, sobre el altar de la sociedad.<sup>11</sup>

## **2.8. LIBERTAD MORAL Y DERECHO NATURAL**

La libertad de resolución del individuo está limitada y orientada por la *conciencia* de los deberes sociales.

El Derecho es la regla de lo que está permitido, de lo prohibido y de lo que puede ser ordenado. Comprende los deberes necesarios para la subsistencia de la sociedad, y junto al freno de la ley, necesaria para que la libertad de unos, cuando se emancipa de la ley moral, no destruya la libertad de los otros, existe un freno de orden moral, que constituye la conciencia, que no exige de nosotros la perfección, pero quiere que tendamos a ella constantemente, y no conoce otro límite a la obligación del bien, que el límite de lo posible.

## **3. LA LIBERTAD DE PRENSA**

### **3.1. REFERENCIA HISTÓRICA**

Los romanos colocaban en los muros de ciertos edificios públicos, hojas escritas, posiblemente pergamino, con novedades variadas sobre los acontecimientos políticos, las campañas militares, los juegos del circo, la actuación de los artistas, etc. Según la historia del Derecho Romano, las Doce Tablas que contenían las leyes escritas, se exhibieron en el Foro en el año 451 A.C., dando así inicio al principio de la publicidad de la ley.<sup>12</sup>

China inventó el papel, y los egipcios el papiro, ambos vehículos de expresión escrita de noticias y de ideas.

En el siglo XV, Venecia enviaba a sus embajadores en el mundo, hojas de noticias escritas a manos (*fogli d'avizi*). Francia conoció los gacetilleros y las hojas manuscritas se desarrollaron en la época de las guerras religiosas.

Desde la invención de Gutemberg en 1430, se desarrollaron los libros, luego los almanaques, y ciertas hojas informativas, hasta que en 1605 nació en Amberes el primer informativo impreso conocido que llevó el nombre de *Nieuwe Tidingen*, publicado por Abraham Verhoeven, quien se motivó en los acontecimientos bélicos de la época, los cuales relataba. No tenía fecha fija de publicación.

En Francia, en 1631, un médico llamado Teofrasto Renaudot, tuvo la idea de imprimir dos veces por semana noticias destinadas al público, y la hoja inicial que denominó “La Gaceta”, pronto tuvo hasta dieciséis páginas.

Los “Weekly News” nacieron en Inglaterra en 1622; “La Gaceta” de España en 1626; la “Gaceta Oficial de Suecia” en 1644, etc. Esos periódicos no podían ocuparse de temas de política, pero se explayaban en otros, como las ciencias, y las letras, y desde luego noticias de arte y espectáculos.

Los primeros en imaginar la publicidad fueron los periódicos ingleses. Desde entonces, la prensa de gran tiraje, apoyada sobre la publicidad, la venta individual y por suscripción, inició su gran desarrollo, que encontró fundamental apoyo en los progresos de la técnica, y desarrolló como una industria.

### 3.2. EL DERECHO DE OPINAR

La palabra “libertas” aplicada a la libertad de expresión escrita, se ubica por primera vez a comienzos del siglo I, y se le adjudica al emperador Tiberio, quien era impasible y paciente frente a las injurias, rumores ofensivos y aún los versos satíricos sobre él y los suyos, y decía: “En un Estado libre, la palabra y el pensamiento deben ser libres”. En otra ocasión expresó con relación a un comentario: “Si en verdad se ha expresado de manera distinta a la mía, me esforzaré en explicarle mis actos y mis palabras; si persevera, le odiaré a mi vez”.<sup>13</sup>

Esta manera de pensar no fue compartida por quienes le sucedieron.

La Edad Media y el Renacimiento se caracterizan por las medidas de represión en los casos de críticas a los poderes eclesiástico y temporal, y en esos tiempos se elaboró la tesis que tipificó como sacrilegio la oposición a lo que Dios había querido, que por supuesto era lo que decían quienes se auto titulaban sus intérpretes.

En 1644, Milton escribió un alegato a favor del derecho de opinar: “quien mata a un hombre, mata a un ser viviente, imagen de Dios, pero quien destruye un buen libro, mata a la razón misma, destruye la quinta esencia espiritual de la existencia. Por encima de todas las otras libertades, dadme la de conocer, la de decir y discutir libremente, según mi conciencia.”

El pensamiento de Milton dio sus frutos, y la idea de la libertad de prensa pasó desde Inglaterra a la América del Norte, donde por primera vez fue

garantizada formalmente por el “Bill of Rights” que figuraba en la Constitución del Estado de Virginia de 12 de junio de 1776 cuya artículo 12 estableció:

“That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments”.

La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, aprobada el 15 de diciembre de 1791 junto con las diez primeras, en el mismo sentido estableció:

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”<sup>14</sup>

En Francia, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se recogió igualmente el principio de la Libertad de prensa.

El siglo XIX no fue favorable a la libertad de prensa en Europa. Durante el consulado, Napoleón suprimió sesenta diarios en Francia, y la vigilancia de los remanentes fue confiada a Fouché, su Ministro del Interior. A Napoleón se le atribuye la frase: “La imprenta es un arsenal que no es necesario poner al alcance de todo el mundo” .

A la caída de Napoleón, los movimientos liberales en Europa instituyeron la libertad de prensa, suprimieron la censura y la ley se limitaba a definir los delitos cometidos por medio de la prensa, considerando entre ellos la provocación de crímenes y delitos de derecho común, la ofensa al rey, a la moral, la difamación.

### **3.3. EL TOTALITARISMO Y LA REACCIÓN**

Después de la Primera Guerra Mundial, terminó el periodo para determinados países, cuando el mundo asistió a la implantación del Totalitarismo, en sus distintas expresiones: el Comunismo, el Fascismo, el Nazismo, el Franquismo.

Concluida la Segunda Guerra Mundial, se diseñó la Carta de las Naciones Unidas, que se firmó en San Francisco el 26 de junio de 1945, la que incluye una serie de declaraciones vinculadas al respeto de los Derechos del Hombre y de sus libertades fundamentales.

Los tratados de paz firmados en París el 10 de febrero de 1947, con los Estados vencidos (Italia, Rumania, Bulgaria, Hungría y Finlandia) también contienen disposiciones relativas a los Derechos del Hombre y la libertad de prensa y de publicación.

En el curso de su tercera sesión, en París, en el año 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el artículo 19° de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, al que nos referimos al iniciar esta exposición, con el texto siguiente:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, lo que implica el derecho de no ser inquietado por sus opiniones, y el de buscar, recibir y de difundir, sin consideración de fronteras, las informaciones y las ideas por cualquier medio de expresión que sea”.

#### **3.4. LA DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC**

La Declaración de Chapultepec nació de la conferencia Hemisférica convocada por la Sociedad Interamericana de Prensa en el Castillo de ese nombre, ciudad de México, en el año 1994, que congregó a líderes políticos, escritores, académicos, directores de periódicos de toda América, los que redactaron un documento de diez principios, el primero de los cuales declara que no hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa; que su ejercicio no es una concesión de las autoridades, sino un derecho inalienable del pueblo.

Años después, en agosto de 1998, en San José de Costa Rica, se ratificaron los diez referidos principios y se redactó las “Contribuciones a los diez principios de la declaración de Chapultepec”, que con relación al ya glosado, señala:

“La libertad de expresión y de prensa y el derecho a la información son derechos de los individuos, pertenecen a cada uno y al mismo tiempo lo son del pueblo y de la sociedad, pero comprendida ésta como suma de individuos. La ausencia de esta libertad tiene, por tanto, una doble consecuencia: viola un derecho individual y conduce al mismo tiempo a una sociedad y un pueblo sin libertad. Desde esta perspectiva, la violación de la libertad de expresión y de prensa constituya una violación a la democracia, marco necesario para la realización de los derechos humanos.”

#### **3.5. MISIÓN DE LA PRENSA**

La libertad de comunicación del pensamiento, tiene una doble dimensión, ambas condicionadas recíprocamente: una individual y otra social.

La primera consiste en que nadie pueda ser arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, libertad que no se agota en el reconocimiento teórico del derecho de hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir la información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios.

La dimensión social garantiza el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, implicando también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos o noticias.

La Revolución Francesa, difundió la idea de que todo hombre mayor podía útilmente tomar parte en la discusión y gestión de los asuntos del Estado, pero a continuación concluyó que si bien todo ciudadano gozaba de esa capacidad, carecía de los conocimientos necesarios, y que la forma de adquirirlos era por la instrucción y por la prensa. Consecuentemente, la libertad de prensa también deriva del derecho de adquirir la instrucción, como así lo proclamó el artículo 7º de la Constitución Helvética de 1798.

La tarea primordial de la prensa es informar al público objetivamente sobre hechos de interés general. A ello se añade el rol político de interpretar, formar y expresar la opinión pública. Para ello tiene el deber de relatar imparcial y lo mas exactamente posible los hechos del día, discutirlos, tomar partido en el debate, aprobar o desaprobar; y goza del derecho de crítica.

En un Estado democrático, el objetivo de la garantía constitucional es el permitirle servir a la sociedad, cumplir su misión, y no el de precaverla contra medidas restrictivas.

La prensa cumple su misión persiguiendo tres objetivos principales:

- a) Informar objetiva y verídicamente;
- b) Contribuir a la formación de la voluntad popular;
- c) Servir de medio de expresión a la opinión pública.

### **3.6. LA INFORMACIÓN OBJETIVA Y VERÍDICA**

El fin de la información no puede ser otro que transmitir el conocimiento exacto de los hechos, por lo que la única información deseable es la objetiva, entendiendo por tal lo desinteresado, lo desapasionado, lo que existe realmente fuera del sujeto que la conoce: es la verdad.



Sobre este tema es pertinente recordar la pregunta de Pilatos, ¿qué es la verdad?, la misma que aún hoy en día conserva su angustia.

El periodista deberá tender hacia lo verdadero, aunque él no sepa asegurarlo integralmente; y el fin al que aspire, aún cuando no pueda conseguirlo plenamente, será informar imparcialmente a sus lectores y expresar con buena fe sus opiniones.

Contra este fin, atentan:

- a) El peligro que amenaza a la información verídica y objetiva es el “subjetivismo” del periodista, amenazado por diferencias de conceptos en materia política, religiosa, de formación y de educación, de tal manera que él, al igual que la gran mayoría de personas, juzgará con los anteojos de esos preconceptos.
- b) La rapidez con que se debe transmitir la información, lo que muchas veces no da tiempo suficiente para verificarla. El proceso tiene como finalidad la búsqueda de la verdad. Para esto se cumple un ritual, y luego de escuchar a las partes interesadas y de actuar las pruebas ofrecidas, el juez hace una reconstrucción histórica de los hechos y sobre ellos aplica el derecho. Esto toma cierto tiempo.
- c) El periodista, que debe informar en el día, muchas veces solo dispone de horas y la premura por la primicia, prevalece sobre la búsqueda de la verdad.
- d) El sensacionalismo, que es el estilo de ciertos medios, que buscan colocar titulares “vendedores”. El “titulero” del diario, que es una especialidad en esa profesión, buscará levantar la noticia, para crear curiosidad o expectativa y promover la venta del periódico.
- e) La imposibilidad de difundir la información completa, por problemas de espacio, atenta contra lo mismo, pues la noticia incompleta puede estar reñida con la verdad.
- f) Tratándose de noticias transmitidas en idioma extranjero, las traducciones pueden generar un problema, si es que el traductor no recogió el verdadero sentido del despacho recibido.

### 3.7. EL ROL POLÍTICO

Ya nadie duda que la prensa desempeña un rol político y cívico, y que contribuye a la formación de la voluntad popular; y que sirve también de vehículo de expresión a todo aquel que desea hacerlo.

Pero la opinión pública y la voluntad popular que de ella se desprende, llevan en si todas las deficiencias de la condición humana: está sujeta a extraños olvidos, a recuerdos prolongados, a severidades extremas y a indulgencias inesperadas; es capaz de paciencia y de ira, de vindicta y mansedumbre.

La democracia reposa sobre el principio de la voluntad mayoritaria, y el ciudadano, para pronunciarse con conocimiento de causa sobre un tema, debe tener la posibilidad de tomar conocimiento de las diferentes opiniones que se han expresado sobre éste. Debe estar informado. Llenada esta condición, pueden esperarse del ciudadano elector decisiones prudentes y justas.

Resulta de ello que el funcionamiento de las instituciones democráticas está vinculado a la libertad de prensa, casi como una condición de existencia. Gracias a ella, la prensa puede exponer los diversos puntos de vista que expresen los periodistas y los ciudadanos, y afirmarse como instrumento indispensable de difusión de pensamiento e información, orientando la que se manifestará en el resultado de las elecciones.

Entonces, además de su rol estático, la prensa tiene uno de carácter dinámico, esto es, contribuir a la formación de la opinión pública. Tiene el deber de promover debates libres y públicos para definir aquello que corresponde al interés general.

La prensa retransmite, adopta, acepta, se hace cargo de las opiniones públicas, se expresa libremente pero no es la opinión pública.

El texto de un diario expresará siempre el pensamiento y los sentimientos de una persona, o a lo sumo el pensamiento de un grupo de personas; pero el conjunto de artículos aparecidos en los distintos diarios, la expresión de los distintos redactores, debe considerarse como la expresión de la opinión pública. Esto naturalmente, en un país donde haya pluralidad de pensamientos y los diarios los difundan.

La prensa establece el contacto entre el Gobierno y la opinión pública. Igual sucede con el Parlamento, pues asiste a los debates parlamentarios e informa sobre ellos. La relación con la judicatura es mas complicada.

Los medios de comunicación cumplen un rol de vital importancia en el Estado Social y Democrático de Derecho. Permiten formar y canalizar la opinión pública indispensable para formar el pluralismo de criterios, sino que, por su cada vez mayor alcance difusivo, se convierte en un potencial instrumento de integración social.

Prueba de ello es que la incautación de los medios de comunicación por el gobierno militar en el Perú, descarnadamente abierta y directa, en el periodo de 1968 a 1980, ha sido en nuestra historia, señal evidente de la supresión de la democracia.

A este respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido:

“(…) si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o mas exactamente, que no haya individuo o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a tales medios, existe igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a esa libertad. Para ello es indispensable, *Inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que se pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.”

#### **4. LÍMITES A LA LIBERTAD DE PRENSA. LA PROPUESTA DE JACQUES BOURQUIN**

##### **4.1. LA DEFINICIÓN Y NECESIDAD DE LÍMITES**

Jacques Bourquin definió la libertad de prensa, como el derecho de la libre expresión de las ideas en impresos dentro de los límites y la responsabilidad establecida en la ley.<sup>15</sup>

El mismo autor señala que en tanto miembro de una sociedad, sin la cual no podría subsistir, el individuo no puede pretender un derecho ilimitado de expresar lo que piensa, o lo que aparenta pensar, pues si el pensamiento y la expresión permiten combatir el error y la injusticia, también pueden corromper y disgregar, que es lo que hace que haya límites a la libre expresión

del pensamiento, y que al igual que las otras libertades individuales y sociales, la libertad de prensa, también debe reconocer una limitación justa y equitativa, donde aparecen intereses dignos de protección, pues los derechos de los ciudadanos tienen su contraparte en sus deberes; las libertades en sus responsabilidades; el goce de los derechos en la represión de los abusos.

## **4.2. LOS LÍMITES PROPUESTOS POR JACQUES BOURQUIN**

A ese efecto, Bourquin propuso los límites siguientes:

### **4.2.1. En razón de las personas**

Por medio de la prensa se puede causar perjuicio a los derechos personales: a la misma libertad, honor, consideración social, derechos civiles, y hasta se puede atentar contra el derecho de propiedad.

Así, se puede mencionar:

- a) La protección de la vida privada, la intimidad, tan estrechamente ligada con la libertad individual, pues la vida privada es una de sus consecuencias. La vida privada es el dominio moral de las personas, por lo que no se puede permitir a un periodista entrar en ella. Ese dominio moral está constituido por la vida íntima de familia, de la esposa, de los hijos, con los hábitos del hogar, lo que debe ser defendido como un bien sagrado. No es misión de la prensa revelar esas intimidades.
- b) El honor. Las personas tienen un derecho absoluto al honor, aún cuando sea inmerecido, que no se le niegue injustamente una cualidad, que no se le impute una mala cualidad que no tiene, o una acción a la que ha permanecido extraño. El que difama, conociendo la falsedad de su aseveración, comete el delito de calumnia.

Señala que es difícil de trazar el límite entre la libertad de prensa y el respeto debido a los atributos mencionados, pues se desplaza según las circunstancias. De allí que según la importancia de la misión que cumple, el periodista tendrá o no, derecho de invadir fueros personales. El concepto de lo que es útil al país o a la colectividad, variará según las circunstancias; pero se admite como principio general, que es de interés público la búsqueda del progreso cultural o económico.

#### **4.2.2. En razón del interés superior de la colectividad**

El Estado representa el interés superior de la colectividad.

En una democracia, cualquier restricción a la libertad de prensa es grave; pero una libertad ilimitada puede poner el peligro al propio Estado.

- a) El interés del Estado y la protección constitucional. Por ejemplo, en Suiza se expidieron los Decretos de 3 de noviembre de 1936, 28 de mayo y 5 de diciembre de 1938 para contrarrestar la fuerte presión que ejercía la prensa partidaria del nacional socialismo, como un modo de evitar que los que querían la supresión de la libertad de prensa lograran sus fines. Generalmente, los Códigos Penales prevén disposiciones destinadas a proteger al Estado mismo. En el Perú el artículo 325° del Código Penal castiga el atentado contra la integridad nacional; el 346° sanciona la rebelión, el 347° la sedición, el 365° el atentado contra la autoridad.
- b) La independencia y seguridad del Estado, pues las garantías constitucionales desaparecerían con él.
- c) La seguridad militar. En este caso hay que distinguir la información relacionada con los institutos militares, del secreto militar propiamente. El ejército es una organización compleja, y puede presentar defectos, los que no se deben ocultar. Como cualquier otra función pública, están sujetos a crítica. Lo que no es permitido es revelar determinado emplazamiento, fortificación, etc.

#### **4.2.3. Límites en razón del Derecho de Gentes**

Los Estados deben mantener buenas relaciones con otros Estados, por lo que no es posible que mediante la prensa se comprometan éstas.

Así, no se tolera el ultraje al Estado extranjero. En el Código Penal Peruano se sanciona a quien, sin autorización, practica actos hostiles contra un Estado extranjero, dando motivo a represalias. (Art. 339).

#### **4.2.4. Límites profesionales.**

El periodista tiene el deber de ser honesto, recto y veraz. Tiene un deber hacia la verdad antes que a su propia posición personal. Ese deber moral de respetar la verdad se traduce, en el plano jurídico, por la obligación para el sujeto activo de controlar las opiniones que emita y las informaciones que trasmita.

- a) Las asociaciones de editores y de diarios, así como intervienen en defensa de la libertad de prensa, también han acordado ciertos principios a los cuales deben sujetarse los periodistas, a fin de prevenir contravenciones.
- b) Las mismas asociaciones de periodistas, lo que comprende prensa escrita y hablada, igualmente suelen acordar principios éticos para desarrollar su actividad.
- c) El Consejo de la Prensa en el Perú.

## **5. NORMAS REGULADOREAS DE LA PRENSA. EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL PERÚ**

### **5.1. LA PRIMERA LEY DE IMPRENTA**

El Perú declaró su independencia el 28 de julio de 1821, al año siguiente, el 12 de noviembre de 1822 se expidió la primera Ley de Imprenta, que en su primer artículo, reconoció el derecho de todo peruano de manifestar su pensamiento por medio de la prensa “sin precedente licencia”, a continuación de lo cual precisó como limitación a esa regla, los escritos que versen sobre la religión de la República, que para imprimir necesitan licencia del ordinario, y puntualizó como “abusos de la libertad de imprenta” publicar:

1. Máximas, o doctrinas que conspiran directamente a trastornar, o destruir la religión de la República o su Constitución Política.
2. Doctrinas o máximas dirigidas a excitar la rebelión, o perturbación de la pública tranquilidad.
3. Incitar directamente a desobedecer alguna ley, o autoridad legítima o provocando a esta desobediencia con sátiras o inventivas.
4. Imprimir escritos obscenos, o contrarios a las buenas costumbres.
5. Injuriar a una o mas personas con libelos difamatorios, que tachen su vida privada y mancillen su honor, y buena reputación.
6. Aun cuando se ofrezca a probar la imputación injuriosa se le aplicará la pena al autor, o editor del libelo difamatorio.
7. Si en algún escrito se imputaren delitos cometidos por algún empleado, o corporación en el desempeño de su destino, y el autor o editor prueban su aserto quedan libres de toda pena.

La misma ley estableció pautas para la calificación de los escritos “abusivos de la libertad de imprenta”, las penas contra los condenados por tal delito, que variaban desde cuatro meses sepultando cadáveres en el campo santo

hasta seis años de prisión; la competencia de los “jueces de hecho” que eran ciudadanos sorteados, la tramitación a seguir en el proceso y que la sentencia era apelable a un Juez de derecho.

## 5.2. LAS NORMAS DEL GOBIERNO MILITAR DEL AÑO 1968

El Decreto Ley N° 18075, de 30 de diciembre de 1969, aduciendo imprecisiones en las leyes anteriores y la necesidad de ampliar al ámbito periodístico lo previsto en el artículo 187° del Código Penal, (delito de difamación) promulgó un denominado “Estatuto de Prensa”, que comenzaba declarando que “la libertad de expresión no tendrá más limitación que el respeto a la ley, la verdad y la moral, la exigencias de la seguridad integral del Estado y la defensa nacional, así como la salvaguarda de la intimidad y del honor personal y familiar”.

A lo largo de su articulado reguló:

- a) “El derecho de aclaración y rectificación”, que corresponde a toda persona que se considere agraviada, y estableció la obligación del director del periódico de insertar gratuitamente y en su integridad la aclaración, en el número subsiguiente al día de su entrega, en la misma página y columnaje, con los mismos caracteres tipográficos, y en su caso con el gráfico pertinente.
- b) Prohibió a los extranjeros tener participación en los medios de prensa.
- c) Definió las infracciones, y tipificó los delitos contra la libertad de prensa, entre otros: atribuir a una persona, un hecho o una cualidad o una conducta que perjudique su honor o reputación, reprimible con prisión no menor de cuatro meses ni mayor de seis; publicar crónicas o imágenes que describan innecesariamente detalles lascivos que evidencien la finalidad de excitar los bajos instintos y apetitos sexuales.
- d) La apología de los delitos y de sus autores; publicar avisos que atenten contra la estabilidad monetaria.
- e) Atribuyó la competencia al juez penal (juez instructor).
- f) Facultó prohibir el ingreso de publicaciones extranjeras que atenten contra el prestigio de los Poderes del Estado, las instituciones y economía nacional.

El tema no quedó ahí. Por los Decretos Leyes N° 18169 se expropió el diario “Expreso” que mantenía una línea de crítica al desempeño de la Junta Militar

de Gobierno, y por el N° 20681 se declaró de “necesidad nacional y de interés social” la edición e impresión y difusión de los diarios de circulación nacional, y se expropió los demás periódicos. El Decreto Ley N° 22437 facultó a su Ministro de Interior para suspender los medios de información que él determine.

### **5.3. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993**

Las doce constituciones que han regido al Perú, han reconocido la libertad de prensa.

El artículo 2.4 de la vigente Constitución Política, reconoce las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno. El antecedente de esta norma es el artículo 2° Inc. 4 de la Constitución de 1979.

El artículo 169° del Código Penal sanciona al funcionario público que, abusando de su cargo, suspende o clausura algún medio de comunicación social o impide su circulación, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Aún cuando históricamente la libertad de información surgió en el seno de la libertad de expresión, y a veces sea difícil diferenciar la una de la otra, el artículo constitucional citado las ha reconocido de manera independiente, esto es, como dos derechos distintos y, por tanto, cada uno con un contenido protegido propio.

Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades que conforme enuncia el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente.

Así, mientras que con la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos.

### **5.4. EL CONSEJO DE LA PRENSA PERUANA**

Fundada en 1997, el Consejo de la Prensa Peruana se constituyó a fin de:



- a) Defender la libertad de prensa, expresión, opinión e información en el Perú.
- b) Desarrollar y fomentar la investigación en el ámbito de la libertad de expresión.
- c) Promover la ética y la autorregulación en la actividad periodística, en el marco de la libertad de expresión.
- d) Promover el derecho a la información pública en el Perú y la región latinoamericana.

Tiene un Tribunal de Ética integrado por siete vocales, elegidos por una Junta de electores integrada por profesionales de prestigio, y se rige por los principios de probidad e independencia en la revisión de solicitudes de rectificación, para lo cual ha establecido un procedimiento, que consiste en dar conocimiento del pedido al medio periodístico y con su respuesta decide si considera justa la solicitud de rectificación, disponiendo que se publique. Si el medio se negara, el Tribunal primero lo amonestará y, de persistir, solicitará la publicación de su resolución en los demás medios periodísticos asociados, y al Consejo de Honor de la Asociación que suspenda o separe al medio en discordia. Tal actuación se sujeta a un reglamento establecido. (Web site: <http://www.consejoprensaperuana.org.pe>)

## 5.5. EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN

El bien protegido por la libertad de información es la comunicación libre, tanto de los hechos como de las opiniones. Por ello, los hechos difundidos, para merecer protección constitucional requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades por los periodistas, forjadores de la opinión pública.

Cuando un medio de comunicación falta a la veracidad informativa, está obligado a hacer la correspondiente rectificación, si es pedida por el afectado. Es que la rectificación es un mecanismo adecuado de salvaguarda del honor.

Así, en el fundamento 23 de la Opinión Consultiva OC-7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de agosto de 1986, sobre exigibilidad del derecho de rectificación, prevista en los artículos 14.1, 1.1 y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha establecido que:

“Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se

dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

Este derecho a la rectificación se corresponde con el artículo 13.2 sobre libertad de pensamiento o expresión, que sujeta esta libertad al respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

En ese sentido la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en comunicado de 13 de enero de 2006, expresó:

“El derecho fundamental de opinión, protegido por el artículo 2º inciso 4 de la Constitución Política del Estado, no es absoluto y tiene límites, entre ellos el respeto al derecho -también constitucional- al honor y buena reputación de las personas, respeto que debe ser de la mayor exigencia y ponderación tratándose de un dignatario de alta investidura”

## **6. LA PRENSA Y EL PODER JUDICIAL**

### **6.1. LA INFORMACIÓN VERAZ**

El derecho a la buena reputación se deriva del derecho de la personalidad, por lo que su reconocimiento y tutela está directamente vinculado con el ser humano. Por extensión alcanza a las personas jurídicas.

De aquí se sigue, que la libertad de información que se protege es la veraz. La conciencia repugna la idea que se proteja la información falsa, delictiva.

Conviene señalar que la “veracidad” no es sinónimo de exactitud de la noticia, y ésta exige que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos relevantes.

A este respecto, Javier Cremades ha escrito: “La verdad, en cuanto lugar común de la información, puede entenderse como la adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje difundido, la manifestación de lo que las cosas son. Se trata pues, de la misma sustancia de la noticia, de su constitutivo. Por ello es un deber profesional del informador el respetar y reflejar la verdad sustancial de los hechos”<sup>16</sup>

### **6.2. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD**

El proceso judicial tiene como fin establecer la verdad de los hechos. Reconstruirlos como fueron, y para ello las partes en el proceso ofrecen y actúan

pruebas. Al concluir la etapa probatoria, el juez aprecia la prueba aportada, en base a ella establece la relación de hechos y sobre ellos aplica las normas del Derecho que estima pertinentes, lo que se traduce en la sentencia.

El periodista igualmente busca la verdad y ventila lo que ve, lo que percibe como real, pero para ello, generalmente, solo escucha una versión, y confiado en ella o tras breves indagaciones, la divulga.

Cuando se trata de divulgar información resultante de un proceso judicial, el juez se encuentra impedido de proporcionarla, porque puede incurrir en un adelanto de opinión, que lo descalificaría, y por otro lado, el periodista, sin tener preparación en la materia, puede divulgar información sin sustento legal o contrario a él, y sobre hechos establecidos desde su particular óptica. Es verdad también que hoy en día, algunos diarios tienen unidades de investigación, que en forma previa a la divulgación de la información, la confrontan, y luego de verificarla la divulgan.

Los jueces sabemos muy bien la importancia de la comunicación social, y en ese sentido se puede afirmar que la prensa y la judicatura, ambos o ninguno, son guardianes de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Pero qué ocurre cuando esos guardianes no responden a la verdad. A veces, y con bastante frecuencia no hay una clara distinción entre “empresa” y periodismo, entre ciertos intereses y la información objetiva, como es el caso de los diarios sensacionalistas que destacan la noticia que consideran promoverá la venta de su publicación.

### **6.3. LA NOTICIA VINCULADA CON PROCESOS JUDICIALES**

En principio, el quehacer judicial es de interés público y con mayor razón cuando se procesa por hechos que trascendieron socialmente. Por eso mismo, los procesos tiene ese carácter, salvo aquellos que tienen que ver con el honor y la intimidad de las personas.

Para satisfacer esa exigencia, la prensa requiere acceso a los procesos y que el juez o el secretario del juzgado le informe, lo que tiene un escollo, pues conforme a la ley peruana es deber de los magistrados guardar reserva sobre los asuntos en los que interviene. Esto, evidentemente, busca impedir un posible adelanto de opinión.<sup>17 18</sup>

Entonces el periodista buscará acceder a la información por otras vías y caminos, interroga auxiliares, procurara leer los actuados, textos escritos, ambos en un lenguaje jurídico que no entiende bien, y como consecuencia de

ello puede tergiversar la noticia. Esto puede originar una especie de “proceso paralelo” en un juego de roles que se cruzan y pueden confundir al ciudadano. Esto ocurre cuando la denuncia periodística reemplaza a la resolución judicial. Esto es un problema grave, de trascendencia, pues la justicia auténtica solo admite un proceso y un fallo.

Es que los medios tienen prioridades distintas a las de los jueces. Ambos buscan la verdad, pero detrás subyacen intereses adicionales. En el caso de la prensa, además o fundamentalmente, le interesa divulgar esa verdad como un medio de promocionar la venta de su publicación.

Esto no obstante, hay casos notables en que la denuncia periodística y la divulgación de una conducta irregular produjo una sanción.

Ejemplos recientes son los de las parlamentarias Elsa Canchaya y Tula Benites. La primera nombró como su “asesora” a su empleada doméstica, para cobrar sus remuneraciones, lo que fue destacado por un programa televisivo dominical, y la segunda tenía un asesor “fantasma”, lo que fue denunciado por el diario “Perú 21”. Después de un largo seguimiento de la prensa en general, el Parlamento se vio obligado a tomar medidas y suspendió de sus labores a la primera y derivó el caso al Poder Judicial

También hay casos de críticas negativas injustas al pronunciamiento jurisdiccional. En el año 1996, el Congreso de la República aprobó una ley que por su destinatario se denominó “Alan García”, pues era el único al que se podía aplicar, que restringía los derechos pensionarios de los ex presidentes que afrontaran acusaciones constitucionales. La Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Lima declaró fundada la acción de amparo que se interpuso e inaplicable la ley, fallo que se fundamentó adecuadamente. Esto no obstante, la prensa de entonces tildó a los jueces que suscribieron el fallo de “apristas”.

- a) El primer problema en la comunicación entre los jueces y los periodistas no radica en el lenguaje, como ha sostenido alguno, quien ha llegado al extremo de proponer se cambie el lenguaje jurídico y se utilice términos usuales y comunes. Todas las ramas del saber han desarrollado un lenguaje especializado, en el que muchas palabras tienen un contenido propio y preciso. La ingeniería, la informática, la medicina, etc.

Para ayudar a la comprensión de los actuados judiciales, en muchas oportunidades en el Perú se ha promovido breves seminarios, para explicar a los cronistas los principios del proceso civil o penal, según el caso, inclusive para casos específicos.

- b) El segundo problema se presenta en la intención periodística. Rara vez lo bueno en el quehacer judicial es noticia. Eso no interesa para promover la venta del diario. Hay que destacar lo malo, relevar los inevitables errores y demoras procesales. Eso genera un antagonismo y una prevención en los jueces, quienes prefieren no declarar a la prensa.
- c) El tercer tema es los distintos valores que informan ambas actividades: la periodística y la judicial.

Por el lado de la prensa se decanta el derecho de buscar la información y de difundirla; la libertad y el derecho de expresión.

Por el lado de los jueces, los derechos de los procesados que ellos deben tutelar: la intimidad, la vida privada, el honor, la imagen, la presunción de inocencia, el respeto a las partes en el proceso, y sobre todo el cuidado de no anticipar criterio.

Es necesario tender puentes para obviar estas dos dificultades, que son superables, en beneficio de la información, del interés público y de los propios jueces.

Por ejemplo, hoy muchos tribunales tienen cámaras de televisión, lo que permite a los interesados seguir la marcha de los procesos, como el del ex presidente Alberto Fujimori. Esto de las cámaras lo estimo saludable, pues el público tenía la imagen distorsionada por las imágenes del proceso sajón, que se trasmite en tantas películas de esa procedencia.

La conclusión en este discurrir, es que una prensa libre y un Poder Judicial independiente son pilares que sustentan una democracia.

## **7. DOS CASOS EN GIRO EN EL PERÚ**

### **7.1. EL CASO DE LA FISCAL LOAYZA / EL PROCESO ZEVALLOS**

La señora Loayza fue nombrada como Fiscal Provincial de Maynas en abril de 2005. Previamente había postulado para la provincia de Lima, pero no logró el nombramiento.

Maynas es un provincia del departamento de Loreto, en la Amazonía peruana, cuya capital es la ciudad de Iquitos. Al hacerse cargo del despacho, encontró una investigación iniciada un mes antes a un piloto de avión, acusado de transportar 19 kilos de cocaína para el narcotraficante Jorge Chávez Montoya

(a) Polaco, señalado por la policía como representante de Fernando Zevallos González.

El tema venía desde el año 1995, cuando la policía incautó tres toneladas y media de cocaína. El diario “El Comercio”, con sus unidades de investigación, le venía haciendo seguimiento a Zevallos.

Fernando Zevallos, por entonces un empresario del transporte aéreo, propietario de la línea “Aero Continente” con vuelos en el territorio nacional y aún al exterior, fue comprendido en el proceso.

La fiscal Loayza amplió las investigaciones y en setiembre de 2005, con autorización de la Fiscal de la Nación, viajó a Lima para continuar sus indagaciones, las que fueron publicitadas en la prensa, en especial en “El Comercio” que, como se ha señalado, desde hacia tiempo seguía los pasos de Zevallos.

En noviembre de 2005, la Fiscal Loayza, consigue que una Juez Penal ordene la detención de Zevallos, por los delitos de homicidio y narcotráfico por hechos anteriores a 1995.

Para entonces Zevallos, quien ya había sido absuelto en tres procesos anteriores, afrontaba su cuarto juicio público en Lima, por su relación con los hermanos López Paredes, descubierta en 1995. Las indagaciones de la Fiscal Loayza y la decisión de los Estados Unidos de América de incluir a Zevallos en la “King Ping Act”<sup>19</sup> fueron decisivos en dicho proceso.

En diciembre de 2005, Zevallos fue condenado a veinte años de prisión por transportar droga para los hermanos López Paredes en los aviones de su empresa Aero Continente.

Luego de que Zevallos fue sentenciado y que se le interpusiera una nueva denuncia penal por tráfico ilícito de drogas, la Fiscal Loayza debía reintegrarse a su sede, para continuar el séquito de esta nueva denuncia, pero no lo hizo y decidió de *motu proprio* promover en Lima una nueva investigación contra Zevallos por lavado de activos procedentes del narcotráfico. Esa actitud contó con el respaldo de la prensa, sosteniendo que su vida corría peligro.

En ese momento la Fiscal de la Nación, señora Adelaida Bolívar, la llamó y le recordó que tenía abandonado su despacho en Iquitos y que habiendo concluido sus actividades en Lima debía regresar, además que ya existían,

desde cinco años antes fiscalías especializadas en investigación de lavado de activos, las que podían continuar las investigaciones.

Esta decisión autónoma de la Fiscal de la Nación no fue entendida por la prensa.

Los comentarios negativos de la prensa llegaron al punto de acusar a la Fiscal de la Nación y su esposo, un oficial retirado de la Fuerza Aérea, de estar vinculados con el narcotráfico. Los medios tuvieron como principal y casi única fuente de esas acusaciones a la misma Fiscal Loayza, que a partir de ese momento informó de perturbaciones en sus investigaciones, aun cuando nunca pudo exhibir nada concreto.

El sentenciado narcotraficante Jorge Chávez Montoya, testigo en el proceso Zevallos, declaró a los reporteros en momentos en que era trasladado para un examen médico, que un ex oficial de la Fuerza Aérea, del mismo apellido del esposo de la Fiscal de la Nación, fue condiscípulo con Zevallos y lo estaba protegiendo, lo que fue transmitido en un programa de televisión. El periodista de opinión, señor Fernando Rospigliosi se hizo eco de esa declaración en su columna en el diario "Perú 21".<sup>20</sup>

El Consejo Nacional de la Magistratura, organismo que nombra, investiga y sanciona a los Magistrados Supremos, no encontró responsabilidad en la doctora Bolívar y archivó el tema. La supuesta relación de condiscípulo del esposo de la Fiscal de la Nación con el narcotraficante Zevallos era imposible, entre otras razones, por una diferencia de diez años de edad.<sup>21</sup>

La Junta de Fiscales Supremos concedió a la Fiscal Loayza un traslado provisional a Lima por el término de un año, luego que ella argumentó que su vida corría peligro en Maynas. Al término del año, cuando la Fiscal Loayza debía regresar a su plaza, arrecieron los comentarios negativos y ataques a la Fiscal de la Nación, para entonces ya enferma de cáncer.

El semanario "Caretas" llegó a publicar que la doctora Bolívar entregó información confidencial a otro investigado por narcotráfico, el mismo día en la que ella, ya con licencia médica, era sometida a una operación quirúrgica, que hacía imposible que hubiera estado en su despacho.

El CNM realizó una segunda indagación, y el Congreso de la República igualmente intervino, concluyendo en ambos casos en la corrección del desempeño de la Fiscal de la Nación doctora Bolívar.

Entre tanto, el Ministerio Público empezó a difundir el contexto legal y organizacional que respaldaba el regreso de la Fiscal Loayza a su puesto, aunque sin mayor eco de la prensa.

Después del fallecimiento de la doctora Bolívar, la Junta de Fiscales ha reiterado que la Fiscal Loayza debe reincorporarse en su puesto.

En la primera parte de esta historia se aprecia la positiva unión de los operadores de la administración de justicia con la prensa.

En la segunda parte, se evidencia la poca verificación que hacen algunos periodistas de sus fuentes, así como el subjetivismo de un periodista de opinión.

## **7.2. EL PROCESO FUJIMORI**

Por su condición de ex presidente de la República, Alberto Fujimori debe ser juzgado por la Corte Suprema. El juzgamiento en primera instancia lo hace un Tribunal integrado por tres Vocales de la Corte Suprema, a ese efecto se hizo la designación de los Vocales quienes deben atender el caso a dedicación exclusiva.

Las audiencias del juicio oral, que son públicas por mandato legal, se transmiten en vivo por la televisión y merecen amplia cobertura escrita. Nunca un proceso penal tuvo tal cobertura periodística.

La información que brindan los distintos medios, escritos y hablados, no se limitan a relatar lo ocurrido en la audiencia, y transmitir las declaraciones de los testigos, sino que toman una posición, formulan análisis, anticipan conclusiones y valoran las pruebas, hasta ahora constituida por declaraciones testimoniales.

Esas apreciaciones constituyen un “juicio paralelo”.

En el proceso legal aún no terminan las testimoniales; pero en el juicio paralelo ya se adelanta la sentencia, en algunos casos se determina la condena y en otros la inocencia. El Tribunal especial ya ha hecho varias aclaraciones, en el sentido que lo que importa es lo que se declare en las audiencias, y no lo que se transmita en los medios.

Entre los testigos han concurrido hasta cuatro periodistas, quienes han declarado sobre entrevistas e investigaciones que realizaron sobre el accionar



del destacamento denominado “Colina” (Comando de Liberación Nacional) así como sobre la política gubernamental de lucha contra el terrorismo. El Tribunal especial respetó el derecho de los periodistas de guardar reserva sobre sus fuentes, pese a los pedidos del abogado defensor de Fujimori para que las revelen.

Al inicio del proceso, el Tribunal Especial trató de limitar el acceso de los periodistas a la sala misma de audiencias, por falta de espacio, lo que originó una portada en el diario “La República” acusando un supuesto favoritismo al procesado, luego de lo cual se les dio un número de asientos en la sala de audiencias.

Actualmente se puede afirmar que la relación entre el Tribunal Especial y la prensa se desarrolla con respeto y hasta colaboración.

## 8. CONCLUSIÓN

Todo lo antes reseñado lleva a la conclusión de la preeminencia de las libertades de expresión y de información, frente a cualquier otro derecho, aun fundamental; que todos los intentos por regularla legalmente han fracasado y que solo puede esperarse que se autorregule, en el marco de las normas morales y éticas.

Esta preeminencia de las libertades de expresión e información es jurídica, y se sustenta, a su vez, en la preeminencia social derivada de la importancia que han adquirido los medios de comunicación de masas, que han pasado a dirigirse a todos y en todas partes. Ya no hay límites, no hay fronteras, para la expresión y la comunicación, porque el espacio es inmarcesible.

Esta situación social de donde emergen las libertades de expresión e información, mal puede ser limitada o alterada por regulaciones jurídicas.

Como ha considerado el Tribunal Constitucional Español, la preeminencia de las libertades de expresión e información se justifica porque constituyen la garantía de una institución política fundamental que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado Democrático.<sup>22</sup>

La ley ha fracasado en su intento de establecer los límites del honor y de la intimidad, y en la totalidad de los casos significó una cortapisa a la libertad de prensa.

El contenido de la información es otro tema, pues las noticias de mayor importancia son desplazadas por las noticias llamativas, las de “comidilla”, y las del chisme.

Como expuse al iniciar esta conversación, la libertad como tal es un concepto lábil, pues llevada al extremo se auto aniquila. Todo poder democrático se desnaturaliza si se convierte en absoluto, porque todo derecho importa una atribución de poder. De ahí sigue que en una Constitución democrática, no tienen cabida los derechos absolutos: admitirlos sería tanto como admitir poder absoluto y eso es más de lo que las democracias pueden soportar.

La conservación del Estado democrático de Derecho es, ante todo, un problema de límites. Eso que parece evidente cuando se trata del Poder, es igualmente valedero cuando se aplica a la libertad. Los límites nacen de su misma esencia.

---

<sup>1</sup> Montesquieu, Ch. El Espíritu de las Leyes, Oxford University Press, 1999. Libro XI, cap. II.

<sup>2</sup> Mill, J.S. Sobre la libertad. Madrid: Alianza, 1991. Pág. 78.

<sup>3</sup> Rousseau, J. El Contrato Social. Madrid: Sarpe, 1985, Pág. 69.

<sup>4</sup> Kelsen, H. Esencia y Valor de la Democracia. Barcelona: Labor, 1934, Pág. 16.

<sup>5</sup> Obra citada Pág. 25.

<sup>6</sup> Laski, H. La Libertad en el Estado Moderno, Buenos Aires: Abril, 1945. Pág.17.

<sup>7</sup> Berlin, I. Dos conceptos de Libertad, México DF: Filosofía Política, 1974, Pág. 216.

<sup>8</sup> Obra citada, Pág. 229.

<sup>9</sup> Obra citada, Pág. 226.

<sup>10</sup> Osorio, A. Nociones de Derecho Político. Buenos Aires: Atlántida, 1951 Pág. 15.

<sup>11</sup> Citado por Jacques Maritain, Tres Reformadores. Buenos Aires: Sta. Catalina, 1945, Pág.159.

<sup>12</sup> Margadant, G. Derecho Privado Romano. México: 1981, Pág. 49.

<sup>13</sup> “In civitate libera linguam mentemque liberam esse debere” Citado por Suetonio. Vida de los doce Césares. Barcelona: Editorial Juventud, 1978, Pág. 144.

<sup>14</sup> “El Congreso no hará ninguna ley estableciendo una religión de Estado o prohibiendo el libre ejercicio de una religión, o restringiendo la libertad de palabra o de la prensa, o el derecho que tiene el pueblo de formar asamblea pacíficamente y de hacer llegar al gobierno peticiones para la reparación de sus agravios”.

<sup>15</sup> Bourquin, J. La Libertad de Prensa. Buenos Aires, Claridad, 1952, Pág. 145.

<sup>16</sup> Cremades, J. La exigencia de veracidad como limite del derecho a la información. En Estudios de Derecho Público, homenaje a Juan José Ruiz Rico, Madrid 1999, Pág. 599.

<sup>17</sup> Art. 184° inc. 6 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>18</sup> Art. 185° inc. 6 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Solicitar rectificaciones a través de los medios de comunicación social, en defensa de su honorabilidad, cuando ésta haya sido cuestionada, dando cuenta a su superior jerárquico, sin perjuicio de formular la denuncia que corresponda.

<sup>19</sup> Diario El Comercio, Junio 2004.

<sup>20</sup> La Fiscal y los otorongos, Perú 21, 2 de febrero de 2007.

<sup>21</sup> Resolución N° 229-2007 del Consejo Nacional de la Magistratura.

<sup>22</sup> Sentencia 12/1982 del 31 de marzo.



## LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS Y EL CODIGO PROCESAL PENAL DE 2004

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA\*

### Resumen

La dimensión delincencial de las personas jurídicas demanda una reacción social eficaz y oportuna con los mismos grados de desvalor, punibilidad y sanción aplicado a las personas físicas, por lo que la inclusión en el Código Procesal Penal de 2004 de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal son de gran importancia.

Teniendo en cuenta ello, se presenta en el texto, una visión general de la doctrina sobre el tema, para luego detenerse a estudiar la normatividad peruana en lo referente al emplazamiento procesal de la persona jurídica, a su incorporación en el proceso, a los derechos y garantías procesales y a las medidas cautelares que se pueden aplicar a las personas jurídicas, entre otros temas.

**Palabras clave:** Persona jurídica, consecuencias accesorias, Código Procesal Penal de 2004.

### Abstract

The criminal dimension of the legal people demands an effective and opportune social reaction with the same degrees of "desvalor", punishment and sanction applied to the physical people, reason why the inclusion in the Penal Procedural Code of 2004 of the accessory consequences applicable to the legal people in the penal process is extremely important.

Keeping that in mind, it is presented a general vision of the doctrine on the subject, after which it is studied the Peruvian normativity referred to the procedural emplazamiento of the legal person, to its incorporation in the process, the procedural rights and guarantees and the precautionary measures that can be applied to the legal people, among others subjects

**Keywords:** Legal entity, accessory consequences, Penal Procedural Code of 2004.

### Sumario

1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el proceso penal
2. La persona jurídica en el Código Procesal Penal de 2004.
3. A modo de conclusión.

---

\* Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL PROCESO PENAL

En los inicios del tercer milenio, la responsabilidad penal de la propia persona jurídica continúa siendo un tema controvertido en la doctrina. No obstante, en el derecho comparado y en la teoría dogmática, las posiciones antagónicas tradicionales tienden a flexibilizarse y a desarrollar posiciones intermedias o focalizadas que de modo directo o indirecto, razonan sobre la necesidad de reconocer la relevancia penal del accionar funcional de las personas jurídicas<sup>1</sup>.

Cabe reconocer que en la asimilación y exposición de esta nueva tendencia, han aportado importante influencia las interpretaciones del funcionalismo radical.<sup>2</sup> También, ha sido determinante el acercamiento e integración normativa ocurrida entre los modelos jurídicos euro-continenciales y anglosajones, principalmente en el contexto de la Unión Europea<sup>3</sup>. Además, el surgimiento de una dogmática especial o complementaria para sustentar la imputación penal de la propia persona jurídica ha demostrado la inconsistencia de muchos dogmas individualistas<sup>4</sup>. Pero, quizás, el soporte irrefutable de todos estos cambios de enfoque haya sido, sin lugar a dudas, el reiterado dato criminológico sobre la activa presencia de una criminalidad organizada, asociada o beneficiada con la dinámica organizacional y operativa de las personas jurídicas.

La confluencia, pues, de todos esos factores tienden a consolidar una estructura formal más receptiva a una realidad material ampliamente conocida en la Criminología y en la Criminalística contemporáneas, esto es, que hoy en día se hace más evidente que *societas delinquere potest*.

En consecuencia, la dimensión delincencial de las personas jurídicas de nuestro tiempo, demanda una reacción social eficaz y oportuna con los mismos grados de desvalor, de reproche, de punibilidad y de sanción que desde el iluminismo se han formulado y aplicado a las personas físicas que delinquen.

Ha quedado, pues, al descubierto que el principio *societas delinquere non potest* solamente representa en la actualidad una etapa de la evolución social, política y jurídica plenamente superada<sup>5</sup>. Por consiguiente, sus bases y repercusiones dogmáticas no deben entenderse en el presente como infranqueables o absolutamente incompatibles con las necesidades emergentes de una sociedad del riesgo, de la globalización y de la cibernética. Por tanto, si en este contexto las personas jurídicas sirven para cometer delitos o para facilitarlos

o encubrirlos, no cabe otra posibilidad que controlar y sancionar penalmente sus actividades ilícitas.

A la tradición dogmática no le queda, pues, mayor alternativa que el adaptarse a esa nueva realidad y necesidad, no eludirla ni obstaculizar su tratamiento. La fina ironía de Zugaldía Espinar grafica ese destino de la siguiente manera: “Si aún subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con la teoría jurídica del delito, pues peor para esta última”<sup>6</sup>.

De allí que la vía intermedia que decidió el legislador peruano frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta, aún con sus limitaciones y defectos, oportuna y adaptable para las demandas político-criminales del presente. Corresponde, por tanto, a la doctrina y a la jurisprudencia nacionales ir orientando los términos de atribución de esa propia responsabilidad penal de las personas jurídicas, haciéndola compatible con las garantías procesales y penales que reconoce un Estado Social y Democrático de Derecho. Como ha requerido García Aran, la tarea del futuro deberá ser superar los vacíos e incertidumbres de la legislación vigente, mediante la reinterpretación posible de las categorías dogmáticas existentes o adoptando a partir de ellas nuevos enfoques compatibles con la necesidad de reprimir penalmente la delictuosidad de los entes colectivos: “El avance del Derecho Penal en su adecuación a los nuevos sujetos colectivos no puede convertirse en un retroceso para los conceptos propios de la responsabilidad penal individual, que no debería admitir matizaciones ni readecuaciones de sus tradicionales límites subjetivos y garantizadores, ante el embate de los argumentos de la eficacia. Por tanto, el nuevo Derecho Penal de las personas jurídicas, se encuentra junto al derecho penal tradicional, sin ninguna razón para sustituirlo”<sup>7</sup>.

Sin embargo, en el *escenario procesal* la polémica sobre la responsabilidad penal de las personas morales mantiene un equilibrio de posiciones que conecta las vías de acceso, con los ritos procesales y con el tipo de consecuencias jurídicas deben ejecutarse en la persona jurídica. En este contexto, pues, se discute sobre los modelos procesales más idóneos para viabilizar, con las garantías y derechos pertinentes, la presencia y la intervención del ente colectivo; así como la identificación de las partes legitimadas y de las características fundamentales de la dinámica contradictoria de un juicio donde se deba debatir sobre la responsabilidad penal de una persona jurídica.

En el derecho comparado, se suele considerar a Francia y a los Estados Unidos como los países que han aportado las más importantes iniciativas para la

configuración de disposiciones procesales para el juzgamiento de la persona jurídica. En cambio, otros sistemas jurídicos como el alemán han optado por adoptar normas de reflejo analógico, que se utilizan solo en los casos en que el ente colectivo pueda ser afectado por una sentencia penal<sup>8</sup>.

Por su parte, en España el propio artículo 129º al tratar de la aplicación de las consecuencias accesorias advierte que ellas requieren de audiencia previa para que la persona jurídica pueda alegar lo que le sea favorable: "El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias..."

En lo que atañe a nuestro sistema jurídico, todo parece indicar que hay significativo consenso en la doctrina, en torno a que las consecuencias accesorias al ser sanciones penales, con independencia de la naturaleza específica que se les pueda asignar, deben aplicarse en el marco de un proceso penal con todas sus garantías. Por consiguiente, pues, la persona jurídica que sea emplazada para comparecer ante la autoridad judicial, podrá ejercer plenamente su derecho de defensa y exigir la prevalencia de su "presunción de inocencia".

Esto es, según nuestra legislación constitucional y sustantiva la persona jurídica debe emerger como un *nuevo sujeto pasivo de la relación jurídico procesal penal*. Ya no para afrontar eventuales responsabilidades indemnizatorias directas o subsidiarias, sino para enfrentar imputaciones directas o acumulativas sobre la realización de un hecho punible, que pueden concluir con la aplicación para ella de una sanción penal o consecuencia accesoria. Como veremos más adelante esta posición ha sido plenamente asumida por el Código Procesal Penal de 2004.

Sin embargo, al igual que en la literatura especializada extranjera, subsisten entre los juristas nacionales algunas dudas. Por ejemplo, sobre *la vía procesal que debe transitar el ente colectivo*. Esto es, si el proceso penal incoado contra la persona jurídica debe comprenderla sólo a ella, o si deben concurrir en él la persona jurídica conjuntamente con las personas físicas imputadas. Esta y otras cuestiones procesales son, a decir de Tiedemann, "de una importancia innegable para decidir a favor o en contra de la introducción de la responsabilidad penal de las agrupaciones"<sup>9</sup>.

Con relación al problema enunciado, la tendencia mayoritaria plantea la realización de un proceso penal *unitario* aunque con cargos y requerimientos

diferenciados, en función de la naturaleza del sujeto pasivo procesal y de las necesidades específicas del *thema probandum*. El Código Procesal Penal de 2004 ha optado también por esta alternativa<sup>10</sup>.

Ahora bien, si hay acuerdo pleno, entre nuestros juristas, con relación a que el legislador nacional sólo se refiere a personas jurídicas del sector privado, como potenciales sujetos pasivos de las consecuencias accesorias previstas en el Código Penal. En ese sentido, se ha sostenido lo siguiente: "En cuanto al alcance del término persona jurídica, se discute si dicho término abarca tanto a las personas jurídicas de derecho privado como a las de derecho público. Si bien el artículo 105° del Código Penal no precisa nada al respecto, una lectura completa de dicho artículo debe llevar a limitar necesariamente el ámbito de aplicación a las personas de derecho privado. En efecto, cuando el artículo 105 del texto punitivo enumera las consecuencias accesorias aplicables las refiere a las formas jurídicas de las personas jurídicas de derecho privado (sociedades, asociaciones, fundaciones, cooperativas o comités) y no, más bien, a las de las personas jurídicas de derecho público"<sup>11</sup>.

No obstante, la *forma de comparecencia* en juicio de la persona jurídica es todavía un tema de discusión. En este nivel, el planteamiento predominante admite que la persona jurídica debe concurrir al proceso a través de un *representante legal o funcional* quien podrá ejercer todos los derechos que corresponden a un sujeto pasivo legitimado. Además, que la persona jurídica para su actuación representada debe contar con iguales garantías procesales que las reconocidas a la persona natural procesada. En consecuencia, pues, el ente colectivo con independencia de su representación en juicio deberá de contar con una defensa técnica que tenga facultades para interrogar y contrainterrogar, así como para aportar medios probatorios e impugnar resoluciones.

Sin embargo, para un sector minoritario de la doctrina nacional los derechos que ejerce la persona jurídica en el proceso, a través de su representante, tendrían algunas limitaciones. Con relación a ello ha precisado García Caveró: "... el Código procesal penal le reconoce a la persona jurídica todos los derechos y garantías del imputado, aunque en el segundo párrafo permite que se le imponga las consecuencias accesorias en rebeldía o falta de apersonamiento. Si bien el reconocimiento de estos derechos debe entenderse en un sentido amplio, es decir, como espacios de participación en las diversas etapas del proceso, debe quedar en claro que la persona jurídica no es, en sentido estricto un imputado, no extendiéndosele ciertas garantías o beneficios exclusivos del imputado, por ejemplo, el derecho a poder mentir sobre su responsabilidad penal sin que ello conlleve un delito de perjurio o falsedad. En ese sentido, el



apoderado judicial de la persona jurídica no podrá eximirse de responsabilidad penal si es que en sus argumentos de defensa utiliza dolosamente datos falsos<sup>12</sup>.

Con relación al derecho español, la doctrina, en cambio, no admite ninguna restricción a la defensa de la persona jurídica. Como sostiene Zugaldia Espinar: "La aplicación del art. 129º del CP exige, no sólo la previa audiencia de los representantes legales de la persona jurídica, sino que la misma haya sido parte en el proceso penal con todas las garantías del imputado"<sup>13</sup>.

Finalmente, se ha polemizado también sobre la posibilidad de aplicar medidas cautelares a las personas jurídicas durante el proceso. Para unos, esta posibilidad podría traer perjuicios irreparables a la persona jurídica si ella, por ejemplo, esta dedicada a actividades empresariales. Se sostiene, en relación con ello, que en tales casos las medidas cautelares pueden debilitar la presencia de la empresa procesada en el mercado o retraer sus acreencias financieras. Otros, en cambio, admiten plenamente el uso de consecuencias accesorias con fines cautelares, siempre que su aplicación esté sujeta a los principios generales de legalidad, necesidad, temporalidad y proporcionalidad. En el artículo 129º del Código Penal español, si se autoriza el uso cautelar de las consecuencias accesorias, sin embargo dicho dispositivo omite consignar cuales son los presupuestos y requisitos procesales para ello<sup>14</sup>.

En atención a los criterios y tendencias expuestos resultaba insoslayable, la necesidad de contar con un derecho procesal penal que regule todos los aspectos abordados y supere las carencias existentes en el artículo 105º del Código Penal. La tarea futura de los especialistas será, justamente, la de construir las bases, procedimientos y límites que definan y delinee ese nuevo espacio procesal. En gran medida, este reto se ha asumido y concretado en las propuestas contenidas en el Código Procesal Penal de 2004 y que examinaremos a continuación.

## **2. LA PERSONA JURÍDICA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004**

Comencemos por señalar que, en principio, parecía obvio que correspondía al Código Procesal Penal de 1991, establecer las normas procesales que instrumentalizarían la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 105º del Código Penal. Sin embargo, el legislador de aquel entonces prefirió abstenerse de incluir disposiciones al respecto. Una omisión semejante se detectó entre los Proyectos de Código Procesal Penal de 1995 y 1997, los

cuales priorizaron la voluntad legislativa de consolidar un nuevo esquema procesal de tipo acusatorio. En este contexto, pues, no hubo preocupación legislativa por distinguir y reglamentar las implicancias procesales específicas que derivaban de las disposiciones del Código Penal de 1991, que se referían a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas.

Durante todo este tiempo, tampoco la jurisprudencia se planteó problemas y propuestas en torno al requerimiento procesal de las consecuencias accesorias. Solamente un sector de la doctrina, como ya se ha mencionado, demandó reiteradamente la formulación de reglas procesales apropiadas para la imposición de esta clase de sanciones.

Es a partir del Proyecto de Código Procesal Penal de 2003, que la legislación procesal buscó superar tan notoria carencia normativa. Esta nueva actitud ante las consecuencias accesorias, fue encaminando al legislador peruano hacia la opción reguladora que se plasmó en el Título III, de la Sección IV, del Libro Primero del Código Procesal Penal promulgado el 28 de julio de 2004.

Efectivamente, el nuevo marco normativo procesal nacional incorporó, con coherencia y sentido práctico, a través de los artículos 90° a 93°, las reglas que daban legitimidad a las personas jurídicas para intervenir directamente en la actividad procesal, cada vez que fuesen emplazadas como sujeto pasivo de una imputación que les creará la posibilidad de ser sancionadas con consecuencias accesorias.

## 2.1. LA FUENTE LEGAL

El mencionado *Título III* expresamente es denominado “Las Personas Jurídicas”. De esta manera el Código Procesal de 2004 quiere indicar con precisión ideográfica que las normas que allí se integran se refieren a un nuevo sujeto procesal constituido por personas jurídicas.

Ahora bien, el origen de dicha denominación y articulado no ha sido destacado por la Exposición de Motivos. Sin embargo, queda claro, por mera comparación normativa, que el Código Procesal Penal chileno de 2000, de tanta influencia en el Código Procesal Penal nacional de 2004, no ha ejercido en este nivel influjo alguno. Al parecer, la fuente legal del título que analizamos sería el derecho penal y procesal penal europeo, particularmente la legislación alemana y española. En ese sentido, Espinoza Goyena ha sostenido lo siguiente: “Es importante señalar también como antecedente relevante al tema que nos ocupa, la Ordenanza Procesal Alemana pues su artículo 444°. 1 establece una

serie de reglas aplicables por analogía cuando en el proceso penal se deba decidir sobre la determinación de una multa contra una persona jurídica o contra una asociación. Entre ellas es de destacar la disposición que impone la obligación del tribunal para emplazar a su representante a participar en el proceso, pudiendo este prestar objeciones, interrogar, ser interrogado, ser defendido por abogado, conocer la acusación, impugnar las resoluciones y en definitiva tiene las mismas prerrogativas que le corresponden a un acusado<sup>15</sup>

## 2.2. UBICACIÓN Y MORFOLOGÍA NORMATIVA

Como ya se había mencionado, el sistema de normas relativas a la persona jurídica y a su rol en el proceso penal se encuentran comprendidas entre los artículos 90° a 93°. Cada una de estas normas aborda aspectos específicos vinculados con la capacidad procesal, los derechos y garantías reconocidos a la persona jurídica, así como a la actividad procesal que ella puede desplegar. En concreto, la morfología interna del Título III es la siguiente:

- El *artículo 90°* está dedicado a identificar a las personas jurídicas que pueden ser sujetos procesales de imputación y a su emplazamiento procesal.
- En el *artículo 91°* regula la oportunidad y tramitación del emplazamiento e incorporación procesal de la persona jurídica sujeto de imputación.
- La disposición normativa del *artículo 92°* se refiere a la representación procesal de la persona jurídica en el proceso.
- Y el *artículo 93°* detalla los derechos y garantías procesales que se reconocen a la persona jurídica dentro del proceso penal, así como lo concerniente a los casos de rebeldía procesal .

Pero además, el Código Procesal Penal de 2004 regula también otro espacio procedimental de relación normativa entre las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 105° del Código Penal de 1991. Nos referimos a las disposiciones que rigen la utilización de tales sanciones en calidad de medidas coercitivas de carácter preventivo. Es el *artículo 313°* el que se ocupa de todo ello. Este numeral está ubicado en el Título IX de "Otras Medidas Reales", que corresponde sistemáticamente a la Sección III sobre "Las Medidas de Coerción Procesal"

A continuación haremos un breve análisis dogmático sobre el contenido y los alcances de cada uno de estos artículos.

- El Emplazamiento Procesal de la Persona Jurídica (artículo 90°)

El artículo 90° precisa cuales son las razones fácticas y legales que autorizan el emplazamiento y la incorporación formal de una persona jurídica en un proceso penal. Al respecto, el presupuesto esencial que define dicha norma alude a la aplicación potencial al ente colectivo de alguna de las consecuencias accesorias que contemplan los artículos 104° y 105° del Código Penal.

De esta manera, pues, se reconoce a la persona jurídica la *condición procesal de parte pasiva*. Sin embargo, como señala la doctrina nacional, el mérito de esta decisión legislativa radica en la integración en un mismo espacio procesal del debate sobre la responsabilidad penal de la persona natural imputada y de la que pueda alcanzar a la persona jurídica, a la cual, también, se atribuye vinculación con el hecho punible sujeto a investigación o juzgamiento. “En efecto, con esta norma queda claro que las sanciones a las personas jurídicas, así como las correspondientes medidas cautelares deberán dilucidarse en el mismo proceso penal que en el seguido a la persona física”<sup>16</sup>.

La disposición que comentamos, además, concede al Fiscal legitimación exclusiva para requerir a la autoridad judicial dicho emplazamiento e incorporación procesal.

- Oportunidad y Trámite de la Incorporación Formal de la Persona Jurídica al Proceso (artículo 91°)

En el artículo 91°, el legislador precisa la ocasión y el procedimiento a seguir para la inclusión formal de la persona jurídica en el proceso penal incoado.

Al respecto, el citado numeral señala que la solicitud del Fiscal a la que se alude en el artículo 90°, se formulará luego que se halla realizado ante el juez de la investigación preparatoria la comunicación del representante del Ministerio Público, dando a conocer su decisión de continuar con sus investigaciones. La solicitud, en todo caso, deberá presentarse hasta antes de declararse concluida la investigación preparatoria.

El artículo que comentamos detalla también, en su segundo párrafo, cuales son las exigencias de identificación que deberá cumplir toda solicitud fiscal de incorporación procesal de una persona jurídica.

Al respecto, la ley demanda la consignación expresa de los siguientes datos de referencia:

- a) La identificación expresa de la persona jurídica (razón social, naturaleza, etc.)
- b) El domicilio de la persona jurídica (sede matriz o filiales)

Además, el pedido debe justificarse señalando los hechos que relacionan a la persona jurídica con el delito materia de investigación. Se debe, pues, establecer una “cadena de atribución” que conecte a la persona jurídica o a sus órganos con acciones de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible. Y, consecuentemente, se deberá, en base a lo anterior, desarrollar una fundamentación jurídica de la razón inclusiva del ente colectivo en el proceso.

En cuanto a la *tramitación* que deberá darse a la solicitud, el artículo que comentamos dispone que deben observarse, analógicamente, los mismos pasos y etapas de procedimiento que corresponden a la tramitación de las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones. Los cuales están regulados por el artículo 8°. Siendo así, y de modo esquemático, el trámite de la solicitud fiscal seguiría el curso siguiente:

1. El juez de la investigación preparatoria luego de admitir el pedido, dentro del tercer día lo notificará a los demás sujetos procesales y a la persona jurídica que ha sido requerida. En la notificación se señalará fecha y hora para la realización de la audiencia correspondiente.
2. El día y hora acordados se realizará la audiencia con quienes hayan concurrido. El representante del Ministerio Público deberá acompañar el *expediente fiscal* para su examen inmediato por el Juez de la investigación preparatoria.
3. Instalada la audiencia el Juez de la investigación preparatoria escuchará en primer término al Fiscal. Luego hará lo propio con los demás sujetos procesales (abogados de la defensa, del actor civil, del tercero civil), y por último escuchará a la defensa de la persona jurídica.
4. Los sujetos mencionados harán, a su respectivo turno, referencia y/o contradicción a los elementos de convicción que se han acompañado en la solicitud o que se encuentran incorporados en el expediente fiscal.
5. Si el imputado concurre a la audiencia intervendrá luego que lo hayan hecho todos los demás concurrentes.
6. Escuchados los concurrentes, el Juez de la investigación preparatoria resolverá sobre la petición fiscal de inmediato o podrá hacerlo dentro

de los dos días siguientes. Ahora bien, sólo excepcionalmente el Juez de la investigación preparatoria podrá retener el expediente fiscal, hasta por 24 horas, para resolver a su vista la solicitud.

7. La resolución judicial que se emita tendrá la forma de auto y deberá estar debidamente fundamentada.

- La Representación Procesal de la Persona Jurídica (artículo 92º)

La representación procesal de la persona jurídica emplazada e incorporada al proceso, está regulada por el artículo que ahora comentamos. En relación a ello, la norma establece que el órgano social de la persona jurídica debe designar un *apoderado judicial*. Sin embargo, y atinadamente, la ley también dispone que dicha designación no podrá recaer, en ningún caso, en una persona natural que como tal esté igualmente comprendida como procesada en la misma investigación. Esto es, que comparta la imputación de los mismos hechos que han determinado la incorporación procesal de la persona jurídica. Esta decisión normativa resulta plenamente justificada, por la necesaria incompatibilidad de intereses que se daría entre ambos sujetos pasivos de la imputación.

El artículo 92º otorga, además, un plazo de 5 días para que el órgano social de la persona jurídica cumpla con designar al representante judicial de esta. Ahora bien, si al vencimiento del plazo mencionado no se designó al representante del ente colectivo, el Juez de la investigación preparatoria procederá a designarlo. Sin embargo, no queda claro si a dicho representante debe escogerlo la autoridad judicial a su libre elección; o si, por el contrario, el órgano jurisdiccional queda limitado a elegirlo entre los representantes y órganos de la persona jurídica emplazada. Esto es, si cabe que el Juez delegue tal representación en un tercero totalmente ajeno a la persona moral.

Sobre el particular, y a pesar de que la ley no lo autoriza ni prohíbe expresamente, consideramos que la elección de un tercero no parece ser lo más conveniente para los intereses procesales y para los objetivos de defensa de la persona jurídica. Por consiguiente, somos de opinión de que la norma debe interpretarse dando la opción de que los potenciales elegidos sean únicamente los órganos representativos del ente colectivo.

En todo caso, la elección de un tercero como representante debe quedar como una opción subsidiaria. Esto es, ella deberá ser excepcional y sólo cuando la totalidad de aquellos órganos de la persona jurídica se

encontraran procesados en su calidad de personas naturales. No obstante, aún en este supuesto límite estimamos que el Juez debería preferir, por ejemplo, a un socio caracterizado que podría ser propuesto por la Junta de Accionistas.

- Derechos y Garantías Procesales de la Persona Jurídica (artículo 93º)

El artículo 93º define los derechos y garantías procesales que se le reconocen a una persona jurídica que ha sido incorporada como imputada en un proceso penal.

Esta amplia opción garantista elegida por el Código de 2004, coincide plenamente con los planteamientos sugeridos por la doctrina especializada. Además, se alinea con los principales modelos normativos adoptados en la legislación extranjera de la materia.

En concreto, la legislación nacional otorga a la persona jurídica procesada, en tanto resulten compatibles con su naturaleza, los mismos derechos y garantías que le son reconocidos a una persona natural que tiene la condición de imputado.

En consecuencia, pues, todas las exigencias que corresponden e integran un debido proceso legal deben quedar suficientemente garantizadas para la persona jurídica imputada. Principalmente, debe reconocérsele el derecho a una defensa activa, a la postulación probatoria, a la posibilidad irrestricta de contradicción procesal, así como a la impugnación de toda resolución que estime agravante.

Por lo demás, resulta evidente que el origen básico de todos estos derechos y garantías, lo constituye lo que podríamos llamar la *presunción de inocencia de la persona jurídica*, o lo que pueda asignársele como denominación equivalente.

Ahora bien, en el inciso 2 del artículo 93º, también se regula una situación especial que equivale a un estado procesal de contumacia o rebeldía de la persona jurídica procesada.

La norma citada alude igualmente a una *falta de apersonamiento*. No queda claro si con ello se está haciendo mención a un estado procesal análogo al de la ausencia procesal de una persona natural imputada. Aunque esta última situación parece quedar descartada, ya que, más adelante, la

misma disposición predica que la persona jurídica sólo incurriría en los mencionados estados luego de su incorporación formal al proceso. Sin embargo, cabe recordar que esa incorporación puede hacerse aún sin la presencia de la representación de la persona jurídica. Efectivamente, conforme al artículo 8º la audiencia de solicitud de incorporación, puede llevarse a cabo sólo con los que concurran a ella. Por tanto, la persona jurídica podría quedar incorporada al proceso aún cuando su representación no haya asistido a la audiencia programada por el Juez de la investigación preparatoria.

Lo que si resulta deducible del tenor del artículo que analizamos, es que la rebeldía procesal de la persona jurídica en ningún caso va a detener o suspender la continuación de la secuencia del proceso.

De *lege lata*, tal vez se deben considerar, para superar estos vacíos e incertidumbres, los mismos criterios que se adoptan en el caso del imputado que es persona natural. De adoptarse este planteamiento, la consecuencia sería que en los casos de contumacia o “ausencia” de la persona jurídica imputada, no se le podrían aplicar consecuencias accesorias, aún cuando en el proceso se haya acreditado su conexión con el delito *sub judice*. Ante tal situación procesal el juez debería, entonces, reservar en la sentencia el pronunciamiento definitivo sobre la persona jurídica.

Por consiguiente, pues, las medidas que puede disponer la autoridad judicial en la sentencia contra la persona jurídica contumaz, solo tendrán un carácter cautelar (ubicación de representantes, vigilancia judicial de instalaciones, etc.). Sin embargo, de todas estas medidas la persona jurídica rebelde podrá apelar.

- Las Consecuencias Accesorias como Medidas Cautelares (artículo 313º).

Finalmente, en el artículo 313º el Código Procesal de 2004 norma la aplicación de las consecuencias accesorias como medidas de cautela procesal. De esta manera, pues, se supera un notable vacío en la legislación nacional. Cabe recordar, que ni el Código de Procedimientos Penales ni en el Código Procesal Penal de 1991 se consideraron disposiciones similares.

Es más, como lo ha destacado Zuñiga Rodríguez, a diferencia del Código Penal Español de 1995, el artículo 105º del Código Penal Peruano de 1991 no contemplaba expresamente la posibilidad de aplicar consecuencias accesorias como medidas cautelares<sup>17</sup>.



Únicamente, se había considerado dicha función procesal en el artículo 314° del Código Penal, pero únicamente para el supuesto de actividades ilícitas contaminantes. Efectivamente, para tales casos se autorizaba aplicar medidas cautelares de suspensión de actividades y de clausura definitiva o temporal de establecimientos. Sin embargo, la redacción de dicho artículo según los comentaristas nacionales, fue defectuosa porque de manera incoherente asimilaba al régimen transitorio de las medidas cautelares a la *clausura definitiva de locales*. Al respecto, somos de opinión que en tanto no entre en vigencia nacional el Código Procesal de 2004, los Jueces deben limitarse a disponer únicamente medidas de clausura temporal<sup>18</sup>.

Por lo demás, el nuevo Código adjetivo incluye un amplio conjunto de medidas cautelares, que podrán aplicarse a la persona jurídica imputada. Entre ellas destacan las siguientes:

- Clausura de locales
- Suspensión de actividades
- Nombramiento de administrador judicial
- Sometimiento a vigilancia judicial
- Inscripción registral del procedimiento penal incoado

En cuanto a presupuestos y requisitos para imponer cualquiera de estas medidas, la ley demanda en lo esencial que coexistan elementos de convicción o suficiencia probatoria de la realización de un delito, así como sobre la vinculación de la persona jurídica imputada con él.

Además, deben sopesarse también la urgencia o necesidad de poner fin a los efectos lesivos del delito, así como el control idóneo de la presencia objetivable de un concreto peligro procesal.

La duración de la medida cautelar dispuesta no puede exceder de la mitad del plazo máximo de duración de las consecuencias accesorias temporales que contempla el artículo 105° del Código Penal. Al ser dicho plazo de cinco años, se debe entender, entonces, que el límite de vigencia de tales medidas será de dos años y seis meses. No obstante, tratándose de delitos contra el sistema ecológico, la medida podrá prolongarse el tiempo que resulte indispensable para el cese del efecto lesivo ambiental.

Cabe señalar, que conforme al artículo 313°, las medidas cautelares impuestas pueden ser sustituidas por otras o cesar en sus efectos. Ello dependerá de las circunstancias concretas del caso, así como del grado de

desarrollo alcanzado por el proceso. En consecuencia, pues, son de observar plenamente las exigencias y evaluaciones que impone el principio procesal de proporcionalidad.

En todo caso, la imposición, variación o cesación de una consecuencia accesorias como medida cautelar, requerirá siempre que se corra, previamente, traslado por 3 días a las partes para que estas puedan alegar lo que corresponda a su legítimo interés. Y contra cualquiera de tales decisiones se podrá interponer recurso de apelación. En lo que atañe a la apelación debemos precisar que ella se tramitará conforme a lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo 278º, en cuanto le sean compatibles. En estas disposiciones sobre dicho procedimiento recursal se establece lo siguiente:

- a) Que el plazo para interponer el recurso de apelación es de tres días.
- b) Que el Juez competente deberá elevar los autos a la instancia superior dentro de las 24 horas de haber concedido el recurso de apelación.
- c) Que la apelación formulada es con efecto devolutivo.
- d) Que la Sala Penal competente se pronunciará previa vista de la causa, la cual deberá programarse dentro de las 72 horas de haberse recepcionado el expediente.
- e) Que para la vista de la causa se deberá citar al Fiscal y al defensor de la persona jurídica imputada.
- f) Que la resolución que resuelve la apelación deberá de emitirse el mismo día de la vista o dentro de las 48 horas siguientes, bajo responsabilidad.

### 3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como ya lo habíamos mencionado en otra publicación, la principal disfunción que enfrentan las *Consecuencias Accesorias aplicables a las Personas Jurídicas*, en nuestro país, sigue siendo su escasa aplicación judicial. De allí que las normas adjetivas incorporadas por el Código Procesal Penal de 2004 constituyen una insoslayable oportunidad de dinamizar su utilización jurisdiccional. Por lo demás, la utilidad de las consecuencias accesorias para hacer frente a estructuras criminales en delitos importantes como el tráfico ilícito de drogas, el lavado de activos o la financiación del terrorismo,

resulta ser un componente imprescindible en toda estrategia integral contra la criminalidad organizada.

Si bien el Decreto Legislativo 982 afinó la redacción del artículo 105º del Código Penal, descartando el uso facultativo de las consecuencias accesorias. Todavía subsisten vacíos como la ausencia de reglas de determinación que impidan la aplicación discrecional o total de tales sanciones. No obstante, consideramos que la interpretación teleológica que den los jueces al texto actual de dicha norma puede ayudar a superar, momentáneamente, las deficiencias mencionadas.

Finalmente, es menester demandar que las normas procesales sobre las Personas Jurídicas que hoy tiene el Código Procesal de 2004, alcancen una vigencia nacional anticipada a la brevedad posible. Con ello se podrá permitir una adecuada participación procesal de la persona jurídica imputada en aquellos Distritos Judiciales donde el nuevo modelo aún no está vigente.

- 
- <sup>1</sup> Tiedemann, K. Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. En Anuario de Derecho Penal 96, p.101 y ss
  - <sup>2</sup> Bacigalupo, S.. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del Derecho Penal. En: La Responsabilidad de las Personas Jurídicas, órganos y representantes. Lima: ARA; 2002, p.100 y ss
  - <sup>3</sup> Zúñiga, L. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. 2ª. Ed. Navarra: Aranzadi; 2003. p. 150 y ss
  - <sup>4</sup> Zugaldía Espinar, J. Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica. En El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. Lima: ARA Editores; 2006. p. 506 y ss
  - <sup>5</sup> Pradel. J. La responsabilidad penal de la persona moral. En Anuario de Derecho Penal 96. Ob. Cit., p. 76 y ss
  - <sup>6</sup> Citado por Tiedemann. Ob. Cit. ,p. 111
  - <sup>7</sup> García Arán, M. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico. Universidad A Coruña. Betanzos.1998, p.56
  - <sup>8</sup> Espinoza Goyena, J. La persona jurídica en el nuevo Proceso Penal. En El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Lima: Palestra; 2005, p. 309 y ss
  - <sup>9</sup> Tiedemann, K.. Responsabilidad Penal de las. Personas Jurídicas. En Anuario de Derecho Penal 96. Ob. Cit., p. 121
  - <sup>10</sup> Espinoza Goyena, J. La persona jurídica en el nuevo Proceso Penal. En El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Lima: Palestra; 2005. p. 314
  - <sup>11</sup> García Caverro P. Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el Proceso Penal Peruano. En Revista de Derecho. Universidad de Piura Vol. 7, 2006, p. 114.
  - <sup>12</sup> Ob.cit., p. 118
  - <sup>13</sup> Zugaldía Espinar, J. Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica. En El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. Lima; ARA Editores: 2006, p. 511
  - <sup>14</sup> Espinoza Goyena, J. La persona jurídica en el nuevo Proceso Penal. En El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Lima: Palestra; 2005. Ob. Cit., p. 311
  - <sup>15</sup> Espinoza Goyena, J. La persona jurídica en el nuevo Proceso Penal. En El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Lima: Palestra; 2005 p. 309 y ss

- 
- <sup>16</sup> Espinoza Goyena, J. La persona jurídica en el nuevo Proceso Penal. En El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Lima: Palestra; 2005 Ob. Cit., p. 315
- <sup>17</sup> Zúñiga Rodríguez, L. Las consecuencias accesorias Aplicables a las personas jurídicas del Art. 105 CP: Principales Problemas de Aplicación, en Anuario de Derecho Penal 2003, p. 501.
- <sup>18</sup> Caro Coria, D. La protección penal del ambiente. BMU. Serie Tesis Seleccionadas. Lima. 1995, p. 355; Julio César Espinoza Goyena. La Persona Jurídica en el Nuevo Proceso Penal, en El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales. Ob. Cit., p. 328



# CONSTITUCIÓN, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL NACIONAL

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO\*

*“El Derecho penal es, por naturaleza, un sistema normativo jurídica y legalmente limitado, sujeto a garantías y garantizador de derechos y libertades”*  
Polaino Navarrete

## Resumen

En el marco del Estado de Derecho, el sistema jurídico-penal peruano siempre debe interpretarse a la luz de la Carta Constitucional vigente, pues allí emergen los contenidos axiológicos de las normas punitivas que regulan los procesos comunicativos de la sociedad peruana a fin de no generar estados de indefensión, así como tampoco ámbitos de impunidad. En el presente trabajo, el brillante autor nacional, expone de manera preclara los principios constitucionales del Derecho penal y la manera en que la Constitución permite una lectura garantista de las normas punitivas.

**Palabras claves:** Estado de Derecho, Carta Constitucional, principios constitucionales.

## Abstrac

Within the framework of the State of Right, the Peruvian legal system always have to be interpreted according to the current Constitutional charter, because the fairness contents emerge there from the punitive norms that regulate the communicative processes of the Peruvian society in order not to generate defenselessness states, neither scopes of impunity. In the present work of a shining national author, is sets out the constitutional principles of the Criminal Law and the way in which the Constitution allows the prtected reading of the punitive norms.

**Key words :** State of Right, Constitutional charter, constitutional principles.

## Sumario

1. Aspectos generales.
2. Principios constitucionales del Derecho penal.
3. Principio de legalidad.
4. Prohibición de analogía.
5. Irretroactividad de las normas penales desfavorables.
6. *Ne bis in idem* o doble punición.
7. Principio de proporcionalidad.
8. Principio de culpabilidad.
9. Principio de resocialización.
10. Principio de respeto y protección a la diversidad cultural.
11. ¿Interpretación constitucional de la legislación penal ordinaria?

---

\* Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 1. ASPECTOS GENERALES

El artículo 8º de la Declaración Francesa de Derechos Humanos del 26 de agosto de 1789, estipuló que la ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias, y a su vez encarnó tanto la vigencia de los principios constitucionales de subsidiaridad y constitucionalidad del derecho penal, en tanto mandato dirigido al legislador, como los principios de legalidad y prohibición de analogía *in malam partem*, más concretamente dirigidos al juez; todos ellos enderezados a limitar el poder punitivo del Estado. El desarrollo del constitucionalismo y del penalismo modernos han venido a exigir no solo la incorporación en el ordenamiento jurídico de garantías penales básicas, sino también la superación de su mero contenido programático, para configurarlo en normas de aplicación directa y exigencia de un adecuado desarrollo legal con pleno respeto de su contenido esencial.

Es el tránsito a unas garantías de tipo material o de contenido, que además expresan una selección de valores fundamentales que se imponen a los poderes públicos como criterios materiales de legitimidad de su acción (Palazzo). Se trata, en suma, de la juridificación del fenómeno punitivo, su sometimiento al cumplimiento de una serie de fines trascendentes a lo punitivo y de contenido garantístico (Baratta).

El Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia recaída en el Expediente N° 0047-2004-AI/TC, estableció que: “la Constitución es la norma de normas *-lex superior-* que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal”. Asimismo, en dicha sentencia señaló que: “La Constitución contiene un conjunto de normas supremas porque éstas irradian y esparcen los principios, valores y contenidos a todas las demás jurídicas restantes, por lo que el principio de jerarquía deviene en el canon estructura del ordenamiento estatal”. Del mismo modo, indicó que: “La Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de derecho y como fuente de fuentes. La Constitución, por lo tanto, no solo es una norma política *-que contiene meras disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos-*, también es una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder y a la sociedad en su conjunto (STC N° 5854-2005-AA/TC). Esto es lo que se denomina primacía normativa de la ley constitucional”.

Lo expuesto no hace sino ratificar que la Constitución orienta la política criminal del Estado y que la *dogmática del sistema penal*, desde la ley penal y

en tanto proyección de los postulados constitucionales, se construye por la doctrina –teoría jurídica de los juristas– y la jurisprudencia –decisiones de los tribunales– también dentro de ese marco; una y otra tienen que adecuarse a las formas y valores de la Constitución y respetar tanto sus principios como sus valores superiores (Buitrago Ruiz).

Hoy en día, por consiguiente, resulta clarísimo y plenamente admitido que la Constitución –y, en esta perspectiva, el derecho constitucional– da directrices e impulsos al ordenamiento penal que lo van marcando progresivamente a “golpe” de sentencias del TC, aunque es de reconocer, por lo menos, tres ideas precisas: a) que el orden de valores jurídico-constitucionales y el orden legal jurídico-penal son espacios relativamente autónomos; b) que tienen sus presupuestos respectivos en diferentes objetivos y finalidades del actuar humano, que muestran regulaciones diferenciadas; y c) que la Constitución concede al legislador ordinario un amplio margen de libertad para la configuración del ordenamiento penal (Tiedemann). En este último punto, el TC en su sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2006-AI/TC sostuvo que se trata de un margen limitado por lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sin desnaturalizar los fines de la pena.

En la sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2006-AI/TC, el TC enfatizó que “[...] la política de persecución criminal del Estado, tiene un margen de razonabilidad para ello, pero con límites como los derechos fundamentales de las personas [...]”. Ello no significa desconocer, desde luego, tanto la existencia de un sistema complejo de relaciones expresado en la presencia de un conjunto de preceptos que directa o indirectamente afectan y conforman el sistema punitivo (Arroyo Zapatero), como el efecto recíproco y la necesidad de una concordancia práctica entre la Constitución y el Derecho ordinario (Hesse).

El TC ha expuesto que las bases del derecho penal y de todas las ramas del derecho en general no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático. No obstante, en la sentencia recaída en el Expediente N° 14-2006-AI/TC, el mismo TC ha llegado a decir, aunque con un cierto tufillo de superioridad errática, que ese órgano constitucional a través de la interpretación y la argumentación constitucionales contribuye a superar las limitaciones de la dogmática penal. Llama la atención, como nota marginal, que haya repudiado sin más, y sin entender a Jakobs, lo que la moderna ciencia penal está analizando bajo la denominación de derecho penal



del enemigo –como si esa noción fuera una corriente político-criminal que postula una concepción y método de acción cerradamente inconstitucional, entrometiéndose en disputas teóricas sobre la materia–.

La dogmática del sistema penal es asunto de la doctrina y la jurisprudencia, es decir, forma parte del derecho ordinario y es monopolio de la jurisdicción ordinaria, lo que no margina por cierto que determinado ámbito de la dogmática esté abierto a la influencia directa del orden constitucional, que está dentro de las fronteras de la Constitución y en vinculación con la política criminal (Tiedemann). Esto último es lo que viene a explicar los intentos muy serios de formular un concepto constitucional de delito y, desde esa perspectiva, la Constitución desempeña un papel determinante respecto a la dogmática penal en la medida en que regula los derechos fundamentales, incorpora normas que directa o indirectamente rigen la materia penal e, incluso, contiene directrices de política penal que orientan o delimitan la tarea del legislador ordinario (Cobo/Vives).

## 2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL

Los principios que introduce la Constitución, vista su calidad y cantidad –lógicas intensivas y extensivas del ordenamiento constitucional–, no pueden menos que calificarse como un programa penal de la Constitución, que implican un conjunto de postulados político-criminales genéricos, que protegen al ciudadano de un derecho penal anticonstitucional aunque no contra una mala política criminal, dada la libertad reconocida al legislador ordinario para resolver a su prudente arbitrio los problemas concretos que se le plantean; mala política criminal que, hoy en día, se expresa –entre otros factores– en la hipertrofia del sistema penal en su conjunto (Palazzo).

Existe un conjunto de principios, de alcance general, referidos a todo el ordenamiento que inciden, directa o indirectamente, en el derecho penal. Entendemos por *principios* aquellos postulados, de alcance general con proyección en el sistema penal, que informan todo el ordenamiento jurídico, previstos explícita o implícitamente en la Constitución y, por ello, tienen un carácter supremo que expresa la filosofía incorporada en la Ley Fundamental. Lo particularmente remarcable cuando se está ante principios de relevancia constitucional es que cuando entran en conflicto genera un problema hermenéutico que no se resuelve solamente con las reglas tradicionales o comunes de interpretación, sino con las técnicas del balance o de la ponderación y de la armonización. La *primera* implica tener en cuenta el caso concreto, el mayor peso o valor, axiológicamente hablando, de un principio sobre otro y el sacrificio de

un principio respecto del otro, todo siempre sobre la base de decidir con fundamento lo más justo o lo menos injusto; y la *segunda*, conduce a la búsqueda de una solución teniendo en cuenta que la Constitución es una unidad, que sus disposiciones no se pueden mirar aisladamente y que sus normas, en caso de tensión entre ellas, deben ser concordadas (Pérez Pinzón).

Los denominados valores superiores de libertad, justicia, igualdad y proporcionalidad, entendidos como componentes estructurales básicos del orden constitucional, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política, y orientar e impulsar todos los ámbitos del Derecho (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0976-2001-AA/TC). Los dos últimos tienen una suerte de *traducción* o anclaje específico en el Derecho penal, radicados en la proporcionalidad de las penas y en la protección de la diversidad cultural y consecuente reconocimiento de un ordenamiento de relativa autonomía para los indígenas. En el ámbito de la libertad personal, el TC en su sentencia recaída en el Expediente N° 2496-2005-HC/TC expresó no solo que es un derecho fundamental reconocido, sino también un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado, pues se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley.

A continuación veremos algunos mandatos, prohibiciones y regulaciones. Así, por ejemplo:

2.1. La prohibición de la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes (artículo 2º.24.h de la Constitución), cuya base es la protección del derecho fundamental a la integridad personal (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2333-2004-HC/TC).

2.2. La prohibición de la prisión por deudas, artículo 2º.24.c de la Constitución, que garantiza –como acota la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2892-2003-HC/TC– que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones, cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil. Son relevantes, sobre el particular, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1428-2002-HC/TC, que determinó que la revocación de la condicionalidad de la pena por omisión voluntaria del pago de la reparación civil no constituye una lesión del derecho a la libertad individual, pues como luego enfatizó la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 7361-2005-HC/TC, “[...] el origen de la obligación de pago se afina en el ámbito penal, sede en que se condenó a la beneficiaria imponiéndosele como condena el reparar el daño ocasionado por el delito” y antes mencionó la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 893-2004-HC/TC que la obligación

de pagar la reparación civil es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal. Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 7361-2005-HC/TC declaró que ese incumplimiento, doloso o culposo, también autoriza a impedir la concesión de un beneficio penitenciario de excarcelación en tanto la ley así lo disponga.

Desde la tipicidad del delito de omisión de asistencia familiar (artículo 149° del Código Penal), cabe sostener que no es posible considerar que se trate de la excepción al mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios, pues lo que ese tipo legal castiga es el incumplimiento de resoluciones judiciales y no meros convenios entre particulares (Reyna Alfaro); centrado en “[...] deberes de tipo asistencial, donde prevalece aún más la idea de seguridad de las personas afectadas [...]” (Salinas Siccha. Cfr. ejecutoria superior del 21 de mayo de 1998-Lima); por lo que el bien jurídico que se protege no es el crédito en cuanto tal, ni persigue sancionar el incumplimiento de una obligación civil, sino proteger a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar (v.gr. sentencias del Tribunal Supremo español del 28 de julio de 1999, 13 febrero de 2001 y 3 de abril de 2001. En contra, Serrano Gómez).

2.3. La exigencia de criminalización del tráfico ilícito de drogas y del enriquecimiento ilícito (artículos 8° y 41° de la Constitución), que pueden clasificarse como una cláusula de penalización. Sobre el tráfico ilícito de drogas la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0016-2001-HC/TC ha expuesto que constituye “[...] un hecho despreciable en la conciencia social de la población y ocasiona un daño calificado a la sociedad”, por lo que es de deducir que para el TC las conductas vinculadas al comercio ilícito de drogas constituyen un bien merecedor de tutela penal. Con relación al delito de enriquecimiento ilícito, lo considera un ámbito incardinado en el concepto de *criminalidad gubernativa* y expresión de una política criminal en la lucha contra la corrupción, advertida por la Constitución como particularmente disvaliosa, al punto que ha estructurado no solo medidas preventivas, sino que ha hecho alusión a una de las concretas manifestaciones de los delitos de corrupción y a reglas específicas a aplicarse para su procesamiento, referidas a la intervención del Fiscal de la Nación y a la duplicación del plazo de prescripción en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes N°s 1076-2003-HC/TC y 8-2005-PI/TC).

2.4. Determinados preceptos que consagran los derechos fundamentales. Entre los que destacan los de derechos de libertad de expresión, de asociación y de reunión.

2.5. El derecho a la libertad de expresión (artículo 2º.4 de la Constitución) ha sido entendido, al mismo tiempo, como derecho subjetivo y garantía institucional del sistema democrático constitucional, a la vez como libertad preferida, en particular cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 905-2001-AA/TC).

Por ello, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0003-2005-AI/TC, v. gr. estimó que el delito de apología terrorista no vulnera esa libertad, pues ese derecho persigue, garantiza y protege otros derechos constitucionales, además que la Constitución y el Derecho internacional de los derechos humanos no prohíbe que el legislador penal pueda criminalizar determinados contenidos de un discurso –el ejercicio de este derecho, como se enfatizó en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6712-2005-HC/TC no es libre ni irrestricto, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado de Derecho, límites que deben encontrarse en la propia Constitución–.

2.6. El derecho de asociación (artículo 2º.13 de la Constitución), cuya fundación y funcionamiento si bien no requiere autorización previa debe hacerlo “[...] con arreglo a la ley” (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4-1996-AI/TC). El marco jurídico que instituya la ley, desde luego, puede criminalizar a los miembros de aquellas asociaciones, entendidas como una unión de personas caracterizada por las notas de organización y permanencia (Vives/Carbonell), que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito –se trata de dos supuestos materialmente equivalentes–, referido el primero a una asociación que nace ya ilícita y el segundo a una que, luego, pasa a ser ilegítima (Tamarit Sumalla). La conducta que se sanciona, conforme a lo dispuesto por el artículo 317º del Código Penal, tiene declarado la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116, es el solo hecho de formar parte de la agrupación a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia de: a) relativa organización, b) permanencia o estabilidad, y c) número mínimo de personas –sin que se materialicen sus planes delictivos–; se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del delito buscado. Es muy importante para la determinación de los delitos de asociación ilícita, y ahora de la criminalidad organizada, la previa definición de los alcances del derecho de asociación. El bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita, como se sabe, lo constituye el ejercicio del derecho de asociación, comportando los supuestos tipificados (artículo 317º del Código Penal) claras extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho y, por ende, legítimamente sancionados.

2.7. El derecho de reunión (artículo 2º.12 de la Constitución), definido en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4677-2004-AA/TC como la facultad de toda persona de congregarse junto a otras, en un lugar determinado, temporal y físicamente, y sin necesidad de autorización previa, tiene como elemento finalista esencial que su ejercicio sea lícito, predicable no solo del propósito último de la reunión, sino de los medios en que pretende ser alcanzado. En consecuencia, la represión se legitima cuando se advierte una intencionalidad lesiva y la concreta actividad violenta durante la congregación de los individuos involucrados en ella. Precisamente, el Código Penal (artículo 315º) reprime el delito de disturbios, cuya relación con la libertad constitucionalmente protegida estriba en que, como por ejemplo señala el Tribunal Supremo español en la Sentencia N° 1016-1993 del 6 de febrero de 1991, debe revestir cierta gravedad y entidad, no castigándose en caso contrario estas conductas sobre la base de los principios de proporcionalidad y de intervención mínima del derecho penal. Esa misma capacidad de poner en peligro la tranquilidad pública y crear un estado de inseguridad, ha sido destacado por la Corte Suprema en la Ejecutoria N° 1971-97/Puno del 13 de enero de 1998. Por lo demás, como precisó el Tribunal Supremo español en la Sentencia N° 2083-1994 del 29 de noviembre de 1994, no es obstáculo para la existencia del indicado delito el hecho de que la finalidad de la reunión sea plenamente legítima, como lo puede ser la protesta o la reivindicación que la actuación en grupo desea poner de manifiesto.

Cabe acotar, como dice Alexy, que la interpretación constitucional de los derechos fundamentales se concibe como un ejercicio de racionalidad tendiente a evitar decisiones arbitrarias.

2.8. Algunos preceptos que regulan conceptos del sistema penal. Es de mencionar, por ejemplo, la inviolabilidad parlamentaria, la jurisdicción indígena y la amnistía (artículos 93º, II párrafo; 149º y 102º.6 de la Constitución).

2.9. La inviolabilidad, respecto de la que aún no se ha pronunciado el TC, desde la perspectiva constitucional, debe entenderse como una garantía constitucional indeclinable de determinados órganos del Estado frente a otros (judiciales), con el objeto de que puedan cumplir su función de manera imparcial (Cuello Contreras). En concreto, la razón de esta institución radica en la protección del discurso parlamentario y en la libertad de voto (Jescheck). Dogmáticamente es concebida como una causa de justificación –aunque otro sector de la doctrina la califica de causa personal de exclusión de pena–, en cuya virtud los congresistas, el Defensor del Pueblo y los magistrados del

Tribunal Constitucional “[...] no pueden ser sancionados por ningún delito de expresión que cometan al exponer opiniones durante el ejercicio de su cargo” (Hurtado Pozo).

2.10. La amnistía ha sido definida por el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 0013-1996-AI/TC en los siguientes términos: “[...] es un derecho que el Congreso ejerce en nombre de la sociedad, a fin de aplicar el olvido a ciertos tipos de delito, los cuales se tienen como hechos no punibles, y se consideran como nunca perpetrados”. La amnistía se ejerce a través de leyes –que pueden ser dictadas antes, durante o después del proceso y de la condena–, caracterizadas por ser *leyes desincriminatorias anómalas* porque el delito es *borrado* de modo anómalo al dar lugar a una desincriminación temporaria, extraordinaria o excepcional, cuyo límite o impedimento se encuentra en aquellos delitos que no lo permiten en razón de tratados internacionales o los cometidos por los propios legisladores –que en este último caso importarían la legitimación del encubrimiento– (Zaffaroni).

2.11. Es posible identificar, desde las exigencias del ordenamiento penal, cinco principios connaturales de directa relevancia constitucional que abordaremos sucintamente. Son los principios de legalidad penal, proporcionalidad, culpabilidad, resocialización y protección de la diversidad cultural, muchos de los cuales incluso se han convertido en Derechos fundamentales.

### 3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Está previsto en el artículo 2º.14.d de la Constitución Política, y el TC, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1805-2005-HC/TC lo considera como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva (Muñoz Conde/García Arán), que se erige como garantía de legitimación y garantía de seguridad (García Rivas) y tiene como fundamentos: a) *el político constitucional*, ligado a la división de poderes y a la democracia; b) *el axiológico*, orientado a la seguridad jurídica; y c) *el jurídico-penal*, centrado en su efecto preventivo general y permite el desarrollo y afianzamiento de la conciencia jurídica de la población (Urquiza Olaechea).

La sujeción que el principio de legalidad debe garantizar es la objetividad, en cuya virtud, apunta Jakobs, el comportamiento punible y la medida de la pena se deben determinar por anticipado y con validez general, precisamente mediante una ley determinada dictada con anterioridad al hecho; principio que abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al

ámbito de lo imputable (especialmente, también, la prescripción, que ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo).

Este principio incorpora varios subprincipios que expresan, por un lado, el tenor literal y por el otro, el significado esencial del mismo; su función técnica se concreta tanto en el proceso de formulación de la ley, como ulteriormente en la interpretación y construcción del Derecho penal (Cobo/Vives).

Estos subprincipios son los siguientes:

3.1. *Reserva absoluta de ley para definir injustos penales.*- Este subprincipio, que tiene una fundamentación democrático-representativa y cumple una función garantizadora (Tozzini), ha sido denominado por el TC como *principio de legalidad* o de reserva legal en la sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, aunque posteriormente, en la sentencia recaída en el Expediente N° 2302-2003-AA/TC lo denominó *reserva de ley*, mientras que el principio de legalidad, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes; la reserva de ley, por el contrario, implica la determinación constitucional que impone la regulación solo por ley, de ciertas materias. Es el calificado como *tenor literal* de la legalidad y entendido como un mero requisito formal. El Tribunal Constitucional alemán (1989), por ejemplo, declaró que su sentido nuclear es el de garantizar la descripción legal de los tipos de delito, es decir, de injusto típico, y no transferir al juez del caso concreto la determinación de lo injusto.

La descripción de la conducta prohibida y de la sanción penal deben estar previstas en una norma con rango de ley de carácter material; es posible que se exprese no solo a través de ley aprobada por el Congreso, sino también por decreto legislativo (Rubio Correa. En contra, Abanto Vásquez); no puede haber norma de rango inferior que las establezca (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC). La indicada sentencia, a su vez, estimó que cuando existe el mismo tipo delictivo en dos leyes distintas y de vigencia simultánea se vulnera el principio de reserva de ley; lo que concedería un inaceptable grado de discrecionalidad a la autoridad pública.

3.2. *Exigencia de determinación, certeza o taxatividad.*- Este subprincipio constituye, propiamente, un *mandato*, esto es, una exigencia clara de determinación



de las conductas punibles cuyo sustento, además del principio de legalidad, está en el principio de seguridad jurídica –entendido como una garantía a favor del ciudadano frente al sistema penal-. Adriasola postula, siguiendo a Roxin, que propiamente es una garantía contra la arbitrariedad judicial, evitando una excesiva libertad interpretativa y generando en la ciudadanía la seguridad de cuáles son las conductas prohibidas y cuáles, por ende, las permitidas. Al respecto, el TC ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 16-2002-AI/TC, que es un principio que transita todo el ordenamiento incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside, y que está reconocido implícitamente en ella a través de distintas disposiciones, entre las que está el artículo 2º.24.a que ratifica la finalidad protectora que persigue el derecho penal.

3.3. La seguridad jurídica, estipuló la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1-2003-AI/TC, es un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto a cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del derecho y la legalidad. La razón de este mandato reside, a tono con la jurisprudencia constitucional alemana destacada por Jescheck, –así, BverfGE 47, 109 [120]; 48, 48 [56]; y, 73, 206 [234]–, por un lado, en que la reserva de ley solo puede desarrollar plenamente su eficacia cuando la voluntad jurídica de la representación popular ha encontrado en el texto una expresión tan clara, que queda excluida la posibilidad de una resolución subjetiva y arbitraria por parte del juez; y por otro lado, en que el mandato de determinación debe asegurar que cualquier persona pueda prever qué comportamiento está prohibido y amenazado con pena.

El TC ha denominado este subprincipio de “*tipicidad*” en la aludida sentencia, a la vez que en la sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC ha precisado que se trata de una prescripción dirigida al legislador para que dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre. El legislador ha de describir qué acción u omisión es seleccionada por la norma penal, qué elementos –objetivos y subjetivos– son singularmente caracterizadores de la conducta, y qué sanción penal establece para la ejecución de la misma (Polaino). Por consiguiente, en los tipos penales se debe describir la conducta prohibida con razonable precisión (Adriasola).

Empero, es de aclarar que el principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del juez, cuando, en uso de esta,



ni se crean nuevas figuras delictivas, ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento (Bacigalupo). La certeza tiene un carácter relativo, en tanto las palabras y los conceptos no son claros, precisos e inequívocos, de suerte que el texto legal es con mucha frecuencia la exposición incompleta del pensamiento del legislador (Hurtado Pozo).

Compatible con lo expuesto, y desde la perspectiva del Juez penal ordinario, en la interpretación y aplicación de un tipo legal se debe respetar el tenor literal del enunciado normativo y, la razonabilidad del resultado interpretativo, de suerte que se respeten tanto las pautas axiológicas que informan la Constitución como los modelos de argumentación comúnmente aceptados y reconocidos por la doctrina (García-Pablos). Previene Tozzini, en esta misma perspectiva, que debe primar el concepto de que el principio de legalidad es una garantía constitucional, y que ella, por lo tanto, debe estar por encima de cualquier método de interpretación, puesto que estos representan únicamente un medio para lograr hacer efectiva la garantía, y no para otorgarle contenido al principio constitucional.

La exigencia de certeza, por lo demás, no colinda con los tipos abiertos que frente a la indeterminación, sobre todo en los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de completarlos mediante la interpretación; no se exige al legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales por la naturaleza propia del lenguaje. En la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1198-2002-AA/TC se admitió la validez de la utilización de los “conceptos jurídicos indeterminados”, que definió como “[...] aquellos conceptos o expresiones utilizados por las normas [en] que los límites y términos del enunciado no aparecen perfectamente definidos y que, sin embargo, resultan compartibles con el principio de legalidad mientras puedan concretarse utilizando criterios lógicos, técnicos o de experiencia”.

El límite de lo admisible, como insiste Bustos, es que la norma contenga el núcleo fundamental de la materia de la prohibición, de suerte que la interpretación no sea cualitativa, sino meramente cuantitativa (aquí se acoge, por cierto, la denominada “teoría de la esencialidad” expuesta por el TC alemán que exige, como enuncia Bacigalupo, una decisión del legislador sobre todas las cuestiones esenciales que afecten ámbitos normativos básicos y sobre todo en materia de derechos fundamentales). Su concreción –insiste el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 10-2002-AI/TC– debe ser razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, que permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza

y las características esenciales de las conductas típicas. Sin embargo, otro camino más objetivable sigue el TC alemán, pues sostiene, en relación con los conceptos jurídicos indeterminados, regulados con el recurso a cláusulas generales, que no resulta aceptable otra interpretación que la que aparezca más segura y se corresponda con la convicción general.

Por último, la exigencia derivada del mandato de *lex certa* no solo se plantea en referencia a la definición de la conducta típica, sino también en lo que respecta a la determinación de la pena con la que esta se sanciona. El legislador debe prever tanto el plazo mínimo de pena y su duración máxima, pues de no ser así resultaría indeterminada, carente de un marco legal. Así lo ha declarado el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 10-2002-AI/TC (García Cantizano).

#### **4. PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA (ARTÍCULOS 2º.24.D Y 139º.9 DE LA CONSTITUCIÓN)**

Incide en la interdicción de creación judicial del derecho, en cuya virtud el Juez no puede desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en ella (Muñoz Conde/García Arán). Analogía, precisamente, es un método por el que una regla de ley o de derecho se extiende, por semejanza, a casos no comprendidos en ella, debido a que por la similitud que poseen ambos supuestos de hecho han de ser valorados igualmente (Urquiza Olaechea). El derecho penal impone al juez un límite concreto en su labor interpretativa: debe mantenerse dentro del sentido literal posible del precepto, y, como tal, marca el alcance máximo de toda interpretación, que se hace para evitar el riesgo de inseguridad jurídica que podría suponer un exceso de la orientación objetiva de la interpretación si se centrara exclusiva o desmedidamente en la finalidad de la ley olvidando su tenor (Luzón Peña). El Juez decide, dentro de diversas posibilidades interpretativas, lo que está en la naturaleza de las cosas; no tiene libertad absoluta en la interpretación, está vinculado a las decisiones valorativas legales, que por encargo de la ley se limita a concretar completando la norma en la interpretación (Roxin).

La interdicción de la analogía desfavorable, amén de ser un principio que informa el ejercicio de la jurisdicción, ha sido calificada por el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC como un derecho subjetivo constitucional de los justiciables, concebida, según la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 274-1999-AA/TC, como una garantía procesal constitucionalmente reconocida, aplicable a los procesos de naturaleza penal, al procedimiento administrativo disciplinario y a todo procedimiento de orden administrativo, público o privado, que se pueda articular contra una persona.

La norma funciona para prohibir al juez, mediante el recurso de la analogía: a) calificar el hecho como delito o falta; b) definir un estado de peligrosidad; y c) determinar la pena o medida de seguridad que le corresponde (Peña Cabrera).

La sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC no solo ha insistido en precisar que la limitación a los derechos fundamentales –si se impone una pena privativa de libertad, lo es ciertamente–, deberá realizarse en términos necesariamente restrictivos; sino que además indica que se encuentra vedada la interpretación analógica *in malam partem* de las normas que restrinjan derechos. La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, precisa que la analogía como integración normativa está proscribida en el derecho penal. Debe entenderse como tal aquella que se emplee para fundamentar la represión de un comportamiento mediante la creación de un nuevo tipo legal o la ampliación de uno existente, a partir de la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación con arreglo a la similitud de este caso con otro, para lo que es aplicable la regla en cuestión (Hurtado Pozo). No lo está el razonamiento analógico en la interpretación, de suerte que las cláusulas de interpretación analógica tampoco vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos.

## **5. IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PENALES DESFAVORABLES (ARTÍCULOS 103º, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 139º.11 DE LA CONSTITUCIÓN)**

Este principio, como variante de la exigencia de *lex praevia* (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2496-2005-HC/TC), funciona, esencialmente, para el legislador. En cuanto a la aplicación de normas en el tiempo desde una perspectiva general, el TC ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 1300-2002-HC/TC, *primero*, que la regla general es su aplicación inmediata: determinados hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes se regulan por la norma vigente durante su verificación; y *segundo*, que en el derecho penal material, la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión. En el derecho penal material la acción ha de ser prevista como delito con anterioridad a su realización, la ley solo tiene efectos *ex nunc*.

Sin embargo, en la sentencia recaída en el Expediente N° 2196-2002-HC/TC aclaró que esa cláusula constitucional se encuentra matizada por el principio

de favorabilidad, que establece una importante excepción en el caso de que la nueva ley sea más favorable al reo, lo que se explica en el hecho que la prohibición de retroactividad es una prohibición garantista, y establece una preferencia a las leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 31 de agosto de 2004, caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay señaló lo que debe entenderse por *ley penal más favorable*: “Será [...] tanto aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de culpabilidad y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras”. Es decir, comprende todas las categorías del delito: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y penalidad.

Lo esencial de esta institución es que la nueva ley más favorable no solo beneficia al reo sino que, además, muestra que la valoración jurídica del delito ha cambiado también, por lo que sería injusto castigar con una pena (o con pena más grave) que ya no convence en el momento en que debe imponerse, es decir, tiene su fundamento en el valor justicia, no es un acto de magnanimidad ni se sustenta en la *pietatis causa* (Cuello Contreras).

El principio de prohibición de retroactividad perjudicial para el reo presenta dos facetas diferentes: a) la *garantía criminal*, en virtud de la cual ningún hecho puede ser considerado como delito si antes no ha sido expresamente consignado como tal; y b) la *garantía penal*, que impide infligir pena alguna que no hubiese sido previamente conminada por medio de la ley y en ella descrita exactamente (Polaino Navarrete).

Por otro lado, también ha estipulado que si el juez invoca la vigencia temporal de una norma que no corresponde, vulnera el artículo 103º constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3201-2003-HC/TC). Esta disposición, en la línea sostenida parcialmente por Roxin, solo funciona para leyes penales materiales, no procesales ni penitenciarias (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1234-2000-HC/TC). La no retroactividad es aplicable para las disposiciones que tienen carácter sancionador, como por ejemplo, las que tipifican infracciones, establecen sanciones o presupuestos para su imposición, o las restrictivas o limitativas de derechos; la norma vigente, en ese caso, es la vigente al momento de la comisión del hecho delictivo, no así para las leyes procesales –en el plano jurisdiccional o administrativo penitenciario– en las que el criterio a seguir es la eficacia inmediata de la misma (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1994-2002-HC/TC).

La favorabilidad no comprende la aplicación de normas inconstitucionales, aun cuando concedan beneficios al penado (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0019-2005-AI/TC, fallo en el que además ha indicado tanto que: “[...] toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de la personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de Derecho [...]”, como que “[...] la ley declarada inconstitucional, a diferencia de la derogación, ‘aniquila’ todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria [...]”).

En el caso del delito continuado, que es solo uno de los supuestos que plantean los tipos de actividad plural o mantenida, el TC en una clara invasión a la jurisdicción ordinaria por tratarse de un tema propio de la dogmática y definición de los alcances de una figura legal, respecto al cual existe un intenso debate doctrinal que se prolonga a toda la institución (Luzón Peña), sostiene que se aplica la última ley, bajo cuya vigencia se cometió el último acto (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 901-2003-HC/TC). La figura del delito continuado y su relación con los supuestos de retroactividad e irretroactividad alcanza características especiales, cuyo eje de solución, dice un sector de la doctrina, estriba en la aplicación de la ley posterior solo si la totalidad de su presupuesto ha sido realizado por el agente durante su vigencia (Vives Antón); mientras, que otro sector doctrinario sostiene que, en función de la finalidad concebida por el artículo 49° del Código Penal –evitar ciertos casos de reiteración y dar una solución más favorable, de atenuación de la pena– no puede aceptarse la solución de aplicar sin más la nueva ley; en consecuencia, debe aplicarse la ley más favorable entre aquellas vigentes desde el inicio de su ejecución hasta el momento de la sentencia (Hurtado Pozo).

## **6. NE BIS IN IDEM O DOBLE PUNICIÓN (ARTÍCULO 139°.13 DE LA CONSTITUCIÓN)**

Es un subprincipio que deriva de la cláusula del Estado de Derecho; empero, el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 729-2003-HC/TC declaró que tal principio constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. La dimensión material de ese derecho fundamental –que según la sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, pues se requiere previsibilidad en la conducta

sancionadora del Estado- aunque más propiamente en esta última (cfr. García Rivas)-, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción. La posibilidad de la imposición de dos sanciones puede tener lugar, y por eso está prohibido con motivo: a) de una investigación o enjuiciamiento de la misma infracción más de una vez en la misma causa; b) de la incoación de dos o más investigaciones o juicios al mismo tiempo por la misma infracción; y c) de una infracción que ya ha sido objeto de decisión final (Pérez Pinzón).

Se requiere identidad de sujeto, hecho y fundamento (el TC peruano ha seguido en este punto lo que estableció el TC español en la sentencia recaída en el Expediente N° 2-1981, del 30 de enero). Este último presupuesto es el determinante, pues la identidad del hecho requiere, además, que la punición se fundamente en un mismo contenido de injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC).

Un supuesto propio de la doble incriminación o punición es la prohibición de doble valoración, en cuya virtud de una misma circunstancia o hecho no se pueden extraer dos o más consecuencias con repercusiones en la responsabilidad penal y/o en la punibilidad. Expresión de esta exigencia es el artículo 46º, primer párrafo del Código Penal, en cuanto estatuye que para la determinación judicial de la pena el Juez no debe atender a hechos o circunstancias que no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad; es decir, no debe valorar doblemente aquellos elementos componentes de la definición típica o determinadas circunstancias ya consideradas por el legislador en el tipo de injusto. Ello es así porque *los tipos penales contienen los requisitos mínimos para que alguien sea castigado de acuerdo con los marcos punitivos previstos en ellos. De ahí que resulta ilógico agravar la pena con la argumentación de que se ha realizado uno de los elementos del tipo. Tampoco puede servir para la agravación de la sanción la circunstancia de que el comportamiento del autor es exactamente el que el legislador quiso prevenir* (Jescheck).

Un supuesto particular que puede entrañar la vulneración de la prohibición de doble punición está referido a las personas que pertenecen a pueblos indígenas que tienen su propio sistema de sanciones y de solución de conflictos; por consiguiente, si esa persona ha sido sancionada conforme a la cultura indígena a la que pertenece -la propia Carta Política reconoce la existencia de la jurisdicción indígena y la autoriza a imponer sanciones-, no es posible imponerle una nueva pena o, al menos, debe computar la pena comunitaria como parte de la pena que pretende imponerle (Zaffaroni).

La *reincidencia*, incluida en una reciente modificación penal, no afecta el *ne bis in idem*. Es así porque el primer delito no recibe una pena adicional ni una agravación de esta, y el segundo delito, materia de sanción, no es objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aunque agravada como consecuencia de los antecedentes previos. La reincidencia tampoco vulnera el principio de culpabilidad, pues se refiere a un hecho del propio imputado, a sus propios antecedentes (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0014-2006-PI/TC). El problema más patente es la fundamentación de su racionalidad jurídica, el por qué de su naturaleza agravatoria, que el fallo no responde como mereciera, pues a final de cuentas no siendo sólidas las teorías que estiman que la reincidencia supone una mayor culpabilidad o se trata de una causa de agravación del injusto, tal vez la explicación se hallaría en la noción de *peligrosidad criminal*, entendida como probabilidad de delinquir, ratificada porque el delincuente precisamente volvió a delinquir (Cobo/Vives).

Es obvio, por lo demás, que en los supuestos de reincidencia la pena se eleva por encima del injusto del hecho, lo que se fundamenta en la persistencia antisocial del autor, aunque indirectamente el TC afirme que la pena agravada no es desproporcionada al no vulnerar el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional español N° 150-91, del 4 de julio). Lo esencial, sin embargo, es que, como advirtió la sentencia del Tribunal Supremo español del 5 de julio de 1991, la reincidencia se fundamenta básicamente por razones de prevención especial -vida del autor anterior al delito-, ajenas a la culpabilidad por el hecho -no representa una causa de aumento de culpabilidad-; en consecuencia, el órgano jurisdiccional penal deberá establecer anticipadamente hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad, pues las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor solo podrán ser contempladas hasta ese límite, que no tiene por qué agotar la máxima pena prevista en abstracto en la ley; tesis que importa una interpretación correctora que es compatible con la sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 16 de enero de 1979, la que condicionó la constitucionalidad de la reincidencia siempre que se evitara una presunción de la mayor culpabilidad y se verificara en cada caso si se le podía reprochar al autor reincidente el no haber tomado como advertencia las anteriores condenas (Choclán Montalvo).

## 7. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Deriva de la cláusula del Estado de Derecho (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 10-2002-AI/TC) y, desde una



perspectiva general, ofrece elementos para analizar la validez –saber cuáles son los contenidos vinculantes para el legislador que surgen de los derechos a través de un análisis lingüístico de tipo interpretativo y argumentativo–, la aplicación y la fundamentación de las normas constitucionales. La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6712-2005-HC/TC, en esa misma línea apuntó que “[...] a través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada”.

Este principio, que en sede penal afecta al injusto del hecho –no a la atribuibilidad del injusto al autor, propio del principio de culpabilidad–, es decir, a la relación entre la gravedad del injusto y la de la pena (García Pablos), se expresa en una triple dimensión: la intervención restrictiva de los poderes públicos debe ser necesaria, adecuada y proporcionada. Ello significa que la proporcionalidad se mide en abstracto y en concreto; la *primera*, referida al establecimiento de conminaciones legales, y la *segunda*, circunscrita a la imposición de penas, y en ambos casos exige, como común denominador, que guarden relación valorativa con el hecho cometido, contemplado este en su significado global (Arroyo Zapatero).

7.1. *El subprincipio de necesidad.*– Se expresa a través de la exigencia de protección de bienes jurídicos o de dañosidad social, de aquellos valores, bienes o intereses constitucionalmente legítimos en un Estado Constitucional. Así lo ha consagrado el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 19-2005-AI/TC, al decir que “[...] solo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental [...]”.

Quintero Olivares previene de una identificación entre derechos fundamentales y bien jurídico. Destaca que la necesidad de que ciertos intereses sean constitucionalmente relevantes –mínimo social ético necesario para la convivencia social, en opinión de la mayoría– no los convierte automáticamente en bienes jurídicos penales. Asimismo, señala que los derechos fundamentales reciben su tutela jurídica en la Constitución y que solamente algunos de ellos –reputados como imprescindibles en el máximo grado– y solo frente a cierto número de ataques, son objeto de protección penal, a partir del cual se transforman en bienes jurídicos para el derecho penal. Además nos dice que el mantenimiento del sistema social, que impone la necesidad de que ciertos intereses sean custodiados penalmente, se sustenta, a veces en derivaciones de



derechos humanos superiores (v. gr. vida y la integridad física) y otras serán simplemente piezas necesarias para el funcionamiento de la relación social (v. gr. tráfico fiduciario público y privado, la honestidad de los funcionarios públicos, etc.). Esto último no significa, desde luego, una distancia del legislador respecto las exigencias constitucionales, pues ha de requerirse que por lo menos mediatamente, los intereses penalmente protegidos deban vincularse a la Ley Fundamental. En esa misma es de advertir que la Constitución no prevé siempre todos los bienes que son de interés vital para la comunidad, cuyas reglas y principios, por consiguiente, desempeñan el papel de límites negativos en la medida que establecen el ámbito fuera del cual el legislador no debería recurrir al derecho penal (Hurtado Pozo).

Los bienes jurídicos objeto de tutela penal, no solo deben ser constitucionalmente legítimos –con las matizaciones arriba señaladas– sino que deben ser objeto de jerarquización a fin de dotarlos de una protección penal, de unas penas, proporcionadas en su gravedad. Los jueces, por lo demás, deben exigir que la conducta típica entrañe una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado –entraña la expresión del subprincipio de ofensividad o lesividad *nullum crimen sine iniuria*, que entronca con el contenido material de antijuricidad material–. Desde esta perspectiva, lo que debe incriminarse son hechos y no meros pensamientos, actitudes o modos de vida; afirmación que a su vez incorpora dos subprincipios que se erigen en límites constitucionales objetivo-funcionales: *nullum crimen sine actione* y *cogitationis poenam nemo partitur*: solo se criminalizan conductas humanas, no meros pensamientos o cualidades de las personas, y se requiere una manifestación exterior de la voluntad criminal, así como que los pensamientos no puedan fundamentar una sanción penal.

Es de introducir tres requisitos materiales, cuya discusión en sede constitucional puede ser muy relevante: a) las lesiones de bienes jurídicos tienen que ser, al menos, socialmente intolerables; b) tienen que necesitar el reforzamiento de la producción de costes jurídico-penales derivados de la lesión al bien jurídico, en interés de la común predisposición a la observancia de la norma; y c) tienen que hacer peligrar suficientemente el objeto del bien jurídico. Los dos primeros requisitos conceden al legislador una prerrogativa de valoración y regulación, y el último requiere de una precisión adicional, centrada en la idea de que los actos que se repriman tienen como límite una puesta en peligro de bienes jurídicos cuya máxima permisión se daría ante la presencia de un peligro abstracto cualificado (Bottke).

7.2. *El subprincipio de intervención mínima.*– El Derecho penal debe ser el último de los recursos, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección

que se persiguen y debe aplicarse cuando las otras ramas del derecho no resulten suficientes. Cuando el legislador se decide por el derecho penal debe tomar en consideración el nivel de gravedad o peligrosidad de los ataques al bien jurídico; así la gravedad del resultado (si se es delito de resultado o de peligro) y la gravedad de los comportamientos lesivos (dolo o imprudencia).

*7.3. El subprincipio de proporcionalidad de las penas.*- La pena debe ser proporcional al delito y la medida de ella se establece sobre la base de la importancia social del hecho –no pueden ser sancionados los delitos con penas desorbitadas que no guarden una efectiva relación de proporcionalidad entre la gravedad de la acción delictiva y la pena prevista en el tipo legal-. Como tal, este subprincipio está relacionado directamente con el principio de culpabilidad que persigue, como uno de sus elementos fundantes, que la pena no exceda la gravedad equivalente a la culpabilidad. Así, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece la proporcionalidad, en todo caso, como límite máximo, de suerte que el límite hacia abajo es dejado al legislador y al juez para evaluar otros factores informadores de la sanción penal, como por ejemplo la resocialización (García Caveró).

Este subprincipio incide, con mayor rigor, en la dimensión de las penas. Se proyecta, *primero*, en la fijación legislativa de éstas, y *segundo*, en su aplicación judicial, con su proyección penitenciaria (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 10-2002-AI/TC). Mir Puig ratifica que la proporcionalidad de las penas plantea dos aspectos o exigencias: a) necesidad de que la pena sea proporcionada al delito; y b) exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca basándose en la importancia social del hecho, en su nocividad social.

La proporcionalidad en este ámbito exige un nivel de adecuación entre gravedad de la pena y relevancia del bien jurídico protegido y, a su vez, entre la pena y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta puede presentar (en los que, debe entenderse, no hay un baremo preciso y prefijado).

El juicio de proporcionalidad ha de atenerse a la gravedad del delito y a la finalidad de tutela que corresponde a la pena –criterio último que incluso podía prevalecer sobre el de la gravedad del injusto, si en el caso concreto, las respectivas exigencias de uno u otro criterio fuesen antagónicas-. Este juicio requiere de una ponderación que asuma valoraciones y comparaciones intrasistemáticas; empero, debe tomarse en cuenta, en este ámbito, que la calificación de desproporcionada de una pena solo podrá tener lugar cuando exista un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y

la finalidad de la norma a partir de pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles, tal como ha sido precisado por el TC español en la Sentencia N° 161-1997, del 2 de octubre; anteriormente la sentencia del 4 de julio de 1991, si bien previno que la medida de la pena prevista por la ley para un caso general es competencia del legislador en función de sus objetivos de política criminal, anotó como límite que no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad derivado de ella.

Por otro lado, para la aplicación concreta de la pena es de tomar en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas del delito cometido. La entidad del injusto perpetrado –su gravedad y diversas modalidades– y el grado de culpabilidad –que denota el nivel de exigibilidad achacable al autor del injusto– (Velásquez Velásquez). En consecuencia, es evidente que se debe impedir al juez imponer penas superiores a dicha proporción, pero a su vez se le debe autorizar una respuesta menos intensa en función de la entidad del injusto y de la gravedad por el hecho cometido.

García Cavero plantea, esquemáticamente, los ámbitos de la proporcionalidad abstracta y de la proporcionalidad concreta.

7.3.1. La *proporcionalidad abstracta* se expresa tanto en el principio de subsidiariedad, analizar los medios con los que cuenta el Estado para alcanzar el fin de la protección, de suerte que no es lícita la intervención punitiva cuando el mismo efecto puede lograrse con medidas menos gravosas, como en que si se admite la necesidad del castigo penal, debe precisarse el tipo de pena y su cantidad que resulten proporcionales al hecho, a su gravedad y a las modalidades de ataque; además la pena debe formularse sobre la base de un límite mínimo y uno máximo, esto es, en función de la lesión mínima del bien jurídico protegido y de la pena más grave permitida por un Estado de Derecho –aquí, entra en consideración el principio de respeto de la dignidad de la persona humana y que la amenaza penal ha de mantenerse dentro de los límites de la racionalidad– (Bustos/Hormazabal).

7.3.2. La *proporcionalidad concreta* se observa en la actividad judicial. El juez, dentro del marco dado por la ley penal, debe individualizar la pena. El artículo 46° del Código Penal reconoce los parámetros de la proporcionalidad, los que se expresan entre la gravedad del hecho delictivo y la gravedad de la pena. El hecho debe apreciarse en todos sus aspectos socialmente relevantes, configurados objetivamente, y la gravedad de la pena, condicionada culturalmente, debe excluir las penas que lesionen el principio de humanidad.

El TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 0003-2005-AI/TC, realizó el juicio de proporcionalidad de la sanción de la apología terrorista –caracterizado de *intensidad media*–, analizando sistemáticamente las penas previstas para esa misma figura en relación con los otros supuestos legalmente incorporados: delitos comunes, delitos contra la seguridad pública y otros, y de terrorismo. Refirió, además, la exigencia de una relación entre la importancia de los bienes jurídicos lesionados y la gravedad de la pena prevista, cuya ilegitimación solo se dispondrá si el grado de realización de los bienes jurídicos protegidos por la ley penal resulta notoriamente de menor importancia que el derecho que se verá afectado por la pena que se imponga. También declaró la constitucionalidad de las penas compuestas, sin que ello vulnere el *ne bis in idem*.

Desde otra perspectiva, pero en la misma línea del citado subprincipio, el TC ha declarado, frente a la derogación del máximo de la pena privativa de libertad temporal que fijaba el originario artículo 29° del Código Penal, que la regla general de duración máxima de dicha pena temporal es de 35 años de privación de libertad establecidos para la revisión de la cadena perpetua, límite que se justifica en la necesidad de proteger los derechos o bienes constitucionales del condenado y por ser más favorable al imputado (STC N° 965-2004-HC/TC).

## 8. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Se funda en la dignidad humana, tal como debe entenderse en un Estado democrático respetuoso del individuo, que le exige y le ofrece la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho; asimismo guarda relación con una cierta seguridad jurídica, pues el ciudadano ha de poder confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas no va a ser castigado (Mir Puig). Cabe recordar que el principio de dignidad humana implica el reconocimiento a la autonomía ética de la persona y a su indemnidad personal; la persona es un fin en sí mismo, jamás puede ser medio para otro objetivo, el Estado está a su servicio, y no puede ser considerada como un objeto o quedar sometida a la tutela del Estado (Bustos/Hormazabal).

El principio de culpabilidad contiene el subprincipio de personalidad de las penas –de imputación personal– y el subprincipio de exigencia de dolo o culpa, que se erigen en elementos que fundamentan la reprochabilidad del autor y traza los presupuestos de la pena. El *primero* limita la responsabilidad a los autores del hecho delictivo y a los que participan en él como instigadores y cómplices. El *segundo* rechaza la responsabilidad objetiva –por el mero resultado–, el delito debe cometerse con dolo o culpa –de propósito o por una inexcusable falta de cuidado–.

Cabe indicar, desde ya, que el principio de culpabilidad no es determinante en forma absoluta del concepto de culpabilidad de la teoría del delito; naturalmente influye en él, pero sin determinar su estructura (Bacigalupo). A los fines de garantía que exige la política criminal se distingue el principio de culpabilidad y las garantías democráticas que entraña el concepto de culpabilidad, su fundamento y funciones, este último objeto de una profunda discusión en la dogmática penal. La unanimidad, sin embargo, es relevante cuando se concibe la culpabilidad como principio, a partir del cual se extraen una serie de consecuencias limitadoras, que son las esbozadas en el párrafo anterior: exigencia de dolo o culpa, la pena debe contraerse al hecho propio y la necesidad de que se tenga en consideración la situación concreta en la que el autor se encontraba al tiempo de cometer el delito (Quintero Olivares).

La responsabilidad, parte de la premisa, destacada por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que solo se puede aplicar una sanción cuando la voluntad humana se manifiesta en el mundo exterior convirtiéndose en una *conducta objetiva* –están proscritas, por consiguiente, el puro pensamiento, las meras ideas o los simples motivos, siempre que no se traduzcan en la ejecución externa de una acción desvalorada por el ordenamiento jurídico–. La expresión más notoria de ese principio –del hecho propio– es la exigencia de realización de conductas externas que modifiquen los procesos vitales de otras personas o las relaciones sociales del mundo organizado, exigencia que se extiende a las omisiones típicas que si bien no pertenecen al mundo de la naturaleza ni tienen fundamento ontológico forman parte de las modalidades de conducta relevantes penalmente (Castillo Alva).

El sujeto siempre ha de ser motivable psicológicamente por las normas, es decir, debe reunir las condiciones psíquicas de madurez social para poder captar el sentido de las prohibiciones penales: este es el subprincipio de *atribuibilidad* o de normal motivabilidad; el delito debe pertenecer al autor como obra de un ser *responsable*, de una *racionalidad normal*. Entonces normativamente la reprochabilidad o atribuibilidad solo es posible cuando se reúnen tres requisitos: a) normalidad mental de la persona; b) presencia o posibilidad de presencia de una concreta relación psíquica del sujeto con el hecho; y c) normalidad de las circunstancias en las que actúa (Pérez Pinzón).

El otro subprincipio es el de *responsabilidad subjetiva*, en cuya virtud el castigo del agente requiere que haya sido requerido (dolo) o se haya debido, al menos, a imprudencia; el castigo solo se impone por las consecuencias queridas o previsibles de los propios actos de las personas (García Pablos).

El TC, sobre el particular, estipuló que se está ante un límite a la potestad

sancionadora del Estado, y que no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC). Este principio deriva del principio de dignidad humana y de la idea de Estado de Derecho, e indirectamente, desde lo procesal, de la presunción de inocencia.

El TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC insistió en que el principio de culpabilidad es una exigencia de la cláusula del Estado de Derecho y constituye un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado y, además, es una garantía para los ciudadanos. Las normas constitucionales implícitas, por cierto, son aquellas que pueden encontrarse dentro de la razón de ser o de la finalidad de las normas existentes en el derecho positivo, pero que no han sido escritas literalmente dentro de ellas (Rubio Correa).

## 9. PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

Dos preceptos son pertinentes. Se trata de los numerales 22 y 21 del artículo 139° de la Constitución que indican, *primero*, que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; y *segundo*, que los reclusos y los sentenciados tienen derecho a ocupar establecimientos adecuados. Esos preceptos no reducen los fines de la pena a la prevención especial, ni conciben al tratamiento como contenido de la ejecución penitenciaria –los términos utilizados se refieren al contenido de la ejecución, no a su sentido de resultado final–. Se entiende, con cierto consenso doctrinario, que el Estado debe construir un sistema de ejecución de la pena que ofrezca –no le imponga– al condenado medios y oportunidades para su reinserción, así como contar con sistemas jurídicos que puedan facilitar la resocialización sin lesionar los objetivos de prevención general, y eliminar factores que incrementan la asociabilidad del interno –una de cuyas más claras expresiones es la superpoblación penitenciaria, que Villavicencio denomina el fenómeno de la *prisonización*–, sin perjuicio, luego, de introducir programas de asistencia postpenitenciaria.

El TC, por su parte, ha descartado que la retribución absoluta se conciba como el fin de la pena, sin dejar de desconocer el que toda pena trae consigo un elemento retributivo, pues asumir tal concepción unívoca niega al reo su condición de persona humana (sentencia recaída en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC). Por otro lado, ha sostenido que la Ley Fundamental ha constitucionalizado la teoría de la *prevención especial positiva*, al incorporar un principio cons-

titucional penitenciario de la readaptación social de los penados, que obliga al legislador a regular las condiciones de su ejecución y, antes, a establecer el *quantum* de las penas (sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC). Reconoce, a su vez, que la pena privativa de libertad es el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia, a lo que denomina *prevención especial de efecto inmediato* (sentencia recaída en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC). Pero también, admite el valor de la *prevención general*, que incide en el colectivo y tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia y, por tal motivo, son objeto de protección por el derecho penal (sentencia recaída en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC). El TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2006-PI/TC sostiene, como corolario, que las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa; es decir, opta, a semejanza de la Corte Constitucional italiana, por el principio de la *multifuncionalidad* de la pena, de suerte que la finalidad reeducadora es compatible con todas las otras posibles finalidades de la pena (Palazzo), claro está, en la medida en que se privilegie la retribución con seria lesión y desnaturalización de prevención, especial y general.

Esta apuesta de la pena como instrumento de prevención del delito, sin desconocer, por lo menos indirectamente, la función que asume como retribución de la culpabilidad, en orden a determinar las vías constitucionalmente aceptables para asegurar la vigencia de las normas sociales, permite reconocer una clasificación basada en *quién* sea el sujeto en el que se pretende que la pena influya en términos de prevención: la prevención especial o individual, que incide en el propio autor, y la prevención general, que incide en la generalidad de las personas (Stratenwerth).

Por otro lado, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2006-PI/TC, respecto a la *habitualidad*, el Tribunal Constitucional ha sancionado que no infringe principios tales como el de proporcionalidad, lesividad y trato igualitario. Precisa dos ideas: a) que esa calificación jurídico-penal, que importa una más intensa reacción penal, no ingresa al ámbito de la personalidad del autor castigando con una mayor pena su modo de vida; y, b) que la resocialización no es el único fin de la pena, pues también es una obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos (vide artículo 44° de la Constitución).



Empero, es de rigor tomar en cuenta que los dos argumentos en cuestión no responden al núcleo de esa institución y a sus cuestionamientos dogmáticos.

## **10. PRINCIPIO DE RESPETO Y PROTECCIÓN A LA DIVERSIDAD CULTURAL**

Es un criterio especializado y particularmente notable desde la perspectiva nacional del principio de igualdad, vinculado a la exigencia del respeto a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas (vide artículos 2º.19 y 89º de la Constitución), cuyos miembros tienen derecho a tener su propia vida y cultura, con todas sus manifestaciones (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0872-1999-AA/TC). Se debe respetar los derechos de los individuos integrantes de los diferentes grupos étnicos, propiamente, los integrantes de pueblos y culturas originarias y ancestrales del Perú, sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0042-2004-AI/TC con relación a sus tradiciones, costumbres, etc. Con ello, postula el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 0020-2005-AI/TC, se reconoce el multiculturalismo y pluriétnicidad de la nación peruana, que a su vez concreta el Estado social y democrático de derecho establecido en el artículo 43º de la Constitución. El respeto al patrimonio cultural inmaterial que infunde a sus miembros un sentimiento de identidad y continuidad, afirma el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 0042-2004-AI/TC, contribuye a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.

Este principio en el que residen valores constitucionales como el pluralismo, la tolerancia y el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0020-2005-AI/TC), cumple en sede penal, una doble función: el derecho a ser juzgados en atención a su cultura y costumbres, y si el delito se comete en el ámbito geográfico de su comunidad y en relación con sus patrones culturales, a ser pasibles del modelo de solución de conflictos propios de su cultura (Villavicencio), artículo 149º de la Constitución; lo cual representa el reconocimiento no solo de un cierto pluralismo jurídico, en el que los derechos de las comunidades campesinas y nativas constituyen una especie de subsistemas jurídicos, sino también de una justicia de carácter tradicional que admite y respeta (Cárdenas Krenz). En este último punto, el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-HC/TC aclaró que el reconocimiento de fueros especiales no vulnera el principio de igualdad ante la ley, en tanto asegure todas las garantías vinculadas al debido proceso y



a la tutela judicial efectiva (aunque, claro está, debidamente adaptadas a la estructura y funcionamiento histórico de la jurisdicción especial indígena).

## **11. ¿INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL ORDINARIA?**

Las decisiones del Tribunal Constitucional también han recaído en concretas interpretaciones de las normas penales ordinarias –de dudosa competencia del orden jurisdiccional constitucional–, a cuyo efecto se ha valido, en sede de jurisdicción, de la libertad de diversas instituciones del derecho penal. Algunas de ellas serán así:

11.1. El TC ha establecido que la prescripción de la pena, conforme a los artículos 80° y 86° del Código Penal, prescribe a los quince años (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 590-2002-HC/TC). Desde luego, la invocación al artículo 80° del Código Penal es impertinente por regular otra modalidad de prescripción –del delito, no de la pena– y estar sujeta a una regulación propia.

11.2. El delito de desaparición forzada es de naturaleza permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima (sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N°s 2488-2002-HC/TC y 2529-2003-HC/TC). La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2798-2004-TC/HC señaló, por su parte, que ese delito es pluriofensivo porque afecta la libertad física, el debido proceso, la integridad personal, el reconocimiento de la personalidad jurídica y la tutela jurisdiccional; además de ser un delito de lesa humanidad de extrema gravedad.

11.3. La circunstancia agravante de pluralidad de personas en la comisión del delito de TID –artículo 297°.6 del Código Penal– no exige la condena de tres o más personas, pues solo se requiere probar la intervención en el hecho de ese número de personas (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2212-2004-HC/TC).

11.4. La asociación ilícita es un delito en sí mismo y requiere, para su configuración, en el agente una vocación de permanencia que no se presenta en la simple coparticipación delictiva (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4118-2004-HC/TC).

11.5. El delito de peculado permite incorporar al administrador de hecho, en tanto por su poder y adscripción al órgano administrativo le permita tener

la custodia y administración de caudales públicos (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2758-2004-HC/TC).

11.6. El delito de peculado requiere, entre otros elementos, de la calificación de los fondos utilizados como públicos, no pudiendo configurarse el tipo penal si se tratase de dinero de fuente privada (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0139-2002-HC/TC).

11.7. El delito de asociación ilícita requiere que el agente forme parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos, por lo que el tomar parte de un delito aislado no puede dar lugar a la sanción por dicho delito. Este delito requiere una vocación de permanencia que no se presenta en la participación delictiva, la cual opera ante la comisión de un delito aislado (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4118-2004-HC/TC).

11.8. La duplicación del plazo de prescripción solo alcanza a los funcionarios públicos por atentar contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este (sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N°s 1805-2005-HC/TC y 6136-2005-HC/TC). La primera sentencia señala que esa misma norma establece que existe una dimensión subjetiva del derecho de la legalidad penal, que incluye supuestos tales como la creación de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos (párrafo 29). Hace, además, una definición de la autoría y participación y de lo que significa un aparato de poder organizado, aunque sin mayores aportes (párrafos 35 y 36).

Por lo demás, en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4118-2004-HC/TC, siguiendo el modelo español (cfr. sentencias del Tribunal Constitucional español N° 137 y 151-1997) de dudosa equiparidad en sede nacional por los límites que contiene el artículo 200°.2 *in fine* de la Constitución, en ese ángulo afirmó que la intervención de la justicia constitucional, por vulneración del principio de legalidad, procedería cuando el juez penal se aparta del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento y su sistema material de valores. Más allá del recurso a la literalidad de la norma y a la idea de lo irrazonable de su interpretación, cabe reconocer desde el principio de proporcionalidad que los límites de ese enjuiciamiento en sede constitucional se halla constituido por el amplio margen de libertad que ha de reconocerse al legislación (y, consecuentemente al Juez) en esta materia (Cobo/Vives).



## COMENTARIOS AL PRIMER PLENO CASATORIO CIVIL

MANUEL MIRANDA CANALES\*

### Resumen

Se presenta una comentario panorámico sobre la realización del Primer Pleno Casatorio realizado en la historia del Poder Judicial. Se destaca las posiciones discrepantes de las Salas Supremas Especializadas en lo Civil, así como la posición final de la Sala Plena de la Corte Suprema respecto a la validez de la transacción extrajudicial en un proceso judicial.

De igual forma se hace mención a la trascendencia de este Pleno Casatorio y su importancia para la predictibilidad de las resoluciones judiciales y seguridad jurídica del país.

**Palabras clave:** Pleno Casatorio, predictibilidad, transacción.

### Abstract

This is a panoramic review of the First Repealing Plenary session realised in the history of the Judicial Power of Peru. Stands out the discrepant positions of the Civil Supreme Rooms, as well as the final position of the Total Room of the Supreme Court, referred to the validity of the extrajudicial transaction in a judicial process.

Likewise it is mentioned the importance of this Repealing Plenary session and its importance for the predictability of the judicial verdicts and legal security of the country.

**Keywords:** Repealing Plenary session, predictability, transaction.

---

\* Vocal Provisional de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad San Martín de Porres.

En primer lugar, debemos decir que el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Poder Judicial, el doctor Francisco Artemio Távora Córdova, ha tenido el acierto y la decisión – hasta heroica – de realizar el Primer Pleno Casatorio desde la publicación del Código Procesal Civil, que introdujo la institución de la casación en el proceso civil.

El 18 de diciembre de 2007, por primera vez, se realizó un Pleno Casatorio, en el que intervinieron los Señores Vocales Titulares de la Corte Suprema y emitieron una decisión en un tema en el que las dos Salas Civiles de la Corte Suprema – Permanente y Transitoria – tenían discrepancias sobre si una transacción extrajudicial tenía valor o no en un proceso judicial.

¿Qué había sucedido? Se produjo un derrame de mercurio en Cajamarca el cual ocasionó daños en la salud de varias personas del lugar, razón por la cual la empresa Minera Yanacocha, transó con algunos afectados, plasmándose el acuerdo en escritura pública. Pasó el tiempo y las personas afectadas interpusieron una demanda de indemnización por daños y perjuicios, ante ello, la Minera Yanacocha, interpuso la excepción de conclusión del proceso por transacción extrajudicial.

La Sala Civil Permanente, consideró que esa transacción tenía valor, debido a que se había celebrado con observancia de los elementos esenciales para la validez del acto jurídico (artículo 140° del Código Civil), además, se precisó que se había transigido sobre bienes disponibles, objeto de la indemnización.

Por su parte, la Sala Civil Transitoria, consideró que la transacción extrajudicial, en términos generales, no tenía validez, en razón de que se había transigido sobre un bien indisponible (la salud de las personas) y; además, porque la transacción no se había dado dentro del proceso. La Sala Civil Permanente, sobre este último punto, decía que tenía validez cualquier transacción, así se diera fuera del proceso.

Ante este escenario, se decidió realizar el Primer Pleno Casatorio al amparo del artículo 400° del Código Procesal Civil, que establece que debe haber una Sala Plena Casatoria para que se establezca la doctrina jurisprudencial y, en ese sentido, se realizó este Pleno en la Sala de Juramentos del Palacio de Justicia, con el informe oral de los abogados de Minera Yanacocha, aunque con la lamentable ausencia de los abogados de los afectados.

Los Señores Vocales de la Corte Suprema debatieron ampliamente y han establecido que la transacción extrajudicial tiene valor en el proceso judicial.

Lógicamente se emitieron criterios discrepantes muy valiosos y respetables que se insertaron en la resolución casatoria.

Además quisiera precisar, que cuando se discuten temas académicos, lo que está en juego es lo siguiente: ¿Una transacción extrajudicial puede servir de sustento para deducir la excepción de transacción? Este es un tema muy discutido, como cualquier aspecto del derecho, porque nuestro mismo sistema jurídico es abierto, debido a que pertenece al sistema romano-germánico; no es como el common law. Por ello, el magistrado para aplicar la ley al hecho concreto y convertir la justicia abstracta -que se encuentra en la ley-, en justicia concreta en la sentencia, tiene que interpretar y utilizar su criterio jurisdiccional; y como el derecho, casi siempre permite por lo menos dos interpretaciones, es necesaria la realización permanente de los plenos casatorios.

Reitero, ha habido comentarios del caso Yanacocha, como si se tratase más de tal o cual que interviene en un proceso y no del caso mismo. Sobre nosotros los magistrados, específicamente en este caso los Vocales Titulares de La Corte Suprema, que son los que participan en el pleno casatorio, esta situación no tiene absolutamente ninguna influencia. La Corte Suprema cuenta con magistrados de basta calidad profesional y moral, todos son doctores, magísteres en derecho, docentes universitarios; hay autores de libros: gente con experiencia; hay idoneidad, probidad, imparcialidad, independencia, honestidad. Por eso, aquellos comentarios no los tomamos en cuenta. Vale por eso la aclaración.

Se debe notar, en primer lugar, que uno de los grandes aciertos de la actual gestión de la Presidencia de la Corte Suprema es haber realizado por primera vez un Pleno Casatorio.

En segundo lugar, esto contribuye a la seguridad jurídica del país, porque a veces se dice que la Corte Suprema emite una resolución vinculante, y ello no es así. La Corte Suprema, emite una resolución que constituye un precedente, pero no de obligatorio cumplimiento, por lo menos en lo civil. Para que sea de obligatorio cumplimiento tiene que ser pronunciada por una Sala Plena Casatoria, dando nacimiento a lo que se denomina la doctrina jurisprudencial. Por eso a veces, los magistrados, lo decimos con todo respeto, vemos algunos recursos de casación que no tienen sustento, por falta de una mayor difusión de esta nueva institución. Debería intensificarse su difusión en las universidades y realizarse seminarios, conferencias, diplomados y cursos de capacitación sobre el recurso de casación en los distintos colegidos de abogados y otras instituciones. A veces encontramos que el abogado dice:

“Señor, se ha aplicado indebidamente, o se ha interpretado erróneamente o se ha inaplicado la doctrina jurisprudencial”, ¿Cuál doctrina jurisprudencial? no había doctrina jurisprudencial hasta el 18 de diciembre de 2007 sobre el tema de la validez de la transacción extrajudicial en un proceso judicial. Sobre eso, ahora ya hay.

Ahora, en cualquier caso, cuando haya un proceso en el que hubo una transacción extrajudicial semejante a este, seguramente un abogado honesto y correcto hará notar la transacción y el proceso se podrá concluir rápidamente. Esa validez ya la ha establecido la Sala Plena Casatoria.

Mientras que en otros casos, todavía no hay plenos casatorios, sobre tantos otros temas debatibles. Los órganos jurisdiccionales, en la mayoría de las veces, dan respuestas distintas. En las universidades, esto no se ha podido distinguir bien. Los universitarios se preguntan por qué un juez en un caso dice A, y otro juez, en un caso similar, da una respuesta distinta, incluso contraria. Hubo una interpretación distinta, no ha habido nada incorrecto ni irregular, sino que ese magistrado, para aplicar la ley y resolver aquel punto que se sometió a su decisión jurisdiccional, ha interpretado de una manera la ley, y otro magistrado, la interpreta de manera distinta y así sube a la Sala Superior, y de la misma manera a la Corte Suprema, donde existen dos Salas Civiles, en las que se mantiene la dicotomía. En ese caso, debe convocarse a pleno casatorio, y lo que ahí se decida, eso es lo obligatorio y vinculante. De manera que, para nuestro sistema, se ha dado un avance que debe tenerse en cuenta y que debiera continuarse, porque por primera vez se ha creado doctrina jurisprudencial, en los términos prescritos en el artículo 400º del Código Procesal Civil.

La incidencia que tendrá este Primer Pleno Casatorio, respecto a las transacciones extrajudiciales dentro de un proceso, es su eficacia de dar seguridad jurídica. De ahora en adelante, se sabrá que esa decisión se dio en un pleno casatorio, teniendo un efecto vinculante y todos tendremos que cumplirlo. No habría otra alternativa. Con los plenos casatorios, algún abogado podrá saber que en determinado asunto sobre un tema – que ya haya sido visto en un pleno casatorio – ya ha perdido o ganado el caso sin siquiera haber comenzado el proceso, justamente por la decisión emitida en pleno casatorio. En el caso de la jurisprudencia emitida por La Corte Suprema, ésta no es vinculante. Adviértase además, que sólo puede cambiarse los acuerdos de un pleno casatorio en otro pleno casatorio convocado con arreglo a la normatividad adjetiva.

Respecto a la influencia del pleno casatorio en el caso de los intereses difusos, en mi concepto es un poco forzado que esta situación sea tomada en cuenta para el tema de los intereses difusos. Puede que haya una referencia. Particularmente, me parece que aún no va a tener una incidencia. Por el contrario, en el futuro, si hay dos posiciones contrarias o contradictorias, también podría haber un pleno casatorio.

Desde mi experiencia en la magistratura, quiero felicitar, por la realización de este Primer Pleno Casatorio al señor Presidente del Poder Judicial y a los Vocales Titulares de la Corte Suprema, que tienen interés y voluntad para continuar con los plenos casatorios, para debatir los temas de mayor trascendencia. Entendiéndose éstos no por su valor económico o de otra índole, sino por los temas que deben debatirse: cómo debe ser una correcta interpretación de una norma de derecho material, cómo debe aplicarse debidamente, por qué se inaplicó una norma de derecho material, cómo debe respetarse el debido proceso y las formas esenciales para la validez de los actos procesales y crear la doctrina jurisprudencial. Eso es necesario. Invoco pues, a los Colegios de Abogados, a las Facultades de Derecho y a todas las instituciones vinculadas con el sistema jurídico, a que investiguen más sobre dichos plenos, y difundir más el tema, con la intervención de magistrados, profesores universitarios, abogados, estudiantes y la comunidad en general, a fin de superar las notorias deficiencias en que se incurre en la formulación de los recursos de casación, lo cual se aprecia en las varias oportunidades en las que la Corte Suprema, hablando estadísticamente, declara en su gran mayoría improcedentes los recursos de casación, en razón de las deficiencias técnico-jurídicas en la formulación de éstos. Y no es porque hay situaciones de irregularidad.

El recurso de casación es uno extraordinario: tiene requisitos de fondo y de forma rigurosos, y a veces el abogado no los conoce, y esto no depende sólo de él, depende además de las Universidades, los Colegios de Abogados y el Poder Judicial.





## ALCANCES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CASO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ\*

### Resumen

La imputación de los daños producidos por las sociedades mercantiles a través de sus órganos constitutivos, ha tenido diversos enfoques, tanto en el ámbito doctrinario como jurisprudencial. El presente artículo pretende hacer algunas reflexiones y dejar sentado que si la indicada persona jurídica ocasiona daños por los actos de sus órganos constitutivos, no se refiere a un actuar por otro, y es dicha sociedad quien debe asumir la responsabilidad, por ende no resultan de aplicación las normas referidas a la responsabilidad del subordinado, sino más bien las normas que contienen el principio de no causar daño a nadie.

**Palabras clave:** Daños - Sociedad mercantil.

### Abstract

The imputation of the damages produced by the mercantile societies through its constituent organs, it has had diverse approaches, as much in the doctrinary scope as in the legal. The present article tries to make some reflections and to establish that if the indicated legal person causes damages by the acts of its constituent organs, these are not referred to the acting of others, and it is this society that must assume the responsibility, therefore is impossible the application of the norms that is referred to the responsibility of the subordinate, in that situation there must be applied the norms that contain the principle of not causing damage to anybody.

**Keywords:** Damages - Business association.

### Sumario

1. Conceptos fundamentales del derecho civil. 2. Órganos constitutivos de las sociedades mercantiles -sociedades anónimas- y los supuestos regulados de responsabilidad civil. 3. El artículo 1981º del Código Civil y la denominada Responsabilidad Vicaria. 4. Conclusiones.

---

\* Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima. Docente universitaria.

## **1. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO CIVIL**

Esta sumaria revisión de conceptos fundamentales no pretende ser la palabra final y definitiva de lo que son los diversos institutos civiles que presentamos a continuación. Se exponen con finalidad de hacer más comprensible el presente trabajo.

### **1.1. NOCIÓN DE SUJETO DE DERECHO**

Sujeto de derecho viene a ser todo aquel individuo o entidad, capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones<sup>1</sup>. Sin embargo, algunos autores consideraban que el hombre individualmente considerado se identificaba ontológicamente con lo que es un sujeto de derecho, lo cual no es totalmente cierto, porque las personas jurídicas, aquellas asociaciones de personas unidas por un fin común, también constituyen sujetos de derecho.

La definición que ha dado Kelsen<sup>2</sup> respecto de los sujetos de derecho, entendidos como centros unitarios de derechos y deberes, con base en la Teoría Pura del derecho, ha llevado a este autor a sostener que el concepto de persona o sujeto de derecho es sólo un recurso mental artificial<sup>3</sup>, persona o sujeto de derecho son para Kelsen, expresiones unitarias de una pluralidad de derechos y deberes.

### **1.2. DEFINICIÓN DE PERSONA JURÍDICA**

Ferrara<sup>4</sup> establecía que junto a las personas naturales son reconocidas por el derecho, otros sujetos jurídicos que desde el momento de su inscripción en el Registro respectivo se constituyen como un centro ideal de imputación de deberes y derechos.

El orden jurídico por medio de la regulación, ha convertido en jurídicas las intenciones de los hombres organizados en torno a un fin; pues éstos se mueven y obran cual si fueran seres humanos<sup>5</sup>, porque para el cumplimiento de sus fines<sup>6</sup> se ponen en relación con otros o con otros grupos de personas, pudiendo adquirir derechos y contraer obligaciones, e incluso incurrir en responsabilidad al producirse un daño.

El reconocimiento de la persona jurídica, tiene por objeto producir una separación de la esfera jurídica de este sujeto de derecho de la esfera jurídica de los miembros que la componen o están a su servicio<sup>7</sup>. El patrimonio de las personas jurídicas no es de los miembros que la integran, ni la responsabilidad de la persona jurídica recae personalmente sobre los integrantes de la misma.

Autores como Gierke<sup>8</sup> con su Teoría Orgánica, ven en la persona jurídica una vida autónoma y una voluntad propia, de allí un particular interés en que la persona jurídica sea considerada como sujeto de derecho.

### **1.3. CAPACIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA**

La persona jurídica en tanto sujeto de derecho, posee la capacidad de goce, es decir la aptitud para ser el centro de imputación de derechos y obligaciones, al constituir un sujeto de derecho y por ende titular de relaciones jurídicas<sup>9 10</sup>.

La actuación de los órganos societarios, en especial de la sociedad mercantil, ésta determinada por lo que se entiende como representación orgánica<sup>11</sup>. Siendo ello así, la limitación en la actuación de un órgano societario<sup>12</sup>, desde la organización de éste, podría tener como resultado la ineficacia del acto celebrado frente a la sociedad mercantil.

José Puig Brutau<sup>13</sup> define la capacidad jurídica como la aptitud de la persona para ser titular de las relaciones jurídicas que le afectan, y este concepto de la capacidad jurídica también resulta valedero cuando se aplica a las personas jurídicas. Más aún cuando para apreciar la capacidad jurídica de este sujeto de derecho deben apreciarse en conjunto sus estatutos, en especial cuando hablamos de sociedades mercantiles.

La exigencia de que conste el fin u objeto de la persona jurídica, ha ocasionado que se piense que la capacidad jurídica de las mismas sólo se extiende a la realización de aquellas actividades que coadyuven para el fin que determinó su creación, tesis que se fundamenta cuando se parte de la persona jurídica entendida como una ficción.

En consecuencia, la capacidad jurídica de las personas jurídicas es, al igual que las personas físicas, una cuestión de orden público, y por tanto, la determinación de esta capacidad jurídica viene establecida con carácter imperativo por el ordenamiento jurídico, lo cual en cierta medida se establece por el objeto o fin que se propone.

### **1.4. REPRESENTACIÓN**

En el punto de origen de la teoría de la representación no hay nada más que un problema práctico, que consiste en hacer posible una colaboración entre miembros de una comunidad jurídica<sup>14</sup>, lo que se presenta como una situación de necesidad.

Jorge Mosset Iturraspe<sup>15</sup> entiende que solo la representación directa es la verdadera representación y como consecuencia de ello la define como el medio por el cual una persona realiza un acto jurídico a nombre de otro y para que los efectos se produzcan exclusiva e inmediatamente en el representado.

### **1.1.1 La representación de una persona jurídica**

En la doctrina se ha discutido si las personas físicas que actúan en nombre o por cuenta de las personas jurídicas merecen ser calificadas como representantes o si son, por el contrario, órganos de este ente. Es por ello que ha surgido una posición ecléctica que nos presenta a la representación orgánica<sup>16</sup>, la cual nos parece la posición más adecuada en el caso de la persona jurídica, en especial de la sociedad mercantil.

La diferencia entre estos puntos de vista podemos apreciarlos bien en la teoría orgánica que concibe a la persona jurídica como un sujeto de derecho con plena capacidad de ejercicio, que actúa por medio de sus miembros u órganos, de tal manera que los actos realizados por dichos órganos dentro de su competencia, estatutos y demás se consideran imputados<sup>17</sup> como actos de la persona jurídica, de manera que no existe ninguna intermediación.

La persona considerada como órgano es la misma persona jurídica actuando. Según la teoría de la representación, la persona jurídica sería un sujeto incapaz de obrar por si mismo, que, a semejanza de lo que ocurre con los demás incapaces, necesita valerse de un representante legal. Respecto de esto último, creemos que el sentido de representante en cuanto a la persona jurídica no ha sido el de establecer que alguien sea quien desempeñe la especial capacidad de ejercicio de la persona jurídica, dado que la misma no puede actuar por si misma en el mundo físico. Creemos que este no es el sentido de la norma y que la representación en ese sentido estricto no se aplica en este caso especial.

La teoría organisista sostiene que el acto del órgano de la persona jurídica se considera como un acto de la persona jurídica, desde que es la persona jurídica actuando, lo que es una ficción como que la misma persona jurídica lo es. En ese sentido, el acto del órgano es, verdaderamente, el acto de la persona jurídica, al imputársele su realización.

Existen en nuestro ordenamiento suficientes elementos para hablar de la representación orgánica de las personas jurídicas, lo cual es claro en el Código Civil y en la Ley General de Sociedades; por ello, el actuar de una persona jurídica no se enmarca en el actuar por otro, pues es la misma persona jurídica la que despliega su actividad. Se debe tener en cuenta lo desarrollado por la

representación orgánica, de especial aplicación para los casos de la persona jurídica, como el caso de la sociedad mercantil, en donde la existencia de los órganos de la sociedad y su especial actuar a través de personas físicas ocasiona que se imputen sus actos o negocios jurídicos a la misma.

## **1.5. RESPONSABILIDAD CIVIL**

Giovanna Visintini<sup>18</sup> señala que la responsabilidad contractual resulta al final de cuentas una forma de ejecución forzada de la obligación que no ha sido cumplida o incluso en otros remedios, lo que la diferencia de la responsabilidad extracontractual, dado que ésta busca una sanción por un daño ocasionado, el cual es el resultado de la violación del deber general de no causar daño a nadie.

## **1.6. NOCIÓN DE INDEMNIZACIÓN**

Para nosotros lo que interesa en el incumplimiento, cuando tratamos de responsabilidad contractual, como en la violación del deber general de no causar daño a nadie cuando se trata de responsabilidad extracontractual, es el resarcimiento que el responsable del evento dañoso debe efectuar a favor de la víctima del daño, lo cual se produce tanto en el supuesto contractual como extracontractual previsto en la normativa vigente, daño generalmente resarcido a través del pago de una suma de dinero.

## **2. ÓRGANOS CONSTITUTIVOS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES -SOCIEDADES ANÓNIMAS- Y LOS SUPUESTOS REGULADORES DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

### **2.1. EL DIRECTORIO<sup>19</sup>**

Órgano de representación y gestión de la sociedad mercantil, en especial la sociedad anónima, el cual es un órgano colegiado, ya que su número no puede ser menor de tres. Cabe precisar que la gestión no se hace individualmente, pues son las personas que ejercen el cargo de director, reunidas, quienes toman las decisiones y ejercen la facultad de gestión y representación de la sociedad de que se trate.

Al respecto, solo pueden ser directores las personas naturales, no las personas jurídicas. Asimismo, para ser director no se requiere ser accionista salvo lo prevea el estatuto, pero aún así, es conveniente que no lo sea, que sea técnico, que conozca el negocio y que sobre todo tenga conocimientos en cuanto a la marcha social de la sociedad de la que le toque ser director.

El patrón de conducta de quienes ejercen el cargo de director se encuentra consignado en la Ley General de Sociedades en torno a un criterio de responsabilidad subjetiva abstracta, pues suponemos que el legislador ha considerado de difícil tarea el evaluar la responsabilidad concreta de los directores, lo cual corresponde en esencia a los jueces que aplican la ley al caso concreto. Es de esta manera, que el legislador establece “el patrón de conducta del buen padre de familia”, criterio subjetivo, pero que en el ámbito societario presupone conocimientos técnicos, conocimiento del negocio, conforme lo establece el artículo 171<sup>020</sup> de la Ley General de Sociedades; de allí que la diligencia de un ordenado comerciante y representante leal, sea un parámetro más estricto para apreciar la conducta del director.

Adicionalmente, conforme al artículo 166<sup>021</sup> de la norma acotada: el cargo de director necesariamente es retribuido, lo cual es fijado en la junta general de accionistas cuando nombran al directorio. Modernamente adicional a la retribución fija se le dan opciones de compra de acciones, lo cual depende de los resultados de la marcha social, en el Perú las opciones están poco desarrolladas; sin embargo, conforme al artículo 166<sup>o</sup> de la Ley General de Sociedades, el principal incentivo en el Perú es la participación en las utilidades, lo cual promueve que los directores tengan mayores incentivos en el desarrollo de la labor.

Sin perjuicio de lo antes señalado, que el cargo de director sea remunerado no significa que quienes ejercen este cargo se encuentren en una relación de subordinación laboral respecto de la sociedad en la cual integra el órgano colegiado, se trata de una retribución teniendo en cuenta que los directores pueden no ser accionistas.

Los directores individualmente no tienen poder relevante en la sociedad, solo actúan en las reuniones del órgano colegiado para adoptar acuerdos, no actúan diariamente, no pueden negociar a que trabajadores contratan, ni determinar que proveedores les proveerán de bienes o servicios, por eso necesitan que alguien actúe el día a día, lo cual corresponde a la gerencia.

## **2.2. LA GERENCIA<sup>22</sup>**

Es el órgano societario que ejecuta los acuerdos del Directorio, es el órgano de gestión que ve el actuar diario de la sociedad mercantil y por ello es siempre necesario que exista un gerente general, en el eventual caso de que exista más de un gerente.

La Gerencia General es el órgano societario que lleva adelante la actuación y

ejecución de los acuerdos del Directorio. En ese sentido, de existir más de un Gerente, éstos son subordinados al Gerente General y limitados a funciones particulares como en el caso de un Gerente de Ventas.

La Gerencia, como órgano societario, constituye el brazo ejecutivo de la sociedad mercantil, en especial en la sociedad anónima; siendo lo típico del mismo que no se desempeñen estas funciones de manera colegiada como sería el caso del Directorio, ya que las decisiones cotidianas de la sociedad deben producirse de inmediato.

En ese sentido, las atribuciones del Gerente son fijadas de diversas maneras, por los estatutos, por la Junta General de Accionistas, por el Directorio o incluso fijadas en el acto mismo del nombramiento; sin embargo, es en el estatuto en que se consignan la amplitud de atribuciones de que goza, las mismas que dependen de la confianza que se le tenga.

Asimismo, al ser un cargo de confianza el Gerente puede ser removido en cualquier momento, por lo que no caben designaciones irrevocables, conforme lo establece el artículo 187<sup>023</sup> de la Ley General de Sociedades.

El criterio para apreciar la responsabilidad de quien desempeña el cargo de Gerente es como en el caso del Directorio<sup>24</sup> el de la responsabilidad subjetiva abstracta, el de un ordenado comerciante y leal representante, que es un grado superior al del buen padre de familia.

En el caso de la responsabilidad contractual tratándose de los actos en el campo civil, la culpa leve se presume; sin embargo, la sociedad mercantil constituye en su esencia una empresa riesgosa por naturaleza, y lo más razonable es que pueda equivocarse. En ese sentido, si la culpa leve fuera la norma, la sociedad estaría condenada a la inmovilidad, por ello se incurre en responsabilidad cuando existe culpa inexcusable, si actúa contra la ley, contra el estatuto o con dolo, conforme lo dispone el artículo 190<sup>025</sup> de la Ley General de Sociedades.

## **2.3 TRATAMIENTO ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES: LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS**

### **2.3.1. En el caso de El Directorio**

Los Directores son ilimitada y solidariamente responsables de conformidad con el artículo 177<sup>026</sup> de la Ley General de Sociedades. Al respecto llama la atención que el tratamiento de la responsabilidad de este órgano societario, se



efectuó no desde la concepción de la teoría del órgano de la persona jurídica y por ende sea ésta la que responda frente al daño, sino que se distinga a los integrantes de la misma haciendo un análisis subjetivo de responsabilidad en la persona de sus integrantes.

Sobre el particular, cabe precisar que la responsabilidad es solidaria, respecto de los Directores que causaran el daño, por ello, en caso fueran tres, se podría pedir la indemnización a cualquiera de ellos como integrantes de este órgano colegiado o en su caso a todos.

Respecto del cumplimiento de los actos señalados en el segundo párrafo del artículo 177º de la Ley General de Sociedades, debemos tener presente que habiendo optado la ley por la teoría organicista, no nos encontramos en supuesto alguno de mandato o de representación por parte de este órgano societario con respecto de la Sociedad Anónima, debido a que es la propia sociedad mercantil quien desarrolla sus actividades de dirección a través de este órgano, por lo que ante el incumplimiento de los miembros del Directorio de acuerdos adoptados que generen daños o ante la presencia de estos últimos, corresponde a la propia sociedad el resarcimiento, adicionalmente de las personas que constituyen el Directorio.

### **2.3.1.1. La responsabilidad de los Directores y su tratamiento frente a los acreedores, según la Ley General de Sociedades**

Puede iniciarse la pretensión individual de responsabilidad de conformidad con el artículo 182<sup>027</sup> de la Ley General de Sociedades, así como el establecimiento de las responsabilidades penales de los Directores de existir estas, de conformidad con el artículo 183<sup>028</sup> de la referida ley.

Las pretensiones indemnizatorias individuales, tienen como finalidad resarcir los daños y perjuicios generados en contra de los accionistas o algún tercero y pueden ser iniciadas directamente por éstos a mérito de lo dispuesto por el artículo 182º de la Ley General de Sociedades.

Esta responsabilidad es distinta de los casos en que el perjuicio se produce contra el interés social. Aquí estamos frente a una lesión directa de los intereses de los accionistas o terceros, es decir, se trata de un daño directo.

Para ejercitar esta pretensión, debe acreditarse legitimidad, la producción del daño y el nexo causal que se configuraron por el actuar antijurídico de alguno o todos los miembros del Directorio.

### **2.3.2. El caso de La Gerencia**

El Gerente es solidariamente responsable con los miembros del Directorio de conformidad con el artículo 191<sup>029</sup> de la Ley General de Sociedades.

Sobre el particular, debemos tener presente que la responsabilidad alcanza al Gerente que participa en los actos que decida el Directorio y que causen responsabilidad; incluso cuando conociendo de éstos actos no los comunicó oportunamente, como en el caso de los directores que asumiendo el cargo no comunicaran estas anomalías.

Sin perjuicio de lo antes señalado, a diferencia del caso de los directores no existe una norma como el artículo 178<sup>o</sup> de la Ley General de Sociedades, que permita salvar la responsabilidad del Gerente, y ello nos señala un nuevo indicativo de la subordinación laboral en que se encuentra, en que si bien constituye un órgano societario de acuerdo a la normativa vigente, constituye también un subordinado en la estructura de la sociedad mercantil, lo cual ha traído no pocas confusiones como desarrollaremos más adelante.

### **3. EL ARTÍCULO 1981<sup>o</sup> DEL CÓDIGO CIVIL Y LA DENOMINADA RESPONSABILIDAD VICARIA**

Como ya lo hemos apreciado, las sociedades mercantiles, por su especial capacidad de ejercicio actúan a través de órganos societarios, los cuales, si bien están integrados por personas naturales, no significa que nos encontremos frente a una persona distinta, sino frente a la misma sociedad mercantil.

Hasta este punto, que duda cabe, que la existencia de personas naturales en una organización de las características de una sociedad mercantil nos puede llevar a la confusión respecto del actuar por otro, que ya hemos apreciado en los puntos precedentes. Sin embargo, es justamente el actuar por otro lo que nos muestra la existencia de la responsabilidad vicaria, dado que el término vicario se deriva del latín *vicarius*, que como adjetivo significa, que tiene las veces, poder y facultades de otra persona o la sustituye, y como sustantivo, es aquella persona que da las órdenes regulares y autoridad de alguno de los superiores mayores, en caso de ausencia, falta o indisposición<sup>30</sup>.

El tema es pues, que nos encontramos en el artículo 1981<sup>031</sup>, con lo que se definió en su momento, por la exposición de motivos del Código Civil de 1984, como responsabilidad indirecta, por cuanto en la misma se atribuye responsabilidad al empleador por razón del daño producido por su empleado, dentro de las

circunstancias que se indica, expresándose que ambos responsables lo son con responsabilidad solidaria<sup>32</sup>.

Al respecto, cabe precisar dos puntos que son sustancialmente importantes:

- a) Los autores del Código Civil de 1984, cuando elaboraron el artículo 1981<sup>o</sup> siempre sostuvieron que nos encontrábamos frente a una relación de dependencia respecto de un empleador, ergo, existiría entonces para el legislador de 1984 una relación de subordinación laboral, razón por la cual se le imputa a aquél, el daño producido haciéndolo responsable, cuando su dependiente fue el causante material del daño.

No debemos perder de vista, que ya es bastante complicado comprender que la sociedad mercantil realiza su objeto social por medio de los órganos societarios que la conforman, los cuales se encuentran integrados por personas naturales cuyo accionar será imputado a la citada sociedad mercantil, conforme lo hemos apreciado en los puntos precedentes. Siendo ello así, el supuesto que contiene el artículo 1981<sup>o</sup>, no resulta de aplicación frente a integrantes de los órganos societarios, “sino frente a dependientes, ajenos a la estructura interna de la sociedad mercantil, porque estos últimos se encuentran en una relación de subordinación frente a la sociedad mercantil.”

Al respecto, cabe precisar que la Gerencia de una sociedad mercantil, específicamente en el caso de una sociedad anónima, constituye un órgano de representación y de gestión cotidiana de aquélla, conforme a la Ley General de Sociedades y por tanto, es la misma sociedad mercantil la que actúa cuando este Gerente realiza sus funciones habituales; sin embargo, también resulta, a la vez, ser un dependiente en el sentido laboral dado que percibe una remuneración, está sujeto a un horario de trabajo, ergo está sujeto a subordinación, control, fiscalización y sanción en cuanto al desarrollo de sus actividades.

Es por ello que nos encontramos frente a una imprecisión normativa en cuanto a si el Gerente puede ser considerado como un dependiente laboral, o si es un órgano societario. La respuesta, desde nuestra perspectiva, es que a pesar que el Gerente es un subordinado, al mismo tiempo es también un órgano societario. Pero para efectos de la aplicación de las normas de responsabilidad, en caso se haya producido un daño por parte de una

sociedad mercantil, que actúa a través del Gerente no debe caerse en el facilismo de considerar únicamente el aspecto relativo a la dependencia laboral y aplicar sin hacer distinciones el supuesto normativo contenido en el artículo 1981º del Código Civil, puesto que se estaría desconociendo la Teoría Organícista que adopta la legislación societaria, y que preconiza que a través de estos se expresa la voluntad social y no solo del Órgano. En ese sentido, producido el daño a un tercero de buena fe que se materializa con la actuación de la Gerencia de la sociedad mercantil, no sería de aplicación el artículo 1981º del Código Civil, sino que nos encontraríamos en un supuesto de responsabilidad directa de la sociedad mercantil.

- b) Sostiene el legislador de 1984 que el artículo 1981º del Código Civil es un caso de responsabilidad objetiva respecto del empleador.

Este es un razonamiento correcto, puesto que de producirse un daño por parte de un dependiente y por tanto producirse el supuesto de hecho de la norma, el daño sería solidario con el principal. En ese sentido, Juan Espinoza Espinoza señala con acierto, al citar a Monateri, que la responsabilidad de los principales y los dependientes, “desde la antigua fundación de la culpa in eligendo o in vigilando continúa hacia el reconocimiento del carácter objetivo de una responsabilidad que permanece siendo vicaria (en cuanto presupone la del dependiente), llega después a una fase en la cual el aspecto vicario desaparece (admitiéndose la aplicación normativa incluso cuando el autor del daño no responde personalmente) y llega finalmente a la responsabilidad directa (ya no vicaria de la empresa) por todos los daños ocasionados, aunque sean independientes de un comportamiento humano, por el proceso productivo”<sup>33</sup>.

En el tema del presente artículo resulta de suma importancia reconocer, que si bien nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva, en el caso del artículo 1981, el mismo requiere de una ubicación adecuada, por ello nos remitimos al análisis señalado por Juan Espinoza Espinoza<sup>34</sup> en cuanto a la aplicación del artículo 1981º del Código Civil de 1984:

- i) Una relación de subordinación: la cual debe ser restringida a lo que señaláramos en el punto precedente, que ésta no puede extenderse de manera lata a cualquier supuesto de dependencia.
- ii) Que el subordinado ocasione un daño, para lo cual, con acierto Juan Espinoza Espinoza, señala que este daño producido por el dependiente estaría incurso en responsabilidad subjetiva, en donde se aplicaría el

dolo o la culpa, lo cual tampoco descarta la aplicación del artículo 1970º, referido a la responsabilidad objetiva.

- iii) Que exista una relación de causalidad adecuada, en los términos del Código Civil de 1984, por la cual el dependiente, en ejercicio de las funciones, propias de las que desempeña en la empresa, o con ocasión de ellas, produce un daño.

#### 4. CONCLUSIONES

1. La persona jurídica, específicamente la sociedad mercantil, es susceptible de causar daños, por el actuar de sus órganos, los cuales deben ser resarcidos por la misma sociedad como responsable directa.
2. La legislación especial sobre la materia (Ley N° 26887- Ley General de Sociedades), guarda absoluto silencio respecto a la responsabilidad civil de la sociedad mercantil; sus disposiciones sobre responsabilidad por daños, están referidas únicamente a los administradores, no obstante acoger la indicada normatividad a la Teoría Organicista.
3. El artículo 1981º del Código Civil que es frecuentemente citado por la Judicatura Nacional como fundamento jurídico para resolver los conflictos relativos a las indemnizaciones por daños y perjuicios, no resulta adecuado cuando se trata de las actuaciones dañosas producidas por sus órganos constitutivos, ya que la norma acotada se refiere al daño producido por el dependiente que se hace extensivo a su principal.
4. Las normas que resultan ser aplicables a los supuestos de daños ocasionados por la sociedad mercantil que actúa a través de sus órganos, son las referidas a los artículos 1969º y demás normas conexas del Código Civil, que contienen el principio general de no causar daño a nadie.

---

<sup>1</sup> Brecia H, Bigliuzzi L, Geri U, Natoli F, Busnell, F. Derecho Civil. Tomo I, Vol 1. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1992. pág. 96.

<sup>2</sup> Kelsen, H. Teoría Pura del Derecho. México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, págs. 182 a 184.

<sup>3</sup> Fernández Sessarego, C. El pensamiento de Cossio y la doctrina contemporánea. En: Derecho PUCP, N° 37, Lima, 1983, págs. 31 a 51.

<sup>4</sup> Ferrara, F. Teoría de las Personas Jurídicas. Madrid: Editorial Reus. 1929. págs. 122 a 313.

<sup>5</sup> Gierke, citado por Fernández Sessarego, C. El pensamiento de Cossio y la doctrina contemporánea. En: Derecho PUCP, N° 37, Lima, 1983, págs. 31 a 51.

- 
- <sup>6</sup> Albaladejo, M. Instituciones del derecho Civil. Tomo I, Bosch, 1900, págs. 198 a 200.
- <sup>7</sup> Op. cit., pág. 201.
- <sup>8</sup> Ferrara, F Op cit., p 194 y siguientes. Citado por Fernández Sessarego, C. El pensamiento de Cossio y la doctrina contemporánea. En: Derecho PUCP, N° 37, Lima, 1983, págs. 31 a 51.
- <sup>9</sup> Albaladejo, M.Op cit., pág. 100
- <sup>10</sup> Castan Tobeñas, J Hacia un nuevo derecho civil. Madrid: Editorial Reus, 1933. pág. 90.
- <sup>11</sup> Galgano, F. El negocio jurídico. Valencia, Tirant lo blanch. 1992, págs. 403 a 425.
- <sup>12</sup> Albaladejo, M.Op cit. Tomo I. pág. 201
- <sup>13</sup> Puig Brutau, J. Fundamentos del derecho civil. Tomo I, Volumen I. Barcelona: Bosch, 1979, pág. 259.
- <sup>14</sup> De Savigny, F. Sistema de derecho romano actual. Segunda edición, Tomo II. Madrid: Centro editorial de Góngora. Pág. 203.
- <sup>15</sup> Mosset, J. Mandatos. Buenos Aires: Ediar S.A. 1979. pág. 318.
- <sup>16</sup> Galgano, F. Op cit., págs. 403 a 425
- <sup>17</sup> Albaladejo, M. Op cit., pág. 356.
- <sup>18</sup> Visintini, G. Responsabilidad contractual y extracontractual. Lima: ARA Editores. 2002. pág. 85 y siguientes.
- <sup>19</sup> Elias Laroza, E. Ley General de Sociedades comentada : Ley No. 26887. Trujillo: Normas legales, 1998, págs. 315 a 369.
- <sup>20</sup> Artículo 171º.- Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal.  
Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones.
- <sup>21</sup> Artículo 166º.- El cargo de director es retribuido. Si el estatuto no prevé el monto de la retribución, corresponde determinarlo, a la junta obligatoria anual.  
La participación de utilidades para el Directorio sólo puede ser detrída de las utilidades líquidas y, en su caso, después de la detracción de la reserva legal correspondiente al ejercicio.
- <sup>22</sup> Elias Laroza, E. Op. cit., págs. 370 a 381.
- <sup>23</sup> Artículo 187º.- El gerente puede ser removido en cualquier momento por el Directorio o por la junta general, cualquiera sea el órgano del que haya emanado su nombramiento.  
Es nula la disposición del estatuto o el acuerdo de la junta general o del Directorio que establezca la irrevocabilidad del cargo de gerente o que imponga para su remoción una mayoría superior a la mayoría absoluta.
- <sup>24</sup> Artículo 189º.- Son aplicables al gerente, en cuanto hubiere lugar, las disposiciones sobre impedimentos y acciones de responsabilidad de os directores.
- <sup>25</sup> Artículo 190º.- El gerente responde ante la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave.  
El gerente es particularmente responsable por:  
La existencia, regularidad y veracidad de los sistemas de contabilidad, los libros que la ley ordena llevar a la sociedad y los demás libros y registros que debe llevar un ordenado comerciante.  
El establecimiento y mantenimiento de una estructura de control interno diseñada para proveer una seguridad razonable de que los activos de la sociedad estén protegidos contra uso no autorizado y que todas las operaciones son efectuadas de acuerdo con autorizaciones establecidas y son registradas apropiadamente.  
La veracidad de las informaciones que proporcione al Directorio y la junta general.  
El ocultamiento de las irregularidades que observe en las actividades de la sociedad.  
La conservación de los fondos sociales a nombre de la sociedad.  
El empleo de los recursos sociales en negocios distintos del objeto de la sociedad.  
La veracidad de las constancias y certificaciones que expida respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad.  
Dar cumplimiento en la forma y oportunidades que señala la ley a lo dispuesto en los artículos 130 y 224.  
El cumplimiento de la ley, el estatuto y los acuerdos de la junta general y del Directorio.
- <sup>26</sup> Artículo 177º.- Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto por los actos realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.  
Es responsabilidad del Directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares.

---

Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido, por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general.

- <sup>27</sup> Artículo 182º.- No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las pretensiones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de los directores que lesionen directamente los intereses de aquellos. No se considera lesión directa la que se refiere a daños causados a la sociedad, aunque ello entrañe como consecuencia, daño al accionista.
- <sup>28</sup> Artículo 183º.- La demanda en la vía civil contra los directores no enerva la responsabilidad penal que pueda corresponderles.
- <sup>29</sup> Artículo 191º.- El gerente es responsable, solidariamente con los miembros del Directorio, cuando participe en actos que den lugar a responsabilidad de éstos o cuando, conociendo la existencia de esos actos, no informe sobre ellos al Directorio o a la junta general.
- <sup>30</sup> Diccionario de la Real Academia Española. 22 ed. 2001, citado por Patron, C. ¿amo o sirviente?, consideraciones funcionales en torno a la responsabilidad vicaria a propósito del artículo 1981º del Código Civil. En Themis N° 50, revista editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005, pág. 284.
- <sup>31</sup> Artículo 1981º.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.
- <sup>32</sup> Revoredo, D. Código Civil. Exposición de motivos y comentario. Tomo VI. Lima: Occurra Editores S.A. 1985. pág. 805.
- <sup>33</sup> Espinoza, J. Derecho de la responsabilidad civil. 2da ed. actualizada. Lima: Gaceta Jurídica. 2003, págs. 284 a 285.
- <sup>34</sup> Espinoza, J. Op cit., págs. 286 a 287.

## ¿APLICACIÓN TOTAL O COMBINADA DE NORMAS PENALES? A PROPÓSITO DE UN (DES)ACUERDO PLENARIO

ALDO MARTÍN FIGUEROA NAVARRO\*•

### Resumen

La Corte Suprema, mediante Acuerdo Plenario en mayoría, ha consagrado el principio de combinación de leyes penales. Formalmente, la decisión adoptada no tiene eficacia normativa pues no refleja una posición unánime, lo suficientemente motivada y explicativa de su contenido; siendo sus alcances prácticos muy restringidos. Materialmente, el principio establecido no responde a la tradición legislativa nacional no es aceptado en la legislación comparada, contradice el uso normal del lenguaje, y no se adecua a una interpretación sistemática, lógica, progresiva y adecuada a la Constitución, dado que permite al juez crear una tercera ley que vulnera el principio de separación de poderes, viola el principio de legalidad, genera inseguridad jurídica y no se acomoda a los fines de prevención de la pena.

**Palabras clave:** Unidad o combinación de leyes - legalidad - seguridad jurídica - favorabilidad - interpretación integradora.

### Abstract

The Supreme Court, by means of a Plenary Agreement for majority, it has consecrated the principle of combination of criminal statutes. Formally, the adopted decision doesn't have normative effectiveness because it doesn't reflect an unanimous position, him sufficiently motivated and explanatory of its content; being its very restricted practical reaches. Materially, the established principle doesn't respond to the national legislative tradition; it is not accepted in the comparative legislation; it contradicts the normal use of the language; and it is not adapted to a systematic interpretation, logic, progressive and appropriate to the Constitution, since it allows the judge to create a third law that harms the principle of separation of powers; it violates the principle of legality; it generates juridical insecurity and he doesn't make comfortable to the ends of prevention of the sanction.

**Key words:** Unit or combination of laws-legality-artificial security-integrative interpretation.

---

\* Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima. Docente universitario y profesor de la Academia de la Magistratura.

• Mi agradecimiento a Christian Cerna Manyari, por su valiosa ayuda en la elaboración de este artículo.



### Sumario

1. Introducción. 2. Problemas formales del Acuerdo Plenario: 2.1. Naturaleza jurídica y eficacia normativa del Acuerdo; 2.2. Problemas aplicativos; 2.3. Impacto de la decisión. 3. Interpretación y desvinculación del precedente: 3.1. Antecedentes históricos; 3.2. Diferencias gramaticales; 3.3. Legislación comparada; 3.4. Implicancias sistemáticas; 3.5. Interpretación (des)integradora; 3.6. Finalidad de la aplicación total de la norma. 4. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

Constituye una afirmación paradigmática señalar que la norma jurídica es una estructura lógica, conformada en general por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica<sup>1</sup>. En el ámbito penal, esta aseveración es aún más relevante por estrictas exigencias de legalidad, y en particular por las consecuencias que este principio genera<sup>2</sup>. La ley “es la única base de la incriminación de comportamientos y de la imposición de sanciones penales”<sup>3</sup>. Sin embargo, como las normas no son inmutables, ni las valoraciones que las sustentan estáticas, esta unidad es puesta en cuestión, cuando aquéllas se suceden en el tiempo y deben ser sometidas para su aplicación, a un juicio de favorabilidad. Surge entonces la discusión si la ley - o mejor la norma penal- debe ser interpretada como una unidad indisoluble o puede ser (re) conformada tomando los aspectos más favorables de una y otra norma que se sucede en el tiempo.

La cuestión planteada no sería más que un placentero ejercicio académico, sino fuera por que ha sido revivida y medianamente zanjada por la Corte Suprema mediante un Acuerdo Plenario. En efecto, en Sala Plena de los señores Vocales Supremos en lo Penal, de fecha 13 de octubre de 2006<sup>4</sup>, la máxima instancia de justicia acordó por 10 votos contra 4: a) “Establecer como doctrina legal, respecto al principio de combinación de leyes, que es de aplicación en el conflicto de leyes penales en el tiempo, pudiendo escogerse lo más favorable de una u otra ley, siempre que sea más favorable al reo...”; b) “Precisar que los principios jurisprudenciales antes mencionados constituyen precedentes vinculantes para los magistrados de todas las instancias judiciales...”. y c) “... que en todo caso, las Ejecutorias Supremas dictadas con anterioridad, en cuanto a la doctrina legal que consignaron, quedan modificadas conforme a los términos del presente Acuerdo Plenario”.

En el presente artículo abordaremos tanto los problemas formales que dicha decisión plenaria plantea, con relación a su naturaleza jurídica, fuerza vinculante, aplicabilidad e impacto; así como los argumentos históricos, semánticos, comparados, lógicos, sistemáticos y teleológicos que abonan para una desvinculación de sus alcances.

## **2. PROBLEMAS FORMALES DEL ACUERDO PLENARIO**

### **2.1. NATURALEZA JURÍDICA Y EFICACIA NORMATIVA DEL ACUERDO PLENARIO**

El primer problema formal que plantea el presente Acuerdo Plenario es la determinación de su naturaleza jurídica. La cuestión no es baladí porque tiene incidencia en la fijación de los objetivos de la decisión, en el grado de obligatoriedad del acuerdo, y en la consecuencia jurídica y disciplinaria o penal de su inobservancia<sup>5</sup>.

El Acuerdo Plenario se adoptó en el marco de la facultad que tienen los integrantes de las Salas Especializadas de la Corte Suprema, para reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, a fin de concordar jurisprudencia de la especialidad (116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial - L.O.P.J.). En este sentido, queda claro tanto la forma de la convocatoria, como el objetivo de la reunión plenaria. Esta facultad es a su vez complementada, conforme el Acuerdo, por su publicación fijando un principio jurisprudencial<sup>6</sup> de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales (22° L.O.P.J.).

Sin embargo, la aplicación de ambas normas deja en la incertidumbre si en el presente caso es igualmente aplicable el procedimiento para establecer sentencias plenarias<sup>7</sup>, previsto en el artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales. Una respuesta rápida indicaría que la decisión reúne los requisitos de dicha norma; esto es: a) El objeto de la decisión había sido materia de criterios discrepantes sobre la aceptación del principio de combinación de leyes<sup>8</sup>; b) La decisión se expresó formalmente en una sentencia plenaria, en el entendido que fue adoptada por un Pleno Penal de la Corte Suprema y no por una Sala determinada (sentencia normativa - artículo 301° A primer párrafo); y c) Fue acordada por la mayoría absoluta de los señores Vocales Supremos asistentes al Pleno.

Ahora bien, esta norma no fue invocada expresamente en la decisión plenaria; por lo que dicha omisión genera duda sobre la obligatoriedad formal del

acuerdo; pues si se asume que la “sentencia vinculante” se sustenta en el artículo 22° de la L.O.P.J. nos encontramos ante “una suerte de vinculación u obligatoriedad relativa, en cuya virtud los magistrados pueden apartarse, por excepción, a condición que motiven adecuadamente la razón de su discrepancia”<sup>9</sup>. Por el contrario, si la decisión se encuadra en la norma procesal, la vinculación u obligatoriedad es absoluta, sin posibilidad de inaplicación por los magistrados de todas las instancias<sup>10</sup>. En este caso, el carácter obligatorio del precedente proviene de la propia ley<sup>11</sup>.

Tres razones nos llevan a asumir la relativa vinculación del presente Acuerdo. Primero, en la decisión mayoritaria no se invoca expresamente el artículo 301° -A del Código Procesal Penal - CPP, con lo que por razones de predictibilidad y certeza, los Magistrados asumen que queda la posibilidad de desvinculación regulada en el artículo 22° L.O.P.J.<sup>12</sup>. Segundo, el contenido de la propia decisión deja un espacio a la discrecionalidad cuando señala que se “puede” escoger lo más favorable de una y otra ley, siempre que sea más favorable al reo (párrafo 15)<sup>13</sup>. Tercero, aún cuando no sea una razón formal, desde la perspectiva de la fuerza normativa de la decisión, este Acuerdo reveló a diferencia de los demás Acuerdos de los Plenos Jurisdiccionales de la Corte Suprema que no hubo consenso en la decisión plenaria.

## 2.2. PROBLEMAS APLICATIVOS DE LA DECISIÓN

La decisión adoptada no delimita el ámbito de aplicación del principio de combinación. Tampoco establece criterios para la realización del juicio de favorabilidad. Por tanto, el contenido general de la decisión tiene teóricamente amplias posibilidades de aplicación. Así, cuando se dice que, en caso de conflicto de leyes penales en el tiempo, se puede escoger lo más favorable, dicha amplitud se evidencia en la vaguedad del significante “ley penal”, como vehículo de expresión de normas legales<sup>14</sup>. Con dicho término se puede aludir a lo que en doctrina se denomina el “tipo de garantía” (*Garantietatbestand*); vale decir, a toda previsión normativa que regule “el conjunto de presupuestos materiales que condicionan la aplicación y determinación de una pena; abarca por tanto, la descripción normativa de la conducta, así como las características a la antijuricidad, culpabilidad y, en su caso, las condiciones objetivas de punibilidad, respectivamente”<sup>15</sup>.

Asimismo, puede considerarse bajo este término a todo un cuerpo normativo especial; por ejemplo, “las diferentes normas legales dictadas para definir y establecer la pena del delito de terrorismo. En este caso, se debería comparar cada uno de los decretos o leyes en su conjunto para fijar cuál es la ley más

favorable”<sup>16</sup>. En realidad, el ámbito de comparación debe circunscribirse a lo que, en puridad, son normas penales (homogéneas); esto es, dispositivos legales compuestos cada uno por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, que regulan la misma institución penal.

Por otro lado, el Acuerdo por mayoría se limita únicamente a consagrar el principio general de combinación favorable de la ley penal, pero no señala los criterios para establecer “lo más favorable” (omisión del procedimiento). No se trata, como señala Hurtado, de hacer una comparación abstracta de leyes; por ejemplo, de comparar sólo la severidad de las penas, sino todos los factores de los que depende la posibilidad, el tipo y la forma de punición<sup>17</sup>. De este modo se abre una gama de posibilidades, determinables por el particular entender del intérprete. Incertidumbre que se acentúa por el hecho que ésta es una tarea privativa del juez, a diferencia de lo que prevé la legislación española, que permite la intervención del procesado en la determinación de lo favorable<sup>18</sup>. Por tanto, el intérprete debe determinar, en función de las condiciones de cada caso concreto, lo más favorable de cada ley, pues el Acuerdo Plenario no señala los supuestos que son susceptibles de combinación.

En resumen, al depender la determinación de los aspectos favorables, de la concepción particular de quien lo aplica, se genera una situación complicada en caso de comparación de condiciones de punibilidad; circunstancias de atenuación o agravación o penas únicas o acumulativas.

### 2.3. IMPACTO DE LA DECISIÓN

No obstante lo antes señalado podemos imaginarnos los supuestos teóricos de combinación; esto es:

- a) Una ley penal que establezca un tipo básico más favorable con otra ley penal cuya penalidad también lo sea.
- b) Una ley penal que no establezca una circunstancia agravante, con otra que prevea una pena más favorable en la circunstancia agravada.
- c) Una ley penal que prevea un tipo básico o agravado más favorable con otra ley que regule condiciones de punibilidad más favorables.
- d) Una ley penal que regule una institución de la parte general más favorable, con otra ley penal que no tenga esta connotación.

Empero, la tendencia jurisprudencial solo se ha expresado en este último supuesto y vinculado a la determinación del plazo de prescripción; esto es, que la ley anterior (Código Penal –CP- 1924) sea más favorable en el cómputo

del plazo de prescripción en función del tipo de pena, aún cuando admita la dúplica del plazo, en tanto que la ley posterior (CP 1991) haya sido más favorable al no admitirla.

Con esta limitada posibilidad de aplicación del principio sentado, es de preguntarse si el objeto de discusión por el Pleno Jurisdiccional era de tal relevancia práctica que merecía ser consagrada como “doctrina legal”; más aún si la misma no está consolidada como veremos a continuación.

### **3. INTERPRETACIÓN Y DESVINCULACIÓN DEL PRECEDENTE**

#### **3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

En el Código de 1924 se regulaba la aplicación de la ley más favorable al reo, cuando se producían “...modificaciones de la ley penal posteriores a la perpetración del hecho punible” (artículo 7º). Igualmente “Las modificaciones de la ley penal dictadas después de la sentencia o durante la condena” limitaban la pena conforme a la ley más favorable (artículo 8º). Sin embargo, el expositor de motivos del Código derogado no planteó expresamente la cuestión de la combinación de leyes penales. Implícitamente podía colegirse que cuando fundamenta el alcance de lo que llamaba “retroactividad benigna”, asumía el principio de “unidad de la ley penal”; esto es, que “la nueva ley rige de preferencia a la antigua a favor del delincuente. Después del fallo la nueva ley limita la pena o la suspende definitivamente”<sup>19</sup>.

En la Constitución de 1933 no se hace mención alguna al principio de favorabilidad. Es recién con la Constitución de 1979, que se consagra como garantía de la administración de justicia “la aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto en el tiempo de leyes penales” (artículo 233º inciso 7).

Ahora bien, pese a la amplitud del sentido gramatical expresada en el texto constitucional de 1979, en los primeros proyectos de Código Penal se asumió una postura contraria a la combinación de leyes. Así, en el proyecto de setiembre de 1984 se señalaba que “Las modificaciones de la ley posteriores a la perpetración del hecho punible, se aplicarán en la sentencia si fueren más benignas que las disposiciones anteriores” (artículo 12º)<sup>20</sup>. Dicha postura se expresa claramente en los Proyectos de agosto de 1985 y marzo de 1986<sup>21</sup>, cuando se establece que “No se puede recurrir a leyes de diversa época para lograr, con su aplicación conjunta, una regla más favorable” (artículo 5º, segundo párrafo). Este criterio restrictivo fue descartado en los sucesivos

proyectos de Código Penal 1989 y 1990, en los que se señaló que “La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará *lo más favorable al reo* en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales” (artículo 11º). Paradójicamente, en el Proyecto de enero de 1991, se arriba a la redacción del Código vigente, pero conservando en la Exposición de Motivos la posibilidad de aplicar de manera combinada leyes penales.

En efecto, esta contradicción se consagra con la promulgación del Código vigente, pues se señala por un lado en el artículo 6º que: “La Ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará *la más favorable al reo*, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales”, y se explica, por otro lado, que “En acatamiento del artículo 233º inciso 7 de la Constitución Política se prescribe la aplicación de lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales” sustituyéndose de esta manera “el principio de la unidad de ley aplicable.... por el nuevo principio de la combinación, que toma lo más benigno que tenga cada una de las normas sucesivas”<sup>22</sup>.

La incongruencia referida se supera con la Constitución de 1993, cuando se ratifica como principio de la función jurisdiccional “la aplicación de ‘la ley’ más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”. (artículo 139, inciso 11), y se establece que “Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”. (artículo 103º). La mención genérica a “la ley” es incluso mantenida con la modificación de este artículo, mediante Ley de Reforma Constitucional N° 28389.

El seguimiento entonces de la evolución histórica de la aplicación favorable de la ley penal en el tiempo, nos permite colegir dos conclusiones preliminares: a) La aplicación combinada de leyes penales no forma parte de nuestra tradición legislativa, con la salvedad ciertamente imperativa de la Constitución del 79; b) Una interpretación adecuada, progresiva y consecuente del texto constitucional derogado, quedaría desfasada con el nuevo texto constitucional en la materia, de fecha posterior al Código vigente.

### 3.2. DIFERENCIAS GRAMATICALES

Cuando el expositor de motivos del Código vigente aludía al acatamiento de lo dispuesto por la Constitución derogada, se estaba aparentemente refiriendo a que el artículo neutro “lo” se le aplicaba en su función gramatical de acompañamiento a un adjetivo determinativo (lo uno y lo otro más

favorable). No estaba aludiendo de manera excluyente a una ley penal, en desmedro de otra. De esta manera se extendía el ámbito de determinación a aspectos parciales e indistintos de dos objetos de comparación; en este caso de dos leyes penales en conflicto.

No obstante, el sentido gramatical del texto constitucional varía cuando dicho artículo neutro es reemplazado por el artículo determinado “la”, que restringe el ámbito de aplicación a sólo un objeto de comparación (la ley más favorable), con lo que el intérprete, en estricta aplicación de la regla gramatical, deberá elegir entre dos leyes penales, aquélla que en su integridad la adjetive como más favorable.

Ciertamente, el argumento lingüístico constituye un punto de referencia importante pero insuficiente y no siempre considerado por el intérprete. En este sentido, en el Acuerdo Plenario se omite evaluar este aspecto, asumiendo tal vez que el texto del artículo 6º es claro y que su sentido se autosatisface con una concepción subjetiva de la interpretación. Así, se señala en esta perspectiva que “el legislador ha consagrado el principio de combinación en la Exposición de Motivos del Código Penal...”<sup>23</sup>. Esta afirmación consagratoria es una forma de atribuirle un sentido como si fuera el expresado intencionalmente por el legislador real. La supuesta voluntad del legislador es, en ese caso, sólo una manera disimulada de atribuir un sentido a la norma, invocando –para lograr su aceptación- la autoridad del legislador”<sup>24</sup>.

### 3.3. LEGISLACIÓN COMPARADA

El reconocimiento de la ley (norma) penal como una unidad o estructura lógica, aún en casos de favorabilidad, es igualmente comprobada en la legislación comparada.

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos disponen, con idéntico tenor, que “si con posterioridad a la comisión del delito “la ley” dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”<sup>25</sup>. En el mismo sentido, aún cuando con menor claridad, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se establece que “De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena” (artículo. 24 inciso 2). La falta de contundencia en la exclusión del principio de combinación se explica por el uso único del término *le droit* en la versión francesa del Estatuto y que, en la versión española alude primero



a la “modificación del derecho aplicable” y, luego, a “las disposiciones más favorables”. Como fuera, en ambas versiones siempre aparece el artículo determinado que engloba al sustantivo (normativo) como una unidad.

En el ámbito de la legislación comparada occidental se ratifica la misma tendencia. Al respecto, el Código Penal Alemán en su numeral 2.3 establece: “Si la ley vigente durante la consumación del hecho es modificada antes del fallo, debe aplicarse la ley más benigna”<sup>26</sup>. En el artículo 112-1 del Código Penal Francés se señala que excepcionalmente “las nuevas disposiciones se aplican a las infracciones cometidas antes de su vigencia y que no hayan sido objeto de condena firme, cuando sean menos severas que las disposiciones anteriores”<sup>27</sup>. Por su parte, en el Código Penal Portugués se prevé que “cuando las disposiciones penales vigentes al momento de la realización del hecho punible fueran diferentes a las establecidas en leyes posteriores es siempre aplicable el régimen que concretamente es más favorable al agente...”<sup>28</sup>. En el Código Penal Italiano se señala lo siguiente: “Si la ley vigente al momento de cometido el delito y la posterior es diferente, se aplica la disposición más favorable al reo...” (artículo 2°).

En Iberoamérica el panorama legislativo no es muy diferente. Con matices de redacción que no inciden en la cuestión de fondo, se reconoce que en caso de sucesión de leyes se aplica la ley más benigna al reo. Así, se deduce el carácter unitario de la aplicación favorable con expresiones como: “la (ley) más benigna” (Argentina: artículo 2°; Puerto Rico: artículo 8.b); “la (nueva) ley más favorable” (Cuba: artículo 3°; Panamá: artículo 13°; Costa Rica: artículo 13°); “efecto retroactivo de las leyes penales” (España: artículo. 2°; Honduras: artículo 9°); “las leyes...que sean favorables” (Ecuador; artículo 2°); “La ley permisiva o favorable ... se aplicará” (Colombia: artículo 6°); “La ley posterior que de cualquier modo favorece al agente...” (Brasil: artículo 2°).

### 3.4. IMPLICANCIAS SISTEMÁTICAS

El artículo 6° del Código vigente, como toda norma jurídica, se engarza dentro de un contexto; vale decir, su posible sentido interpretativo debe tener en cuenta el ordenamiento jurídico en general, y sobre todo el contexto constitucional, cuyo contenido puede variar, aunque con mayor rigidez.

En la sustentación por mayoría del Acuerdo Plenario, se invoca como argumento constitucional “el principio consagrado en el segundo párrafo del artículo 103° de la Constitución Política, que establece la retroactividad de la Ley penal más favorable en caso de duda o de conflicto entre leyes penales, y que tácitamente desplaza a la regla *tempus regit actum* (considerando 6).



Argumento que es reforzado con el parafraseo del artículo 139° inciso 11 del texto constitucional (considerando 7).

Sin embargo, las normas invocadas como premisas legales por la decisión mayoritaria, siendo sustancialmente lo mismo, tuvieron distinta suerte. En el caso del artículo 103°, éste fue modificado<sup>29</sup>. En tanto que el artículo 139° inciso 11 sustituyó al artículo 233° de la Constitución de 1979. En el primer caso, si bien la finalidad de la modificación estuvo dirigida a precisar o restringir –según como se le mire- el ámbito de aplicación del *favor rei* a lo estrictamente penal –material, mantuvo en su redacción el criterio de la retroactividad penal de la ley y no de una parte de ella.

Ahora bien, las modificaciones operadas tienen tres implicancias sistemáticas para una interpretación progresiva y adecuada a la Constitución del artículo 6° del Código Penal: a) Se trata de modificaciones gramaticales que inciden en el sentido esencial de lo que se preveía en la Constitución de 1979, conforme ya explicamos en el acápite 3.2; b) La modificación de las dos normas constitucionales es posterior a la entrada en vigencia de la norma penal; c) La norma constitucional conforme a sus alcances debe prevalecer sobre la norma penal.

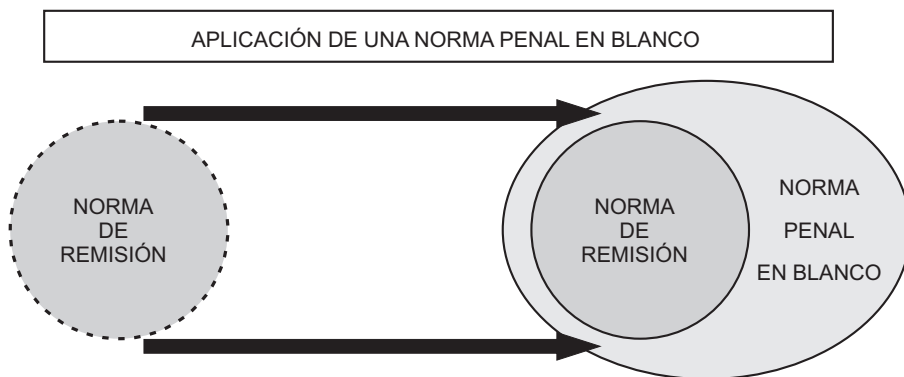
### 3.5. INTERPRETACIÓN (DES)INTEGRADORA: *LEX TERTIA*

A pesar de los argumentos ya señalados anteriormente, en la doctrina minoritaria, que admite el principio de combinación se ha recurrido al criterio de la interpretación integradora. Al respecto, se señala que se trata de la integración de los aspectos favorables de dos leyes, excluyendo con ello una creación por analogía del interprete de una tercera ley. En este sentido, sostiene Bustos que no hay razones de fondo para oponerse a la combinación de leyes penales, pues existen “las leyes penales incompletas y específicamente las leyes penales en blanco que exigen su integración con otras disposiciones, siempre y cuando existan bases claras de determinabilidad legal. En el caso de la *lex tertia* más favorable también ocurre así. No hay lesión del principio de legalidad, sino simple interpretación integrativa a favor del reo perfectamente posible”<sup>30</sup>.

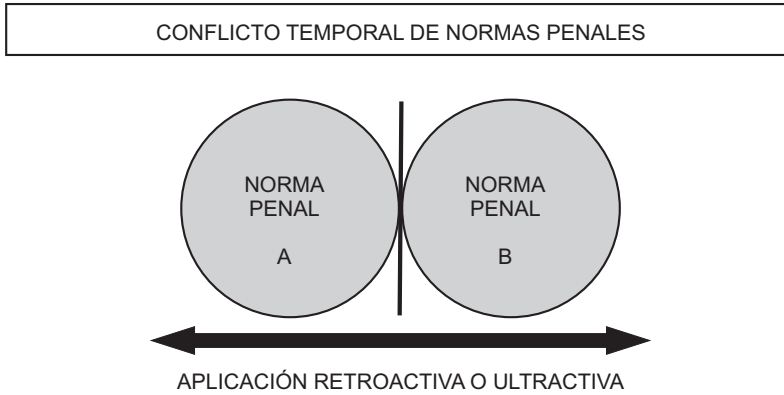
En el mismo sentido, aunque sin desarrollar la idea, el Acuerdo Plenario por mayoría aduce que con la aceptación del principio de combinación “no se está creando una tercera ley o *lex tertia*, sino que se está efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad” (considerando vinculante 12).

Empero, la fusión de dos leyes penales no puede ser equiparada a la integración de las normas incompletas o en blanco. En el caso de las normas incompletas, nos encontramos ante "...normas penales cuya estructura, gramaticalmente acabada, no contiene supuesto de hecho y consecuencias jurídicas por estar destinadas a concretar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica o restringir el ámbito de aplicación de otra norma"<sup>31</sup>. En este caso, estamos ante normas penales que requieren para la comprensión de su sentido de una aclaración, restricción o remisión. Se trata por tanto de normas que requieren ser integradas en su contenido, por la propia estructura de la misma. La exigencia de integración puede deducirse de su propio contenido. En el caso de conflicto de dos normas penales en el tiempo, éstas son normas penales completas; presentan ambas el supuesto fáctico y su consecuencia jurídica. Lógicamente, no requieren ser integradas, pues para su aplicación son autosuficientes.

Por otro lado, la norma penal en blanco es una especial forma de norma penal incompleta en la que no se expresan cabalmente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que se remiten a otros preceptos, para que completen la determinación de aquellos elementos<sup>32</sup>. La exigencia de integración normativa es mayormente expresa. Por ejemplo, en el delito de comercialización ilegal de especies (art. 308°) es necesario remitirnos a otras normas para determinar qué especies son legalmente protegidas y caen por tanto dentro del ámbito de protección penal.



Por ende, es correcto sostener que en los dos ejemplos presentados por Bustos, se hable de una exigencia lógica de integración. Pero no puede decirse lo mismo, en el caso de una norma penal completa en conflicto temporal con otra. En este caso, en realidad, no se produce una integración en el sentido estricto del término. Por el contrario, la fusión de dos normas penales para formar una tercera termina desintegrando las normas fusionadas.

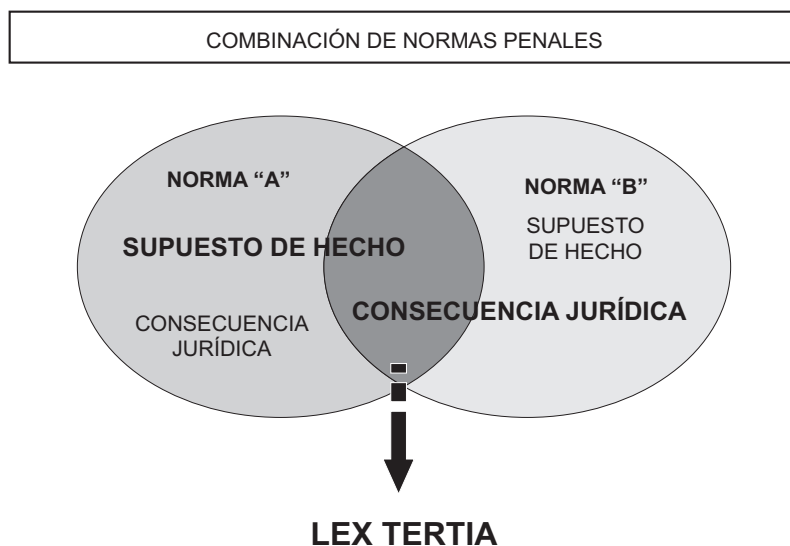


Ahora bien, para argumentar la tesis contraria a la integración no puede sostenerse que la fusión de dos aspectos parciales de normas en conflicto sea una aplicación por analogía<sup>33</sup>, pues en la integración de dos aspectos parciales de la normas no se está incorporando un elemento normativo no previsto en la ley. Se está únicamente creando desde una perspectiva lógica una tercera norma<sup>34</sup>, que resulta de fusionar aspectos parciales de dos unidades lógicas, cuyo contenido no coincide con los objetos de fusión.

### 3.6. FINALIDAD DE LA APLICACIÓN TOTAL DE LA NORMA

La necesidad de mantener integradas a las normas penales en su aplicación deriva de diversas exigencias jurídicas y de política criminal. En este sentido, la conservación de la unidad de la ley no restringe la aplicación del *favor rei* y mantiene incólume el principio de legalidad<sup>35</sup>. La aplicación retroactiva de la ley penal responde al imperativo de adecuar la aplicación de la norma, al cambio de valoración del legislador. Si destipifica una conducta, es evidente que los procesos e incluso las penas en ejecución queden sin efecto. Si introduce nuevas circunstancias atenuantes en una determinada conducta o modifica los elementos típicos de una conducta, a favor del imputado, debe igualmente adecuarse el juicio de tipicidad, a la nueva valoración. Pero en ambos casos, la reformulación del juicio de subsunción, hecha por el juzgador, está predeterminada por el legislador; responde a la modificación de un criterio de política criminal, concretado en una ley formal y que los jueces deben aplicar interpretándola. Al respecto señala Roxin que "... parece adecuado tomar como base de una sanción penal, la valoración legal existente en el momento de dictar sentencia, mientras la protección del reo u otras circunstancias especiales no hagan preciso atender al castigo previsto

en el momento del hecho”<sup>36</sup>. En esta línea sostiene que “ello responde a una exigencia de coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico, ya que si los hechos han dejado de ser desvalorados por el legislador o se les desvalora en menor medida, no tiene sentido que los ciudadanos sigan padeciendo las consecuencias de unas leyes que ha dejado de considerarse adecuadas”<sup>37</sup>.



Pero, ambos procedimientos responden al criterio político de distribución de roles dentro del Estado. El legislador legisla tipificando delitos, modificando su contenido o sus consecuencias, regulando las instituciones penales, o destipificando conductas. El juez adecua, mediante la interpretación, al caso concreto los alcances de la nueva decisión legislativa, pero en modo alguno está autorizado a tomar una parte de la valoración legislativa, para combinarla con la anterior valoración. Esta división del trabajo debe continuar así, a pesar de que la delimitación entre legislación y jurisdicción se mueva en terreno poco firme y que el protagonismo de la ley se encuentre en crisis<sup>38</sup>. Lo fundamental, a efectos penales, es redefinir la racionalidad de la ley, dotándola de contenidos más eficaces y aplicables por los jueces.

Por otro lado, la norma penal se expresa como un mandato de aplicación general y obligatoria. Su carácter vinculante y de aplicación general tiene eficacia, en la medida que pueda ser conocida y comprendida por sus destinatarios. Por tanto, su sentido fundamental es el de motivar un comportamiento en los ciudadanos<sup>39</sup>; cumple una función de comunicación. Como tal, la comprensión

de su contenido sólo se puede entender de manera integral y de acuerdo a un contexto. Constituye por tanto una liberalidad sustituirse al destinatario de la norma primaria, asumiendo que esa función comunicativa se satisface con una aplicación parcial de normas; competencia de creación de leyes que no pertenece al juez<sup>40</sup>. Ello no significa que la prohibición de combinar leyes esté vinculada necesariamente a la salvaguarda de la garantía de vigencia de los derechos ciudadanos,<sup>41</sup> pues el exceso de poder del juzgador no tiene por finalidad el desfavorecer al justiciable; en realidad lo que se cuestiona es la inobservancia de la norma secundaria como mandato al propio juez que debe aplicar la norma sin desnaturalizarla.

Esta disociación de la norma resulta aún más disfuncional a los fines preventivos de la pena, toda vez que sólo puede obtenerse un fin útil si se aplica la norma como una unidad. Por ejemplo, si se aplicase una pena accesoria de una norma penal, dejando de aplicar una pena principal de la nueva norma, por entender que es más favorable, no deja de tener una incidencia negativa en la pérdida del efecto preventivo general o especial, perseguido con la nueva sanción<sup>42</sup>. Si a ello se agrega que se aplique de manera combinada el supuesto de hecho más favorable de la anterior norma en desmedro del supuesto correspondiente de la nueva norma, no deja de desnaturalizarse el sentido de la nueva norma –entendida como una unidad– a cuyo supuesto de hecho se le asocia racionalmente una consecuencia jurídica.

No es aceptable, como se invoca en el Acuerdo, señalar que si se autoriza escoger entre dos leyes distintas –íntegramente– en el tiempo, resulte coherente y razonable que puedan combinarse, para buscar un tratamiento más favorable al reo. Esto porque la autorización se vincula a necesidades de merecimiento de pena, de justicia material o de proporcionalidad, pero que adquieren sentido, por la aplicación total de la norma más favorable. Asimismo, la mención que se hace en el Acuerdo Plenario por mayoría al principio de necesidad de la intervención penal sólo puede atenderse si “las variaciones en los preceptos que integran las normas penales y que favorecen al reo” son aplicadas globalmente. Lo único que hace el juzgador al proceder de este modo es recoger la nueva concepción jurídica del legislador, adecuando el nuevo régimen penal a favor del reo. En este caso, si es consecuente con la limitación en el ejercicio del poder punitivo realizada por el legislador.

En este sentido, el combinar aspectos favorables de dos leyes penales implica redefinir las conductas punibles o sus consecuencias; tarea en la que la ley tiene la reserva absoluta. Por ende, si como se sostiene en un Acuerdo Plenario de fecha posterior, la voluntad de los jueces no puede ser equiparada a la

voluntad de ley<sup>43</sup>, cómo puede admitirse que se desnaturalice ‘esta voluntad’ superponiendo dos manifestaciones volitivas de momentos y concepciones diferentes.

#### 4. CONCLUSIÓN

La finalidad perseguida por el Acuerdo Plenario en mayoría, al consagrar el principio de combinación de leyes, es ciertamente saludable. Esta decisión se inscribe dentro de la tendencia a posicionar a la jurisprudencia, dándole sentido concreto a la ley, generando con ello predictibilidad y certeza en las decisiones judiciales.

Sin embargo, esta postura se debilita si no se definen previamente los criterios formales y materiales que debe guiar la toma de decisión, para asegurar su eficacia, su legitimidad secundaria y, sobre todo, su impacto en las demás instancias de la magistratura.

Consideramos que existen sobradas razones dogmáticas y legales para exigir un replanteamiento sobre el tema abordado. Al respecto, creemos que se han presentado argumentos históricos, gramaticales, comparados, lógicos, sistemáticos y teleológicos para asumir que las normas penales se deben aplicar en su totalidad, como una sola estructura, incluso si existe la voluntad de favorecer al reo. Por lo demás, la escasa aplicabilidad del principio combinatorio no tiene la relevancia suficiente como para sacrificar otros principios que son fundamentales para un derecho penal eficaz y respetuoso de las garantías.

---

<sup>1</sup> Villa Stein, J. Derecho Penal. Parte General. 2ª ed. Lima: San Marcos, 2001: 138.

<sup>2</sup> Cfr. Roxin, C. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997: 140 - 141.

<sup>3</sup> Hurtado, J. Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3ª ed. Lima: Grijley, 2005: 150.

<sup>4</sup> Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias- Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116.

<sup>5</sup> Sobre el contenido de estos aspectos cfr.: San Martín, C. La Jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República. El ámbito Penal; en: Precedentes Vinculantes en Materia Penal. Lima: Reforma, 2008: 11-16.

<sup>6</sup> Con el término principio jurisprudencial se alude a lo que impropiamente se denomina “doctrina legal”. Cfr. Paredes, J. La predictibilidad jurídica y el precedente. Lima: San Marcos, 2008: 25.

<sup>7</sup> Sobre el concepto de sentencia normativa: Paredes, J. Ibid: 25.

<sup>8</sup> Aun cuando, el Pleno Jurisdiccional tomó como referencia dos Ejecutorias (Ns. 69-2005 y 110-2005) que aceptaban el principio de combinación, la posición contraria también se expresó en Ejecutorias Supremas anteriores. Cfr. Hurtado, J. Ibid.: 302-305. También: La Determinación de la Ley Penal más favorable en el tiempo. Jurisprudencia penal comentada. En Actualidad Jurídica. Tomo 142. Setiembre, 2005: 108-112.

<sup>9</sup> San Martín, C. Ibid.: 15.

<sup>10</sup> San Martín, C. Ibid.: 15.

<sup>11</sup> Castillo Alva, J. El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional, su alcance y valor en el derecho peruano. En Revista Electrónica Anuario de Derecho Penal. www.unifr.ch. : 37.

- 12 La mayoría de los Acuerdo Plenarios dejan a salvo, en su parte dispositiva, la excepción de apartamiento del art. 22º. Cfr. Precedentes vinculantes en materia penal. Lima. Reforma: 2008.
- 13 Otra sería la situación si se hubiera dicho, por ejemplo: “en caso de conflicto de leyes en el tiempo, debe escogerse lo más favorable al reo, de una u otra ley”.
- 14 Mir Puig, S. Derecho Penal. Parte General. 4ª ed. Barcelona 1996: 26-27.
- 15 Quintero, G Manual de Derecho Penal. Parte General. 2a ed. Navarra: Aranzadi, 2000: 299.
- 16 Hurtado, J. Ibid.: 304.
- 17 Hurtado, J. Ibid.: 301.
- 18 Artículo. 2.2. Código Penal Español: “...en caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo”.
- 19 Exposición de Motivos del Código Penal de 1924.
- 20 El Anteproyecto de octubre de 1984 no preveía norma alguna al respecto.
- 21 Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 19 de agosto de 1985.
- 22 Exposición de Motivos del Código Penal de 1991.
- 23 Párrafo 13 del Acuerdo Plenario. Al margen de lo inaprensible de la noción abstracta de la “voluntad del legislador”, en cuerpos colegiados como el Congreso, resulta dudoso que esta voluntad se haya expresado en la exposición de motivos, que fuera preparada por los especialistas que conformaron la Comisión Revisora.
- 24 Hurtado, J. Ibid.: 198.
- 25 Artículo. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos - CADH y artículo 15.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos - PIDCP.
- 26 “§ 2 Zeitliche Geltung (...): Wird das Gesetz, das bei Beendigung der Tat gilt, vor der Entscheidung geändert, so ist das mildeste Gesetz anzuwenden”.
- 27 “article 112-1: ...les dispositions nouvelles s’appliquent aux infractions commises avant leur vigueur et n’ayant pas donné lieu à une condamnation en force de chose jugée lorsqu’elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ».
- 28 “Artigo 2º: 4. Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente...”.
- 29 La modificatoria se dio como dijimos mediante la Ley de Reforma Constitucional N° 28389, del 17 de diciembre de 2004, aun cuando no modifica el criterio del favor rei, para la aplicación retroactiva de la ley penal.
- 30 Bustos, J. Derecho Penal. Parte General. Obras completas. Tomo I. Lima: ARA, 2004: 600.
- 31 Villa Stein, J. Ibid.: 139.
- 32 Villa Stein, J. Ibid.: 140.
- 33 Caro John considera por el contrario que la analogía es una forma de integración ¿Combinación de leyes penales? En Anuario de Derecho Penal 2005: 343.
- 34 Muñoz, F y García, M. Derecho penal, parte general, 6ª. Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 146. En el mismo sentido: Zaffaroni Eugenio. Manual de Derecho Penal. Buenos Aires: EDIAR, 1987: 179, y Bacigalupo Z., Enrique, Manual de Derecho Penal, Bogota, Temis, 1996: 58.
- 35 Urquiza, J. El principio de combinación en el nuevo Código Penal. En Revista Peruana de Ciencias Penales. Año I – Número I, 1993: 257.
- 36 Roxin, C. Ibid.: 166-167.
- 37 Muñoz, Francisco y García, Mercedes: Ibid.: 141
- 38 Diez, José. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. En Revista de Ciencias Penales N° 15. Lima: IDEMSA, 2004:155.
- 39 Caro, J. ¿Combinación de leyes penales? En Anuario de Derecho Penal 2005: 341.
- 40 Quintero, G. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2ª ed. Navarra: Aranzadi, .2000: 164.
- 41 Caro, J. Ibid.: 335.
- 42 Hassemer y Jakobs refieren por el contrario que “en caso de leyes que contemplan diversas penas, es posible y debido aplicar la nueva pena principal, si es más favorable que la de la ley anterior, y simultáneamente dejar sin aplicación la pena accesoria que acompaña a esa nueva pena principal, pues “debe partirse de que cada reacción penal tiene su propio peso y, especialmente en relación con las penas principales y accesorias, su propia definición de objetivos...”. Citados por Eser, A. En: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 25a Ed. Beck, München, 1997: § 2 num. 34.
- 43 Cfr. Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22, del 16.11.07.

## EL TÍTULO POSESORIO EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE\*

### Resumen

El presente artículo se ocupa de la posesión en el marco del derecho civil peruano y centra su atención en la posesión y el rol del título en el ejercicio de este derecho real.

Se enfoca el derecho real de posesión desde el punto de vista del acto jurídico y el efecto de éste como causa del derecho posesorio, así como el derecho que le reconoce la ley al poseedor de un bien.

Título putativo y justo título, interversión del título de la posesión, la posesión mediata e inmediata, posesión legítima e ilegítima, la posesión precaria, son temas que se tratan en el presente artículo.

**Palabras clave:** Posesión, derecho real, acto jurídico.

### Abstract

The present article is about the possession within the frame of the Peruvian civil right and focuses its attention on the possession and the roll of the title in the exercise of this real right.

The right of posesión is approached from the point of view of the legal act and its effect as a cause of the possessory right, as well as the right that the law recognizes to the possessor of the good.

Putative title and fair title, intervention of the title of the possession, the mediate and immediate possession, legitimate and illegal possession, the precarious posesión constitute subjects that are treated in the present article.

**Keywords:** Possession, real right, legal act.

### Sumario

1. Introducción 2. Idea o concepto de título en la posesión. 3. Título putativo y justo título como títulos posesorios. 4. Interversión del título de la posesión. 5. La posesión mediata, la posesión inmediata y el título posesorio. 6. Posesión ilegítima y el título posesorio. 7. Conclusiones.

---

\* Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro del Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad de Lima y Academia de la Magistratura.



## 1. INTRODUCCIÓN. LA POSESIÓN, SU IMPORTANCIA

Si tienes una manzana para consumirla, o tienes un vehículo –por ejemplo automóvil, bicicleta, etc.- y lo conduces desplazándote de un lugar a otro con fines laborales o de simple esparcimiento; cuando se accede a un inmueble para vivir en él o para instalar un negocio o realizar alguna actividad de tu interés o entregándolo a otro obtienes un provecho; o tienes un par de zapatos y con ellos en tus pies realizas tus cotidianas actividades; y en general cuando tomas cualquier *bien* o “*cosa*” respecto del cual tienes algún interés, y con él satisfaces alguna de tus necesidades –incluidas las más elementales o naturales, extrañas o inverosímiles, las más simples o complejas, las de orden material o espiritual, las de naturaleza científica o esotérica, etc.-, ejerces –de hecho- sobre dicho bien un poder que el sistema jurídico le reconoce al propietario; y sin interesar si eres o no el dueño de tales bienes, tal ejercicio desplegado fácticamente, expresa un derecho real que nuestro sistema jurídico reconoce como “*posesión*”; tal evento, que constituye señorío fáctico sobre bienes –aunque en algunos casos se presente como algo extraño o paradójico- es objeto de protección por el derecho. El ejercicio de éste derecho –posesorio- tiene una clara connotación social y económica, y tiene obvia incidencia en la vida misma de las personas. De ahí la importancia de su estudio y la de su correcta regulación por el derecho.

La posesión, como se puede apreciar, se encuentra presente en la mayoría de actividades que de modo cotidiano realizan las personas en general.

Diversos autores han comentado sobre la importancia de la posesión; así, desde argentina, Ricardo José Papaño y otros<sup>1</sup>, señalan que la posesión es el contenido de los derechos reales, pues en la mayoría de éstos sin ella no sería posible el ejercicio de las facultades que otorgan a sus titulares.

La posesión hace realidad el derecho de propiedad; la propiedad sin posesión es propiedad vacía, sin contenido, es sólo abstracción, es simplemente un “derecho”, no es realidad; tal situación respecto de la posesión resulta perfectamente aplicable a cualquier otro derecho real –sea a los de goce, como a los de realización de valor o de garantía-. Lo particular de la posesión es que también puede presentarse sola, es decir, de modo independiente de cualquier otro derecho real.

En esto corresponde distinguir, como bien lo hace Messineo<sup>2</sup>, entre el derecho a la posesión, que cierta terminología muy antigua la identifica como *ius possidendi*, que se presenta como la potestad de tener la posesión, –pudiendo o no corresponder en acto la posesión efectiva- pero que de todos modos se

funda en un título, del derecho de posesión (*ius possessionis*), considerada en sí misma, en cuanto ejercicio efectivo, independientemente de la circunstancia de que, como base de la posesión, esté un fundamento o título, y que -según indica el citado autor- puede corresponder a quienquiera.

Efectivamente, la posesión puede presentarse como consecuencia del ejercicio de un derecho de propiedad o de otro derecho real o personal o en virtud de un derecho conferido por la ley (*ius possidendi*); o puede aparecer -en su ejercicio- sin más, en sí, es decir sin considerar que exista o sea consecuencia de otros derechos reales (*ius possessionis*). En este último supuesto, como lo refiere Hernández Gil<sup>3</sup>, se evidencia su autonomía; no obstante, se nos presenta como una figura compleja; debido a las diversas ideas que sobre ella se han expuesto en la doctrina<sup>4</sup>, las que, como se sabe, expresan conceptos distintos acerca de la posesión; apareciendo en paralelo -y muchas veces como referencia- una figura muy cercana pero de naturaleza distinta: la tenencia.

Se trata, en realidad, del ejercicio de un poder sobre bienes que para ser considerada como tal, es decir como posesión en el sentido estricto, se requiere de cierta cualidad, la que debe tenerse en cuenta para distinguirla de otras figuras, algunas de las cuales son reconocidas por el derecho. Por ello se debe tener presente que, salvo que la ley regule lo contrario, la posesión debe ser considerada como la potestad o señorío fáctico que, con interés propio, ejerce una persona sobre un bien para su aprovechamiento económico y la satisfacción de sus necesidades; debiendo considerarse poseedor aquel que, aún cuando reconozca en otro la propiedad, en los hechos obra o se conduce como propietario usando o disfrutando el bien<sup>5</sup>.

El concepto antes referido -compatible con nuestro sistema jurídico- permite una rápida diferenciación del que le corresponde a la tenencia. Pues si la persona tiene el bien en su poder pero en interés ajeno, es decir, por encargo o siguiendo instrucciones de otro, estaremos frente a la tenencia. La doctrina la identifica como servidor de la posesión<sup>6</sup>; algunos autores la identifican como tenencia relativa, en razón de que se tiene el bien, no obstante no se posee por la relación de dependencia -o de autoridad y subordinación-, que tiene con determinada persona, que es precisamente el poseedor; es el caso de la relación generada por el arma entregada al soldado, el inmueble entregado al guardián, el negocio entregado al administrador, etc;

Sin embargo existen otros supuestos de tenencia distintos al servidor de la posesión, como es el caso de aquellos que tienen el mero contacto con los bienes o que obran en su poder por razones de naturaleza accidental o pasajera, a los que se les conoce como tenencia absoluta, en razón de que tienen contacto

físico sobre los bienes sin que los haya recibido en virtud de una relación de subordinación con persona alguna; es el caso de los grilletes que tiene el preso, o la butaca que se tiene en el teatro o cine; el campus universitario cuando el alumno camina en él; o la revista que le fue prestada al pasajero por su compañero de viaje para ser leída y devuelta de inmediato; etc.

Siendo que tenedor y poseedor se presentan ante terceros como personas que tienen en su poder bienes, resulta necesaria una idónea regulación de ambas instituciones jurídicas. En la tenencia quien tiene el bien pero no lo posee. En la posesión se tiene el bien en virtud de un título o sin título alguno.

En esta oportunidad centraremos nuestra atención en la posesión y el rol del título en el ejercicio de este derecho real.

Una apreciación rápida de nuestro Código Civil en materia referida al derecho posesorio permite una inmediata, sencilla e importante conclusión: no existe un adecuado e idóneo tratamiento normativo sobre el título en la posesión de bienes; ello pese a la relevante incidencia que este elemento tiene en la calificación sobre la licitud, validez o legitimidad del señorío fáctico sobre bienes o del ejercicio que –de hecho– llevan adelante las personas de los poderes jurídicos que el sistema reconoce al propietario.

## **2. IDEA O CONCEPTO DEL TÍTULO EN LA POSESIÓN.**

### **2.1. TÍTULO POSESORIO COMO ACTO JURÍDICO.**

Diversos autores, nacionales como extranjeros, han señalado que el título, en torno al cual gira la posesión, no es necesariamente un documento, sino el acto jurídico que dio origen a la posesión; con ello se incide, predominantemente, en la autonomía de la voluntad; concentrando la atención en el título posesorio adquirido bajo la forma derivativa, es decir obtenido de otra persona; así, por ejemplo, el profesor sanmarquino Max Arias-Schreiber<sup>7</sup>, al comentar sobre la necesaria existencia del título como uno de los elementos de la posesión ilegítima de buena fe, refiere que éste no es otra cosa que el acto jurídico por el cual se transmite la posesión de un bien, ya sea en propiedad, usufructo, arrendamiento o comodato, entre otros; aún cuando al final establece, de modo genérico, que el título viene a ser la causa generadora del derecho, en estricto su atención se encuentra centrada en la manifestación de la voluntad.

Salvat<sup>8</sup> nos refiere que la palabra título se emplea en derecho para designar, sea al acto jurídico que ha dado nacimiento al derecho, la causa de él, sea el

documento que lo constata y sirve de prueba de su existencia; pero aclara que cuando se refiere a la posesión ilegítima –regulada en el artículo 2355° del Código Civil de su país- la palabra título está empleada en el primero de los dos sentidos indicados, es decir, el que lo considera como acto jurídico, que constituye la causa de su derecho.

En nuestro país, el profesor Jorge Avendaño<sup>9</sup> sigue, en esto, la idea expuesta por el citado jurista argentino –Raymundo Salvat- al precisar que la palabra título –en la posesión ilegítima- está empleada en términos del acto jurídico que ha dado nacimiento al derecho, es decir, la causa de la posesión; el profesor Avendaño insiste en esta calificación al precisar que la posesión será ilegítima cuando falta el título, cuando hay ausencia del acto jurídico que da lugar a la posesión legítima. No obstante, el citado jurista peruano, al igual que Salvat, aclara que puede ocurrir que el título siendo perfectamente válido haya sido otorgado por quien carezca de derecho; es el caso de un contrato de arrendamiento extendido por un no propietario; concluye señalando que a pesar de la existencia de un título válido, el arrendatario sería un poseedor ilegítimo, pues estaría derivando su derecho de una persona carente de facultad para otorgarlo.

## **2.2. TÍTULO COMO CAUSA DEL DERECHO POSESORIO**

Si bien es correcto afirmar que el título de la posesión puede estar referido al acto jurídico que constituye la causa del derecho posesorio, como lo han expuesto los autores antes citados; es también válido afirmar que ello es sólo una de las expresiones que puede tener el título posesorio; debemos entender, como así lo ha hecho nuestra jurisprudencia, que el título que da sustento a la posesión y que la justifica jurídicamente, puede estar referido no a la manifestación de voluntad de determinada persona –acto jurídico-, sino a fuente distinta, como la ley o un hecho o acontecimiento jurídico que de modo válido justifica prima facie – en algunos casos de modo temporal- el ejercicio del derecho posesorio de una persona.

Previamente, es preciso establecer que en la idea que se tiene sobre la posesión de bienes muchas veces se prescinde de la existencia del título; así, como bien lo precisa Messineo<sup>10</sup>, aún sin título, la posesión tiene relevancia para el derecho; pero, agrega algo muy importante, no se excluye tampoco que además del hecho de la posesión, exista un título como fundamento de la posesión misma; en tal caso la posesión es manifestación derivada de otro poder; así, concluye, que la posesión, con título, frente a un eventual juicio petitorio se encuentra en una situación mejor que el poseedor sin título.

Como se puede apreciar, para este autor, el título es la causa que da justificación jurídica a la posesión; no obstante, aclara, que si el título de la posesión deriva del título del derecho subjetivo, no forma un todo único con él, pues si se posee por ser arrendatario o inquilino, el título de la posesión está en el arrendamiento o en el alquiler; cosa distinta es que sea arrendatario o inquilino; pues tal posibilidad puede existir, aún sin que se tenga la posesión, o sea, antes de comenzar a poseer.

En nuestro país Toribio Pacheco<sup>11</sup>, comentando el Código Civil Peruano de 1852, refiriéndose a la posesión –con título o sin título–, señaló con singular precisión que en materia posesoria, se entiende por título un hecho capaz de producir efectos civiles, o la causa de un derecho verdadero o aparente. Aludiendo a la posesión como base de la prescripción, señala que será título el hecho que ha dado origen a la posesión, es decir la causa de ésta.

Esta definición se presenta de manera más amplia y permite un espectro mayor en el estudio y tratamiento del título posesorio, superando el estrecho marco que impone la autonomía de la voluntad –acto jurídico–.

En esta misma línea se enmarca la definición hecha por el jurista Julio Verdugo, en su obra “Del título en la posesión” –citado por el profesor chileno Victorio Pescio<sup>12</sup>–, quien al referirse a las diversas significaciones asignadas por el derecho al vocablo “título”, centrándose a la posesión sostiene que es la causa jurídica de la posesión, esto es, aquel hecho o conjunto de hechos de los cuales se deriva la posesión como una consecuencia jurídica.

### **2.3. TÍTULO POSESORIO CONCEBIDO COMO EL DERECHO QUE LA LEY RECONOCE AL POSEEDOR**

El derecho que la ley reconoce al poseedor, respecto de un bien determinado, puede constituir la causa del derecho a la posesión del citado bien. Así ha quedado establecido en reiterada jurisprudencia nacional, veamos.

Hace unos meses tuve la oportunidad de tener a la vista los actuados judiciales de un proceso de desalojo, en el que consta la *Casación N° 3135-99 - Lima*, de fecha 13 de Junio del año 2000, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República<sup>13</sup>. Se trata de un proceso iniciado por ante el vigésimo Juzgado Civil de Lima donde el demandante pretende la restitución de un inmueble de su propiedad, indicando como fundamento que éste se encuentra ocupado por la demandada con quien no le une vínculo contractual, que no cuenta con título alguno y que por ello tiene la condición de precaria; en autos se acredita que la demandada residía en dicho inmueble con su me-

nor hijo tenido con el demandante fruto de relaciones de convivencia; el Juzgado ampara la demanda –teniendo en cuenta el estado procesal de rebeldía de la demandada- y dispone la restitución del bien; apelada la sentencia la Sala Superior la confirma, con el argumento que el menor hijo de la demandada viene percibiendo del demandante una asignación anticipada de alimentos y que en ella se incluye lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Interpuesto el recurso de casación la Sala Civil Suprema declara fundado dicho recurso, casa la sentencia de vista, y –actuando en sede de instancia- revoca la sentencia del juzgado y reformándola declara infundada la demanda; en dicha ejecutoria se establece que “la posesión ejercida por el hijo menor de edad sobre los bienes de propiedad del padre, nunca va a ser una posesión precaria, pues su **título posesorio es justamente su calidad de hijo**” (resaltado nuestro); agrega el colegiado supremo que “el solo hecho de acudir a los hijos con una pensión alimenticia, no exime al padre de la obligación de proporcionarles vivienda, pues este hecho, debe ser tomado en cuenta a efectos de fijar la pensión, y no tiene efecto alguno en la calidad posesoria del hijo”; finaliza precisando que de obtenerse el desalojo de la madre, que ejerce la tenencia del menor, se estaría obteniendo de forma indirecta el desalojo del hijo, quien no tiene la calidad de precario.

Haciendo abstracción de los asuntos procesales –rebeldía de la demandada, situación procesal del menor, etc.- se pueden extraer del citado pronunciamiento supremo algunas conclusiones en materia sustantiva, referidas al título posesorio y su validez:

- a. El título posesorio que es la causa o fundamento de la posesión es el derecho que la ley reconoce al poseedor. En tal supuesto el *título* no es un acto jurídico.
- b. En el presente caso, la ley impone al padre la obligación de proporcionar habitación o vivienda a sus menores hijos –dentro del concepto de alimentos-; tal derecho del menor es el *título* posesorio respecto del bien, de propiedad del padre, donde reside.
- c. La madre que ejerce la tenencia del menor, cuenta también con *título* posesorio, en la medida que ejerza la tenencia de su menor hijo y resida con él en el mismo inmueble. A diferencia del menor, su *título* posesorio no es el derecho a vivienda –como sucede en el caso del menor- es, en estricto, un derecho distinto, es el que emana de su condición de madre y de la propia tenencia que ejerce respecto del menor, el que a su vez concurre con el derecho del menor de no ser separado de quien le provee los cuidados, en este caso, su progenitora.

Tiene título posesorio justificativo quien construyó edificación en terreno ajeno, en tanto no se decida en sede judicial el destino de la edificación bajo las reglas de la accesión. La *Casación N° 1763 -Lambayeque*<sup>14</sup>, estableció que no tiene la condición de precario –según el artículo 911° del Código Civil, es poseedor precario quien posee un bien sin título alguno- quien es dueño de la edificación construida sobre el terreno de la demandante.

En este caso el título de posesión de la demandada consiste en el derecho que la ley reconoce a quien construye un bien –aún en terreno ajeno- en tanto no se dilucide –en sede judicial- si la construcción se levantó de buena o mala fe.

### **3. TÍTULO PUTATIVO Y JUSTO TÍTULO, COMO TÍTULOS POSESORIOS**

El título putativo y el justo título, adquiridos de buena fe por el poseedor, aún cuando constituyen una variedad de posesión ilegítima, constituyen títulos posesorios que pueden justificar válidamente la posesión de bienes, en tanto, según las circunstancias, no se desvirtúe por completo la buena fe, o en su caso no se declaren –por el órgano jurisdiccional- su invalidez o ineficacia.

Se considera título putativo al título inválido obtenido de buena fe.

Salvat<sup>15</sup>, comentando el artículo 2357° del Código Civil de su país, refiere que en el derecho argentino el título putativo es aquel que solo existe en la creencia del poseedor, y que puede presentarse en dos supuestos: 1) cuando el título falta de modo absoluto; y 2) cuando el título existe pero no se aplica a la cosa poseída; para explicar el primer supuesto, se refiere el caso del legatario que ha entrado en posesión de la cosa legada, ignorando que el testamento había sido revocado; y si después aparece un nuevo testamento donde consta que la cosa ha sido legada a otro, que la reivindica, resulta necesario saber si existía o no buena fe; agrega el jurista argentino que para resolver esta cuestión se debe tener en cuenta si existía o no justo título y la ley resuelve que cuando el título existía solo en apariencia o para emplear la fórmula legal, en la creencia del poseedor, el título es eficaz; con relación al segundo supuesto se expone el caso de una apersona que entra en posesión de los bienes que, según él, son de la herencia, pero que luego toma conocimiento que no era así.

Es necesario, sin embargo, distinguir entre título putativo y justo título.

En principio diremos que el primero de ellos es insuficiente para adquirir bienes por la prescripción ordinaria, así lo reconoce Salvat<sup>16</sup> en el derecho argentino, y el maestro sanmarquino Jorge Eugenio Castañeda<sup>17</sup> en nuestro país; éste último refiere que si bien el título putativo no sirve para la usucapión,



dicho título no transforma al poseedor en poseedor de mala fe, ya que para la posesión de buena fe –aunque ilegítima- solo se requiere título, “aún cuando éste sea rematadamente malo” (sic).

Un caso típico de título putativo, expone el citado jurista nacional, es el que se da si A otorga poder a B para que le compre un inmueble determinado; en efecto, B afirma haberlo comprado y pone en posesión de dicho inmueble a su mandante A; es obvio que la posesión de A no se sustenta en un justo título –sino en un título putativo-, si realmente B no compró el bien y no comunicó de tal hecho a su mandante.

Por otro lado, la posesión puede estar sustentada en el denominado justo título. A diferencia del título putativo, el justo título que es en esencia un acto traslativo de dominio –adquirido de buena fe de quien no es propietario- permite al poseedor adquirir por prescripción corta –u ordinaria- el bien que tiene en su poder. Aún cuando nuestro Código Civil no ha establecido las características que debe tener tal título posesorio, la doctrina, nacional y la que se expone en el derecho comparado, es uniforme al considerar que se trata de un título suficiente para adquirir el dominio del bien que se posee, según los modos o formas prescritos en la ley; así, por ejemplo si una apersona recibe en posesión un bien en virtud de una compra venta, pensando que quien le vendió era el propietario y en realidad no lo era, ni se encontraba autorizado para enajenar el bien; o cuando se posee en virtud a una donación hecha a favor del poseedor, cumpliendo las formalidades establecidas en la ley para tal acto jurídico –por escritura pública si se trata de inmueble-, pero el donante no se encontraba habilitado para efectuar tal transferencia.

El justo título –para el profesor Castañeda<sup>18</sup>- no es el instrumento sino el negocio jurídico que sirve de causa a la transferencia del dominio; sin embargo, como ese negocio jurídico deberá acreditarse, la prueba más sólida es la instrumental. Debe tenerse en cuenta que en este caso quien transfiere no es el propietario, pues, obviamente, si lo fuera la transferencia se hubiera producido y estaríamos frente a la posesión del nuevo propietario, y no se requeriría de la usucapión para adquirir la propiedad del bien.

En el derecho civil español se considera justo título como el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate; Albaladejo<sup>19</sup> refiere que ello significa acto transmisivo, como compraventa, donación, transacción, permuta etc., apto para –en abstracto- haber producido la adquisición del derecho –de propiedad u otro- de que se trate, y que en el caso concreto no la produjo, por cualquier razón externa a él –como por



ejemplo que la cosa que compramos, se nos donó o concedió en transacción no era del vendedor o donante o transigente-.

Históricamente se han identificado diversos títulos posesorios que han pretendido ser considerados como “justo título” para justificar la adquisición de la propiedad por usucapión; así tenemos el título de heredero conocido como título pro haerede; se trata del título posesorio que tendría quien creyéndose heredero accede a la posesión de bienes de la herencia, cuando en realidad no tiene tal condición; o quien siendo heredero accede a la posesión de bienes creyendo que son de la herencia, cuando en realidad no lo son; es evidente, como lo reconocen Albaladejo<sup>20</sup> y Castañeda<sup>21</sup>, que ambos supuestos de títulos pro haerede no son justo título en razón de que no constituyen actos traslativos de dominio y no son suficientes para adquirir los bienes objeto de posesión por prescripción ordinaria –o corta-.

En términos generales, el justo título debe ser trasmisivo o traslativo, no debe ser originario; así por ejemplo no constituye justo título el que se tiene por poseer cosa abandonada, conocida en la doctrina como título pro derelicto. Si el bien abandonado es mueble, se trataría de una res nullius es decir una cosa sin dueño; podrá adquirirse la propiedad por apropiación; si el bien abandonado es inmueble será siempre del Estado.

Tampoco es justo título el título pro legato<sup>22</sup>; se trata del título que tiene quien como legatario recibe un bien que no era propiedad del causante pero que éste estaba usucapiendo en virtud de cualquier título; aquel continuará como sucesor de la usucapión basada en dicho título.

El título putativo y el justo título –adquiridos de buena fe por el poseedor- son títulos posesorios que expresan una variedad de posesión ilegítima de buena fe; no obstante, dejarán de ser títulos justificativos de la posesión en la medida que desaparezca la buena fe; en tal caso, estaremos frente a un poseedor ilegítimo de mala fe y su situación jurídica es la que equivale a la de posesión sin título.

#### **4. INTERVERSIÓN DEL TÍTULO DE LA POSESIÓN**

Una antigua regla de origen romano establecía que: nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión.

Si la posesión que se ejerce deviene en tenencia o la tenencia deviene en posesión, se dice que se ha producido la interversión o mutación del título posesorio. Sin embargo, es necesario precisar que el concepto de posesión y

el de tenencia; variará teniendo en cuenta la teoría posesoria a la que se ha adscrito el sistema jurídico vigente en cada país.

La figura de la interversión del título de posesión es aplicable tanto a los sistemas jurídicos que se adscriben a la teoría subjetiva de la posesión –impulsada por Savigny- como a aquellos que se han adherido a la teoría objetiva de la posesión, sostenida por Ihering y otros juristas; en los primeros se consideran poseedores a aquellos que cuentan con “animus domini”, es decir a quienes tienen el bien sin reconocer en otro la propiedad, y tenedores a aquellos que tienen el bien en “interés ajeno”, es decir reconociendo en otro la propiedad, ubicándose en éste último el arrendatario, el comodatario, el usufructuario, el precario clásico, etc; en los sistemas que se adscriben a la segunda de las citadas teorías –entre los que se ubican el peruano, brasilero y mexicano- se identifica al poseedor a aquel que tiene el bien ejerciendo sobre él un señorío fáctico o un poder de hecho similar a la que se le reconoce al propietario, pero en interés propio, entendido éste como aquel que satisface su propia necesidad, aún cuando se reconozca en otro la propiedad del bien que se tiene en su poder, en este sistema es poseedor el arrendatario, el comodatario, el usufructuario, el precario –tanto el que se conoce en el sentido clásico, como el que se identifica en el artículo 911° del actual Código Civil. Peruano-; identificándose como tenedor a aquel que tiene el bien por encargo o siguiendo instrucciones de otro; se ubican en este grupo, por ejemplo al guardián, al depositario, etc.

Pues bien, en materia de interversión del título posesorio, Pescio<sup>23</sup>, que sigue al sistema savigniano de la posesión, vigente en el derecho civil chileno de Andrés Bello, sostiene que en los dos tipos de interversión –la transformación del poseedor en mero detentador o a la inversa, transformación del mero detentador en poseedor- subsiste inalterable el elemento físico o material de la posesión, es decir la tenencia de la cosa; lo que varía –según refiere- es el elemento psíquico o intelectual; así en transformación de poseedor en tenedor, el bien sigue en poder del que poseía pero a partir de un momento dado la retiene reconociendo en otro el dominio; en el segundo tipo de interversión el mero detentador que tiene la cosa nomine alieno, es decir, reconociendo el dominio ajeno, cambia de disposición de ánimo y, en lo sucesivo la retiene con ánimo de señor: el nomine alieno a sido sustituido por el animus domini.

Ihering, citado por Salvat<sup>24</sup>, refiere que la célebre regla de origen romano –mencionada líneas arriba- no puede considerarse aplicable solamente a los casos de transformación de una tenencia en posesión o viceversa, como parecería denominarlo la palabra Mutare de la máxima romana, sino que debe aplicarse también al hecho mismo del nacimiento de la relación posesoria; así

ella nacerá como simple tenencia o como posesión, según sea la causa que la origina con prescindencia absoluta de la voluntad individual del adquirente, impotente para modificar por sí sola los efectos de aquella.

Castañeda<sup>25</sup>, bajo la vigencia del Código Civil Peruano de 1936 –adscrito a la teoría objetiva de la posesión–, señala que la interversión del título no se produce por el simple cambio en la voluntad del poseedor inmediato, sino por causa que provenga de un tercero o por la contradicción que oponga al derecho del propietario. Diversos tratadistas –entre ellos Butera– agregan que si no se prueba el cambio de la causa o de título se presumirá que continúa la mera tenencia, porque es perpetua e indeleble.

En nuestro sistema jurídico vigente, la interversión del título de la posesión puede presentarse de diferente manera; así por ejemplo: el arrendatario puede mutar su título si adquiere la propiedad del bien que posee; el guardián dejará de ser tenedor o servidor de la posesión si intervierte su título al empezar a pagar renta, convirtiéndose en arrendatario, y como tal en poseedor; si el arrendatario deja de pagar renta por efecto de la conclusión del arrendamiento, su título posesorio muta y se convierte en un poseedor precario –según el artículo 911° del actual Código Civil Peruano–, y como tal, apto para adquirir el bien que posee por prescripción si cumple con los requisitos que prevé el artículo 950° del actual Código Civil. Peruano; si el guardián deja de seguir instrucciones del poseedor y ante el requerimiento de éste, se resiste a la entrega del bien, haciendo uso de él en interés propio y por su cuenta, deja de ser detentador y se convierte en poseedor sin título alguno –precario–; así, también habrá intervención del título si el que posee el bien de su propiedad lo vende y continúa en uso del mismo, pues habrá mutado su título posesorio, al pasar de poseedor como propietario, al de simple poseedor, salvo que se mantenga en posesión del bien con anuencia del comprador, o resistiéndose a la entrega –sin título–, en cualquier caso su status posesorio habría disminuido, etc.

En todos los casos citados en el párrafo precedente, para que se considere producida la interversión del título debe tenerse en cuenta, como lo señala Musto<sup>26</sup>, que no bastan las simples manifestaciones de la voluntad, sino que la actitud debe consistir en hechos exteriores que impliquen una verdadera contradicción a los derechos del propietario, un verdadero alzamiento contra su derecho, o actos de fuerza que impidan al propietario el ejercicio de su derecho.

Diversas legislaciones han regulado, aunque parcialmente la figura materia de comentario; así en el Código Civil Brasileiro se identifica el precepto que establece: “Salvo prueba en contrario, se entiende que la posesión se mantiene con el mismo carácter con que fue adquirida”. Esta presunción sigue la lógica

de la regla romana citada al empezar este punto. En el derecho argentino se conoce el precepto contenido en el Código Civil que establece: “Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión. El que comenzó a poseer por sí y como propietario de la cosa, continúa poseyendo como tal, mientras no se pruebe que ha comenzado a poseer por otro. El que ha empezado a poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no se pruebe lo contrario”.

No existe en nuestro país una regulación idónea sobre esta materia; en realidad no se ha legislado nada relacionado a los alcances jurídicos de la mutación del título posesorio, pese a la gran importancia que reviste esta figura.

#### **4.1. LA TRADITIO BREVI MANU, EL CONSTITUTO POSESORIO Y LOS EFECTOS DEL CAMBIO DEL TÍTULO POSESORIO**

Lo único que existe regulado en el actual Código Civil peruano, con relación al cambio del título posesorio se encuentra ubicado normativamente en los llamados sucedáneos de la tradición, previstos en el artículo 902<sup>27</sup>. Se trata de supuestos donde la relación posesoria cambia, produciéndose una mutación del título de la posesión, cuyo efecto inmediato es el haberse producido o no la tradición o entrega del bien a quien debe recibirlo. Se trata de las figuras de origen romano conocidas como la traditio brevi manu y el constituto posesorio, las que, como es obvio se encuentran vinculadas a los efectos de la interversión –o transformación- del título posesorio.

Comentando acerca de la transformación de la relación posesoria, Valencia Zea<sup>28</sup> señala que no solo es necesario sentar la presunción relativa de continuidad de la posesión inicial; es preciso agregar cómo puede destruirse dicha presunción, es decir en qué casos una posesión se transforma en otra: Refiere –siguiendo la lógica de la teoría subjetiva de la posesión- que el constituto posesorio tiene la virtualidad de transformar una posesión en nombre propio en una posesión en nombre ajeno; y la traditio brevi manu implica la transformación de una posesión en nombre ajeno en una posesión de propietario, como cuando el arrendatario compra la cosa al dueño.

Aplicadas las mismas figuras –de origen romano- a nuestro país, que sigue las reglas de la teoría objetiva de la posesión, tendremos que el supuesto conocido como traditio brevi manu, se presenta cuando, por ejemplo, quien posee un bien en virtud de un arrendamiento –título posesorio de arrendatario- adquiere la propiedad de dicho bien; en este caso el título posesorio muta del de arrendatario al de propietario; como adquirente tiene derecho a que se le entregue el bien, sin embargo se entiende entregado en bien al poseedor

-ahora propietario- por haber cambiado su título posesorio, lo que se logrará reteniendo el bien que ya se encontraba en su poder. Hay también traditio brevi manu, cuando el guardián -tenedor no poseedor- empieza a pagar renta, convirtiéndose por ello en poseedor arrendatario; y teniendo derecho a recibir el bien, se entiende entregado por haber mutado el título posesorio, lo que sucederá reteniendo el bien en su poder.

En el constituto posesorio la mutación del título se presenta en descenso; así por ejemplo si alguien que posee un bien de su propiedad y lo transfiere, y acto seguido celebra con el adquirente un arrendamiento, de tal manera que continúa en uso del bien vendido, sigue siendo poseedor, no obstante el título posesorio se transformó produciéndose una disminución de la calidad del mismo, pues ahora posee el bien ya no como propietario, sino como un simple arrendatario. Por otro lado, es aplicable también a esta figura -constituto posesorio- la tradición originada en la mutación de la relación posesoria que existía entre la persona que poseía el bien como arrendatario y el propietario arrendador, producida cuando aquel deja de pagar la renta y conviene con el propietario en dar el servicio de guardianía del bien que ocupa, recibiendo por tal servicio una contraprestación económica; en este supuesto quien tenía el bien como poseedor, lo tendrá en adelante como detentador; puede, en este caso, objetarse el hecho de que en este supuesto el detentador no tiene título posesorio y que por ello no se habría producido mutación del título sino su desaparición; sin embargo, para los fines materia de este estudio, tal objeción resultaría irrelevante, pues, lo que importa en esta figura es el hecho que el bien continuó en poder de quien era poseedor no requiriéndose actos materiales adicionales para la entrega del mismo; y además tal situación se produjo como consecuencia de una disminución de la calidad del poder que ejercía sobre el bien, que es lo que caracteriza al constituto posesorio.

Las figuras antes referidas se encuadran dentro de los alcances del inciso 1) del artículo 902º del actual Código Civil, referidos a los sucedáneos de la tradición; los ejemplos consignados en los párrafos precedentes son solo una parte de lo que puede suceder en esta materia. A continuación analizaremos otros supuestos.

## **5. LA POSESIÓN MEDIATA, LA POSESIÓN INMEDIATA Y EL TÍTULO POSESORIO**

Nuestro sistema admite la posibilidad de la posesión aún sin el contacto físico con el bien; la doctrina la reconoce como una posesión como derecho o espiritualizada; se trata de un poseedor que no tiene físicamente el bien, pero

que, pese a ello ejerce uno de los atributos de la propiedad; es el caso, por ejemplo del poseedor mediato que entregó el bien a otra persona –poseedor inmediato- en virtud a un título<sup>29</sup>. Hernández Gil<sup>30</sup> refiere que se trata de un fenómeno conocido como la “concurencia horizontal de posesiones”. Intentando una definición, el citado autor refiere que posesión mediata es la que se ostenta o tiene a través de otra posesión, correspondiente a persona distinta con la que el poseedor mediato mantiene una relación, de donde surge la dualidad posesoria.

En el derecho alemán al “poseedor mediato” se le conoce como poseedor superior y al “poseedor inmediato” como mediador posesorio o sub poseedor; Enneccerus<sup>31</sup> precisa que la “posesión mediata” es la que se tiene por mediación de la posesión de otro; entre el “poseedor mediato” y la cosa media aquel que –en contraposición al servidor de la posesión- tiene la posesión misma. Por otro lado, refiere el mencionado jurista la “posesión mediata” es susceptible de varios grados, por ejemplo se considerarán series de la posesión: arrendador, sub arrendador; sub arrendatario; en este caso habrán dos poseedores mediatos y un poseedor inmediato, ello en razón de que –como lo refiere Albaladejo- la posesión mediata siempre es una posesión de derecho, nunca de hecho. La doctrina reconoce una serie mayor de grados.

Es del caso precisar que la relación entre el poseedor mediato y el poseedor inmediato no tiene que ser válida; Arias-Schreiber<sup>32</sup> señala que así ha quedado claramente establecido en la doctrina germánica; efectivamente Enneccerus<sup>33</sup> sostiene que el poseedor mediato es únicamente el que tenga una pretensión válida de entrega. No hace falta –agrega- que dicha pretensión sea incondicional ni que esté exenta de excepciones; ni tampoco necesaria, finalmente, la validez de la relación de arrendamiento, usufructo, porque la ley no presupone que el mediador sea arrendatario, usufructuario, sino sólo que posea como arrendatario o como usufructuario.

Como se sabe, este fenómeno posesorio fue incorporado a nuestro sistema de derechos reales en el Código Civil de 1936; el artículo 825º de dicha norma señaló: “El poseedor temporal, en virtud a un derecho es poseedor inmediato, correspondiendo la posesión mediata a quien le confirió el derecho”. Tal definición de la mediación posesoria se prestaba a confusión, pues podría pensarse que la relación jurídica existente entre ambos poseedores –mediato e inmediato- tendría que ser, necesariamente, arreglada a derecho; es decir una relación válida; cuando la doctrina más autorizada sobre esta materia reconoce que dicha relación podría no ser válida, como se ha indicado líneas arriba; por ello con la entrada en vigencia del actual Código Civil Peruano –vigente

desde 1984- se reemplazó la palabra “derecho” por la de “título”; en realidad no se trata de un problema semántico, sino de una precisión normativa en la cualidad de la posesión.

### **5.1. MEDIACIÓN POSESORIA EN LOS SUCEDÁNEOS DE LA TRADICIÓN**

La concurrencia posesoria tiene presencia también en los sucedáneos de la tradición, prevista en el artículo 902° del actual Código Civil. Así tenemos que en el supuesto previsto en el segundo inciso de dicha norma sustantiva, en el sentido que la tradición se considera realizada si se transfiere el bien que está en poder de un tercero, en cuyo caso, precisa la norma, la transmisión produce efecto, respecto del tercero, sólo desde que le es comunicada por escrito. Se trata de la entrega tácita al tercero que se produce respecto del nuevo dueño o el adquirente; es decir que el bien transferido se entiende entregado al tercero poseedor por el nuevo dueño desde que se le comunica –por escrito- de la transferencia. El tercero sigue siendo poseedor inmediato, pero ahora del nuevo dueño.

Cosa distinta sucede con los que integran la relación jurídica de la transferencia, es decir entre el transferente y el adquirente del bien –ocupado por un tercero-; en este caso se presenta el desplazamiento de la mediación posesoria, de tal manera que el original poseedor mediato traslada su condición al adquirente quien en adelante será el nuevo poseedor mediato, quien adquiere además –con la transferencia- la pretensión de entrega que podrá dirigirla al tercero –mediador posesorio-. Este desplazamiento posesorio espiritualizado produce sus efectos entre las partes –transferente y adquirente-, independientemente de la comunicación al tercero.

Con relación al primer inciso del mencionado artículo 902°, se puede apreciar que su texto tiene una leve pero significativa modificación respecto del que tenía su similar en Código Civil anterior; como se ha indicado el inciso 1) del artículo 845° del Código Civil de 1936, señalaba: “La tradición se considera realizada cuando: 1° para quien está poseyendo el bien por título distinto”; por su parte el inciso 1) del artículo 902° del actual Código Civil Peruano, señala: “la tradición también se considera realizada cuando: 1° cambia el título posesorio de quien está poseyendo”. Si bien la norma anterior entiende realizada la tradición para quien está poseyendo, tal limitación no aparece del nuevo texto normativo, que no precisa respecto de quien se habría producido la entrega, pudiendo entenderse que la mencionada tradición se entiende realizada respecto del que no tiene el bien físicamente, como es el caso del



constitutivo posesorio que se presenta cuando el cambio de título posesorio proporciona el derecho de entrega a quien no tiene el bien físicamente; es el caso, por ejemplo, del que vende el inmueble de su propiedad que al mismo tiempo posee, y que no lo entrega físicamente al comprador o nuevo dueño; en tal caso, en virtud de lo previsto en el inciso 1º del artículo 902º antes citado, se ha producido la entrega o tradición al adquirente, quien habría adquirido la posesión de modo espiritualizado, pasando el nuevo dueño a tener la calidad de poseedor mediato, mientras que el anterior dueño pasa a ser el mediador posesorio; por ello, tiene en este caso el adquirente un derecho de entrega que puede hacerlo valer en la vía restitutoria del desalojo.

## 6. POSESIÓN ILEGÍTIMA Y EL TÍTULO POSESORIO

Nuestra norma sustantiva carece de una regulación que contenga el concepto de la posesión legítima, como sucede en el derecho civil argentino<sup>34</sup>. Sin embargo, tratándose de un tipo de posesión por su origen, es fácil advertir la posesión legítima no es otra –como refiere el profesor Avendaño– que una posesión arreglada a derecho.

Implicítamente nuestro Código Civil identifica en los artículos 900º y 901º a la posesión legítima, al señalar que la posesión se adquiere por la tradición –salvo los casos de adquisición originaria– y luego establece que la tradición es la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece; sin embargo en esta definición no se prevé un elemento importante, pues nada se dice respecto de la persona que entrega el bien; pues, como es obvio para que la posesión sea legítima, debe ser entregada por la persona autorizada para ello, sea por el propietario o por la ley.

Por su parte la posesión será ilegítima cuando no se encuentre arreglada a derecho. El Código Civil no dice nada sobre este tema y se limita a establecer el supuesto de posesión ilegítima de buena fe, calificándola como aquella en la que el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título; según la citada norma, para que exista posesión ilegítima de buena fe se requiere –necesariamente– de la existencia de un título posesorio, y que el poseedor considera válido o legítimo, cuando en realidad no lo es.

No existe en la norma sustantiva definición alguna sobre la posesión ilegítima de mala fe; no obstante se infiere que se trata de la posesión que se ejerce por quien conoce perfectamente de la ilegitimidad o invalidez de su título



posesorio o que es perfectamente conciente que posee el bien sin título alguno, o con un título manifiestamente inválido o inoponible al que cuenta con derecho inscrito. Dentro de este grupo se ubica precisamente al poseedor precario, quien según el artículo 911º de la norma sustantiva civil, es quien ejerce posesión de un bien sin contar con título posesorio alguno, sea por que nunca lo tuvo o porque el que tenía feneció.

## 7. CONCLUSIONES

1. Con relación a la regulación sobre la posesión, debe incluirse en el texto normativo el siguiente texto sobre la posesión:

- a. La posesión es la potestad o señorío fáctico que, con interés propio, ejerce una persona sobre un bien para su aprovechamiento económico y la satisfacción de sus necesidades; aún cuando reconozca en otro la propiedad, el poseedor de un bien es aquel que, en los hechos, se conduce como propietario, usando o disfrutando el bien.
- b. La posesión, cualquiera que ésta fuera, no puede ser privada o perturbada al poseedor por acto de particulares; corresponde al órgano jurisdiccional declarar el derecho posesorio a quien corresponda.
- c. La posesión será legítima cuando se ejerce con arreglo a derecho, en virtud de un título válido.
- d. La posesión será ilegítima cuando se ejerza con título inválido o sin título alguno. Ésta será de buena fe cuando el poseedor, por cualquier causa, cree en la legitimidad de su título. Será de mala fe cuando conozca de la ilegitimidad de su título, carezca de título o éste sea manifiestamente ilegítimo.
- e. La posesión precaria es la que se ejerce con título manifiestamente ilegítimo o inválido, o sin título alguno, sea por que nunca lo tuvo o porque el que tenía feneció.

2. En materia de mutación -interversión- del título posesorio debe incluirse en el texto normativo lo siguiente:

- a. Se presume, salvo prueba en contrario, que la posesión se mantiene con el mismo carácter con el que fue adquirida.

3. Respecto al título posesorio en la posesión ilegítima, se deben considerar

en el texto normativo civil las siguientes propuestas: .

- a. La posesión ilegítima de mala fe, que se ejerce en virtud de un título manifiestamente inválido o ineficaz respecto del propietario, equivale a ausencia de título.
- b. Si se adquiere de buena fe la posesión ilegítima, en virtud de un título posesorio, se pierde.

<sup>1</sup> Papano J, Kiper C, Dillon G y Causse J. Derechos Reales Tomo I.. Buenos Aires: Ediciones Depalma; 1989. Pág. 59.

<sup>2</sup> Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercia". Tomo III. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América; 1954. Pág. 203. El mencionado profesor italiano agrega que el ius possidendi está ligado –y la presupone- a la cualidad de titular del respectivo derecho, de ordinario de propiedad.

<sup>3</sup> Hernandez, A. La función social de la posesión (Ensayo de teorización sociológico -jurídico). Madrid: El libro de Bolsillo Alianza Editorial; 1969. Pág. 8. El autor refiere, respecto de este punto, con acertado criterio, que la "posesión" no es la propiedad, pero que puede estar o no integrada a ella o a algún otro derecho real; agrega que en éste último supuesto la posesión tiene un significado autónomo.

<sup>4</sup> Peña, L. Derecho Civil. Derechos Reales. Buenos Aires: Editora Argentina; 1975. Tomo I. Pág. 187; refiriéndose a la complejidad del tema, este autor argentino señala: "*Doctrinariamente se considera que es opinión casi unánime que desde la crítica que Ihering hizo a la teoría de la posesión de Savigny se ha enseñoreado en la doctrina la más horrible confusión y el más agudo desconcierto, no existiendo sobre los problemas fundamentales soluciones consagradas ni aún admitidas por una razonable mayoría, ya que puede asegurarse sin incurrir en la exageración que, en materia posesoria, no hay una sola idea que exprese o implícitamente no aparezca negada o desvirtuada, a veces hasta por sus más ardientes defensores.*"

<sup>5</sup> Lama, H. La posesión y la posesión precaria. El nuevo concepto del precario y la utilidad de su actual regulación en el derecho civil peruano. Lima: Editorial Jurídica Grijley EIRL.. 2007. Pág. 201.

<sup>6</sup> Enneccerus L, Kipp W. Tratado de Derecho Civil Tercer Tomo *Derecho de cosas*. Volumen I Barcelona: Bosch, Casa Editorial.. 3ra.ed,1971. Pág. 46 y 47. Refieren los citados autores alemanes que el "*servidor de la posesión*" no es poseedor, por ello –señalan- no le corresponde las pretensiones posesoria; contra él no se dirige la pretensión de entrega del propietario; agregan que no le es lícito defender por su propia autoridad su relación con la cosa, contra intervenciones del poseedor; no obstante es del caso precisar que los mencionados juristas refieren que lo que distingue al "*servidor de la posesión*" de los demás no-poseedores es el que a él le es lícito ejercer –según refieren, hasta más allá de los límites del derecho general de legítima defensa- los derechos de autoprotección del poseedor contra ataques de extraños; es decir, le es lícito defender la cosa por la fuerza, tal como le sería lícito al poseedor del mismo.

<sup>7</sup> Arias-Schreiber, M. Exegesis del Código Civil Peruano de 1984. 2da.ed Lima: Gaceta Jurídica Editores; 1998.Pág. 142.

<sup>8</sup> Salvat, R. Derecho Civil argentino (Derechos reales). Tomo I. Buenos Aires: Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez; 1927. Pág. 33 y 34.

<sup>9</sup> Avendaño, J. Derechos Reales. Materiales de enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. 2da. ed –corregida y aumentada. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú; 1990. Pág. 136 y 137..

<sup>10</sup> Messineo, F., *Op. Cit.*, Pág. 204.

<sup>11</sup> Pacheco, T. Tratado de Derecho Civil. 2da.ed. Lima: III. Imprenta de Estado Calle de la Rifa N. 58; 1872. Pág. 71

<sup>12</sup> Pescio, V. Manual de derecho Civil. IV. De la colección "Manuales Jurídicos". N° 44. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.; 1958. Pág. 181. Este autor, del vecino país de Chile, citando a Pothier señala que "*se denomina título de posesión todo contrato o acto a consecuencia del cual una persona ha entrado en posesión de una cosa.*"

<sup>13</sup> Expediente signado con el número autogenerado 1998-48554-0-0100-J-CI-20, que puede ser ubicado en el archivo central de la Corte Superior de Justicia de Lima

<sup>14</sup> Publicada en el diario Oficial "El peruano" el 30 de junio del 2004, en el Boletín de Sentencias de Casación,

---

Pág. 12177

- <sup>15</sup> Salvat, R. *Op cit.* Pág 39. Refiere el autor que en ambos casos para que el título putativo equivalga a un título realmente existente, se requiere que el poseedor tenga razones suficientes para creer en la existencia de él o para extender a la totalidad de la cosa poseída. Se debe tratar de un error verdaderamente excusable, lo que será siempre una cuestión de hecho, librada a la apreciación de los jueces en cada caso especial.
- <sup>16</sup> Salvat, R. *Op cit.* Pág 39-40.
- <sup>17</sup> Castañeda, J. Los Derechos Reales. Tomo I. 4ta. ed. Lima: Talleres Gráficos P.L. Villanueva, 1973. Pág. 367. El profesor Castañeda precisa que son títulos putativos, por ejemplo: Si se concede posesión en base a un testamento que después aparece revocado; cuando erróneamente se señala un lote de urbanización cuando en realidad es otro; cuando se entra en posesión de un bien que no estaba comprendido dentro de la masa hereditaria a la que se tiene derecho a poseer; si el área poseída es mayor que la vendida, no habrá *justo título* en el exceso, sino *título putativo*.
- <sup>18</sup> Castañeda, J. *Op cit.* Pág. 365
- <sup>19</sup> Albaladejo, M. "La usucapión". Colegio de Registradores de la Propiedad y mercantiles de España. Centro de Estudios. Imprime: J. San José, S.A. Madrid. 2004. Pág. 84
- <sup>20</sup> Albaladejo, M. *Op Cit.* Pág. 90
- <sup>21</sup> Castañeda, J. *Op cit.* Pág. 367. para este autor no son *justos títulos* el falsificado, pues no fue otorgado por la persona que se dice; tampoco lo es el otorgado por el falso mandatario; no lo es el título radicalmente nulo; tampoco las sentencias judiciales, pues el juez define los derechos, no los transfiere; refiere que no son justo título los títulos supletorios de dominio pues no son traslativos de propiedad.
- <sup>22</sup> Albaladejo, M. *Op Cit.* Pág. 92
- <sup>23</sup> Pescio, V *Op Cit.* Pág. 519. Este autor reconoce que en su país no existe una regulación que discipline de modo definido y orgánico tan delicada institución. Agrega que los preceptos relativos a la transformación del poseedor en mero detentador apenas si permiten esbozar una doctrina a riesgo de incurrir en una generalización vaga, teorizante y peligrosa; por otro lado, indica que los preceptos concernientes a la transformación del mero detentador en poseedor, constituyen unas cuantas disposiciones legales, desarticuladas entre si, imprecisas y hasta carentes de la coherencia debida..
- <sup>24</sup> Salvat, R. *Op cit.* Pág 18 -19
- <sup>25</sup> Castañeda, J. *Op cit.* Pág. 115
- <sup>26</sup> Musto, N. Derechos Reales. Tomo I. Rubinzal y Culzoni SCC Editores. Pág. 213.
- <sup>27</sup> Artículo 902º del CC -84: La tradición también se considera realizada:  
Cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo.  
Cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero solo desde que es comunicada por escrito.
- <sup>28</sup> Valencia, A. La posesión. Bogotá: Editorial Temis; 1968. Pág. 270-271
- <sup>29</sup> Artículo 905º del CC - 84: Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título.
- <sup>30</sup> Hernandez, A. La posesión. Madrid: Editorial Civitas S.A.; 1980. Pág. 134.
- <sup>31</sup> Enneccerus, L. *Op Cit.* Pág. 55; este autor refiere que en el derecho alemán al que posee sin mediador posesorio se denomina poseedor inmediato
- <sup>32</sup> Arias-Schreiber, M. *Op Cit.* Pág. 140.
- <sup>33</sup> Enneccerus, L. *Op Cit.* Pág. 58
- <sup>34</sup> Artículo 2355 del CC argentino: "La posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituida en conformidad con las disposiciones de éste código. Ilegítima cuando se tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiera de que tenía derecho a poseer la cosa y no para transmitirla". Por ley 17711 se agregó el siguiente párrafo: "Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediante boleto de compra-venta"

# LA COLABORACION EFICAZ COMO ESTRATEGIA POLÍTICA PROCESAL CONTRA EL CRIMEN EN EL PERÚ

WILLIAN F. QUIROZ SALAZAR\*

## Resumen

La colaboración eficaz en nuestro país consiste en aportar información válida de un evento delictivo donde el informante haya intervenido como autor, coautor, partícipe del ilícito.

El artículo 472° del Código Procesal Penal del año 2004 exige que el informante haya declarado voluntariamente sus actividades delictivas, buscando cumplir una doble función, por un lado, la de exigir como requisito que el futuro informante abandone sus actividades ilícitas y por otro, la de rol de prevención general. Finalmente, la colaboración eficaz debe ser vista como una estrategia procesal para enfrentar a la impunidad delictiva y para el descubrimiento de las organizaciones criminales.

**Palabras clave:** Colaboración eficaz, crimen organizado, informante.

## Abstract

The effective collaboration in our country consists in sharing relevant information of a criminal event where the informant has taken part like author, coauthor, contributor on the felony.

The 472° article of the Criminal Procedural Code of 2004 demands that the informant has voluntarily declared his criminal activities, looking for to accomplish double attribution, on one hand, to demand as a requirement that the future informant leaves his illicit activities, and on the other hand, the one of general prevention.

Finally, the effective collaboration must be seen like a procedural strategy to face criminal impunity and for the discovery of the criminal organizations.

**Keywords:** Effective collaboration, criminal organizations, informant.

## Sumario

1. Introducción. 2. La colaboración eficaz en el Perú: análisis crítico. 3. Propuestas.

---

\* Vocal Provisional de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Docente universitario y profesor de la Academia de la Magistratura.

## I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, antes de ir al fondo de lo que pretende este artículo, es pertinente aproximarnos a la estructura conceptual de lo que es colaboración eficaz, derecho penal premial, y crimen organizado, a efecto de tener mayores elementos de estudio que nos permita al final realizar propuestas concretas y reales.

La colaboración eficaz, según la política adoptada por nuestro país, es aportar información válida de un evento delictivo donde el informante haya intervenido como autor, coautor, partícipe del ilícito. Esta información debe contribuir a descubrir la estructura organizacional, su forma de actuar, los planes que tengan o hayan ejecutado y quienes son los integrantes de la organización. Además, en que lugar se encuentran los efectos, ganancias o bienes obtenidos en la actividad delictiva. Tiene también por finalidad capturar a quienes integran la organización criminal y desactivarlos por completo.

La colaboración eficaz no es una institución nueva: nació en la época romana en función de la recompensa, y fue en Italia en donde tuvo un desarrollo legislativo como normatividad de emergencia frente al nacimiento, evolución y crecimiento de las diferentes organizaciones mafiosas. Por su parte, el derecho penal premial agrupa normas de atenuación o remisión total de la pena, orientadas a premiar y fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la actividad criminal o bien de abandono futuro de dichas actividades delictivas y colaboración con las autoridades a cargo de la persecución penal o en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la organización criminal a la que pertenece el imputado.

Estos beneficios penales son adoptados por los diversos ordenamientos jurídicos por cuestión de pragmatismo, en vista que, los Estados han evidenciado que sus órganos de administración de justicia a través del proceso judicial no son capaces de conocer y resolver efectivamente todos los conflictos penales que se suscitan en la sociedad, siendo concientes políticamente de las carencias que afronta su sistema penal.

Estas disposiciones premiales las encontramos a nivel sustantivo (Derecho Penal – Parte General y Especial), adjetivo (Derecho Procesal Penal) e, incluso, en algunas disposiciones del Derecho Penitenciario. El derecho penal premial descansa en la figura del arrepentido<sup>1</sup>. Se exige que el colaborador mire el futuro orientando al cambio de conducta, es decir a un comportamiento "post patratum delictum". El arrepentido reconoce ante la autoridad los hechos

delictivos en la cual ha participado y proporciona información suficiente y eficaz, de un lado, para influir sobre la situación antijurídica producida por el delito en sus consecuencias nocivas o peligrosas, o bien, sobre los eventuales desarrollos sucesivos del delito ya realizado; y de otro, para ayudar a la autoridad a buscar pruebas para una eficaz prevención y adecuada represión del delito. Es sobre este tipo de actitud que el derecho penal premial otorga un premio a comportamientos que pueden definirse genéricamente como de "ayuda" o "colaboración" con la autoridad judicial, fiscal o policial, empero ésta información entregada tiene que ser de naturaleza significativa y debidamente comprobada.

La doctrina nos enseña que en el procedimiento de colaboración eficaz son cinco los elementos que caracterizan al arrepentido: a) revista la calidad del imputado de un delito vinculado a una organización criminal; b) debe entregar información completa no parcial; c) debe tratarse de una información significativa d) esa información tiene una finalidad de identificación de personas o de secuestro de cosas y e) él se favorecerá con una reducción o exención de pena.

En cuanto al concepto de crimen organizado, resulta complicado esbozar una definición conceptual de éste tanto por la heterogeneidad con la que se manifiesta, como por la multitud de sectores sociales y económicos a los que afecta. Sin embargo, su lucha justifica el empleo de medios extraordinarios, tanto del derecho penal como procesal -la colaboración eficaz, el principio de oportunidad, la terminación anticipada, las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, etc.- que quiebran la aplicación de algunos de los principios propios del Estado de Derecho.

La criminalidad utiliza un modelo organizativo, análogo a otros existentes dentro de la estructura social a efecto de cometer la infracción penal e incluso, su escala delictual trasciende ámbitos nacionales. La criminalidad organizada es un fenómeno sociológico que se ha venido incrementando significativamente de manera paralela al propio desarrollo de la sociedad pos-industrial, que genera graves riesgos para la vida social y para el propio Estado de Derecho, y cuyo interés dogmático se extiende a distintos espacios del sistema penal. Por su gran heterogeneidad de grupos criminales organizados, ésta puede clasificarse en: *de naturaleza mafiosa* (incluye a la criminalidad de cuello blanco); *terroristas o subversivos* y *de delincuencia común*. Es cierto que cada uno de estos tipos de criminalidad reúne caracteres distintos, pero todos ellos ofrecen una complejidad organizativa que dificulta enormemente la persecución de los delitos que cometen.

## 2. LA COLABORACION EFICAZ EN EL PERU: ANÁLISIS CRÍTICO

En el Perú retomó su vigencia y notoriedad jurídica la institución procesal de la colaboración eficaz como consecuencia de la difusión e incidencia criminosa de los procesos judiciales por corrupción pública generados en el gobierno del procesado Alberto Fujimori, empero, es pertinente expresar que ésta ya tenía vigencia desde la dación del Decreto Ley N° 25499 y luego, sus modificaciones con las Leyes N° 26220, 26345, 27378, 27765, 28008, y 28950. También regulan su aplicación los Decretos Legislativos 925 y 987. En síntesis, no es novedad en el Código Procesal de 2004 lo que sucede es que anteriormente solo estaba circunscrito su ámbito de aplicación a los delitos de terrorismo en sus diferentes modalidades (Ley N° 25475), hoy es uno de los siete procesos especiales<sup>2</sup>, cuya tramitación es totalmente diferente a la estructura del proceso penal común que prevé el Código Procesal de 2004.

El Código Procesal Penal del año 2004 autoriza al Ministerio Público a celebrar un acuerdo de beneficios y colaboración con una persona imputada, procesada o responsable de un delito, si se verifica que la información que entrega a la Policía o al Fiscal es cierta, comprobable, y tiene consistencia probatoria; al respecto, el artículo 472° del citado cuerpo normativo exige concurrentemente en su inciso segundo que el informante haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas; me parece que en este extremo la ley procesal exagera cuando exige que el informante debe “haber abandonado voluntariamente sus actividades delictivas” esta disposición contiene una construcción lingüística que no permite que se acojan a este beneficio sujetos que hayan cometido sucesivos ilícitos o estén por cometerlos, es decir no podrán ser calificados como beneficiarios para entregar información de un hecho criminal anterior donde intervino como autor o partícipe, si es que no dejaron definitivamente el delito, me pregunto ¿el Código Procesal puede poner límites a un sujeto o reglar la conducta a futuro de un individuo? La respuesta es no; quiero entender que lo que busca dicho precepto es cumplir una doble función, por un lado, exigir como requisito que el futuro informante abandone sus actividades ilícitas y por otro, cumpla el rol de prevención general; sería estratégico<sup>3</sup> que se reconduzca legislativamente dicho requisito “al sujeto que se desista, que haya exteriorizado todas las acciones ejecutivas del ilícito o que permita evitar resultados típicos en el futuro” o en otras palabras “el abandono del hecho o acción criminal en toda su extensión que es materia de imputación penal y pueda ser pasible de colaboración eficaz” porque exigirle haber abandonado definitivamente sus actividades ilícitas, sabemos que eso es irreal, por lo general el delincuente nace, crece en el tiempo con el crimen, muere también con él; estimo que lo que realmente interesa al país y al sistema

penal por estrategia política criminal y procesal es que no haya impunidad, se conozca o desbarate las organizaciones criminales o se encuentren sus efectos o ganancias ilícitas.

Por otro lado, si bien es cierto, esta institución procesal ha ampliado su ámbito de aplicación de su primigenia ley a los delitos de a) asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos, contra la humanidad; b) secuestro agravado, robo agravado, abigeato agravado, así como delitos monetarios y tráfico ilícito de drogas, siempre que en todos estos casos el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva y c) concusión, peculado, corrupción de funcionarios, tributarios, aduaneros, contra la fe pública y contra el orden migratorio, siempre que el delito sea cometido en concierto por una pluralidad de personas; pero también lo es, que ha omitido figuras penales que tienen alta incidencia en la criminalidad ordinaria como violación sexual en agravio de menores de edad, homicidio calificado, pornografía infantil, trata de blancas, tráfico de personas, robo de vehículos a través de bandas criminales, etc.; al respecto, pienso que debe ampliarse en el futuro. Este beneficio debe admitirse para cualquier ilícito, porque hacer distinciones.

Asimismo, no comparto la disposición legal cuando dice que sólo pueden acogerse a la colaboración eficaz aquél sujeto que ha intervenido necesariamente en el delito a descubrirse o delatarse, es decir no le es aplicable este beneficio a aquella persona que no ha intervenido como cómplice ni actúo en calidad de integrante de una organización criminal ni ha sido cometido por pluralidad de sujetos en hecho criminal ajeno; considero que el legislador ha partido de la tesis que solamente pueden ser sujetos o beneficiados del acuerdo por colaboración eficaz aquellas personas que han intervenido en calidad de autores o partícipes del mismo hecho punible a descubrirse o delatarse o a entregar información, pienso que esta posición legislativa es restrictiva por las siguientes razones: a) que pasaría si "x" persona es un delincuente avezado que ha participado en incontables crímenes impunes, pero determinado día es testigo presencial de un delito de violación sexual de una menor de edad o de un homicidio que ha sido ejecutado por una persona no descubierta por nadie, sin embargo "x" lo conoce y sabe dónde domicilia o ubicarlo; pregunto acaso no es razonable y es acorde a nuestra realidad social recibir la información de "x" que no participó en el evento delictivo a cambio que él reciba beneficios por colaboración eficaz (reducción o disminución de la pena a recibir, medidas alternativas a la pena privativa de la libertad, liberación condicional, etc.), de su delito o de los otros sujetos intervinientes.

En esa línea del Código como no es su hecho del colaborador o el ilícito penal ha sido cometido por un solo sujeto activo no es procedente aceptarle que se



acoja a los beneficios de la colaboración eficaz. b) en otra hipótesis porqué no es aplicable los beneficios de la colaboración eficaz al interno sentenciado que cumple condena efectiva o al procesado que no tiene la condición de cabecilla ni líder de la organización criminal, pero conoce y quiere entregar información veraz y significativa de cómo funciona la mafia dentro del establecimiento penitenciario respecto a la corrupción de funcionarios, comercialización de drogas, cobros ilegales, fabricación de alcohol con productos artesanales, prostitución, ingreso de celulares y armas de fuego, etc., a cambio de la disminución de su pena impuesta o liberación condicional, etc. y medidas de protección para él y su familia.

No aceptar o reconocer esta situación fáctica por el legislador dentro del procedimiento de la colaboración eficaz es simplemente dejar que las mafias se enquisten, crezcan, desarrollen, genere y se perciba impunidad. No aceptar lo que realmente sucede en nuestra realidad social jurídica es vivir apartado del problema real y no tener en cuenta la problemática al momento de legislar y ello, tiene una respuesta clara, al momento de legislar o asesorar simplemente aceptan leyes importadas o posiciones doctrinales ajenas a la realidad del Perú, es válido nutrirse de teorías de otras latitudes, pero también lo es, que estas deben responder o adecuarse a los hechos reales del país. c) lo que busca finalmente la colaboración es la lucha eficaz contra el delito en sus diferentes clases de criminalidad, entonces, si ese es su objeto porque no ponerse en todas las probables situaciones que se presentan en la realidad social. La colaboración no solo es una medida de corte político criminal sino también una estrategia procesal para enfrentar a la impunidad delictiva o el descubrimiento de las organizaciones criminales que descansa sus bases en el derecho penal premial, éste no delimita el ámbito de aplicación o a quienes se les debe aplicar, tampoco dice que la información a entregarse por el probable beneficiario debe ser de su propio hecho criminal, lo que le interesa al derecho premial es compensar mediante reglas de atenuación o de remisión de la pena o beneficios a favor del arrepentido, entonces, la manera como se ha legislado es responsabilidad del codificador, no por que lo imponga el derecho penal premial.

Bajo la premisa expuesta para nosotros el desarrollo doctrinal de los alcances de este instituto procesal (la colaboración) en nuestro país debe ser construido mirando lo que sucede internamente en la realidad nacional y no, lo que se importa del exterior u otras realidades jurídicas. d) por otro lado, si la voluntad del Estado apunta a reducir carga procesal o beneficiar con medidas de protección o dar incentivos punitivos o penitenciarios a aquellos sujetos que están dispuestos a reconocer su culpabilidad y delatar a los demás integrantes de la organiza-

ción o entregar información significativa sobre su ubicación o sobre los efectos del delito cometido en la investigación preliminar o en las diversas etapas del proceso penal común en el Código Procesal Penal de 2004 (investigación preparatoria, intermedia o juzgamiento) a fin de descubrir a los autores o partícipes desconocidos o no habidos del delito, etc., creo que no se debe condicionar a que el futuro colaborador haya cometido el crimen en calidad de integrante de una organización criminal o por una pluralidad de sujetos, porque no respondería a una estrategia sostenida y con objetivos reales.

Estimo por el contrario, si la ley procesal reconduce su alcance y permite que no solamente sean sujetos merecedores de la colaboración eficaz personas que no participaron en el hecho punible, pero tienen conocimiento de un hecho criminal y saben quien es el autor o autores, la cuestión sería diferente porque estaríamos coincidiendo con lo que realmente es la esencia de la colaboración eficaz. Por ejemplo, si es aceptada esta propuesta podrían ser calificados como informante o colaborador aquél sujeto que ha sido judicialmente declarado responsable de un delito y merecedor de una sanción penal, por citar otra hipótesis un recluso está condenado a 20 años de pena privativa de la libertad y decide brindar información válida y verificable sobre las redes del crimen organizado en cualquiera de sus figuras penales previstas concusión, peculado, corrupción de funcionarios, tributarios, aduaneros, contra la fe pública y contra el orden migratorio, etc., donde él no ha participado como autor o partícipe, pero que ha logrado tener conocimiento, pregunto ¿si nos ceñimos a lo que quiere la ley procesal sería posible aceptarlo como beneficiario de la colaboración? la respuesta es negativa ¿qué impedimento habría? sólo la disposición legal cuando dispone "...siempre que el delito sea cometido en concierto por una pluralidad de personas..." estoy plenamente convencido que el titular de la acción penal al conocer la información, va explotarla al máximo y esto contribuiría a lograr la eficacia de la colaboración eficaz y a reducir impunidad. e) ¿qué pasaría si un recluso condenado decide contar con lujos y detalles la forma en que actúan los cabecillas o líderes de una organización que se dedican a planificar o negociar desde su celda con los familiares o amigos de un secuestrado a fin de obtener el provecho económico? me pregunto ¿acaso no es posible bonificarle algunos rangos en la disminución de su pena o la aplicación de los beneficios que ha previsto el artículo 474º inciso 2) a una persona rematada a cambio de una información válida y cierta? resulta ilógico no aceptar ser beneficiario de la colaboración y contradictorio con los fines que persigue esta institución procesal.

Por otra parte, para que una persona sea calificada como beneficiario de colaboración eficaz deberá entregar información válida que logre: evitar la eje-

cución y consumación de un delito, o las consecuencias post delito; impedir o neutralizar futuras acciones delictivas; conocer la forma y circunstancias de la consumación del delito o la que se encontrare en grado tentativa; identificar a los autores y partícipes involucrados en la acción criminal, además la estructura piramidal de la organización criminal que permita desarticular o detener a uno o varios de sus miembros; recoger e incautar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes provenientes del acto delincencial; asimismo, averiguar la ubicación o destino de ellos, o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva; se debe reconocer que la ley procesal en cuanto a los requisitos de validez de la información es de avanzada, ya que no solamente quiere conocer sobre el hecho punible, si no además todo aquello que esté estrechamente vinculado autores, cómplices, modus delictivo, ramificaciones, contactos, medios empleados, ubicación de los sujetos responsables, destino de los objetos, etc., sin embargo, su optimización está supeditada a que el órgano o institución que se va encargar de la investigación y verificación de la información trabaje con reserva, calidad, eficacia y celeridad, por citar, si no crean y centralizan una base de datos con todas las variables citadas en la ley no estarán en condiciones en el futuro de poder atender las demandas de colaboradores y brindar en el futuro una proyección sostenida para las políticas criminales en el país. Si la información resultare falsa o no comprobada en las diligencias de verificación de la Policía o del Ministerio Público, éste tiene la facultad de denegar la solicitud al beneficio de colaborador, no siendo impugnabile su decisión.

Debe reconocerse que el Código Procesal de 2004 ha previsto que si en la investigación o proceso penal por colaboración eficaz se presente un concurso de acciones típicas, donde uno de los ilícitos aparezca previsto en el artículo 473º y el otro no, ello no resta ni excluye la posibilidad que en muchas investigaciones se presenten figuras penales que no aparezcan previstas en la ley pero como se trata de un concurso de delitos (ideal o real) si es posible acceder a los beneficios de colaboración. Pienso que al no consignar el Código a algunas otras figuras penales lo hace con la finalidad de solo incluir dentro de la colaboración a los ilícitos que tenga que ver con el crimen organizado, si ese es su razonamiento entonces debe incluir a los delitos que hemos citado líneas arriba porque su perpetración requiere de una organización delictiva.

Entre las características de la colaboración eficaz podemos citar que el Ministerio Público y la Policía son los encargados de verificar y comprobar la información entregada por el colaborador, persigue el aceleramiento y eficacia de la justicia penal, los cargos que no acepte el informante, no formarán parte del acuerdo de beneficios, está restringido a determinados

agentes del delito. No se podrán acoger a ningún beneficio premial los jefes, cabecillas o dirigentes principales de la organización delictiva, el acuerdo de beneficios está sujeto a la aprobación judicial, si es denegado el beneficio (por el Fiscal o Juez) las diversas declaraciones formuladas por el colaborador se tendrán como inexistentes y no podrán ser usados en su contra. Las versiones entregadas por terceros durante la etapa de verificación de la información, así como la prueba documental, los informes o dictámenes periciales y diligencias irreproducibles mantendrán su validez y podrán ser valoradas en otros procesos penales.

Los beneficios premiales después de la verificación de la información están en función del grado de eficacia o importancia de la colaboración, ellos son a) exención de la pena; b) disminución de la pena hasta un medio por debajo del minimum legal; c) suspensión de la ejecución de la pena; d) liberación condicional y e) remisión de la pena para quien la esté cumpliendo. En la disminución de la pena se puede aplicar acumulativamente con la pena condicional (siempre que concurren los requisitos del artículo 57º del Código Penal). Al colaborador se le puede variar el mandato de detención por comparecencia con restricciones (artículo 288º del Código Procesal Penal y 143º del Código adjetivo actual) e incluso, por el de detención domiciliaria. En cuanto al beneficio de la reducción de la pena puede reducirse hasta por un sexto (1/6) el mismo que es adicional y acumulable a la bonificación de la confesión sincera. También podría beneficiarse con la liberación condicional siempre que haya cumplido como mínimo la mitad de la pena impuesta. Si consiste en la disminución de la pena, declarará la responsabilidad penal del colaborador y le impondrá la sanción que corresponda según los términos del acuerdo, sin perjuicio de imponer las obligaciones pertinentes. Si el acuerdo aprobado consiste en la exención o remisión de la pena, así lo declarará, ordenará su inmediata libertad y la anulación de los antecedentes del beneficiado.

Para la aplicación de los beneficios de la exención de pena y remisión de la pena obligatoriamente la información debe permitir: a) evitar la comisión de un delito de especial connotación y de suma gravedad; b) identificar y propiciar la detención de líderes de especial importancia en la organización delictiva; c) descubrir fehacientemente aspectos de las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva y d) descubrir fehacientemente los bienes, efectos y ganancias de notoria importancia de la organización delictiva. Insisto acaso los delitos de violación sexual en agravio de menor de edad no son graves, si, la diferencia está en la naturaleza del delito que muy pocas veces lo cometen una pluralidad de sujetos activos.

Si el fiscal luego de verificar la información entregada por el beneficiario estima que la información entregada es significativa o eficaz elaborará un acta de beneficios con el beneficiario en el que constará: a) el beneficio acordado; b) las obligaciones a las que queda obligado y c) los hechos a los cuales se refiere el beneficio y la confesión en caso se produjere. Y si el fiscal estimara que la información entregada no es veraz, denegará la celebración del acuerdo; en este caso, ordenará se proceda contra el solicitante conforme al resultado de las investigaciones. En ambos casos la decisión del fiscal no es impugnabile. Si el juez considera que el acuerdo no adolece de infracciones legales, no resulta manifiestamente irrazonable, o no es evidente su falta de eficacia, lo aprobará e impondrá las obligaciones que correspondan. La sentencia de conformidad no podrá exceder los términos del Acuerdo.

Si la investigación de la información entregada por el solicitante arroja indicios suficientes de la participación de las personas señaladas, el fiscal procederá a decidir el inicio de la prosecución penal. Si la persona señalada por el colaborador fuera declarado inocente por la justicia es procedente la entrega de su identificación (del colaborador) a efectos que proceda en defensa de sus derechos o fines legales que decida.

Cuando la entrega de información eficaz se refiera a hechos que se encuentren en otras etapas del proceso penal si es antes del juicio oral el fiscal remite el acta de acuerdo de beneficios y colaboración al juez, el mismo que celebrará una audiencia privada especial para aprobar o desaprobarlo. La decisión del juez es apelable. Si la entrega de la información eficaz es después de haberse emitido la sentencia el Juez de la investigación preparatoria convoca a audiencia privada a efectos de aprobar o desaprobar el acuerdo, en caso, lo apruebe podrá conceder remisión de la pena, suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, conversión de pena privativa de la libertad por multa, prestación de servicios o limitación de días libres conforme equivalencias del artículo 52° del Código Penal. En este caso, si el juez rechaza el acuerdo deberá motivar su decisión, el mismo que es apelable.

El beneficiado con la colaboración tiene condiciones, obligaciones y control; la concesión del beneficio está condicionada a que el favorecido no cometa nuevo delito doloso dentro de los 10 años de habersele otorgado. Además el Juez debe imponerle una o varias obligaciones (reglas de conducta artículo 479° Código Procesal Penal). Las obligaciones estarán en función de la naturaleza y modalidades del hecho punible perpetrado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió, la naturaleza del beneficio y la magnitud de la colaboración proporcionada, así como de sus condiciones personales.

Es factible que el beneficiado garantice sus obligaciones mediante caución o fianza, si las posibilidades económicas del colaborador lo permiten. El control de las obligaciones le corresponde al Ministerio Público.

En cuanto al procedimiento de revocatoria de los beneficios de la colaboración eficaz: el fiscal con la investigación efectuada podrá solicitar al juez que otorgó el beneficio premial la revocatoria del mismo. Se corre traslado por el término de 05 días, luego, efectuará la audiencia de revocatoria de beneficios con asistencia obligatoria del fiscal. Si no asiste el beneficiado, continua la audiencia, en ese caso se le designa un abogado de oficio. Escuchará a las partes y luego en un plazo no mayor de 03 días emite la resolución respectiva. Esta resolución es apelable. Si la revocatoria es sobre la exención de pena: se remite los actuados al fiscal para que formule acusación y pida la pena que corresponda. El juez inmediatamente en audiencia pública dictará el auto de enjuiciamiento, corre traslado a las partes por 05 días para que aleguen lo que crean pertinente, formulen pretensiones y ofrezcan las pruebas pertinentes para la sanción y reparación civil, vencido el plazo se lleva a cabo el juzgamiento respectivo. Si la revocatoria se refiere a la disminución de la pena: se remite los actuados al fiscal para que formule la pretensión de condena correspondiente. El juez inmediatamente celebrará audiencia pública con citación de las partes y conocimiento del requerimiento fiscal a fin que en el plazo de 05 días aleguen lo pertinente y ofrezcan las pruebas. Después se lleva a cabo la audiencia con examen, actuación de pruebas y alegatos orales. Si la revocatoria se refiere a remisión de la pena; el juez que dicta la revocatoria del beneficiado debe ordenar que el imputado cumpla el extremo de la pena remitida. Si la revocatoria se refiere a la suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, detención domiciliaria o comparecencia; se registrá en lo pertinente por las normas penales, procesales o de ejecución penal. En todos los casos para proceder a llevarse a cabo la audiencia respectiva la resolución que revoca debe tener la condición de firme y/o ejecutoriada.

Las medidas de protección están dirigidas a favor del colaborador, testigos, peritos y agraviados que brinden colaboración eficaz y exista un peligro grave para la persona, libertad o bienes. Así como para sus ascendientes y descendientes. Las medidas buscan preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo y ellas son: a) protección policial; b) cambio de residencia; c) ocultación de paradero; d) reserva de su identidad en las actuaciones procesales, pudiendo utilizarse un número o clave; e) utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal y f) fijación como domicilios para efecto de las citaciones la sede de la Fiscalía, debiendo notificarse en forma reservada por ella a los

protegidos. Tratándose de funcionarios o servidores públicos y magistrados deberán adoptarse medidas de protección respecto a los derechos laborales.

### 3. PROPUESTAS

1. Que nuestro sistema procesal penal extienda el ámbito de aplicación del colaborador eficaz para toda aquella persona investigada, procesada o sentenciada que conozca información significativa sobre la planificación o ejecución de actividades delictivas que pertenezcan al crimen organizado, sin necesidad que el informante haya participado como autor o participe en los hechos que brindará información. No deben aplicarse los beneficios solo a aquellos que informen de su hecho criminal, sino por el contrario, de cualquier hecho criminal grave que tuvieran un conocimiento veraz y cierto.
2. Que se incorpore como beneficio del colaborador sentenciado a la figura de la reducción de la condena por escalas de un tercio o un sexto o un medio de la pena impuesta a efecto que el Juez que emitió la condena pueda tener mayores elementos valorativos según la naturaleza o magnitud de la información aprobada. Esta propuesta también tiene por objeto ir despoblando progresivamente las cárceles del país.
3. Que el Congreso de la República expida una ley que disponga la vigencia en todo el país no solamente la sección de la colaboración eficaz (artículos 472° al 481°) sino todo el capítulo de los procesos especiales que aparecen en el Código Procesal de 2004 (artículos 446° al 487°) con excepción de la terminación anticipada que está vigente.
4. Que el Ministerio Público inicie una campaña de difusión respecto a las bondades y beneficios que genera acogerse a la colaboración eficaz a efecto de reducir y/o minimizar la impunidad delictiva.
5. Que el Congreso de la República o la autoridad estatal respectiva aprueben el proyecto de reglamento respecto a los procedimientos a seguir respecto a beneficios, colaboración y medidas de protección conforme al Proyecto elaborado por la Comisión de alto nivel del año 2005<sup>4</sup>.
6. Debe crearse una Unidad policial adscrita a la Fiscalía de la Nación a efecto de dar protección a los Beneficiados o Testigos o Peritos o agraviados que brinden información en el procedimiento de colaboración eficaz.



7. Que se construyan ambientes especiales dentro de los establecimientos penitenciarios del país a efecto que sean internados aquellos beneficiados con otro código de identidad o en todo caso, los que utiliza actualmente la Policía deben ser custodiados en forma conjunta con el INPE.
8. Debe ampliarse los delitos que pueden ser objeto de acuerdo por colaboración eficaz conforme a lo expuesto en este artículo.
9. Debe existir un registro único de colaboradores en el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía a fin de centralizar y explotar adecuadamente dicha información en la lucha contra el crimen.

---

<sup>1</sup> Se refiere a aquel sujeto activo cualquiera fuera su rol en la comisión de un delito no descubierto por la justicia. Éste arrepentido se siente perseguido por su conciencia o por la Policía o también asume la postura de colaborar en el esclarecimiento del delito por estrategia procesal. No debe confundirse con la figura del arrepentimiento activo que tiene por objeto evitar el resultado típico de una conducta totalmente desplegada en el mundo externo o con el desistimiento que asume el sujeto con la finalidad de continuar los actos de ejecución criminal.

<sup>2</sup> Los procesos especiales son: 1) el proceso inmediato, 2) el proceso por razón de la función pública (atribuidos a los altos funcionarios públicos, atribuidos a congresistas de la república y a otros altos funcionarios públicos y por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos), 3) el proceso de seguridad, 4) por ejercicio privado de la acción penal, 5) por terminación anticipada, 6) por colaboración eficaz y 7) el proceso por faltas.

<sup>3</sup> Con la finalidad de lograr que más sujetos activos del delito se acojan a la colaboración eficaz; sabemos por experiencia profesional que muchas personas que viven al margen de la ley, han delinquirido, delinquen o probablemente lo sigan haciendo, el delito nunca va a desaparecer, la personalidad delincuencial tampoco lo será de la noche a la mañana. Considero que es estratégico modificar la legislación procesal a favor de la eficacia contra el delito que la mayor cantidad de arrepentidos colaboren, no se les debe limitar a ser postulantes a entregar información de organizaciones criminales, si se les debe obligar a no cometer nuevo delito doloso en el futuro, empero después de haberse aprobado su convenio de beneficios, antes me parece un obstáculo procesal.

<sup>4</sup> Tuvimos el honor de participar en dicha Comisión como representante del Señor ex Presidente del Poder Judicial, en ella se trabajó un Proyecto de Ley y un Proyecto de Reglamento que está en el Congreso de la República y el Ministerio de Justicia para su aprobación. Compartimos esta comisión con el destacado procesalista, hoy Fiscal Supremo Dr. Pablo Sanchez Velarde.





## TUTELA EFECTIVA DEL DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

EDGARDO TORRES LÓPEZ\*

### Resumen

El deterioro progresivo del medio ambiente por acción humana, ha hecho surgir el derecho del medio ambiente, constituido por un conjunto de preceptos que tienen como finalidad el uso adecuado del medio ambiente, evitando la contaminación, destrucción, y desequilibrio; y procurando la armonía entre el interés individual, el interés público y la protección del eco sistema.

El derecho del medio ambiente tiene como objeto la protección de la ecología, la fauna, la flora y el desarrollo equilibrado de la vida humana en un hábitat saludable; asimismo evitar la destrucción progresiva de la naturaleza y la vida.

En el marco de dicha disciplina, el Derecho del Medio Ambiente, proporciona los mecanismos legales para la protección del medio ambiente.

Los Gobiernos Locales, Regionales y Nacionales, de acuerdo a la legislación vigente, son los encargados de dirigir y supervisar el correcto uso del medio ambiente. Para el cumplimiento de sus objetivos, debe formular planes reguladores del medio ambiente.

**Palabras clave:** Derecho del Medio Ambiente.

### Abstract

The progressive damage of the environment caused for the human beings, have created the environmental law, constituted by norms that aims to the correct use of the environment, avoiding the pollution, destruction and the lack of balance; assuring the harmony between the individual and public interest and the protection of the eco system.

The environment law is created to protect the ecology, the jungle, forest and the balanced development of the human life in a healthy habitat; likewise avoid the progressive destruction of the nature and the life.

In that frame, the Environment law gives the legal mechanisms for the protection of the environment.

The government, according to the current legislation is in charge of the direction and supervision of the correct use of the environment. To fulfill the objectives it must formulate a strategy to regulate the environment.

**Keywords:** Environment law.

### Sumario

1. Antecedentes. 2. Tutela Jurisdiccional Efectiva en Materia Ambiental. 3. Rol de los Jueces. 4. Reflexiones Finales.

---

\* Vocal Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

## 1. ANTECEDENTES

El deterioro progresivo del medio ambiente por la acción humana, ha hecho surgir el Derecho del Medio Ambiente como derecho autónomo, con una dimensión sustantiva y procesal. La dimensión procesal está constituida por el Derecho Procesal del Medio Ambiente.

El Derecho Ambiental constituye una disciplina jurídica autónoma que atiende a la protección o la preservación del medio ambiente; haciendo posible o efectivo el ejercicio de un deber de precaución de la vida y la ecología sana.

El Derecho Ambiental es de interés general, de orden público, es decir intangible, y así está establecido en los Tratados Internacionales. Ello significa que no es un derecho de conciliación o de concertación o negociable; es un Derecho indisponible; es un Derecho de Protección.

El Derecho del Medio Ambiente tiene como objeto la protección de la ecología, la fauna, la flora, la biodiversidad y el desarrollo equilibrado de la vida humana en un hábitat saludable; asimismo evitar la destrucción progresiva de la naturaleza y la vida. Dicha disciplina, proporciona los mecanismos legales para la protección del medio ambiente y la naturaleza, contra las acciones destructivas y contaminantes de los seres humanos; y el Derecho Procesal Ambiental, los mecanismos procesales para garantizarlo y hacerlos efectivos.

Los Gobiernos Locales, Regionales, Nacionales, Comunitarios y Globales son los encargados de dirigir y supervisar el correcto uso del medio ambiente; para el cumplimiento de sus objetivos, debe formular planes integrales de prevención y desarrollo.

El Derecho del Medio Ambiente está constituido por todo el conjunto de preceptos que tienen como finalidad el uso adecuado del medio ambiente, evitando la contaminación, destrucción, y desequilibrio; y procurando la armonía del interés individual con el interés público y la protección del eco sistema.

En Europa y Estados Unidos ha evolucionado en forma notable. En América Latina se trata de un derecho en formación; a la fecha no es suficientemente conocido, ni menos aplicado por autoridades y ciudadanos. Es necesario que los Organismos Internacionales y Nacionales en las Universidades, Centros Educativos, Municipios capaciten a todos los ciudadanos en dicha materia.

Una de las características principales del Derecho del Ambiente, es su dimensión científica, porque se sustenta en las ciencias naturales, la biología y la tecnología, lo que lo hace fuerte y eficaz por tales disciplinas. El Derecho del Medio Ambiente tiene su correlato adjetivo, en el Derecho Procesal del Medio Ambiente; que norma los diversos procesos que pueden ser atendidos por los jueces de la especialidad.

En suma el derecho medio ambiental, que contiene doctrina, principios, normas, estudios y tratados, es el instrumento jurídico que sirve para preservar el eco sistema; sin embargo sin buena voluntad, conciencia ambiental y acción creativa, de todas las autoridades y ciudadanos, dicho instrumento no será del todo eficaz ni efectivo.

Es necesario que el Ministerio Público, las organizaciones no gubernamentales, y los ciudadanos, empleen todas las formas de lucha legal, para contribuir a salvar al medio ambiente y a nuestro planeta del calentamiento global, de la polución que degrada el aire, ríos, cordilleras, selvas, mares, sin respetar ningún tipo de frontera.

## **2. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA EN MATERIA AMBIENTAL**

Las vías para garantizar una tutela jurisdiccional efectiva en materia ambiental pueden ser las siguientes:

### **2.1 EL DERECHO PENAL AMBIENTAL**

Es una vía efectiva, para el caso de delitos ecológicos, que vulneren el bien jurídico tutelado de medio ambiente sano, y la prohibición general de no contaminar, ni afectar a la naturaleza en forma irracional.

El Derecho Procesal Penal Ambiental puede garantizar en parte la protección del medio ambiente; en razón que la prevención, no siempre resulta eficaz; y es necesario sancionar conductas lesivas y perjudiciales al bien jurídico tutelado y a la humanidad que se sostiene en la naturaleza.

Si bien es cierto, la prevención constituye el medio ideal para proteger el ambiente; no se debe descuidar las medidas que deben aplicarse una vez producido el hecho dañoso y, por consiguiente una vez comprobada que la prevención no fue suficiente.

El principio de intervención mínima penal, en cuanto a asuntos de medio ambiente, se relativiza por la gravedad del delito; cuando el hecho genera daño ecológico algunas veces irreversible y se ven afectados una área natural,

biodiversidad y número indeterminado de seres humanos, según la previsión del tipo penal establecido; es decir cuando otras vías que ofrece el Derecho no resultan eficaces para prevenir o sancionar la agresión ambiental o no sean acordes con la gravedad del hecho; la vía penal ambiental es idónea.

Se exige que el tipo penal ambiental sea preciso, pero en caso que en apariencia o en realidad no exista la suficiente precisión, ello no debe llevar a la inercia del juzgador, o a la falta de diligencia para aplicar normas directas, ampliatorias o conexas, de derecho ambiental, administrativo, e incluso del derecho internacional; cuando por la naturaleza y gravedad del hecho, tenga un carácter delictivo.

La responsabilidad penal de la persona jurídica, es un tema que debe ser afrontado; en razón que una de las características de la crisis ambiental es que los grandes daños ambientales son causados por grandes corporaciones; por su poder económico tienen capacidad para modificar o destruir una gran cantidad de recursos naturales; contradictoriamente también tienen posibilidad de solventar investigaciones y tecnología, que les permite obtener el máximo provecho económico de los recursos naturales, algunas veces en forma indiscriminada

El derecho penal ambiental puede ser un factor de cambio; pero no solo mediante leyes penales o procesos judiciales; se requiere de un conjunto amplio y diverso de medidas en todo orden; a fin de crear conciencia ambiental y respeto efectivo al medio ambiente.

No es aceptable pensar que las necesidades del Derecho Ambiental se puedan ver satisfechas únicamente con la formulación de normas punitivas, sobre la materia. Es preciso no limitarse a la sanción penal; se requiere algo más; como la creación de nuevas formas de reparación; no solo imposición de las penas, multas e indemnizaciones tradicionales.

A nuevas realidades corresponden nuevas respuestas jurídicas; exigencia no solo de indemnización, sino de restauración, resarcimiento y mejora del área ecológica dañada; todo ello con base en el respeto a la naturaleza y a los seres que favorecen la ecología sana y el equilibrio natural.

## **2.2 EL DERECHO CIVIL**

Uno de los ámbitos principales para la defensa de derechos subjetivos lesionados, es la vía civil, para la pretensión de intereses de tipo patrimonial, es decir pago de indemnizaciones por daños y perjuicios.

Sin embargo el interés que prima en estos casos, no es el económico, sino la defensa del medio ambiente, la salud y la vida humana; la preservación de la naturaleza y la salvación de nuestro planeta.

Por ello, en la vía civil puede exigirse no solo pretensiones indemnizatorias, sino también restitutorias y restauradoras.

### **2.3. EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

La solución de los problemas del medio ambiente, por décadas se ha circunscrito a la esfera del derecho administrativo considerado esencialmente como una rama jurídica con un rol predominante del estado que debe preservar el interés público con la adopción de medidas preventivas, correctivas, represivas y restauradoras para resolver los problemas ecológicos.

La vía del derecho administrativo, puede ser usada para atender reclamaciones de las empresas y particulares en contra del Estado, con temas vinculados al medio ambiente; a fin de que las entidades estatales y funcionarios cumplan su deber de proteger el medio ambiente; no para decir que todos los ciudadanos vivan en un ambiente ecológico equilibrado que sería lo óptimo; sino aspirar por lo menos a que el deterioro del medio ambiente no siga avanzando; y que progresivamente se regeneren los daños ya causados.

### **2.4. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

El derecho al medio ambiente sano y equilibrado, está protegido en la mayoría de constituciones de cada país; por lo general se establece que la vía adecuada, para su defensa es el proceso de amparo constitucional; salvo que existan vías ordinarias igualmente satisfactorias.

Esta regla general debe ser complementada con una regla particular de conexidad, según la cual, en aquellos casos en los que el derecho del medio ambiente resulte amenazado o vulnerado, procede la acción de tutela como mecanismo constitucional de protección urgente. En estos casos, los jueces, al analizar el caso concreto, si existe el sustento jurídico suficiente, deben ordenar la tutela efectiva que se reclama.

El proceso tutelar está orientado por el principio de efectiva protección del derecho fundamental. Este principio explica el carácter flexible, rápido y preferente del derecho constitucional que caracteriza el procedimiento previsto por el legislador para la acción de tutela; con base a fundamentos

constitucionales, el juez debe apreciar los elementos de procedibilidad de la acción, bajo el supuesto de que se trata de un medio de protección urgente y efectiva del derecho.

En este orden de ideas, los defectos en la presentación de las demandas podrán ser subsanados mediante la práctica de pruebas que proporcionen claridad sobre los hechos y las posibles amenazas o violaciones de los derechos fundamentales que allí se presenten.

El principio de la protección efectiva de los derechos fundamentales que inspira el procedimiento de tutela de amparo, entraña la preponderancia del derecho fundamental amenazado o violado sobre los demás aspectos que componen la acción procesal. Cuando la demanda de tutela no plasma con fidelidad la intención latente del peticionario, el juez, en aras del principio de efectividad anotado, puede readecuar la pretensión de aquel y proteger el derecho amenazado o violado si es el caso.

## **2.5. DERECHO COMUNITARIO ANDINO**

Por Decisión 458, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, con fecha 25 de mayo de 1999, acordó adoptar posiciones conjuntas para impulsar en los ámbitos regional e internacional políticas de desarrollo sostenible que atiendan los intereses subregionales y el seguimiento de los compromisos contraídos internacionalmente, especialmente en materia de preservación del medio ambiente y defensa de la biodiversidad.

Desde esa fecha la Comunidad Andina ha organizado múltiples acciones de promoción, capacitación y defensa del medio ambiente. Recientemente en el mes de marzo del presente año, con la participación de jueces, fiscales, abogados y procuradores de los países de la región, en Lima, en la sede de la Secretaría General de la Comunidad Andina, se ha organizado un taller para intercambiar experiencias y buscar consensos en torno a la justicia ambiental en la región andina.

El taller “Acceso a la Justicia Ambiental en los Países de la Región Andina: Construyendo consenso sobre aspectos críticos” fue organizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), con la Secretaría General de la Comunidad Andina (CAN) y de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA).

Allí se analizó las vías de tutela de la justicia ambiental en la Región Andina, destacando la importancia del Tribunal de Justicia Andino para el efecto.

La conclusión que se desprende es que el Derecho Comunitario Andino, es una alternativa real para la defensa del medio ambiente; y las controversias que se susciten en la materia, podrían ser sometidas al Tribunal de Justicia Andino, lo que ocurre actualmente en forma incipiente.

## 2.6. EL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

Los jueces deben estar preparados para afrontar los nuevos conflictos del Siglo XXI, no imaginados por el derecho clásico continental, ni el anglosajón; en este aspecto es urgente, el reconocimiento y desarrollo de nuevos ordenamientos jurídicos, caso del Derecho Ambiental Internacional, con autonomía, objeto de estudio, principios, normas, doctrina y jurisprudencia propia.

Al establecer que la protección del medio ambiente es de interés general, el derecho ambiental internacional, prefiere el interés general de la humanidad, al interés particular de los individuos o de los estados.

Las consecuencias de la violación del derecho al medio ambiente, exceden el ámbito local, regional nacional o internacional; alcanza ámbitos globales. La globalización, exige que todos los estados se pongan a la altura de las circunstancias y se cree con prontitud, decisión y esperanza la Corte Internacional de Justicia del Medio Ambiente.

La mencionada Corte Internacional podría ejercer las siguientes acciones:

- Acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, en materia de Derecho Internacional del Medio Ambiente.
- Absolver consultas y proponer acciones de carácter preventivo en materia de derecho ambiental internacional.
- Actuar como última instancia en los asuntos de conflicto de medio ambiente internacional, que se inicien dentro de los países; según la importancia y gravedad de la materia.
- Solucionar los conflictos sobre interpretación jurídica de los Tratados internacionales sobre medio ambiente.
- La Corte Internacional de Justicia del Medio Ambiente, podría también declarar jurisprudencia de carácter vinculante, en defensa del medio ambiente; que debe ser aplicada por los Poderes Judiciales de todos los países.

La referida Corte Internacional, debe estar conformada por personalidades de reconocida trayectoria en la defensa del medio ambiente, de sólida formación



jurídica y con amplia experiencia judicial; magistrados del más alto nivel de los países.

Actualmente se sabe que la Corte Internacional de Justicia de la Haya, ha constituido una Sala, para atender asuntos del Medio Ambiente. Dicha Sala, puede ser la base, de la futura Corte Internacional de Justicia del Medio Ambiente.

La Corte Internacional de Justicia en materia ambiental, no solo debe ser un foro de justicia para las instituciones gubernamentales, sino para las empresas y ciudadanos en asuntos de derecho internacional del medio ambiente.

### **3. ROL DE LOS JUECES EN MATERIA DE DEFENSA AMBIENTAL**

Los graves problemas sobre contaminación ambiental, continúan, crecen y agravan. En cuestión de cambio climático las Naciones Unidas y los Estados, tienen que tomar medidas drásticas, urgentes, en los diversos ámbitos jurídicos, técnicos y científicos; y los jueces nacionales e internacionales lograr que se cumplan.

No obstante la trascendencia, importancia y urgencia de cautelar y proteger el medio ambiente, respecto al rol de los jueces, algunos consideran que los magistrados no deben comprometerse a defender los derechos ambientales, porque los jueces deben ser árbitros imparciales.

En relación a ello, el principio de imparcialidad en materia de derecho ambiental y en otros derechos indisponibles, no es absoluto; así por ejemplo en asuntos de familia, el juez tiene que dar preferencia al interés superior del niño; o en asuntos laborales, brindar tutela a la parte más débil por el principio tuitivo; en conflictos sobre derecho ambiental debe dar preferencia al interés superior del medio ambiente sano y favorecer la protección urgente de la ecología y la naturaleza, por la sencilla razón que es un tema vital y urgente para todos.

Es necesario conocer el Derecho Fundamental al Medio Ambiente, que defiende el bien jurídico de una ecología sana. Los Derechos Humanos del Medio Ambiente, en diversos tratados reconocidos por los países, y asimilados en las legislaciones nacionales, declaran enfáticamente la prohibición de contaminar, de destruir y efectuar daños ecológicos<sup>1</sup>. Las normas son claras. Es necesario prevenir; si la prevención falla y se contamina se debe sancionar y obligar a una indemnización, restitución y restauración del daño.

El problema que se presenta es ¿cómo saber con precisión cuando la contaminación ambiental es delictiva? Aquí se presenta el problema de la existencia de leyes penales en blanco.

La mayoría de jueces consideran, que se necesita normas específicas para sancionar los delitos de contaminación ambiental; normas que por ejemplo brinden los ratios permitidos y prohibidos de contaminación en cada caso; es decir no basta la existencia de un tipo penal en el Código respectivo; la Ley debe ser reglamentada, sino la norma se convierte en norma penal en blanco.<sup>2</sup>

En este marco debe esclarecerse ¿quiebra o no el principio de legalidad, aplicar las denominadas leyes penales en blanco para defender el medio ambiente?

El principio de legalidad implica el precepto de ley precisa y cierta, es decir, que la ley no debe dar lugar a dudas; cuando no queda claro el valor de la conducta en el precepto penal y además se utiliza una ley penal en blanco, algunos magistrados sostienen que se quiebra el principio de legalidad.

He aquí un interesante problema. Por lo general se considera que debe existir una norma precisa, reglamentaria, que norme caso por caso, cuando se contamina y cuando no. Ello sería ideal; pero si el Poder Legislativo, o Ejecutivo, no brindan los ratios de contaminación para cada caso; ¿el Poder Judicial, tiene que esperar indefinidamente, hasta que el Estado reglamente la norma y en tanto al paso de los años y décadas se sigue destruyendo la ecología, el medio ambiente y en general el planeta?

La opinión que se debe esperar que el legislador nacional complete la ley penal en blanco, genera una inercia perjudicial en la defensa del medio ambiente. Nosotros consideramos que es posible integrar la norma penal-ambiental con legislación directa, conexas y complementaria, caso del Código del Medio Ambiente. Incluso es posible en algunos casos integrar e incorporar normas del Derecho Ambiental Internacional, en ámbitos comunitarios o globales.

El Código Penal no puede prever todos los tipos y ratios de contaminación; para saber cuando la contaminación causa daño ecológico, así como existen certificados forenses de defunción, el daño ecológico puede comprobarse con certificados de las entidades especializadas; informes de peritos ambientales, pericias biológicas, químicas y médicas; y la propia inspección del juez penal, constitucional, civil, o medio ambiental; todo ello sirve de sustento jurídico y evidencia del daño.

Si se contamina por ejemplo un río, con elementos industriales- tóxicos, hasta el punto de destruir la fauna lacustre, la vegetación y envenenar el agua; si dicha contaminación está acreditada con informes técnicos; con pruebas que brindan certeza, además que la contaminación es percibida en forma evidente ¿Es necesario que exista una norma reglamentaria, que especifique cuando el río está contaminado? Definitivamente que no.

En estos casos los jueces tienen que determinar la relación causal del hecho contaminante con el daño producido; probablemente los relaves mineros, los desechos tóxicos industriales de las fábricas afincadas en el lecho del río, etc; y en un debido proceso emitir la sentencia correspondiente.

Otro ejemplo: si el Ministerio Público denuncia contaminación del aire, por emanación de gases tóxicos, humos constantes por parte de fábricas, industrias, vehículos petroleros, y la denuncia va aparejada con informes técnicos, certificaciones y pericias bien sustentadas; el propio sentido común, nos indica que si en el proceso se acredita el hecho ilícito grave y la responsabilidad del agente, el juez debe reprobar y en su caso sancionar.

El derecho procesal ambiental, obliga a la tutela urgente del medio ambiente, por parte de los magistrados. Si la mayoría de jueces tuvieran mayor conciencia ambiental, y conocimiento especializado de la materia, se enviaría un mensaje claro de la obligatoriedad del respecto al ambiente, como un asunto esencial en la vida.

Los jueces son defensores de la vida, y del medio ambiente; en casos debidamente sustentados con evidencia, pueden sancionar en forma drástica y ejemplar a los que contaminan el medio ambiente; como una forma disuasiva, educativa y necesaria.

Si esto se cumpliría el efecto sería positivo, ejemplificador y multiplicador como acción de higiene y limpieza; de cambio de conducta y redención ambiental.

Requerimos de acciones concretas, de medidas legales efectivas, que demuestren que en todos los países del mundo los magistrados con sentencias justas y legales, protegen y hacen respetar los derechos de ecología.<sup>3</sup>

Es urgente sancionar administrativa, civil e incluso penalmente, los daños ambientales, como ocurre en Estados Unidos y Europa; para lo cual es indispensable que los magistrados cumplan su obligación de conocer el conflicto presentado sobre derecho ambiental, dirigir el proceso, y elaborar una sentencia bien fundamentada, - justa,- en tiempo oportuno.

La obra que justifica la labor del magistrado, son sus sentencias. Las sentencias sobre derecho ambiental deben ser pedagógicas, debidamente motivadas en relación a los antecedentes del caso concreto que se juzga; eficaces, oportunas y efectivas.

Debe quedar claro que la contaminación del medio ambiente, cuando afecta gravemente la naturaleza, no es una falta administrativa, o un simple ilícito; es un delito que afecta a todos; y que incluso puede llegar a ser de lesa humanidad; asimismo como lo ha dictaminado recientemente el Estado Vaticano, es un grave pecado social.

Tareas Pendientes:

Los jueces nacionales, comunitarios e internacionales, deben comprometerse firmemente a contribuir a la protección y sustentabilidad ambiental, que es una de las metas del milenio de las Naciones Unidas y una necesidad vital de todos los países y los pueblos del mundo.

Se tiene que asumir un rol clave en la defensa del medio ambiente, como parte de la misión de defender los derechos humanos. Asimismo trabajar en pro de garantizar desde una perspectiva jurídica que ningún ciudadano, ni la humanidad en su conjunto, se vea perjudicado por la degradación medioambiental; por los fenómenos de la deforestación, desertificación, cambio climático, producto del caos generado por la excesiva contaminación ambiental.

La vigencia de los derechos humanos, es fundamental para salvar el planeta; y conforme a un sentido amplio, los derechos no solo corresponden a los seres humanos; sino en cierto modo a toda la naturaleza.

Cada vez se va adquiriendo mayor conciencia sobre la importancia del derecho ambiental, es en cierto modo, se reconoce el derecho de las plantas, de árboles, animales y del hábitat natural a ser protegidos.

El grave deterioro del medio ambiente mundial tiene necesidad de la judicatura como garante y defensora de los derechos del medio ambiente, aplicar y hacer cumplir las leyes internacionales y nacionales de forma creativa, integradora, independiente y sin temores.

La función de los jueces en materia ambiental no se limita exclusivamente a dirigir y resolver procesos judiciales. El rol del magistrado, tiene una trascendencia mayor; por eso en España y en América Latina,<sup>4</sup> existen grupos

de magistrados promotores de derechos humanos y del medio ambiente sano; que impulsan acciones voluntarias de capacitación en temas ambientales, que escriben artículos y realizan acciones sencillas y prácticas como promoción al sembrado de árboles, al ahorro de energía eléctrica; uso de bicicletas, etc.

La tarea de salvar a nuestro planeta, depende en mayor o menor medida de todos los ciudadanos e instituciones. La judicatura, como árbitro de los conflictos con relevancia jurídica, juega un rol clave en promover la aplicación efectiva y el cumplimiento del Derecho del medioambiente, y garantizar el respeto de los Tratados y los principios de buen y racional gobierno.

En materia de defensa de derecho ambiental, se requiere jueces pro activos: La razón es simple: Está en juego la vida del planeta, de la naturaleza y de los propios seres humanos.

El medio ambiente sano y equilibrado es un bien colectivo, indisponible; en algunos casos no renovable; consiguientemente es racional, justo y necesario que exista una intervención decisiva y una actividad fuerte de los jueces.

Ese activismo no se funda en razones ideológicas, ni en modas ni caprichos; responde a causas que por su propia naturaleza, por los efectos que producen, por la expansividad del daño ecológico y por el número de personas comprometidas, reclaman e imponen una conducta singular del juez, que preservando los atributos de independencia, imparcialidad e integridad, incorpore la variable medio ambiental, como un elemento vital, e incluso de sentido común en el ejercicio de su magistratura.

Los jueces tienen un rol importante en la defensa del medio ambiente; para potenciar dicho aporte, sería recomendable que las autoridades nacionales e internacionales, colaboren en la creación de juzgados especializados en materia medio ambiental, con conocimientos suficientes de la materia, bien capacitados y con los recursos humanos y logísticos, para el ejercicio de su especialidad.

Los jueces de los diversos países, podrían unirse y progresivamente integrarse; intercambiar experiencias en la solución de graves conflictos, que plantea el Derecho Procesal Medio Ambiental, desde una perspectiva jurídica; caso de graves problemas con relevancia jurídica como la deforestación o desertificación; contaminación de la tierra, del agua y del aire; destrucción de la capa de ozono; reducción de los recursos hídricos; que hoy día se producen como efecto directo del calentamiento global del planeta.

En este sentido, es importante las iniciativas asociacionistas de los jueces, caso de la Red Judicial Latinoamericana, Redlaj, Magistratura Virtual, Asociación Jueces para la Democracia, Asociación Francisco de Vitoria y otras.

Para respetar los derechos humanos, se debe enseñar y aprender a respetar derechos de la naturaleza. Tenemos que aprender a estimarnos y a estimar la vida natural. Y este aprendizaje se realiza desde niños, en la familia, en la escuela y la sociedad. Todos debemos ser responsables, en el cuidado del medio ambiente; principalmente las autoridades y funcionarios del Estado, los organismos especializados en la materia, el Ministerio de Salud, municipalidades, jueces, fiscales, policía, empresarios y ciudadanía en general.

La labor de defensa del medio ambiente, se inicia a partir del Presidente de las Naciones Unidas, los Presidentes de cada país, las Cortes Supremas de las Repúblicas, de todos los magistrados, hasta llegar a todos los ciudadanos.

Es necesario avanzar en la tarea de protección ambiental, previniendo educando, motivado, corrigiendo. La policía ecológica, y forestal nacional e internacional, tienen que ser una verdadera policía de defensa del medio ambiente; asimismo se debería crear las Defensorías Municipales de Ecología en todas las Municipalidades, Regiones, Defensorías del Pueblo y Ministerio Público; además todos tenemos que colaborar sembrando árboles, cuidando la vegetación, evitando contaminar el ambiente, arreglando los vehículos, para que no emanen gases tóxicos: La tierra es nuestro hogar: Quien en un sano juicio contaminaría su hogar, o dejaría que otros lo hagan?

#### **4. REFLEXIONES FINALES**

La comunidad jurídica, ha precisado con elocuencia, que todos los ciudadanos, viajamos en la misma nave espacial, que es la tierra; los habitantes de nuestro planeta tenemos que comprender y actuar como promotores y defensores del medio ambiente. No existe otra alternativa. O salvar la tierra de los efectos del calentamiento global o morir.

Asimismo es necesario generar conciencia ambiental y hacer ver a toda la ciudadanía su responsabilidad en este grave problema; motivar acciones positivas en todos los pueblos y ciudades del mundo, en defensa del medio ambiente que todos podemos realizar.

En materia judicial, por el momento una acción urgente es la formación y capacitación de jueces especialistas en derecho ambiental.

Respetar los derechos del medio ambiente, es un signo de inteligencia, estima y justicia. Si las personas, aprendiésemos a convivir en armonía con la naturaleza, habría armonía en la sociedad; el hombre debe ser amigo de la naturaleza.

Actualmente se advierte casos clamorosos de injusticia en materia ambiental. Con ello no nos referimos únicamente a los defectos de la justicia formal o estatal. Nos referimos a la justicia, como conducta de vida, como virtud esencial, que debemos practicar todos los ciudadanos.

Los países que más han avanzado en defensa del medio ambiente, son los que han logrado el desarrollo de la justicia ambiental. Allí se aprecia la diferencia de las sociedades que han progresado; las que cumplen las leyes, las que evitan la contaminación y si se produce, es sancionada drásticamente.

Los Estados están obligados a impedir que se realicen actos que ocasionen contaminación grave al medio ambiente, sin embargo, por lo general promueven la acción de grandes corporaciones que contaminan el medio ambiente; generando una serie de impactos negativos.

Todos los seres humanos compartimos un destino ineludible; vivimos en el mismo planeta y dependemos de los mismos recursos naturales para nuestra supervivencia. No obstante de ello, metafóricamente hablando vivimos en tres mundos económicos, sociales y culturales; pero en realidad todos somos de un solo mundo, el planeta tierra. Por eso es necesario que todos nos unamos para salvar nuestro hogar, respetando y teniendo gratitud a la naturaleza; y en memoria del legado de nuestros antepasados, nosotros mismos y las generaciones venideras.

Los daños ambientales pueden ser evitados; la mejor manera de proteger la naturaleza es previniendo que sea dañada. Es más valioso prevenir, anticipar, que resarcir; sin embargo, cuando no se ha prevenido, o habiendo prevenido se produce la contaminación, destrucción de un área natural y daño ecológico, el derecho puede actuar y en esto el rol de los jueces es de vital importancia. Exige vocación, conciencia ambiental, integridad, decisión, y conocimiento especializado de la ley.

En fin señores juristas especialistas en derecho ambiental, existe muchísimo que hacer en materia de protección de la ecología, agua, aire, flora, fauna y tierra.

- 
- <sup>1</sup> La ONU es pionera en la codificación y desarrollo jurídico para la protección del medio ambiente. El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente administra muchos de esos tratados, entre los que mencionamos a continuación: Algunas convenios internacionales relevantes son:
- Convención internacional de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África (1994)
  - Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (1992)
- <sup>2</sup> La ley penal en blanco, se refiere a que los casos de prohibición o el mandato de acción está en normas distintas de la ley penal. Esto último es compatible con el Derecho, si existe una concreción del hecho delictivo en otra disposición, de manera que quede asegurada la función de garantía de la norma. La justificación de ello evitar que la norma penal se estanque, en una realidad que es cambiante. Esto deja en evidencia que en el Código Penal no se puede recoger toda la normativa de los delitos ecológicos, sino que esta aparece en los Códigos del Medio Ambiente, las leyes y Decretos del Gobierno Nacional, u Ordenanzas de los Gobiernos Regionales o Locales, que establecen la cantidad máxima de residuos que se puede verter en cierto río, o el nivel máximo de contaminación acústica en determinada población; o las cantidades y contenidos de la polución en el aire, permitidos y prohibidos.
- <sup>3</sup> Las acciones de defensa del medio ambiente, tienen que efectuarse en diversos ámbitos: Político, legislativo, administrativo, económico, social, educativo, municipal, policial y también de ser el caso en el ámbito penal, protegiendo los bienes jurídicos de vida, salud y ecología. En la Asociación Pro Naciones Unidas de Perú, con el Instituto Áreas Verdes, el año 1995 promovimos una campaña por la protección del medio ambiente. Se redactó un documento, denominado: Carta Ecológica de Arequipa hacia el mundo. La carta declara lo siguiente.
- Los ciudadanos de Arequipa, Perú, preocupados por la grave contaminación del medio ambiente que se cierne como un flagelo contra la salud, la vida de los seres humanos, en nuestra región y el planeta, nos comprometemos a:
1. Promover permanentemente el respeto del ambiente ecológico, luchando contra la contaminación, los ruidos excesivos, el deterioro, la naturaleza y todas las formas de vulneración a los derechos del medio ambiente.
  2. Evitar la contaminación de los ríos, el mar y el medio ambiente natural.
  3. No incinerar desechos.
  4. Colocar filtros en las chimeneas y en los vehículos, a fin de contrarrestar la contaminación.
  5. Proteger el medio ambiente, promoviendo el desarrollo de la vegetación y una cultura de vida.
  6. Contribuir con las autoridades ambientales, en la defensa del medio ambiente.
  7. Evitar el uso del tabaco y otros contaminantes, que causan daño a nuestra salud y a nuestros hijos y conciudadanos.
  8. Evitar el uso de bolsas de plástico, pilas usadas y otros agentes químicos, materiales no reciclables y por tanto contaminantes. Procurar usar materiales de algodón.
- Se firma el presente compromiso en la ciudad de Arequipa a los 19 días del mes de mayo de 1995 y se invita a todos los ciudadanos del Perú y del mundo a que participen en ésta campaña para salvar la vida y el medio ambiente.
- <sup>4</sup> En Lima-Perú, en el año de 2005, se fundó la Red de Promotores de Derechos Humanos, en la que algunos magistrados participan activamente. Ver. [www.proderhum.tk](http://www.proderhum.tk)





## ¿ES EL JUEZ REALMENTE UN POETA?

Algunas palabras en voz alta sobre la reciente antología  
"Jueces en la Literatura Chilena" de Aristóteles España

JAIME FRANCISCO COAGUILA VALDIVIA\*

### Resumen

A partir de la antología "Jueces en la Literatura Chilena" (2006) del escritor Aristóteles España se plantea la pregunta de si es posible la construcción de un modelo de "juez literario" dentro del contexto latinoamericano, para a continuación examinar la imaginación legal y narrativas personales presentes en la literatura escrita por jueces chilenos, haciendo un paralelo con el magistrado y poeta peruano Enrique López Albújar y concluir con la propuesta de una poética judicial basada en la alteridad.

**Palabras Clave:** Juez Literario - Jueces Poetas - Poetas Jueces - Justicia de la Alteridad - Imaginación Legal - Poética Judicial.

### Abstract

Since the anthology "Judges in the Chilean Literature" (2006) by the writer Aristóteles España could be ask if is possible the model's construction of a "literary judge" in the Latinoamerican's context. Afterwards examines the legal imagination and personal narratives in the literature of the Chilean's judges, making a comparison with the judge and poet peruvian Enrique López Albújar. Finally finishes with a proposal of a poetic justice based in the alterity.

**Key Words:** Literary Judge - Poet Judge - Judge Poet - Justice of Alterity - Legal Imagination - Poetic Justice.

### Sumario

1. Introducción. 2. Poetas Jueces o Jueces Poetas. 3. La Imaginación Legal de los Jueces Chilenos. 4. La Memoria Poética de un Juez Peruano. 5. Más Justicia más poesía.

---

\* Juez Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Profesor de la Universidad Católica Santa María de Arequipa.

## 1. INTRODUCCIÓN

La judicatura nunca ha estado desligada de la literatura. Así parece revelarlo la novedosa antología de "Jueces en la Literatura Chilena" (2006) del escritor Aristóteles España y auspiciada por la Asociación Nacional de Magistrados de Chile. El presente ensayo pretende reflexionar un poco acerca de la posibilidad de construir un modelo de "juez literario" en base a criterios de empatía y razonabilidad en el panorama de la justicia latinoamericana, asimismo se dedica a examinar la imaginación legal de los jueces chilenos a propósito de la presente antología que denota mucho de sus narrativas personales y del contexto social que los rodea. De igual forma se realiza algunos apuntes sobre el poeta y magistrado peruano Enrique López Albújar, de quien se puede decir que muchas veces estuvo del lado de una justicia más poética que positivista; para concluir finalmente con una invocación a partir de la Literatura como correlato indispensable de una "justicia de la alteridad".

Aquí pues comienza esta tentativa de poética judicial elaborada por jueces y poetas que desde la Literatura terminan humanizando el Derecho.

## 2. POETAS JUECES O JUECES POETAS

James Boyd White en su famoso libro "Legal Imagination" (1985) escribió que el arte del abogado es principalmente un trabajo literario, porque implica un gran dominio del lenguaje y entraña aplicar el poder de la imaginación con el corazón de un escritor<sup>1</sup>. Esta visión no hace sino recordar en qué medida la imaginación legal reconstruye el mundo y recrea narrativamente la vida en una especie de "legal stories" que se proyectan desde el pasado hacia el futuro, en una suerte de tramas interconectadas por la sensibilidad artística de los juristas.

Entonces no es ingenuo encontrar similitudes entre el arte poético y la aplicación de la regla del derecho, ni tampoco entre los jueces y los poetas; ya que ambos comunican un mensaje, una historia, la vida de un personaje enfrascado en medio de un proceso judicial o las tribulaciones de un joven enamorado. La vida de los jueces también se encuentra imbuida de una narrativa personal, una poesía interna que delinea su forma de ver la justicia, a la par que una narrativa social que engarza a los protagonistas dentro de un sistema legal globalizado y donde el poder está diseminado entre múltiples funcionarios y diversos actos simbólicos.

En este punto la poesía otorga al juez una visión equilibrada de las cosas, entre el fondo y la forma, entre los hechos y el derecho, algo así como si la

justicia mediara a través de la razón y las emociones, y de pronto los jueces se convirtieran en poetas y a su vez los poetas aparecieran reencarnados en jueces dentro de un camino de doble vía, que representa muy bien las relaciones recíprocas e indesligables del Derecho y la Literatura, o a la inversa de la Literatura y el Derecho.

Este modelo de juez ha sido propuesto por la filósofa norteamericana Martha Nussbaum, quien considera al “juez literario” como un igualador, porque pretende adoptar un rumbo tendiente a mitigar las persistentes desigualdades y brindar a todos un mínimo decoroso, además de otorgar la capacidad de imaginar vívidamente el dolor de otra persona para aprender sobre la realidad humana y adquirir una motivación para modificarla. Este juez de la alteridad busca la neutralidad aunque desde la posición de un espectador juicioso dotado de valores, y con buenas razones para evitar el distanciamiento escéptico y en su lugar preferir un razonamiento práctico basado en evaluaciones humanistas<sup>2</sup>.

Así las emociones no son impulsos afectivos sin sentido, sino respuestas inteligentes que están en sintonía con los acontecimientos como los valores y las metas importantes para las personas<sup>3</sup>, según esta filósofa el juez debe tener la capacidad de ver la vida de la gente como si fuera un novelista<sup>4</sup>, sin caer en el sentimentalismo ni el excesivo rigor analítico propio de las ciencias formales. El juez emocionalmente inteligente tendrá el poder de articular en medio de las versiones de las partes una reconstrucción histórica e imaginativamente posible, fiel a un criterio razonable de plausibilidad y con un profundo contenido empático.

Esta perspectiva de la imaginación legal ha sido esbozada incluso por los grandes autores clásicos como el jurista italiano Francesco Carnelutti, quien en alguna oportunidad escribió que el arte como el derecho sirve para ordenar el mundo, porque tiende un puente desde el pasado hacia el futuro, y así como el secreto de la pintura consiste en adivinar, en el caso del juez también ocurre lo mismo, cuando escruta la verdad en el rostro del acusado para escoger luego el destino que la sociedad le tiene reservado<sup>5</sup>.

Es por ello que se puede decir que las historias del derecho son también las historias de la literatura y las historias de los jueces son a su vez las historias de la justicia, y que si bien es defendible que la justicia puede comenzar por una corazonada, a su vez luego corresponde acompañarla con el análisis crítico de la razón<sup>6</sup>, algo de lo cual se puede hablar en voz alta y dejando de lado el ritmo de la balada<sup>7</sup> para reemplazarlo por un discurso coloquial que podría ser tal vez la poética de la justicia.

### 3. LA IMAGINACIÓN LEGAL DE LOS JUECES CHILENOS

Una contribución notable a esta poética es definitivamente la antología "Jueces en la Literatura Chilena" (2006) publicada por la Asociación de Magistrados de Chile y cuya selección e investigación estuvo a cargo del escritor chileno Aristóteles España.

En el prólogo, el propio antologador ha apuntado que las reflexiones de la magistratura chilena sobre su propio andamiaje constituyen un testimonio de su forma de entender el país y en general la vida, de esta manera se aprecian mejor aquellos molinos de viento imaginados por los jueces chilenos para olvidar la tarea cotidiana, y para enfrentar su doble condición de ser actores y cómplices de todo lo bueno y lo malo del proceso de creación literaria<sup>8</sup>.

Uno de los aspectos que más sorprende de esta inusual antología resulta la capacidad de reflexión de la judicatura chilena acerca de su propio papel dentro del andamiaje judicial, esta óptica a veces crítica de rol formal del juez al interior del proceso (narrativa social) se contrapone a su drama como ser humano (narrativa personal).

Las historias de los jueces antologados muchas veces tienden a revelar el cruel sacrificio de las emociones a cambio de la seguridad formal otorgada por el sistema legal, así en uno de los cuentos de Héctor Carreño Latorre intitulado "Vista Vendada" se cuenta la historia de un amor en medio de los tribunales, donde un minero se enamora de una secretaria de juzgado encargada luego como juez subrogante de decidir su propio proceso. Aquí el protagonista describe a los jueces como seres tranquilos e imperturbables encumbrados en su pedestal de seguridad y serenidad, pero que se ponen nerviosos cuando se trata de sus asuntos personales<sup>9</sup>, esta dicotomía entre la vida pública y privada del juez se aviene en uno de los grandes dramas de la judicatura; porque los sistemas de administración de justicia patrocinan jueces sin emociones, asépticos y con una vida privada minimalista.

El juez debe mantener una imagen pública al precio de su propia vida privada, el propio protagonista denuncia este desbalance entre una personalidad disminuida y la necesidad de conseguir un cargo de autoridad, para lograr cumplir su voluntad y emitir órdenes<sup>10</sup>, en una clara demostración del divorcio entre lo público y lo privado.

Otro de los cuentos antologados reflexionan sobre la misión del juez y el carácter falible que pueden tener cada una de sus decisiones, en este punto es interesante advertir el carácter autocrítico de las palabras consignadas por

el protagonista en "Un Alce en la Universidad" de Rolando Río Moncada, cuando reconoce que: "Los jueces muchas veces nos equivocamos; juzgamos, sin querer, por las apariencias, nos dejamos influir por los poderosos, porque creemos que son más instruidos", para luego acotar que solamente se logrará la libertad de espíritu cuando los jueces se coloquen en el lugar del doliente, del que sufre, en el puesto del hombre al cual se juzga<sup>11</sup>. Esta suerte de compromiso social también aparece en la "Confesión" de Raúl Mera Muñoz, donde otro juez se lamenta de haber condenado a un inocente e incluso llega a considerar a los condenados por la justicia como meras víctimas de determinadas concepciones policiales y leyes inadecuadas dentro de una sociedad de desterrados de la vida<sup>12</sup>.

La experiencia de la dictadura también recorre la antología cuando Juan Guzmán Tapia rememora en el cuento "Juez en tiempos de Pinochet" el sistemático proceso de postergación en los ascensos del buen magistrado, por el sólo hecho de ser calificado como un "juez humanista", y cuyo pecado es ser conciente de que la pobreza y el hambre son las mayores circunstancias atenuantes<sup>13</sup>; además este cuento diagrama con exactitud la forma en que los jueces paulatinamente comenzaron a tomar conciencia de los actos clamorosos de denegación de justicia durante la dictadura<sup>14</sup>. Esta reflexión es vital, por cuanto todos los antologados han ejercido activamente la carrera judicial y generacionalmente han presenciado el advenimiento del autoritarismo y sus consecuencias nefastas al interior de la sociedad chilena.

Este apretado resumen de algunos de los textos antologados, que invita a la lectura total del libro, tiene como objetivo plantear que la imaginación legal puede brindar un valioso aporte a la administración de justicia, y puede permitir develar el verdadero "Valor de la Jurisprudencia", como bien lo ha citado otra de los autores Alba Llanos Mellusa que en un emblemático poema, señala que: "La naturaleza humana/ nos dota de pensamientos/ y también de sentimientos/ que del corazón emanan/ y en todo ese panorama/ se espera que la sapiencia/ ilumine la conciencia/ de los ilustres juristas/ transformándose en artistas en esencia y apariencia". El arte no está únicamente en las palabras sino en que esas palabras sean esencialmente también justas.

#### **4. LA MEMORIA POÉTICA DE UN JUEZ PERUANO**

Desde el Perú un juez y escritor peruano Enrique López Albújar constituye el ejemplo más vívido de esa doble confluencia entre magistrado y poeta, su nacimiento ocurrió en la ciudad de Chiclayo al norte del Perú el 23 de noviembre de 1872. De sus datos biográficos se puede consignar que estudió

en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ejerció el periodismo y luego la magistratura llegando a ocupar la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Tacna y Moquegua en el año de 1933. Su obra literaria está representada por sus libros "Cuentos Andinos" (1920), "Nuevos Cuentos Andinos" (1937), "Malalaché" (1928), "Los Caballeros del Delito" (1936) y los poemarios "De la tierra Bravía" (1938) y "Lámpara Votiva" (1964), entre otros.

El crítico Augusto Tamayo Vargas sobre los cuentos del escritor peruano ha apuntado que en ellos fluye el ahondamiento psicológico y la pupila del magistrado, pues muchos de los casos allí presentados están relacionados con el tema del delito y la situación particular del indio dentro de una legislación no acorde con esta tradición<sup>15</sup>. Una muestra de estos temas es el cuento "Ushanam Jampi" incluido en "Cuentos Andinos" que describe con fino pulso el ejercicio de la justicia andina desde la mirada de un magistrado occidental que se impresiona por el salvajismo y horror<sup>16</sup> al contemplar el fenómeno del "jirarishum", que es una especie de muerte civil y que condena al indio al ostracismo perpetuo porque se le cierra para siempre las puertas de su comunidad<sup>17</sup>, bajo pena de muerte en caso de su desacato.

En el caso de "Ushanam Jampi" el protagonista llamado Cunce Maille es acusado por tercera vez de robo en la comunidad sin que a criterio de sus autoridades haya probado su inocencia<sup>18</sup>, por lo que tras aplicársele el "jirasrishum" es expulsado del pueblo; sin embargo en un asalto de nostalgia Cunce Maille retorna al hogar de su madre. Esta actitud determinaría su ejecución con gran crueldad al pie de un campanario, pues a pesar de la bravura de su defensa, una turba terminaría por golpearlo, acuchillarlo y finalmente arrastrarlo con una soga al cuello hasta que solamente quedara su cabeza y un resto de su espina dorsal.

Otro de los cuentos que denuncia las limitaciones de los parámetros legales propios de la administración de justicia es el "Caso Julio Zimmens" también de "Cuentos Andinos", que narra la historia de un inmigrante alemán que ilusionado por el pasado precolombino termina por casarse con una india, con quien tuvo varios hijos bajo la creencia de formar una raza superior. Lamentablemente para Zimmens esta experiencia fue un fracaso y lo que es peor contrajo la enfermedad de la lepra; por lo que se convirtió en un misántropo que recorría el pueblo como un alma solitaria a medida que su cuerpo se iba deteriorando. La historia termina con el suicidio de Zimmens, no sin antes mediar una conversación con el juez del pueblo, donde el magistrado acepta al suicidio como la solución más justa a su drama personal, y el alemán

reconfortado se retira diciendo que: “Me voy con la satisfacción de saber que hay una religión que perdona al pecador y una justicia que absuelve al delincuente”<sup>19</sup>.

La doble calidad de juez y narrador de López Albújar le permite aceptar en este cuento, que fuera de los límites del criterio judicial, existe una solución de valor “humano” alternativa a la legal<sup>20</sup>, receta que aplicará al absolver en un juicio a los culpables del delito de adulterio y que le costará una suspensión temporal en el cargo de juez.

El conflicto entre la Literatura y el Derecho en López Albújar adquiere connotaciones especiales, debido a que si bien es cierto alguna vez afirmó que hasta cuando administraba justicia hablaba el poeta<sup>21</sup>; luego en otra oportunidad renegaría de esta apreciación, cuando señaló que más importancia tenía su carrera de magistrado que la literatura y el periodismo<sup>22</sup>.

Paradojas que no hacen sino reflejar el vaivén de su vida marcada por el arte y la magistratura, el papel sellado y la cuartilla, del proceso al libro, de la dura y desconsoladora realidad a las ficciones de su infancia,<sup>23</sup> esta dualidad del pensamiento positivista y moderno del escritor peruano encuentra precisamente su solución en la relación antes anotada de vida, literatura y derecho. El juez no abandona su poética al momento de enfrentarse a los casos concretos tampoco abandona su condición humana, sino más bien estiliza sus sentidos y aguza sus emociones para comprender el drama de las personas, para luego encontrar una solución razonable y empática, algo así como una poética de contrastes.

## 5. MÁS JUSTICIA, MÁS POESÍA

Según Manuel González Piñeiro la justicia es un objeto abstracto que tiene tantos puntos de referencia posibles como individuos que se la puedan o quieran imaginar, la justicia se transforma sin cesar cada vez que se la menciona en el discurso de los seres humanos<sup>24</sup>. Esta definición de justicia como una construcción hecha posible por una propiedad particular del lenguaje, permite emparentar nuevamente a la justicia con la poesía y reflexionar sino es acaso realizable una *justicia poética* o una poética de la justicia. En este esquema la justicia no tendría por qué descalificar a los sentimientos y las emociones podrían encontrar en el Derecho un espacio para desarrollarse de acuerdo a la casuística, esta idea también es compartida por el español Alejandro Nieto cuando anota que cree en la justicia como sentimiento, que es una realidad verificable en cuanto que casi todos los seres humanos perciben sus propios



sentimientos de justicia compartidos, para luego añadir que el sentimiento razonado, la razón intuitiva es la clave de la justicia<sup>25</sup>.

Las imágenes poéticas de esta clase de justicia también pueden extenderse a la narrativa cuando se entiende a este flujo de sentimientos como una corriente de historias que flota y espejea, a tramos distintos, en un gran río de relatos<sup>26</sup>. La poesía asume el encantamiento y corresponde a la justicia también acoger la fibra de las emociones a pesar de los modelos excesivamente racionalizados del Derecho. Esta mágica experiencia de hacer de la justicia una poética de la alteridad, ha sido asumida por algunos jueces a quienes puede llamárseles verdaderos "*jueces literarios*", la demostración de esta idea ha sido materializada por la Asociación de Magistrados de Chile, que con su antología de jueces poetas permite abrigar la esperanza de encontrar en la judicatura un campo autocrítico de reflexión humana sobre la problemática judicial y el drama del hombre contemporáneo frente al rostro de una justicia con los ojos vendados.

Solo resta una última referencia a Walt Whitman que ha servido de punto de referencia a otros autores para codificar la imagen del poeta como hombre ecuánime y al juez como igualador de su época y de su tierra, árbitro de lo diverso y soberano de la justa proporción<sup>27</sup>. El juez necesita de la poesía como correlato de la alteridad y el poeta irremisiblemente se convierte en el eterno juez de su época, no se requiere jueces esclavos de su tiempo, sino una verdadera poética judicial forjada en libertad y respetuosa de la plena celebración de la vida.

---

<sup>1</sup> Boyd, J. *Legal Imagination: Abridged Edition*. University of Chicago Press Chicago and London, 1985, p. 208

<sup>2</sup> Nussbaum, M. *Justicia Poética*. Barcelona: Editorial Andrés Bello Española; 1997, p. 129.

<sup>3</sup> Nussbaum, M. Op. Cit. p. 53

<sup>4</sup> Nussbaum, M. Op. Cit. p. 138.

<sup>5</sup> Carnelutti, F. *El Arte del Derecho: Seis Meditaciones sobre el Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; 1948, p. 8

<sup>6</sup> Nieto, A. *Balada de la Justicia y la Ley*. Madrid: Editorial Trotta; 2002, p. 270.

<sup>7</sup> La referencia a la balada corresponde a Alejandro Nieto quien ha referido que: "Balada es una composición poética en la que se desarrolla de manera sencilla un tema legendario o tradicional; y efectivamente la Justicia es una leyenda con innumerables versiones a la cual más fantástica". En *Balada de la Justicia y la Ley*. Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 11

<sup>8</sup> España, As. *Jueces en la Literatura Chilena*. Santiago de Chile: Editorial Lagar; 2006, p. 9-10.

<sup>9</sup> España, A. Op. Cit. p. 47.

<sup>10</sup> España. A. Op. Cit. p. 50.

<sup>11</sup> España, A. Op. Cit. p. 120.

- 
- <sup>12</sup> España, A. Op. Cit. p. 174.  
<sup>13</sup> España, A. Op. Cit. p. 140.  
<sup>14</sup> España, A. Op. Cit. p. 142.  
<sup>15</sup> Tamayo Vargas, A. Literatura Peruana. Lima: Editorial PEISA;1993, p. 764.  
<sup>16</sup> Barrig, M. La Ley es la Ley: La Justicia en la Literatura Peruana. Lima: Centro de Estudios de Derecho y Sociedad; 1980, p. 228.  
<sup>17</sup> Barrig, M. Op. Cit. p. 218.  
<sup>18</sup> En el texto original aunque parezca extraño se consigna: “El robo es notorio, no lo ha desmentido; no ha probado su inocencia”, lo que claramente refleja el universo paralelo que gobierna la administración de justicia a nivel comunal, pues en un sistema legal occidental se asume que una persona es inocente.  
<sup>19</sup> Chávez, J y Chávez, Ch (Compiladores). La Ley, el Derecho y la Justicia en America Latina: Testimonios Literarios, Arequipa: Instituto de Literatura Tota; 2003, p. 150.  
<sup>20</sup> Barrig, M. Op. Cit. p. 17.  
<sup>21</sup> Tamayo V., A. Op. Cit. p. 702.  
<sup>22</sup> Tamayo V., A. Op. Cit. p. 762.  
<sup>23</sup> Ramos Núñez, Carlos. La Pluma y la Ley: Abogados y jueces en la narrativa peruana. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima; 2007, p. 193.  
<sup>24</sup> Gonzalez, M. En “La Ficción de la Justicia” de Teoría de las Ficciones de Jeremías Bentham, Madrid Barcelona, 2005, p. 37  
<sup>25</sup> Nieto, Alejandro. Op. Cit. p. 268-271.  
<sup>26</sup> Calvo, José. La Justicia como Relato. Málaga: Editorial Agora;2002, p. 228.  
<sup>27</sup> Nussbaum, M. Op. Cit. p. 116.



## EL RECURSO DE ADHESIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO: Una aproximación al tema

CARLOS CRUZ LEZCANO\*

### Resumen

El Código Procesal Civil recoge la figura de la adhesión a la apelación, como también lo hizo el Código de Procedimientos Civiles de 1912, en ambos casos, sin un desarrollo puntual. En esta perspectiva, el autor aborda el tema bajo el marco teórico propio del recurso de apelación, desarrollando cada uno de los principios e instituciones que le son esenciales; llegando a fundamentar, frente a la postura que identifica como amplia, una posición a la que caracteriza como restringida, y según la cual la adhesión a la apelación es, en rigor, un recurso, excepcional, de autonomía relativa y de alcance restringido, muy similar a la apelación incidental del proceso civil italiano, distante, por tanto, de la impugnación a la apelación del derecho procesal español.

**Palabras clave:** Eficientismo, recursos, apelación, adhesión.

### Abstract

The Civil Procedural Code gathers the figure of the preference to the appeal resource, as it is in the Code of Civil Procedures of 1912, in both cases, without a notorious development. In this perspective, the author approaches the subject under the own theoretical point of view of the appeal resource, developing each one of the principles and institutions that are essential; getting to base, in front of the position that it identifies like ample, a position to which characterizes as restricted, and according to which the preference to the appeal is an exceptional resource of relative autonomy and restricted reach, very similar to the incidental appeal of the Italian civil process, therefore very different from the opposition to the appeal of the procedural right in Spain."

Key words: appeal resource, preference.

### Sumario

1. Motivación y estado de la cuestión. 2.- Naturaleza jurídica de la adhesión a la apelación 3.- Determinación de la naturaleza jurídica de la adhesión a la apelación. 4.- Los fundamentos de la adhesión en sentido amplio. 5.- La adhesión restrictiva: las razones.

---

\* Juez Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y docente Universitario.

## 1. MOTIVACIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

En un estudio sugestivo sobre adhesión a la apelación el profesor peruano Héctor Lama More refiere que, desde antiguo, subsiste en torno a ella la siguiente interrogante: ¿puede quien no impugnó de manera oportuna la sentencia – o el auto –, solicitar al superior que cuando revise la recurrida respecto de los extremos cuestionados por el apelante, la revise también respecto de las otras materias no incluidas en la apelación, pero que le causan agravio? En respuesta, desde la época de Justiniano se pensó que sí, permitiendo con ello a quien no apeló comparecer ante el superior a efecto de solicitarle revise también lo que agravia a sus intereses; apareciendo así la figura procesal que posteriormente ha sido conocida como “adhesión a la apelación”.<sup>1</sup>

En este claro sentido, la discusión se centra en determinar si quien hace uso del mencionado medio de impugnación, adhiriéndose al recurso – de apelación – interpuesto por la otra parte, solo puede expresar agravios relacionados con lo que fue materia de la apelación o, por el contrario, le está permitido introducir también agravios respecto de otras materias que no fueron objeto de aquella. En otras palabras ¿Puede el superior revisar los extremos de la sentencia o del auto que no fueron cuestionados por el apelante, por haberlo sido por el que se adhiere a la apelación?

El referido autor opta por una respuesta afirmativa a la cuestión<sup>2</sup>, esto es, que en su concepto el que se adhiere puede introducir cualquier materia contenida en la sentencia o auto apelado que le cause agravio, aún cuando el apelante no lo haya incluido en su recurso. Así, su posición quedaría graficada con el siguiente ejemplo:

“Juan venció a Francisco – en primera instancia – en un proceso que él inició con el objeto de que éste le pague por los daños y perjuicios que le había ocasionado; dicha decisión fue consentida por Francisco, pues no interpuso contra ella recurso alguno; sin embargo, al percatarse Juan que su contraparte había sido exonerada del pago de costas y costos del proceso, apela de dicho punto con el objeto de que el superior condene al vencido al pago del referido concepto. Elevados los autos al superior y notificado Francisco con el decreto que le confiere traslado de la apelación, éste se adhiere al citado recurso e impugna el extremo de la sentencia que le condena al pago de la indemnización a favor de Juan, señalando, entre otros argumentos, que la misma se había expedido sin haberse acreditado la existencia de los daños invocados, y solicita al superior revoque dicho extremo y declare infundada la demanda”.

En un estudio publicado en 1968 el profesor de la Universidad Central de Venezuela - y entonces vocal de la Corte Suprema de Justicia de ese país - don Luis Loreto destacaba que con la apelación pasaba lo mismo que con muchas instituciones procesales: por ser de naturaleza instrumental y técnica, encierran contenidos normativos cuyo alcance práctico y dogmático ha sido pacíficamente recibido por la tradición, sin que el legislador se haya preocupado de expresarlos y definirlos, de fijar su eficacia y precisar sus confines, causas estas que, a menudo, son motivo de confusión y perplejidad en el intérprete y de desorientación en la Doctrina<sup>3</sup>.

Perplejidad y desorientación que es especialmente perceptible en nuestro sistema procesal civil cuando se encara el análisis de la *adhesión a la apelación*, la que, no obstante haber sido receptada desde el Código de Procedimientos Civiles de 1912, ochenta años después, no exhibe un desarrollo elaborado.

En efecto, en el Título XII sobre Medios Impugnatorios, Capítulo III sobre apelación, el Código Procesal Civil peruano (CPC) contiene cinco disposiciones que hacen referencia puntual a la figura de la *adhesión*, éstas están contenidas en los artículos 367º, 370º, 373º, 376º y 377º. Ninguna de ellas define su naturaleza jurídica, tampoco fija sus alcances, no obstante, dos insinúan pistas que permiten iniciar su análisis: el artículo 370º, que regula la competencia del juez superior en relación al recurso de apelación, precisando que éste no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante (prohibición de *reformatio in peius*), salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido; y, el artículo 373º que regula el plazo y trámite de la apelación de sentencias, precisando que, al contestar el traslado, la otra parte podrá adherirse al recurso, fundamentando sus agravios, de los que se conferirá traslado al apelante por diez días; agregando que el desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión.

La inserción de la figura en el ámbito de los medios impugnatorios recogidos por el CPC provoca, entre otras, algunas interrogantes puntuales: ¿es la adhesión a la apelación un recurso? En tal caso, ¿cuáles son sus características? y, especialmente, ¿cuáles serían los alcances que tiene o debería tener en el sistema del proceso civil peruano?

Ensayar respuestas pasa necesariamente por examinar la institución en el marco de los medios impugnatorios acogidos por el mismo Código, con especial énfasis en el recurso de apelación. En esta línea, nos proponemos fundamentar una postura a la que denominamos restringida, conforme a la cual la adhesión a la apelación debería suponer la posibilidad del apelado de

contradecir, en segunda instancia, solo los artículos apelados, a fin de evitar mayores gravámenes o afectaciones a sus derechos, pero, en modo alguno, debería implicar que éste recupere todas sus facultades impugnatorias como si recién apelara, que es la opción que precisamente defiende el referido profesor Lama More.

## **2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN**

### **2.1. LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS**

En la sistemática del Código Procesal Civil el legislador peruano ha fijado el tema de los medios impugnatorios definiéndolos por su finalidad. Así en el artículo 355° ha precisado que por medio de ellos las partes o terceros legitimados solicitan que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error. Seguidamente, el artículo 356° efectúa su clasificación distinguiendo entre remedios y recursos: los primeros son aquellos que pueden formularse por quien se considere agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones; los segundos, en cambio, se formulan por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella, para que luego de un nuevo examen de ésta, se subsane el vicio o error alegado. Señalando, con clara precisión, que son recursos: la reposición, la apelación y el extraordinario de casación.

### **2.2 OBJETO DE LOS RECURSOS**

Una concepción ampliamente extendida sobre los recursos parte del presupuesto de la falibilidad humana<sup>4</sup>. Y, pues las equivocaciones de las partes, los errores del juez, la oscuridad de las leyes, la eventualidad de interpretaciones contradictorias o diversas de las reglas jurídicas, pueden originar inconformidad entre la decisión judicial y las reglas abstractas de la ley<sup>5</sup>. A partir de ello es que se impone la necesidad de una revisión de lo decidido por otro órgano – generalmente colegiado – que reduzca tal margen de error que agravie al o los litigantes. En rigor de concepto, los márgenes de error en las decisiones jurisdiccionales no son una realidad extingible, como no es extingible la diversa lectura, interpretación o ponderación de los derechos. Se aspira, a lo sumo, a que los márgenes de error se reduzcan a la menor expresión posible, a partir de la cual la justicia (en el sentido de aplicación de pautas jurídicas) sea más o menos predecible.

En esta línea, el profesor argentino Juan Carlos Hitters ha señalado que el sistema impugnatorio en realidad sirve a un doble fin: por un lado se busca el

aumento de las garantías de una correcta administración de justicia; y por otro, la unidad de la jurisprudencia; objeto este último que se cumple a cabalidad a través de la casación<sup>6</sup>.

### 2.3. EL RECURSO DE APELACIÓN

Es pacífica la idea conforme a la cual la apelación es el recurso ordinario que permite el ejercicio del principio judicial de doble grado de jurisdicción, y en virtud del cual otro juez – o colegiado de jueces – jerárquico superior examina nuevamente la resolución impugnada con el objeto de corregir el error que hubiere incurrido el Juez de origen, revocándola o invalidándola. Los poderes del Superior en esta tarea son amplios, en el sentido que puede revisar no solo lo decidido finalmente por el Juez inferior, sino también lo actuado en esa instancia, es decir, puede revisar los errores en el pronunciamiento, así como los que se presenten durante el procedimiento; ello siempre y cuando haya sido objeto de agravio expresado de manera oportuna en el recurso, dado el carácter dispositivo del mismo<sup>7</sup>.

Como se sabe también, el órgano judicial revisor tiene límites aceptados de manera pacífica en la doctrina, los que han sido fijados también en el derecho comparado. Tales límites se refieren al hecho de que éste órgano superior no puede someter a examen asuntos que no han sido expresados como agravio por el apelante (*tantum devolutum, quantum appellatum*) ni puede expedir pronunciamiento causando perjuicio a éste (prohibición de la *reformatio in peius*), lo que solo podría suceder – en virtud del principio dispositivo – si la otra parte hubiere también impugnado o se hubiere *adherido*.

Estos límites se hacen aún más visibles si se observan bajo el prisma de los principios básicos vinculados al recurso de apelación. Veamos.

### 2.4. EL PRINCIPIO DE “PERSONALIDAD” DEL RECURSO

Bajo este principio se considera que interpuesto un recurso, él aprovecha únicamente a la persona que ha recurrido o que lo ha interpuesto<sup>8</sup>. La doctrina destaca en este ámbito que el prestigio del principio de la personalidad de la apelación no disminuye por la circunstancia de que aparezcan cosas juzgadas contradictorias. Por ejemplo, habiendo rechazado la sentencia de primera instancia la condena por daños y perjuicios demandada por A y B, el primero no apela, y sí lo hace el segundo, obteniendo un pronunciamiento favorable en la alzada; es decir, para B hay derecho de indemnización, en cambio A se ve privado de él.



## 2.5. LA “COMUNIDAD” DEL RECURSO

Por este principio se estima que interpuesto el recurso de apelación por uno de los litigantes, el mismo aprovecha también a quienes no lo interpusieron, pero que forman con aquel la misma posición de parte. Se refiere al supuesto en que existen varias personas ocupando una misma situación de parte (dos o más actores o dos o más demandados); se señala, entonces, que la apelación interpuesta por uno de los litigantes aprovecha también a todos aquellos que se encuentran ocupando la misma situación procesal que el recurrente; es decir, habiendo apelado un actor tal recurso aprovecha también a los otros actores; o, habiendo apelado un demandado, tal recurso beneficia también a los otros demandados.

Hay quienes extienden más allá el principio de la comunidad de la apelación, haciendo alcanzar los efectos del recurso interpuesto por uno de los litigantes a quienes se encuentran ocupando la situación de parte contraria; en tal supuesto, apelando la parte actora, su recurso aprovecharía también a la demandada y, consecuentemente, el tribunal de apelación puede modificar la sentencia de primera instancia en perjuicio del apelante – defienden esta posición autores como Devis Echandía<sup>9</sup>. No obstante, esta es una opción no acogida por nuestro sistema procesal, que más bien se ha inclinado por el de comunidad – en estricto – del recurso de apelación, solo con alcance a los sujetos procesales que ocupan una misma posición de parte procesal.

## 2.6. EL PRINCIPIO “TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM”

En palabras de los romanos significaba que pasa al superior todo cuanto se ha apelado<sup>10</sup>. Esto es, solo únicamente los artículos del recurso. Montero Aroca y Flors Maties han señalado sobre el particular que el objeto de la apelación viene determinado, conforme a los principios dispositivo y de justicia rogada, por la actividad de las partes: solo los pronunciamientos de las sentencias que hayan sido objeto de impugnación se convierten en objeto de la apelación (*Tantum devolutum quantum appellatum*). Consecuentemente, la determinación del objeto de la segunda instancia consistirá, por lo general, en una reducción de lo que fue materia de la primera, de modo que el apelante limitará la impugnación a uno o varios pronunciamientos de la sentencia apelada, o a parte de alguno de ellos, en la medida en que le resulten gravosos<sup>11</sup>.

En sede nacional, este principio se encuentra consagrado en el artículo 364<sup>o</sup> del CPC, que define el objeto de la apelación, y en la parte *in fine* del artículo

370º del mismo texto, al prescribir que cuando la apelación es de un auto, la competencia del superior sólo alcanza a éste y su tramitación.

Además de los anotados, el recurso de apelación también se funda en los principios dispositivo y de congruencia.

## 2.7. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

De amplia vigencia durante la segunda mitad del siglo XIX, periodo histórico durante el cual toda restricción del poder estatal era deseable por todos los que habían soportado los excesos de las monarquías absolutas. La desconfianza existente en esta época hacia todo lo que formara parte del aparato estatal recayó también en aparato judicial. Aún después del triunfo de las ideas de Montesquieu sobre la “división de poderes” subsistió una especial sensibilidad respecto de todo lo que pudiera significar una intromisión estatal perturbadora del libre albedrío del ciudadano o, en su caso, del justiciable. Por ello es que las normas procedimentales se consideraban de derecho privado, siendo opinión unánimemente recibida en la época *“que el juicio pertenece a las partes”*<sup>12</sup>.

Aragoneses ha referido que el principio dispositivo propiamente dicho consiste en que las partes poseen dominio completo tanto sobre su derecho sustantivo como sobre sus derechos procesales implícitos en el juicio, en el sentido de que son libres de ejercitarlos o no<sup>13</sup>.

Por su parte Cappelletti y Guasp advirtieron en su momento que este principio tiene dos aspectos o facetas: material y formal<sup>14</sup>. El principio dispositivo material alude a la plena disponibilidad de los derechos subjetivos derivados de la relación material, cuyo primer síntoma lo constituye la total libertad de que gozan sus titulares para peticionar o no la tutela jurisdiccional del Estado, y cuyo límite más sensible está conformado por el orden público. El principio dispositivo formal, por su lado, supone una serie de atribuciones conferidas a los litigantes que inciden primariamente sobre la relación procesal. Entre ellas puede computarse la aportación de hechos y pruebas<sup>15</sup>, como también varios de los medios extintivos del proceso.

Una primera expresión del principio dispositivo sería el principio de iniciativa de parte, que consiste en la facultad que tiene toda persona de iniciar un proceso y determinar el objeto del litigio o, en el caso del demandado, de defenderse y limitar la pretensión del actor. En materia de recursos éstos funcionan por iniciativa de las partes y en consecuencia a ellas corresponde su deducción<sup>16</sup>.

## 2.8. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

También como una manifestación o derivación del principio dispositivo, rige el principio de congruencia, en virtud del cual, debe existir conformidad entre la materia, parte y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por una decisión jurisdiccional; es decir, conformidad entre el contenido de las resoluciones judiciales y lo que ha sido objeto de petición por las partes<sup>17</sup>.

El Código Procesal Civil peruano recepciona este principio a partir de su artículo VII del Título Preliminar, al fijar como límite a la aplicación de la norma jurídica del caso, el de no poder ir más allá del petitorio (*petitum*) ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes (*causa petendi*). Principio que también se enuncia al glosar los deberes genéricos de los jueces en el proceso, en el artículo 50º, inciso 6).

## 2.9. LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMATIO IN PEIUS

Como viene ya precisado, el ámbito del recurso de apelación está enmarcado por los límites que el apelante le impuso; no puede el tribunal de apelación exceder de esos límites impuestos por el recurrente; y así como no puede favorecerlo en más de lo que ha pedido el apelante, no puede tampoco perjudicarlo quitándole lo que la resolución apelada le había concedido. Es decir, si la apelación es fundada el tribunal de alzada debe modificar la sentencia en grado de conformidad a lo peticionado por el recurrente; no debe conceder nada más allá de lo que ha sido pedido (ya en primera instancia, o al interponer el recurso y expresar agravios). La prohibición de modificar la sentencia en perjuicio del único apelante es la llamada prohibición de *reformatio in peius* o del *empeoramiento* de la posición del apelante. Este principio que prohíbe la *reformatio in peius*, entonces, establece que el tribunal de apelación no puede modificar la sentencia en perjuicio del apelante, salvo que medie también apelación de la parte contraria; o “adhesión”, que es otra forma de impugnar la sentencia en los ordenamientos que la admiten<sup>18</sup>.

## 3. DETERMINANDO LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA “ADHESIÓN” A LA APELACIÓN

El maestro español Manuel Atienza en un trabajo sobre *Cuestiones Judiciales* se interrogaba *¿qué puede hacer la teoría – o la filosofía del Derecho por la práctica jurídica?* Acotando a renglón seguido: contribuir a aclarar las cosas (los conceptos) y a sugerir también cursos de acción. Lo que no quiere decir que el teórico del Derecho pueda arrogarse la competencia de decirle al práctico – al Juez – lo que debe hacer<sup>19</sup>.

La reflexión es pertinente a nuestro propósito en la medida que, como es fácil advertir, lo esbozado hasta aquí no es sino el marco teórico que define el panorama de los principios que rigen el recurso de apelación, sus límites y alcances. A partir de él pretendemos efectuar una lectura más o menos coherente de la *adhesión* a la apelación, fijando lo que entendemos es su naturaleza jurídica y los alcances propios que deberían serle atribuidos. De esta forma, la teoría cumple la función esencial de fijar el curso de acción para un análisis que aspira a estar provisto de realidad y de cara a las nuevas tendencias del proceso civil.

### 3.1. ¿QUÉ ES LA ADHESIÓN?

Los antecedentes

Refiere el maestro Luis Loreto<sup>20</sup> que en el derecho romano anterior a la *constitución amplioren* dada por Justiniano en el año 530 de nuestra era, el recurso de apelación tenía un alcance y una eficacia exclusivamente personal (personalidad de la apelación), de tal suerte que la sentencia recurrida sólo podía reformarse a favor del apelante, jamás a favor del apelado, aún cuando del debate apareciera que le era gravosa, puesto que no había recurrido de ella.

Esta situación iba a variar progresiva y sustancialmente, primero, con la también famosa constitución *properandum nobis*, del mismo Justiniano, en virtud de la cual se le confió al juez la misión de velar por los intereses del contumaz, cuando del examen de los actos y en fuerza de una correcta aplicación del derecho al caso, aparecía que la decisión debería serle favorable.

Luego, con la reseñada *constitución amplioren* Justiniano no hace sino sustituir el sistema de personalidad de la apelación por el de *comunidad* de la apelación, en virtud de la cual se permitió al juez reformar el fallo recurrido en contra del apelante, en dos situaciones: cuando el apelado permanecía en contumacia, esto es, no compareciera en modo alguno; y, cuando sí lo hacía y solicitaba la reforma del fallo en todo cuanto le fuera perjudicial, en cuyo caso el magistrado debía extender su examen y decisión a los puntos denunciados por el apelante y por el apelado. En ambos casos, se afirma, que el emperador (Justiniano) más que preocuparse por los intereses de las partes en el proceso y por la certeza de sus respectivos derechos que se fijaron en la sentencia, se interesó por el triunfo de la justicia y por la igualdad de las partes en la instancia de apelación. Afirmando así una definida orientación de naturaleza *publicística* del proceso puesto al servicio de fines objetivos.

El dato histórico reseñado permite advertir que la denominada adhesión a la apelación ha sido, en rigor, desde sus inicios un medio impugnatorio, específicamente, un *recurso*, por medio del cual el apelado, esto es, la persona que no apeló de la sentencia en tiempo oportuno, comparecía en la instancia de apelación y tenía la posibilidad de exponer también al magistrado los extremos de la sentencia apelada que le eran desfavorables o gravosos, y en virtud de ello éste quedaba obligado a analizarlos y emitir pronunciamiento. Pues bien, ello no ha variado, y su carácter de recurso aparece indiscutible.

Su recepción actual

**Italia.** Para ir ubicando los alcances en que entendemos debe interpretarse la adhesión a la apelación en la sistemática del Código Procesal Civil peruano, es de provecho referir que, por ejemplo, en el derecho italiano existen: la apelación principal, que se interpone por cualquiera de las partes dentro del plazo previsto en la ley. La apelación incidental, que se interpone por el apelado, vencido el plazo para apelar, pero que sólo puede contener materias o puntos que se encuentren en la apelación principal. La adhesión a la apelación, que es la que hace uso el litisconsorte del apelante, es decir, no es un recurso del apelado contra el apelante, sino de quien tiene con el apelado la misma posición de parte<sup>21</sup>.

**España.** La Ley procesal civil española 1/2000, del 07 de enero del año 2000, se refiere a la adhesión a la apelación como “impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiere recurrido” (art. 461.2)<sup>22</sup>. Montero Aroca y Flors Matíes entienden así que la impugnación referida (adhesión para nosotros), implica que el apelado se convertirá en verdadero y propio apelante, para sostener una impugnación autónoma e independiente del apelante inicial. El fundamento: La parte (el que se adhiere) está dispuesta, en principio, a soportar el gravamen parcial que la sentencia le causa y a no recurrirla, pero ante la expectativa de que dicho gravamen pudiera incrementarse por efecto del recurso de apelación interpuesto por la otra parte, decide aprovechar el cauce que la ley le ofrece, como consecuencia de la suspensión de la firmeza de la resolución que genera la interposición de la apelación inicial, para deducir su concreta impugnación respecto de aquel gravamen inicialmente consentido<sup>23</sup>.

En otras palabras, en el derecho procesal español lo que nosotros llamamos adhesión a la apelación ellos la denominan impugnación del apelado, e importa que éste, a través de ella, recupera todas sus facultades impugnatorias, solo limitadas por la controversia y la sentencia, pero a través de la cual puede hacer ingresar como impugnación cualquier gravamen que contenga la

sentencia, al margen de que ello haya sido apelado o no. El fundamento de ello radica en la posibilidad que la apelación pueda eventualmente agravar su situación ya perjudicial con la sentencia no apelada por su parte. De tal manera que, en rigor, bajo este sistema el apelante tiene en la adhesión un *recurso disuasivo*, pues, de apelar, corre el riesgo que la adhesión del apelado pueda en verdad empeorar una situación ya ganada, como se ha graficado en el ejemplo inicial.

La adhesión a la apelación en nuestro país

El Código Procesal Civil peruano ha incorporado en su sistemática el *recurso* de adhesión - aún cuando no le asigna esta nominación -; sin embargo, no ha precisado sus alcances o amplitud. Y entonces surge la necesidad de determinar si éste tiene los mismos alcances o amplitud que en el derecho procesal español, o es más parecido a la apelación incidental del derecho procesal italiano.

Como indicáramos, el profesor peruano Héctor Lama More asume una postura, a la que de nominaremos amplia, caracterizada porque: "Aún cuando el actual Código Procesal Civil peruano no lo ha señalado de modo expreso, se advierte de su texto algunos indicios que nos llevan a pensar que el legislador optó en este caso por un recurso de adhesión a la apelación de carácter autónomo, inclinándose de modo parcial por el antiguo principio de la comunidad en la apelación; no en el sentido que el superior pueda revisar la resolución apelada en beneficio de quien no apeló, de oficio, aún en perjuicio del apelante; sino en el que el superior puede revisar la resolución apelada -auto o sentencia-, también por el hecho de haber sido impugnada por quien no apeló, para que la misma se revise en lo que le agravia"<sup>24</sup>.

Una visión distinta

Llegados a este punto estimamos necesario fijar una postura diferente: el recurso de adhesión previsto por el Código Procesal Civil peruano, si bien es un recurso autónomo, no puede ser entendido como impugnación a la apelación en el sentido que lo hace la Ley Procesal Civil española; más bien debe serlo como una *apelación incidental*, en el sentido que asume en el derecho procesal civil italiano. Postura que identificaremos como restringida. Las razones que la sustentan tienen que ver con la falta de fundamento convincente y suficiente de la primera postura enunciada; además de la necesidad de hacer coherente a la figura con los enunciados principios dispositivo y de aportación de parte, de preclusión, de igualdad, de congruencia, entre otros, que le sirven de marco.

#### 4. LOS FUNDAMENTOS DE LA ADHESIÓN EN SENTIDO AMPLIO

El profesor Lama More - en el estudio ya citado - expone como los únicos fundamentos del sentido amplio de la adhesión a la apelación que expone: su autonomía respecto de la apelación, esto es, que el desistimiento de la apelación no la afecta (artículo 373º del Código Procesal Civil); y, de otro lado, el hecho que la adhesión permite, en caso de interponerse, la *reformatio in peius* (artículo 370º del Código Procesal Civil).

Sin embargo, no encontramos que exista una relación lógica y necesaria entre la autonomía de la adhesión y su amplitud o alcances. Habría que recalcar que también en Italia que profesa un sistema restringido rige dicha autonomía, de tal suerte que no es una regla privativa de aquel sistema. Lo propio ocurre con la *reformatio in peius*, pues resulta evidente que su aplicación también tiene vigencia en un sistema restringido de la adhesión. Es palmario entonces que tales reglas no pueden operar como razones explicativas de la amplitud de la adhesión. Consecuentemente, los fundamentos que sustentan esta postura resultan, por lo menos, discutibles.

Pensamos más bien que la amplitud o alcances que se otorga en cada país a la adhesión a la apelación aparece vinculada, en primer término, a razones de política procesal, o de opción legislativa, y pues muchas veces de ellas no es posible derivar "razones" explicativas, sino que, una vez instaurada la figura, de lo que se trata es de darle coherencia con las instituciones y principios procesales ya existentes; pero, con los principios procesales incorporados en nuestro sistema y cuya lectura se haga bajo la perspectiva del proceso civil al que aspiramos.

#### 5. LA ADHESIÓN RESTRICTIVA: LAS RAZONES

El antecedente histórico nacional nada aprovecha a este análisis, pues el Código de Procedimientos Civiles sólo le dedicó el artículo 1091º, con la escueta fórmula según la cual el coligante puede adherirse a la apelación en primera instancia o ante el superior, mientras no se haya resuelto la alzada. En tal caso, es preciso buscar las razones para una opción restringida de la adhesión en el propio proceso que nos rige, y sus modernas tendencias.

##### 5.1. LAS MODERNAS TENDENCIAS DEL DERECHO PROCESAL

El profesor español Manuel Lozano Higuero<sup>25</sup> nos refiere que es difícil atisbar cuáles sean las pautas evolutivas del Derecho Procesal Civil en el pórtico del denominado tercer milenio. Citando al gran maestro Augusto M. Morello



destacaba que algunas de las líneas evolutivas anticipadas por éste estaban condensadas en los siguientes temas: la importancia de la legitimación, las modernas categoría del litigio, dilatación del control constitucional, la garantía de la defensa del proceso civil colectivo, la reformulación del nuevo tipo de proceso, el deber de colaboración y el proceso que se viene marcado por legitimaciones extraordinarias.

De una exhaustiva relación de autores que en distintos países han encarado el mismo tema Lozano Higuero destaca, por ejemplo, al jurista italiano Proto Pisani, quien estima que - entre otros temas - forman parte de esta nueva tendencia el descubrimiento del valor democrático de la eficiencia de la justicia (eficientismo) y la importancia central de la tutela sumaria. Temas con los que coincide el jurista Uruguayo Enrique Véscovi<sup>26</sup>.

## 5.2. EL EFICIENTISMO PROCESAL

El maestro español Juan Montero Aroca<sup>27</sup>, clasifica la evolución del Derecho Procesal en cuatro etapas: la práctica Forense, a partir del siglo XVI, caracterizada por la presencia de los prácticos, esto es, aquellos que pretendían explicar cómo se realizaban los procesos ante los tribunales y cuál era la manera de actuar de estos, pero desprovistos de toda científicidad. El procedimentalismo, en el Siglo XVIII, en que los procedimientos judiciales son las formas solemnes en que se discuten y resuelven las pretensiones deducidas ante los tribunales, pero esas formas no son ya las impuestas por la práctica, por el estilo de la curia, sino las establecidas por las leyes. El Derecho Procesal, que se inicia en Alemania en la primera mitad del Siglo XIX - la polémica entre Windscheid y Muther (1856 - 1857) - en que se produce la autonomía del derecho de acción frente al derecho subjetivo, caracterizado por el predominio de la exégesis como método, la elaboración de sistemas científicos, intentando acomodar la ley dentro del sistema, se hace teoría del proceso, específicamente se desarrollan la prueba, la cosa juzgada, la acción, entre otras. Y El Derecho Jurisdiccional, dentro del cual el derecho procesal no es sólo el derecho del proceso, sino que lo son también el Poder Judicial y la jurisdicción, entre otros.

La misma línea histórica es seguida por los profesores argentinos Jorge W. Peyrano y Julio O. Chiappini<sup>28</sup>, quienes inciden en: la práctica forense, procedimentalismo, procesalismo y eficientismo, caracterizado este último por estimar que el proceso solo es eficaz cuando verdaderamente complementa los fines que de él se esperan; y por la inclinación de la disciplina hacia una percepción de ciencia interdisciplinaria.



Igualmente, y siguiendo al profesor brasileño Cândido Rangel Dinamarco, el jurista peruano Juan Monroy Gálvez<sup>29</sup>, destaca la evolución del derecho procesal en tres etapas (prescindiendo de la primera anotada): el sincretismo procesal; la autonomía procesal; y, *la* eficacia e instrumentalidad del proceso. Caracterizada esta última por la búsqueda de una real tutela de urgencia o tutela diferenciada o tutela de cognición sumaria o tutela anticipada.

Es decir, conforme a estas particulares visiones de la realidad procesal, lo que resulta innegable es la necesidad de percibir el proceso como algo más que un instrumento para la tutela de los derechos sustantivos: como un instrumento que prodigue respuestas rápidas y eficaces. Que el proceso sea breve, y cuanto antes, eficaz.

### 5.3. LA ADHESIÓN Y EL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN

Una aproximación a este principio parte de considerar al procedimiento en etapas o fases que van cerrándose al avanzar el proceso, sin que sea posible su reapertura. Su mejor comprensión la permite su comparación con su opuesto exacto: el principio de elasticidad, según el cual siempre es posible retroceder a etapas ya cumplidas, esto es, que las partes en juicio pueden, por ejemplo, presentar sus alegaciones y pruebas, según surja la necesidad, hasta el momento de la sentencia. En cambio, bajo el principio de preclusión se produce la extinción en un concreto proceso de los poderes jurídico-procesales no ejercitados por los sujetos que intervienen o pueden intervenir en él. Enrique Vallines ha destacado que lo verdaderamente característico de la preclusión no es el cierre de fases o etapas procesales, sino la imposibilidad de realizar *algo* que con anterioridad sí podía realizarse<sup>30</sup>.

En materia recursiva, específicamente, en materia de apelación, el Código Procesal Civil peruano ha establecido un concreto plazo dentro del cual las partes pueden ejercitarlo: tres días, tratándose de proceso sumarísimo; cinco días, tratándose de procesos abreviados; y, diez días, tratándose de procesos de conocimiento<sup>31</sup>. Si con motivo de un concreto proceso judicial, sólo una de las partes apela de la sentencia, y la otra parte no lo hace, es innegable que esta conducta omisiva debe producir algún efecto en su esfera de facultades procesales. Sobre todo si tenemos en cuenta que el apelar es una *carga*<sup>32</sup>. De tal suerte que, a partir de la renuncia tácita al ejercicio de tal facultad debe, necesariamente, poner al apelado en situación desventajosa frente al apelante, perfilándose así una justa prefiguración del principio de igualdad en sede procesal.

#### 5.4. LA ADHESIÓN Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Extendida es la percepción según la cual la igualdad es un derecho fundamental destinado a obtener un trato paritario ante hechos, situaciones y relaciones equiparables; se alude a un derecho subjetivo a no sufrir discriminación, a no ser tratado de manera dispar respecto de quienes se encuentran en una situación equivalente. Contrario sensu, solo cabe un tratamiento diferenciado frente a situaciones disímiles, para lo cual se debe acreditar que la referida distinción es objetiva y constitucionalmente razonable<sup>33</sup>.

En el ámbito procesal – Civil – este derecho se traduce en la igualdad en el tratamiento que se obtiene de la ley, así como en la igualdad en la interpretación y aplicación de las normas que establecen garantías procesales.

En este sentido, en materia recursiva, propiamente a nivel de apelación, este principio se traduce en la igualdad de oportunidades bajo las cuales puede ser ejercitado este derecho. Así, expedida una resolución concreta- como una sentencia - ambas partes están en igual posibilidad – legal - de impugnarla, dependiendo, claro está, del agravio que les produzca aquella.

Desde esta perspectiva, no resulta admisible estimar que, precluida la posibilidad impugnatoria para una de las partes en un proceso, ésta pueda recuperarla en sede de segunda instancia, incluso, con mayores ventajas que el propio apelante. Tal vez un ejemplo grafique mejor lo irrazonable de esta inadmisibile posibilidad:

A demanda a B sobre indemnización de daños y perjuicios, en la vía del proceso de conocimiento, reclamando un monto indemnizatorio de doscientos mil nuevos soles; expedida la sentencia de primera instancia, ésta declara fundada en parte la demanda, reconociendo sólo veinte mil nuevos soles al demandante A, quien apela, al considerar que el monto es exiguo. El demandado B no apela.

En la medida que la sentencia, eventualmente, produce agravio a ambas partes, ambas podrían apelar, sin embargo, si transcurrido el plazo respectivo, B no lo hace, precluye para éste la posibilidad de hacerlo con posterioridad; y, entonces, si en segunda instancia, siguiendo el trámite regular, se le confiere traslado de la apelación y se adhiere, su derecho a la igualdad procesal, debería estimarse como la posibilidad de impugnar la sentencia sólo en los extremos en que fue apelada por A, y nada más, pues devolverle el poder de cuestionar cualquier otro extremo no apelado, como se postula en la concepción que hemos identificado como amplia, resquebraja aquel principio.

Y decimos que se resquebraja la igualdad procesal por cuanto, objetivamente apreciada la situación propuesta, en términos reales, el apelado resulta obteniendo mayores ventajas en relación al apelante. En el proceso propuesto como ejemplo, tramitado en la vía procedimental de conocimiento, el plazo para apelar, conforme al artículo 478° inciso 13), es de diez días, dentro del cual, haciendo un serio esfuerzo de argumentación y de síntesis, sólo A apela de la sentencia, no haciéndolo B. No obstante B, que no apeló, dispone de los diez días del plazo para organizar su recurso, sumando a ello el plazo que se tarda en elevar al superior el expediente (que en el mayor número de casos suman meses), añadiéndose el tiempo que la propia instancia de revisión demora en conferirle el traslado de la apelación, y el propio plazo que se le confiere. De esta forma, si B decidiera adherirse, y recuperar con ello la posibilidad plena de impugnación, resultaría que, en términos reales, el plazo de que dispone para organizar sus argumentos de impugnación sobrepasan ampliamente a aquel de que dispuso el apelante; quien, comportándose como litigante diligente ejercitó sus potestades dentro del plazo respectivo, y se vio limitado en ello por un breve plazo de diez días, como se ha anotado.

En este sentido, si bien el principio de igualdad, como se ha precisado, puede sufrir restricciones o un tratamiento diferenciado, éste solo podría estar fundado en razones objetivas y constitucionalmente razonables, las que, en la situación planteada no se producen en absoluto.

Se podría alegar, tal vez, que de la adhesión también se confiere traslado al apelante para que, a su vez, ejerza su defensa; sin embargo, no es esto lo que queremos destacar, sino el hecho de los tiempos en la preparación del recurso, notoriamente mayores para el apelado; no obstante aún en el traslado de la adhesión al apelante (diez días según el artículo 373° del CPC) el plazo sigue siendo breve en relación a aquel que, en términos reales, dispuso el adherido.

## **5.5. LA ADHESIÓN Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA**

El principio procesal de congruencia ha sido definido en alguna doctrina como el principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes, y entre la sentencia y las imputaciones formuladas al procesado y las defensas formuladas por éste contra tales imputaciones; en todos los procesos, también entre la sentencia y lo ordenado por la ley que sea resuelto de oficio por el juzgador<sup>34</sup>. Esto es, traduce la idea de correspondencia entre lo que es sometido a controversia y juzgamiento, y lo que, finalmente, se decide en un proceso.

En relación a la apelación el principio de congruencia viene delimitado por el brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, esto es, que solo los pronunciamientos de las sentencias que hayan sido objeto de impugnación se convierten en objeto de revisión en la segunda instancia. De tal suerte que la adhesión que se produzca, no debería reabrir la posibilidad de impugnar otros extremos, a favor del apelado, pues con ello se trasgrede este principio porque el límite del superior viene prefijado por la actividad y la impugnación propuesta en primera instancia; y la adhesión se propone sólo en la instancia de apelación, es decir, no corresponde a impugnaciones que sean elevadas al superior y que se ajusten al brocardo aludido, sino que son, en rigor, respuestas a los fundamentos de la apelación y, como tales, no deberían sino ceñirse al contexto del argumento que responden. De tal suerte que, bajo este enfoque, tampoco tiene sentido darle a la adhesión una amplitud que no parece tener en realidad justificación.

## 5.6. LA ADHESIÓN COMO UN RECURSO EXCEPCIONAL Y DE AUTONOMÍA RELATIVA

De lo anotado, surge clara la idea de la autonomía relativa del recurso de adhesión en relación a la apelación. Autonomía relativa que se pone de manifiesto en el hecho que, sin apelación concedida no hay adhesión y, porque aún cuando se desistiera el recurso de apelación la adhesión se mantiene, según claramente contempla el numeral 373º del CPC. Sin embargo, de ello se deriva que la adhesión deba tener la amplitud que se le atribuye.

El hecho que el apelante se desista del recurso interpuesto, lo que provoca es que el órgano que conoce de él quedará obligado a pronunciarse solo en relación a los artículos que el adherido haya propuesto; y en tal caso la situación del apelante se torna desventajosa para él (por su propia decisión), en la medida que el pronunciamiento del superior ya no está restringido o limitado por la prohibición de *reformatio in peius*, sino que existirá una alta probabilidad que la decisión se expida en contra de los derechos que le hayan sido reconocidos por la primera instancia. Pero en modo alguno, como reiteramos, el desistimiento de la apelación (que explica la autonomía relativa de la adhesión) es razón suficiente para sustentar una fundamentación en pro de una percepción amplia de la adhesión.

De este modo entendemos clara la naturaleza *excepcional* y el alcance restringido del recurso de adhesión, en cuya virtud asumimos postura de que el órgano superior debe pronunciarse sobre los artículos o fundamentos de la apelación (*tantum devolutum quantum appellatum*), y también teniendo en cuenta lo que

se expone por el apelado en la adhesión, pero, sólo en relación a los artículos apelados. Por eso su alcance restringido. No encontramos razones para una conclusión distinta.

## 5.7. LA ADHESIÓN COMO RECURSO EXCEPCIONAL

Si, como hemos anotado, el recurso de adhesión tiene carácter excepcional, en relación a la apelación, la conclusión que surge de ello establece un innegable límite en cuanto a sus alcances: no puede tenerlos mayores a la propia apelación. La excepción no puede, razonablemente, equiparar o rebasar la regla.

En el ejemplo que proponíamos en líneas anteriores se evidenciaba cómo es que, bajo el procedimiento actual previsto en el Código Procesal Civil, es el que se adhiere a la apelación el que resulta obteniendo ventajas en la disposición real de un plazo mayor al dispuesto por el apelante; y tal vez eso sea inevitable; sin embargo, no obstante esta palmaria desigualdad que perjudica al apelante, resulta ya un despropósito otorgar a la adhesión un privilegio material al punto de concederle la posibilidad de impugnar los temas no apelados. Ello no sólo raya con la vulneración del principio de igualdad, sino que resquebraja también toda razonabilidad en el tratamiento de las atribuciones recursivas. Más aún si a esta conclusión (amplitud de la adhesión) sólo se pretende llegar por vía de interpretación que, como hemos visto, no tiene, en verdad base sustentatoria sólida.

## 5.8. EL CARÁCTER “DISUASIVO” DE LA ADHESIÓN

Los juristas españoles Juan Montero Aroca y José Flors Matíes, al comentar la impugnación a la apelación en la LEC 1/2000 de enero del año 2000 (artículo 461.2), refieren que el fundamento de una adhesión autónoma - y que aquí hemos denominado amplia -, sería el siguiente: la parte está dispuesta, en principio, a soportar el gravamen parcial que la sentencia le causa y a no recurrirla, pero ante la expectativa de que dicho gravamen pudiera incrementarse por efecto del recurso de apelación interpuesto por la otra parte, decide aprovechar el cauce que la ley le ofrece, como consecuencia de la suspensión de la firmeza de la resolución que genera la interposición de la apelación inicial, para deducir su concreta impugnación respecto de aquel gravamen inicialmente consentido. Cuando ello ocurra, el apelado se convertirá en verdadero y propio apelante, para sostener una apelación autónoma e independiente de la del apelante inicial, pero siempre, igual que éste, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las peticiones

que hubiere formulado ante el órgano jurisdiccional de primera instancia, y sobre la base de la prueba practicada ante el mismo o de la que la ley permite practicar excepcionalmente ante el tribunal de apelación<sup>35</sup>.

Esta argumentación hace depender la amplitud que se conceda a la adhesión de la expectativa que genera en el apelado el recurso de apelación interpuesto, ante la eventualidad que el gravamen que ya le produce la sentencia desfavorable le pueda perjudicar aún más. Sin embargo, el argumento no deja de ser efectista, y ello es entendible con claridad si centramos el análisis de la mano de los principios dispositivo y de aportación de parte.

### **5.9. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y EL DE APORTACIÓN DE PARTE**

Como ya se ha referido, por el principio dispositivo las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no judicialmente, en la medida que estimen oportuno<sup>36</sup>. El principio de aportación de parte, por su lado, hace referencia a la introducción y prueba en el proceso del material fáctico, siendo sus manifestaciones: la alegación por parte de los litigantes de los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso, y el de proponer la prueba de tales datos o elementos<sup>37</sup>.

La distinción de estos principios se acentúa con la ideología social emergente en el presente siglo y que, según Pico I Junoy, lleva consigo en Europa el fenómeno de la “publicización” o “socialización” del proceso civil. Y, precisamente, una de las notas más relevantes de este fenómeno se pone de manifiesto en el hecho que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo, va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte, al menos en lo que respecta al reparto de funciones entre el Juez y los litigantes y al incremento de facultades probatorias del órgano jurisdiccional, indicándose que si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, es decir de su desarrollo, al concebirse no solo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de los derechos privados, sino además como función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esta función<sup>38</sup>.

De ello se deriva, creemos, con nitidez, que si bien las pretensiones y la controversia dentro del proceso se sujetan a la disposición de las partes, el proceso escapa a tal posibilidad. Ergo, si la amplitud de la adhesión tiene que ver con una opción de política procesal (de Estado), - por no estar a disposición de las partes - resulta incongruente hacer depender aquella amplitud de la adhesión de los “temores”, “riesgo” o “amenaza” que la apelación pueda, en

efecto, proferir a la parte apelada. No es esa su razón de ser, pues las facultades procesales, como la impugnatoria tiene, más que amplitudes, restricciones, y ellas son cada vez mayores, en la perspectiva anotada de hacer del proceso un mecanismo de respuestas rápidas y eficaces.

De otro lado, nos parece que el derecho a la pluralidad de instancia, que forma parte de la garantía constitucional del debido proceso<sup>39</sup>, no tendría por qué ser visualizado como un ejercicio que amenace los derechos de la contraparte en un proceso, pues, aún cuando en efecto de su ejercicio pueda derivarse una afectación para la contraparte (el apelado), sin embargo, ello no puede justificar una tendencia a otorgar al supuesto afectado posibilidades impugnatorias mayores que las concedidas al apelante, que no hace sino ejercitar un derecho concebido dentro de un ámbito de estricta igualdad procesal.

El tema, en verdad, es propicio para ensayar mayores fundamentaciones. Una de ellas sería encarar el valor justicia que subyace en cada opción de política procesal que trate de la adhesión a la apelación, sin embargo, ello requeriría un análisis separado y de mayor aliento, que nos reservamos.

Así, solo hemos querido trazar en este trabajo las bases que permitan una fundamentación razonable de la adhesión, como recurso excepcional, de autonomía relativa, y de alcance restringido, pues entendemos que sólo así se corresponde con la orientación actual del proceso civil peruano y resulta compatible con los principios procesales que rigen el recurso de apelación, que le sirve de contexto.

---

<sup>1</sup> Lama, H. La Adhesión a la Apelación: autónoma o dependiente. Alcances de este medio de impugnación.- Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima Año 2º, N° 2.

<sup>2</sup> Asumiendo posición con la denominada impugnación a la apelación, que recoge la nueva Ley Procesal Civil española - Ley 1/2000 del 7 de enero del 2000 - concluye que puede incluirse como fundamento de la *adhesión* materias distintas a las que fueron objeto de la apelación, siempre que causen agravio al que hace uso de ella (Op Cit. Conclusión 4).

<sup>3</sup> Loreto, L. Adhesión a la Apelación (Contribución a la teoría de los recursos en materia civil). En: Revista Jurídica "Boletín Mexicano de Derecho Comparado" UNAM. México: 1975. N° 24 Setiembre - Diciembre. Págs. 661 a 699.

<sup>4</sup> Los profesores españoles Juan Montero Aroca y José Flors Maties, entienden que los recursos tienen fundamento en el reconocimiento de la falibilidad humana y en la conveniencia de que el propio juez o tribunal pueda reconsiderar y rectificar una decisión desafortunada antes de que se convierta en firme. Pretendiendo con ello también una más perfecta aplicación o interpretación del Derecho en el caso concreto, es decir la unificación de la jurisprudencia, con la seguridad jurídica general que ello supone. (Los Recursos en el Proceso Civil.- Edit. Tirant Lo Blanch.- Valencia 2001. Pág 32.



- <sup>5</sup> Hitters, J. Técnica de los Recursos Ordinarios. Segunda Reimpresión. Buenos Aires: Librería Editora Platense: 2000. pág. 26.
- <sup>6</sup> Op Cit. Página 25.
- <sup>7</sup> El artículo 364° del Código Procesal Civil precisa como objeto del recurso de apelación: que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que le produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.
- <sup>8</sup> Loutay, R. El recurso ordinario de apelación en el Proceso Civil.- Ed. Astrea. 1989. Pág. 82.
- <sup>9</sup> Op Cit. Pág. 82 a 84.
- <sup>10</sup> Mans, J. Los Principios Generales del Derecho. Barcelona: Bosch; 1979. Pág 40.
- <sup>11</sup> Montero, J y Flors Maties, J. Los Recursos en el Proceso Civil. Pág. 199.
- <sup>12</sup> Peyrano, J. El Proceso Civil: principios y fundamentos. Buenos Aires: Editorial Astrea; 1978. Págs. 52 y 53.
- <sup>13</sup> Citado por Peyrano, J. Op Cit. Pág. 52.
- <sup>14</sup> Citado por Peyrano, J. Op.Cit. Pág. 54 y 55.
- <sup>15</sup> Pico I Junoy. Los Principios del Nuevo Proceso Civil Español. En: Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad. N° 137 - 2003/2004. Pág. 534, 537 y 539. Pico ha precisado que dos de los principios básicos que gobiernan todo proceso civil son: el principio dispositivo, en virtud del cual las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no judicialmente, y el de aportación de parte, según el cual son los litigantes quienes tienen que alegar los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso, así como proponer la prueba de tales datos o elementos.()
- <sup>16</sup> Loutayf, R. Op. Cit. Pág. 114 -115.
- <sup>17</sup> Op. Cit. Pág. 115.
- <sup>18</sup> Idem Pág. 143.
- <sup>19</sup> Atienza, M. Cuestiones Judiciales. México: Biblioteca de Ética Filosofía del Derecho y Política; 2001. Pág. 9.
- <sup>20</sup> Loreto, L. Op Cit. Pág. 663 a 665.
- <sup>21</sup> Lama, H. Op Cit.- Pág. 6 y 7.
- <sup>22</sup> Montero, J y Flors Maties, J. Los Recursos en el Proceso Civil. Pág.294..
- <sup>23</sup> Op Cit. Pág. 294.
- <sup>24</sup> Lama, H. Op Cit. Pág 9.
- <sup>25</sup> Lozano - Higuero, M. Modernas Tendencias - actuales y nuevas perspectivas ante el nuevo siglo del Derecho Procesal Civil.- En: Revista Peruana de Derecho Procesal.- N° III. Pág. 123 a 142.
- <sup>26</sup> Lozano - Higuero, M.- Op Cit. Pág. 127.
- <sup>27</sup> Montero, J. Derecho Jurisdiccional.- Valencia - año 2000.- Tirand lo Blanch.- 10 edición. Pág. 12 a 27.
- <sup>28</sup> Peyrano J, Chiappini J.. El Cuarto Estadio de los Conocimientos Procesales: El "Eficientismo" Procesal. Rev. La Ley. Tomo 1984-A. Pág. 881-885.
- <sup>29</sup> Monroy, J. A Cinco Años de Vigencia del Código Procesal Civil.- Revista Peruana de Derecho Procesal. N° III.- Pág. 177 a 194.
- <sup>30</sup> Vallines García, E.- La Preclusión en el Proceso Civil.- Thomsom Civitas.- Año 2004.- Págs. 33 a 43.
- <sup>31</sup> Así se desprende de lo previsto por los artículos 556, 491, inciso 12, y 478, inciso 13, respectivamente.
- <sup>32</sup> Vêscovi, E. Teoría General del Proceso.- Pág. 213. Enrique Vêscovi, ha definido a la *carga procesal* como: un imperativo del propio interés y no del interés ajeno. Es decir que el que cumple con el imperativo (comparecer, contestar la demanda, probar, alegar, etc.,) favorece su interés y no el ajeno, como sucede en la obligación y en el deber. Refiere que Santiago Sentís Melendo afirmaba que, en materia de cargas estamos en el campo de la libertad: el sujeto tiene la opción entre cumplir y no cumplir con su conducta ("su carga"); si no lo hace no tendrá una sanción, pues lo que se busca es facilitar la situación del otro sujeto, porque el fin perseguido es, justamente, proteger el propio interés (no el del "otro"). Tanto, que hay quienes la incluyen como situación activa.
- <sup>33</sup> Gutiérrez, W y Sosa Sacio, J. La Constitución Comentada. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. Pág. 52.
- <sup>34</sup> Devis, H. Teoría general del Proceso.- Tomo I.- Buenos Aires: Editorial Universidad; 1984. Pág. 49 y 50.
- <sup>35</sup> Montero J, y Flors Maties J. Los Recursos en el Proceso Civil. Pág. 294.
- <sup>36</sup> Picó I Junoy. El Juez y La Prueba Procesal. Madrid: Bosch; 2007.- Pág. 99 y 100. Joan Picó i Junoy, señala también como notas esenciales de este principio: a) el inicio de la actividad jurisdiccional sólo es posible a instancia de parte, de acuerdo a los aforismos *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*; b) la determinación del objeto del proceso corresponde únicamente a los litigantes; c) las resoluciones judiciales deben ser congruentes con las pretensiones de las partes; y, d) la finalización de la actividad jurisdiccional se atribuye en exclusiva a la voluntad de los litigantes, quienes pueden disponer libremente tanto de la *res in iudicium deductae*, mediante la renuncia, el allanamiento o la transacción, como de la continuación del



---

proceso, a través de desistimiento o de la caducidad de la instancia.

<sup>37</sup> Picó I Junoy.- Op Cit. Pág. 101 y 102.

<sup>38</sup> Picó I Junoy.- Op Cit. Pág. 102 y 103.

<sup>39</sup> El artículo 139, inciso 3° de la constitución Política del Perú, prescribe, como principio y derecho de la función jurisdiccional: *la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*. Por su lado, la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional ha indicado que el debido proceso “...*implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, al plazo razonable, etc...*” (STC N° 0200-2002-AA, 15.10.2005).





## ÉTICA Y GESTIÓN PÚBLICA: UNA VISIÓN DESDE EL OTRO LADO

RONALD CÁRDENAS KRENZ\*

### Resumen

El artículo presenta un panorama amplio sobre la función pública, su importancia, acceso a ello, dificultades que viene atravesando (sobre todo con la corrupción), y sobre los sinsabores que a diario sufren los trabajadores públicos en el desempeño de sus funciones.

Se comentan, también, los códigos de ética que varias instituciones han venido elaborando, como una forma de enfrentar el problema de la corrupción, se precisa además que la legitimidad de las instituciones no reposa solamente en sus normas, sino en la aplicación efectiva de las mismas.

**Palabras clave:** Función pública, ética, corrupción.

### Abstract

The present article displays an ample panorama on the public function, its importance, access to it, difficulties that has been crossing (mainly with the corruption), and the problems that the functionaries go through on a daily basis in their professional performance.

We also comment the codes of ethics that several institutions have come elaborating, as a form to face the problem of the corruption, it is also needed that the legitimacy of the institutions does not only rest in its norms, but in the effective application of the norm.

**Key words:** Public function , ethic, corruption.

### Sumario

1. Introducción. 2. Sobre el ingreso a la función pública. 3. Tribulaciones diarias de un funcionario público. 4. ¿Por qué las instituciones públicas no prestan un mejor servicio? 5. Códigos de Ética en la administración pública y alternativas de solución frente al problema de la corrupción. 6. Instituciones que gozan de mayor reconocimiento y prestigio social. 7. Colofón.

---

\* Profesor y Jefe del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Profesor de la Universidad de Lima. Vicepresidente del Instituto de Desarrollo y Gestión Territorial.

## 1. INTRODUCCIÓN

Nadie puede dudar de la importancia de la función pública y de su urgente demanda de cambios. Sin embargo, ella hoy en día apenas concita el interés de algunos jóvenes, advirtiéndose además que, en numerosos casos, termina siendo una opción residual en donde recalca quien no tuvo la suerte de colocarse en determinada institución privada.<sup>1</sup> Baste notar, por ejemplo, el escaso nivel de presencia en la magistratura que tienen los estudiantes que egresan de algunas prestigiosas universidades privadas, para quienes la carrera judicial no suele ser hoy en día una alternativa a considerar.

Este desinterés no obedece a un tema meramente económico (como se pensaba hasta inicios del gobierno de Alejandro Toledo, que aumentó considerablemente las remuneraciones de los jueces en un vano intento de atraer a abogados de mayor nivel que el promedio actual), sino que se vincula más bien con el desencanto (cuando no la indignación) que ha despertado el funcionamiento de muchas instituciones del Estado (con honrosas excepciones), debido a la corrupción imperante en ellas.

El estudio publicado en el año 2002 por la Defensoría del Pueblo y la (entonces) Escuela Superior Antonio Ruiz de Montoya, refleja con crudeza la imagen cotidiana del funcionario público<sup>2</sup>:

- *Relajados, flojos, lentos, displicentes, malcriados e indiferentes; recurrente ejercicio de la corrupción; escasa preparación académica o insuficiente para el cargo, pero para quienes el Estado constituye un espacio de oportunidad laboral poco exigente, con conductas conformistas y mediocres. En provincias, especialmente, se percibe en el trabajador estatal una cierta tendencia a sentirse superior a los ciudadanos comunes.*
- *Tienen un carácter desagradable; son personificados como apáticos, aburridos, malhumorados, renegones, irritables, conformistas y con baja autoestima, pero que simultáneamente se muestran autosuficientes, déspotas, dominantes y discriminadores. Pocos reconocieron que algunos empleados públicos son más bien amables y atentos, adjudicando estas características a los trabajadores de entidades como Registros Públicos (SUNARP), la SUNAT y otras pocas entidades.*

Dicha imagen –al margen de lo injusta que pueda ser cualquier generalización– demuestra lo arduo de la tarea de volver a interesar a los jóvenes más talentosos en el servicio público<sup>3</sup>, mas es indudable la necesidad de hacerlo,

como un desafío a nuestra habilidad para reconciliar la ética, el dinamismo y la eficiencia con la función pública.

Naturalmente que se trata de un problema estructural y complejo. Tan difícil puede ser cambiar el sistema, que el solo hecho de que el sistema no lo cambie a quien sanamente ingresa a él, es ya un hecho meritorio.

Tuve la oportunidad de ingresar al Sector Público en el año 2001 (luego de haber estado algunos años en el sector privado), viviendo así la experiencia de pasar al otro lado del escritorio, a ese lugar a veces esotérico, a veces oscuro, plagado de prejuicios y lugares comunes, del cual muchas veces poco realmente se conoce, por lo que las presentes líneas intentan ofrecer una aproximación más cercana al tema.

Después de casi cuatro años de conocer el sistema por dentro –y sobrevivir a los rigores, luces y sombras del mismo–, creo que puedo decir con certeza que no todo está perdido, que hay funcionarios públicos honestos, probos y capaces, que existen ciudadanos ejemplares que con su gran capacidad, generosa dedicación y firme consecuencia dignifican la función pública.

El problema es que, como dice Beatriz Boza<sup>4</sup>:

“... cuando se habla de entidades públicas o de funcionarios, se piensa inmediatamente en burócratas, ineficiencia o en corrupción. No necesariamente es así” (...).

“Existe un buen porcentaje de funcionarios que en sus diversas instituciones buscan hacer bien las cosas, con profesionalismo” (...).

En este análisis entonces, para un enfoque más adecuado del problema, es preciso tener en cuenta tanto la perspectiva del usuario o cliente como la del servidor. De otra manera, cualquier evaluación terminaría siendo sesgada, por lo que es conveniente echar un vistazo a los diversos problemas que debe uno abordar cuando se ingresa a este universo, a este agujero negro, que puede significar trabajar para el Estado.

## **2. SOBRE EL INGRESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA**

De entrada, uno se encuentra frente a una serie de estereotipos y mitos que debe enfrentar: se piensa que uno ingresa por alguna vara, antes que por su propia capacidad; que uno entra no para servir, sino para servirse del cargo; que uno entra no para colaborar con el país, sino para ayudar a los amigos.

Tantas veces debe haber pasado ello a lo largo del tiempo, que el prejuicio ha quedado impregnado en la memoria colectiva, sin importar que justos paguen por pecadores.

Claro que la ley muchas veces tampoco ayuda y puede motivar la informalidad o inducir –ella misma- a que le saquen la vuelta. Por ejemplo, un trabajador con la especialidad “equis” quiere laborar y una entidad tiene necesidad de contratar justamente a alguien con ese perfil; uno y otro se requieren, uno y otro se necesitan, pero la institución no puede contratarlo simplemente porque la Ley del Presupuesto General de la República impide contratar más trabajadores o porque simplemente su Gerente de Presupuesto dice: “no hay plaza en el CAP”<sup>5</sup>. Entonces: o el trabajador sigue desocupado y la institución sigue sin cubrir su falencia, o sino ambos optan por la alternativa del contrato por servicios no personales como salida.

Si de contratar a las mejores personas se trata, una cuestión interesante a debatir, tratándose de concursos públicos, es cuáles son los criterios que deben determinarse, además del conocimiento técnico. Por ejemplo, para ser Notario, la ley señala que hay que evaluar el currículum vitae del postulante y tomarle un examen escrito y un examen oral<sup>6</sup>. Todo parece bien. Sin embargo, ¿En qué momento se califica la confianza que inspira el candidato, su personalidad, sus buenas maneras, su capacidad de expresión?. Como Presidente del Consejo del Notariado me tocó presidir dos concursos y en ambos la opinión de los miembros fue unánime: la única posibilidad de evaluar tales consideraciones –que sería irresponsable no examinar para un cargo de esa naturaleza- es al momento de hacer la entrevista personal en la que se califica el currículum, aún cuando ello implica hacer una interpretación bastante amplia de las normas vigentes.

Cuestión vinculada con la materia es que a veces el sistema normativo tiene sus propias limitaciones o vacíos que quedan en todo caso a la interpretación de los jurados, a su ética, a su buena fe o a su buen (¿?) saber y entender. Por ejemplo, en un concurso para Registradores Públicos, el Jefe de la Oficina respectiva –que integraba el Jurado- no solía hacer preguntas a los postulantes que trabajarán en la oficina a su cargo, pero sí les ponía nota al momento de evaluar; otros en cambio, optaban por no intervenir ni siquiera en la calificación.

El tema de las incompatibilidades se presta siempre a la discusión, toda vez que algunas son más claras que otras. Una cuestión debatida en diferentes concursos es la de si hay impedimento para que un catedrático universitario

que integra un jurado evalúe a uno de los postulantes que sea o haya sido su alumno. Al respecto, un criterio prudente que suele inspirar diversos jurados es que la relación profesor-alumno es pasajera y muy distinta a la que se genera, por ejemplo, con el caso del practicante que labora en un estudio, en donde hay una dependencia o subordinación, una vinculación económica, un contacto más personal y otro tipo de intereses. Por lo demás, sería absurdo terminar prescindiendo en los concursos de los catedráticos universitarios, cuyo aporte a la hora de evaluar conocimientos es fundamental.

Adicionalmente, debe señalarse que el artículo 13º del Reglamento del Concurso Público de Méritos para el Ingreso a la Función Notarial, aprobado mediante Resolución Ministerial No. 398-2001-JUS, establece que no debe existir entre el jurado y los postulantes parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o “vinculaciones de otra índole que pongan en duda la imparcialidad del miembro de un Jurado”. No obstante, en un concurso en provincias postulaba para notario nada menos que la hermana del Decano del Colegio de Notarios, quien como tal integraba el jurado; como el artículo 14º del mismo reglamento dispone que de existir tales incompatibilidades el jurado debe integrarse con el suplente que corresponda, entonces “interpretó” que su impedimento era solo respecto a esa postulante, pero que igual podía el referido miembro (y Decano, vale repetir) seguir evaluando a los otros, con lo que si bien no iba a poder aumentar las calificaciones de su allegada, igual quedaba la sospecha de que podía hacerle el favor bajándole el puntaje al resto de postulantes.

De hecho que en un concurso suelen ocurrir todo tipo de anécdotas: como la de dos postulantes a registradores que ingresando al aula para rendir un examen en la Universidad Católica, no querían que el jurado los sentara separados invocando que la Constitución amparaba que se sentaran donde quisieran. O un examen de conocimientos para la plaza de Registrador en Lima, en el que de alrededor de mil postulantes ¡solo aprobaron cuatro! O la porfiada idea de un Notario de un departamento costeño que insistía en que si la ley dice que el examen oral previsto para los Notarios es “público” significa entonces que las preguntas las debe formular el público asistente (¡!).

Si hablamos de medidas de seguridad en los concursos públicos, es de resaltar una antigua norma de la SUNARP que establece que cualquier recomendación respecto a un postulante genera su inmediata separación del concurso, disposición saludable aunque su cumplimiento no siempre será efectivo, pues hay formas sutiles –legales y casuales- de recomendar. Frente a las “recomendaciones”, empero, lo mejor es un examen anónimo, escrito y



exigente, rigurosamente reservado y calificado por terceros, para liberar al Jurado de cualquier presión y dejar que se expectore por sí solo cualquier "recomendado". Así, nada más grato que poder decirle a quien se interesa sospechosamente por un postulante, sosteniéndose en la cuerda floja entre lo pertinente e impertinente, que su candidato sacó un 08 que lo dejó fuera de carrera.

Tampoco faltan, claro, los que se presentan solos tomando el nombre de fulano o sultano, o algún descarado irreverente que se presenta en la recepción de la oficina como el nuevo jefe en Chiclayo, por ejemplo, sin resolución que lo ampare y argumentando únicamente su pertenencia a tal partido.

Sobre este tipo de casos, otro mito que hay respecto a la administración pública está vinculado con qué tanto tiene que ver lo político con los nombramientos de funcionarios en el sector público. Al respecto, en honor a la justicia y a la voluntad popular que elige a un gobernante en particular, es completamente entendible que los más altos puestos de dirección del Poder Ejecutivo sean asumidos por miembros del partido de gobierno, pero ello es aceptable sólo en tanto la persona designada esté capacitada para la función.

Es decir, el solo hecho de que una persona milite en un partido no lo inhabilita para asumir un cargo, como tampoco le basta para poder hacerlo. Claro que nunca faltarán presiones, de una o de otra naturaleza, pero depende de cada uno saber enfrentarlas manteniendo la dignidad en el cargo o renunciando al mismo en nombre precisamente de ella.

En cuanto a las recomendaciones, una vieja práctica en la administración pública ha sido el uso y abuso de las tarjetas de presentación, más poderosas que una tarjeta de crédito, según se cuenta<sup>7</sup>. La última vez que se discutió el tema públicamente fue a raíz de unas declaraciones públicas del ex Ministro de Defensa Aurelio Loret de Mola, a inicios del gobierno de Alejandro Toledo, quien hizo referencia al cerro de tarjetas de congresistas que había recibido para recomendar el ascenso de numerosos militares en un concurso, sin imaginar el revuelo que iba a causar con sus palabras, pues varios congresistas le exigieron -con una firmeza digna de mejor causa- mostrar esas tarjetas que el Ministro dijo luego que había desechado.

Teniendo en cuenta seguramente experiencias similares, es que hoy en día uno puede encontrar tarjetas de congresistas que, en el reverso, con poca elegancia, llevan impresas curiosas frases como: "La presentación de esta tarjeta no implica recomendación alguna". Pero mucho más peculiar es la benevolente

y atípica tarjeta de una reciente congresista que decía: *“Jehová te bendiga y te guarde, haga resplandecer su rostro sobre ti y tenga de ti misericordia. Jehová alce sobre ti su rostro y ponga en ti paz”*. Ruéguese a Dios para que ésta bien intencionada congresista haya dejado algunas tarjetas en diversos escaños del Congreso, a fin de invocar tanta misericordia requerida.

Pero, ¿cómo es la vida diaria de un funcionario público que tiene cierto nivel de responsabilidad?. Poco se ha escrito sobre el tema, por lo que vale esbozar algunas ideas sobre el particular.

### 3. TRIBULACIONES DIARIAS DE UN FUNCIONARIO PÚBLICO

No puede negarse de ninguna manera muchas de las críticas que se hacen a los funcionarios; empero, es importante conocer también un poco cómo es la vida del mismo desde dentro:

1. Para empezar, por más conciencia tranquila que tenga la institución, hay que iniciar el día ojeando los periódicos y ver qué con denuncia amanecen, tomar acción de inmediato para sancionar al culpable o armarse de paciencia para pedir la rectificación respectiva. Puede que si es usted funcionario público tenga la razón, que la denuncia sea infundada, más si al menos le publican su carta, ya puede darse por bien servido, que disculpas casi nunca llegan.
2. Si un trámite en su institución se tarda demasiado, no faltará alguien que se queje por la demora; si más bien la atención fue rápida, entonces tampoco faltará quien sospeche de tal celeridad.
3. Debe dar por lo menos un vistazo a las Normas Legales y recorrer diariamente sus no menos de 16 poco entretenidas páginas que trae el diario oficial, amén de revisar la página web del Congreso por si alguien ha pensado en regalar alguna nueva exoneración con cargo a la factura que pagará su institución (y sin consultarle, por supuesto).
4. No le faltará cada semana un amigo (o simple conocido que como tal se presentará) que le pida una cita por un asunto “de vida o muerte”. Al recibirlo se dará usted cuenta que el tipo no sólo no se estaba muriendo, sino que más bien se quería pasar de vivo.
5. Si uno quiere ganar amigos en esta vida, mejor que comprar el conocido libro de Dale Carnegie sobre *Cómo ganar amigos*, asuma usted un cargo público y verá cuántos de inmediato se le aparecen.

6. Y si le sorprendiera qué rápido aparecen, espere a ver qué rápido se desvanecen cuando usted deje el cargo
7. No se extrañe tampoco si parientes lejanos de pronto se vuelven cercanos, o si de repente pierde el cariño de algún tío por no querer “servir” a un necesitado primo. Prepárese a pasar, sin paciencia ni misericordia, de ser héroe a villano.
8. No le faltarán invitaciones a almorzar, pero si cae en la tentación culinaria, cuídese del plato de fondo, que nunca figura en la carta y que al final lo puede indigestar. (Y ¡ay de sentirse halagado por tanto almuerzo o lisonja!, que al terminar su cargo cualquier comida puede haber sido su última cena).
9. Tendrá que convivir con una serie de términos como ROF, CAP, MOF, OPI, OPD, SNIP, ETE y etecé, sin que haya un SOS que lo salve. Un día verá que hasta su nombre empieza a escribirlo en siglas y entonces, al preocuparse de su salud, se percatará de una curiosa relación entre la materia gris que su cerebro gasta y el color cano que va adquiriendo su pelo.
10. Prepárese a enfrentar el universo kafkiano que son nuestras normas, y tenga valor, aunque tratando de explicarle al cliente un sistema que ni siquiera usted mismo entiende, pueda terminar llorando a su lado.
11. Su preocupación por no cumplir exactamente con tal o cual dispositivo, por más absurdo que sea, atentará contra el lugar que tenía reservado la creatividad en su inteligencia. Recordará a aquel alcalde de provincia que teniendo que repartir el vaso de leche en su extensa región, usó los fondos del mismo para comprar un pequeño camioncito distribuidor, terminando el buen burgomaestre empapelado en un proceso, del mismo modo que le hubiera pasado si hubiera dejado sin distribuir la bendita leche.
12. Tendrá usted un órgano de control con el que pretenderá contar para ayudarlo a no cometer errores, mas tome sus precauciones y encomiéndese bien, que, aunque excepciones las hay, si usted está por cruzar la pista y tiene un típico auditor al lado, no se confíe si es que no le dice nada, pues es probable que esté esperando que el carro lo coja para recién después, avisarle con pena que estaba usted cruzando en rojo.
13. Si usted cree que la impuntualidad es una característica de los peruanos, vaya a casi cualquier oficina a la hora de salida y verá lo puntuales que suelen ser muchos burócratas a la hora de dejar el trabajo. El apuro por salir suele importar más que la responsabilidad en el cargo, no importa que el teléfono se desgarre gritando, que el deber llame, etc., primero es la

salida o, por supuesto, el almuerzo. ¿Quiere medir la responsabilidad de un trabajador? llame 10 minutos antes de la hora de entrada, o 10 después de la hora de salida. Si le contesta, alégrese, pues habrá descubierto un trabajador cumplido y responsable.

14. Prepárese a luchar contra el positivismo, que es una de las causas de las mayores tragedias de la administración pública y una de sus características más innatas. (Solo un ejemplo sencillo: ¿Sabía usted que los autos antiguos -las famosas carcochitas- no se registran simplemente porque no son considerados vehículos "destinados a la circulación"? y lo mismo ocurre con los tractores, nada menos).
15. Además, permanentemente tendrá que luchar contra un mecanicismo que afecta seriamente a la administración pública, con procedimientos que nadie sabe cuál es su sentido ni si están vigentes, pero que igual siguen automáticamente, complicando las cosas y confundiendo al usuario. Un viejo amigo, quien fuera Presidente del BCR, contaba, que en una ocasión llegó a su Despacho una resolución para su firma ¡con 17 sellos! Al advertir un error en el contenido, llamó al último funcionario que puso su sello, le hizo ver la equivocación, y éste se justificó diciendo que la verdad no había leído bien el documento porque "como ya la han revisado 16 personas...". El Presidente del BCR llamó entonces al decimosexto funcionario que había sellado el documento y éste le contestó en forma similar "como ya la habían revisado antes 15 personas, la vi muy rápidamente". Lo curioso es que todos los demás funcionarios fueron contestando casi igual, hasta que, al fin, llegó donde quién había hecho la resolución: "¿Cómo es que usted no revisó el proyecto que preparó para poder detectar el error?" Muy orondo el funcionario contestó, "la verdad, señor Presidente, ¿para qué habría de hacerlo si al final la revisarían 17 personas más?".

#### **4. ¿POR QUÉ LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS NO PRESTAN UN MEJOR SERVICIO?**

La falta de estímulos para los trabajadores más talentosos, la inestabilidad permanente que se percibe sobre todo en las instituciones más politizadas, la inexistencia de una carrera profesional en muchas entidades<sup>8</sup>, los bajos sueldos de una gran parte de la administración pública, las diferencias de beneficios económicos en función del tipo de relación laboral, entre otras razones, pueden llevar a que los trabajadores no brinden sus mejores capacidades o haya una permanente "fuga de talentos", busquen un padrino "político" o trabajen con desánimo; se queden en el conformismo o caigan en la desidia; se sientan marginados o se sumen en la pasividad; se vuelvan indiferentes o

se acostumbren a la rutina; busquen un empleo adicional o “compensen” su situación ejerciendo actos de apropiación indebida, etc.

Esto puede ser más dramático en el caso de los trabajadores contratados en muchísimas entidades, a quienes trimestralmente se les renueva (¿se les renueva?) el contrato, y cuya inestabilidad genera una actitud cortoplacista y un sentimiento de discriminación (no tienen gratificación, no reciben canasta o regalo navideño que sí tienen muchas veces los nombrados, no pueden cobrar horas extras, etc.).

En cuanto al tema de la ética, una cuestión sustantiva de fondo, especialmente relevante es que, como señalan la Defensoría del Pueblo y la Escuela Superior Antonio Ruiz de Montoya<sup>9</sup>, si bien se reconoce la importancia de la ética en la administración pública, hay un discurso paralelo por el que todo lo considerado como éticamente valioso aparece como un estado de cosas deseable, pero en suspenso, ante la fuerza de la realidad que se impone con una fuerza coercitiva mayor que la de los valores. Ello, entre otras cosas, nos lleva a la reflexión acerca del riesgo del aumento de permisividad frente a conductas y comportamientos fuera de la ley y de la ética, hecho que contribuye con la proliferación de la corrupción en tanto se le acepta como justificación para suplir las carencias económicas de los trabajadores del sector público, en lugar de enfrentar la problemática de fondo.

## **5. CÓDIGOS DE ÉTICA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN FRENTE AL PROBLEMA DE LA CORRUPCIÓN**

En los últimos años, como no había ocurrido jamás antes, varias instituciones públicas han elaborado sus propios códigos de ética. Así, por ejemplo, el Jurado Nacional de Elecciones, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, la Presidencia del Consejo de Ministros, la ONPE, el PROMUDEH, el Poder Judicial, el Congreso, FONCODES, etc.; tenemos hasta un Código de Ética de la Función Pública<sup>10</sup> que rige para los servidores del Estado, con su respectivo reglamento aprobado meses más tarde de lo dispuesto<sup>11</sup>.

El hecho de que las instituciones públicas asuman la importancia de contar con un Código de Ética que las rija<sup>12</sup>, es un dato muy significativo, pero es importante advertir que la legitimidad de las instituciones y la confianza que puedan generar en la opinión pública, no reposa tanto en sus normas, como en la aplicación efectiva de las mismas.

Un Código de Ética debe evaluarse teniendo en cuenta su eficacia, entre otros factores; es decir, teniendo en cuenta la capacidad y la decisión de una

institución para establecer sanciones, pero sobretodo el propósito y la firmeza para aplicarlas. Vale recordar aquí el viejo dicho: *Más vale tener malas leyes y buenos jueces, que tener buenas leyes pero malos jueces.*

Más allá de lo que con buena voluntad digan los Códigos de Ética, es importante el testimonio que pueda dar el funcionario público con su actuación, siendo de recordar aquí que, por ejemplo, el Código de Ética Parlamentaria establece que el respeto a la investidura parlamentaria “es incompatible con una conducta que atente contra el orden público y las buenas costumbres”<sup>13</sup>.

También es de apreciar el dato de que el Código de Ética del Poder Judicial<sup>14</sup> va más allá y establece expresamente que los jueces deben evitar concurrir a lugares de dudosa reputación, ingerir sin moderación bebidas alcohólicas, etc.; siendo oportuno preguntarnos si esas mismas limitaciones son o no también exigibles a altos funcionarios del Poder Ejecutivo o a los mismos parlamentarios.

En este punto, conviene advertir que en los últimos tiempos se invoca con mucha ligereza que “lo que no está prohibido, está permitido”, distorsionando interesada o irresponsablemente la aplicación de un viejo principio jurídico, para caer en un cuestionable pluralismo moral y legal, olvidando que hay normas no escritas, normas implícitas, o normas que se deducen simplemente de la razón, del sentido común o del buen gusto que nos obligan tanto o más todavía que aquellas que están expresas.

Es lamentable que nuestra sociedad, socavada en sus valores fundamentales, haya ido siendo cada vez más permisiva respecto a conductas objetables moralmente, con lo que, de alguna manera, esa propia sociedad afectada por conductas antiéticas, termina legitimándolas, lo que quizás en el fondo sea lo más grave, en tanto puede darle una naturaleza estructural al problema.

La corrupción no solo tiene una connotación moral, sino que también eleva los costos de transacción; desincentiva la inversión; genera una mayor incertidumbre en el sistema económico y legal; e incluso, puede afectar la propia legitimidad del Estado, además de desalentar a los mejores cuadros para incorporarse a la administración pública.

Es preocupante que entre los años 2002 y 2003 se elevara de 66 a 72% la tolerancia moderada frente a la corrupción y que el rechazo definido haya bajado de 30 a 24%, conforme a los estudios de Proética, siendo preocupante que:

- Para un 73% de personas es aceptable o muy tolerable tomar un transporte público y evitar pagar el pasaje.

El mismo porcentaje de personas piensan que es aceptable quedarse con el vuelto que le dan a uno de más.

- Similar porcentaje piensa que es aceptable colarse a un espectáculo público sin pagar.
- Un 63% no rechaza dar “alguito” para acelerar un trámite.

Si el asunto es más de personas que de normas, y sin dejar de mencionar la importancia de los Códigos de Ética, quizás sea pertinente tener siempre presente como pauta ética fundamental las ideas fundamentales de Kant, actuando según una máxima que podamos considerar como una ley universal, tratando a toda persona como un fin y no como un medio, y, finalmente, teniendo en cuenta que en el reino de las voluntades libres todo ciudadano debe ser legislador y súbdito a la vez.

## **6. INSTITUCIONES QUE GOZAN DE MAYOR RECONOCIMIENTO Y PRESTIGIO SOCIAL**

De acuerdo al valioso estudio de la Defensoría del Pueblo y la (entonces) Escuela Superior Antonio Ruiz de Montoya, las instituciones que están vinculadas a la administración económica del país son las que gozan de mayor reconocimiento y prestigio social, específicamente SUNAT, SUNARP, SBS, SUNAD, Indecopi, entre otras. Se les adjudica un mayor status en comparación con el resto del aparato estatal, resultado de una política de modernización que ha generado cambios estructurales a nivel de remuneraciones, en la selección de personal más calificado, en la incorporación de tecnología moderna, capacitación frecuente, así como en general una mejor infraestructura y logística, condiciones que propician un funcionamiento más eficiente.<sup>15</sup> El enfoque más bien gerencial y de trabajo por objetivos es una característica de diversas instituciones, que distingue a aquellas instituciones más reconocidas respecto al perfil general del trabajador estatal.<sup>16</sup>

A lo expuesto, quizás cabría agregar y destacar como un concepto fundamental, el tema de una cultura ética, que no se quede en declaraciones formales y legales, sino que implique sobre todo una mística, un espíritu, un propósito moral orientado en el servicio al otro.<sup>17</sup>

## **7. COLOFÓN**

De la experiencia del autor de estas páginas en la administración pública, puedo decir, en resumidas cuentas, que no puede generalizarse que las instituciones públicas y sus trabajadores sean como por lo general los pintan.



Hay instituciones del Estado muy serias, con trabajadores altamente capaces y eficientes; servidores del Estado y no de gobiernos, funcionarios que funcionan, con vocación y compromiso. No serán lamentablemente la mayoría, pero allí están. Y merecen el mayor respeto y reconocimiento<sup>18</sup>.

¿Qué quizás tuve suerte? Quién sabe, pero sí puedo decir que en las instituciones que he tenido el honor de tener a mi cargo, nunca nadie se acercó para ofrecerme una coima o algo parecido<sup>19</sup>. Y hay muchos testimonios similares.

Una receta básica por si usted es o llega a ser funcionario público alguna vez: no deje que decaiga el optimismo y convicción, y viva cada día como si fuera a la vez el primero y el último. Lo primero, para no perder el entusiasmo; lo segundo, para no pretender aferrarse al cargo. Si es así, podrá sobrevivir e intentar ser un buen funcionario público sin morir en el intento. Eso sí, si espera algún reconocimiento, sepa usted siempre que el mayor aplauso al que se puede aspirar, es aquel que viene de nuestra conciencia.

Finalmente, frente a la expectativa que significa para un país cada cambio de gobierno, debe tenerse en cuenta que cualquier cambio en esta materia, para ser viable y sostenido, debe partir de la propia sociedad. Como dice la filósofa española Adela Cortina<sup>20</sup>:

“...las transiciones políticas son posibles por las transiciones éticas; las negociaciones de los políticos tienen un corto alcance sin el suelo firme del ethos, del carácter de las personas y de los grupos. Los hábitos del corazón de los pueblos son indispensables para construir un orden social determinado, pero también para mantenerlo y profundizar en él”.

---

<sup>1</sup> De acuerdo al estudio efectuado por la Defensoría del Pueblo y la Escuela Superior Antonio Ruiz de Montoya, titulado *Precariedad y Proyecto. Ética y función pública en el Perú* (Lima, noviembre 2002), y que se basa en los resultados de una investigación realizada del 14 al 26 de octubre del 2002 simultáneamente en Lima, Arequipa, Cusco y Piura, por ICOM S.A., la administración pública constituye un refugio de emergencia, cuya prolongación en la precaria situación de sus trabajadores conduce a que tal solución pasajera se convierta rápidamente en una posición permanente, codiciada además por quienes se encuentran fuera de la administración pública; así, se refuerza la resistencia a cambios en el sistema burocrático general; asimismo, esa actitud cortoplacista puede significar cierta propensión a maximizar las ganancias por vías rápidas e informales (antiéticas) ante la presunta inestabilidad del puesto, agrega el estudio.

<sup>2</sup> Op. Cit.



- <sup>3</sup> Tal es el precisamente una de las razones fundamentales por la que el año 2002 nace en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos la idea de premiar anualmente a los dos mejores alumnos egresados de las Facultades de Derecho a nivel nacional: "Esta distinción tiene por objeto el reconocimiento público al esfuerzo, talento y capacidad de los mejores alumnos egresados de las diferentes Universidades, así como motivarlos para el ejercicio de la función pública..." (SUNARP, Memoria Institucional 2002-2004. Lima, Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 2005).
- <sup>4</sup> En: Diario El Comercio, edición del 7 de julio de 2006 (entrevista), pag. A3.
- <sup>5</sup> En el lenguaje común de la administración pública, el CAP se refiere al Cuadro de Asignación de Personal.
- <sup>6</sup> Art. 16 de la Resolución Ministerial No. 398-2001-JUS, Reglamento para el Concurso Público de Méritos para el Ingreso al Notariado: "Las etapas de la evaluación son: a) La calificación del currículum vitae, en escala de uno a veinte puntos. b) Examen escrito en escala de uno a veinte puntos. c) Examen oral de uno a veinte puntos".
- <sup>7</sup> El ex Ministro Carlos Torres y Torres Lara se refiere al tema en su libro *Los Nudos del Poder* (Lima, Desarrollo y Paz, 1992, p. 35- 36); comentando que la gente está absolutamente segura que una tarjeta puede abrir muchas puertas, cuenta anecdóticamente que centenares de veces le pedían solo un favor: que les diera su tarjeta, sin necesidad de que diga nada escrito, pues las tarjetas valen por sí mismas.
- <sup>8</sup> La imposibilidad de "hacer carrera pública" aparece como sustento importante de la desmotivación del trabajador del Estado; la escasa posibilidad de ascender da lugar a una actitud más bien conformista, limitándose solamente a cumplir con lo necesario, evitando enfrentamientos con los superiores, aun cuando éstos no estén procediendo correctamente, señala la conclusión 23 del citado estudio elaborado por la Defensoría del Pueblo y la Escuela Superior Antonio Ruiz de Montoya: *Precariedad y Proyecto. Ética y función pública en el Perú* (Lima, noviembre 2002, pag. 87).
- <sup>9</sup> Defensoría del Pueblo y Escuela Superior Antonio Ruiz de Montoya: *Precariedad y Proyecto. Ética y función pública en el Perú*. Lima, noviembre 2002, pag. 87.
- <sup>10</sup> Ley N° 27815 - Ley del Código de Ética de la Función Pública;
- <sup>11</sup> Decreto Supremo No. 033-2005-PCM - Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 19.04.2005.
- <sup>12</sup> Para una revisión completa de los Códigos de Ética que se han dado en diferentes instituciones del Estado en los últimos años, puede revisarse el libro elaborado bajo la coordinación de Francisco Távora Córdova y Maximiliano Cárdenas Díaz, titulado: *Documentos de la Segunda Reunión Preparatoria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana*. Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega - Poder Judicial - Consejo Nacional de la Magistratura, 2007.
- <sup>13</sup> Inciso a) del art. 4 del Código de Ética Parlamentaria.
- <sup>14</sup> Aprobado en Sesiones de Sala Plena de fechas 9, 11 y 12 de marzo de 2004, publicado en el diario El Peruano el 03.06.2004.
- <sup>15</sup> Defensoría del Pueblo y Escuela Superior Antonio Ruiz de Montoya: *Precariedad y Proyecto. Ética y función pública en el Perú*. Lima, noviembre 2002, pag. 68.
- <sup>16</sup> Conclusión No. 9 del referido estudio de la Defensoría del Pueblo y la Escuela Superior Antonio Ruiz de Montoya, pág. 84. Ver también la conclusión 29 (pag. 89): La mayoría entrevistada reconoció como sectores públicos mejor llevados a la SUNAT, Indecopi, así como a la Superintendencia de Banca, reconociéndoseles contar con personal joven, mejor calificado para los puestos, con menor predisposición a la ejecución de actos corruptos, conductas asociadas con una escala de remuneraciones más atractiva, diferente a la de los otros sectores y con una práctica de gestión que funcionalmente se acerca más a la experiencia gerencial privada y no burocrática.
- <sup>17</sup> ¿No es acaso ello lo que más apreciamos al reconocer a empresas privadas como Wong? ¿Por qué no pensar en instituciones del Estado que partan de la misma manera de una filosofía virtuosa?
- <sup>18</sup> De allí que merezca el mayor aplauso la estupenda iniciativa del Premio a las Buenas Prácticas Gubernamentales organizado por Ciudadanos al Día.
- <sup>19</sup> Como dato anecdótico, debo mencionar que cuando presidí un Jurado para el ingreso al Notariado en Lima, conocí el rumor de que había una "bolsa" para que ingrese un postulante vinculado con un connotado Abogado, no sé qué tan cierto habrá sido el rumor, pero lo que sí puedo decir a mucha honra es que tal postulante no aprobó, pese a que era bueno (y no necesitaba de "ayuda" alguna), pero ciertamente hubo otros mejores en su desempeño en ese concurso.
- <sup>20</sup> Cortina, Adela. "La transición ética". En: Diario El País, edición digital. Madrid, 2003.

## NUEVA LEY DE ARBITRAJE: COLABORACIÓN Y CONTROL JUDICIAL

MARIO CASTILLO FREYRE\*  
RITA SABROSO MINAYA\*\*

### Resumen

Si bien se reconoce el principio de autonomía del arbitraje, ello no implica necesariamente que los tribunales judiciales deban permanecer ajenos al arbitraje. Se trata en el presente artículo la asistencia judicial en la actuación de pruebas en sede arbitral, dado que la falta de imperium de los árbitros hace difícil la producción de determinados medios de prueba, finalmente se trata sobre la asistencia judicial en la ejecución de una medida cautelar y en la ejecución del laudo. Sobre este último tema se señala que si bien el laudo encuentra su origen en la voluntad de las partes, no es menos cierto que a menudo debe acudir a su ejecución forzada

**Palabras clave:** Arbitraje, asistencia judicial, ejecución del laudo.

### Abstract

Although the principle of autonomy of the arbitration is clear, it does not imply necessarily that the judicial courts must ignore the arbitration. In this article, the judicial attendance in the action of the tests in arbitration is treated, and because of the lack of the "imperium" of the arbitrators the production of certain means of test are difficult. Finally is treated the judicial attendance in the execution of a precautionary measure and in the execution of the award. On this last subject it is indicated that although the award finds its origin in the will of the parts, it is not less certain that often it must be gone to forced execution.

**Keywords:** arbitration, judicial assistance, execution of the award.

### Sumario

1. Introducción. 2. Colaboración y control judicial. 3. Asistencia judicial en la actuación de pruebas en sede arbitral. 4. Asistencia judicial en la ejecución de una medida cautelar. 5. Asistencia judicial en la ejecución de un laudo.

---

\* Abogado en ejercicio y socio del Estudio que lleva su nombre. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad del Sagrado Corazón.

\*\* Profesora Adjunta de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

## 1. INTRODUCCIÓN

Lo peor que le podría pasar a una Ley es ser ignorada por el medio jurídico.

Las leyes poco importantes no se comentan ni discuten; simplemente se aplican en los casos en donde resulten imperativas. Pero algo así no puede ocurrir con la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, sobre todo teniendo en consideración que esta área del derecho ha tenido y está teniendo un enorme auge en nuestro país.

Ahora bien, es por todos conocido que el sistema estatal de administración de justicia atraviesa por una de sus etapas más críticas y, como consecuencia de ello, el Poder Judicial ha perdido prestigio en la sociedad. No puede prestar un servicio que reúna las mínimas aspiraciones de las personas. A los ojos del ciudadano común, la justicia estatal no cumple con su función primordial. A pesar de que las leyes reconocen los derechos y las garantías para el resguardo de la vida en sociedad, el sistema judicial es visto como inoperante.

La administración de justicia es anticuada y fuertemente ritual. Carece de presupuestos, ya que sus asignaciones son generalmente inferiores a sus necesidades, lo que provoca serias deficiencias y atrasos en materia de infraestructura, logística, sistemas de información, remuneraciones, etc. Todo ello conspira contra la calidad de las sentencias, que muchas veces carecen de una fundamentación adecuada.<sup>1</sup>

De esta manera, el arbitraje aparece como un sistema heterocompositivo, alternativo al proceso judicial, por el que las partes pueden someter una controversia, previo convenio arbitral, ante un tercero (personas o entidad diferentes de las que integran el Poder Judicial), a fin de que resuelva dicha controversia de manera definitiva y con carácter de cosa juzgada.

En tal sentido, el sometimiento de un conflicto a arbitraje, supone excluir tal asunto del conocimiento de los jueces ordinarios, quienes sólo excepcionalmente, por motivos preestablecidos, podrían decidir sobre la validez o nulidad del laudo.

Como bien señala el propio Caivano,<sup>2</sup> la jurisdicción que detentan los árbitros está sostenida por el ordenamiento legal que respalda la institución del arbitraje, permitiendo que los particulares, dentro de la esfera de la libertad negocial, sustraigan determinadas contiendas de la jurisdicción de los jueces estatales para otorgarlas a otros particulares.

Así el artículo 3º de la nueva Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 3º.- «Principios y derechos de la función arbitral

1. En los asuntos que se rijan por el presente Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que este Decreto Legislativo así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad».

Como se puede apreciar, el citado artículo 3º responde a la preocupación que existía acerca de la indebida intervención judicial o administrativa en el arbitraje. Así contempla la protección del arbitraje frente a toda clase de interferencias que de manera directa o indirecta pretendan impedir el inicio de las actuaciones arbitrales o suspender su trámite.

Así pues, cualquier cuestionamiento a las decisiones o actuaciones de los árbitros solo procede una vez emitido el laudo mediante el recurso de anulación, cuando los árbitros han concluido sus funciones. De esta manera, el control jurisdiccional se mantiene, pero se orienta a un control ex post del laudo y no a un control ex ante que frene o obstruya el desarrollo del arbitraje. Con ello se libera al arbitraje de trabas durante su tramitación, pero respetando la facultad del Poder Judicial de velar por el cumplimiento de la Ley y del derecho de defensa de las partes.

Dentro de tal orden de ideas, salvo disposición distinta de la propia Ley de Arbitraje o pacto en contrario de las partes, al existir un convenio arbitral o durante el desarrollo de un proceso arbitral, ningún órgano jurisdiccional o administrativo puede admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que, de cualquier manera, impida el inicio del arbitraje o que lo suspenda.

Lo que se busca es consagrar el principio de autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral, principio que ha sido reconocido expresamente en dos importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional del Perú.<sup>3</sup>

Los pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional responden a la preocupación que ha generado el hecho de la intervención indebida de la administración pública o del Poder Judicial en el arbitraje.

La finalidad de dichos pronunciamientos es lograr que únicamente los árbitros designados por las partes sean quienes conozcan de las actuaciones realizadas dentro del proceso arbitral, evitándose de este modo que tales actuaciones se desvirtúen debido a la injerencia de alguna autoridad.<sup>4</sup>

## 2. COLABORACIÓN Y CONTROL JUDICIAL

Si bien el Tribunal Constitucional y la nueva Ley de Arbitraje han consagrado el principio de no interferencia o autonomía del arbitraje, ello no implica desconocer que la actividad judicial resulta relevante para el arbitraje, en algunos aspectos.

Los árbitros deben comprender las limitaciones que les impone su origen convencional, la falta de imperium y el orden público.

En efecto, el arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial, ya que los jueces tienen el monopolio en el ejercicio de la fuerza pública. Es decir, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta.

A nuestro entender, el arbitraje debe convivir con la justicia estatal y para que esa convivencia sea armónica, habrá de establecerse una relación de cooperación entre ambos sistemas.

Así, el arbitraje no podría existir sin una justicia estatal que le preste apoyo, que le permita suplir los inconvenientes y las limitaciones propias de su origen privado.

Al respecto, Bernardo<sup>5</sup> sostiene que la existencia de un convenio arbitral no implicaría que deban los tribunales permanecer ajenos por completo al arbitraje. Aun cuando exista el compromiso arbitral, la actuación de los jueces en relación con el procedimiento arbitral no desaparece. Al fin y al cabo, corresponde a éstos ejecutar el laudo, formalizar el arbitraje, o auxiliar a los árbitros en la práctica de determinadas pruebas.

En efecto y tal como lo señala Ana María Arrarte,<sup>6</sup> no podemos dejar de reconocer que cuando se ha suscitado ya el conflicto y, en consecuencia, es necesario que se «eche a andar» este mecanismo privado y eficientemente diseñado a la medida de las partes, lo más probable sea que el ánimo conciliador y los intereses coincidentes que motivaron su celebración ya no existan más. Es aquí donde —entre otros momentos— surge la necesidad de que el Poder Judicial «entre en acción».

A entender de Griffith,<sup>7</sup> el rol que debe asumir la autoridad judicial se tiene que limitar al de asistir a los árbitros en los siguientes casos:

- a. Hacer cumplir el acuerdo de arbitraje suspendiendo temporalmente las acciones entabladas por una parte ante los jueces ordinarios, ya sea antes del arbitraje o mientras esté en curso.
- b. Designar a los árbitros cuando las partes no cumplan con hacerlo.
- c. Exigir la asistencia de testigos y la presentación de prueba instrumental.
- d. Otorgar reparación provisional antes del arbitraje o durante éste, incluyendo garantías por los costos.
- e. Proporcionar un fuero en el cual las partes puedan solicitar la anulación de laudos, debido a errores sustanciales y procesales.
- f. Reconocer y ejecutar un laudo.

En efecto, si bien el sometimiento a arbitraje excluye la jurisdicción de los jueces, la autoridad judicial podrá intervenir en aquellos supuestos que la propia Ley de Arbitraje contempla.

Recordemos que los árbitros —a diferencia de los jueces— no gozan de los atributos coercitivos y de ejecución, por lo que requieren de la asistencia judicial para hacer efectivas sus decisiones.

De esta manera, el artículo 8 de la referida Ley establece claramente la competencia del Poder Judicial para los supuestos de colaboración y control.

El referido artículo 8º de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 8º.- «Competencia en la colaboración y control judicial

1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a

los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.

2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
3. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.
4. Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.
5. Para el reconocimiento de laudos extranjeros será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.
6. Para la ejecución de laudos extranjeros debidamente reconocidos será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos».

Como se puede apreciar, el Poder Judicial puede intervenir en un proceso arbitral de distintas formas. Así, tenemos una intervención complementaria y una intervención revisora.<sup>8</sup>

La intervención complementaria se presenta en aquellos casos en que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la intervención judicial. Así, es necesario primero que el tribunal arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el auxilio del órgano jurisdiccional, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento voluntario.

La segunda forma de intervención se configura por la posibilidad de interponer el recurso de anulación, cuyo sustento es la configuración de vicios, en el proceso o en el propio laudo, que se encuentran expresamente establecidos en la norma positiva.

En tal sentido, en las próximas líneas rescataremos el apoyo que puede brindar el Poder Judicial al arbitraje para que éste se desarrolle y para que las actuaciones arbitrales tengan efectos plenos.

### **3. ASISTENCIA JUDICIAL EN LA ACTUACIÓN DE PRUEBAS EN SEDE ARBITRAL**

Para un tribunal arbitral, la materia probatoria es quizás una de las más delicadas, por cuanto la falta de imperium de los árbitros hace difícil la producción de determinados medios de prueba.

Como bien señala Caivano,<sup>9</sup> existirá –respecto de algunos medios– una mayor dificultad en su implementación. Pero si el propio tribunal arbitral no pudiera proveerla por sí mismo, los árbitros deberán evaluar la conveniencia de requerir el auxilio de la justicia, en función de la importancia que dicha prueba tenga para el conocimiento de los hechos controvertidos y su incidencia en la resolución del caso.

Tal podría ser el supuesto de la prueba testimonial, desde que los árbitros no tienen la potestad de hacer comparecer y declarar forzosamente a terceras personas que no se han sometido voluntariamente a su jurisdicción.

El tribunal arbitral podrá citarlos directamente, o imponer a las partes la carga de hacerlas concurrir; pero, en última instancia, si la declaración de ese testigo fuera imprescindible para dilucidar el caso, los árbitros deberán recurrir al auxilio de los jueces, a fin de que ellos dispongan las medidas coercitivas necesarias para que la declaración finalmente se lleve a cabo.

A este respecto, la nueva Ley de Arbitraje prevé, de forma expresa, el deber de los jueces de prestar a los árbitros la asistencia que éstos les soliciten, valiéndose de su autoridad pública para obligar a las partes o a terceros renuentes a cooperar con los árbitros.

En efecto, el artículo 45° de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

#### Artículo 45.- «Asistencia judicial

1. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.



2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adaptación por dicha autoridad de las medidas concretas necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.
3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.
4. En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas».

Al respecto, Munné<sup>10</sup> sostiene que precisamente la regulación de la asistencia judicial se sustenta sobre esa ausencia de imperium del árbitro para obligar a las partes y a terceros en la práctica de la prueba. Esta asistencia judicial se contempla tanto para que el juez lleve a cabo la práctica de ese medio de prueba, como para que el juez adopte las medidas precisas que permitan a los árbitros practicarlos por sí mismos.

A entender de Caivano,<sup>11</sup> una petición de esa naturaleza (tendiente a que el juez ordinario cite a una persona a declarar como testigo a un juicio arbitral o que intime a una entidad a contestar un pedido de informes solicitado por los árbitros) debería tener un tratamiento equivalente al de un oficio proveniente de un juez de otra jurisdicción. Ello, en la medida de que el árbitro, al igual que un juez de distinta jurisdicción, tiene facultades jurisdiccionales pero carece de la potestad de hacer uso de la fuerza pública en ese territorio. Si bien las razones por las cuales ambos carecen de ese *imperium* son diferentes (el juez, porque su jurisdicción está limitada a un territorio diferente; el árbitro, porque la suya está privada de este atributo), la situación resulta, desde todo punto de vista, equiparable, ya que las normas generales prevén el auxilio de los jueces que gozan de *imperium* para suplir esa carencia.

#### **4. ASISTENCIA JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR**

A entender de Madrid,<sup>12</sup> las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral constituyen decisiones excepcionales a su labor, pues su misión está centrada en la solución de la controversia de fondo sometida a arbitraje por las partes.

El artículo 48° de la Ley de Arbitraje regula el tema de la ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral, estableciendo lo siguiente:

Artículo 48.- «Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.
2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el sólo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recurso ni oposición alguna.
3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.
4. (...). (El subrayado es nuestro).

Al respecto Cantuarias y Aramburú,<sup>13</sup> sostienen que bien puede afirmarse que lo lógico sería que los árbitros pudieran adoptar y ejecutar, ellos mismos, sus propias decisiones, porque finalmente las partes han decidido confiar en ellos la resolución de sus conflictos. Sin embargo, también sería válido afirmar que una amplia libertad en los árbitros no permitiría asegurar una adecuada defensa de terceros ajenos al proceso arbitral y que, además, en la práctica resulta poco viable y hasta peligroso que se dé a los árbitros (que potencialmente pueden ser todas las personas mayores de 18 años)<sup>14</sup> facultades de coerción, como puede ser la posibilidad de entrar a una casa y secuestrar los bienes que ahí se encuentren.

Ambas posiciones, según los referidos autores, son correctas dependiendo de por donde se mire: los que se preocupan únicamente por las partes, insistirán en que se otorgue a los árbitros mayores facultades; y, los que buscan proteger a los terceros, considerarán prudente que sea el Juez (persona debidamente identificada y con la debida competencia otorgada por el Estado), el que proceda a adoptar y ejecutar las medidas cautelares.

Nosotros consideramos que resultaría peligroso que los árbitros también tengan la facultad de ejecutar las medidas cautelares, ya que ello podría

implicar –en algunos casos– que terceros ajenos al proceso arbitral (ya que no suscribieron el convenio arbitral) se vean afectados por la decisión adoptada por los árbitros.<sup>15</sup>

Al respecto, Griffith<sup>16</sup> sostiene que ningún tribunal arbitral puede ordenar un embargo de la propiedad de una parte, ya sea para cumplir con un laudo o evitar su retiro de la jurisdicción antes del laudo. Por lo tanto, es imprescindible la presencia de un Poder Judicial facultado, de conformidad con una ley de arbitraje, adecuado para complementar y hacer cumplir el poder del tribunal arbitral.

Hay que tener en cuenta que los jueces tienen no sólo la facultad de conocer y resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción, sino también la de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, haciendo uso –de ser necesario– de la fuerza pública.

¿Imaginamos a los tribunales arbitrales –ellos mismos– oficiando a la Policía Nacional y ésta, por el solo mérito del oficio, acatando lo dispuesto por los árbitros?

Sinceramente, preferiríamos que esto no sea así.

Tal como enseña Caivano,<sup>17</sup> dicha atribución implicaría hacer uso de la fuerza coercitiva que emana del atributo de soberanía del Estado, que sus órganos ejercen con carácter monopólico. Sabido es que los árbitros carecen de imperium. Si bien tienen jurisdicción para sustanciar y decidir las causas que versan sobre cuestiones comprometidas, no pueden utilizar la fuerza coercitiva del Estado para garantizar el cumplimiento de sus decisiones. Esta circunstancia constituye una limitante para aquellos casos en que es necesario utilizar la fuerza legal para imponer alguna decisión.

Dentro de tal orden de ideas, consideraríamos desacertado eliminar la posibilidad de que los árbitros puedan contar con el auxilio de los jueces para ejecutar ciertas medidas cautelares, tales como un secuestro, un embargo, etc., es decir, medidas cautelares que impliquen el uso de la fuerza.

Ello, lo reiteramos, habida cuenta de que la propia naturaleza del arbitraje determina que los árbitros carezcan de imperium para alcanzar esta ejecución forzosa, debiendo recurrir para ello al concurso de los tribunales estatales.<sup>18</sup>

Por otro lado, debemos señalar que la asistencia judicial en materia de ejecución de medidas cautelares en el arbitraje, no se restringe únicamente a

las concedidas por los árbitros dentro de un proceso arbitral, sino que además, se produce cuando el Poder Judicial adopta medidas cautelares de manera previa al inicio del proceso arbitral.

En efecto, el inciso 4) del artículo 47º de la Ley de Arbitraje contempla la posibilidad de que el Poder Judicial dicte medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral, señalando que dichas medidas cautelares no son incompatibles con el arbitraje ni deben ser consideradas como una renuncia a él.

## 5. ASISTENCIA JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO

A diferencia de la ejecución de las sentencias judiciales, cuya eficacia deriva del poder del Estado, la eficacia del laudo encuentra su origen, a través de la Ley, en la voluntad de las partes que se han sometido a la decisión de los árbitros. Por ello, dado el origen voluntario del proceso arbitral que concluye con el laudo, éste debería cumplirse de forma también voluntaria por las partes, que han aceptado que sea el árbitro quien dirima su controversia.<sup>19</sup>

Sin embargo, si bien es cierto que lo señalado en el párrafo anterior representa el supuesto ideal, no es menos cierto que a menudo debe acudir a la ejecución forzada del laudo.

Como bien señala Perez-Rosas,<sup>20</sup> este aspecto de la relación del arbitraje con el proceso judicial, es probablemente uno de los más sensibles y determinantes del desencanto que se da muchas veces en relación al arbitraje. Y este desencanto resulta evidente, puesto que al insertar un convenio arbitral en determinada relación contractual lo que se busca es sustraerse de la jurisdicción ordinaria, resultando ilógico, tener que recurrir a ésta para ejecutar el laudo ante el incumplimiento de una de las partes, contribuyendo muchas veces a la inoperancia del arbitraje.

Por nuestra parte, consideramos que resultaría peligroso que los árbitros también tengan la facultad de ejecutar los laudos. Ello, pues si un laudo arbitral no se acata voluntariamente, es obvio que su ejecución tendría que ser forzosa y –por tanto– con el auxilio de la fuerza pública.

Así está contemplado en el artículo 67º de la nueva Ley de Arbitraje, precepto que establece lo siguiente:

### Artículo 67.- «Ejecución arbitral

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el apartado anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, el citado artículo 67<sup>o</sup> supedita la ejecución arbitral siempre a la voluntad de las partes y también a la discrecionalidad de los árbitros. La norma es flexible por la variedad de supuestos que pueden suscitarse y deja abierta la puerta para que las partes recurran a la ejecución judicial en cualquier momento cuando resulte más efectiva.

Al respecto, Cremades<sup>21</sup> señala que la ejecución de un laudo arbitral ante el incumplimiento de una de las partes es una actividad inexpropiable de la autoridad judicial, precisamente porque los árbitros llegan hasta donde alcanza la voluntad de las partes. Más allá escapa a su competencia y sólo el juez puede forzar a alguien, si fuera necesario en forma coactiva, a cumplir lo establecido en la sentencia.

Como bien señala Arrarte,<sup>22</sup> el sustento de esta posición se encuentra en la exclusividad que el Estado se ha reservado, en el ejercicio de las facultades de imperium, inherentes a la función jurisdiccional; encontrándose vedado el uso de la fuerza por los particulares, entre ellos, los árbitros.

A entender de Benetti,<sup>23</sup> otra razón para sustentar esta consecuencia, consiste en que la jurisdicción del árbitro es transitoria, de manera que se agota cuando dicta el laudo, sin que quepa la posibilidad de tramitar el cumplimiento de éste.

En efecto, a pesar de que en el Perú no existe una disposición legal expresa sobre el momento en el cual cesa la jurisdicción de los árbitros, es mayoritariamente aceptado por la doctrina y la práctica, que aquélla concluye con la emisión del laudo dentro del plazo establecido.<sup>24</sup>

En tal sentido, los árbitros —una vez emitido el laudo o la resolución que resuelve un pedido de rectificación, interpretación, integración o exclusión,

si lo hubiere— ya no podrían realizar actos vinculados a la ejecución de lo ordenado, salvo que las propias partes hubieren otorgado a los árbitros facultades especiales para la ejecución del laudo, tal como lo establece el primer párrafo del citado artículo 67° de la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, debemos reiterar que dicha facultad tiene —como es natural— un límite, ya que si existiese resistencia al cumplimiento de lo ordenado en el laudo, será necesaria la ejecución forzada, por lo que se deberá recurrir al juez, de acuerdo a lo establecido por artículo 68° de la referida Ley.<sup>25</sup>

Recordemos, nuevamente, que los jueces sí tienen la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, haciendo uso —de ser necesario— de la fuerza pública, a diferencia de los árbitros, que carecen de imperium para garantizar el cumplimiento de sus decisiones.

Dicha situación constituye —a todas luces— un límite para aquellos casos en que es necesario emplear la fuerza pública para imponer alguna decisión.

Por ello, el inciso 2) del artículo 67° de la Ley de Arbitraje precisa que los árbitros —a su sola discreción— pueden solicitar el auxilio de la fuerza pública.

Al respecto, debemos analizar si la discrecionalidad de los árbitros (a la cual hace referencia el artículo 67° tiene límites.

Si bien consideramos que la lógica seguida por la Ley de Arbitraje es correcta, creemos conveniente que la abstención —en los casos en que se requiera el auxilio de la fuerza pública— no sea sólo una posibilidad que puedan adoptar los árbitros, sino el obligatorio camino a seguir.

Finalmente, debemos señalar que la nueva Ley de Arbitraje, sin desnaturalizar la institución arbitral, ha contemplado una forma más eficiente de ejecución de laudos, ya que ella no se deja inexorablemente relegada a la actividad judicial, la misma que implica, en la práctica, el inicio de un nuevo proceso, esta vez de ejecución, con las dilaciones y complejidades propias del sistema judicial.

De esta manera, el hecho de que el árbitro no pueda realizar directamente actos que impliquen el uso de la fuerza para el cumplimiento obligatorio del laudo, no obsta para que pueda ordenar las medidas de ejecución forzada que correspondan.

En consecuencia, como se ha podido apreciar, la nueva Ley de Arbitraje refuerza el rol complementario de la actividad judicial.

- 
- <sup>1</sup> Caivano, Re. *Arbitraje*. Buenos Aires: 2da. Ed, Ad Hoc: 2000. p. 29.
- <sup>2</sup> Caivano, R. *Op. cit.*, p. 24.
- <sup>3</sup> Sentencias recaídas en los expedientes N° 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, y n.° 1567-2006-PA/TC, de fecha 30 de abril de 2006.
- <sup>4</sup> El Tribunal Constitucional del Perú ha subrayado que los tribunales arbitrales, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros, incluidas las de las autoridades administrativas y/o judiciales, destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y a la decisión voluntaria de las partes, reiterando la protección del arbitraje por el principio de no interferencia, consagrado en el artículo 139 de nuestra Constitución Política.
- <sup>5</sup> Bernardo, A. *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 88.
- <sup>6</sup> Arrarte, Ana María. De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación. En: Themis. N.° 53, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 92.
- <sup>7</sup> Griffith, F. El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención? En: *Ius et Veritas*. N.° 15, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú: 1997, p. 202.
- <sup>8</sup> Cabe recordar que con la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.° 26572, el Poder Judicial también cumplía una función subsidiaria en relación al proceso arbitral. Esta intervención se presentaba en los casos en que existía imposibilidad material o jurídica para que los árbitros resolvieran o ejecutaran determinados actos vinculados al proceso bajo su conducción, siendo imprescindible llenar este vacío —en cuanto a sus potestades—, a través del auxilio judicial. Este era el caso, por ejemplo, de la negativa a designar árbitro (formalizar el arbitraje), a través de la instalación del respectivo Tribunal, pese a existir un convenio arbitral. En efecto, el artículo 23 de la derogada Ley General de Arbitraje regulaba el procedimiento de nombramiento de los árbitros, a cargo del juez especializado en lo civil. Esta intervención ha sido superada, habida cuenta de que el literal d) del artículo 23 de la actual Ley de Arbitraje establece que «si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana».
- <sup>9</sup> Caivano, R.. *Op. cit.*, p. 230.
- <sup>10</sup> Munné, F. *El Arbitraje en la Ley 60/2003*. Barcelona: Ediciones Experiencia; 2004, p. 138.
- <sup>11</sup> Caivano, R J. *Op. cit.*, p. 231.
- <sup>12</sup> Madrid, V. Sobre la intervención de los órganos jurisdiccionales en los procesos arbitrales: el caso de las medidas cautelares reguladas por la Ley General de Arbitraje. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. n.° 56, Lima, 2003, p. 169.
- <sup>13</sup> Cantuarias, F. y Aramburú, M. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente; 1994, p. 353.
- <sup>14</sup> Al respecto, cabe recordar que el artículo 25 de la derogada Ley General de Arbitraje establecía que «pueden ser designados árbitros, las personas naturales, mayores de edad, que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitro y que se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles (...)». (El subrayado es nuestro). Por su parte, el artículo 20 de la nueva Ley de Arbitraje, al regular el tema de capacidad de los árbitros, establece que «pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros (...)». (El subrayado es nuestro). Como se puede apreciar, se eliminó la referencia a la mayoría de edad y se estableció que para ser árbitro se debe tener pleno ejercicio de los derechos civiles.
- <sup>15</sup> Así, por ejemplo, podría darse el caso en que los árbitros ordenen una medida cautelar de secuestro sobre bienes que se encuentran en poder de terceros.

---

<sup>16</sup> Griffith, F. *Op. cit.*, p. 202.

<sup>17</sup> Caivano, R. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>18</sup> En los debates seguidos en el seno de las Naciones Unidas para la reforma de la Ley Modelo, se cuestionó la viabilidad de la ejecución forzosa de los árbitros. Se señaló que, si bien las coordenadas de un sistema procesal de garantías, en el que las injerencias en la esfera jurídica de una persona o en su patrimonio, a la postre, deben necesariamente realizarse por el órgano jurisdiccional, esta situación resulta impensable (Barona Vilar,

. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 373).

<sup>19</sup> Munné, F. *Op. cit.*, p. 163.

<sup>20</sup> Pérez-Rosas Pons, Juan José. «Poder Judicial y Arbitraje. ¿Una relación simbiótica?» En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*. 18 de enero de 2006. [http://www.servilex.com.pe /arbitraje/colaboraciones/arbitraje\\_poder\\_judicial\\_php](http://www.servilex.com.pe /arbitraje/colaboraciones/arbitraje_poder_judicial_php).

<sup>21</sup> Citado por Cantuarias, F y Aramburú, M. *Op. cit.*, p. 333.

<sup>22</sup> Arrarte, A. Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficiencia a propósito de la intervención judicial. En: *Ius et Veritas*. N.º 27, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 26.

<sup>23</sup> Citado por Arrarte, A. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>24</sup> Obviamente dicha jurisdicción se extiende hasta que el Tribunal Arbitral emita la resolución que resuelva algún pedido de rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo, regulados por el artículo 58 de la nueva Ley de Arbitraje.

<sup>25</sup> Artículo 68.- «Ejecución judicial

La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.

La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos en el apartado anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.

La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.

La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo».





## ¿EL DERECHO DE DEFENSA: UNA GARANTÍA QUE REALMENTE SE RESPETA?

SYLVIA AMELIA TORRES MORALES DE FERREYROS\*

### Resumen

El presente trabajo busca llamar la atención sobre la problemática que se presenta cuando se pretende ejercer uno de los derechos fundamentales que está claramente reconocido en nuestra Constitución: El derecho de defensa.

Hoy en día no podemos negar que, a pesar de contar con conceptos claros sobre este derecho: "Todos tenemos derecho a una defensa" y "Todos son considerados inocentes hasta que no se pruebe su culpabilidad" (presunción de inocencia"), estamos muy lejos de garantizar de manera legítima que todo ello se cumpla.

El trabajo explorará la regulación de este derecho y los problemas que encontramos que lo contaminan y que se yerguen como constantes obstáculos para que éste pueda ser adecuadamente ejercido.

**Palabras Clave:** Derecho de defensa, culpabilidad.

### Abstract

The present work intent to highlight the problematic that appears when it is tried to exert one of the fundamental rights that clearly it is recognized in our Constitution: The Right of Defense.

Nowadays we can not deny that despite of the fact that we count on clear concepts on the right: "We all have the right to a defense" and " We all are innocent until proven guilty (innocence presumption)", we are very far from guaranteeing in a legitimate way that all this is fulfilled.

The work will explore the regulation of this rights and the problems that we found that contaminates and appear like constant obstacles so that this one can suitably be exerted.

**Key words:** The Right of Defense, guilt.

### Sumario

1. Introducción. 2. El derecho de defensa: ¿cómo se entiende? 3. El derecho de defensa en nuestro ordenamiento jurídico. 4. El derecho de defensa en los tratados internacionales de derecho humanos. 5. El derecho de defensa en las constituciones andinas. 6. Derecho de defensa: principales problemas que observamos.

---

\* Directora del Programa de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y profesora de la misma Facultad. Socia del Estudio Torres y Torres Lara y Asociados - Abogados.

## 1. INTRODUCCIÓN

Nadie puede cuestionar la naturaleza esencial y fundamental del llamado “derecho de defensa” el mismo que existe para garantizar la protección de la libertad o los intereses de un procesado.

El constitucionalista Enrique Bernales Ballesteros<sup>1</sup>, señala que el derecho de defensa cuenta con tres características:

- a) Es un derecho constitucionalmente reconocido, cuyo desconocimiento invalida el proceso.
- b) Convergen en él una serie de principios procesales básicos: la inmediación, el derecho a un proceso justo y equilibrado, el derecho de asistencia profesionalizada y el derecho de no ser condenado en ausencia.
- c) El beneficio de la gratuidad.

Así, al parecer, el derecho de defensa, se encuentra estrechamente ligado a un principio fundamental, cual es el de la igualdad. Y es por ello, que a través de las tres características anteriormente citadas, se pretende, de alguna forma, buscar un equilibrio entre las partes de un proceso.

Sin embargo, cabe hacerse el cuestionamiento siguiente que justamente es objeto de la presente investigación: Pese a contar con los conceptos muy claros, ¿se encuentra garantizado en nuestro país el derecho de defensa?

## 2. EL DERECHO DE DEFENSA: ¿CÓMO SE ENTIENDE?

La “defensa” en un sentido lato, se entiende como aquel derecho, reconocido constitucionalmente, que tiene toda persona, de solicitar ante un órgano de justicia, una solución justa ante un determinado litigio. Aquí se presenta el problema del individuo a quien supuestamente se le ha lesionado un derecho, por lo que deberá recurrir a la justicia para efectuar su reclamo, conforme a una garantía constitucional que va avalar dicha reclamación.

En un sentido más estricto y específicamente dentro de la esfera penal, debemos decir que mediante la “defensa”, las partes deberán estar en la posibilidad -tanto en el plano jurídico como en el fáctico- de ser convocadas para ser escuchadas, y colocarse frente al Sistema en una formal contradicción con “igualdad de armas” siendo pues -como lo señala Julio Maier-, “una garantía frente al Poder del Estado y representa una limitación del poder estatal”.<sup>2</sup>

Podemos señalar que el derecho de defensa presenta una serie de características que, para efectos del presente trabajo, debemos tener claramente en cuenta:

1. Es un derecho reconocido constitucionalmente.
2. Comprende una serie de derechos derivados o conexos como:
  - a) Conocer los fundamentos de la imputación.
  - b) Conocer los motivos de la detención (esto con la finalidad de que pueda ser defendido de manera eficaz, contando con todos los elementos de juicio).
  - c) El derecho de no ser condenado en ausencia.
  - d) Derecho a una justicia penal gratuita y, con ello, la garantía de la defensa de oficio para aquellas personas que no cuenten con los recursos suficientes para ejercer plenamente su derecho de defensa.
  - e) Derecho a impugnar las resoluciones judiciales que lo perjudiquen.
  - f) Derecho a valerse de su propio idioma.
  - g) Derecho a guardar silencio y a no ser obligado a declarar contra su voluntad (en este aspecto, entra a tallar, el tema de las torturas que, a todas luces, no pueden permitirse por tratarse de una vulneración flagrante a los derechos humanos).
  - h) En general, todo aquello que se respete y ajuste a un debido proceso, que permita que el derecho de defensa sea debidamente ejercitado.

Ahora bien, no obstante que, como observamos la defensa es un derecho fundamental de todo ciudadano, nada obliga a éste a ejercerlo. Así, si por ejemplo, una persona es demandada y no hace nada para defenderse, no podríamos decir que se está vulnerando su derecho de defensa, ya que éste no es ejercido por la propia voluntad del demandado/agraviado, por lo que podemos señalar que se trata más bien de una cuestión de oportunidad.

Como podemos inferir, el derecho de defensa, tiene estrecha relación con los principios fundamentales que garantizan la seguridad y la igualdad ante la ley, principios que se encuentran consagrados en los textos constitucionales democráticos. El derecho de defensa pretende, de alguna forma, buscar un equilibrio entre las partes de un proceso. Por una parte, el poder acusador del lado de la mano del Fiscal y, por el otro, el inculpado ejerciendo su derecho de defensa en forma adecuada; logrando de esta forma, conseguir la tan ansiada igualdad que debe prevalecer por encima de todo, por cuanto sin ella, nunca podremos decir que el valor justicia se ha llegado a alcanzar.

En relación a esta igualdad debemos decir que en el campo del Derecho de Familia, podemos confundirnos y pensar en que tal igualdad no se da para ambas partes, puesto que en muchos casos se favorece a una de ellas, pero se trata de la parte más débil de la relación; así podemos entender que lo que busca la ley -con esta "presunta desigualdad"- es equiparar poderes entre la parte más favorecida y la menos favorecida, llegando finalmente a una real igualdad entre ambas, lo que podría asimilarse a la figura de la discriminación llamada "positiva".

### 3. EL DERECHO DE DEFENSA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Consideramos interesante hacer un breve recuento de cómo aparece el derecho de defensa a lo largo de nuestra historia constitucional<sup>3</sup>:

#### 3.1. CONSTITUCIONES

- a. *Constitución de Cádiz de 1812*: El capítulo III de la referida Constitución, que alude a la administración de justicia en lo criminal, establece algunas normas que pueden considerarse como antecedentes del derecho de defensa:

"Artículo 287º.- Ningún español podrá ser preso, sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo, un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.

Artículo 290º.- El arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado al juez ...para que reciba la declaración...

Artículo 300º.- Dentro de las veinte y cuatro horas se manifestará al tratado como reo la causa de su prisión y el nombre de su acusador si lo hubiere.

Artículo 302º.- El proceso de allí en adelante será público en el modo y forma en que determinen las leyes.

Artículo 303º.- No se usará del tormento ni de los apremios."

- b. *Constitución Política de 1823*: En este texto legal, encontramos referencias -aunque no claras y directas- del derecho de defensa, en dos partes:

1. Capítulo VIII, referido al Poder Judicial:

“Artículo 106.- Los códigos civil y criminal prefijarán las formas judiciales. Ninguna autoridad podrá abreviarlas, ni suspenderlas en caso alguno.

Artículo 107.- En las causas criminales el juzgamiento será público, el hecho reconocido y declarado por jurados y la ley aplicada por los Jueces.

Artículo 117.- Dentro de las 24 horas se le hará saber a todo individuo, la causa de su arresto, y cualquiera omisión en este punto se declara atentatoria de la libertad individual”.

2. Capítulo V, referido a las Garantías Constitucionales:

“Artículo 193.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales e individuales de los peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables: (...)

Inciso 9).- La igualdad ante la ley, ya premia, ya castigue.”

c. *Constitución Política de 1826*: En este texto, también se observa en dos partes, antecedentes del derecho de Defensa:

1) Capítulo V, referido a la Administración de Justicia:

“ Artículo 117.- Ningún peruano puede ser preso sin precedente de la información del hecho, por el que merezca pena corporal, y un mandamiento escrito del juez ante quien ha de ser presentado...

Artículo 118.- Acto continuo, si fuera posible deberá dar su declaración sin juramento, no defiriéndose ésta en ningún caso por más tiempo que el de 48 horas.

Artículo 120.- En las causas criminales el juzgamiento será público: reconocido el hecho y declarado por Jurados (cuando se establezcan); y la ley aplicada por los jueces.

Artículo 121.- No se usará jamás el tormento, ni se exigirá confesión al reo.”

2. Capítulo XI, referido a las Garantías:

“Artículo 142.- La libertad civil, la seguridad individual, la propiedad y la igualdad ante la ley, se garantizan a los ciudadanos por la Constitución.”

d. *Constitución de 1828*: En el caso del presente texto legal, presentan antecedentes del derecho de Defensa, los siguientes Títulos:

1. Título VIII: De la Administración de Justicia

“Artículo 123.- Las causas criminales se harán por Jurados. La institución de éstos se detallará por una ley. Entre tanto los jueces conocerán haciendo

el juzgamiento público, y motivando sus sentencias.

Artículo 126.- Ningún Tribunal o Juez puede abreviar ni suspender en caso alguno las formas judiciales.

Artículo 127.- Ninguno puede ser preso sin precedente información del hecho ...y sin mandamiento por escrito, del Juez competente ...la declaración del preso por ningún caso puede diferirse más de 48 horas.

Artículo 129.- Quedan abolidos:

1. El juramento en toda declaración y confesión de causa criminal sobre hecho propio (...)

3. El tormento.”

2. Título IX: Disposiciones Generales:

“Artículo 149.- La Constitución garantiza la libertad civil, la seguridad individual ante la ley ...

Artículo 157.- Todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue.”

e. *Constitución de 1834:* Adicionalmente a las disposiciones establecidas en los textos anteriores, la presente Constitución, contiene lo siguiente:

“Artículo 126.- Ningún ciudadano está obligado a dar testimonio contra sí mismo en causa criminal bajo su juramento u otro apremio...

Artículo 150.- Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente.”

f. *Constitución de 1839.-* Contiene las mismas disposiciones que el anterior texto constitucional, en lo que a antecedentes del derecho de defensa se refiere.

g. *Constitución de 1856.-* En este texto, se coloca el Título de las Garantías Individuales en cuarto lugar, omitiéndose el capítulo correspondiente a la Administración de Justicia. Lo referente al Poder Judicial, resulta siendo general y tratado sólo en 10 artículos.

Dentro de las garantías Individuales, tenemos:

“Art. 18.- Nadie podrá ser arrestado sin mandato escrito de juez competente, o de la autoridad encargada del orden público...”

Artículo 31.- Las leyes protegen y obligan igualmente a todos...”

- h. *Constituciones de 1860 y 1867.*- Contienen las mismas disposiciones que el texto de 1856.
- i. *Constitución de 1920.*- Contiene una disposición interesante y distinta a las citadas anteriormente, la establecida en el Capítulo destinado a las Garantías Individuales, que dice :

“Artículo 28.- Nadie puede defender o reclamar su derecho sino en la forma que establezca o autorice la ley. El derecho de petición puede ejercerse individual o colectivamente.”

Observamos que por primera vez, se hace alusión al término “defensa” .

- j. *Constitución de 1933.*- El texto de 1933, recoge, por primera vez, la disposición que contiene el principio de legalidad, en su artículo 57 ...“Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia...”

Resulta importante señalar que la alusión al término “defensa” que se establecía en el artículo 28º del texto de 1920, fue retirada del texto de 1933, quedando sólo la referencia a la forma de ejercer (individual o colectivamente) el derecho de petición.

- k. *Constitución de 1979.*- Es, a partir de la Constitución de 1979, cuando se coloca a la persona en un estadio especial y fundamental. Por ello, el Título I, Capítulo I, trata los derechos y deberes de la persona, capítulo que en su artículo 2º, inciso 20), contiene disposiciones relativas al derecho de defensa como:
  - d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado por pena no prevista en la ley.
  - f) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.
  - g) Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito. En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponde.



Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término.

- h) Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse y ser asesorado con un defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad.
- i) Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y el tiempo previsto por la ley. La autoridad está obligada a señalar sin dilación el lugar donde se halla la persona detenida, bajo responsabilidad.
- j) Las declaraciones obtenidas por la violencia carecen de valor. Quien la emplea incurre en responsabilidad penal.
- k) Nadie puede ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad en causa penal contra si mismo, ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Por otro lado, el artículo 233º, referido a las garantías de la administración de justicia, consagra, en su inciso 9) de manera clara y directa, el derecho de defensa al señalar:

Artículo 233º.- Son garantías de la administración de justicia: (...)

Inciso 9) .- La de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. El Estado provee la defensa gratuita a las personas de escasos recursos.

- l. *Constitución de 1993*: Nuestro actual y vigente texto constitucional contiene asimismo, las normas detalladas anteriormente, tanto en lo que a los derechos de las personas se refiere, consagrados en el artículo 2º, inciso 24), como también en las garantías de la Administración de Justicia, en su artículo 139º, inciso 14).

Por otra parte, es importante señalar que nuestra actual Ley Orgánica del Poder Judicial hace alusión al derecho de defensa, en su artículo 7º, al señalar que “en el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso.” Asimismo, destina un Capítulo al tema de la Defensa Gratuita (artículos. 295 y ss.).

Observamos pues, luego de haber citado las distintas normas que atañen a nuestro ordenamiento legal, que el derecho de defensa se encuentra enraizado – por lo menos en los textos de las distintas normas- como una garantía fundamental que busca la protección de la libertad o los intereses de un procesado.

#### **4. EL DERECHO DE DEFENSA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS**

El derecho de defensa se encuentra reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En lo que al sistema universal se refiere, la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, lo consagra en sus artículos 3º y 1.1., donde establece el acceso a la justicia sin discriminación y el derecho de toda persona a que se aseguren las garantías necesarias para su defensa, respectivamente.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagra el derecho de defensa en el ámbito penal, al señalar en su artículo 14º 3.b que toda persona acusada de un delito tiene la garantía mínima de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección. Asimismo, el referido pacto, incorpora, como garantía mínima, el derecho de toda persona a la asistencia jurídica gratuita, si careciere de medios suficientes para pagarla.

Asimismo, el derecho de defensa, se encuentra igualmente reconocido en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, documento que en su artículo XXVI, segundo párrafo, establece lo siguiente: “toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública.”

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, protege el derecho de defensa, dentro del marco de las garantías judiciales contempladas en el artículo 8, reconociendo a toda persona el derecho, en plena igualdad, a ciertas garantías mínimas, entre las que se menciona el hecho de conceder al inculpado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; el derecho de defenderse personalmente o ser asistido por un defensor a su elección y; el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor público.

#### **5. EL DERECHO DE DEFENSA EN LAS CONSTITUCIONES ANDINAS**

A nivel de las Constituciones del área Andina, podemos afirmar que el derecho de defensa, se encuentra claramente consagrado, constituyéndose como en nuestro caso, en una garantía fundamental de todo ordenamiento

que se afirme democrático. A continuación, se presentará un cuadro donde se aprecian las normas constitucionales atinentes:

PAÍS	ARTÍCULO CONSTITUCIÓN	DETALLE DE LA NORMA
BOLIVIA	Artículo 16°	Se reconoce el carácter inviolable del derecho de defensa en un proceso judicial. Asimismo la necesidad de asistencia letrada desde el momento de detención del inculpado.
CHILE	Artículo 19°	Asegura a todas las personas el derecho a la defensa jurídica en la forma que la ley señale, no existiendo impedimento o restricción alguna por parte de autoridad o persona cualquiera.
COLOMBIA	Artículos 29° y 229°	Reconoce a los inculpados el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento. Se establece el deber de reglamentar por ley los supuestos en los que la persona puede acceder a la administración de justicia sin representación de abogado, no limitando el acceso a la administración de justicia mediante la defensa cautiva.
ECUADOR	Artículo 24°	Establece que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. No se podrá efectuar interrogatorio alguno sin la asistencia de un abogado defensor; la contravención de esta disposición priva de eficacia probatoria a cualquier diligencia que se efectúe. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos.
PERU	Artículo 139° inc.14 y 16°	Reconoce el derecho de defensa como un principio y derecho de la función jurisdiccional. Nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Asimismo, establece el derecho a la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y para todos, en los casos que la ley señala.
	Artículo 49° inciso 1	La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa

Fuente: Teleley.

Por otro lado, debemos señalar que si bien es cierto, parece un consenso que el derecho de defensa debe ser respetado y bien ejercido, en otro tipo de ordenamientos legales, más lejanos a nuestra idiosincracia, parece haberse comprendido e interiorizado más profundamente, significando una mayor garantía para los individuos. En este sentido, podemos mencionar, por ejemplo un caso que se ventiló en la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde se dejó en libertad a un sentenciado, bajo el argumento que su derecho de defensa no había sido eficientemente ejercido por cuanto, a pesar de contar con un abogado defensor, éste lo habría representado tan ineficientemente que finalmente resultó perjudicado.

Cabe reflexionar sobre el caso presentado: parece pues tener lógica y total sentido, pero ¿resulta aplicable en nuestro ordenamiento legal? La respuesta resulta evidente: difícilmente un procesado podría alegar una representación ineficiente y obtener por ello, una absolución.

Sin embargo, no debemos dejar de mencionar que, así como existen en otras legislaciones casos en que se observa claramente un respeto irrestricto por el derecho de defensa, también se presentan mecanismos que atacan a su operatividad como por ejemplo el llamado “plea bargaining”, que consiste en privar al acusado de un juicio mediante su reconocimiento de culpabilidad, conviniendo una pena con el Fiscal, sanción que finalmente, el Tribunal no podrá aumentar aunque sí disminuir, e incluso llegar a una absolución.

Este mecanismo se ha convertido en una suerte de “panacea” con el único fin de obtener sentencias con mayor celeridad. Es de esta forma en que el defensor y, básicamente el “público” recibe presiones constantes para que se aplique este método y los procesados, teniendo en cuenta la situación terrible que viven dentro de los establecimientos penitenciarios, no dudan un instante en declararse culpables, aunque ello no signifique recuperar su libertad de inmediato. ¿Aquí, está garantizado el derecho de defensa? Y si el procesado se niega a “convenir” con el Fiscal, ¿qué sucedería? Como ejemplo de ello, citamos un caso ocurrido en Filadelfia (USA): el 9 de marzo del año 2001, el juez Joel Lazarus, condenó a Lionel Tate, de 14 años de edad, a cadena perpetua sin fianza, por haber dado muerte, -cuando contaba con 12 años- a una amiga de nombre Tiffany Eunick, durante una imitación de luchadores profesionales. El adolescente, su madre y su abogado defensor habían rechazado antes del juicio el ofrecimiento del fiscal de tres años de cárcel, un año de arresto domiciliario y diez años de libertad bajo fianza, a cambio del reconocimiento de su culpabilidad. Al parecer, la diferencia entre la pena finalmente expuesta y la ofrecida bajo el procedimiento de plea bargaining, se obedeció al deseo del inculcado de ejercer su derecho a un juicio justo.

Este hecho nos demuestra que todos los sistemas tienen sus fallas, por lo que debemos tender a subsanar dichas fallas, en beneficio de una búsqueda real de la justicia.

## 6. DERECHO DE DEFENSA: PRINCIPALES PROBLEMAS QUE OBSERVAMOS

No podemos, de forma alguna, negar un hecho: el derecho de defensa en nuestro país, no se encuentra plenamente garantizado. Y esta terrible verdad se debe a varios motivos, entre los cuales podemos destacar los siguientes:

1. El derecho de defensa no se respeta, desde sus inicios; es decir que desde el momento mismo de la detención por parte de la policía, se viene violando esta garantía constitucional.

Para muestra, un botón: El Instituto de Defensa Legal, realizó una encuesta<sup>4</sup> sobre: “Detención e Investigación Policial”, habiéndose obtenido los siguientes resultados alarmantes:

- a) ¿El derecho de defensa ejercido a través de un abogado se respetó durante la detención?

SÍ: 3.57%  
NO: 96.42%

- b) ¿El derecho de defensa ejercido a través de un abogado se respetó durante el interrogatorio?

SÍ: 3.57%  
NO: 96.42%

- c) ¿El ofrecimiento de la defensa de oficio por el Ministerio Público se respetó?

SI: 2%  
NO: 98%

Este es un problema fundamental y quizá se lo debemos a la filosofía de nuestra policía que, en ocasiones, considera –erróneamente– que en todos los casos se está tratando con delincuentes convictos y confesos que no merecerían –según su criterio– ningún tipo de garantía. Muchos de nuestros miembros de las fuerzas policiales no conciben que al “detenido” se le

presume inocente, hasta que no se pruebe su culpabilidad. Observamos que, lamentablemente, en muchos casos, sucede lo contrario, se le considera culpable, hasta que se pruebe su inocencia.

Pero, también entendemos que el Perú, ha estado sometido durante muchos años al “terror” que infundieron los grupos senderistas, por lo que definitivamente, en el plano psicológico, debemos aceptar que nuestras fuerzas policiales, difícilmente podrán olvidar las consecuencias de hechos abominables cometidos en esta época de terror y, por lo tanto, en muchas ocasiones, los actos policiales reflejan ese rencor y revancha que aún no pueden desterrar de sus almas.

## 2. Gratuidad en el acceso a la Justicia.

Invocar la gratuidad en el acceso de la justicia resulta tan lírico como invocar la gratuidad en el acceso a la educación.

Es cierto que si un procesado no cuenta con recursos suficientes para proveerse de una defensa de tipo privada, el Estado está en la obligación de asignarle un Defensor de Oficio. Al parecer, con ello, todo estaría solucionado, pero ¿podemos hablar de “gratuidad” en todo el sentido estricto de la palabra? ¿No es el procesado quien tendrá que hacer frente a las costas del juicio, que nada tiene que ver con los honorarios del abogado defensor?.

La educación es gratuita –reza el precepto-, pero ¿no es cierto que los colegios estatales, exigen ciertos pagos por determinados derechos? ¿y no exigen también, acaso, que el niño cuente con ciertos útiles escolares? ¿no es cierto que de nada vale que un niño asista a clases, si no tiene una lapicero y un cuaderno donde escribir? Esto, ciertamente, no es costeadado por el Estado.

¿Por ello, podemos hablar de una completa gratuidad?

## 3. Defensoría de Oficio.

Sin tratar de desmerecer de forma alguna, el esfuerzo que realizan los defensores de oficio, ¿podríamos afirmar categóricamente, sin temor a equivocarnos, que se encuentra en igual condición un procesado representado por un defensor de oficio que un procesado representado por un defensor privado?.

Lamentablemente, en nuestro país, aún no se ha desarrollado un adecuado sistema de defensa pública que pueda satisfacer las necesidades de los más pobres, por lo que arribamos a una terrible apreciación: "La libertad de una persona puede depender de su capacidad económica." Y esto sin contar que, si se piensa que el acusado es culpable, como anticipadamente suele sospecharse, la conclusión se resume a: ¿qué sentido tiene que se le defienda, y sobre todo con dinero del Estado?. Así ...."esta íntima convicción...se traduce en un trato casi irrespetuoso hacia la actividad de la defensa."<sup>5</sup>

4. Prejuicios que atentan contra el principio de la presunción de inocencia y por lo tanto con el derecho de defensa: Los Medios de Comunicación.

Si bien es cierto este punto se ha tratado cuando comentábamos el tema (prejuicio latente en contra del detenido) de la detención policial, es más grave aún cuando ha pasado de la esfera policial a otros niveles, cometándose graves injusticias, donde se involucran directa o indirectamente, hasta a la propia familia del procesado.

En un proceso, donde la presunción de culpabilidad es la que prima, definitivamente, no puede ejercerse el derecho de defensa en iguales condiciones. Muchos de estos casos, desprovistos de completa razón, son claramente motivados por prejuicios incomprensibles y lo que es peor, por el temor cobarde a no tomar una posición discrepante con la mayoría.

Debemos preguntarnos: ¿la prensa, muchas veces, no contribuye frontalmente a generar en el público una idea errada de los acontecimientos? ¿no efectúa acaso una pre-valorización de los hechos? ¿no escuchamos a diario que tal o cual persona "habría" matado a alguien; "habría" robado a alguien, "habría" violado a alguien; etc, etc.? Bajo el escudo del lenguaje condicional, muchos medios de comunicación –en un afán sensacionalista– dilapidan el honor de las personas sin esperar siquiera la existencia de pruebas contundentes que ayuden a sostener las distintas hipótesis que se suelen manejar y presentar a la ciudadanía. Pero, mientras tanto, la persona ya fue juzgada y sentenciada por los medios de comunicación, sentencia que acarrea la deshonra no solo del involucrado sino también la de su familia.

Ante este caso nos preguntamos ¿tiene la prensa, avalada en el llamado "derecho a la información" y a la tan mentada "libertad de expresión", la facultad de atropellar los derechos fundamentales de las personas, como por

ejemplo el de la presunción de inocencia y, con ello entorpecer el legítimo derecho a ejercer su defensa sin la contaminación que los medios generan día a día al brindar una noticia de manera irresponsable, carente de sustento y por qué no decirlo, en muchos casos, con grandes dosis de morbosidad?

Lo cierto es que la sentencia judicial es el único elemento que puede lograr el rompimiento del principio de la presunción de inocencia y señalar a determinada persona como autor de un delito. En la medida de que dicha sentencia no exista, no puede permitirse que otros vulneren este derecho fundamental. En este sentido, existe profusa jurisprudencia española que ha señalado lo siguiente: “no es admisible, pues, que una noticia publicada en un medio de información pueda calificar a una persona como “autor de un delito de estafa” en el momento de la detención de esa persona, dado que el único acto que puede quebrar dicha presunción de inocencia del acusado en nuestro ordenamiento es la sentencia del tribunal que declara la autoría del delito, y tal resolución judicial, obviamente no existía en el momento de publicarse la noticia de la detención”<sup>6</sup>

El principio de la presunción de inocencia, le impone al periodista severas normas de conducta para la elaboración de las informaciones judiciales cuyo enfoque y redacción deben dejar en el lector, oyente o televidente la idea de que los acusados no necesariamente son culpables, sino que deben presumirse inocentes. Lamentablemente, muchos periodistas hacen caso omiso de estas normas y consideran –como ya lo hemos mencionado líneas arriba- que al exponer la noticia en lenguaje condicional ya cumplieron con no dilapidar al acusado, sabiendo perfectamente que el interlocutor que recibe la noticia, no entiende que este tipo de lenguaje no es definitivo.

Consideramos que, pese a que el derecho a la información se encuentra consagrado en nuestro texto constitucional, en su artículo 2º, inciso 4), no puede ser ejercido si con ello entran en colisión otros derechos fundamentales como lo son: el de presunción de inocencia y el derecho al honor, y asimismo, influye en que el derecho de defensa no pueda ser ejercido con total objetividad. La libertad de información no es ilimitada, como tampoco lo es ninguna otra libertad. No afirmamos que no se debe informar, sino que se informe con conciencia y, sobre todo, con responsabilidad. Así ...”lo que se pide a los profesionales es que vivan la honestidad profesional, desglosada en dos requisitos indispensables: no intencionalidad en el relato y juego limpio en el comentario...”<sup>7</sup> Obviamente el comentario de una persona es completamente libre, si embargo, deberá ser lo más objetivo posible, de manera tal que permita la posibilidad de la formación de otras opiniones.



Está, en juego, mucho más que el derecho de la persona a ser debidamente informada, por encima de ello, se encuentra la dignidad y el honor del “presunto autor” de un “presunto delito”.

A manera de reflexión final, podemos señalar que en la medida que los ciudadanos no tomen real conciencia de que vivimos en una sociedad con prejuicios, y, asimismo, no asuman que es responsabilidad colectiva apoyar para que estos prejuicios no contaminen el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, la labor de nuestra administración de justicia no avanzará, se verá constantemente obstaculizada y todo ello redundará en un solo hecho: el declive moral de una sociedad que –como la nuestra- exige, necesita y clama, día a día, por una inyección de valores que la haga cada vez más digna y justa.

---

<sup>1</sup> Bernales, E. La Constitución de 1993. Lima: CIEDLA, 1996, p. 656

<sup>2</sup> Cita efectuada por informe del Estudio Torres y Torres Lara-Abogados. “El derecho de Defensa”; en Teleley: [www.asesor.com.pe/teleley](http://www.asesor.com.pe/teleley)

<sup>3</sup> Ugarte Del Pino, J. Historia de las Constituciones del Perú. Lima: Andina, 1978.

<sup>4</sup> Datos obtenidos de informe elaborado por el Estudio Torres y Torres Lara-Abogados, ya citado anteriormente.

<sup>5</sup> Martínez, S. ¿Quién defiende a la defensa?: el derecho de defensa como requisito inexcusable de una administración de justicia respetuosa de los derechos humanos. En: La administración de justicia : en los albores del tercer milenio / coord. por Julio Andrés Sampedro Arrubla, Ana Messuti. Editorial Universidad, 2001. P. 168

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español del 3 de diciembre de 1992; citado en QUISPE FARFAN, Fany. La libertad de declarar y el derecho a la no incriminación. Lima, Palestra Editores, 2002, Op. Cit. P. 71

<sup>7</sup> Martínez, J. Efectos de la tecnología electrónica sobre la comunicación periodística. Citado en Romero Coloma, Aurelia María. Libertad de Información frente a otros derechos en conflicto: Honor, intimidad y presunción de inocencia. Madrid: Civitas, 2000, p. 91

# LA IMPREVISIÓN CONTRACTUAL BREVES COMENTARIOS A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 80° DEL CÓDIGO CIVIL CUBANO

CÉSAR CARRANZA ÁLVAREZ\* °

## Resumen

En el presente escrito, se analiza la institución de la Imprevisión Contractual contenida en el artículo 80° del Código Civil Cubano.

Se parte por un estudio general de la figura, en cuanto a sus antecedentes históricos, noción, caracteres principales y legislación comparada; para luego recalar en la norma citada, analizándola a través de su contenido y alcances, y en algunos casos, planteando algunas soluciones de mejora legislativa.

**Palabras clave:** Contrato - Imprevisión - Excesiva onerosidad de la prestación.

## Abstract

The present article analyzes the institution of the contractual improvidence contained in the article 80 of the Cuban's Civil Code.

Starts with a general view of the historic background, notion, main characters, and compared legislation. Afterwards analyze the content and the reaches of the mentioned norm, in some cases proposing some solutions to improve the legislation.

**Key words:** Contract - Improvidence - Excessive cost of the services.

## Sumario

1. Prolegómeno. 2. La imprevisión. Breve recuento de sus antecedentes. 3. Noción y caracteres principales. 4. El artículo bajo comentario. Estructuración y contratos a los cuales resulta aplicable. 5. Acciones a que da lugar la imprevisión en el Código Civil Cubano. 6. Conclusión.

---

\* Profesor - investigador de tiempo completo en la Universidad de Medellín, Colombia. Ha sido miembro del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial - Perú.

° El autor agradece a los profesores Andrés Aguilar Aguirre (Universidad de Medellín) y Francisco Terner Barrios (Universidad del Rosario), la revisión íntegra de este escrito, y por supuesto sus críticas y comentarios a las ideas aquí vertidas.

## 1. PROLEGÓMENO

Desde la etapa de negociación, pasando luego por su celebración hasta su ejecución posterior, el contrato se encuentra supeditado a la ocurrencia de ciertas vicisitudes que, en cierto modo, incidirán en su concreción y posteriormente en la producción de los efectos jurídicos queridos por los contratantes.

Algunas de esas circunstancias pueden acaecer al tiempo de negociación del contrato, como ocurre cuando se interrumpen intempestivamente las tratativas,<sup>1</sup> cuyo efecto inmediato –de no mediar causa justificante para ello– será la generación de responsabilidad por tal hecho. Si dicha etapa es sorteada, y las partes muestran conformidad respecto a cada uno de los extremos negociados, entonces el contrato cobrará virtualidad jurídica para derivar de él obligaciones para cada uno de los celebrantes.

Pero aún en esta estación del *íter contractual*, el contrato puede ver frustrada la finalidad para la cual se le concertó, cuando acontecimientos presentes al momento de su celebración, o posteriores a ella, trastocan el equilibrio de las prestaciones con el consecuente perjuicio patrimonial para una de las partes, si es que se atiene al cumplimiento fiel de lo pactado en el negocio.

En el primer supuesto estamos frente a la figura de la lesión, que se configura cuando uno de los contratantes, aprovechando injustificadamente el estado de necesidad apremiante del otro, obtiene para sí un beneficio patrimonial desmedido –que en situación distinta quizá no hubiese obtenido–, generando con ello un desbalance en las prestaciones asumidas y el consecuente perjuicio para el contratante lesionado.<sup>2</sup>

El segundo caso nos enfrenta no a la imposibilidad de cumplimiento de una prestación, sino a un cumplimiento que de producirse podría causar detrimento económico para el contratante que lo efectiviza, o lo que es peor aún, hasta su ruina, cuando se le exige la ejecución de lo acordado no obstante haberse modificado sustancialmente las circunstancias bajo las cuales celebró el negocio. Aquí el contrato cumple su finalidad de crear obligaciones; pero sucede que éstas quiebran su inicial equiparidad por hechos extraordinarios e imprevisibles acaecidos con posterioridad a su celebración, que no pudieron ser avizorados en forma alguna por las partes para oponerles los mecanismos necesarios tendientes a su protección.

Nos encontramos, así, frente a lo que conocemos como teoría de la imprevisión –excesiva onerosidad de la prestación o lesión sobreviniente, como se le denomina también en doctrina– respecto de la cual recaerán los comentarios que seguidamente presentamos.<sup>3</sup>

Analizaremos la regulación que ha previsto el legislador cubano respecto a tan trascendental figura, conectándola y contrastándola con otras legislaciones del continente que la han recogido también, de suerte que dicho ejercicio posibilite derivar semejanzas, pero sobretodo diferencias, que permitan esbozar y plantear algunos conceptos útiles que pudieran servir para su discusión y, por qué no, para una futura modificación legislativa del artículo comentado.

## 2. LA IMPREVISIÓN. BREVE RECUENTO DE SUS ANTECEDENTES

Al ser considerada una institución que colisiona con el principio del *pacta sunt servanda*, y con él, la seguridad jurídica que debe presidir todo acuerdo negocial libremente entablado, la admisión de la imprevisión<sup>4</sup> como causal de resolución del contrato no ha sido para nada pacífica.

A pesar que por razones de espacio no podemos extendernos en este punto, bástenos referir que su recepción por los textos normativos latinoamericanos no es absoluta. Chile,<sup>5</sup> Uruguay y Colombia<sup>6</sup> no han previsto en sus respectivos códigos civiles normas particulares que permitan la aplicación de la imprevisión, como si lo hacen otros cuerpos legales de la región; aunque respecto a este último país, nos encontramos –como sostiene el profesor Rivera-<sup>7</sup> frente a un caso intermedio, pues si bien pueden encontrarse en su Código Civil algunas normas que aluden someramente a la figura (artículos 1882º, inc. 4 y 2060º, inc. 2), es el Código de Comercio quien la ha previsto concretamente, al prescribir el artículo 868º que procederá la revisión de lo pactado si circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato, alteran o agravan la prestación de futuro cumplimiento; sea para reajustarlo a términos de equidad o terminarlo, cuando esto no sea posible.<sup>8/9</sup>

Pero es en el ámbito doctrinario donde solemos encontrar mayor resistencia a la regulación de la imprevisión, constituyendo su incidencia respecto a la fuerza obligatoria del contrato, el respeto a la palabra empeñada, la confianza del tráfico, entre otros, los fundamentos más recurrentes sobre los cuales se apoyan las opiniones contrarias a su formulación.

Se ha dicho que los contratos constituyen, por antonomasia, un acto de previsión; que se los pacta como definitivos presumiéndose su irrevocabilidad, puesto que por encima del interés de los contratantes está la seguridad del tráfico, la confianza recíproca y el estímulo de una ventaja futura, que son el alma del comercio.<sup>10</sup>

Por otro lado, haciendo reposar la crítica en la obligatoriedad del acuerdo,

ha llegado a sostenerse que ésta ha sufrido un “(...) grave quebranto cuyo alcance es de tal naturaleza que rompe con toda la teoría del contrato”, y aún más, que ahí “(...) donde se tenga en cuenta la imprevisión, el contrato quedará a un lado”.<sup>11</sup>

En último término, y desde los predios del análisis económico del derecho, se plantea la inadmisibilidad de la institución al considerarse que en materia económica no existe nada imprevisible, es decir, lo imprevisible resultaría extraño al contrato, ya que lo único tangible es la presencia de acontecimientos previsibles a muy alto costo.<sup>12</sup>

Sea cual fuere el argumento esgrimido para atacar la teoría de la imprevisión, lo cierto es que no puede negarse hoy en día su absoluta y plena vigencia; pues a pesar que su aplicación trastoca los cimientos del *pacta sunt servanda* al permitir que un contrato válidamente celebrado y de cumplimiento obligatorio sea materia de revisión, la justicia del contrato y la sumisión de éste al principio de buena fe, exigen que se detenga la ejecución de lo pactado cuando un evento extraordinario e imprevisible altera el equilibrio del negocio, con grave detrimento para el contratante obligado a cumplir.

El contrato representa el medio más eficaz para facilitar el tráfico comercial además de satisfacer intereses diversos de los particulares; pero bajo ningún punto de vista puede convertirse en un instrumento que produzca el daño económico de un sujeto, y en ciertos casos, el enriquecimiento del otro a expensas de su perjuicio.

Las partes al contratar no solo son conscientes de las ventajas que les reportará el negocio, sino particularmente de las circunstancias bajo las cuales éste se realiza, en el entendido que ellas se mantendrán durante toda la vida del contrato. Pero, cuando sobreviene un hecho extraordinario, de alcance general, no contemplado en el curso de las tratativas ni mucho menos al finiquitarse el acuerdo, que torna excesivamente gravoso el cumplimiento de la prestación para una de las partes; entonces, invocando los principios anteriormente mencionados, es justo que dicho contrato sea revisado para restablecer su paridad originaria e impedir con ello el perjuicio patrimonial del afectado.<sup>13</sup>

Así lo entendió la jurisprudencia francesa en un fallo del Consejo de Estado de 1916, cuando permitió que el contrato celebrado entre la Compañía de Alumbrados de Burdeos y la Municipalidad de esa ciudad fuera revisado al haber sobrevenido un hecho imprevisto -la Primera Guerra Mundial- que supuso el encarecimiento del carbón, materia prima del servicio prestado por tal compañía.<sup>14</sup>

Posteriormente, y siempre en Francia, la Ley *Faillot* de 1918 contempló la posibilidad de rescindir o suspender la ejecución de los contratos anteriores al 1 de agosto de 1914, que comportaran la entrega de mercaderías o artículos u otras prestaciones sucesivas o solo diferidas, mientras durara la guerra y hasta tres meses después de cesadas las hostilidades, si se "(...) establecía que a causa del estado de guerra la ejecución de las obligaciones de uno de los contratantes comportaría cargas o le causaría un perjuicio cuya importancia excedería en mucho las previsiones que razonablemente pudieron tenerse en el momento del contrato".<sup>15</sup>

Y mucho más atrás en la historia, sustentados en la vieja cláusula *rebus sic stantibus*, cuya inserción se consideraba tácita en todo acuerdo contractual, los estudios doctrinarios han registrado como antecedentes del instituto en comentario textos de Cicerón (*De Officiis*, *De los deberes*) y Séneca (*De beneficiis*); en tanto otros parecen apreciarlo en unas líneas de Neratius en el *Digesto* ("*rebus sic stantibus loquimur*": se habla estando así las cosas, ley 8ª, Libro VII, título 4º, de *condictio causa data, causa non secuta*) y en un pasaje de Marcelo (*Digesto*, 45 - I, párr. 98).<sup>16</sup>

Sin embargo, como lo reconoce Rezzónico,<sup>17</sup> la formulación más clara de la teoría de la imprevisión se encuentra en una expresión de los post - glosadores, según la cual *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futurum, rebus sic stantibus intelliguntur*,<sup>18</sup> y además, en los desarrollos de los canonistas medievales, cuyos tribunales consideraban contrario a la moral cristiana y la equidad el enriquecimiento de un contratante a expensas del otro, cuando las circunstancias bajo las cuales se pactó el negocio hubiesen sido alteradas por acontecimientos imprevisibles.

Con todo, a pesar de su negación por quienes hacen prevalecer el cumplimiento fiel del contrato por sobre la justicia del mismo, no hay duda que la imprevisión ha sentado su estructura sobre bases sólidas, con la consecuencia de hacer voltear la mirada a los principios de buena fe y equidad cuando de interpretar y ejecutar el negocio se trata.

### 3. NOCIÓN Y CARACTERES PRINCIPALES

Hemos apreciado cómo frente al cumplimiento inexorable del contrato emerge la posibilidad de su revisión cuando un hecho extraordinario, no advertido por los contratantes al tiempo de la negociación, altera sustancialmente el equilibrio originario de las prestaciones, con la consecuencia de producir la afectación patrimonial del compelido a cumplir.

No debe perderse de vista, sin embargo, que esta situación aplica exclusivamente de manera excepcional. Es decir, frente a un contrato válidamente celebrado, la regla general será su ejecución en el modo y forma pactados, deviniendo su revisión solo si circunstancias posteriores y ajenas a él tornan oneroso el cumplimiento para una de las partes. En otras palabras, "*pacta sunt servanda, sí y solo sí, rebus sic stantibus*".<sup>19</sup>

Por ello, frente al riesgo siempre probable que situaciones o hechos irrelevantes puedan servir como excusa de uno de los contratantes para negarse a cumplir la prestación a su cargo, la doctrina –con el ánimo de perfilar los contornos de operatividad de la institución– ha establecido un conjunto de parámetros dentro de los cuales la imprevisión puede ser invocada; circunscritos éstos en cuanto a la connotación del hecho que sirve como base para plantearla, su vinculación respecto al negocio y las partes, la manera cómo se afectan las prestaciones frente al acaecimiento del acontecimiento extraordinario e imprevisible y, por último, la categoría de contratos a los que resulta aplicable.

### **3.1. EL ACONTECIMIENTO EXTRAORDINARIO E IMPREVISIBLE**

La imprevisión exige que el acontecimiento o hecho que propicia la revisión del contrato tenga la connotación de extraordinario e imprevisible. Es extraordinario, precisamente porque su ocurrencia no es algo que se produzca regularmente o con reiteración en el tiempo; "escapan a lo que es común, habitual u ordinario en la vida del hombre".<sup>20</sup>

A su vez, este elemento requiere conectarse con la imprevisibilidad de su acontecer. Si el hecho es extraordinario, pero los contratantes tuvieron la posibilidad de prever sus efectos, la figura no será pasible de ser invocada, así la prestación de cualquiera de ellos devenga en onerosa, ya que nadie puede invocar su propia culpa para evitar el cumplimiento de aquello prometido contractualmente.<sup>21</sup>

"La exigencia de que el acontecimiento haya sido imprevisible apunta a que se trata de un hecho que exceda la prudencia que las partes razonablemente debieron haber tenido y lo que racionalmente hubiera podido preverse".<sup>22</sup>

### **3.2. VINCULACIÓN DEL EVENTO CON EL CONTRATO Y LOS CONTRATANTES**

Reviste particular interés precisar cuál es la vinculación del hecho extraordinario e imprevisible respecto al contrato, y aún respecto a las partes contratantes.

El acontecimiento que constituye el sustrato de la teoría de la imprevisión es un hecho que no se ubica en la génesis del negocio, sino que sobreviene a él, operando sobre la fase de ejecución del contrato.<sup>23</sup> Es también ajeno a las partes contratantes, pues ellas no tienen mayor injerencia ni mucho menos el poder suficiente para generarlo en pos de evitar el cumplimiento. Y esto, qué duda cabe, constituye la línea divisoria con la lesión contractual.

Efectivamente, la lesión hace su aparición en el momento de concreción del contrato, por acción de una de las partes que valiéndose del apremiante estado de necesidad de su par, se aprovecha injustificadamente de él, para obtener un beneficio patrimonial que en circunstancias normales tal vez no hubiese logrado conseguir.

Importan aquí datos subjetivos –el aprovechamiento injustificado y la necesidad del afectado- para corroborar una situación objetiva concreta –el desequilibrio de las prestaciones-, a fin de proceder a revisar el contrato, ya sea para rescindirlo o ajustarlo a un justo equilibrio; a diferencia de la imprevisión, en la cual nada importan los particulares estados de los contratantes, sino la influencia que ejerce el hecho imprevisible respecto a sus prestaciones.

En la lesión contractual una de las partes acude a crear el elemento subjetivo del aprovechamiento; en la imprevisión, por el contrario, no existe injerencia alguna de las partes respecto a la producción del acontecimiento extraordinario e imprevisible. Éste, en resumen, resulta ajeno al contrato particular.

### **3.3. AFECTACIÓN DE LAS PRESTACIONES: LA EXCESIVA ONEROSIDAD**

¿Cómo actúa el acontecimiento imprevisible respecto a las prestaciones de las partes? Bajo el supuesto que todo contrato supone una relación de correspondencia entre las prestaciones asumidas, la acción que ejerce el acontecimiento imprevisible será romper tal equilibrio, ocasionando que una de las prestaciones se torne excesivamente gravosa frente a la otra, con lo cual se quiebra –desde luego- el binomio sacrificio – ventaja que importa la asunción de cualquier obligación contractual.

Desde luego, no se trata de un desequilibrio cualquiera, sino que “(...) debe tener cierta entidad y, si bien no torna imposible el cumplimiento de la prestación, lo torna excesivamente gravoso para una de las partes, que no encuentra compensación en la prestación que le ha efectuado o prometido a la otra”.<sup>24</sup>



“El hecho imprevisible instaura una desmesura en esa onerosidad que se mide relacionadamente con la otra prestación. Se trata de una relación económica en donde una cosa se da a cambio de otra similar según las valoraciones del mercado; esas valoraciones han sido distorsionadas por el fenómeno que generó su propia relación. Se trata de una relación objetiva, no de la propia utilidad”.<sup>25</sup>

Si se verifica la existencia de un acontecimiento imprevisible, pero su incidencia respecto a una de las prestaciones es mínima o irrelevante, no procederá la invocación de la imprevisión; como tampoco lo será si a pesar de haberse roto el inicial equilibrio prestacional la parte obligada a cumplir puede hacerlo sin afectar su esfera patrimonial.

La imprevisión debe moverse dentro de ciertos parámetros que fuerzan a analizar con sumo cuidado cada uno de los supuestos que podrían presentarse de acaecer un hecho imprevisible. Y esto, sin lugar a duda, refuerza la responsabilidad que posee la actuación del Juez cuando se trata de revisar un contrato, puesto que es él quien, finalmente, decide la procedencia o no de la imprevisión, atento a los hechos que celosamente debe evaluar.

Recordemos que el cumplimiento del contrato debe ser la regla; la imprevisión solo para casos de excepción.<sup>26</sup>

#### **3.4. CONTRATOS EN LOS CUALES RESULTA APLICABLE LA IMPREVISIÓN**

Si la imprevisión aparece con posterioridad a la celebración del contrato, es lógico pensar que ésta solo será aplicable en aquellos negocios en los cuales las prestaciones deben ejecutarse en el tiempo. Así han concordado la doctrina y las diversas legislaciones del continente que la han regulado.

El Código Civil Peruano, que al decir de Moisset de Espanés<sup>27</sup> es uno de los códigos que más cuidado ha puesto en el tratamiento de la institución, señala que la imprevisión puede ejercitarse tratándose de contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida (artículo 1440º); en los de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella (artículo 1441º, inc. 1); en los aleatorios, cuando la excesiva onerosidad responde a causas extrañas distintas al riesgo del contrato (artículo 1441º, inciso 2) y, finalmente, en los contratos con prestaciones unilaterales (artículo 1442º).

Por su parte, el Código Civil Argentino y el Código de Comercio Colombiano, aluden -respectivamente- a contratos de ejecución diferida o continuada

(artículo 1198º, 2do. párrafo) y de ejecución sucesiva, periódica o diferida (artículo 868º, 1er. párrafo); en tanto el Código Civil Brasileiro de 2003, lo aplica a contratos de ejecución continuada o diferida (artículo 478º), tan igual como el mencionado texto argentino.

El Código Boliviano, de manera similar al Peruano, aplica la imprevisión exclusivamente a contratos de ejecución continuada, periódica o diferida (artículo 581º) e incluso a aquellos constituidos por prestación unilateral (artículo 582º); sin embargo, excluye su aplicación, por expresa disposición del artículo 583º, a los contratos aleatorios. Por último, el Código Civil del Paraguay, en el artículo 672º, lo reserva únicamente para los contratos de ejecución diferida y de prestación unilateral.<sup>28</sup>

Vemos, entonces, cómo los diversos textos legales revisados han delimitado concretamente y establecido excepciones (como el caso boliviano, para los contratos aleatorios) para la aplicación de la imprevisión contractual, procurando que esta figura quede circunscrita a un tipo específico de negocios, evitando proyectarla a toda una generalidad de ellos; pues como se mencionó, la imprevisión solo puede ejercitarse cuando existan prestaciones pendientes de ejecución.

#### **4. EL ARTÍCULO BAJO COMENTARIO. ESTRUCTURACIÓN Y CONTRATOS A LOS CUALES RESULTA APLICABLE**

Centremos ahora la atención en la confrontación de los conceptos anotados precedentemente con el contenido que brinda el artículo 80º del Código Civil Cubano.

Prescribe la norma:

“Procederá también la rescisión de toda obligación cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución, la hagan tan onerosa para el deudor que pueda presumirse, razonablemente, que éste no la hubiera contraído de haber podido prever oportunamente la nueva situación sobrevenida”.

No son pocas las críticas que un sector de la doctrina de este país ha vertido respecto a dicha norma, al analizar los requisitos que incorpora para la aplicación de la institución en los contratos privados.<sup>29</sup>

Tal artículo nos enfrenta pues, a un contrato que con posterioridad a su

concreción, ve acaecer un hecho extraordinario e imprevisible que vuelve onerosa la prestación para el deudor, la cual no la hubiese contraído de haber podido prever oportunamente la situación sobrevenida, forzando a la rescisión del negocio. En otros términos tenemos:

- a. Preexistencia de cualquier contrato en general;
- b. Evento extraordinario e imprevisible que acaece con posterioridad a la celebración del negocio;
- c. Como consecuencia de lo anterior, prestación a cargo del deudor se vuelve excesivamente onerosa;
- d. Presunción razonable que deudor no la hubiese asumido, de haber previsto oportunamente la nueva situación sobrevenida; y
- e. Rescisión del contrato por onerosidad sobreviniente.

La primera observación que podríamos plantear es lo relativo a los contratos en los cuales la imprevisión resulta aplicable. Ya mencionamos que esta institución solo se materializa en negocios en los que el factor tiempo en el cumplimiento cobra un papel fundamental; ya que si hablamos de una prestación onerosa, es claro que el hecho sobrevenido e imprevisible únicamente puede recaer en prestaciones pendientes de ejecutarse, pero jamás en aquellas que ya lo fueron.

No obstante, la primera parte del artículo 80º nos coloca ante una aplicación genérica de la imprevisión, sin que se especifiquen los contratos en los cuales ella resulta operativa, lo que ha llevado a la profesora Ojeda Rodríguez a poner de relieve el error de esta prescripción<sup>30</sup>, puesto que abre sin más el expediente de la revisión contractual, sin reparar previamente en la naturaleza del contrato, y lo que consideramos más grave aún, que dicha enunciación podría resultar sumamente peligrosa para la estabilidad y seguridad de las convenciones.

La revisión contractual por imprevisión solo debe operar en situaciones especialísimas; y aunque es cierto que corresponde al Juez decidir en último término –analizando los hechos ocurridos y el caudal probatorio que la parte afectada ofrezca en juicio- su procedencia o no, nos parece que una futura reforma de esta norma debería explicitar los contratos en los cuales aquélla puede invocarse, tal como lo hacen otros cuerpos normativos de la región.

Similar situación acontece con los contratos aleatorios, respecto de los cuales el legislador cubano guarda silencio.<sup>31</sup> Particularmente no vemos mayor inconveniente que dichos contratos puedan ser dejados sin efecto,

o reajustados, por obra de la imprevisión, porque al prescribir el Código Civil que la misma opera respecto a cualquier obligación, es claro que debe comprenderse también a los aleatorios, siempre y cuando la onerosidad no repose en el álea del contrato; supuesto éste que deberá ser examinado por el Juzgador al analizar el caso concreto.<sup>32</sup>

No resulta menester detenerse en el análisis del hecho que motiva la imprevisión, pero sí sobre la parte afectada por la misma.

El artículo 80 refiere que la prestación se vuelve onerosa para el deudor, con lo cual se aleja de otras legislaciones que entienden que el hecho imprevisible puede afectar indistintamente tanto a aquél como al acreedor.<sup>33</sup> Por tal razón, comparto plenamente la afirmación de la profesora Ojeda cuando sostiene que “(...) el perjudicado en estos casos no es solo el deudor, sino que puede serlo el acreedor en todos aquellos casos en que, por ejemplo, tenga que aceptar un pago en moneda depreciada, con lo cual saldría evidentemente beneficiado el deudor”.<sup>34</sup>

Evidentemente, la aplicación del artículo 80º debería armonizarse con una interpretación amplia del artículo 6 del Código Civil<sup>35</sup>, que recoge el principio de buena fe, para permitir así que el acreedor afectado pueda accionar la rescisión del contrato por acaecimiento de un suceso imprevisto.

Si la imprevisión, y con ella la justicia contractual, aspiran al justo equilibrio entre prestaciones, menos aún podría negarse el derecho de acción al acreedor por la ocurrencia de acontecimientos que no tuvo en mira al celebrar el contrato. Lo contrario sería negar el principio antes referido.

## **5. ACCIONES A QUE DA LUGAR LA IMPREVISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CUBANO**

Entendido, según nuestro parecer, que la imprevisión puede ser alegada por el deudor –en aplicación del artículo 80º-, y por el acreedor –vía interpretación del artículo 6º-, conviene reparar ahora en las acciones a que da lugar el instituto bajo comentario.

El artículo 80º nos remite sin más al mecanismo rescisorio para dejar sin efecto el contrato. ¿Pero aquello impedirá ofrecer el expediente del reajuste de las prestaciones inequitativas, si así lo dedujera el demandado?, o por el contrario, ¿el afectado podrá requerir el reajuste de su prestación en vez de apelar a la rescisión del acuerdo?

Si nos atenemos en estricto a la letra del precepto, la respuesta deberá ser en sentido negativo. Pero si a él le oponemos el artículo 78º, según el cual la acción de rescisión es subsidiaria, no pudiendo ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, podríamos “forzar” -corriendo el gravísimo riesgo de la equivocación- la interpretación para plantear como hipótesis que, efectivamente, el reajuste es posible al amparo de dicha norma en el ordenamiento cubano.

Incluso jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Civil y de lo Administrativo<sup>36</sup>, ha señalado que “(...) la rescisión es de esa naturaleza, de carácter excepcional, o sea el remedio último al que se accede para reponerse de un perjuicio manifiesto e importante sufrido por una parte, como consecuencia de un contrato válido y perfectamente realizado”, agregando que “(...) también procede cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución la hagan tan onerosa para el deudor (...)”.

Si las partes al contratar esperan que el acuerdo produzca determinados efectos jurídicos, no puede negárseles -bajo ningún punto de vista- continuar con el negocio, y es por esa razón que el mecanismo del reajuste surge como la vía más idónea para preservar el contrato y retrotraer las prestaciones a su justo equilibrio.

Nos alineamos con lo expresado por Moisset de Espanés<sup>37</sup> cuando dice que al orden jurídico le interesa, sobre todo, mantener la validez de las convenciones y que produzcan los efectos que las partes tuvieron en vista al contratar. Aunque, desde luego, la solución planteada puede no ser pacífica estando -como se dijo- a la letra del artículo 80.

Para finalizar, nos detenemos brevemente en dos cuestiones que el legislador cubano obvió en la regulación de la imprevisión: la renuncia a la acción y el plazo para interponerla.

Aunque nada impediría -a la luz del artículo 5º del Código- renunciar anticipadamente a la acción por imprevisión, surge el riesgo que ella pueda ser impuesta por el contratante más fuerte en desmedro del más débil de la relación jurídica; con lo cual la institución devendría en prácticamente inoperante. Lo correcto sería impedir toda posibilidad de renuncia, a fin que las partes queden en absoluta libertad de accionar la rescisión del contrato cuando las circunstancias lo ameriten, para eliminar así cualquier sospecha de abuso o perjuicio.<sup>38</sup>

Otro tanto acontece respecto al plazo para ejercitar la acción, el cual por aplicación del artículo 114º se proyectaría al término de cinco años.<sup>39</sup>

Si el contrato está destinado a la producción de efectos jurídicos, resulta entonces perjudicial conceder un plazo demasiado extenso para ejercitar la acción correspondiente. La imprevisión solo debe coadyuvar a mitigar la gravosidad de la prestación, mas no debe convertirse en una espada de Damocles de la cual se haga depender la suerte futura del negocio.

Un ajuste legislativo, en este sentido, sería a todas luces conveniente.

## 6. CONCLUSIÓN

En tiempos en los cuales las voces contrarias a la incorporación de instituciones jurídicas protectoras de los contratantes son muchas, cabe resaltar la incorporación de la imprevisión dentro del articulado del Código Civil Cubano.

Si bien es cierto un futuro trabajo de reforma del Código deberá incidir en algunos tópicos tratados, y más allá de los afinamientos propios a que debe someterse toda figura contractual para caminar al paso de los cambios operados en la realidad social, sumado a los trabajos de la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales, no cabe duda que principios otrora inmutables –como el *pacta sunt servanda*– van abriendo paso a normas cuyo propósito no es alterar las bases del mercado, como creen algunos, sino proteger a sus actores directos, a efectos que los negocios entablados en él reposen bajo fundamentos de justicia y equidad. La imprevisión es claro ejemplo de ello.

Ante tal realidad, queda por decir, parafraseando a Rezzónico,<sup>40</sup> que puede vislumbrarse un hermoso porvenir a instituciones como el abuso del derecho, la lesión y la imprevisión en la medida que desaparezca el individualismo acendrado en las instituciones y se impregnen del espíritu de solidaridad social, que debe cubrir con su manto todo el ámbito jurídico.

- <sup>1</sup> Medina, M, Responsabilidad precontractual. Estudio acerca de la ruptura injustificada de los tratos preliminares. Lima: Forum Casa Editorial; 2006, pág.104.
- <sup>2</sup> “La Lesión. Pareceres en torno a su regulación en el Código Civil del Perú”, En: Revista *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, N° 107, junio, 2004, Bogotá, págs. 291-330; y “La excesiva desproporción prestacional en el contrato a través de los Principios del Unidroit”, en: *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia de España, Madrid, Año LX, N° 2026, diciembre – 2006, págs. 7 – 22.
- <sup>3</sup> Mosset, J. Interpretación Económica de los Contratos. Justicia Contractual. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, Editores: 1994, pág. 286. Como bien se ha dicho, “el concepto de lesión tiende a superar un desequilibrio genético; el de imprevisión uno funcional. El primero aparece en la celebración o acta de nacimiento del negocio y antes de la producción de los efectos; (...) la imprevisión, se muestra durante la vida del contrato, a contar desde que los efectos se desencadenan...”.
- <sup>4</sup> O excesiva onerosidad de la prestación, como se le denomina en Perú.
- <sup>5</sup> Caprile, B. “La imprevisión”. En: La terminación del contrato, AA.VV., Gaitán Martínez, José Alberto y Fabricio Mantilla Espinosa (directores académicos). Bogotá: Universidad del Rosario; 2007, pág. 197. Referencia Caprile, “en el derecho privado chileno no existe norma legal que acoja la teoría de la imprevisión, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho público chileno, en que se la acepta expresamente”, agregando que “esa disparidad se manifiesta también en la jurisprudencia, ya que mientras la jurisprudencia de la Corte Suprema la rechaza, los dictámenes de la contraloría General de la República la acogen”.
- <sup>6</sup> Sea éste el momento para agradecer de manera efusiva la colaboración del profesor Carlos Gómez Vásquez, investigador de la Universidad de Medellín, por su ayuda valiosa para hacernos conocer los antecedentes de la imprevisión en Colombia, y quien nos refiere la existencia de un Proyecto de Derecho Privado a cargo del profesor Valencia Zea en el cual se da cabida a la institución que se comenta.
- <sup>7</sup> Rivera, J, “La Teoría de la Imprevisión. Estudio comparativo entre algunas legislaciones latinoamericanas”, en: *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos (Teoría General, Contratación Predispuesta, de Consumo y Financiera)*, AA.VV., Oviedo Albán, Jorge y César Carranza Álvarez (Directores). Trujillo: Editorial Industria Gráfica Libertad; 2005, pág. 141.
- <sup>8</sup> Según la Corte Suprema de Justicia de Colombia, la invocación de la imprevisión se justifica cuando “hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no han podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento, sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad” (C.S.J. Cas. Civ. 23/05/1938. M.P. Arturo Tapias Pilonieta. G.J. XLV, p. 544). Consúltese, también a: C.S.J. Cas. Civ. 29/10/1936. M.P. Liborio Escallón. G.J. XLIV, Nos. 1914 y 1915, págs. 455 a 458.
- <sup>9</sup> La imprevisión encuentra cabida, en la misma forma, en los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), quien lo regula en el artículo 6.2.1 y siguientes; Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, artículo 97 y en los Principios de Derecho Europeo de Contratos, artículo 6.111.
- <sup>10</sup> Risolía, M. Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil. 2da. Edición. Buenos Aires Abeledo – Perrot; 1958, págs. 188 – 189.
- <sup>11</sup> De Buen Lozano, N, La decadencia del contrato (con un apéndice “Veinte años después. 2da. Edición. México: Editorial Porrúa S.A.; 1986, págs. 246 – 247.
- <sup>12</sup> Patrón, C. Citado por Castillo, M y Vásquez, R. Analizando el Análisis (Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Estudio Mario Castillo Freyre; 2004, pág. 82, nota 3.
- <sup>13</sup> Con razón se expresa que “la grave alteración de las circunstancias generales que prevalecían, en un país o región, al momento de la celebración de un contrato en relación con las que existen en el momento de su ejecución y que no pudieron ser previstas, justifica la revisión del mismo por razones de justicia y equidad; pues si el cumplimiento estricto de lo estipulado en él (...) se advierte que el contrato, de ser un instrumento jurídico útil para el intercambio de bienes y servicios, se torna en un negocio de excesiva onerosidad para una de las partes con relación a la ganancia notoriamente desproporcionada a favor de la otra, el juzgador ha de intervenir (...) para restablecer el equilibrio que debe prevalecer entre las prestaciones convenientes”. Galindo, I. Teoría General de los Contratos, México, Editorial Porrúa S.A: 1996, pág. 282.
- <sup>14</sup> Los detalles de este caso pueden revisarse en: Moisset de Espanés, Luis, “Imprevisión. Legislación de América del Sur”, En: *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo. Contratos (Teoría General, Contratación Predispuesta, de Consumo y Financiera)*, AA.VV., cit.; pág. 165.
- <sup>15</sup> Citado por: Rezzónico, L, La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión. 2da. edición (actualizada y aumentada), Buenos Aires: Editorial Perrot;1954, pág. 17. De igual forma, se cita en apoyo de la invocación de la figura, lo acontecido con el cierre del Canal de Suez en conexión con el rompimiento



- de las hostilidades árabe - israelíes en junio de 1967, que supuso el alza anormal de precios en el mercado petrolífero.
- <sup>16</sup> *Ibidem*, pág. 21.
- <sup>17</sup> *Ibidem*, págs. 21 - 22.
- <sup>18</sup> Los contratos a término o de tracto sucesivo, se entienden permaneciendo las cosas en el mismo estado.
- <sup>19</sup> Roselló, R. "Relatoría General de la IV Jornada Internacional de Derecho de Contratos - La Habana (Cuba)". En: Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad, N° 138 (edición especial por LXXXII aniversario de fundación), Trujillo (Perú), 2005, pág. 210; donde además se concluyó, certeramente, que "Partiendo del hecho de que lo imprevisible no es vinculante, la regla de la buena fe impone, (...) la revisión de los contratos si las circunstancias económicas que sirvieron de base para su concertación cambian".
- <sup>20</sup> Mosset, J. *op. cit.*, pág. 305.
- <sup>21</sup> Se ha escrito con acierto que "(...) con mucha frecuencia el evento del que depende la excesiva onerosidad de una de las prestaciones, aun siendo anormal o extraordinario puede ser previsto en el acto de la estipulación del negocio. Caso en el cual no se ve por qué haya de influir en el vínculo contractual contractual, el sinalagma base del contrato". En apreciación que consideramos relevante, se anota que "(...) de la acertada aplicación de este requisito depende, por una parte, la eficacia de la institución y, por otra, que no se transforme en un atentado a la fuerza obligatoria del contrato". Caprile Biermann, Bruno; *op. cit.*, pág. 208.
- <sup>22</sup> Ghersi, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales - Parte General y Especial*, Editorial Astrea, t. I, 1999; pág. 351.
- <sup>23</sup> "Los hechos extraordinarios e imprevistos, deben ser además, posteriores a la celebración del contrato. Es claro, si tales circunstancias son anteriores o concomitantes con la celebración del contrato y de fácil acceso al conocimiento de los contratantes, ya no puede hablarse de imprevisión sino, probablemente de descuido, puesto que se construye el acuerdo a espaldas de una realidad que las partes, por supuesto, pueden investigar fácilmente", concluye, con acierto, el profesor Bohórquez. Bohórquez Orduz, Antonio, *De los negocios jurídicos en el Derecho Privado colombiano - Generalidades contractuales*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., vol. 2, 2004, pág. 204.
- <sup>24</sup> Moisset de Espanés, L. *Op. cit.*, p. 173. En el mismo sentido Caprile, cuando dice "(...) no cualquier onerosidad da lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, sino solo aquellas cuya gravedad sea 'excesiva', lo que parece natural pues solo éstas rompen el equilibrio contractual, el sinalagma base del contrato". En apreciación que consideramos relevante, se anota que "(...) de la acertada aplicación de este requisito depende, por una parte, la eficacia de la institución y, por otra, que no se transforme en un atentado a la fuerza obligatoria del contrato". Caprile Biermann, Bruno; *op. cit.*, pág. 208.
- <sup>25</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos - Parte General*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe - Buenos Aires, 2004, págs. 521 - 522.
- <sup>26</sup> Como bien se ha dicho, "la aplicación de la teoría de la imprevisión exige, entre otros recaudos, la determinación en forma puntual de las distorsiones efectivamente producidas y cuya reparación se pretende mediante la recomposición de la fórmula contractual. El hecho perturbador debe producir un quebranto que supera el álea normal, pues no se trata de una técnica utilizable para desligarse de los malos negocios" (CNFedContAdm, Sala I, 23/11/95, DJ, 1996-2-537), en: Ghersi, Carlos Alberto, *op. cit.*, pág. 361.
- <sup>27</sup> Moisset de Espanés, Luis, *op. cit.*, pág. 178.
- <sup>28</sup> Los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit, no hacen alusión alguna respecto a los contratos en los cuales la excesiva onerosidad es aplicable; ya que el artículo 6.2.2 alude genéricamente a la "alteración del equilibrio del contrato", no circunscribiendo la figura a una modalidad de ejecución en particular, como sí lo hacen los textos legislativos de nuestro continente revisados líneas arriba.
- <sup>29</sup> Sobre el particular, puede revisarse el acucioso e interesante trabajo de la profesora Ojeda Rodríguez, N. "Justicia contractual: Principios de la buena fe y del justo equilibrio de las prestaciones en la contratación". En: Derecho de Contratos (Teoría General del Contrato), colectivo de autores, Editorial Félix Varela, La Habana, t. I, 2003, págs. 21 - 56; a quien seguiremos en esta parte del escrito.
- <sup>30</sup> Ojeda Rodríguez, Nancy de la C.; *op. cit.*, pág. 50.
- <sup>31</sup> El Código Civil Peruano permite que la imprevisión pueda recaer sobre contratos aleatorios, imponiendo como única condición que la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato (artículo. 1441, inc. 2), en sentido similar a la regulación del Código Civil Argentino (artículo 1198°, 2do. párrafo, última parte). No admite, por el contrario, esta posibilidad el Código de Comercio Argentino Colombiano (artículo 868°, último párrafo).
- <sup>32</sup> En particular, se señala que no resulta oportuno conceder a las partes la posibilidad de poner en discusión



---

(para modificarlo o resolverlo) el vínculo contractual, cuando dicho riesgo resulta inherente a esa particular operación contractual. Bigliazzi Geri, Lina; Breccia, Umberto; Busnelli, Francesco D.; Natoli, Ugo, *op. cit.*, pág. 1095.

<sup>33</sup> Por ello aluden al concepto de “parte” en sentido general; así por ejemplo: Código Civil Peruano, artículo 1440º (“parte perjudicada”); Código de Comercio de Colombia, artículo 868º (“una de las partes”); Código Civil Argentino, artículo 1198, 2do. párrafo (“prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa”); Código Civil de Bolivia, artículo 581.I (“la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa”); y Principios Unidroit, artículo 6.2.2. (“costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido”).

<sup>34</sup> Ojeda Rodríguez, Nancy de la C.; *op. cit.*, pág. 51.

<sup>35</sup> Interpretación que al decir de la profesora Ojeda, debe efectuarse para permitir su invocación en sede contractual; *ibidem*, p. 33. En el mismo sentido, el profesor Leonardo B. Pérez Gallardo ha escrito que “(...) nada impediría a los operadores jurídicos el cobijarse, además, en el citado artículo 6, en aras de ofrecer una *justa y adecuada interpretación del negocio contractual*”. (cursiva nuestra). Pérez Gallardo, Leonardo B., “De la interpretación e integración contractual”, en: *Derecho de Contratos (Teoría General del Contrato)*, cit., pág. 253, nota 60, parte final.

<sup>36</sup> Sentencia Nº 444 de 28 de julio de 2003; segundo considerando. En: Código civil de la República de Cuba, Ley Nº 59/1987 de 16 de julio; anotado y concordado por el profesor Leonardo B. Pérez Gallardo.

<sup>37</sup> Moisset de Espanés, L. *Op cit.*, pág.173.

<sup>38</sup> El Código Civil de Perú ha establecido la nulidad de la renuncia por excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1444º). Comentando esta norma se ha dicho que “(...) si la institución (...) está inspirada en razones de elemental justicia, resulta entonces indispensable que ésta prevalezca y no quede esterilizada por su renuncia previa”. Arias – Schreiber Pezet, Max, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, t. I, 1995, pág. 258.

<sup>39</sup> Ojeda Rodríguez, N. *Op. cit.*, p. 51, quien a su entender resulta un plazo sumamente excesivo.

<sup>40</sup> Rezzónico, L., *Op. cit.*, pág. 156.





## LA LIBERTAD DE IMPRENTA EN LAS CORTES Y EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812

JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ\*

### Resumen

La libertad de imprenta fue una de las cuestiones más importantes incorporadas en la Constitución de Cadiz de 1812, representando una ruptura con el antiguo régimen conservador, y la asunción de los valores del liberalismo que permiten la intervención del pueblo en la esfera pública sin control previo de los órganos de poder, procurando con dicho paso inicial el cambio del sistema político. Ante la oposición de los sectores conservadores, supuso el punto inicial para la defensa iunaturalista de una serie de derechos fundamentales y libertades públicas del hombre por el sólo hecho de ser hombre.

En todo este proceso hacia la consolidación del liberalismo como alternativa de nuevo sistema político, la prensa escrita jugó un papel de suma importancia ya que permitió la difusión de las nuevas ideas e informaciones a favor del pueblo y de allí la gran importancia que tuvo la libertad de imprenta para lograr más adelante dicha consolidación.

**Palabras clave:** Libertad de imprenta, liberalismo, iunaturalismo.

### Abstract

The freedom of the press was one of the most important matters incorporated in the Constitution of Cadiz of 1812, representing a breaking between the old preservative regime and the assumption of the values of liberalism that allows the intervention of the society in the public sphere without previous control of the organs of power, trying with this inicial step the change of the political system.

The opposition of those two conservative parties supposed the starting point for the "iusnaturalista" defense of a series of fundamental rights and public liberties of the human being only for the fact of being a human being.

In all this process towards the consolidation of liberalism as an alternative of a new political system, the written press played a extremely important role since it allowed the diffusion of the new ideas and information in favor of the society there is the great importance that the freedom of the press had to obtain this consolidation.

**Keywords:** Freedom of the press, liberalismo, iusnaturalismo.

---

\* Jurista español. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela - España.

### Sumario

1. Introducción y planteamiento inicial. 2. La labor de las Cortes: El Decreto de 1810. 3. La Regulación Constitucional. 4. Normativa Postconstitucional. 5. Las funciones de la libertad de imprenta. 6. Aplicación práctica. 7. Las vicisitudes del sistema constitucional. 8. Referencia a la aplicación en América. 9. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO INICIAL

Las libertades de expresión e información aparecen hoy en día como uno de los elementos básicos del sistema sociopolítico, razón por la cual el ordenamiento jurídico les dispensa una especial atención en aras de su reconocimiento y garantía. Más allá de su dimensión subjetiva, la vertiente objetiva que presentan contribuye a la formación de una opinión pública libre, cualidad esencial para un proceso democrático eficaz y verdadero. De la misma forma, influyen de manera positiva en la idea de participación, que también es vital para un sistema democrático. Históricamente hablando la justificación de la libertad de comunicación se ha basado en diversas cuestiones, fundamentalmente tres<sup>1</sup>: en su carácter esencial para el autogobierno democrático, que es a lo que nos acabamos de referir con relación al rol que juega en la conformación de la opinión pública y en la transparencia del sistema; en la incidencia en el gradual descubrimiento de la verdad (lo que se asocia al “mercado de las ideas” y a las posturas de Stuart Mill); y en la justificación que reside en el derecho del individuo a expresar su personalidad. Más abajo veremos cómo es la justificación concreta que se aduce en el período gaditano.

El antecedente histórico de la libertad de información es la denominada, en el mundo jurídico hispano, libertad de imprenta, que hacía referencia a la posibilidad de imprimir cuando se quiera, sin censura previa, aunque con sujeción, claro está, a las leyes como lógica exigencia del Estado de Derecho. Su aparición en nuestro escenario jurídico-político tiene lugar en los trabajos de las Cortes Españolas reunidas extraordinariamente en Cádiz a causa de la invasión francesa.

La Constitución de 1812, firmada en la Isla de León (Cádiz), y la labor de las Cortes convocadas en dicha ciudad andaluza dejaron una huella indeleble en la Historia Política española, inaugurando e introduciendo en nuestro país el fenómeno del constitucionalismo, que pasaría por diversas fases, de intensidad muy diferente (incluidas vueltas al pasado), hasta llegar a la actualidad. Es el

fin de una época que se había ido forjando desde los últimos años del siglo XVIII con el asentamiento de las nuevas doctrinas políticas e ilustradas. La sociedad irá superando el sentido sacralizado de la existencia y caminará hacia una progresiva laicización que permite el nacimiento de los principios revolucionarios, aunque en ningún momento se produce una verdadera ruptura revolucionaria como efectivamente ocurrió en otros lugares.

La fama de esta Constitución se difundirá con rapidez y traspasará fronteras llegando a considerarse como modelo de Constitución liberal, incluso antes que la genuina Constitución revolucionaria francesa de 1791<sup>2</sup>. En este orden de cosas, Sánchez Agesta afirma que su fama y difusión “constituye un caso único en la historia, en cuanto determinó que fuera aceptada, casi en su integridad, como Constitución propia en otros países europeos, sin contar su influencia y su efímera vigencia en algunas repúblicas americanas”<sup>3</sup>. En efecto, su aplicación en los territorios de ultramar es real y realmente más importante de lo que se colige de las palabras del autor acabado de citar<sup>4</sup>.

La Constitución parte de la proclamación de la soberanía nacional (art. 3), aunque con un sentido nuevo al conectarla con la independencia (art. 2). La soberanía nacional no se esgrime contra el Rey y los estamentos privilegiados, como había sucedido en Francia, sino frente a las pretensiones de Napoleón, concretadas en la figura de su hermano José Bonaparte y en la Constitución de Bayona de 1808. Como la nación es soberana puede disponer libremente de su destino y no querer someterse a una potencia extranjera. Éste es, sin duda, un nuevo principio en la Europa de la época contra el que lucharán las monarquías de la Santa Alianza alegando el Derecho divino de los reyes.

Al mismo tiempo, la Constitución también parte del principio de confesionalidad y unidad religiosa (artículo 12º), en una suerte de cristianización de distintos elementos revolucionarios al entenderse que la libertad y la igualdad son acordes con la fe religiosa (o, más bien, exigencias de la misma como parece indicar Pío VII). En cambio, el constitucionalismo francés partía del contractualismo, que en España es rechazado al preferirse definir a Dios como fundador de la sociedad. A su vez, otros principios que sirven de base a la Carta Magna y a la labor de las Cortes son el de división de poderes, la representación nacional en Cortes, la garantía de la libertad y seguridad personal, la igualdad, y el de un régimen fundado en la opinión pública (gracias a la supresión de la censura).

Uno de los muchos temas abordados en esta apasionante época fue el que ahora nos ocupa, el de la libertad de imprenta, y en el que se percibieron por

primera vez con claridad dos bandos basados en opiniones políticas diferentes, que podemos llamar genéricamente liberales y conservadores. Estas dos posturas políticas van a estar presentes, *mutatis mutandis*, en las diversas controversias que surgen a lo largo de todo el agitado siglo XIX español y que versan de manera recurrente sobre las mismas cuestiones. Una de estas cuestiones polémicas que enfrenta a ambos bandos durante décadas es el establecimiento o rechazo de la libertad de imprenta. La solución fluctuará en función de cuál de los dos sectores sea el predominante.

En Cádiz los liberales conseguirán romper las ataduras del Antiguo Régimen logrando que se apruebe la Ley de libertad de imprenta en 1810 y que la Constitución de 1812 recoja este derecho. Así, el reconocimiento de la libertad de imprenta en esta época posee una importancia teórica de primer orden, pero su realización práctica, aunque por momentos es vigorosa, va a encontrar importantes dificultades motivadas, sobre todo, por la oposición del sector conservador que comulga con las ideas absolutistas. Esta afirmación nos sirve como hipótesis de trabajo para encarar las páginas que siguen, que las haremos girar en torno a la labor las Cortes, pues es allí donde se centraliza el debate jurídico-político, la regulación constitucional y la virtualidad práctica de las diversas medidas adoptadas.

## 2. LA LABOR DE LAS CORTES

La presencia militar francesa en España obliga a que las Cortes que se reúnen tras la sublevación contra el Imperio napoleónico lo hagan en la ciudad de Cádiz. Se trataba, de este modo, de garantizar el ejercicio de su labor lejos del enemigo en el Sur peninsular, aunque va a haber momentos en que, pese a todo, éste se halle bastante cerca (en algunos momentos en la sede de los debates constituyentes se llega a oír el bramido de los cañones). El resultado más importante de su labor es la Constitución de 1812, pero también van a adoptar otras medidas de importante calado. Algunas de ellas entran de lleno en la libertad de imprenta.

Sin embargo, en España la libertad de imprenta, de hecho, venía funcionando en la práctica desde 1808 cuando los diversos acontecimientos políticos que tienen lugar en ese año hacen inviable el control de las publicaciones que aparecían en las distintas partes del país. Ni las juntas locales ni la Central parecen haber limitado las publicaciones, antes bien ellas mismas emanan edictos y comunicaciones sin tener en cuenta la normativa de censura anterior.

El Reglamento de las juntas provinciales, elaborado por la Junta Central el 1 de enero de 1809, que prohibía el libre uso de la imprenta, no tuvo aplicación<sup>5</sup>. Se trata de un período especialmente fructífero para los escritos de opinión política en el que era necesario afirmar la propia identidad frente al invasor francés, además de intentar dar salida a la compleja situación española. Con anterioridad a la reunión de las Cortes son múltiples las solicitudes que se efectúan a favor de la declaración legal de esta libertad<sup>6</sup>. Parte de la prensa periódica de la época (*El Conciso*, *El Semanario Patriótico*) llega a realizar, sobre todo en 1810, verdaderas campañas de propaganda en pro de la prensa libre, aunque para ser precisos hay que subrayar que en todo momento la cuestión religiosa era tratada como una excepción a dicha libertad<sup>7</sup>. Las circunstancias históricas, en suma, eran propicias para la incorporación legislativa de la libertad de imprenta.

Tres días antes de la inauguración de las Cortes, el 21 de septiembre de 1810, Quintana, prohombre del liberalismo, desde el periódico *El Observador*, considera que la opinión pública es el verdadero sujeto que las ha convocado. De este modo, como señala Sánchez Agesta, “la libertad de imprenta y la libertad de discusión eran la manifestación de esa fuerza de la opinión pública que Quintana señalaba como verdadero sujeto de la revolución y expresión genuina de la soberanía de la nación”<sup>8</sup>. La Junta Central había recomendado a la Regencia que se reconociera la libertad de imprenta, lo cual van a hacer las Cortes vía legislativa. Pese a que algunos, como Toreno, en *El Conciso*, han escrito que el decreto que recogía la Ley de imprenta se aprobó sin dificultad, lo cierto es que se produjo debate y enfrentamiento entre el sector liberal y el conservador (o servil, realista o absolutista, como se le denomina en ese momento desde las filas opositoras al mismo), en el que el abogado y liberal asturiano Argüelles brilló especialmente.

En defensa de la libertad de imprenta se alega su derivación de la soberanía nacional y la necesidad que supone para la utilidad de todos los ciudadanos, al margen de verse como una consecuencia lógica de una actitud racional. En contra de su implantación se aducen reiteradamente razones religiosas abogándose por el mantenimiento de los tribunales de la Inquisición y de la censura. Los debates se centraron, como nos recuerda De la Parra, en las consecuencias que pudiera tener su reconocimiento para la religión y las razones políticas que la justificaban<sup>9</sup>.

El tercer día de sesiones (el 27 de septiembre) ya se constituye una comisión encargada del tema, lo que demuestra la relevancia teórica que se le otorgaba. En ella estaban presentes importantes nombres del liberalismo (Argüelles,



Muñoz Torrero, Oliveros y Pérez de Castro). El proyecto que elabora dicha Comisión se presenta el 8 de octubre, comenzando el debate el día 14, pese a la oposición de los diputados conservadores, que alegan la no presencia en Cádiz de muchos diputados electos.

Los liberales no sólo son concededores de la experiencia revolucionaria francesa sino también de las libertades políticas inglesas, cuya influencia fue determinante. Así las cosas, conciben la libertad de imprenta como un derecho necesario para ilustrar al pueblo y para el control del mal gobierno y de los gobernantes. El reconocimiento de este derecho es un acto de justicia pues se conecta con la naturaleza libre del hombre. Nos remitimos aquí al apartado V de este trabajo donde exponemos la funcionalidad que se le otorgaba a la libertad de imprenta. Pero al margen de los argumentos esgrimidos en torno a la bondad de las funciones de esta libertad también tuvieron su peso otros que giraban en torno a la conveniencia con relación a las exigencias de la guerra como medio de fomentar y consolidar el patriotismo.

El sector que se oponía, y con fuerza, a su instauración aducían el quebrantamiento de los preceptos de la Iglesia Católica, que exigían la licencia de un obispo para la impresión de obras. Ello hacía que la medida fuera “antisocial, antirreligiosa y antipolítica” (Morales Gallego) al ser agresora de la religión, de las autoridades civiles, de las costumbres y del decoro público. Sembraría la calumnia, la injuria y la desunión (Rodríguez de la Bárcena), y soltaría el freno a las pasiones haciendo peligrar la pureza de la fe (CREUS). Frente a esto los liberales esgrimían que la búsqueda de la verdad que permitía la libertad de imprenta no puede ser contraria a las verdades religiosas sino todo lo contrario ya que conduce al conocimiento y a la protección de esa verdad religiosa.

El 19 de octubre de 1810 se aprueba finalmente el proyecto (68 votos a favor, 32 en contra), y el 10 de noviembre se publica el Decreto que contiene la Ley de libertad de imprenta, que aparece, así, reconocida por vez primera en la legislación española. Es, por tanto, la obra de estas Cortes la que rompe con la tradicional configuración del tema de los límites de publicación, lo cual va a constituir uno de los ataques más claros a la base de flotación del sistema del Antiguo Régimen. Esta ley establece en el artículo 1º que “todos los cuerpos y personas particulares de cualquier condición y estado que sean tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anteriores a la publicación”. Tal redacción será reproducida en parte en la Constitución. De esta forma, se suprime el trámite que era necesario para sacar a la luz una publicación (el artículo 2º

abole expresamente el anterior sistema de censura previa). Este trámite, que se sustanciaba en los juzgados de imprenta y de la censura, consistía en el otorgamiento de una autorización previa a la publicación en la que constaba que el texto recibía el permiso para publicarse, de forma tal que si no se obtenía ese visto bueno no podía procederse a semejante publicación. Ahora se elimina cualquier análisis previo por parte del poder público del escrito que se pretende publicar, que podrá ser elaborado, impreso y difundido libremente. Los titulares de la libertad de imprenta son tanto las personas físicas como entes colectivos, que son llamados en la ley "cuerpos", con lo que queda patente la intención de otorgar un reconocimiento amplio de esta libertad en lo referido a los sujetos que la pueden ejercer.

Esta previsión, sin embargo, no va a significar una patente de corso para el ejercicio de la libertad de imprenta puesto que un incorrecto uso de la misma puede generar responsabilidad jurídica. Pero esta responsabilidad es exigida por los órganos judiciales después de la publicación, no antes, de acuerdo con la ley. En efecto, el artículo 3 de la Ley de libertad de imprenta establece el principio de la responsabilidad individual de escritores e impresores. Asimismo, los escritos de religión quedan exceptuados del régimen general puesto que en el artículo 6º del Decreto se lee que "todos los escritos sobre materia de religión quedan sujetos a la previa censura de los ordinarios eclesiásticos, según lo establecido en el Concilio de Trento". Como señala Artola, aunque el Decreto consolida la evolución realizada desde mayo de 1808, el alcance de la ley es limitado por temor de esta previsión<sup>10</sup>. Parece que sólo un diputado, Mexía, procedente de Méjico, puso reparos a tal excepción. Los otros liberales adoptaron una posición conciliadora en este tema, al igual que en todos los otros de índole religiosa. En todo caso, el ordinario eclesiástico no podía negar la licencia para imprimir sin antes pedir al autor la defensa de sus ideas (artículo 19º).

En las publicaciones de naturaleza no religiosa sólo se exige que conste el nombre del impresor, pero no del autor (artículo 8º). En todo caso, el impresor debe saber de quién procede el manuscrito publicado.

Las denuncias contra las publicaciones se sustancian en unos órganos denominados juntas de censura, una en cada provincia, y Junta de Censura Suprema, de ámbito nacional<sup>11</sup>. Estos órganos se crean "para asegurar la libertad de la imprenta y contener al mismo tiempo su abuso" (artículo 13º). Su actuación es, por lo tanto, *a posteriori* y a requerimiento de órganos ejecutivos o judiciales. Una vez analizado un texto, o sea, censurado, por la Junta Provincial, el autor puede solicitar ese texto y, de no estar de acuerdo, pedir

una nueva calificación. Si tampoco está de acuerdo con este segundo análisis, puede acudir a la Junta Suprema, que está obligada a practicar dos censuras (la reforma de 1813 rebajó esta obligación a una). También el autor de un escrito de religión, ante la negativa del ordinario eclesiástico para publicar, puede acudir a la Junta Suprema, aunque ésta sólo podrá aconsejar al ordinario. Las penas que se impondrán a quien haga mal uso de la libertad de imprenta casi no se concretan, lo cual es criticado por el sector conservador. Sólo se establecía una multa de 50 ducados a “los libelos infamatorios, los escritos calumniosos, los subversivos de las leyes fundamentales de la monarquía, inocentes y no perjudiciales” (artículo 4º). Otras penas, que no se especifican, se impondrán a las publicaciones licenciosas, contrarias a la decencia pública y buenas costumbres. En todo caso, únicamente los órganos judiciales las pueden imponer. Estas inconcreciones darán lugar a que, más adelante, las Cortes tengan que intervenir en asuntos que debían de haberse resuelto en otras instancias. No se sabía muy bien, por ejemplo, cómo se articulaba la relación entre las juntas de censura y los órganos judiciales o qué pasaba si el escrito denunciado atacaba a una junta (como es sabido la aplicación de los principios generales del Derecho exige que nadie puede ser juez y parte a la vez).

Esta normativa constituía la más avanzada en Europa sobre la materia y dejaba inoperativa la Inquisición, que aún existía jurídicamente, aunque de hecho no actuaba en esa época. Como puede verse, el reconocimiento de la libertad de imprenta se produce antes de la Constitución, que data de 1812. Ello constituye no sólo un asunto jurídico-político de primer orden sino también una cuestión social de la máxima relevancia habida cuenta las implicaciones que en esta esfera posee. Esto permite a La Parra afirmar que “tanto las Cortes como el pueblo español vieron en la libertad de imprenta un medio práctico para transformar la sociedad más que la consecuencia de unas teorías políticas”, por lo que todo lo relativo a este tema “esté relacionado con la manera general de pensar y de vivir de esa sociedad”<sup>12</sup>.

### 3. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

Los principios en los que se asienta la Constitución Española de 1812, esbozados más arriba, no son meras proclamas aisladas en una parte de su articulado sino que van a tener su lógica repercusión en las distintas cuestiones objeto de regulación. La proclamación de la libertad de imprenta no es un mero recurso retórico sino el serio intento de que junto a la soberanía nacional suponga la base de la construcción social. Las ideas de libertad y fe religiosa van a determinar la previsión que la Carta Magna contiene de la susodicha

libertad de imprenta en su artículo 371<sup>o</sup>, que no hace referencia a todo tipo de ideas sino sólo a las políticas: “Todos los españoles tienen la libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes”. La Constitución, a diferencia de otras de la época, carecía de una declaración sistemática de derechos, por lo que éstos van a aparecer dispersos a lo largo del articulado. A este precepto hay que añadir el 131<sup>o</sup>, que establece como una de las facultades de las Cortes (la “vigésimacuarta”) la de proteger la libertad política de imprenta.

Como en otras cuestiones, en ésta también la Constitución lo que hace es recoger algo que ya existía con anterioridad. En nuestro caso las novedades respecto a la Ley de libertad de imprenta son escasas. La más importante es la que alude a los sujetos titulares de esa libertad. Ahora se alude a “todos los españoles”, lo que resulta una expresión moderna y amplia que tiene por objeto no establecer, en este punto, más limitaciones que las que proceden del vínculo de la nacionalidad. Este derecho precede al texto constitucional puesto que, como sabemos, había sido proclamado por las Cortes en los primeros momentos. Así es, el artículo 371<sup>o</sup> de la Constitución presenta una redacción que sigue a la del artículo 1 del Decreto de 1810 que contiene la citada ley. Semejante libertad constitucional presenta un perfil singularmente sugestivo ya que aparece como un derecho autónomo que se emplaza en el Título IX de la Carta Magna, dedicado a “Instrucción Pública”, lo que demuestra que se concibe, a efectos de su ubicación sistemática, como un instrumento educativo. Esto resulta, en opinión de Fernández Segado, “un tanto desconcertante”<sup>13</sup>.

En el Discurso Preliminar a la Constitución, obra de Argüelles, se considera la libertad de imprenta como la contribución más directa “a la Ilustración y adelantamiento general de las naciones” al ser “verdadero vehículo de las luces”. Al mismo tiempo, se conecta con la independencia y libertad general de la nación pues, como también se lee en el Discurso Preliminar, “nada contribuye más directamente (...) a la conservación de la independencia (de las naciones) que la libertad de publicar todas las ideas y pensamientos que puedan ser útiles y beneficiosos para los súbditos de un Estado”. En dicho Discurso hay una conexión implícita entre libertad de imprenta, libertad de discusión y conformación de un verdadero régimen de opinión pública, lo que ya tiene que ver con las funciones que se le predicán y a lo que nos referiremos más abajo.

El artículo 371<sup>o</sup> ejemplifica, al igual que hacía el Decreto de 1810, la superación del régimen preventivo de las libertades y el establecimiento de un régimen

represivo, es decir, no hay censura previa sino responsabilidad legal *a posteriori*. Pero esta libertad tiene un importante límite material porque se circunscribe, como hemos dicho, a las ideas políticas, lo que hay que conectar con la prescripción del artículo 12º de la Constitución (“la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera”, a lo que se añade que “la Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”). La prohibición del ejercicio de cualquier otra religión distinta a la católica supone la imposibilidad de escribir libremente sobre las ideas religiosas.

#### 4. NORMATIVA POSTCONSTITUCIONAL

Lo expuesto anteriormente no agota las previsiones que en esta época emanaron de las Cortes reunidas en Cádiz. Aunque con una transcendencia mucho menor, pues ya se había producido la ruptura conceptual y teórica con el sistema anterior, vamos a aludir de manera esquemática y descriptiva a otras disposiciones conectadas, de una u otra forma, con la libertad de imprenta.

El 29 de abril de 1812 se aprueba un decreto que prohíbe la reimpresión del texto constitucional sin permiso del Gobierno. ¡Se acababa de legislar a favor de la libertad política de imprenta y, a continuación, ésta se restringe respecto al documento esencial del nuevo sistema! La justificación de ello va a ser el miedo que existía de que apareciesen versiones alteradas o incompletas de la Carta Magna, lo que generaría problemas en la correcta aplicación del régimen constitucional.

El 25 de junio de 1812 se ordena a las juntas de censura que presenten todos los papeles censurados por ellas. Con esta medida se trataba de evitar disparidades de criterios en la actuación de estos órganos. El 28 de agosto se establece la obligación de remitir a las Cortes las listas de libros y manuscritos censurados y confiscados.

El 22 de septiembre se establece una serie de contribuciones sobre los impresos, de las cuales, el 9 de diciembre, se exceptuaron el *Diario de Cortes* y la *Gaceta* del Gobierno, las dos publicaciones oficiales de la época.

El 22 de febrero de 1813, al abolirse el Santo Oficio, se prohíbe al mismo tiempo la introducción de libros o escritos contrarios a la religión. Las Cortes no querían dar la impresión de que no velaban por el mantenimiento de la pureza de la fe católica. Aparecen unos “tribunales protectores de la fe”, que

sustituyen a las juntas en las publicaciones de materias religiosas, que eran las más numerosas en aquellos años. La función de control previo de los obispos, que establecía el Decreto de 1810, era compatible con esta nueva previsión. La aparición de estos “tribunales” aleja de las competencias de las juntas de censura y de la justicia ordinaria un gran sector de publicaciones.

El 23 de abril de 1813 se ordena la entrega a la Biblioteca de las Cortes de dos ejemplares de todo lo impreso en España. El famoso bibliotecario de las mismas, Gallardo, estaba detrás de esta medida.

Finalmente, el 10 de junio de 1813 se aprueban dos adiciones al Decreto de 1810 para concretar las funciones de las juntas de censura y para salvaguardar la propiedad intelectual. Se trataba de clarificar el procedimiento a seguir en las denuncias y en las condenas de los escritos, que ahora no vamos a detallar. Las Cortes perseguían centralizar en las juntas de censura todos los asuntos referidos a la calificación de los escritos y en los órganos judiciales la función de establecer las sanciones correspondientes (que siguen sin fijarse). Las juntas examinaban las obras denunciadas y, si era el caso, daban aviso al juez para que procediese a la recogida de ejemplares. Estas medidas cierran la obra legislativa de las Cortes de Cádiz en materia de libertad de imprenta conformando una regulación que responde a los principios del liberalismo del momento y que otorga un cierto nivel de garantía en el plano teórico.

## **5. LAS FUNCIONES DE LA LIBERTAD DE IMPRENTA**

En la época que estamos analizando la libertad de imprenta se concibe con una triple función o finalidad. Ello se colige del propio Discurso Preliminar a la Constitución, al que aludimos anteriormente, y de las diversas opiniones manifestadas en los distintos debates en las Cortes y en las publicaciones que salen a la calle para defender su establecimiento. El preámbulo de la Ley de imprenta las condensa de la siguiente forma.

En primer lugar, se le atribuía una capacidad para frenar la arbitrariedad del poder público, tanto gobernantes como tribunales. Así es, la libertad de imprenta, al permitir un régimen de publicidad, supone el establecimiento de un límite para el ejercicio de las funciones estatales. Con ello se está favoreciendo y potenciando la misma libertad general. En segundo lugar, era un “medio de ilustrar a la nación en general”. Esto, en opinión de Sánchez Agesta, supone “el reconocimiento del derecho de todos a conocer los fundamentos de las decisiones que les afectaban”<sup>14</sup>. Desde los inicios del debate Argüelles insistió en que la censura había sido la responsable del estancamiento de

los conocimientos en España y de la caída en la tiranía. Por su parte, Florez Estrada afirma que la libertad de imprenta “es el único remedio con que se puede mejorar nuestra educación abandonada”<sup>15</sup>. Y en tercer lugar, es el único camino para que se manifieste “una verdadera opinión pública”.

Especial relevancia tiene la primera y tercera finalidad que se predica de la libertad de imprenta pues reflejan claramente la ruptura conceptual que se opera respecto al Antiguo Régimen. En efecto, la forma de estado que encontramos en el sistema previo determinaba la atribución del poder soberano al monarca, alegándose para ello razones de Derecho divino. La caída del Antiguo Régimen supone que la soberanía pase y pertenezca a la nación. Los órganos que operan en el Estado son órganos constituidos sometidos al nuevo régimen que a través de la Constitución deja claro que la soberanía es de la nación. La monarquía, por lo tanto, no está por encima de la Constitución sino sometida a ella. Todos los órganos públicos están limitados. Para la verificación de sus límites en el Estado Constitucional son necesarios ciertos niveles de publicidad de la acción de gobierno para que la nación, detentadora, como hemos dicho, de la soberanía, conozca sus decisiones y actuaciones. Para ello la libertad de imprenta es un elemento importantísimo al permitir que se difunda información sobre cuáles son las actividades de los órganos públicos y, así, conocer si cumplen las funciones que tienen atribuidas y si se exceden o no en el ejercicio de las mismas.

Palabras en un sentido similar al acabado de exponer también se encuentran en el período analizado, pues Muñoz Torrero afirma que “si el Ejecutivo debía ser moderado por el Legislativo, éste no podía tener otro freno que el de la pública censura”. En otro momento dice que “el derecho de traer a examen las acciones del Gobierno es un derecho imprescindible que ninguna nación puede ceder sin dejar de ser nación”. Si la nación, añadiríamos nosotros, es realmente soberana tiene que ejercer de tal y preocuparse del correcto funcionamiento del sistema supervisando la labor de los órganos constituidos. La libertad de imprenta es el eje del principio de publicidad, tal y como apunta Argüelles al defenderla en la discusión constitucional. Además, este diputado añade la publicidad de las sesiones de las Cortes como otro elemento importante en la configuración del susodicho principio de publicidad. Ya en nuestra época, Sánchez Agesta, reflexionando desde este punto de vista, sentencia con rotundidad que la regulación de la libertad política de imprenta “es tan importante para medir el cambio político que se realizó en ese año de 1810 como la proclamación de la soberanía nacional”<sup>16</sup>. Nosotros no diríamos tanto, pues en una línea argumental ésta es primero que aquélla, pero la cita ilustra la relevancia de la cuestión. El ejemplo político inglés, muy bien conocido



por algunos próceres del liberalismo español, era útil en este sentido ya que la funcionalidad de la prensa libre en Inglaterra era precisamente el control de los distintos poderes. La libertad de prensa se convierte así en garantía del futuro régimen político.

Esta idea, por sí sola destructora de las categorías que alimentaban al absolutismo, debe ser completa con otra que gira en el mismo orden conceptual. La libertad de imprenta es la única posibilidad para que exista opinión pública. La figura de la opinión pública es hoy en día un componente esencial en la democracia ya que ésta es, ante todo, control del poder. Para que semejante control sea real y efectivo la opinión pública tiene que conocer adecuadamente cómo se están desempeñando las funciones estatales. De este modo, podrá dar la respuesta adecuada a la evolución política, sobre todo a través del cauce electoral, que sirve para agregar las preferencias de los ciudadanos expresadas en votos. Aunque en Cádiz el sufragio aún no es universal sino censitario (y lo seguirá siendo en España hasta la época de la Restauración, con Alfonso XII), ya se están poniendo los cimientos del edificio del control del poder por parte de una opinión pública libre en una clara muestra de la superación de los antiguos esquemas e introducción de los principios del liberalismo. De nuevo la libertad de imprenta aparece en el centro del razonamiento liberal con una virtualidad auténticamente revolucionaria. Otra vez resulta útil citar a Muñoz Torrero, que entiende que el único freno que sujetará a las Cortes para que no abusen del poder que les ha sido delegado es el derecho de la nación a someter a examen y censura la conducta de sus diputados o procuradores. Este derecho se articula a través del “tribunal pacífico de la opinión pública”, que sólo se puede constituir con la libertad de imprenta. Pero el peligro no proviene sólo de las Cortes sino también del rey futuro: “En llegando Fernando tendrá más fuerza que el Poder Ejecutivo y entonces si no hay opinión pública y los medios de restablecerla libremente, arruinará cuando quiera las Cortes y la Nación”. Profundizando aún más en la importancia de esta libertad, Argüelles dice que “cualesquiera que fueran las reformas que se propusieran hacer las Cortes, la libertad de imprenta debía precederlas”, y ello porque “un cuerpo representativo sin el apoyo y guía de la opinión pública pronto se hallaría aislado, pronto se vería reducido a sus propias luces”.

Sin duda, las alusiones a la opinión pública van a ser numerosas en todas las discusiones parlamentarias. No se trata de meras muestras estilísticas o demagógicas sino que conllevan un importante aporte dogmático y de fondo. Tal es así que para Seoane, en hipérbole un tanto reduccionista, recurrir a la opinión pública es lo que distingue “fundamentalmente a la política liberal del siglo XIX del absolutismo de la época anterior”<sup>17</sup>.



En la actualidad las cosas son menos idealistas y más complejas que la interacción entre control del poder, opinión pública y libertad de expresión e información (versión moderna de la libertad de imprenta), pero el punto de partida son afirmaciones, tan generales como innovadoras, tan claras como rotundas, similares a las que encontramos en el constitucionalismo gaditano, donde se forja la España contemporánea. En Cádiz la libertad de imprenta permite la expresión de la opinión pública y su propia existencia, con lo que se juzga a los representantes de la nación, responsables ante la misma. Esta libertad de expresión, para Sánchez Agesta, es un “signo de gobierno de opinión que identificara a la nación con sus representantes”<sup>18</sup>, y para Martínez Sospedra, se configura “como un instrumento público dirigido a fines de pública utilidad y como un instrumento de defensa del sistema liberal que se pretende edificar”<sup>19</sup>. La libertad de imprenta como órgano de la opinión pública es, en suma, un elemento básico de un régimen fundado en la soberanía nacional.

## 6. APLICACIÓN PRÁCTICA

Una medida tan rupturista como la que entrañaba la libertad de imprenta era lógico que supusiera una resistencia por parte de los sectores más inmovilistas de la sociedad del momento. La oposición se sustanció tanto en las Cortes como fuera de las mismas, donde los intentos por obstaculizar su aplicación consiguieron ser en buena medida eficaces. Las razones religiosas, como vimos más arriba, fueron el más habitual *leitmotif* de esta oposición. “El problema radicaba –como sostiene La Parra - no en el terreno de los principios sino en el de la práctica”<sup>20</sup>. Las clases acomodadas entendieron que la libertad de imprenta podía ser muy perjudicial para la conservación de sus privilegios por el simple hecho de que servía para extender el conocimiento de tales privilegios y el más que probable rechazo social a los mismos. Esta idea estaba particularmente interiorizada en ciertos estamentos eclesiásticos, que difundieron la idea del peligro que suponía para la esencia de la religión.

En realidad, las transformaciones operadas por las Cortes tuvieron, en general, poca efectividad dada la situación de guerra existente y la ausencia de un sustrato social burgués de importancia que las recepcionara. La situación económica del nuevo Estado fue muy difícil, lo que unido a la exagerada idealización del rey cautivo determinó que el proceso de cambios no completara un escenario revolucionario y que el sistema sufriera una retroacción a la vuelta del monarca. Sin embargo, esto no supone ninguna cosa extraordinaria en la Historia Política Española en la que abundan los

ejemplos de contraste entre las previsiones legislativas y el discurrir real de los acontecimientos.

Así las cosas, la vertiente práctica de la libertad de imprenta que aparece en los albores de nuestro constitucionalismo estuvo atacada y limitada a causa de una variada gama de razones, a saber: primero, por el escaso período de vigencia del sistema de Cádiz; segundo, por la excepción que suponían los asuntos religiosos, para los cuales se seguía manteniendo la censura previa; tercero, por la aparición de los tribunales protectores de la fe, que sustraen un gran número de publicaciones de la acción de las juntas de censura y de la justicia ordinaria; cuarto, por la composición en muchos casos inmovilista de las juntas de censura; quinto, por los intentos de restringir la aplicación de esta libertad por parte de los diputados conservadores a través de distintas solicitudes en las Cortes; sexto, por las campañas de opinión lanzadas por ciertos obispos buscando que no se aplicara y se suprimiera; séptimo, por la oposición de grupos conservadores de la sociedad tratando también de que no se aplicara y se suprimiera, para lo que recurren con frecuencia a ataques que se publican en los periódicos conservadores; octavo, por las propias deficiencias técnicas de la normativa que regula la libertad de imprenta; y noveno, por la falta de diligencia de ciertas autoridades encargadas de aplicar dicha normativa.

Los enemigos de la libertad de imprenta parece que actuaron en muchas ocasiones de manera sorprendentemente coordinada y planificada. Los propios debates constituyentes, en los que se analizaba el proyecto de Constitución, fueron en diversas ocasiones interrumpidos para discutir proposiciones relacionadas con la ley de imprenta. En las Cortes se denunciaban publicaciones cuando eso, como ya hemos visto, no era lo que estaba previsto legalmente. Por lo general el asunto denunciado quedaba pendiente de resolución definitiva. Ante estas tácticas de índole obstruccionista los liberales respondían con frecuencia con lo que hoy calificaríamos de inocencia política. Igualmente, a las Cortes se les acusaba de poca diligencia para frenar los abusos de imprenta. La propia Regencia se alineaba con esta postura sumamente crítica, llegando, incluso, a dirigirse a las Cortes, el 5 de julio de 1811, para quejarse de los escritos publicados al amparo de la ley de imprenta. “El abuso de la libertad –afirma la Regencia- va muy en breve a sumergir la Nación en la anarquía”. Y no sólo eso sino que también la Regencia asigna dinero a un período muy conservador, *El Procurador General de la Nación y del Rey*, para que contrarrestara a las publicaciones que “corrompían a la opinión pública (...) y combatían (...) todo lo sagrado y respetable”, en opinión de un exregente, Joaquín Mosquera.

La composición de las juntas de censura determinó en muchas ocasiones el predominio de personas contrarias al liberalismo, lo cual ya permite imaginar cuál va a ser el talante de algunas de ellas, a pesar de que fueron creadas como garantía de la libertad de imprenta. Ello fue especialmente grave en la primera composición de la Junta Suprema, que actuó con muy poca claridad empleando continuas vaguedades, produciendo confusión y obstaculizando la aplicación de la ley. La Comisión de imprenta de las Cortes le reprocha en mayo de 1813 que “se desvía de los términos indicados en el decreto de libertad de imprenta” y que la palabra “perjudicial”, que utiliza, es muy “vaga”. Su actuación fue condescendiente con los escritos que atacaban a la Constitución y a las Cortes. La renovación de la Junta Suprema en junio de 1813 permitió que entraran un mayor número de personas afines al liberalismo, ante lo cual su labor encontrará importantes rechazos en los sectores inmovilistas.

Hay diversos casos que ejemplifican los ataques que sufre la libertad de imprenta y la defensa que se hace de la religión frente a la misma, en los que, incluso, los liberales se posicionan a veces junto a los conservadores. No vamos a comentarlos, pues engrosaríamos en exceso el número de estas páginas, pero sí, al menos, los vamos a citar. Así tenemos, por ejemplo, la denuncia de un artículo de *El Conciso* aparecido el 6 de noviembre de 1810 por ofensas a un diputado (que en realidad no eran tales pero que produjeron un gran revuelo parlamentario), la condena de los núms. 6 y 7 del *El Robespierre español* al entenderse infamatorios y subversivos, o los procesos contra Lardizábal y Colón. La defensa de la religión se esgrimió, por ejemplo, en la denuncia del núm. 2 del periódico *La Triple Alianza*, o en la actuación contra el *Diccionario crítico-burlesco* de Gallardo, empleándose de manera exagerada términos como “irreligión”, “materialismo” o “herejía”. Sin duda, el problema no era la dogmática católica, que prácticamente siempre es respetada en la época, sino la salvaguarda de los intereses de posición de algunos sectores clericales. La más efectiva propaganda de los enemigos de la libertad de imprenta quizá sea la “Instrucción pastoral” que a principios de 1813 firman en Palma de Mallorca seis obispos que se habían refugiado allí al ser invadidas sus diócesis por los franceses. En ella se incitaba a la desobediencia de los católicos a los mandatos de las Cortes y se denuncia el apoyo que las Cortes reciben de publicaciones subversivas amparadas en la “funesta” libertad de imprenta.

En este ambiente tan hostil el gran paso teórico quedará, en parte, en letra muerta. Hay una especie de descompensación entre la avanzada normativa y las dificultades de aplicación que encuentra en la sociedad española, aunque por momentos fuera efectiva y las publicaciones resultaran muy numerosas. El avance de la legislatura de Cádiz encontrará cada vez más resistencias

contra las Cortes. Surgen claras desobediencias a las mismas, sobre todo en Mallorca y Galicia. La libertad de imprenta, en definitiva, y curiosamente, es usada por los medios conservadores para luchar contra sí misma en unas campañas de propaganda de elevada efectividad.

## 7. LAS VICISITUDES DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL

La vigencia del sistema constitucional diseñado por las Cortes de Cádiz va a finalizar con la vuelta de Fernando VII. Ello provoca la pérdida de vigencia de las previsiones sobre la libertad de imprenta, que es suprimida en 1814. Sesenta y nueve diputados habían solicitado al Rey, en el famoso *Manifiesto de los Persas*, que derogara el régimen constitucional, lo cual es apoyado por las autoridades eclesiásticas y la nobleza. El monarca acusa a las Cortes de Cádiz de usurpación por haberse reunido sin respetar las normas tradicionales y haberle despojado de su soberanía absoluta.

Más adelante, el sistema de la Constitución de 1812 va a restaurarse esporádicamente, en ciertos momentos en los que el liberalismo vuelve a asumir el control del poder. De este modo, tras la sublevación de Riego, en 1820, se inicia el llamado "Trienio Liberal". Empujado por estos acontecimientos Fernando VII afirma, el 10 de marzo de ese año, que va a ser monarca constitucional con estas famosas palabras: "Marchemos francamente, y yo el primero, por la senda constitucional". El 12 de noviembre de 1820 se aprueba un Reglamento de la libertad de imprenta, que sigue excluyendo del régimen general los escritos religiosos, aunque las decisiones que en este sentido adopten los obispos podían ser llevadas a una junta de protección de la libertad de imprenta de nueva creación que, a su vez, podía elevar la cuestión a conocimiento de las Cortes. Las juntas provinciales de censura son sustituidas por unos "jueces de hecho", elegidos anualmente por los ayuntamientos de cada una de las capitales de provincia entre los ciudadanos en ejercicio de sus derechos, mayores de veinticinco años y residentes en esa capital. El problema de la parcialidad que habían mostrado las juntas provinciales de censura no se solventó con esta nueva figura.

Las dificultades que atravesase el nuevo régimen dan lugar a que los liberales se dividan en moderados y progresistas o exaltados. Este período dura hasta 1823 cuando las potencias de la Santa Alianza acuerdan el envío a España de los denominados "Cien Mil Hijos de San Luis", que devolverán el poder a Fernando VII.

En 1836 la caída de Mndizábal y la subida al poder de Istúriz exaspera a

los elementos más exaltados del liberalismo. En el verano tiene lugar una rebelión en Málaga que proclama la Constitución de Cádiz. El levantamiento se propaga con rapidez culminando en el Motín de la Granja que obliga a la Reina Regente a proclamar el texto de Cádiz. De este modo, el Decreto de 13 de agosto de 1836 restablece la Constitución de 1812. Pero muy pronto ya empieza el proceso para reformarla, lo que dará lugar a unas cortes constituyentes y a una nueva Constitución, la de 18 de junio de 1837. Pero esto ya es otra Historia.

Esta escasa duración de la vigencia del sistema constitucional gaditano también implica una reducida aplicación, desde el punto de vista temporal, de la libertad de imprenta, lo que es un elemento que perjudica el asentamiento sociológico de dicha libertad.

## **8. REFERENCIA A LA APLICACIÓN EN AMÉRICA**

La Constitución de Cádiz también se aplicó en las posesiones españolas en América teniendo una influencia destacada en algunos lugares que ahora no vamos a analizar para no alejarnos de nuestro hilo argumental. Unida a la aplicación de la Constitución en estos territorios estuvo la aplicación de la libertad de imprenta, que despertó enfrentamientos entre los distintos sectores de la sociedad similares a los que se produjeron en la Península y de los que hemos dado somera cuenta en las líneas precedentes. De igual modo que en la metrópoli, se enfrentan liberales y conservadores con asiduas referencias a la religión, aunque el análisis contiene una complejidad añadida por la presencia de independentistas, que tratan de usar la propia libertad de imprenta para la difusión de sus ideas, salvo algún caso excepcional que la considera anticristiana. No hay que olvidar la cercanía en el tiempo del constitucionalismo gaditano y los distintos procesos de independencia de los territorios americanos. Las ideas de rebelión trastocan en este punto la típica dialéctica entre liberales y conservadores sometiéndola a unas variables de análisis diferentes.

No obstante, los acontecimientos en América avanzaban en ocasiones por derroteros propios, incluso en contra de las previsiones de las Cortes para toda la monarquía. Las regulaciones de la libertad de imprenta se vieron suspendidas en varias ocasiones en diversos lugares, como el 5 de diciembre de 1812 por Venegas, virrey de Nueva España de 1810 a 1813, o como en 1821 por Ruiz de Apodaca, Conde de Venadito, también virrey de ese territorio de 1815 a 1821. El Virrey que gobernó esa zona entre ambos, Calleja, no suspendió la libertad de imprenta sino que le aplicó limitaciones, correspondiéndose, en

esta ocasión sí, con los nuevos aires restrictivos que venían de la Península en la época que dura su virreinato. Las autoridades eclesiásticas se manifestaron habitualmente en contra de la libertad de imprenta como muestra la oposición que la inmensa mayoría de ellas esgrimió ante el Decreto de las Cortes de 1810 (salvo excepciones puntuales, como la de Antonio Bergosa, obispo de Oaxaca). Incluso, en líneas generales puede afirmarse una mayor severidad de las juntas provinciales de censura americanas respecto a las metropolitanas.

## 9. CONCLUSIONES

La libertad de imprenta es una de las cuestiones esenciales en el debate del constitucionalismo de Cádiz. Conceptualmente se halla en el mismo orden de ideas que la soberanía nacional, de donde se puede hacer derivar. La asunción de la libertad de imprenta muestra con claridad la ruptura con el Antiguo Régimen y la asunción de los valores del liberalismo. Estamos ante una consecuencia directa del nuevo concepto de Estado liberal que permite la intervención del pueblo en la esfera pública. Los poderes estatales ya son poderes constituidos y, por lo tanto, se hallan sometidos a los límites de una Constitución realizada por los representantes de la nación. Los órganos estatales no pueden ejercer el control preventivo de las publicaciones sino que los integrantes de la nación, en uso de su libertad, pueden llevarlas a cabo sin licencia del poder. Esta libertad es el paso inicial para construir la obra transformadora que pretendían las Cortes, una precondition del sistema político que los liberales buscaban. He aquí la gran virtualidad teórica del tema que nos ocupa y que creemos haber dejado clara en los apartados precedentes, una virtualidad teórica independiente de los problemas de aplicación práctica.

Además, aunque no se clarifique del todo si estamos ante un derecho o una facultad<sup>21</sup>, la libertad de imprenta ya supone, en parte, la introducción de las categorías de la defensa iusnaturalista de los derechos fundamentales y libertades públicas, ligadas a la necesidad de que el hombre, por el hecho de ser hombre, debe ser titular de una serie de derechos. El propio DIDEROT, en la *Encyclopédie*, afirma que “la libertad es un don del cielo y cada individuo tiene derecho a gozar de ella igual que goza de la razón”.

En todo este proceso la prensa escrita jugó un papel de suma importancia ya que permitió la difusión de las nuevas ideas y sirvió de vehículo de conexión entre las sesiones parlamentarias y el pueblo. Éste conocía lo que ocurría en aquéllas y los parlamentarios descubrían las inquietudes del pueblo en una suerte de proceso de interacción. Los periódicos más importantes en este

sentido fueron *Semanario Patriótico* (dirigido por Quintana), *El Conciso* y *El Observador*, que desde el primer momento informaron de la actividad de las Cortes. Asistimos, así, a un cambio histórico: la prensa periódica había sido hasta ese momento fundamentalmente literaria, ahora se convertirá en política.

Por razones de justicia, conectadas a la idea de la necesidad del que causa un daño debe repararlo, las previsiones normativas, como ya dijimos, establecen un sistema de exigencia de responsabilidad *a posteriori*, y una serie de órganos específicos para conocer las denuncias practicadas contra las publicaciones. Sin embargo, las firmes convicciones religiosas que profesaban los diputados gaditanos van a dar lugar a que este régimen de libertad se vea sustancialmente alterado para las publicaciones de religión, que sí van a contar con un control previo.

La aplicación práctica de las previsiones de libertad de imprenta, aunque efectiva en algún momento, va a chocar con importantes dificultades producto de un buen número de causas que ya hemos enumerado más arriba, entre las que sobresale la firme oposición de los sectores más inmovilistas de la sociedad que continuamente ponen trabas a su reconocimiento y ejercicio. Ello, unido a la corta vigencia del sistema constitucional gaditano, nos lleva a confirmar lo expresado en el planteamiento inicial de este trabajo en lo referente a la escasa aplicación práctica de esta institución que contrasta con la elevada trascendencia teórica que atesora.

---

<sup>1</sup> Rosenfeld, M. El nacimiento y la evolución de los derechos humanos en los Estados Unidos, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núms. 18-19, pág. 82.

<sup>2</sup> En 1814 se publican traducciones al italiano y al francés, y en 1820 se traduce al inglés.

<sup>3</sup> Sánchez Agesta, L., Sobre la Constitución de Cádiz, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 30, 1990, pág. 10.

<sup>4</sup> Sobre la aplicación de la Constitución en Nueva España puede consultarse la obra de Manuel Ferrer Muñoz, La Constitución de Cádiz y su aplicación en la Nueva España, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

<sup>5</sup> En 1809 la Junta Central realiza una "Consulta al país" para conocer las opiniones sobre las materias que debían de abordar las Cortes. Este acto fue calificado por Jovellanos, integrante de la Junta Central, como un espaldarazo a la necesidad de la libertad de imprimir.

<sup>6</sup> Martínez, M. Los grupos liberales antes de las Cortes de Cádiz: Madrid; 1977, pág. 125.

<sup>7</sup> Casi el único que se aparta de ello abogando por la ausencia de cualquier tipo de límites es Flórez Estrada tal y como se refleja en su obra de 1809 Reflexiones sobre la libertad de imprenta o en su trabajo Constitución para la nación española. Ambas pueden consultarse en Flórez Estrada, A., *Obras*, vol. II, BAE: Madrid; 1958.

<sup>8</sup> Sánchez Agesta, L. Sobre la Constitución de Cádiz, op. cit., pág. 23.



- 
- <sup>9</sup> La Parra López, E. La libertad de prensa en las Cortes de Cádiz, Nau, Valencia, 1984, pág. 31.
- <sup>10</sup> Artola, Antiguo Régimen y revolución liberal, Ariel, Madrid, 1978, pág. 165.
- <sup>11</sup> Las provinciales las integran cinco miembros (dos debían ser eclesiásticos) y la Suprema nueve (tres eclesiásticos). No podían pertenecer a las mismas prelados, magistrados, jueces y quienes estén inhabilitados para ser diputados a Cortes (miembros de órdenes religiosas). Su nombramiento procede de las Cortes y su cargo es inamovible.
- <sup>12</sup> La Parra López, E., La libertad de prensa. *Op. cit.*, págs. 6-7.
- <sup>13</sup> Fernández Segado, F., *Las constituciones históricas españolas*, Civitas, 4ª ed., Madrid, 1986, pág. 90.
- <sup>14</sup> Sánchez Agesta, L., "Sobre la Constitución de Cádiz", *op. cit.*, pág. 24.
- <sup>15</sup> Flórez Estarada, A., "Reflexiones sobre la libertad de imprenta", presentadas en 1809 a la Junta Central reunida en Sevilla y que hoy pueden consultarse en el libro de este autor *En defensa de la Cortes*, Ciencia Nueva, Madrid, 1967.
- <sup>16</sup> Sánchez Agesta, L. Sobre la Constitución de Cádiz, *op. cit.*, pág. 24.
- <sup>17</sup> Seoane, M. C., Oratoria y periodismo en la España del siglo XIX, Madrid, 1977, pág. 13.
- <sup>18</sup> Sánchez Agesta, L., "Sobre la Constitución de Cádiz", *op. cit.*, pág. 25.
- <sup>19</sup> Martínez Sospedra, M., La Constitución española de 1812, Facultad de Derecho, Valencia, 1978, pág. 131.
- <sup>20</sup> La Parra López, E., La libertad de prensa en las Cortes de Cádiz, *op. cit.*, p. 48. Más adelante señala que la concreción de las disposiciones que se introducen en 1813 no permiten dudar sobre su capacidad de garantizar la libertad de escribir, "desde una consideración teórica al menos" ya que "otra cosa fue, como tantas veces sucedió con las Cortes de Cádiz, lo que ocurrió en la práctica" (*ibidem*, pág. 60).
- <sup>21</sup> Esta cuestión es ciertamente relevante desde el punto de vista jurídico, aunque no desde una perspectiva politológica, que es la que más bien estamos usando ahora. En el Preámbulo del Decreto de 1810 se considera a la libertad de imprenta como "facultad individual de los ciudadanos". Los diputados liberales hablaban de ella como un derecho ciudadano. Por el contrario, Martínez Sospedra afirma que "la libertad de prensa no se califica como un derecho sino como una facultad" (Martínez Sospedra, M., *La Constitución española de 1812*, *op. cit.*, pág. 131). En cambio, Almuiña señala que "se proclama y reconoce como un derecho inviolable de todo español de forma tajante" (Almuiña Fernández, C., *La prensa vallisoletana durante el siglo XIX (1808-1894)*, vol. I, Valladolid, 1977, pág. 179).





## LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ CIVIL: UN DEBATE MAL PLANTEADO

JOAN PICÓ I JUNOY\*

### Resumen

En la polémica sobre si el juez civil debe o no tener iniciativa probatoria, esto es disponer pruebas de oficios, debe dejarse de lado posturas radicales, esto es la iniciativa probatoria ilimitada o contrariamente la omisión absoluta a disponer pruebas de oficio. De lo que se trata es de buscar un punto de equilibrio en donde la atribución del juez de disponer pruebas de oficio sea limitada asegurando su imparcialidad y protegiendo el derecho de defensa de las partes, buscando a mismo tiempo el respeto de las garantías procesales, pero también la eficacia del proceso.

**Palabras clave:** Iniciativa probatoria, pruebas de oficio, garantías procesales.

### Abstract

To determine if the judge must or not have probatory initiative, meaning to have appointed proofs by the judge, radical positions must be left aside, this is limitless probatory initiative, or the absolute omission of the appointed proofs by the judge. The point is to look for a balance point where the attribution of the judge of appointed proofs requirement is limited assuring impartiality and protecting the right of defense of the litigants, searching for the respect of the procedural guarantees and also the effectiveness of the process.

**Keywords:** Probatory initiative, Appointed proofs by the Judge, procedural guarantees.

### Sumario

1. Introducción. 2. El principio dispositivo: alcance. 3. El principio de aportación de parte. 4. Conclusiones.

---

\* Profesor de Derecho Procesal. Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Rovira i Viril - España.

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más polémicas del proceso civil es el del rol que debe adoptar el juez dentro de la contienda existente entre las partes<sup>1</sup>. Para los que pensamos que el juez debe intentar lograr la más justa resolución del conflicto, respetando siempre y en todo momento las garantías procesales de las partes, creemos que la legislación debe permitirle cierta iniciativa probatoria. En la medida en que una ilimitación iniciativa puede poner en peligro diversos valores constitucionales, deben establecerse con precisión los límites de dicha iniciativa que, como tendré ocasión de analizar, tiene un fundamento constitucional.

Para fijar con precisión los términos del debate me parece del todo necesario distinguir dos principios presentes en la mayoría de los actuales procesos civiles, uno con fundamento constitucional –el principio dispositivo- y otro que no lo tiene –principio de aportación de parte-, pues la iniciativa probatoria del juez civil, bien delimitada, tan sólo afecta a este segundo principio.

## 2. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO: ALCANCE

En virtud del principio dispositivo las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no, judicialmente, en la medida que estimen oportuno. Por ello, es común considerar como manifestaciones o notas esenciales de este principio las siguientes:

- a. El inicio de la actividad jurisdiccional a instancia de parte, de acuerdo a los aforismas *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000 (LEC) recoge esta manifestación en su artículo 399.1, según el cual: “El juicio principiará por demanda”; con referencia a las medidas cautelares, en su artículo 721.2, que indica: “Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio”; y por último, en materia de ejecución, en su artículo 549º, que prescribe: “Sólo se despachará ejecución a petición de parte”.
- b. La determinación del objeto del proceso únicamente por los litigantes. En este sentido, el artículo 399.1 LEC establece que en la demanda se expondrán “los hechos y los fundamentos de Derecho y se fijará con claridad lo que se pida”. Y, de igual modo, el artículo 412.1 LEC destaca que: “Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, las partes no podrán alterarlo posteriormente”.
- c. La congruencia de las resoluciones judiciales con las pretensiones de las partes, por lo que resulta de plena vigencia el brocardo *ne eat iudex ultra petita partium*. Así, el artículo 216º LEC determina que: “Los tribunales civiles

- decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes”; y
- d. La finalización de la actividad jurisdiccional por voluntad exclusiva de los litigantes, quienes pueden disponer libremente tanto de la *res in iudicium deductae*, mediante la renuncia, el allanamiento o la transacción, como de la continuación del proceso, a través del desistimiento o la caducidad de la instancia. De manera concluyente, el artículo 19º LEC indica que: “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo”.

El fundamento del principio dispositivo, en opinión de la doctrina mayoritaria, se encuentra en la propia estructura del modelo económico y jurídico acogido por nuestro ordenamiento, y especialmente, por la Constitución en la que se reconoce el derecho a la propiedad privada -artículo 33º- y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado -artículo 38º-. En consecuencia, opta por un determinado modelo que implica una distinción clara entre intereses privados y públicos, y la admisión de un amplio margen a la autonomía de la voluntad y a la iniciativa de los particulares<sup>2</sup>. De esta forma, si se transpone la protección constitucional de la propiedad privada al ámbito del proceso, puede encontrarse –aún de forma indirecta- cierta fundamentación constitucional del principio dispositivo. En definitiva, entiendo que el reconocimiento constitucional de la propiedad como uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, exige que el proceso civil que pueda configurar el legislador deba estar informado por el principio dispositivo<sup>3-4</sup>, motivo por el cual este principio ha estado presente en toda la evolución parlamentaria de la LEC 1/2000<sup>5</sup>.

### 3. EL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE

#### A) Delimitación conceptual

El principio de aportación de parte hace referencia a la introducción y prueba en el proceso del material fáctico, y aparecen como manifestaciones de este principio, el que los litigantes tienen que alegar los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso<sup>6</sup>, así como proponer la prueba de tales datos o elementos. La errónea formulación de la regla *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*<sup>7</sup>, expresa en toda su extensión el significado del mencionado principio.

A diferencia de lo que sucede con el principio dispositivo –que como he indicado posee cierto fundamento constitucional y, por ello, es insoslayable en cualquier

proceso civil-, el de aportación de parte tiene un carácter meramente técnico, que responde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional, en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se constriñe a la voluntad de las partes<sup>8</sup>. Evidentemente, atribuir un carácter técnico a este principio no significa que sea inmune a concepciones políticas, y de hecho, suele relacionarse con el principio dispositivo indicándose que, como norma general, el proceso inspirado por el citado principio lo está, igualmente, por el de aportación de parte. No obstante, la virtualidad de esta distinción se encuentra en el hecho de diferenciar con precisión el esencial y básico principio dispositivo, del eventual principio de aportación de parte. Así, mientras el legislador no puede, sin comprometer el carácter disponible del interés discutido en el proceso civil, consentir al juez tutelar dicho interés en ausencia de una demanda de parte o extralimitarse en tal tutela mas allá de lo dispuesto por los litigantes, si puede sustraerles el poder monopolístico de iniciativa probatoria incrementando, viceversa, los poderes del juez<sup>9</sup>.

La ideología social emergente en el presente siglo lleva consigo en Europa el fenómeno de la “socialización” del proceso civil que, con el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado Social de Derecho, pone de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos.

Una de las consecuencias más relevantes de la “publicización” o socialización del proceso civil se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo, va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte, al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades probatorias del órgano jurisdiccional, indicándose que si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, es decir, de su desarrollo, al concebirse no sólo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esta función. Por ello, la mayoría de las legislaciones procesales europeas posteriores a la mencionada etapa de ideología liberal acogen estos postulados socializadores del proceso y, limitando el alcance del principio de aportación de parte, atribuyen a los jueces y tribunales, con distintos matices, importantes iniciativas probatorias (tal es el caso de la *Zivilprozessordnung* alemana, el *Codice di Procedura Civile* italiano, el *Nouveau Code de Procédure Civile* francés, el Código Judicial Belga, los diferentes Códigos Procesales del Estado Suizo, el Código de Processo Civil Portugués, o la nueva normativa procesal británica<sup>10</sup>).

En España, la vigencia de nuestra decimonónica LEC, inspirada en los postulados liberales propios del siglo pasado, impidió acoger gran parte de las orientaciones “socializadoras” del proceso civil, por lo que se negó toda iniciativa probatoria al juez -a excepción de las denominadas “diligencias para mejor proveer”<sup>11</sup>- fundamentándose en argumentos de muy diversa índole, tales como el carácter privado del objeto litigioso, la existencia del interés único de las partes en la obtención de una resolución favorable a sus pretensiones, la incompatibilidad de dicha iniciativa probatoria con el derecho a la prueba de las partes, la protección de la institución de la carga de la prueba, la salvaguarda de la necesaria imparcialidad del juzgador, y el carácter autoritario de dicha iniciativa probatoria; argumentos todos ellos que paso seguidamente a analizar de forma crítica. En gran medida, todos estos argumentos han pesado para que la LEC 1/2000 no atribuya decididamente al juez un papel más activo en materia probatoria, adoptando una solución de compromiso que, como indicaré, bien utilizada puede en la práctica conducir a los mismos resultados que la atribución de iniciativa probatoria *ex officio iudicis*.

B) Reflexiones críticas sobre los argumentos tradicionales contrarios a la atribución de iniciativa probatoria al juez civil

La doctrina suele utilizar argumentos de muy diversa índole para justificar la pasividad del juez civil en materia probatoria. Y así suelen formularse las siguientes objeciones:

Primera: El interés privado discutido en el proceso civil

Algunos autores suelen argumentar la imposibilidad de atribuir iniciativa probatoria del juez civil debido a la naturaleza privada del interés discutido en el proceso civil, esto es, a la idea de que las partes deben ser libres en su disposición<sup>12</sup>. Este tipo de razonamiento -como destaca Devis Echandía- se sustenta en la tesis ya completamente abandonada de que el proceso civil es un negocio particular y con un fin privado: la defensa de los intereses personales<sup>13</sup>. Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, en favor de una visión “publicista” del proceso, que le concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Si bien es cierto, que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues el modo de desarrollarse el mismo no pertenece a los litigantes sino al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función<sup>14</sup>. Como ya destacó en 1943 Calamandrei “de la consideración de la jurisdicción, también

en materia civil, como una función pública, se deriva la necesidad técnica de dar al juez todos los poderes necesarios para poder cooperar activamente a la satisfacción del interés público que también en el proceso civil está en juego; y basta reconocer el carácter público de la función jurisdiccional para deber considerar como técnicamente inadecuado a los fines de la justicia un sistema en el que el juez asiste como espectador impasible [...] el juez, también en el proceso civil, debe estar en todo caso provisto de los poderes indispensables para administrar la justicia de un modo activo, rápido y seguro: no vale objetar que cuando la materia de la contienda pertenece al derecho privado también la marcha del proceso se puede considerar como negocio privado, cuya suerte puede abandonarse al interés individual de los contendientes; por el contrario también en los procesos sobre controversias de derecho privado entra en juego, tan pronto como se invoca la intervención del juez, el interés eminentemente público que es la recta y solicita aplicación de la ley al caso concreto<sup>15</sup>.

Segunda: El interés único de las partes en la obtención de una resolución favorable a sus pretensiones

Se trata de una objeción de índole práctica, que se fundamenta en el hecho de que los litigantes son los que mejor defienden sus intereses y, en consecuencia, nadie mejor que ellos pueden conocer las pruebas acreditativas de la certeza de sus alegaciones<sup>16</sup>.

La inconsistencia de este razonamiento lo puso oportunamente de relieve GUASP, al destacar que el mismo “no demuestra por qué además de las partes no puede el Juez desarrollar una actividad en el mismo sentido”<sup>17</sup>. Ciertamente, el hecho de que los litigantes estén más preparados para aportar al proceso el material probatorio necesario no explica que se omita o excluya de esta actividad al juzgador.

Tercera: La incompatibilidad entre el derecho a la prueba de las partes y la iniciativa probatoria del juez

Este argumento se sustenta en la idea de que los únicos sujetos que pueden aportar pruebas al proceso son las partes, ya que a ellas les atribuye el ordenamiento jurídico un derecho a la prueba, y en consecuencia, es necesario evitar que el juez pueda interponerse en el ejercicio de este derecho<sup>18</sup>. La existencia del mismo a favor de las partes aparece en contradicción con la idea de que el juez pueda aportar, de igual modo, pruebas al proceso.

Esta razón es ciertamente censurable. El derecho a la prueba supone la libertad

de los litigantes de utilizar los medios probatorios que estimen oportunos para lograr el convencimiento del juez acerca de lo discutido en el proceso<sup>19</sup>, pero de ello no puede deducirse que éste no deba disponer *ex officio* actividad probatoria alguna. El reconocimiento del derecho a la prueba –como destaca TARUFFO– no significa atribuir a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria, por lo que no implica la eliminación de cierta iniciativa autónoma del juez<sup>20</sup>. Ambas iniciativas son absolutamente compatibles, y sólo podría ponerse en tela de juicio esta compatibilidad si la actuación *ex officio* se configurase no como una facultad sino como un monopolio exclusivo sobre las pruebas, es decir, como un deber que impidiese o limitase la eventual iniciativa probatoria de las partes. Esta situación no aparece recogida en los nuevos artículo 429.1.II y 435.2 LEC<sup>21</sup>, así como tampoco en ningún ordenamiento procesal civil de nuestro entorno jurídico-cultural, en el que se configura la mencionada iniciativa probatoria de los jueces y tribunales como una facultad y nunca como un deber<sup>22</sup>.

#### Cuarta: La destrucción de la carga de la prueba

El otorgamiento de iniciativa probatoria al órgano jurisdiccional debe afrontar otra crítica consistente en la pretendida destrucción de la institución de la carga de la prueba. De este modo, se afirma que el juez probará la existencia o inexistencia de hechos que, en virtud del *onus probandi*, correspondería probar a una de las partes<sup>23</sup>.

Este razonamiento resulta dogmáticamente incorrecto, pues como es sabido, las reglas de la carga de la prueba operan en el momento de dictar sentencia. Debido a que en nuestro ordenamiento no es posible el *non liquet*, al imponer los artículos 1.7 CC y 11.3 LOPJ el deber inexcusable a los jueces y tribunales de resolver las cuestiones discutidas en el proceso, el *onus probandi* se configura como aquella institución que permite al juzgador fallar o decidir en los casos en que se encuentra ante “hechos inciertos”, es decir, insuficientemente probados<sup>24</sup>. Así la carga de la prueba no impide que el juez, de oficio, pueda ordenar la práctica de un medio probatorio pues, como he indicado, esta institución entra en juego y adquiere plena eficacia en el momento de dictar sentencia y no con anterioridad, permitiendo saber al juzgador a que parte perjudicará la inexistencia de la prueba de tales hechos<sup>25</sup>. Por ello, correctamente, el artículo 217.1 LEC establece que el *onus probandi* debe tomarse en consideración: “Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión”. En consecuencia, las reglas de la carga de la prueba siguen teniendo virtualidad en aquellos supuestos en que a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, bien sea a instancia de parte o bien por iniciativa judicial, determinados hechos continúan siendo inciertos.



En todo caso, lo cierto es que cada vez más se están flexibilizando las reglas de la carga de la prueba (sirva como ejemplo el artículo 217.6 LEC, con los criterios de la disponibilidad y facilidad probatoria) por lo que de antemano es difícil fijar con inmutabilidad a qué parte le correspondía la prueba del hecho finalmente acreditado en virtud de la actividad judicial<sup>26</sup>.

Además, debo advertir cómo la jurisprudencia del TS ha establecido que el resultado de las pruebas practicadas benefician o perjudican por igual a todas las partes, sin que la libertad de elección judicial de estos resultados suponga una vulneración de las reglas de la carga de la prueba<sup>27</sup>. En consecuencia, estas reglas sólo entran en juego a falta de prueba, pues cuando ésta ya se ha producido es irrelevante discutir a través de que sujeto ha sido incorporada al proceso.

Para concluir, debo advertir que la eventual, facultativa y limitada iniciativa probatoria que se atribuye al juez en la LEC –especialmente sus artículos 429.1.II y 435.2- no debe hacernos pensar que provocará en las partes el desinterés en proporcionar elementos probatorios ya que, como he indicado, dicha posibilidad no excluye que el órgano jurisdiccional, al realizar el juicio fáctico de la sentencia, acuda a las reglas del *onus probandi*<sup>28</sup>.

#### Quinta: La vulneración de la debida imparcialidad judicial

El argumento más frecuentemente utilizado para mantener el estado de pasividad del juzgador civil en relación a su iniciativa probatoria se concreta en la posible pérdida de su necesaria imparcialidad, indicándose que el juez al tomar de oficio la mencionada iniciativa puede estar prejuzgando su decisión final. Así, para un considerable sector de la doctrina, la protección de la imparcialidad del órgano jurisdiccional se configura como el único y serio fundamento que justifica su actitud estática en orden a practicar pruebas que no hayan sido propuestas por las partes. La necesidad de separar las funciones de investigar y juzgar, en aras a garantizar la imparcialidad del juzgador, ya fue destacada por Chiovenda, afirmando que “las esferas del juez y del defensor deben estar netamente separadas, porque existe una verdadera incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de buscar los elementos de defensa de las partes”<sup>29-30</sup>.

Acerca de esta eventual pérdida de la imparcialidad judicial, debo efectuar diversas reflexiones que nos ofrecerán una visión crítica de esta objeción, y nos conducirán a defender que no es más que una exacerbación de la garantía de neutralidad del juzgador:

a) En primer lugar el órgano jurisdiccional cuando decide llevar a cabo la citada

actividad, no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba no sabe a quien puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es poder cumplir eficazmente la función de tutela judicial que la Constitución le asigna. Así, por ejemplo, si ordena la prueba pericial, no conoce cual va a ser su resultado, o respecto a la prueba testifical desconoce la declaración que el testigo pueda efectuar. La razón o fundamento de esta iniciativa probatoria debe encontrarse, únicamente, en la búsqueda de la convicción judicial, al objeto de otorgar la efectiva tutela de los intereses en litigio. Debe obviarse cualquier otra inquietud del juzgador, como podría ser la de ayudar a la parte más débil del proceso en aras a lograr una igualdad sustancial o real de las litigantes pues, en mi opinión, no es ésta una función que le corresponda desempeñar<sup>31</sup>.

- b. En segundo lugar, postular la protección de la imparcialidad, como fundamento de la inactividad probatoria del juzgador civil, y otorgar a la vez dicha facultad a los jueces y tribunales de otros órdenes jurisdiccionales, especialmente del penal<sup>32</sup>, y contencioso-administrativo<sup>33</sup>, significa reconocer y legitimar que estos jueces y tribunales puedan ser parciales si proceden de oficio a practicar prueba, conclusión ésta por nadie compartida. Este razonamiento puede extenderse igualmente al juez civil que deben resolver los denominados “procesos civiles no dispositivos”, respecto del cual el art. 752.1.II LEC le atribuye la posibilidad de “decretar de oficio cuantas [pruebas] estime pertinentes”. Por último, de igual modo, en el marco del procedimiento arbitral, el artículo 32 de la nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, permite al árbitro nombrar *ex officio* a uno o más peritos<sup>34</sup>, sin que por ello se haya puesto en tela de juicio la debida imparcialidad del árbitro.
- c. En tercer lugar, debo advertir la contradicción que resulta de negar al órgano jurisdiccional, por un lado, la posibilidad de ordenar una prueba, y otorgarle, por otro, amplísimas facultades en su práctica hasta el extremo, por ejemplo, de admitir o denegar una prueba, o de hacer preguntas a los litigantes o testigos. Entiendo que la imparcialidad del juzgador puede perderse de igual modo si, en la práctica del interrogatorio de las partes o de los testigos, o en la prueba pericial, formula preguntas o requiere explicaciones al interrogado o al perito en virtud de los artículos 306.1.II, 347.2 y 372.2 LEC<sup>35</sup>. Como bien destaca Barbosa Moreira “llevada la suposición (de pérdida de la imparcialidad del juzgador) hasta las últimas consecuencias lógicas, las leyes deberían prohibir de modo absoluto cualesquiera iniciativas oficiales en materia de prueba, lo cual probablemente jamás ocurrió y no es propugnado siquiera por los más radicales representantes del «dispositivismo» en la ciencia procesal civil”<sup>36</sup>.

- d. En cuarto lugar, se objeta a la iniciativa probatoria aquí analizada la predisposición -aún inconsciente como señala Gutiérrez de Cabiedes- del órgano jurisdiccional a otorgar distinto valor probatorio a los resultados de los medios de prueba acordados *ex officio*<sup>37</sup>. Si bien ello excepcionalmente es posible, entiendo que la solución a este temor viene dada por la vía de los recursos, que contra toda sentencia proceden, basándose en la errónea apreciación de la prueba<sup>38</sup>.
- e. Finalmente, en quinto lugar, también se ha objetado el peligro del eventual uso abusivo que el juzgador puede efectuar de sus facultades probatorias. A mi entender, la citada atribución limitada de poderes al juez civil soslaya este peligro, y en cualquier caso, de existir un ejercicio arbitrario o extralimitado de tales poderes, dicha actuación deberá ser corregida a través de los oportunos recursos. Por otro lado, esta actuación abusiva del juzgador no deja de ser un supuesto excepcional y, como tal, no constituye motivo o razón suficiente para impedir su iniciativa probatoria<sup>39</sup>.

#### Sexta: El carácter autoritario de la iniciativa probatoria del juez

Desde hace poco tiempo se ha vuelto a plantear la discusión del carácter inquisitorio o autoritario del poder probatorio del juez civil como manifestación de una ideología política totalitaria, fascista o comunista. Es el planteamiento que actualmente formula Montero Aroca, quien destaca como en los códigos procesales fascistas alemán e italiano se potencia la iniciativa probatoria del juez civil<sup>40</sup>.

En mi opinión, se trata de una crítica puramente terminológica, esto es, sin contenido sustancial para aquellos que sostenemos que el juez debe tener una limitada -no absoluta- iniciativa probatoria. En primer lugar, estamos ante un uso interesado de términos ideológicos, pues como indica Taruffo “un proceso en el que el juez dispone de poderes probatorios no implica ningún autoritarismo procesal, pudiendo tales poderes configurarse como puramente supletorios o integradores respecto de aquellos de las partes, y pudiendo el juez desarrollar un papel del todo secundario, o marginal, en la búsqueda de las pruebas”<sup>41</sup>. Por ello considera que “este modo de utilizar el lenguaje -con conceptos como fascista, autoritario o totalitario- no es neutral en virtud de la valoración negativa que el empleo del término “autoritario” comporta respecto al proceso en el cual el juez tiene poderes probatorios, y de la valoración positiva que el término “liberal” retóricamente comporta respecto del proceso en el que el juez está privado de tales poderes. Se trataría así de un juego de definiciones particularmente inútil pero no inócuo, pues con ello

pretende crearse confusiones o tergiversaciones del tema debatido<sup>42</sup>. Se llega de este modo a lo que denomina una *polarizzazione simmetrica*, en la que en un polo existe el modelo dispositivo, que suele valorarse positivamente, y en el que se concibe el proceso como instrumento de resolución de conflictos; y en el polo opuesto, el modelo inquisitivo, en el que de forma autoritaria se lesionan las garantías de las partes y el proceso sólo está interesado en establecer la verdad. Como puede observarse en este planteamiento “maniqueo”, sólo existe un modelo procesal “bueno”, el dispositivo, y en frente, un modelo procesal “malo”, el inquisitivo<sup>43</sup>. Sin embargo, como podrá comprobarse, es posible articular cierta iniciativa probatoria sin lesionar las garantías constitucionales de las partes. Por ello, entiendo que este uso interesado del término “liberal” comporta un planteamiento “perverso” de la cuestión, pues impide el diálogo o debate con la doctrina que no opina de igual modo, ya que colocan necesariamente a los autores que integran este último sector bajo la indebida descalificación –aun indirecta- de ser fascista o autoritaria<sup>44</sup>.

Y, en segundo lugar, no es del todo correcta la identificación ideológica que pretende realizarse entre juez civil pasivo y estado liberal, pues como analiza Taruffo existen sistemas políticos inspirados en una ideología liberal que tanto niegan la iniciativa probatoria al juez civil como le permiten cierta iniciativa: así, podemos constatar la existencia de códigos procesales de “corte liberal” elaborados en sistemas políticos no democráticos en los que el juez es sustancialmente pasivo y no dispone de poderes probatorios autónomos –como sucedió con el italiano de 1865 o el napoleónico de 1806-, y códigos procesales también de “corte liberal” elaborados en sistemas políticos democráticos en los que sí se atribuye iniciativa probatoria al juez civil –así, por ejemplo, podemos constatar en Francia la reforma en 1975 del *Nouveau Code de Procédure Civile* y sus artículos 10 y 144; o las *Federal Rules of Evidence* de EEUU de 1975 y sus *rules* 614(a), 614 (b) y 706<sup>45</sup>-. Otro ejemplo de este erróneo planteamiento lo encontramos en las *Transnational Rules of Civil Procedure*<sup>46</sup>, del año 2000, efectuadas por el *American Law Institute* –en cooperación con la UNIDROIT- que pretenden armonizar o crear un cuerpo unificado de normas básicas transnacionales en materia de litigios civiles y en las que se prevé que el juez tendrá iniciativa respecto de las pruebas de interrogatorio de testigos y de las partes, documental y pericial<sup>47</sup>, sin que por ello pueda mantenerse que este texto es fruto de una ideología fascista, autoritaria o comunista<sup>48</sup>.

En conclusión, el carácter más o menos liberal del sistema político de un estado no es definitivo para calificar como autoritaria la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, por lo que entiendo con TARUFFO que las ecuaciones ““poderes probatorios del juez = régimen autoritario” y “juez pasivo = régimen liberal”

son vagas y genéricas, y se reducen a *slogans* polémicos privados de valor científico<sup>49</sup>. En mi opinión, la bondad técnica (o validez) de una norma depende de su propio contenido y alcance, más que de la época en que haya sido redactada, de la ideología de su autor o de la forma en que se aplique en la práctica forense, por lo que pueden existir códigos procesales de gran rigor científico o técnicamente incorrectos con independencia del carácter más o menos liberal o social del régimen político en que fueron creados.

### C) Límites constitucionales a la iniciativa probatoria del juez civil

Una vez examinados críticamente los argumentos justificativos de la negativa a atribuir iniciativa probatoria al juez civil, debo analizar los límites que eventualmente debería tener ésta en nuestro sistema constitucional.

Como es obvio, la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* no puede ser ilimitada pues puede entrar en conflicto con derechos o valores constitucionales que merecen ser protegidos. Por ello, como tuve ocasión de analizar en otro lugar<sup>50</sup>, dicha iniciativa tiene tres relevantes límites que seguidamente paso a analizar.

#### Primer límite: los hechos controvertidos por las partes

En primer lugar, la prueba practicada por el juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia.

#### Segundo límite: las fuentes probatorias existentes en el proceso

En segundo lugar, es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez (así, por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar). Sólo de esta forma se evita que el juez actúe inquisitivamente o utilice su "conocimiento privado" al margen de los resultados que figuran en los autos. Este límite tiende a garantizar la debida imparcialidad del juzgador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca a investigar nuevas fuentes. Al margen del uso de estas fuentes probatorias, entiendo que el juez no puede tener iniciativa probatoria,

pues sería incontrolable su fuente de conocimiento respecto de los elementos probatorios por él utilizados, lo que puede comprometer la debida confianza que objetivamente el juez debe merecer al justiciable<sup>51</sup>.

Tercer límite: respeto al derecho a la defensa de las partes

Y finalmente, en tercer lugar, es necesario que se respete, en todo momento, el principio de contradicción que cualquier litigante posee en el desarrollo de la prueba, por lo que debe permitírsele proponer nuevas pruebas y, evidentemente, participar en la práctica de toda la actividad probatoria. De este modo, no se vulnera el derecho de defensa constitucionalizado en el artículo 24 de nuestra Norma Fundamental.

En definitiva, cada objeto protegido incide en un ámbito distinto de la actividad jurisdiccional: el primero, en el propio proceso y los hechos en él discutidos; el segundo, en el juez y su debida imparcialidad; y el tercero, en las partes y su derecho constitucional a la defensa.

D) Justificación constitucional de la iniciativa probatoria del juez civil

Hasta el momento se ha podido constatar la validez constitucional de la atribución de cierta iniciativa probatoria al juez civil. Ahora debe encontrarse la justificación de dicha iniciativa. En mi opinión, la formulación atenuada del principio de aportación de parte tiene una base constitucional en la que sostenerse: el carácter Social del Estado de Derecho consagrado en nuestra Constitución, así como en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que el artículo primero del citado Texto Fundamental proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la "justicia", que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional. La "justicia", como valor superior del ordenamiento jurídico representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el resultado del proceso sea "justo", el Estado debe poner al servicio de quienes lo dirigen los medios y poderes necesarios para que pueda alcanzarse dicho fin. Evidentemente, el problema radica en dotar de contenido o significado al valor "justicia", pues su ambigüedad y falta de concreción pueden propiciar cierto decisionismo judicial. Kelsen concluye su ensayo ¿Qué es Justicia?<sup>52</sup> formulando su concepción de la "Justicia" con estas palabras: "la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad". En esta búsqueda de la "verdad" dentro del proceso -"verdad" mediatizada, en virtud

de los principios dispositivo y de aportación de parte, por los relatos fácticos de los respectivos litigantes- y respetando rigurosamente todos los derechos y garantías constitucionales, encuentra su justificación la iniciativa probatoria al juez.

Es cierto que las limitaciones propias del hombre hacen que no siempre pueda alcanzar la tan preciada "justicia", pero no lo es menos que ello no debe ser obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al objeto de que ésta pueda lograrse en el mayor número de ocasiones, máxime si con ello no se infringe precepto constitucional alguno. Como ha indicado Taruffo, al estudiar el concepto de «justicia de la decisión judicial» ésta no es nunca justa si se fundamenta sobre una determinación errónea o inexacta de los hechos, por lo que concluye que la certeza del juicio sobre los hechos es una condición necesaria para que pueda afirmarse que la decisión judicial es justa<sup>53</sup>. Además –como advierte el citado autor<sup>54</sup>- todo ello es compatible con la teoría según la cual el proceso únicamente sirve para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y en su lugar se piensa que éste deber ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces ciertamente nos encontramos con el deber de reconocer que la declaración judicial certera de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso.

Siguiendo con esta argumentación, observamos que nuestra Constitución recoge en su artículo 24.2 el derecho fundamental de toda persona a obtener una efectiva tutela judicial. Para otorgar esta tutela, haciendo realidad la justicia demandada por los particulares cuando se ven compelidos a acudir a la solución judicial de sus conflictos, el órgano jurisdiccional necesita la prueba de los hechos discutidos y a los cuales aplicará el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si el objetivo de todo proceso es que los Jueces y Magistrados apliquen la ley a unos determinados hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone, a mi entender, una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia<sup>55-56</sup>.

En definitiva, a la luz de todas estas previsiones constitucionales, se alcanza una idónea armonización entre el carácter privado del objeto litigioso y la naturaleza indisponible del proceso, facilitando que los órganos jurisdiccional pueden otorgar una efectiva y justa tutela de los intereses en conflicto.

E) El principio de aportación de parte en el nuevo proceso civil español

La alegación de la realidad fáctica discutida en el proceso se atribuye en exclusividad a los litigantes, por lo que el principio de aportación de parte, en



este aspecto, rige en toda su extensión. Así, de manera concluyente el artículo 216º LEC destaca que: “Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos [...] de las partes”.

De igual modo, en materia de introducción del material probatorio, la LEC opta por el principio de aportación de parte, si bien existen excepciones que provocan su atenuación. La formulación general del citado principio se encuentra en el citado artículo 216º, según el cual: “Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes”; y en el artículo 282º *ab initio*, al indicar que: “Las pruebas se practicarán a instancia de parte”.

Su atenuación se establece rápidamente, y con carácter general, en el propio artículo 282º, segundo inciso, al indicar: “Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”.

En la LEC encontrados distintos supuestos de iniciativa probatoria *ex officio iudicis*: en primer lugar, para los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, el artículo 752.1.II establece: “Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes”.

En segundo lugar, la LEC también prevé determinadas materias respecto de las cuales otorga iniciativa probatoria al juez, como sucede con el derecho extranjero (artículo 281.2 *in fine*)<sup>57</sup>, así como ciertas actividades probatorias que pueden acordarse de oficio, como por ejemplo, el careo entre testigos y entre éstos y las partes (373.1 y 2)<sup>58</sup>, o la llamada al juicio de la persona que ha efectuado el “informe” escrito previsto en el artículo 381.1 (artículo 381.3)

En tercer lugar, la LEC otorga iniciativa judicial en la práctica de algunas pruebas: así, por ejemplo, faculta al juez para solicitar aclaraciones y adiciones en el interrogatorio de las partes (artículo 306.1.II) y de testigos (artículo 372.2), le permite formular al perito preguntas y requerirlo para que de las explicaciones que estime necesarias sobre el objeto del dictamen aportado (artículo 347.2), y le atribuye la determinación de la amplitud de la prueba de reconocimiento judicial (artículo 353.2 LEC).

En cuarto lugar, a través de las “diligencias finales” se permite al juez que, dentro del plazo para dictar sentencia, pueda ordenar la práctica de actividad



probatoria, si bien ello lo condiciona el artículo 435.2.I a la concurrencia de cuatro requisitos: debe versar sobre hechos relevantes, oportunamente alegados; deben haber actos de prueba anteriores que no hayan dado resultado conducentes; el resultado probatorio negativo ha de deberse a circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes; y han de existir motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre los citados hechos<sup>59</sup>. De esta forma, las tradicionales “diligencias para mejor proveer”, al margen de cambiar de nombre, pasan a adquirir el alcance limitado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuía a tales diligencias<sup>60</sup>.

Finalmente, la nueva LEC introduce una norma novedosa que plantea el interrogante de si recoge una mera advertencia del tribunal a las partes o permite una limitada iniciativa probatoria. Me refiero al artículo 429.1.II y III, según el cual:

“Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios, cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

Debido a la complejidad que presenta esta norma, voy a analizarla por separado en el epígrafe siguiente.

Sin embargo, no quiero acabar sin destacar que toda esta normativa ha llevado a Montero Aroca<sup>61</sup> a afirmar que la nueva LEC “ha aumentado las facultades del tribunal en materia probatoria (por ejemplo, en los arts. 282 y 429.1.II) y lo ha ido a hacer cuando la llamada “publicización” del proceso está en franca retirada en todo el mundo. Frente a lo que la doctrina sostenía hace unas décadas, hoy se está admitiendo que en este proceso no deben aumentarse las facultades del juez”. No obstante, la realidad del derecho comparado nos conduce a advertir el erróneo planteamiento de este autor, pues no es cierto que la atribución de iniciativa probatoria *ex officio iudicis* suponga un retroceso histórico, si no todo lo contrario, como he indicado, nos acerca a las tendencias más modernas del derecho procesal civil<sup>62</sup>.

F) La solución española “de compromiso”: el artículo 429.1.II LEC

Una de las grandes novedades que introduce la LEC 1/2000 la encontramos en su artículo 429.1.II, cuya redacción final se debe a una enmienda transaccional del grupo parlamentario socialista, la número 321, que proponía una amplia iniciativa probatoria del juez<sup>63</sup>, y que fue rechazada para recoger el contenido del actual artículo. 429.1.II<sup>64</sup>. En este sentido, la LEC 1/2000 ha alcanzado una solución de compromiso entre las tendencias liberal, del inicial Proyecto de Ley, y publicista, introducida en el trámite parlamentario.

La propia literalidad de esta norma conduce a sostener que en ella nos encontramos, en cuanto a la indicación de la insuficiencia de la prueba solicitada, ante un deber; y respecto a la indicación de la concreta prueba para acreditar tales hechos, ante una facultad judicial. En concreto:

- a. Por un lado, nos encontramos ante un verdadero deber, en función del cual el juez ha de advertir a las partes de la insuficiencia de las pruebas propuestas para el esclarecimiento de los hechos litigiosos. Así, establece que: “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos *lo pondrá de manifiesto* a las partes [...]”. Dicha norma no utiliza el condicional “podrá”, como si lo hace por ejemplo cuando otorga al juez la posibilidad de ordenar diligencias finales en el artículo 435.2 LEC, sino la forma verbal imperativa “lo pondrá”. No obstante, estamos en presencia de un deber judicial de difícil control, en la medida en que su aplicación depende de la valoración subjetiva que efectúe el propio juez sobre la “insuficiencia” de la prueba. Por ello, para analizar la infracción de este deber, necesariamente, será preciso estudiar las particularidades de cada caso concreto para, a partir de tales datos, determinar su infracción.
- b. Y, por otro lado, atribuye una facultad al juez cuando, después de obligarle a efectuar la mencionada advertencia de insuficiencia probatoria, además le permite que pueda señalar aquella prueba que considera que puede colmar dicha insuficiencia. Aquí, el propio artículo 429.1.II LEC abandona los términos imperativos para acoger las formas verbales condicionales, indicando que el tribunal: “[...] podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”. En mi opinión, en aras a ofrecer la tutela judicial más justa posible, el juez debería procurar siempre actuar esta facultad, con los límites indicados anteriormente, y que se prevén en esta misma norma, y muy especialmente en aquellos juicios en los que no interviene un abogado debido a su falta de preceptividad.

La mayoría de los autores y la doctrina judicial de las Audiencias Provinciales sostienen que el artículo 429.1.II LEC no recoge una iniciativa probatoria del juez, sino tan sólo la posibilidad de que éste, ante una eventual insuficiencia probatoria, indique, aconseje o advierta a las partes los hechos afectados por dicha insuficiencia y la prueba que resulta conveniente para acreditar tales hechos, sin que esta advertencia suponga una iniciativa probatoria<sup>65-66</sup>. De esta manera, sin atentar formalmente al principio de aportación de parte, ya que son siempre los litigantes quienes en última instancia asumen o no la sugerencia probatoria, permite al juez canalizar su iniciativa en orden a lograr que su resolución pueda ser lo más justa posible.

En mi opinión, la literalidad del artículo. 429.1.II LEC permite otra lectura de la norma, en función de la cual se atribuya cierta iniciativa probatoria al juez. Como tuve ocasión de analizar en otros estudios<sup>67</sup>, en el actual Estado Social y de Derecho, en el que la “Justicia” se configura como un valor superior del ordenamiento jurídico, el juez debe estar comprometido en la justa composición de los litigios, esto es, no puede configurarse como un sujeto inerte, pasivo, sin ningún tipo de iniciativa probatoria. Por ello, si el fin de todo proceso es que los jueces y magistrados apliquen la ley a unos concretos hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia. En definitiva, atendiendo a las citadas previsiones constitucionales, es posible efectuar una lectura de la nueva LEC que otorgue a los jueces mecanismos adecuados para poder impartir una más justa tutela de los derechos e intereses en conflicto: desde estas premisas, entiendo que el artículo 429.1.II LEC no se limita sólo a permitir al juez manifestar a las partes una eventual insuficiencia probatoria, sino que establece también la posibilidad de “señalar” –que no advertir o sugerir- la prueba cuya práctica considere necesaria. Esta norma -a diferencia de lo que sucede cuando se refiere a los “hechos” que pueden verse afectados por la insuficiencia probatoria, donde expresamente sólo se permite al juez efectuar una mera “manifestación” de tales hechos- en materia probatoria se le permite “señalar”, esto es, determinar o designar, la prueba cuya práctica considere conveniente, por lo que si estima que es necesaria es lógico pensar que deba practicarla.

Como es obvio, y así lo he indicado con anterioridad, la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* no puede ser ilimitada, y por ello son del todo correcto los tres límites que al respecto establece el artículo 429.1.II LEC: en primer lugar, la imposibilidad de introducir hechos no alegados por las partes<sup>68</sup>; en segundo lugar, la imposibilidad de utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes

en el proceso<sup>69</sup>; y finalmente, en tercer lugar, la necesidad de garantizar el derecho de defensa de las partes, por lo que se les permiten completar o modificar sus proposiciones probatorias.

Reconozco que se trata de una interpretación literal de la norma, fundada en una argumentación constitucional, que limita la eficacia del principio de aportación de parte más allá de lo que quiso el legislador. Pero en todo caso, esta interpretación, que tiende a garantizar la plena eficacia de la tutela judicial, evita las diversas críticas que pueden formularse a la iniciativa probatoria del juez: no supone una quiebra del principio dispositivo, *alma mater* del proceso civil, en la medida en que las partes conservan la exclusividad en la determinación del objeto litigioso; soslaya la eventual pérdida de la imparcialidad del juez, pues éste al llevar a cabo su iniciativa probatoria no está efectuando una actividad inquisitiva, de investigación o averiguación de hechos no alegados por los litigantes, que podría poner en duda su debida imparcialidad, sino una actividad de verificación de los mismos; y garantiza plenamente el derecho de defensa de las partes. Además, permite que la prueba cumpla su función, pues si ésta tiene por finalidad lograr el convencimiento del juez acerca de la existencia de los hechos discutidos en el proceso, resulta contradictorio sostener que la prueba es una actividad que exclusiva y excluyentemente interesa a las partes, y prohibir en consecuencia al juez practicar por propia iniciativa el medio probatorio que considere necesario para alcanzar su debida convicción<sup>70</sup>, y en este sentido es como entiendo puede interpretarse el artículo 429.1.II LEC.

En cualquier caso, desde un punto de vista práctico, probablemente resultará estéril discutir si el artículo 429.1.II LEC recoge una mera sugerencia o una verdadera iniciativa judicial, pues de producirse la manifestación del tribunal lo lógico es que las partes la asuman como propia.

Finalmente, para concluir, debo admitir que en la práctica judicial se está haciendo un escaso uso de la facultad del artículo 429.1.II LEC, o al menos no se utiliza como sería deseable. Ello se debe, básicamente, a dos motivos de muy diferente naturaleza: por un lado, al habitual desconocimiento que, en el propio acto de la audiencia previa, suele tener el juez sobre las cuestiones debatidas, lo que le coloca en una posición de lejanía respecto de los hechos discutidos y la prueba propuesta al respecto. A dicho acto debería asistir con un conocimiento exhaustivo del caso –al menos, con una lectura de la demanda y contestación y un estudio previo de las excepciones formuladas– pues ello permitiría a la audiencia previa alcanzar los resultados deseados por el legislador<sup>71</sup>. Sin embargo, el excesivo trabajo en nuestros juzgados de primera instancia o la “rutina funcional” provoca en ocasiones dicha desidia judicial en la audiencia

previa. Y, por otro lado, el escaso empleo de la facultad del artículo 429.1.II LEC se debe a ciertos prejuicios de que su uso puede suponer la pérdida de la debida imparcialidad judicial que, como he analizado, es del todo inadmisibles si dicha facultad se utiliza dentro de los límites legalmente establecidos.

#### 4. CONCLUSIONES

En la polémica sobre si el juez civil debe tener iniciativa probatoria deberían evitarse posturas radicales o maximalistas para buscar el punto de equilibrio que permita al proceso ser lo más eficaz posible sin sacrificar ninguna garantía constitucional de las partes. La postura radical de cierta doctrina procesal negando todo tipo de iniciativa probatoria del juez civil, supone restar eficacia al proceso como instrumento del Estado para la justa tutela de los intereses litigiosos. Y la otra postura radical, permitiendo cualquier iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, también puede comprometer ciertas garantías constitucionales del proceso civil. En mi opinión, no debe buscarse el garantismo sin tener en cuenta la función que cumple el proceso, ni tampoco la eficacia olvidándose las garantías constitucionales del proceso. El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez -con su deber de imparcialidad- y de las partes -con sus derechos a la defensa-. Por ello, el debate garantismo-eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino de compatibilidad, esto es, debe buscarse la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del juez y de las partes.

Este punto de equilibrio se alcanza permitiendo al juez cierta iniciativa probatoria limitada a los hechos discutidos en el proceso, sobre la base de las fuentes probatorias que ya le consten en las actuaciones, y permitiendo a las partes la plena contradicción en la práctica de la prueba *ex officio iudicis*, pudiendo ampliar su inicial proposición de prueba. De esta forma, se atribuye al juez civil un mecanismo válido para intentar lograr la máxima eficacia del proceso respetando escrupulosamente el principio dispositivo, asegurando su debida imparcialidad, y protegiendo el derecho de defensa de las partes.

- <sup>1</sup> Sobre esta problemática ya tuve ocasión de pronunciarme en *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. J.M<sup>a</sup>. Bosch, Barcelona, 1996; *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en “Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”, 2004, n<sup>o</sup>. 4, pp. 253 a 271; y, más recientemente, en mi obra, *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo “iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam”* y su repercusión actual, edit. J.M<sup>a</sup>. Bosch editor, Barcelona, 2007.
- <sup>2</sup> El carácter constitucional del principio dispositivo es puesto de relieve, entre otros autores, por Almagro Noste, J., *Garantías constitucionales del proceso civil*, “Justicia”, I/1981, p. 18; Ramos Méndez, F., *La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil*, “Justicia”, I/1983, p. 23; Gimeno Sendra, V. (en AAVV), *Derecho procesal. Proceso civil*, T. I, vol. I, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 302; y Berzosa Francos, M<sup>a</sup>.V<sup>a</sup>., *Principios del proceso*, en “Justicia”, III/1992, p. 577. En contra, Cortés Domínguez sostiene que el principio dispositivo no tiene “ningún fundamento en la Constitución, lo tiene en el derecho material que se pone en juego en el proceso. Por eso las interpretaciones que han querido ver la conexión de este principio con la Constitución en el art. 33 y en la existencia del derecho de propiedad, nos parecen que no tienen fundamento alguno” (*La Constitución española y los principios rectores del proceso civil*, “Principios constitucionales en el proceso civil. Cuadernos de Derecho Judicial”, CGPJ, Madrid, 1993, p. 151).
- <sup>3</sup> Obviamente, este principio no va a regir los procesos civiles en los que se pretenda la tutela jurisdiccional de un interés público, esto es, se legitime al Ministerio Fiscal para solicitar una determinada pretensión (vid. Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Edit. Comares, Granada, 1999, p. 188; o Berzosa Francos, M<sup>a</sup>.V<sup>a</sup>., ob. cit., p. 576).
- <sup>4</sup> En esta línea, Montero Aroca sostiene que el principio dispositivo debe seguir rigiendo el proceso civil “por lo menos mientras la concepción política general mantenga la distinción entre intereses públicos y privados” (*Introducción al Derecho Procesal*, Edit. Tecnos, Madrid, 1976, p. 228).
- <sup>5</sup> Como destaca Berzosa Francos, M<sup>a</sup>.V<sup>a</sup>., *Los principios inspiradores del futuro proceso civil*, en “Presente y futuro del proceso civil”, dir. J. Picó i Junoy, Edit. J.M<sup>a</sup>. Bosch editor, Barcelona, 1998, pp. 27 a 40.
- <sup>6</sup> No me refiero a los hechos esenciales que configuran la causa petendi pues éstos, como he indicado, al integrar el objeto del proceso deben ser alegados, necesariamente, por las partes en virtud del principio dispositivo y no del de aportación de parte. De este modo, como indica BERZOSA FRANCOS, “por lo que se refiere a la labor de introducción es necesario distinguir los elementos fácticos esenciales integradores de la *causa petendi* de aquellos otros que fundamentan o motivan la petición pero que no tienen este carácter de esencialidad. La alegación de los primeros corresponde a las partes en virtud del principio dispositivo ya que estos hechos constituyen junto al “petitum” el objeto de proceso. La alegación de los segundos, motivadores de la estimación de la demanda o, en su caso, de la desestimación, si nos situamos en la perspectiva del demandado, aún correspondiendo también a las partes, encuentra su fundamento en el principio de aportación” (*Los principios del proceso*, ob. cit., pp 597-598). Para un estudio exhaustivo de este tema, vid. Berzosa Francos, M<sup>a</sup>. V., *Demanda, causa petendi y objeto del proceso*, Edit. El Almendro, Córdoba, 1984.
- <sup>7</sup> Sobre la errónea formulación de este brocardo me remito a mi libro *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual, edit. J.M<sup>a</sup>. Bosch editor, Barcelona, 2007.
- <sup>8</sup> Acerca del carácter técnico-procesal del principio de aportación de parte, vid. mi estudio *El derecho a la prueba en el proceso civil*, edit. J.M<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 1996, pp. 217-218.
- <sup>9</sup> Satta, S., Y Punzi, C., *Diritto processuale civile*, 11<sup>a</sup> ed., Edit. CEDAM, Padova, 1992, p. 188. Para un estudio sobre los eventuales componentes “privatistas” y “publicistas” de un código procesal civil me remito al detenido análisis de Proto Pisani, A., *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, en “Il Foro Italiano”, 2000, 4, pp. 73 a 87.
- <sup>10</sup> Para un estudio más detenido del alcance de la iniciativa probatoria del juez civil en el derecho comparado, me remito a mi trabajo *Los principios del nuevo proceso civil*, ob. cit., pp. 35 a 38; y a las recientes monografías de Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 103 a 107; y Etxeberria Guridi, J.F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, ob. cit., pp. 98 a 122.
- <sup>11</sup> Cuyo fundamento y alcance fueron desvirtuados por la doctrina del Tribunal Supremo, tal como analicé en mi estudio *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser*, en “Justicia”, 1998, 3-4, pp. 629 a 640.
- <sup>12</sup> En este orden de ideas, De La Oliva (*Derecho Procesal Civil*, con M.A. Fernández López, 3<sup>a</sup> edic., edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 277) destaca que atribuir iniciativa probatoria al juez civil “resulta escasamente armónico con la idea de que, salvo que el proceso civil tenga por objeto casos en que esté implicado un interés general o público, lo prudente y razonable es que sean los sujetos jurídicos interesados los protagonistas del esfuerzo de alegaciones y prueba, puesto que son bienes jurídicos suyos los que están en tela de juicio” (la cursiva es del autor). De igual modo, vid. Montero Aroca, J., *El proceso*



- civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria, en "Proceso civil e ideología", coord. J. Montero Aroca, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 142.
- <sup>13</sup> Devis Echandía, H., La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo, "RIDP", IV/1967, p. 68. En sentido análogo, cfr. Sentís Melendo, S., Estudios de Derecho Procesal, T.I, Edit. EJE, Buenos Aires, 1967, p. 381; Martín Ostos, J., Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil, Edit. Montecorvo, Madrid, 1981, p. 164.; y Verde, G., Dispositivo (principio), "Enciclopedia Giuridica Italiana", vol. XI, Edit. Treccani, Roma, 1989, p. 1.
- <sup>14</sup> Al respecto, vid. per omnia CARNACINI, T., Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, ob. cit.
- <sup>15</sup> Calamandrei, P., *Instituciones ...*, vol. I, ob. cit., p. 395.
- <sup>16</sup> En esta línea, De La Oliva (op. cit., p. 275) destaca: "Así, pues, estos sujetos se encuentran, con gran frecuencia, en mejores condiciones que nadie para lograr, conforme a reglas racionales, un resultado de certeza sobre los hechos relevantes para la decisión jurisdiccional que se requiera en cada caso. Por todo ello, los sistemas procesales civiles no se basan en la investigación *ex officio* de los hechos que se afirman relevantes [...] sino que, sobre la base de la referida experiencia, disponen que sean las partes de cada proceso los principales protagonistas de la iniciativa y del esfuerzo conducentes a aquella certeza". De igual modo, ya en el siglo pasado, Lessona afirmaba que "el común sentir deduce [...] la máxima de que las partes, a las cuales tales hechos se refieren (los dudosos y discutidos), son las que los conocen, y conocen también los medios idóneos para probarlos. No puede, en su virtud, corresponder al Juez la iniciativa en esta materia" (*Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*, T.I, 3ª ed., traducción de E. Aguilera de Paz, Edit. REUS, Madrid, 1928, p. 55). Y, por su parte, Chiovenda indica: "*nessuno è miglior giudice della parte circa le prove di cui può disporre, circa i suoi interessi individuali*" (*Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed. Jovene Editore, Napoli, 1923, p. 205). Vid. también en esta línea, Gutiérrez De Cabiedes, E., *La socialización del proceso*, en "Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en memoria de los profs. Herce Quemada y Dunque Barraganes", Zaragoza, 1983, p. 432; y Vázquez Sotelo, J.L., *Los principios del proceso civil*, ob. cit., p. 623.
- En la jurisprudencia también suele utilizarse este argumento. Así, la STS de 7 de diciembre de 1988, f.j. 2º (RA. 9.581) destaca que el "juzgador debe respetar el equilibrio procesal, no substituyendo a las partes en su actividad probatoria, pues éstas, como es obvio, han de ser consideradas como las mejoras gestores de sus intereses" (la cursiva es mía).
- <sup>17</sup> Guasp, J., *El juez y los hechos en el proceso civil*, ob. cit., p. 104 (nota 1).
- <sup>18</sup> Al respecto, Almagro Nosete al estudiar el art. 24.2 C.E. manifiesta: "lo interesante es que, con rango constitucional, se establezca este derecho en favor de las partes, precisamente, para preservar a éstas de lo contrario, es decir, de que una ilimitada confianza en el juez y en sus atribuciones probatorias, pudiera dar al traste con la responsabilidad inherente a la libertad de cada parte de utilizar los medios de prueba conducentes a la verificación de los hechos" (*Garantías constitucionales del proceso civil*, "Justicia", 1981, número especial, p. 34).
- <sup>19</sup> Al respecto, vid. mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 21 y ss.
- <sup>20</sup> Taruffo, M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, "Riv. dir. proc.", 1984, IV, p. 90. De igual modo se pronuncian GOUBEAUX, TROCKER Y DENTI. GOUBEAUX concluye su estudio sobre el derecho a la prueba manifestando: "[...] le droit à la preuve qui, dans une large mesure est un droit à l'égard du juge, doit être vivifié par l'intervention du juge lui-même. En définitive, c'est une collaboration qu'il s'agit d'assurer entre le plaideur, le juge et même l'adversaire en conciliant, autant que faire se peut, des impératifs contraires, avec pour but la vérité et la justice" (Le droit à la preuve, en la obra "La preuve en droit", Edit. Émile Bruylant, Bruxelles 1981, p. 301). Por su parte, TROCKER, recogiendo la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht alemán, destaca que "il potere attribuito al giudice di assumere prove di ufficio non esclude, né rende superfluo, un autonomo diritto delle parti di proporre a loro volta mezzi probatori" (Proceso civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano, Edit. Giuffrè, Milano, 1974, p. 520). Y Denti afirma que el "esercizio dei poteri d'ufficio del giudice ed esercizio del diritto di difesa delle parti non si contrappongono, ma operano su piani diversi, essendo indubitabile che il contraddittorio debba essere salvaguardato anche di fronte alle iniziative officiose" (Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo, "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", III/1984, p. 731).
- <sup>21</sup> Estas normas utilizan el término "podrá".
- <sup>22</sup> En este sentido, cfr. Guasp, J., *El juez ...*, ob. cit., pp. 53, 120 y 121; Taruffo, M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, ob. cit., pp. 90 y 91 (especialmente, vid. nota 38); y Abel Lluch, X., *Iniciativa probatoria ...*, ob. cit., p. 163.
- <sup>23</sup> Así, por ejemplo, Gentile afirma: "Vien meno l'onere della prova quando al giudice è data facoltà di accertare di propria iniziativa l'esistenza del fatto. Ogni qualvolta il giudice ha poteri autonomi di ispezione, informativa, ecc., vien meno l'onere della prova" (La prova civile, Jandi Sapi Editori, Roma, 1960, pp. 20 y 21). De igual modo, Becerra Bautista señala que cuando: "el juez estime necesarias pruebas distintas a las ofrecidas por las partes [...] se violará también el principio que obliga al juez a respetar la carga de la

- prueba" (El proceso civil en Mexico, Edit. PORRUA, S.A., Mexico, 1965, p. 76).
- <sup>24</sup> Así, cfr. MICHELLI, G.A., *L'onere della prova*, Edit. CEDAM, Padova, 1942, pp. 215-216 (y también las pp. 13, 95 y ss., 104, 137 y 213); VERDE, G., *L'onere della prova nel processo civile*, Edit. Jovene Editore, Napoli, 1974, pp. 21 y ss, 57 y ss., 112 y 135; id.: *Prova (dir. proc. civ.)*, en "Enciclopedia del diritto", T. XXXVII, Edit. Giuffrè, Milano, 1988, pp. 622 y 626; Andrioli, V., *Prova (in genere)*, en "Nuovo Digesto Italiano", T.XVII, Edit. UTET, Torino, 1939, pág. 826; o Carnelutti, F., *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, "Riv. dir. proc.", 1929, I, p. 35. Al respecto, Serra Domínguez, tras poner de relieve que la carga de la prueba es totalmente independiente del carácter disponible del proceso, afirma: "Los principios sobre la carga de la prueba operan únicamente en el momento de la sentencia, careciendo de relevancia jurídica con anterioridad" (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVI, vol 2º, 2ª ed., Edit. EDESA, Madrid, 1991, p. 54). Por su parte Muñoz Sabaté, siguiendo a Rosenberg, destaca que "la teoría de la carga de la prueba es más bien la teoría de las consecuencias de la falta de prueba" (*Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 3ª edic., Edit. Praxis, Barcelona, 1993, p. 48). En esta línea, debo mencionar a EISNER, quien subraya que la cuestión de la carga de la prueba "es un problema que en realidad se presenta con caracteres críticos y agudos, por primera vez, cuando el juez va a dictar sentencia [...] ese problema recién nace cuando el juez va a dictar sentencia y se encuentra en el expediente, o en la causa si fuese oral, con que no hay suficientes elementos de juicio para concenserse de la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos y deba dictar de todos modos un fallo [...] Este es el momento en que juega la carga de la prueba" (*La prueba en el proceso civil*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, págs. 54 y 55). Y, en similares términos, vid. también Morello, A.M., *La prueba. Tendencias modernas*, Librería Editora Platense, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 56.
- <sup>25</sup> En este sentido, Taruffo afirma: "l'uso dei poteri d'ufficio ... non contrasta ... con la regola dell'onere della prova, come regola finale di giudizio che ripartisce le conseguenze della mancata prova dei fatti giuridici, poiché essa opera comunque quando, malgrado la attività probatorie delle parti e del giudice, non si sia raggiunta la prova di un fatto costitutivo della domanda o dell'eccezione" (*Problemi e linee evolutive nel sistema delle prove civili in Italia*, en "Studi in onore di Enrico Tullio Liebman", vol. II, Edit. Giuffrè, Milano, 1979, p. 1511); y BARGI concluye el estudio de la presente problemática señalando que "non essite alcuna incompatibilità tra onere della prova e potere inquisitorio [del giudice]" (*Procedimento probatorio e giusto processo*, Jovene Editore, Napoli, 1990, p. 188). Igualmente, acerca de la compatibilidad entre iniciativa probatoria del juez y carga de la prueba, vid. Goubeaux, G., *Le droit a la preuve*, ob. cit., p. 285; SICARD, J., *La preuve en Justice*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, Paris, 1960, p. 41; Barbosa Moreira, J.C.: *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*, ob.cit., p. 159; y recientemente LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., pp. 166-167; y Fernández López, M., *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, edit. La Ley, Madrid, 2006, pp. 79 a 83. Para una visión crítica de nuestra posición, vid. Chico Fernández, T., *La carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en "Objeto y carga de la prueba civil", dir. X. Abel y J. Picó, edit. J. Mª. Bosch editor, Barcelona, 2007, pp. 129 a 163.
- <sup>26</sup> Ya Muñoz Sabate (*Técnica probatoria ...*, ob. cit., p. 48) pone de manifiesto la imposibilidad de establecer reglas iniciales apriorísticas e inmutables, destacando que "ya no resulta necesario que esta regla tenga carácter apriorístico, al modo de un director teatral que vaya señalando a cada personaje su misión en la escena. Dejemos a cada parte practicar las probanzas que tengan por conveniente y dejemos que el juez las valore en la fase final, independientemente de quien las haya producido. Unos elementos puramente indiciarios, como la conducta procesal, o quizás una presunción grave y vehemente, es decir, pruebas indisponibles, puras inferencias que no se proponen ni se practican por nadie pero que surgen de otros elementos fijados en la litis, cualquiera de estos factores puede traer al juzgador el convencimiento de los hechos. La misma visión fenoménica del proceso, que luego desarrollaremos, es un campo abonado a todos estos desprendimientos heurísticos. ¿De qué servirá entonces la regla de la prueba grabada apriorísticamente, al modo que hace nuestro artículo 1214 del Código Civil -actual art.217 LEC?".
- <sup>27</sup> Al respecto me remito a mi estudio *El principio de adquisición procesal en materia probatoria*, en "La Ley", 2006, T. 1, pp. 1304 a 1316.
- <sup>28</sup> En esta línea, vid. Devís Echandía, H., *El moderno proceso civil inquisitivo y con libertad para apreciar las pruebas*, "RDPI", 1965, I, p. 18.
- <sup>29</sup> Principii ...ob. cit., p. 729; e id.: *Identificazione delle azione. Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium»*, en "Saggi di Diritto Processuale Civile", vol. I, Edit. Giuffrè, Milano, 1993, p. 176. En términos muy similares se manifiesta Liebman, para quien la necesaria imparcialidad del juzgador se configura como la razón nuclear de la imposibilidad de practicar pruebas ex officio, manifestando que "la decisione sull'azione e sull'eccezione implica una decisione sui fatti controversi e perciò sulle prove che li riguardano ed è proprio diretta a preservare l'imparzialità di questa decisione la regola che esclude l'iniziativa del giudice nella ricerca di quelle prove" (*Fondamento del principio dispositivo*, ob. cit., p. 562). De qual



modo, este autor destaca la "l'incompatibilitat psicològica tra l'agire e il giudicare e l'opportunità psicològica di non intorbidare la serenità del giudice col fornirli di poteri di iniziativa piú confacenti alla funzione della parte o del difensore" (Manuale di diritto processuale civile, T.II, 4ª ed., Edit. Giuffrè, Milano, 1984, pp. 84-85). En esta línea, vid. Furno: Contributo alla teoria della prova legale, Edit. CEDAM, Padova, 1940, p. 151; Redenti, E., Diritto Processuale Civile, T.II, Edit. Giuffrè, Milano, 1957, p. 33; y BAUR, F., Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale, "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1965, pp. 1698-1699. En España, se halla en la línea indicada Miguel Y Romero, quien destaca que "a medida que al Juez de raza latina se le aumentan sus poderes y su interés en el proceso, irá perdiendo su imparcialidad y rectitud, virtudes preciosas que quedarán sacrificadas ante el deseo instintivo de que prevalezca su juicio, o lo que es peor aún, su prejuicio, del cual ningún hombre se puede considerar libre" (*Principios del moderno Derecho Procesal*, p. 438, op. cit., por GUASP, J.: ob. cit., p. 61). De igual modo, Carreras Llsana mantiene que la concesión de mayores facultades al juez en materia probatoria "podría suponer aventura muy peligrosa, que llegara a atentar con el bien supremo de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales" (*La función del juez en la dirección del proceso civil*, en "Estudios de Derecho Procesal" con Fenech, Edit. Bosch, Barcelona, 1962, p. 264); y Gutiérrez De Cabiedes, destaca que "las limitaciones del Juez para acordar pruebas de oficio no es una manifestación del principio dispositivo, sino del deber de imparcialidad", y en términos muy expresivos, señala que la parte, en tanto que parte, tiende a la defensa de sus intereses particulares, y el Juez, en tanto que Juez, tiene por función la administración de justicia *supra partes* [por lo que...] si el órgano jurisdiccional adopta en cualquier fase o acto del proceso, por importante que éste sea, la función de parte y la de Juez, pierde automáticamente su imparcialidad" (ob. cit., pp. 432-433).

<sup>30</sup> Respecto de la nueva LEC 1/2000, se refieren a este argumento Montero Aroca, J., *El proceso civil llamado "social" ...*, ob. cit., pp. 155 a 160; De La Oliva, ob. cit., p. 276; y Damián Moreno, ob. cit., p. 2160.

<sup>31</sup> La solución a esta problemática sólo puede venir dada por una adecuada regulación legal del derecho constitucional a la denominada "Justicia gratuita", sin que el juez deba jugar papel alguno en la misma pues, en caso contrario, sí podrá ponerse en entredicho, fundadamente, su debida imparcialidad ya que se alineará al lado de una de las partes, la más débil económicamente. En sentido análogo, vid. Fabbrini, G., *Potere del giudice*, en "Scritti Giuridici", T.I, Edit. Giuffrè, Milano, 1989, p. 436. Una incisiva crítica a esta posibilidad lo realiza FAZZALARI, quien llega a afirmar que "la tutela del litigante socialmente más débil por parte del juez es ciertamente un *slogan*" (*La imparzialità del giudice*, "Riv. dir. proc.", 1972, II, p. 203).

<sup>32</sup> Al respecto, me remito al siguiente epígrafe referente a la iniciativa probatoria del juez penal.

<sup>33</sup> En este orden jurisdiccional, el art. 61 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa faculta al órgano jurisdiccional para ordenar la práctica de cualquier medio de prueba en estos términos: "1. El Juez o Tribunal podrá también acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto. 2. Finalizado el período de prueba, y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia, el órgano jurisdiccional podrá también acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare necesaria".

<sup>34</sup> Para un comentario de esta norma, me remito a mi estudio *Nombramiento de peritos por los árbitros*, en "Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje", dir. V. Guilarte Gutiérrez, edit. Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 533 a 544.

<sup>35</sup> Vid. Picó I Junoy, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T.II, dir. A. M<sup>º</sup>. Lorca Navarrete, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 1823 y ss.; 1913 y ss.; y 1999 y ss.

<sup>36</sup> Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba, ob. cit., p. 156.

<sup>37</sup> Ob. cit. pág. 433. En sentido análogo, Córdón Moreno afirma que el "órgano jurisdiccional, siquiera sea en el ámbito interno, tenderá a dar más crédito a los medios de prueba (y a sus resultados) aportados por él que a los aportados por las partes, poniendo en peligro su imparcialidad" (*Introducción al derecho procesal*, Edit. EUNSA, Pamplona, 1994, p. 142).

<sup>38</sup> En este sentido, Devís Echandía destaca: "La imparcialidad del juez debe presumirse [...] no existe razón para temerle a la parcialidad del juez si se le otorgan facultades inquisitivas y libertad de apreciación [...]. Por otra parte, existen los recursos, la segunda instancia y la casación para corregir las consecuencias de una parcialidad" (*Teoría General de la Prueba Judicial*, T.I, Edit. Víctor P. de Zavalla, Buenos Aires, 1981, p. 130). De igual modo, vid. Morello, A.M., *La prueba. Tendencias modernas*, ob. cit., págs. 213 y ss.

<sup>39</sup> De este modo Sentís Melendo, al estudiar los peligros que pueden presentar los poderes del juez, destaca que "la patología no debe servir nunca de pauta para apreciar la bondad o los defectos de una institución" (*Los poderes del juez (Lo que el juez puede o podrá)*, "Revista Jurídica de Cataluña", 1976, III, p. 690). En este sentido, GUASP afirma que "no se comprende por qué se ha de negar «a priori» la concesión de una facultad que se reputa conveniente por la mera posibilidad -no cabe ni hablar de riesgo- de que se haga de ella un uso inconveniente" (ob. cit., p. 62).

<sup>40</sup> Montero Aroca, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tirant lo Blanch,

- Valencia, 2002, pp. 116 a 124. De igual modo, vid. Alvarado Velloso, A., *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 94 a 118.
- <sup>41</sup> Taruffo, M., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, en “RTDPC”, 2006, 2, p. 454. En la misma línea vid. Comoglio, L.P., *Riforme probassuali e poteri del giudice*, edit. Giappichelli, Torino, 1996, pp. 57 y ss.; y ABEL LLUCH, X., *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ob. cit., p. 164.
- <sup>42</sup> Taruffo, M., *Poteri probatori ...*, ob. cit., p. 454.
- <sup>43</sup> Taruffo, M., *La prova dei fatti giuridici*, edit. Giuffrè, Milano, 1992, pp. 20 a 22.
- <sup>44</sup> Al respecto, me remito a mi estudio *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en “La Ley”, 2003, T. 5, pp. 1769 a 1775.
- <sup>45</sup> Sobre este punto, vid. Taruffo, M., *Poteri probatori ...*, ob. cit., pp. 461 a 467.
- <sup>46</sup> El documento que analizo es el *Preliminary Draft* nº.2, de 17 de marzo de 2000, publicado por el *American Law Institute* (puede consultarse en Internet: [www.ali.org/ali/transrules.htm](http://www.ali.org/ali/transrules.htm)).
- <sup>47</sup> Así, respecto al interrogatorio de testigos y de las partes, la regla 22.3 establece: “A party may call any person whose testimony is relevant and admissible, including that party. *The court may call any person on its own motion under the same conditions*” (la cursiva es mía). Con referencia a la prueba documental, la regla 22.4 indica: “The parties may offer in evidence any relevant document or thing. *The court may order any party or nonparty to present any relevant document or thing in that person’s possession*” (la cursiva es mía). Y finalmente, en materia de prueba pericial, la regla 23.1 establece: “The court may appoint a neutral expert or panel of experts whenever, in the court’s discretion, expert evidence may be helpful in resolving issues in the cases”, y la regla 23.2 indica que: “The court determines the issues that are to be addressed by the expert and such tests, evaluations, or other procedures as are to be employed by the expert. The court may issue orders necessary to facilitate the inquiry and report by the expert and may specify the form in which the expert shall make its report”.
- <sup>48</sup> En esta misma línea, otro texto internacional armonizador del derecho procesal civil es el “Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica” que, elaborado desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, fue aprobado en 1988 tras un largo período de reflexión en el que han intervenido un gran número de procesalistas sudamericanos, españoles e italianos. Este Texto -que ha sido acogido en nuevos Códigos procesales civiles iberoamericanos y ha inspirado múltiples reformas normativas- establece en su art. 33. 4º y 5º: “El Tribunal está facultado: [...] 4º) para ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; 5º) para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito”.
- <sup>49</sup> Taruffo, M., *Poteri probatori ...*, ob. cit., p. 458.
- <sup>50</sup> La iniciativa probatoria del Juez civil y sus límites, en “Revista del Poder Judicial” núm. 51, 1998, pp. 294-295; y El derecho a la prueba en el proceso civil, ob. cit., pp. 267-271.
- <sup>51</sup> Al respecto me remito a mi monografía *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, edit. J.Mº. Bosch editor, Barcelona, 1998, especialmente pp. 24-25, 51 y 104 a 108.
- <sup>52</sup> Este ensayo constituye su conferencia de despedida como profesor de la Universidad de California pronunciada en Berkeley el 27 de mayo de 1952. Junto con otros ensayos del mismo autor se encuentra en la obra *¿Qué es Justicia?*, Edit. Ariel, Barcelona, 1991 (pp. 35 a 63).
- <sup>53</sup> Taruffo, M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè Editore, Milano, 1992, p. 43. De igual modo, vid. Bulygin, E., *Sull’interpretazione giuridica*, en “Analisi e diritto”, 1992, p. 25; y Parra Quijano, J., *Racionalidad e ideologías en las pruebas de oficio*, edit. TEMIS, Bogotá, 2004, pp. 4 a 8.
- <sup>54</sup> Taruffo, M., *La prova ...*, ob. cit., p. 44.
- <sup>55</sup> Comparto las palabras de BARBOSA MOREIRA cuando afirma: “Al juez le corresponde esencialmente juzgar, y toda la actividad procesal está ordenada a proporcionarle los medios necesarios para juzgar bien. Pero juzgar quiere decir aplicar las normas jurídicas pertinentes a los hechos que han originado el litigio. De ahí que al órgano judicial le es tan indispensable el conocimiento de los hechos cuanto el conocimiento de las normas: y constituyendo las pruebas, como nadie ignora, la vía normal de acceso al conocimiento de los hechos, resulta lógico estimar inherente a la tarea del juez la iniciativa probatoria” (*Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*, en “Libro Homenaje al Profesor Jaime Guasp”, Edit. Comares, Granada, 1984, p. 156). De igual modo, Prieto-Castro Y Ferrándiz mantiene que: “El Juez ha de poseer facultades para averiguar la verdad de los hechos [alegados por las partes, añadiría] y confrontar su correspondencia con los supuestos de las normas jurídicas, como también para medir cuándo y en qué amplitud el arbitrio que multitud de normas le conceden ha de ejercerlo. Si, pues, la libertad del juez es coartada, impidiéndole remover aquellos obstáculos y provocándole dificultades en el segundo de esos aspectos, el sistema procesal será imperfecto, teniendo este carácter de imperfección el nuestro, ya que, por ejemplo, en muchos procesos no le permite decidir cuándo es necesaria la prueba” (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 531). Finalmente, en esta línea vid. también Morello, A.M., *La prueba. Tendencias modernas*, ob. cit., pp. 60 a 64.

- <sup>56</sup> En la línea de argumentar el aumento de los poderes de iniciativa probatoria del juez en una mayor efectividad de la tutela jurisdiccional de los derechos litigiosos, esto es, en una mayor eficacia del proceso, se pronuncian diversos autores en la obra *Para un proceso civil eficaz*, coord. Ramos Méndez, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982. Así, vid. Corbal Y Fernández, J.E., *La Administración de Justicia y la eficacia de la Ley de Enjuiciamiento Civil: la primera instancia* (pp. 99-100); Cortés Domínguez, V., *La eficacia del proceso de declaración* (p. 134); y Montero Aroca, J., *Juicio crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Conmemoración no festiva de su centenario)* [p. 169].
- <sup>57</sup> Al respecto, me remito al estudio de Alonso-Cuevillas Sayrol, J., *Las normas jurídicas como objeto de prueba. Tratamiento del derecho extranjero y la costumbre en el proceso civil español*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, especialmente pp. 71 y ss.
- <sup>58</sup> Vid. Picó I Junoy, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, AAVV, T.II, dirigidos por Lorca Navarrete, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 1826 y 2001.
- <sup>59</sup> Para un estudio detenido de estas diligencias finales me remito a los trabajos de Abel Lluch, X., *Las diligencias finales de oficio del art. 435.2 LEC*, en "La Ley", 2003-5, pp. 1735-1741; Martín OSTOS, J., *Las diligencias finales*, en "Revista del Poder Judicial", núm. 67, 2002, pp. 381 a 404; y Pérez Benítez, J.J., *Las diligencias finales: su admisión en todo tipo de procesos*, en "La Ley", núm. 6554, 2006, pp. 1 a 9.
- <sup>60</sup> Sobre este particular, vid. mi trabajo *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil: entre el ser y el deber ser*, ob. cit., pp. 629 a 640.
- <sup>61</sup> *Derecho Jurisdiccional*, T.II, 10ª edic., Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 255.
- <sup>62</sup> Al respecto vid. las notas 372 y 408 a 410.
- <sup>63</sup> Bcog, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 147-9, de 26 de marzo de 1999, p. 260.
- <sup>64</sup> Bcog, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 147-12, de 27 de julio de 1999, pp. 744 y 868.
- <sup>65</sup> Así, vid. Asencio Mellado, J.Mª., *Derecho procesal civil. Primera parte*, 2ª edic., Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 264; Cortés Domínguez, en AAVV., *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Edit. Colex, Madrid, 2000, p. 266; Damián Moreno, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, AAVV, T.II, ob. cit., p. 2160; idem, *Estructura y principios del proceso ordinario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 2000, núm. 2, p. 185-186; De La Oliva Santos, A. (con Díez-Picazo Giménez, I.), *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p. 276; Gimeno Sendra, en AAVV., *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Edit. Colex, Madrid, 2000, p. 27; Montero Aroca, J., en AAVV., *Derecho Jurisdiccional*, T.II (Proceso civil), 9ª edic., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 239, 255 y 272; Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil*, Edit. Aranzadi, Elcano, 2000, pp. 365-366; Villagómez Cebrián, M., *El nuevo marco procesal civil. Los principios de la nueva LEC*, "Tribunales de Justicia", 2000/5, pp. 525-526; Etxeberria Guridi, J.F., ob. cit., pp. 276-277; y ABEL Lluch, X., *Iniciativa probatoria ...*, ob. cit., pp. 149 a 153 y 182.
- <sup>66</sup> Respecto de la doctrina judicial de las Audiencias Provinciales, me remito a las resoluciones recogidas en las obras *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, coord. X. Abel y J. Picó, edit. J. Mª Bosch, Barcelona, 2004, pp. 177 a 183, y en la de Lorca Navarrete, A.Mª., *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia probatoria*, edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2006, pp. 49 a 108.
- <sup>67</sup> Me refiero a mis trabajos *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 207 a 281; y *La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites*, ob. cit., pp. 269 a 302.
- <sup>68</sup> La iniciativa probatoria del juez se restringe al "hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria" y tales hechos vienen delimitados por los escritos iniciales de alegaciones de las partes.
- <sup>69</sup> En este sentido, se exige que el tribunal se ciña "a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos [...]".
- <sup>70</sup> En este orden de ideas, en su momento Montero Aroca afirmó que "si la prueba es la actividad procesal que tiende a convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos aportados en el proceso, *va contra los más elementales principios de la lógica que el juez no puede [...] ni acordar la práctica de los medios probatorios más convincentes para formar su convicción*" [la cursiva es mía] (*Juicio crítico ...*, ob. cit., p. 169).
- <sup>71</sup> Esto es, especialmente, para lo que interesa ahora, la fijación de los hechos controvertidos en orden a la precisa proposición y admisión de las pruebas. Por ello, entiendo con Alonso-Cuevillas que el máximo aprovechamiento de las utilidades probatorias de la audiencia previa "comportaría pues un necesario cambio de hábitos no sólo para los letrados de las partes sino también para los juzgadores" (*La audiencia previa al juicio*, en "Instituciones del nuevo proceso civil.", T.II, coord. J. Alonso-Cuevillas, edit. Difusión Jurídica, Barcelona, 2000, p. 169). Y, en la misma línea, Abel Lluch destaca: "Tengo la convicción que para que la audiencia previa pueda desplegar todas sus potencialidades y las partes vean satisfechas sus expectativas procesales es imprescindible una presencia activa y directiva del juez en dicha fase procesal" (*La audiencia previa: entre el deseo y la realidad*, en "Revista del Poder Judicial", núm. 69, 2003, p. 367).





## DECLARACIÓN DE LA II REUNIÓN DE PRESIDENTES DE LOS PODERES JUDICIALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS (UNASUR)

### DECLARACIÓN DE LIMA

Los presidentes de los Poderes Judiciales de los Estados asistentes a la Segunda Reunión de la Unión Sudamericana de Naciones, reunidos en la ciudad de Lima los días 10, 11 y 12 de abril, e inspirados en los valores y principios que deben de guiar las labores de impartir justicia en nuestra región declaramos:

1. REITERAMOS nuestra convicción en que los diferentes Sistemas de Justicia constituyen medios con central relevancia para lograr la paz social y alcanzar un desarrollo armónico, justo y equitativo en nuestras sociedades, acordes con los retos del presente y dentro del marco democrático que asegure la persecución de estos fines.
2. RECONOCEMOS la necesidad de crear espacios de cooperación y coordinación entre nuestros Poderes Judiciales de tal modo que los problemas que pudiesen surgir para impartir justicia en aquellos casos cuyo desarrollo o ejecución implique actuaciones que van más allá de nuestras fronteras no sean un obstáculo para el fin que perseguimos.
3. CONFIRMAMOS la necesidad de mantener un diálogo fluido y enriquecedor con las diversas redes y actores del sector, y afirmamos nuestra voluntad de que la Reunión de Presidentes de los Poderes Judiciales de los Estados Partes de la Unión de Naciones Suramericanas siga trabajando en un marco de coordinación y cooperación, así como de interlocución y participación de otras instituciones y profesionales.
4. CELEBRAMOS los resultados obtenidos en esta Segunda Reunión, y muy particularmente el acuerdo para la constitución de los Grupos de Trabajo que permitan dar forma a las iniciativas seleccionadas, comprometiéndonos a impulsar los resultados que estos grupos vayan obteniendo.
5. SOLICITAMOS a las autoridades competentes incorporen la intención de mayor profundización en la coordinación e integración de los Sistemas Judiciales en el Tratado Constitutivo de UNASUR.
6. ACORDAMOS realizar una tercera reunión para asegurar el cabal cumplimiento de las tareas que estamos asumiendo, reunión que se realizara en Isla Margarita los días 1, 2 y 3 de octubre del año 2008.

Declaración de la II Reunión de Presidentes de los  
Poderes Judiciales de los Estados miembros de la  
Unión de Naciones Suramericanas

Sr. Dr. Francisco A. Távara Córdova  
Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Perú.

Sra. Dra. Luisa Estella Morales Lamuño  
Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

Sr. Dr. Carl Singh  
Jefe de Justicia de la Suprema Corte de Guyana

Sr. Dr. Héctor Sadoval Parada  
Presidente de la Corte Suprema de Bolivia

Sr. Dr. Humberto Gomes de Barros  
Presidente del Superior Tribunal de Justicia de Brasil

Sr. Dr. José Raúl Torres Kirmser  
Vicepresidente de la Corte Suprema de Paraguay

Sr. Dr. Sergio Muñoz Gajardo  
Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Chile

Sr. Dr. Mauro Terán Cevallos  
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador

Sr. Dr. Eduardo Adolfo López Villegas  
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

Sr. Dr. Oswaldo Salgado Espinoza  
Presidente del Tribunal de Justicia Andino

Lima-Perú, 12 de abril de 2008





Ceremonia de inauguración de la II Reunión de Presidentes de los Poderes Judiciales de los Estados miembros de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)

Lima, 10, 11, y 12 de abril de 2008





## GUIA PARA LA PRESENTACION DE ARTICULOS

### Instrucciones para los autores

Los autores que deseen enviar artículos para su publicación en la “Revista Oficial del Poder Judicial”, deben observar y cumplir en su totalidad las instrucciones que se indican a continuación para su elaboración.

#### A. Requisitos Técnicos:

1. **Soporte:** el artículo se escribe en formato A4, utilizando como márgenes la medida de 3.5 cm., en cada uno de los lados de la página.
2. **Extensión del artículo:** no debe tener más de 20 páginas, incluyendo notas y referencias bibliográficas.

**Fuente:** el texto del escrito se redacta en letra tipo Arial, estilo normal, tamaño de fuente número 12, y espacio y medio de interlineado..

3. **Tablas y cuadros:** ilustraciones y figuras: se insertan en hoja aparte. Se numeran consecutivamente por separado.
4. **Diligenciamiento del escrito:** el autor debe remitir vía correo electrónico el texto del escrito, así como un original impreso. Se recomienda guardar una copia de todo lo que se envíe para su referencia.

Para el caso de autores extranjeros, el diligenciamiento del escrito se hará *exclusivamente* vía correo electrónico.

En ambos casos, en el supuesto que el escrito incorporase gráficos o tablas, éstas se enviarán en programa Excel.

#### B. Preparación del Manuscrito:

1. **Sobre el Autor y afiliación:** se debe escribir el nombre de pila preferido y apellidos del autor o autores, en caso la autoría corresponda a varias personas.

Al final del apellido del autor, se debe efectuar una llamada por medio de un asterisco, a fin de indicar a pie de página las referencias profesionales y académicas más importantes, las mismas que deben ser breves.

#### Ejemplo:

Ana Salas Salas\*

---

(\*) Magistrada de la Corte Superior de Justicia de Junín – Poder Judicial de Perú.

2. **Sumario:** se debe insertar el sumario que contiene la anotación de los apartados generales o capítulos del texto.  
**Resumen:** no debe ser mayor de 150 palabras (10 líneas) en idioma español. Se debe presentar, igualmente, un resumen equivalente en inglés. De no ser posible su realización, los editores se encargará de efectuarlo.
3. **Texto del artículo:** se recomienda la secuencia tradicional de introducción, apartados o capítulos, agradecimientos, referencias bibliográficas, cuadros, tablas o figuras las que deben ser citados en orden a su aparición en el texto, numerándolos de manera secuencial. Las palabras en otros idiomas incorporadas al texto se escribirán en cursiva.
4. **Referencias Bibliográficas:** las referencias se enumeran de manera correlativa según el orden en el que aparecen por primera vez en el texto. Las referencias se identifican mediante números arábigos entre paréntesis.  
Al final del texto del artículo se deben insertar las citas bibliográficas, siguiendo la forma y los signos de puntuación que se indican.

Ejemplo de cita bibliográfica de libro:

Autor/es. Título del libro. Edición. Lugar de publicación: Editorial, año.

**Duverger M. Métodos de las Ciencias Sociales. 12<sup>a</sup> ed. Barcelona: Ariel, 1981.**

- La mención a la edición de la obra, solo se efectúa a partir de la segunda.
- Aquélla se anota en números arábigos y abreviatura.
- Si la obra estuviese compuesta por más de un volumen, corresponde citarla a continuación del título del libro (Ej.: título de libro, Vol. 3)
- Tratándose de varios autores, éstos se consignan seguidos de una coma.

Ejemplo de cita bibliográfica de un artículo de revista:

Autor/es. Título del artículo. Nombre de la Revista. año; volumen (número); página inicial-final del artículo

**Azabache Caracciolo C. Notas sobre la reforma de la justicia penal en el Perú. Ius et Veritas. 2002; XII (24): 276-287.**

### **C. Remisión del trabajo a la Revista y política editorial:**

1. Conjuntamente con el impreso del escrito, se debe adjuntar una hoja que contenga los siguientes datos: domicilio, teléfono, dirección electrónica y horarios en el que se pueda localizar al autor para cualquier aclaración.
2. El Consejo Editorial se reserva el derecho de hacer la corrección de estilo y cambios editoriales que considere necesarios para efectos de la presentación de la revista en general.

### **D. Plazos de entrega de artículos:**

Cualquier comunicación para envío de los escritos o consultas, comunicarse a las direcciones siguientes:

#### **Centro de Investigaciones Judiciales**

Palacio Nacional de Justicia

Av. Paseo de la República s/n, 2do. Piso.

Teléfono - fax: 410 1010

Anexos: 11571, 11575.

Correos electrónicos:

[cij@pj.gob.pe](mailto:cij@pj.gob.pe)

[hdominguez@pj.gob.pe](mailto:hdominguez@pj.gob.pe)

[mbustamante@pj.gob.pe](mailto:mbustamante@pj.gob.pe)

Esta Guía Abreviada ha sido elaborada teniendo en cuenta los lineamientos del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONCYTEC) y las “Normas de Vancouver”.