

# TTC

## EL DEBIDO PROCESO

Estudios sobre derechos  
y garantías procesales

Coordinador: Juan Manuel Sosa Sacio

TTC  
GACETA  
constitucional





# TC

## EL DEBIDO PROCESO

Estudios sobre derechos  
y garantías procesales

Coordinador: Juan Manuel Sosa Sacio

**GACETA**  
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ 710-8900 • TELEFAX: (01) 241-2323

[www.gacetaconstitucional.com.pe](http://www.gacetaconstitucional.com.pe)

**EL DEBIDO PROCESO**  
**Estudios sobre derechos**  
**y garantías procesales**

PRIMERA EDICIÓN  
DICIEMBRE 2010  
3,150 ejemplares

© *Gaceta Jurídica S.A.*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN  
TOTAL O PARCIAL  
DERECHOS RESERVADOS  
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA  
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ  
2010-16912  
LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED  
ISBN: 978-612-4081-37-8  
REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL  
31501221001181

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA  
Karinna Aguilar Zegarra  
DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES  
Erika L. Cuadros Grados

**GACETA JURÍDICA S.A.**

ANGAMOS OESTE 526-MIRAFLORES

LIMA 18-PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900

FAX: 241-2323


E-mail: [ventas@gacetajuridica.com.pe](mailto:ventas@gacetajuridica.com.pe)

Impreso en:  
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.  
San Alberto 201-Surquillo  
Lima 34-Perú

**AUTORES**

LUIS CASTILLO CÓRDOVA  
MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN  
LUIS ANDRÉS ROEL ALVA  
ABRAHAM GARCÍA CHÁVARRI  
CÉSAR NAKASAKI SERVIGÓN  
HESBERT BENAVENTE CHORRES  
LUIS GENARO ALFARO VALVERDE  
LUIS MIGUEL REYNA ALFARO  
CARLOS VILLAROEEL QUINDE  
PEDRO GRÁNDEZ CASTRO  
EUGENIA ARIANO DEHO  
KARLA VILELA CARBAJAL  
JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ  
INGRID DIAZ CASTILLO  
CHRISTIAN DONAYRE MONTESINOS  
HEBER JOEL CAMPOS BERNAL  
MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ  
**COORDINADOR**  
JUAN MANUEL SOSA SACIO

---



## **P** RESENTACIÓN

### **I.**

El debido proceso es una institución importante, pero a la vez muy compleja. Sobre ella, tal vez en lo único que todos podríamos estar de acuerdo es que se trata de una garantía importante que impide la arbitrariedad en todo espacio en el que se decidan derechos o intereses jurídicamente relevantes. Adicionalmente, podríamos ponernos de acuerdo en algunos de sus contenidos básicos (distinguiendo el proceso del que se trate), pero es difícil ir mucho más allá.

En efecto, otros asuntos son más bien polémicos, como por ejemplo, dilucidar a qué tipo de procesos o procedimientos alcanza (y como incide en estos), cuándo estamos ante un problema procedimental sin relevancia iusfundamental, o hasta dónde es posible analizar el contenido de una decisión en nombre del debido proceso (y si este análisis puede realizarse atendiendo a criterios materiales de justicia).

Pese a estas cuestiones no resueltas, lo cierto es que en la práctica cotidiana los operadores del sistema de justicia –jueces, justiciables y abogados– exigimos que en los procesos se observen las garantías y derechos que están constitucionalmente garantizadas. A estos efectos, sin terminar de discutir sobre sus contenidos y alcances últimos, convenimos en que algunos derechos, garantías o principios del debido proceso son imprescindibles para que un proceso sea considerado justo.

Teniendo en cuenta ello, a efectos de esta obra, optamos por (1) solo desarrollar aquellas instituciones representativas del debido proceso, por ser manifiestamente

importantes y urgentes; así como (2) concentrarnos en aquellos ámbitos vinculados en especial a los procesos judiciales (si bien estos pueden ser aplicados *mutatis mutandis* a los procesos asociativo-privado, administrativo, parlamentario, arbitral, etc.). Este contenido, qué duda cabe, merecía análisis inteligentes, críticos y bien informados, abordados por especialistas de diversas ramas del Derecho, en especial del Derecho Procesal Civil, del Derecho Penal y Procesal Penal, y del Derecho Constitucional. Consideramos que todo lo que nos propusimos ha quedado reflejado en esta obra.

## II.

Al debido proceso o proceso justo se le considera, a la vez, como un derecho, principio y garantía constitucional. La justicia, por su parte, es reconocida como un valor superior del ordenamiento. Sin embargo, pese a la relevancia de ambas, tanto la idea de justicia o de lo justo, como de aquello que sería “debido” en un proceso, son manifiestamente indeterminadas. Como corresponde en estos casos, lo que compete a los jueces y la comunidad académica es dotar responsablemente de contenido a estas nociones, conforme a las exigencias del Estado Constitucional. Por esto mismo, paulatinamente nos venimos apartando de concepciones formales de justicia y validez del proceso hacia concepciones materiales o sustantivas (lo que también ha sucedido con respecto de la ley, cuya validez debe ser apreciada hoy en sentido material y no solo formal).

Así visto, no es polémico que el proceso tenga un contenido sustantivo que deba ser siempre garantizado. Más bien, la duda que subsiste pasa por determinar quién decide finalmente que un contenido jurisdiccional es correcto en términos sustantivos, en otras palabras, si queda en manos de los jueces ordinarios (del Poder Judicial) evaluar la justicia de las decisiones jurisdiccionales o, por otra parte, hasta dónde pueden entrar a revisar el contenido de lo resuelto los jueces constitucionales (y más aún el Tribunal Constitucional). Asimismo, podemos preguntarnos también si en nombre de la justicia material el Tribunal Constitucional puede crear procedimientos (y Derecho Procesal).

Más allá de ello, que ya es complejo, aún quedan varios temas pendientes por explorar y discutir, pues –seguramente por nuestra formación forense– solíamos enfocar el debido proceso judicial desde una perspectiva técnica e institucional.

Así, debemos tener en cuenta que desde una perspectiva enriquecida sobre lo justo en los procesos judiciales no podemos dejar de referirnos, por ejemplo,

a la relación entre exclusión, pobreza y acceso a la justicia (es decir, que quienes se encuentran en esa situación puedan acceder a los procesos y obtener resultados justos), a la ética judicial (asunto a veces presentado como metajurídico y etéreo), a tópicos vinculados propiamente a la justicia material y a la función de conducción e integración que corresponde a la jurisdicción (muchas veces perdida de vista, pero que legitima construcciones importantes como el derecho a la verdad o la imprescriptibilidad de ciertos delitos atroces), o a la crítica de las resoluciones judiciales (asunto que no ha sido relevado suficientemente; a modo de ejemplo, nótese que en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional ha sancionado duramente expresiones críticas pero no ofensivas de los litigantes, pero en otros casos –bajo la apariencia de “críticas”– se ha realizado auténticos llamados a desacatar al Tribunal por parte de la prensa, los políticos y hasta las máximas autoridades de los poderes públicos).

De esta forma, es necesario mencionar que cuando decimos “debido proceso” o “proceso justo” normalmente nos referimos a una parte de este, vinculada con nuestra práctica forense cotidiana, pero su potencial sin duda es más complejo y cuenta con un contenido que, si bien tiene relación con el ejercicio de la abogacía, evoca una administración real de la justicia, es decir, una materialmente ajustada a las exigencias más elevadas y más urgentes del constitucionalismo actual.

### III.

Finalmente, debemos reconocer que esta obra constituye un auténtico hito, pues es la primera vez que se analiza al detalle los principales derechos, garantías y principios que forman parte del debido proceso. Si bien, en el medio existen importantes trabajos orientados a ello, estos sobre todo se refieren a manifestaciones concretas de este derecho o son análisis de casos concretos. No es el caso de este volumen, que ofrece estudios generales y amplios sobre las instituciones que integran el debido proceso, los que sin duda se constituirán pronto en referentes académicos, y a la vez servirán como insumo práctico para el adecuado ejercicio de la profesión. Así visto, no cabe duda que esta obra concitará el interés de nuestros lectores y contará con su beneplácito.

Siendo tal el aporte de la obra, queda claro que lo valioso en ella es atribuible a cada uno de los autores que amablemente –pero sobre todo de forma desinteresada y decidida– aceptaron participar. En efecto, soy testigo del esfuerzo y el compromiso de cada autor con este proyecto, así como del incansable entusiasmo en varios de ellos, aliciente que les permitió terminar sus colaboraciones

a pesar de las múltiples complicaciones que se les presentaron. Mi gratitud va hacia todos y cada uno de ellos. Espero que cuando tengan la obra entre manos, tal como sucede conmigo en este instante, consideren que su esfuerzo ha valido la pena y que sus expectativas han quedado satisfechas.

**Juan Manuel Sosa Sacio**

Coordinador





# El significado iusfundamental del debido proceso

*Luis Castillo Córdova\**

**SUMARIO:** Introducción. **I.** El debido proceso como derecho humano. **II.** La constitucionalización del derecho humano al proceso debido. **III.** La constitucionalización del derecho al debido proceso en la Constitución peruana. Conclusiones

## Introducción

A lo largo de estas páginas se intentará abordar el significado iusfundamental del debido proceso o proceso justo. Se trata, por lo tanto, de plantear una serie de cuestiones tanto en el plano filosófico, como en el plano del Derecho positivo. Del primero, especialmente se destaca la elaboración del sustento del debido proceso desde la persona como fin. Esto significará hallar una justificación al debido proceso para ser considerado como derecho humano. A partir de un sustento de esta naturaleza será posible concluir una serie de exigencias que el legislador positivo –por ejemplo, el constituyente– ha de respetar para atribuir validez jurídica a sus decisiones. Del segundo de los planos, se formularán cuestiones desde el ordenamiento constitucional peruano, tanto desde lo expresamente positivizado, como desde las interpretaciones que de las disposiciones constitucionales haya formulado el Tribunal Constitucional peruano. De esta manera se pretende tener un panorama lo más acabado posible de la justificación y del significado y alcance del derecho fundamental al debido proceso. En

---

\* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura.

definitiva, la base dogmática iusfundamental que se intentará elaborar a lo largo de estas páginas pretende dar justificación suprapositiva y positiva a las decisiones que los operadores jurídicos deban formular en la resolución de las distintas controversias en las que se invoque el debido proceso como categoría jurídica.

## **I. El debido proceso como derecho humano**

### **1. Los derechos humanos como bienes humanos**

Las exigencias de justicia solo pueden ser formuladas y respondidas desde la persona. Ella, como fuente de juridicidad y como destino último de lo justo, se convierte, necesariamente, en inicio y fin del Derecho. Por esta razón está plenamente legitimado abordar, como primera cuestión, la justificación del debido proceso desde la persona o, dicho de otra manera, la justificación del debido proceso como derecho humano. El significado del binomio persona-Derecho o lo que es lo mismo Naturaleza (esencia) humana-justicia, permite definir los derechos humanos como el conjunto de bienes humanos debidos a la persona, y cuyo otorgamiento, consecución o aseguramiento le permitirá alcanzar grados de perfeccionamiento<sup>1</sup> en ese su intento de alcanzar la más plena realización posible. Ese conjunto de bienes humanos responden a exigencias y necesidades humanas consideradas esenciales en la medida que brotan de la esencia (naturaleza) humana, es decir, del modo de ser humano. Consecuentemente, si el debido proceso es un derecho humano, deberá ser posible justificar, además suficiente y correctamente, con base en argumentos fuertes, la existencia de un bien humano que responde a una exigencia o necesidad humana. ¿Es esto posible? La respuesta ha de ser tenida por positiva por las razones que a continuación se pasan a presentar.

La persona es un absoluto en la medida que es fin en sí misma y no en relación a nada externo a ella. Todo lo demás, el Estado, la sociedad, la economía, etc., cumple la función de medio a servicio del fin que es la persona. Es en esto que consiste su valor como persona, es decir, su dignidad. En la Constitución peruana se ha recogido este valor en su artículo 1, en el que, en buena cuenta, se ha recogido la norma por la cual está mandado colocar a la persona como fin y al Estado y la sociedad como medios para la consecución de ese fin. Se agrade este valor o dignidad de la persona cuando se le trata como un medio y, por lo

---

1 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho". En: Juan Manuel Sosa Sacio (coordinador). *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 31 y ss.

tanto, se la utiliza para favorecer la consecución de una finalidad diferente a ella misma<sup>2</sup>. Afirmar que la persona es el fin, significa que lograr su plena realización como persona es el fin; y esto significará, a su vez, que ella está llamada a lograr el mayor grado de perfeccionamiento posible. Esto último se logra a través de la adquisición o aseguramiento de bienes humanos (en la medida que el bien es aquello que perfecciona al ser), es decir, a través del respeto y vigencia plena de sus derechos humanos o fundamentales, definidos como se hizo antes, como *bienes humanos debidos a la persona*.

## **2. La solución justa de las controversias como exigencia humana**

Este valor como absoluto que se ha de atribuir a la persona, lleva ínsita una exigencia, cuyo reconocimiento parte de la consideración de que los conflictos de intereses o pretensiones entre las personas es un hecho natural. Estas confrontaciones necesitan ser resueltas, precisamente para favorecer la convivencia social que es un elemento constitutivo de la naturaleza humana. El favorecimiento de esta convivencia no se obtiene a partir de cualquier tipo de solución de las controversias, sino solo a partir de una que pueda ser calificada como justa. Asimismo, una solución de este tipo significará que se está dando a cada quien lo que le corresponde, lo que necesariamente supondrá dar y respetar a la persona su consideración de fin en sí misma, es decir, su consideración de ser digno. La solución injusta no favorece la convivencia humana (en cuyo marco la persona ha de intentar conseguir su más pleno desarrollo y realización personal), y es en sí misma indigna en tanto que la persona ha dejado de ser la consideración última del procesamiento para pasar a serlo un interés distinto (de naturaleza económica, política, social, etc.). Esta es, pues, una exigencia que brota directa y fuertemente de la naturaleza humana y que requiere ser satisfecha como condición para lograr el mayor grado de realización posible de la persona que es, como se ha visto antes, el significado de su consideración como absoluto.

## **3. El proceso debido o proceso justo como bien humano**

Una vez justificada la necesidad esencial (que brota de su esencia) de la persona de que los conflictos en la que ella sea parte se resuelvan y se resuelvan a través de una solución justa, corresponde preguntarse por el bien humano que

---

2 En este sentido BLECKMAN, Albert. *Staatsrecht II—Die grundrechte*. 4 Auflage, Karl Heymanns, Berlín, 1997, Rn 1, p. 539. En palabras del Tribunal Constitucional alemán, se “lesiona la dignidad humana reducirlo [al ser humano] a mero objeto del Estado”. BverfGE 50, 166 (175).

ha de satisfacerla. La obtención de una solución justa requiere la concurrencia al menos de los dos siguientes elementos. Primero, que la solución venga justificada en la razón de las cosas y no en la fuerza. La fuerza no necesariamente conlleva soluciones injustas, pero las posibilita en una muy alta probabilidad lo que exige descartarla como mecanismo de solución. Segundo, que la solución venga a ser resultado de un proceso en el cual se presenten una serie de elementos que en la mayor medida de lo posible aseguren racionalmente que la decisión a la que se llegue será justa. Estos elementos bien pueden ser llamados garantías, en la medida que están destinados a asegurar –en la mayor medida de lo posible– la obtención de una decisión justa. Estos dos elementos conforman el bien humano que satisface la exigencia humana de resolver a través de una solución justa las distintas controversias o conflictos que puedan protagonizar las personas. Y al ser estos dos sus elementos conformantes, bien puede ser llamado el bien humano como *proceso justo* y, en la medida que lo justo es lo debido, también puede ser llamado como *proceso debido*.

Cuando acontezcan conflictos o controversias e intereses entre las personas, resolverlos a través de la razón y con base en una serie de garantías que en la mayor medida de lo posible favorezcan la decisión justa, supondrá para la persona un grado de perfeccionamiento o realización en ese intento de que sea pleno, el cual viene exigido por la consideración como fin de la persona. Esto es lo que le corresponde a la persona por ser tal, de modo que esto es lo debido para con ella. Si es lo debido entonces entregárselo será lo justo, y si es lo justo, será Derecho. De esta manera, es posible formular desde la persona misma el derecho humano al proceso debido o proceso justo, como una exigencia de justicia que brota de la persona misma.

## **II. La constitucionalización del derecho humano al proceso debido**

---

Si bien es verdad que el derecho humano al debido proceso o al proceso justo –como en general todas las exigencias naturales de justicia humana que significan los derechos humanos– tiene existencia jurídica desde la persona y, por lo tanto, al margen de su reconocimiento en la norma positiva, también es verdad que su reconocimiento en una Constitución se muestra como una herramienta eficaz para lograr una mayor efectividad jurídica en la realidad. La constitucionalización de los derechos humanos permite hablar de derechos fundamentales. El constituyente a la hora que positiviza una exigencia natural de justicia, solo está reconociendo tal exigencia de justicia, sin tener causa en su existencia jurídica. La justicia de la decisión del constituyente depende de que

la positivización se ajuste y no contradiga a la mencionada exigencia natural de justicia<sup>3</sup>.

Normalmente el constituyente positiviza una exigencia natural de justicia, es decir, reconoce los derechos humanos a través de fórmulas abiertas y generales que se limitan a mencionar el nombre del bien humano que está detrás del derecho humano constitucionalizado como derecho fundamental<sup>4</sup>. Así, por ejemplo, se ha constitucionalizado el derecho a la vida, o el derecho a la libertad de información o el derecho a la intimidad, por solo mencionar algunos, simplemente haciendo referencia al nombre del bien humano que subyace a cada uno de estos derechos, pero sin añadir ninguna precisión o concreción acerca del significado o alcance del bien humano constitucionalizado. Cuando esto ocurre, el contenido constitucional coincide con el contenido esencial del derecho fundamental, es decir, con el contenido que define su naturaleza jurídica, dicho con otras palabras, el contenido que brota de la esencia del derecho y hace que este sea ese derecho y no otro diferente. En estos casos el constituyente ha constitucionalizado la esencia del derecho fundamental. Sin embargo, existen algunos casos en los que el constituyente, además de constitucionalizar la esencia del derecho fundamental recogiendo el nombre del bien humano que subyace al derecho fundamental, recoge algunas concreciones de este.

Las concreciones que realice el constituyente sobre el significado o alcance del bien humano que está detrás del derecho humano que constitucionaliza, pueden ser de tres tipos. Uno es que la concreción sea manifestación del contenido esencial del derecho fundamental reconocido. Será este el caso cuando el contenido de la concreción se ha formulado en unos términos que la hacen reconducible al contenido esencial del derecho fundamental. En estos casos, el contenido constitucional del derecho fundamental seguirá siendo contenido esencial del derecho mismo. Es el caso, por ejemplo, del derecho fundamental a ser puesto a disposición judicial en un plazo razonable (o estrictamente necesario)<sup>5</sup> constitucionalizado en el artículo 2.24.f, el cual ha sido concretado por el constituyente a la hora que ha previsto expresamente un plazo máximo (de 24 horas, o de 15 días naturales).

---

3 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo". En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Número 14, 2010, en prensa.

4 En palabras del Tribunal Constitucional peruano, "un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección". Exp. N° 1417-2005-AA/TC, f. j. 10.

5 Sobre esta concreción constitucional se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia al Exp. N° 06423-2007-PHC/TC.

El segundo modo posible, al menos teóricamente, en que puede aparecer la concreción que realice el constituyente del bien humano que está detrás del derecho humano que constitucionaliza, es que el contenido de la concreción contradiga la esencia del derecho fundamental, en este caso nos hallaremos ante una concreción formalmente constitucional y materialmente inconstitucional por agredir la constitucionalizada esencia del derecho fundamental<sup>6</sup>. Puede ser el artículo 18 de la Constitución chilena en cuyo inciso 12 disponía que “La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”<sup>7</sup>. La constitucionalización de la censura (previa) como una concreción del contenido de la libertad de expresión contradecía las exigencias esenciales del bien humano que subyace al derecho fundamental a la libertad de expresión, por lo que en estricto configuró contenido formalmente constitucional por estar recogido en el texto de la Constitución, materialmente inconstitucional por ir en contra de la esencia de la exigencia natural de justicia humana<sup>8</sup>.

Y el tercer modo posible de concreción es que esta se formule en unos términos tales que sin contradecir la esencia del derecho se aleja manifiestamente de ella, en este caso nos hallaremos ante una concreción formalmente constitucional y materialmente infraconstitucional del contenido esencial de un derecho fundamental. Es el caso de la disposición recogida en el artículo 2.22 de la Constitución peruana en la que el derecho al disfrute del tiempo libre no parece tener la entidad fundamental para ser concreción del contenido esencial de ningún derecho fundamental, aún asumiendo que el derecho al descanso es un derecho fundamental autónomo predicable de toda persona al margen de una relación laboral, y no una concreción del derecho al trabajo<sup>9</sup>.

Una vez constitucionalizada esta exigencia natural de justicia humana, debe ser necesariamente interpretada para ser aplicada a los casos concretos y construir con base en ella una decisión determinada. Si bien todos podemos

6 BACHOF, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Palestra, Lima, 2008, pp. 65-70.

7 Modificada por Ley de reforma constitucional N° 19742 del 25 de agosto de 2001, en los términos siguientes: “La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”.

8 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, (*Fondo, Reparaciones y Costas*), encontró que Chile había vulnerado –entre otros– el artículo 13 de la Convención americana de derechos humanos (en el que se recoge las libertades de pensamiento y expresión), por lo que “decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” (punto 4 resolutivo).

9 El descanso como derecho fundamental solo tiene relevancia constitucional en la medida que se predica del trabajador en el seno de una relación de trabajo, pero deja de tener esta relevancia a la hora que se le predica de todas las personas como derecho fundamental. Es en el marco de una relación laboral que ha sido recogido este derecho en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 24), y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7.d).

interpretar la Constitución en la medida que todos entendemos el mensaje que guarda una disposición a través de un enunciado racional, también es verdad que solo interesará la interpretación que de manera vinculante realicen determinados operadores jurídicos. De entre todos ellos, necesariamente existe un Supremo Intérprete que será el Tribunal Constitucional para los ordenamientos jurídicos que lo contemplan, o la Corte Suprema para los que no. En la medida que la interpretación que el Tribunal Constitucional formula de la Constitución es una concreción del derecho fundamental ahí recogido, y que la interpretación la formula como máximo intérprete, esa interpretación no tiene otra forma de ser más que de rango constitucional.

Esta situación genera, necesariamente, las siguientes consecuencias. Primera, que el Tribunal Constitucional ha de ser tenido como fuente de Derecho Constitucional: crea Derecho Constitucional a través de las interpretaciones constitucionales. Segunda, que en la medida que se trata de concreciones que formula el Supremo Intérprete, ellas siempre serán constitucionales al menos desde un plano formal, porque sus concreciones tendrán siempre el rango de la disposición concretada que es la Constitución. Tercera, materialmente las concreciones de la Constitución pueden ser inconstitucionales (es el caso cuando el Tribunal Constitucional concreta una disposición desnaturalizándola en su esencia, y si es una disposición iusfundamental, la concreta contradiciendo su contenido esencial) o pueden ser infraconstitucionales (es el caso cuando el Tribunal Constitucional concreta una disposición constitucional derivando de ella un contenido que se aleja manifiestamente de la esencia del derecho o institución jurídica constitucionalizada).

De cualquier forma, en la medida que el Tribunal Constitucional es fuente de Derecho Constitucional, no es posible hacer Derecho Constitucional al margen de las resoluciones del Supremo Intérprete de la Constitución. Conviene estudiar el significado y alcance de la positivización del Derecho al debido proceso en la Constitución peruana, y para ello se acudirá tanto a las distintas disposiciones constitucionales relacionadas con el debido proceso, así como a la distinta jurisprudencia que sobre este derecho ha manifestado el Tribunal Constitucional, como a continuación se pasa a estudiar.

### **III. La constitucionalización del derecho al debido proceso en la Constitución peruana**

---

#### **1. Una cuestión terminológica: la idoneidad de la expresión debido proceso**

El primer problema que en relación a la constitucionalización del bien humano proceso debido o proceso justo en el caso peruano, tiene que ver con la

denominación del derecho fundamental. En el artículo 139.3 de la Constitución se ha establecido como un derecho relacionado con el ejercicio de la función jurisdiccional, “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”. Sobre esta ha dicho el Tribunal Constitucional que “supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia”<sup>10</sup>; mientras que sobre aquel ha manifestado que “significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos”<sup>11</sup>.

De estas declaraciones del Supremo Intérprete de la Constitución es posible concluir que la tutela jurisdiccional y el debido proceso como derechos fundamentales se configurarían en etapas distintas del procesamiento. La primera está destinada a asegurar el inicio y fin del procesamiento, a través del acceso a la justicia y la ejecución de la decisión; mientras que el segundo está llamado a proteger el desarrollo del procesamiento mismo. De esta forma, el proceso como mecanismo de solución de conflictos entre las personas tendría tres etapas. La primera sería el acceso al procesamiento, típicamente el derecho de acceso a la justicia; la segunda sería el procesamiento en sí mismo considerado, que iría desde la etapa procesal inmediatamente siguiente al acceso y terminaría con la dación de la sentencia o decisión definitiva; mientras que la tercera y última etapa sería el aseguramiento del cumplimiento de la decisión obtenida a través del aseguramiento de su ejecución.

Este modo de ver las cosas por parte del Tribunal Constitucional pone de manifiesto un concepto determinado de proceso: un concepto estrecho de proceso, pues sería tal el procesamiento en estricto, sin considerar como parte de este el inicio (o acceso) al proceso, ni la ejecución de la decisión con la que concluye el procesamiento. El acceso y la ejecución no conformarían parte del proceso, sino de la tutela procesal efectiva. Sin embargo, a este modo estrecho de entender lo que es el proceso, puede oponérsele un modo amplio, a través del cual este no estaría constituido solo por el procesamiento en sí mismo considerado, sino también por el inicio del proceso y por la ejecución de lo decidido.

Las cosas parecen ensombrecerse más cuando se repara que el desarrollo legislativo contenido en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, utiliza la expresión tutela procesal efectiva para hacerla comprensiva del derecho de acceso a la justicia y del debido proceso. Con lo dispuesto por el legislador surgen interrogantes como si hay que diferenciar entre tutela judicial efectiva y

---

10 STC Exp. N° 09727-2005-PHC/TC, del 6 de octubre de 2006, f. j. 7.

11 Ídem.



tutela procesal efectiva; o como si la tutela procesal efectiva no alcanzase para abarcar la ejecución de la decisión obtenida en un procesamiento. Y es que podría decirse que mientras la tutela jurisdiccional efectiva no abarca al debido proceso, la tutela procesal efectiva sí lo hace lo que exigiría su diferenciación. Además, podría justificarse que formaría parte de la tutela procesal efectiva la ejecución de las decisiones en la medida que los componentes expresados en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional es solo enunciativo. Así el legislador parecería compartir el significado estrecho y no amplio que de proceso ha manifestado el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, a la constitucional fórmula lingüística que recoge por separado el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, sería posible asignarle un significado interpretativo diferente y con una pretensión mayor de corrección constitucional que al asignado por el Tribunal Constitucional. Este significado se formularía en torno a una definición amplia de proceso y, por lo tanto, comprensiva no solo del procesamiento en sí, sino también del derecho de acceso a la justicia (que posibilita el procesamiento), y a ejecutar las resoluciones judiciales (que es el fin del procesamiento). No parece ser razonable circunscribir el alcance del derecho fundamental al debido proceso (animado por el bien humano líneas atrás referido) solo al desenvolvimiento de las distintas etapas que lo componen, omitiendo su acto de inicio y de finalización, es decir, la activación del proceso a través de la facultad de acceder a la justicia; y el cierre el cual no solo ocurre con la formulación de la decisión justa, sino con su efectivo cumplimiento.

De esta manera, cuando el constituyente hace referencia como derecho relacionado a la función jurisdiccional, tanto al debido proceso como a la tutela jurisdiccional efectiva, está aludiendo a aspectos distintos y complementarios de una misma realidad: el proceso entendido en sentido amplio. Con la expresión “debido proceso” estaría refiriéndose a la dimensión dinámica y subjetiva del proceso, mientras que con la expresión tutela procesal efectiva aludiría a la dimensión estática y objetiva del mismo. Por eso es que se acierta cuando se afirma que “entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia solo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación”<sup>12</sup>.

---

12 MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría general del proceso*. Palestra, Lima, 2007, pp. 459-460.

Consecuentemente, si con una u otra expresión se está haciendo referencia a una misma realidad, entonces, está permitido emplear una u otra de modo indistinto a la hora de hacer referencia al bien humano que subyace y da sentido a este derecho fundamental constitucionalizado, tanto en su dimensión dinámica como en la estática. En lo que sigue se utilizará la expresión debido proceso por las siguientes razones: la primera y principal porque es el nombre que mejor encaja con el bien humano que representa este derecho: solo a través del procedimiento justo que es el proceso debido, será posible satisfacer la exigencia humana esencial de obtener una decisión justa (debida) en un determinado procesamiento. Y una segunda y complementaria, porque es la expresión clásica y mayoritariamente aceptada en la doctrina procesal para hacer referencia a este derecho fundamental.

## **2. La formulación general del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al debido proceso**

Resuelta la cuestión terminológica a emplear en este trabajo, corresponde pasar a analizar el contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso recogido (en su dimensión dinámica y estática), en el artículo 139.3 de la Constitución. Para ello ayudará de modo relevante tomar en consideración el bien humano que está detrás de este derecho fundamental y, en particular, los dos elementos que definen su significado y alcance que, como se recordará son, primero, que los conflictos no pueden ser resueltos a través de la fuerza, sino a través de la razón que está ínsita en el Derecho; y segundo el proceso racional que sustituye a la fuerza, debe configurarse de modo tal que en la mayor medida de lo posible permita el arribo a una solución justa de las controversias. Del primero es posible concluir como contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso la facultad de acceder a la justicia institucionalizada en un Estado; mientras que del segundo es posible concluir como contenido esencial del derecho fundamental, tanto el conjunto de elementos que aseguren en la mayor medida de lo posible la justicia de la solución (tales elementos reciben el nombre de garantías), como la exigencia de ejecutoriedad de la solución justa así hallada, debido a que la finalidad del proceso no es la solución por la solución, sino la solución en cuanto superación de una controversia o litigio.

Con base, pues, en el criterio de interpretación teleológico, que obliga a mirar el fin del derecho fundamental que se intenta interpretar, que para el caso del debido proceso es la consecución del bien humano que está detrás de su constitucionalización, se puede concluir de manera general que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso recogido en el artículo

139.3 de la Constitución, primero, la facultad de acceder a los órganos de administración de justicia; segundo, el conjunto de garantías del proceso que promueven llegar a una solución justa; y tercero, la ejecución de la sentencia justa.

### **3. Las concreciones que del contenido esencial ha positivado el constituyente peruano**

Siendo esta la formulación general del contenido esencial del debido proceso, es posible comprobar que el constituyente no solo ha constitucionalizado el marco genérico del contenido esencial del debido proceso en el artículo 139.3 CP, sino que también ha constitucionalizado expresamente concreciones del mismo a modo de garantías destinadas a asegurar en la mayor medida de lo posible la obtención de una decisión justa. Lo ha hecho en el mismo artículo 139 destinado a recoger los principios y derechos de la función jurisdiccional; y lo ha hecho también en el artículo 2.24 CP.

En lo que respecta a la primera de las mencionadas disposiciones, se ha constitucionalizado la garantía de la exclusividad jurisdiccional que recae en los jueces del Poder Judicial, salvo la jurisdicción militar y arbitral (139.1 CP)<sup>13</sup>; la garantía de ser juzgado por un juez independiente (139.2 CP)<sup>14</sup>; la garantía de la cosa juzgada (139.2 CP)<sup>15</sup>; la garantía de ser juzgado en la jurisdicción y según el procedimiento previamente establecido en la Ley (139.3 CP)<sup>16</sup>; la garantía de la publicidad en los procesos (139.4 CP); la garantía de motivación escrita de las resoluciones judiciales (139.5 CP); la garantía de la pluralidad de instancias (139.6 CP); la garantía de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (139.8 CP); la garantía de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos (139.9 CP); la garantía de no ser penado sin proceso judicial previo (139.10 CP); la garantía de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto temporal de leyes penales (139.11 CP); la garantía de no ser condenado en ausencia (139.12 CP); la garantía de defensa

13 Por lo que –entre otras cosas– queda prohibido el procesamiento judicial por comisión o delegación recogida en el artículo 139.1 CP.

14 Forma parte del contenido constitucional de esta garantía, la prohibición de avocamiento a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, la prohibición de interferir en el ejercicio de las funciones judiciales, la prohibición de cortar procedimientos en trámite o de modificar sentencias o de retardar su ejecución, todas estas prohibiciones contenidas en el artículo 139.2 CP.

15 Forma parte del contenido constitucional de esta garantía la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada recogida en el artículo 139.13 CP.

16 Forma parte del contenido constitucional de esta garantía la prohibición de la desviación de la jurisdicción predeterminada por Ley y la prohibición de ser juzgado por órganos jurisdiccionales de excepción o por comisiones ad hoc, recogida en el artículo 139.3 CP.

en todo proceso (139.14 CP); la garantía de la gratuidad de la administración de justicia (139.16 CP); la garantía de defensa gratuita para persona de escasos recursos y para las que ley señale (139.16 CP); la garantía de que no puede ejercer función judicial aquel que no ha sido nombrado por la forma prevista en la Constitución y la Ley (139.19 CP).

No todos los principios recogidos en el artículo 139 CP son constitucionalización del contenido esencial del debido proceso. No lo es la indemnización por errores judiciales (139.7 CP); la participación popular en el nombramiento de jueces (139.17 CP); la obligación del Poder Ejecutivo de prestar colaboración en los procesos que lo requiera (139.18 CP); el principio de formular análisis de resoluciones judiciales (139.20 CP); el derecho de los reclusos a contar con establecimientos adecuados (139.21 CP); y el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (139.22 CP). Y no lo son porque no tienen una directa relación con el bien humano *proceso debido* o *proceso justo*, en tanto que no atañen directamente a la satisfacción de la necesidad humana de resolver los conflictos de intereses no a través de la fuerza, sino a través de un procedimiento gobernado por la razón tanto en su inicio, desenvolvimiento como en su culminación. Esto no significa, obviamente, que los mencionados principios o garantías no conformen derechos constitucionales o contenido constitucionalmente exigible, sino que lo único que significa es que no pertenecen al contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso.

En lo que respecta a las garantías del debido proceso constitucionalizadas en el artículo 2.22 CP como parte del debido proceso, se tiene la garantía de no ser condenado a prisión por deudas (inciso c); la garantía de no ser procesado ni condenado ni sancionado por delito que no esté previa y expresamente calificado como tal (inciso d); la garantía de la presunción de inocencia (inciso e); la garantía de detención solo por mandato judicial o por flagrante delito (inciso f); la garantía de ser puesto a disposición judicial en un plazo determinado (inciso f); y la garantía de no ser incomunicado en un proceso penal, salvo sea indispensable para esclarecer un delito, y siempre en la forma y duración razonables (inciso g).

Sin embargo, estas garantías recogidas en el artículo 2.22 de la Constitución, tienen una peculiaridad, que es su íntima relación con el derecho a la libertad personal entendida como un derecho fundamental continente o genérico que garantiza “la libertad personal ante cualquier restricción arbitraria”<sup>17</sup>, es decir, “garantiza que

---

17 STC Exp. N° 2510-2005-HC/TC, del 19 de mayo de 2005, f. j. 4.

no se afecte indebidamente la libertad física de las personas; esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias<sup>18</sup>. La íntima relación proviene del hecho de que normalmente las restricciones a la libertad física (detenciones, internamientos o condenas arbitrarias), son decididas en el seno de un proceso. Por lo que en un concreto caso puede ocurrir que no esté del todo claro cuál es el derecho fundamental (si libertad personal o debido proceso) cuyo contenido esencial o constitucional ha sido actuado (o agredido), de ahí que constitucional y legalmente se haya previsto que el hábeas corpus es el proceso constitucional pertinente para proteger la libertad personal y los derechos fundamentales conexos como el derecho al debido proceso (artículo 200.1 CP; artículo 4 y 25 último párrafo del Código Procesal Constitucional).

Al igual de lo que pasaba en el caso de las garantías constitucionales concretizadas a lo largo del artículo 139 de la Constitución, lo dicho hasta aquí sobre las concreciones recogidas en el artículo 2.22 de la Constitución, no significa que en los demás incisos no mencionados no se esté reconociendo derechos fundamentales o contenidos constitucionales, sino solo que el resto de garantías a las antes mencionadas conformarán parte de otros derechos fundamentales, como el de la libertad personal (inciso a) o de la integridad moral, física y síquica (inciso h), no necesariamente relacionados con un proceso.

Por lo demás, las concreciones constitucionales que ha formulado el constituyente peruano como contenido constitucional del derecho fundamental al debido proceso se condicen plenamente con las exigencias de justicia que brotan de la esencia del bien humano que le subyace, por lo que es posible afirmar que todo el contenido constitucional de este derecho fundamental que ha concretado el constituyente en el texto de la Norma fundamental, es constitucional tanto formal como materialmente. De la misma forma, es posible sostener que todas esas concreciones vienen directamente relacionadas con la mencionada esencia del bien humano constitucionalizado, por lo que tales concreciones en ningún caso pueden ser tenidas como constitucionales infraconstitucionales.

#### **4. Las concreciones que del contenido esencial ha positivado el Tribunal Constitucional peruano**

##### **4.1. Un marco general**

Hasta ahora se ha puesto de manifiesto que el constituyente peruano ha constitucionalizado la esencia del derecho al debido proceso (o tutela procesal

---

18 STC Exp. N° 8815-2005-PHC/TC, del 17 de enero de 2006, f. j. 2.

efectiva) en el artículo 139.3 CP; y que a la vez ha constitucionalizado expresamente una serie de componentes de ese contenido esencial que a modo de garantías se recogen tanto del artículo 139 CP como del artículo 2.22 CP. Como bien se sabe, al Tribunal Constitucional el constituyente peruano le ha comisionado la tarea de velar por el cumplimiento pleno y efectivo de la Constitución, a través del control de la constitucionalidad de los actos públicos y privados (artículo 201 CP). A la vez, le ha reservado una serie de atribuciones como herramientas o mecanismos a través de los cuales llevar a cabo la comisión encargada (202 CP). El número e importancia que supone estas herramientas respecto del otro comisionado del poder constituyente que es los jueces del Poder Judicial, permite concluir pacíficamente que el Tribunal Constitucional es el Supremo controlador de la constitucionalidad.

En la medida que no es posible controlar la constitucionalidad de los actos públicos y privados sin previa interpretación, es constitucionalmente correcto afirmar que al que tenga la posición de Supremo controlador de la constitucionalidad habrá que reconocerle necesariamente la posición de Supremo Intérprete de la Constitución. Como tal, el Tribunal Constitucional ha de ser tenido como fuente de Derecho Constitucional en la medida que, como se justificó anteriormente, las concreciones que de la Constitución formula cuando la interpreta tienen rango constitucional. Por esta razón, no es posible saber el significado constitucional del derecho fundamental al debido proceso si no atendemos a las interpretaciones que de este ha formulado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.

Esto justifica plenamente que el paso siguiente del análisis que aquí se formula consista en acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que contenga las interpretaciones de las distintas disposiciones constitucionales que atañen al derecho fundamental al debido proceso. Desde luego que no se pretenderá una presentación descriptiva acabada de toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ello no podría efectuarse aquí<sup>19</sup>. Solo se acudirá al Supremo Intérprete de la Constitución para dilucidar el alcance de los principales mandatos constitucionales relacionados con el mencionado derecho fundamental, de manera que se ponga de manifiesto las principales líneas dogmáticas que puedan servir al operador jurídico para resolver con justicia las distintas cuestiones relacionadas al derecho humano al debido proceso.

---

19 Que por otro lado, es la finalidad del entero libro conjunto del que este trabajo forma parte.

#### 4.2. El derecho fundamental al debido proceso como un derecho continente

Se ha de empezar constatando que, con base en las disposiciones constitucionales, el Tribunal Constitucional permite plantear una dogmática iusfundamental desde lo justo natural. En efecto, con base en la triada necesidad humana (esencial)-bien humano (esencial)-derecho humano (esencial), se justificaba que los derechos fundamentales significan la constitucionalización de los bienes humanos que son exigibles, porque es lo justo, con anterioridad a su recogimiento en la norma positiva (nacional o internacional). Así, el Supremo Intérprete de la Constitución ha reconocido de modo general la existencia de exigencias de justicia natural que denomina *derechos naturales*<sup>20</sup>, como despliegues de la dignidad humana que “en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica”<sup>21</sup>. Y es que el valor de la persona, su dignidad, tiene consecuencias jurídicas destinadas a “garantiza[r] la plena realización de cada ser humano”<sup>22</sup>.

En este contexto dogmático es perfectamente posible encuadrar lo ya mencionado anteriormente: debido a la consideración de la persona como fin, existe la exigencia humana de resolver los conflictos no por la fuerza, sino a través del Derecho<sup>23</sup>, en la medida que así se asegura mejor la obtención de una solución justa, que es la única compatible con la calidad de fin de la persona, es decir, la única compatible con su dignidad. Por eso, con acierto, el Tribunal Constitucional tiene manifestado que “este derecho [al debido proceso] está referido a situaciones relacionadas con resolución de conflictos”<sup>24</sup>. Esta exigencia que brota de la esencia humana y, en ese sentido es esencial, se satisface a través del bien humano *debido proceso*, cuya delimitación nominal supone su constitucionalización, pues –como se recordará– un derecho se ha constitucionalizado cuando la Constitución ha reconocido *un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección*<sup>25</sup>. Es decir, al recogerse nominalmente el bien humano debido proceso en el artículo 139.3 CP, se ha

20 El Tribunal Constitucional tiene dicho que “la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal”. STC Exp. N° 318-1996-HC/TC, del 6 de agosto de 1996, f. j. 1.

21 STC Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, del 20 de abril de 2006, f. j. 9.

22 Ibidem, f. j. 8.

23 En palabras del Tribunal Constitucional, se trata de “la potestad de acceder a los órganos jurisdiccionales para solicitar se resuelva un conflicto de intereses o una situación jurídica”. STC Exp. N° 03843-2008-PA/TC, f. j. 12.

24 STC Exp. N° 0003-2008-PI/TC, del 1 de febrero de 2010, f. j. 6.

25 STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC, del 8 de julio de 2005, f. j. 10.

constitucionalizado el derecho humano o fundamental que lleva el mismo nombre.

Como se ha justificado antes, se trata de un derecho fundamental cuyo contenido esencial tiene que ver con el derecho de acceso a la justicia, con el conjunto de garantías que aseguran, en la mayor medida de lo posible, que la solución de un conflicto sea a través de una decisión justa, y el derecho a la ejecución oportuna de esta decisión. Tales garantías, como se tuvo oportunidad de decir también, han sido a su vez constitucionalizadas por el constituyente peruano en diversos apartados del artículo 139 y del artículo 2.22 de la Constitución, y lo han sido de tal manera que ellas mismas conforman derechos fundamentales autónomos. Esta situación ha llevado al Tribunal Constitucional a reconocer en el derecho al debido proceso “un derecho de estructura compleja”<sup>26</sup>, “un derecho constitucional de naturaleza omnicompreensiva”<sup>27</sup>, o “un derecho continente”<sup>28</sup>, o que constituye un derecho, por decirlo de algún modo, “genérico” que se descompone en un conjunto de derechos específicos enumerados, principalmente, en el mencionado artículo [139 CP]<sup>29</sup>.

#### **4.3. El reconocimiento de la dimensión formal y material del derecho fundamental al debido proceso**

Los derechos fundamentales específicos que conformarían el contenido esencial del derecho fundamental genérico al debido proceso son derechos estrictamente procesales. Sin embargo, tal contenido esencial además de estos derechos específicos está conformado por exigencias de justicia, precisamente porque el proceso se presenta como un medio a través del cual se ha de conseguir la finalidad que es la decisión justa. Es justamente por eso que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha reconocido que el derecho al debido proceso tiene tanto una dimensión procedimental o formal como otra material, de modo que “su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza”<sup>30</sup>. Y es que este derecho fundamental exige concebir “al proceso no solo como instrumento de solución de conflictos, sino como un mecanismo rodeado de garantías compatibles con el valor justicia”<sup>31</sup>.

26 STC Exp. N° 03075-2006-AA/TC, del 29 de agosto de 2006, f. j. 4.

27 STC Exp. N° 00917-2007-PA/TC, del 18 de marzo de 2009, f. j. 14.

28 STC Exp. N° 10490-2006-PA/TC, del 12 de noviembre de 2007, f. j. 2.

29 STC Exp. N° 0004-2006-PI/TC, del 29 de marzo de 2006, f. j. 22.

30 STC Exp. N° 02386-2008-PA/TC, del 18 de agosto de 2010, f. j. 11.

31 STC Exp. N° 00917-2007-PA/TC, del 11 de marzo de 2009, f. j. 14.



En lo que respecta a la dimensión formal, el contenido del derecho al debido proceso viene configurado por el conjunto de garantías que atañen al desenvolvimiento del proceso, desde su inicio hasta la ejecución de lo decidido. En este sentido, esta dimensión procedimental *tiene que ver con las formalidades estatuidas*<sup>32</sup> en un proceso, y supone tomar en consideración “las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.)”<sup>33</sup>. A esta dimensión corresponden todas las reglas procesales que anteriormente y desde los artículos 139 y 2.22 CP, se han concluido como garantías del debido proceso.

Mientras que la dimensión sustantiva o material del debido proceso está conformada por el aseguramiento de la consecución del bien humano que subyace al derecho fundamental al debido proceso. Como se recordará está justificado considerar que la dignidad de la persona exige que el procesamiento al que se le someta con la finalidad de resolver un determinado conflicto, deba dar por resultado una decisión justa que es la única decisión digna. La dignidad humana exige que, en palabras del Supremo Intérprete de la Constitución, “el procedimiento o proceso en el cual se encuentre comprendida una persona, pueda considerarse como justo”<sup>34</sup>. Si bien las reglas procedimentales favorecen en la mayor medida de lo posible la consecución de esta finalidad, no la aseguran con certeza. Es decir, puede ocurrir que el cumplimiento de las formas procesales no permita obtener una decisión justa.

Para solventar esta posible deficiencia se ha reconocido que el derecho fundamental al debido proceso exige tomar en consideración una serie de parámetros materiales íntimamente vinculados al valor justicia. Tales parámetros tienen que ver con la razonabilidad de las decisiones, de modo que puedan ser rechazadas por vulneradoras del derecho fundamental al debido proceso aquellas decisiones que siendo procedimentalmente impecables, adolecen de estas elementales exigencias de razonabilidad. En palabras del Tribunal Constitucional, el debido proceso “en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como la razonabilidad y la proporcionalidad que toda decisión con la que se pone término a una controversia, debe suponer”<sup>35</sup>. Esto, consecuentemente,

32 STC Exp. N° 02424-2004-AA/TC, del 18 de febrero de 2005, f. j. 2.

33 STC Exp. N° 03075-2006-PA/TC, del 29 de agosto de 2006, f. j. 4.

34 STC Exps. N°s 06149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (acumulados), del 11 de diciembre de 2006, f. j. 37.

35 STC Exp. N° 00917-2007-PA/TC, citado, f. j. 14.

supone admitir que “el juez constitucional se encuentra legitimado para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales”<sup>36</sup>.

Con base en que “en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad”<sup>37</sup>, ha reconocido el Tribunal Constitucional que la proporcionalidad y, por lo tanto, la razonabilidad, “es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución”<sup>38</sup>. Este principio de razonabilidad proscribire las decisiones arbitrarias, definiendo estas como aquellas carentes de una debida justificación y, por ello, injustas en sí mismas. En palabras del Tribunal Constitucional, “el requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso”<sup>39</sup>.

Si la justicia tiene que ver con dar a cada quien lo suyo, lo primero que *es suyo* de la persona humana es el respeto de su dignidad y, consecuentemente, el respeto de sus derechos fundamentales. No habrá un procesamiento justo, en particular, no habrá una solución justa, si a través del procesamiento o de la formulación de una concreta solución se ha vulnerado algún derecho fundamental de la persona, sea cual fuese su contenido. Y es que las garantías formales y materiales del debido proceso “en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos”<sup>40</sup>. De forma tal que cuando en un proceso judicial se vulnere un derecho fundamental material, se vulnerará a la vez el derecho al debido proceso en su dimensión material<sup>41</sup>. Esto no quiere decir que todos los derechos fundamentales materiales conforman la parte sustantiva del derecho fundamental al debido proceso. Lo único que significa es que cuando en el seno de un proceso se vulnera cualquier derecho fundamental no procedimental, se

36 STC Exp. N° 10490-2006-AA/TC, del 12 de noviembre de 2007, f. j. 3.

37 STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC, del 5 de julio de 2004, f. j. 35.

38 STC Exp. N° 00010-2000-AI/TC, del 3 de enero de 2003, f. j. 138.

39 STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC, citado, f. j. 12.

40 STC Exp. N° 10490-2006-PA/TC, citado, f. j. 2.

41 Es en este marco que se ha de interpretar la afirmación del Tribunal Constitucional en la que manifestó que “la irregularidad de una resolución judicial, con relevancia constitucional, se produce cada vez que esta se expida con violación de cualquier derecho fundamental, y no solo en relación con los contemplados en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional” STC Exp. N° 3179-2004-AA/TC, f. j. 20. En esta sentencia el Tribunal Constitucional formula una justificación no del todo correcta, como lo tengo argumentado en “Amparo contra resoluciones judiciales: recordatorio de un viejo criterio jurisprudencial”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Tomo 99, diciembre 2006, pp. 55-73.

está vulnerando a la vez el debido proceso en su parte sustantiva al vulnerarse la exigencia de justicia que va ínsita a ella.

#### 4.4. El reconocimiento de derechos y/o garantías constitucionales implícitas del debido proceso

Como se recordará, el constituyente peruano ha constitucionalizado manifestaciones del contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso. La pregunta que corresponde plantearse es si la constitucionalización expresa agota las posibles garantías conformadoras del referido contenido esencial. La respuesta no puede ser otra que una rotunda negativa, no solo por la justificación constitucional de los derechos fundamentales implícitos<sup>42</sup>, sino también por la labor del legislador constituyente que es meramente declaradora y reconocedora de una realidad preexistente, la misma que existe y vincula con anterioridad al acto de positivización. En palabras del Tribunal Constitucional, “la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal”<sup>43</sup>.

En la línea de reconocer exigencias constitucionales implícitas y conformantes del derecho al debido proceso entendido como derecho genérico, se ha movido el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Este Supremo intérprete de la Constitución ha reconocido como implícitas una serie de garantías procesales conformantes del debido proceso. Así, y solo de modo enunciativo, se tiene el derecho de acceso a la justicia<sup>44</sup>; el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales<sup>45</sup>; el derecho a un plazo razonable en el juzgamiento<sup>46</sup> o el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas<sup>47</sup>; el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva<sup>48</sup>; el derecho de acceso a los recursos<sup>49</sup>;

42 GROS ESPIELL, Héctor. “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención americana sobre Derechos Humanos”. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Número 4, enero-diciembre de 2000, p. 146 y ss.; DÍAZ REVORIO, Javier. “Tribunal Constitucional y derechos constitucionales ‘no escritos’”. En: ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, Javier. *Justicia Constitucional en el Estado democrático*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 231 y ss.

43 STC Exp. N° 4637-2006-PA/TC, del 18 de abril de 2007, f. j. 45.

44 STC Exp. N° 0010-2001-AI/TC, del 26 de agosto de 2003, f. j. 10.

45 STC Exp. N° 2028-2004-HC/TC, del 5 de julio de 2004, f. j. 5.

46 STC Exp. N° 0895-2001-AA/TC, del 19 de agosto de 2002, f. j. 5.

47 STC Exp. N° 4124-2004-HC/TC, del 29 de diciembre de 2004, f. j. 8.

48 STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, del 23 de noviembre de 2004, f. j. 5.

49 STC Exp. N° 09285-2006-PA/TC, del 10 de enero de 2007, f. j. 2.

el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*ne bis in idem*)<sup>50</sup>; el derecho a la tutela cautelar<sup>51</sup>; el derecho a un juez independiente e imparcial<sup>52</sup>; el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva<sup>53</sup>; el derecho a la prueba<sup>54</sup>; el derecho de igualdad procesal de las partes<sup>55</sup>, el derecho a no autoincriminarse<sup>56</sup>, el derecho a la prohibición de la *reformatio in peius*<sup>57</sup>.

#### 4.5. La exigencia natural del debido proceso no se circunscribe al ámbito judicial

Un elemento decisivo en la formulación dogmática que sobre el derecho fundamental al debido proceso ha manifestado el Tribunal Constitucional, está referida a su negativa de circunscribir las garantías formales y materiales propias de la esencial del derecho fundamental al debido proceso, solo a los procesos judiciales. Por el contrario, tiene plenamente asentada la concreción iusfundamental de que las mismas se han de extender, *mutatis mutandis*<sup>58</sup>, a todo tipo de proceso.

Bien claro ha sido al respecto el mencionado Tribunal, al recordar que el derecho al debido proceso “es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales”<sup>59</sup>; es decir, las exigencias del derecho fundamental al debido proceso “deben observarse en todos los procesos

50 STC Exp. N° 1158-2007-PHC/TC, del 30 de marzo de 2007, f. j. 2.

51 Ha dicho el Tribunal Constitucional que “[a]l igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139 inciso 3), de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por esta”. Exp. N° 00023-2005-PI/TC, del 27 de noviembre de 2005, f. j. 49.

52 Ibidem., f. j. 34.

53 STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, del 23 de noviembre de 2004, f. j. 5.

54 STC Exp. N° 1934-2003-HC/TC, del 8 de setiembre de 2003, f. j. 1 y ss.

55 STC Exp. N° 0729-2003-HC/TC, del 14 de abril de 2003, f. j. 2.

56 STC Exp. N° 0003-2005-PI/TC, del 9 de agosto de 2006, f. j. 272.

57 STC Exp. N° 0806-2006-PA/TC, del 13 de marzo de 2006, f. j. 5.

58 Ha dicho el Tribunal Constitucional con carácter general, que habrá que ir precisando en cada tipo de proceso, que “esta vocación expansiva del derecho al debido proceso no significa que todos los derechos que lo conforman se extiendan, *tout court*, a todos los procesos o procedimientos”. STC Exp. N° 07289-2005-AA/TC, del 3 de mayo de 2006, f. j. 5.

59 Ibidem., f. j. 4.

o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos y tribunales administrativos, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República (en materia de juicio político y antejuicio constitucional), y también ante tribunales arbitrales, entre otros<sup>60</sup>.

Ha reconocido, pues, el Supremo Intérprete de la Constitución, que el derecho fundamental al debido proceso “tiene una multiplicidad de ámbitos de aplicación, que aunque encuentran su principal expresión en el desarrollo de los procesos estrictamente judiciales, pueden abarcar o comprender todos aquellos espacios procesales en los que existan mecanismos de resolución de conflictos o de determinación de situaciones jurídicas<sup>61</sup>. De modo que el debido proceso como derecho fundamental, “desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc.”<sup>62</sup>.

Así, además de al proceso judicial, el Tribunal Constitucional ha predicado el derecho fundamental al debido proceso del proceso arbitral, del que tiene manifestado que “la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso<sup>63</sup>. De la misma forma, lo ha hecho de los procedimientos administrativos al disponer que el debido proceso “como ha recordado el Tribunal Constitucional en diversos casos, es una garantía que si bien tiene su ámbito natural en sede judicial, también es aplicable en el ámbito de los procedimientos administrativos<sup>64</sup>.

60 STC Exp. N° 06149-2006-AA/TC, citado, f. j. 36.

61 STC Exp. N° 00917-2007-AA/TC, citado, f. j. 15.

62 STC Exp. N° 10034-2005-AA/TC, del 26 de marzo de 2007, f. j. 8.

63 STC Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, del 28 de febrero de 2006, f. j. 9.

64 STC Exp. N° 2209-2002-AA/TC, del 12 de mayo de 2003, f. j. 15.

También lo ha extendido hacia la jurisdicción militar para exigir las garantías del debido proceso también a los procesos militares. Tiene dicho el Tribunal Constitucional que “no puede pretenderse, (...) que porque la jurisdicción militar es ‘independiente’ tal condición suponga de por sí autarquía funcional y, menos aún, sostener que la regularidad del proceso se determina en dicha sede conforme al Código de Justicia Militar, pues no es este cuerpo normativo el que reconoce el derecho al debido proceso sino la propia Constitución Política del Estado, norma suprema para cualquier autoridad o institución, correspondiendo únicamente a los códigos, y particularmente a los adjetivos, recoger tal atributo conforme a la naturaleza o especialidad de los procesos correspondientes”<sup>65</sup>. Y, finalmente, lo ha hecho también de los procesos en el seno de la persona jurídica privada, de los cuales ha manifestado que las garantías del debido proceso “son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento privado”<sup>66</sup>.

Si se toma en consideración el significado del bien humano que da sentido al derecho humano al debido proceso, es posible concluir que acierta de pleno el Tribunal Constitucional a la hora que no restringe las exigencias del debido proceso solo al ámbito judicial, sino que las extiende a toda realidad procesal en la que se ha de decidir sobre las controversias que la persona protagonice. Se trata, en todos los casos, de satisfacer esa necesidad humana esencial de que los conflictos sean resueltos a través de los cauces de la razón y no a través de las manifestaciones de la fuerza para asegurar en la mayor medida de lo posible la justicia de la decisión. Porque, independientemente de la naturaleza de las controversias, una decisión injusta será siempre una decisión indigna.

## **Conclusiones**

Un entendimiento iusfundamental del debido proceso necesariamente exige partir desde la persona, como aquí se ha propuesto. Al tomarla en consideración, se ha justificado la existencia de la necesidad humana y del bien humano que dan sentido y explican la formulación como derecho humano del debido proceso. El carácter derivado del acto positivador que significa la Constitución requiere tomar en consideración las exigencias de justicia que brotan de la persona; con ello se permite, no solo contar con herramientas conceptuales que permitan delimitar el alcance iusfundamental del derecho en cada caso concreto, sino que permitirán también analizar la justicia del contenido del acto positivador realizado por el constituyente. Tomando en consideración esas herramientas,

---

65 STC Exp. N° 0940-1998-HC/TC, del 14 de enero de 1999, f. j. 3.

66 STC Exp. N° 0685-1997-AA/TC, del 8 de enero de 1998, f. j. 3.

se ha pasado al análisis constitucional tanto de las concreciones que sobre el debido proceso ha constitucionalizado el constituyente peruano, como de las concreciones que ha formulado el Tribunal Constitucional como Supremo Interpretador de la Constitución y, por ello, como fuente de Derecho Constitucional. Así, el contenido del derecho continente que significa el debido proceso desde el artículo 139.3 de la Constitución, ha sido llenado con las garantías procesales y materiales, expresas y tácitas, que han de guiar el desenvolvimiento de todo proceso (judicial o no judicial), y ha sido llenado también con el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la ejecución de la decisión, estas dos como garantías también del debido proceso.





# El derecho a la garantía de independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional

## La múltiple dimensión de la independencia judicial

*J. María Elena Guerra Cerrón\**

**SUMARIO:** I. Servicio y producto final: justicia. II. Función jurisdiccional. III. Debido proceso. IV. Independencia y autonomía. V. Independencia judicial. VI. Dimensiones de la independencia judicial. VII. Predictibilidad, precedente e independencia. Postura final

Tenemos el derecho y el deber de “proclamar y gritar la independencia”. Tenemos derecho a que se nos garantice libertad para decir lo que ordena el Derecho y nuestra conciencia, en cada caso concreto y mediante decisiones fundamentadas, incluso –y excepcionalmente– apartándonos de precedentes o decisiones vinculantes, sin que ello se castigue como desobediencia, arbitrariedad o rebeldía.

Al recibir el encargo de desarrollar un tema de trascendencia nacional como es el de la independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función judicial, recordamos pasajes de los estudios secundarios en los cuáles nos explicaron acerca de la independencia de las colonias y de las naciones a nivel mundial. Como se sabe, primero fue la dominación, luego aparecen las corrientes libertarias, las

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Doctora en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesora de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de Lima. Ex Juez Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y Fiscal Superior Civil del Ministerio Público del distrito judicial del Callao.

luchas por la emancipación, las acciones heroicas y finalmente llegó la anhelada liberación. En Perú, el general don José de San Martín proclamó la independencia el 28 de julio de 1821, señalando: “El Perú, desde este momento es libre e independiente por la voluntad general de los pueblos y por la Justicia de su causa que Dios defiende. Viva la Patria, Viva la Libertad, Viva la Independencia”. En México, el cura Miguel Hidalgo marcó como histórico el momento en el cual se inició el proceso de liberación con lo que se conoce como el “Grito de Dolores”.

Esta liberación y la independencia –que están relacionadas con los principios de no intervención y el derecho autodeterminación de los pueblos–, ha costado mucho obtenerla y deber ser una constante mantenerla, por constituir un valor supremo de las naciones soberanas.

Estos pasajes históricos han llevado a que pensemos ampliamente en lo que independencia judicial significa y debe significar. De modo alguno vaya a entenderse esta introducción como una convocatoria al enfrentamiento, a la lucha, al desorden, a la autarquía o cual acto de rebeldía, entiéndase simplemente como el planteamiento de ideas críticas y reflexivas. La proclamación y grito de independencia, en el contexto de este artículo, deben ser tomados en su mejor expresión y con el ánimo de dar relevancia a la importancia de este principio, garantía derecho y deber.

Abordar el tema de la independencia judicial no es nada sencillo. Como señala el maestro Juan Monroy Gálvez: “(...) todos tenemos intuitivamente una idea de qué cosa es la independencia del juez, sin embargo, cuando queremos profundizar la información –¿qué rasgos tiene, qué características, cuál sería su estructura interna?– advertimos que la idea con que contábamos era preliminar y nada más. Pasa lo mismo que le ocurría a Aristóteles con el concepto del tiempo, decía que sabía qué era el tiempo cuando no se le preguntaba, pero no sabía cuando se lo preguntaban. En cuanto a la independencia del juez, ocurre tanto en su conocimiento como en su existencia; casi nadie discutiría la existencia de la norma constitucional que prescribe la independencia del juez, sin embargo, si ubicamos el tema en nuestra realidad, advertimos que esta independencia tiene una práctica precaria, impedimentos, obstáculos y presiones) es decir, demasiados tropiezos en su concreción como para considerar que es un hecho casual”<sup>1</sup>. A pesar de su complejidad, aceptamos el desafío de desarrollar el tema.

---

1 MONROY GÁLVEZ, Juan. “La Independencia del Juez y del Abogado”. En: *Poder Judicial y democracia*. Comisión Andina de Juristas, Centro para la Independencia de Jueces y Abogados, abril, 1991, Lima, pp. 48 y 49.

Finalmente, en esta parte introductoria queremos dejar establecido que cuando aludamos a los magistrados ello involucrará a jueces y a fiscales, en lo que corresponda a cada función, sin entrar en el detalle si los fiscales son o no magistrados, ello por cuanto la Constitución Política se refiere de manera general a los miembros del Ministerio Público y a los miembros del Poder Judicial, estableciéndose en el artículo 158 que los fiscales tienen los mismos derechos y prerrogativas, y están sujetos a las mismas obligaciones que los jueces en la categoría respectiva, les afectan las mismas incompatibilidades y su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría.

## **I. Servicio y producto final: justicia**

La llamada “Administración de Justicia” –que no es otra cosa que la impartición de Justicia o la función de decidir el Derecho (función jurisdiccional) que corresponde al caso concreto y que se ejerce por el Poder Judicial a través de sus jueces– es un servicio público. *Servicio* por cuanto es una prestación, labor o trabajo que se brinda en representación del Estado, y *público* porque es para toda la población o comunidad en general, además de ser básico por su carácter de indispensable para la convivencia en sociedad y para promover la paz social en Justicia. Aún cuando la paz social en Justicia pueda parecer utópico, el trabajo y camino hacia ella debe ser nuestra constante, ya que, como dijo San Agustín<sup>2</sup>: “[E]s mejor cojear por el camino que avanzar a grandes pasos fuera de él. Pues quien cojea en el camino, aunque avance poco, se acerca a la meta, mientras que quien va fuera de él, cuanto más corre, más se aleja”.

Es un servicio de justicia, en el que la decisión final del magistrado, independientemente si favorece o no al demandante, debe ser consecuencia de un debido proceso (proceso justo). De allí que el servicio se brinda a través de un proceso, que es un conjunto de actos (o procedimientos), y el producto final es la justicia.

Cuando en cada intento de reforma se habla, entre otras cosas, de dotar a los órganos jurisdiccionales de herramientas empresariales, o de conocimientos sobre gestión y administración, el objetivo principal no es facilitar la tarea de los magistrados, sino que a través de esa facilitación se alcance un estándar de organización y gestión del despacho judicial y fiscal, de tal manera que las demandas de Justicia sea atendidas y tramitadas de manera célere.

---

2 (354-439) Obispo y filósofo.

## **II. Función jurisdiccional**

En la elaboración de este trabajo tenemos en cuenta lo señalado en la Constitución Política en el Título IV “De la Estructura del Estado”, Capítulo VIII “Poder Judicial”, principalmente los siguientes artículos:

“Artículo 138. La potestad de *administrar justicia* emana del pueblo y *se ejerce por el Poder Judicial* a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

“Artículo 139. Son *principios y derechos* de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.

2. La *independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional*. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

(...)

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

“Artículo 146.- (...) El Estado garantiza a los magistrados judiciales:

Su independencia. Solo están sometidos a la Constitución y la ley.

De lo transcrito, podemos hacer las siguientes afirmaciones respecto a la independencia judicial:

- Es principio, garantía, derecho y un deber en diferentes niveles y respecto a diferentes personas y entes.

- Es el atributo fundamental inherente a la función jurisdiccional.

- No se admiten interferencias, avocamientos de autoridades a causas pendientes ni vulnerar la cosa juzgada”.

En conclusión la función jurisdiccional debe ser ejercida asegurando la tutela jurisdiccional a través de un debido proceso o proceso justo.

### **III. Debido proceso**

El debido proceso es una garantía para los justiciables y un deber de la Magistratura, así está establecido en la Constitución Política del Perú en el artículo 139, inciso 3.

1. Para brindar algunos conceptos en sede nacional citamos las siguientes:
  - a) “5. Este Tribunal ha subrayado que el derecho al debido proceso debe observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos o tribunales administrativos. Asimismo, ha señalado que el debido proceso comprende a su vez diversos derechos fundamentales de orden procesal y que, en ese sentido, se trata de un derecho “continente”. En efecto, su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre comprendida una persona pueda considerarse justo (SSTC Exps. N°s 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA)”<sup>3</sup>.
  - b) “Segundo: Que la doctrina ha conceptualizado el debido proceso como un derecho humano o fundamental que asiste a toda persona por el solo hecho de serlo, y que le faculta al Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un Juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no solamente está en el deber de proveer tal prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla con determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo, en tanto que el debido proceso sustantivo no solo exige que la resolución sea razonable, sino esencialmente justa”<sup>4</sup>.

---

3 STC Exp. N° 7569-2006-PA/TC, Lima, del 24/09/2007.

4 Voto en discordia vocal Miranda Molina, Casación N° 705-2007- Cajamarca, Lima 16/08/2007, publicado en el diario *El Peruano* 31/03/2008, p. 21644.

2. Es una *garantía* porque toda persona tiene reconocido el derecho a la tutela jurisdiccional y este tiene que ser asegurado por todos los medios posibles. Respecto al debido proceso, señala el Tribunal Constitucional lo siguiente:

“6. (...) existen dos referentes de los derechos de los justiciables: la tutela judicial efectiva como marco objetivo y el debido proceso como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú. Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, *el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.*<sup>5</sup> El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”<sup>6</sup>.

3. Si para los justiciables el debido proceso es una *garantía*, para la Magistratura es un *deber* y así se lee en el numeral 3 del artículo 139 de la Carta Fundamental, cuando taxativamente se establece, como principio, la observancia del debido proceso. Nótese que estamos ante un imperativo, un mandato constitucional, un deber de *garantía* independientemente de si las partes lo exigen o no. Para las partes el presupuesto es que se les asegure el debido proceso y, por lo tanto, ellos no tienen la obligación de estar cautelando que el magistrado cumpla con su deber.

La *garantía* del debido proceso también es un deber del Estado. Por ello, es este el que, en primer lugar, debe brindar seguridad jurídica y proteger el Estado de Derecho, entonces le corresponde su aseguramiento, no solo en el ámbito judicial, sino que –como ha quedado establecido en diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional– es *garantía* en todos los

---

5 El resaltado es nuestro.

6 STC Exp. N° 08123-2005-HC/TC, 14/05/2006.

procedimientos: arbitrales, administrativos e incluso se ha reconocido el debido procedimiento corporativo.

4. Cuando desarrollamos el tema de la función jurisdiccional, concluimos que esta debe ejercerse en un debido proceso o proceso justo. Sin duda, más de un lector considerará que el debido proceso no puede ser relacionado con un proceso justo, y ello debido a la percepción que cada uno tenga de lo que justo significa, sin embargo veamos la procedencia de la equivalencia.

En el ámbito procesal, considerando que el debido proceso es una garantía de los derechos, en tanto esta se asegure y sea efectiva, entonces estamos hablando de un proceso justo por el aseguramiento de la “debida garantía”.

5. Respecto al debido proceso se puede hacer una amplia descripción; sin embargo, es de nuestro agrado establecer los principios y derechos básicos, a partir de los cuales se abre un “abanico de derechos” que cada vez contiene más derechos. Así, identificamos como básicos los derechos a la notificación o conocimiento y el ser escuchado o requerido para audiencia (“*the written notice and the right to request a fair hearing*”).

Estas garantías básicas vendrían a ser el “eslabón” de los demás garantías, las que de manera general son objeto o deben ser asegurados por los Estados, como se verifica de las siguientes citas:

- a) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 22/11/1969), en su artículo 8, sobre las Garantías Judiciales se señala que “1. Toda persona tiene *derecho a ser oída, con las debidas garantías* y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente (...)”
- b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16/12/1966, en vigor desde 23/03/1976), en su artículo 14 establece que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser *oída públicamente y con las debidas garantías* por un tribunal competente (...)”

#### **IV. Independencia y autonomía<sup>7</sup>**

La definición común y más simple de independencia es la falta de dependencia, esto es, la ausencia de subordinación o sujeción a otro. Independencia

---

7 Al respecto, hemos escrito un artículo que puede leerse en GUERRA CERRÓN, María Elena. “La Independencia Judicial: un derecho fundamental de los ciudadanos”. En: *Independencia judicial. Visión y perspectivas*. Roxana Jiménez Vargas Machuca (coordinadora). Asociación de Jueces para la Justicia y Democracia, JUSDEM, Lima, agosto 2007, pp. 49-67.

es, según el diccionario de la lengua española: individualización, autosuficiencia, emancipación, libertad, autodeterminación, autogobierno, autonomía, alejamiento, aislamiento y neutralidad, entre otros. Si bien entre los sinónimos de independencia está la autonomía, hay que distinguir ambos conceptos en el ámbito del Sistema de Justicia.

En el artículo 2 del Texto Único Ordenado del Poder Judicial, la sumilla es: “Autonomía e independencia del Poder Judicial” y en el texto se señala lo siguiente: “El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley”. Ello se ilustra de la siguiente manera:

Independencia	Autonomía
Función o actuación jurisdiccional	Política.- Conducción de la institución
	Administrativa.- Dirección y gestión
	Económica.- Elaborar su presupuesto y disponer de recursos asignados
	Disciplinaria.- Corrección y sanción a sus miembros.

Respecto al Ministerio Público, en el artículo 158 de la Constitución no se señala expresamente que la independencia sea un principio y derecho de la función fiscal, pero, como ya hemos señalado, a los fiscales les son extensivos los mismos derechos y deberes del juez, por lo tanto se reconoce la independencia fiscal. En cuanto a la autonomía, está reconocido que el Ministerio Público es autónomo.

Entonces la independencia es un atributo de la función jurisdiccional y fiscal, mientras que la autonomía es un atributo, pero respecto al ejercicio de las funciones administrativas en general<sup>8</sup>.

## **V. Independencia judicial**

En el ejercicio de la función jurisdiccional (garantía del debido proceso y tutela jurisdiccional), la independencia es un atributo inherente a ella y, por otro lado, es garantía de seguridad jurídica, en el sentido que se asegura que se decida el Derecho sin interés o razón ajena a la actuación procesal.

<sup>8</sup> En el artículo 197 de la Constitución Política, respecto a la autonomía: “Las Regiones tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia”.



Cuando los magistrados son y se sienten libres de toda presión o imposición al decidir el Derecho, habrá seguridad de su independencia. En este contexto, la imparcialidad también cobra gran importancia junto con la independencia. El ex magistrado constitucional César Landa señaló, respecto a los candidatos a magistrados constitucionales, que “[u]na condición previa a buscar en los candidatos es su imparcialidad y su especialización; en la medida que el magistrado constitucional debe ser, ante todo, un jurista que a través de la ciencia constitucional y sus cualidades humanas, pueda aportar sus conocimientos del Derecho y su experiencia frente a las causas; así como que sepa mantener neutralidad, incorruptibilidad y claridad en sus opiniones. En efecto, la vocación independiente y las calidades de jurista delimitan el perfil del magistrado constitucional, que requiere el Tribunal Constitucional”. De esta cita resaltamos que la calidad de imparcial de todo magistrado debe presentarse incluso antes de asumirse el cargo jurisdiccional y luego mantenerla lo que implica ser neutral, incorruptible y ser firme en sus decisiones y opiniones<sup>9</sup>.

## **VI. Dimensiones de la independencia judicial**

---

Identificamos diferentes dimensiones de independencia, ya sea como derecho o deber; en función a los diferentes poderes, sectores, niveles o instancias; o bien en atención a los diferentes actores.

### **1. Primera dimensión**

La independencia es un principio, garantía, derecho y deber. Principio porque es el fundamento o mejor dicho, el presupuesto para el ejercicio de la función jurisdiccional así como para acceder a la justicia en el Estado de Derecho. Siendo un principio y presupuesto se constituye en un deber para el Estado en general, para las instituciones y para los magistrados. Es un derecho institucional respecto a las demás funciones y competencias estatales; es un derecho de los magistrados en el ejercicio de la función y es un derecho de los justiciables.

López Garrido se refiere al derecho de los justiciables y dice que “[n]o es ocioso destacar esta situación cuando se hace una introducción a un libro sobre independencia judicial. Este no es un derecho de los jueces, sino más propiamente, un derecho de los ciudadanos y ciudadanas. Los ciudadanos tienen

---

9 LANDA, César. “La elección del juez constitucional”. En: *Gaceta del Tribunal Constitucional* <[http://gaceta.Tc.Gob.Pe/img\\_upload/d7619bf73bdfb4c99376e79d9ccee3c4/conferenciadc.pdf](http://gaceta.Tc.Gob.Pe/img_upload/d7619bf73bdfb4c99376e79d9ccee3c4/conferenciadc.pdf)> [revisado el 27/10/2010, 20:00 p.m.], p. 3.

derecho a ser juzgados por un juez o tribunal independiente –y protegidos por un fiscal imparcial– porque solo así será aplicada la ley sin influencias extravagantes de Derecho, sin presiones externas, sin poderes fácticos, externos o internos al proceso, que desfiguren la decisión intelectual objetiva del juzgador al resolver el conflicto de intereses planteado”<sup>10</sup>.

La garantía contiene el principio, deber y derecho y corresponde a todos los actores en el Sistema de Justicia y aunque no directamente debemos señalar que la cautela de esta garantía –como deber– le alcanza a los justiciables y a los abogados, ya que con su leal y correcta conducta procesal deben rechazar y evitar todo acto de corrupción.

	<b>Principio</b>	<b>Deber</b>	<b>Derecho</b>	<b>Garantía</b>
	Fundamento, inicio, máxima, orientación obligatoria	Obligación, garantía	Facultad, garantía, atributo de exigir, correspondencia	Protección, aseguramiento, seguridad
Estado en general	x	x	-	x
Institución	x	x	x	x
Magistrados	x	x	x	x
Justiciables	x	-	x	x

## 2. Segunda dimensión

A partir del contenido del artículo 16 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –Independencia jurisdiccional del Magistrado– “Los Magistrados son independientes en su actuación jurisdiccional dentro de su competencia. Ninguna autoridad, ni siquiera los Magistrados de instancia superior, pueden interferir en su actuación. Están obligados a preservar esta garantía, bajo responsabilidad, pudiendo dirigirse al Ministerio Público, con conocimiento del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, sin perjuicio de ejercer directamente los derechos que les faculta la ley”, identificamos dos niveles por las funciones que se ejercen. Un nivel de independencia institucional e independencia individual, y luego la independencia horizontal y vertical.

### 2.1. Independencia institucional

Es garantía frente a las funciones o “poderes”<sup>11</sup> del Estado, organismos estatales autónomos o cualquier otra institución. Se rechaza toda clase de injerencia,

10 Esto lo señala Diego López Garrido, Catedrático de la Universidad Castilla La Mancha-España, en el prólogo que realiza al libro *La independencia judicial* de María Luz Martínez Alarcón (Cuadernos y debates 159, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2004, p. 15)

11 “Es notorio que en la división de poderes, al igual que en otras instituciones del Derecho Público, el

presión o influencia en las causas que se tramitan en el órgano jurisdiccional. Claro está, cuando la ley ha determinado facultades a algunas autoridades, ello no se califica como intervención o interferencia. Igualmente hay que hacer una distinción entre interferencia y coordinación, siendo esta última de suma importancia y necesaria en el enfoque sistémico de la impartición de Justicia.

## 2.2. Independencia individual

En el ya citado artículo 16 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial se regula la independencia jurisdiccional del magistrado, señalándose que “[l]os Magistrados son independientes en su actuación jurisdiccional dentro de su competencia. Ninguna autoridad, ni siquiera los Magistrados de instancia superior, pueden interferir en su actuación. Están obligados a preservar esta garantía, bajo responsabilidad, pudiendo dirigirse al Ministerio Público, con conocimiento del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, sin perjuicio de ejercer directamente los derechos que les faculta la ley”.

En lo que se refiere al Ministerio Público, organismo constitucional autónomo e independiente, en el artículo 5 de su Ley Orgánica se proclama la independencia en el ejercicio fiscal, precisándose que los fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán *según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución*. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores.

No existe otra lectura que la contenida en la Constitución Política del Perú, en la que se garantiza a la magistratura la independencia en el ejercicio de las funciones. El único sometimiento es a la Constitución y a la ley y, complementando con las normas judiciales y fiscales, se concluye que nadie puede interferir en su actuación; ejercitan sus atribuciones según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines institucionales, estando obligados, bajo responsabilidad, a preservar la garantía de independencia, incluso denunciando cualquier presión.

---

término no corresponde exactamente al contenido; la “división de poderes” no es, propiamente, tal división, sino más bien una distribución de facultades de las instituciones de órganos jerarquizados del Estado-poder o soberano. Tomando la expresión en un sentido literal, ni podrá existir jamás división de poderes”. ÁLVAREZ GENDIN, Saio. *La independencia del poder judicial*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1965, p. 20

Si bien el presupuesto de la independencia individual es la independencia institucional; aún cuando la segunda pueda estar mellada, ello no impide que la primera prevalezca, en todo caso, preservarla es la “lucha” del magistrado, individualmente o en grupo.

### **2.3. Independencia vertical**

Se presenta en instancias y jerarquías diferentes o de altos funcionarios. Un magistrado superior no debe inducir, ejercer presión o disponer que se resuelva de determinada manera. Es importante distinguir un contexto de presión o injerencia a uno en el que, siendo la instancia revisora, señala algunos criterios o directrices interpretativas, recomendando se tengan en cuenta al momento de resolver. Una de las situaciones que propician el debate, es aquella en la cual el juez superior ordena al inferior que actúe medios probatorios de oficio, allí surge la duda si se está vulnerando la independencia del juez. Consideramos que el juez deberá analizar las recomendaciones del juez superior y si son atendibles las ejecutará, caso contrario no está obligado a actuar los medios probatorios de oficio si es que está convencido que son innecesarios o que trastocan la imparcialidad, debiendo motivar esta decisión.

En lo que respecta a la función fiscal, cuando se señala que siendo el Ministerio Público un cuerpo jerárquicamente organizado y que debe sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores, ello no quiere decir que se ordene al fiscal para que investigue o resuelva de una manera determinada, ya que ello significaría desconocerle la independencia en la función.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28/02/2006, ha señalado que, según el artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, cuando el fiscal hubiese reunido la prueba que estimase suficiente procederá a formalizar la denuncia ante el juez instructor, esto es, que hay una actuación independiente en cuanto a la estimación de los medios probatorios para proceder a una acusación fiscal, agregando el Tribunal que “[r]especto a la actividad probatoria y el grado de convicción al que debe arribar el fiscal en el transcurso de esta investigación previa al proceso penal, la doctrina ha señalado lo siguiente: ‘(...) no se requiere que exista convicción plena en el fiscal ni que las actuaciones estén completas, solo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado o imputados’<sup>12</sup>. Sin embargo, desde una

---

12 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen 1. Segunda edición, Grijley, Lima, 2003, p. 470 (la cita es de la sentencia).

perspectiva constitucional, resulta insuficiente valorar la actuación fiscal en sus propios términos legales; se requiere de su conformidad con los mandatos constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional<sup>13</sup>. Está reconocido, porque no puede ser de otra manera, que es el fiscal en ejercicio de su función independiente y de ejecutar sus funciones el que llega a la convicción que se debe acusar o no. Sin embargo, sucede que en algunos casos concretos, cuando, por ejemplo, un fiscal penal dispone el archivo definitivo de una investigación penal, ante la presentación de una Queja de Derecho, luego de la revisión del Fiscal superior, este ordena que se acuse. Sin duda es un caso *sui generis* y debatible puesto que quien ha fundamentado el archivo lo ha hecho porque ha llegado a la convicción de que así debe ser y lo que se le exige es ir en contra de su convicción. En este caso, consideramos que, tal y como está estructurado el Ministerio Público y previsto en las normas, el fiscal deberá proceder a formalizar la denuncia, pero es su derecho dejar constancia expresa que lo hace por mandato superior y señalando los fundamentos que debe haber señalado el superior, ello en virtud del mandato constitucional que todas las resoluciones, en las cuales incluimos los dictámenes fiscales, deben ser motivados en todas las instancias.

#### **2.4. Independencia horizontal**

El contexto es aquel entre magistrados de la misma instancia. Corresponde garantizarla a los propios magistrados en el diario quehacer jurisdiccional.

### **3. Tercera dimensión**

A partir de la seguridad jurídica, identificamos la independencia en las decisiones jurisdiccionales y en los precedentes vinculantes.

#### **3.1. En las decisiones jurisdiccionales**

Respecto al concepto de “jurisdicción” hay debate. En doctrina algunas posturas sostienen que solamente tiene jurisdicción el Poder Judicial y ello se confirmaría en la Constitución Política del Perú por el principio de la unidad jurisdiccional, siendo el reconocimiento de “jurisdicciones especiales” un error conceptual. Por otro lado, se reconocen varias jurisdicciones y, a decir de Dupuy Montori, “[s]abemos que hay más jurisdicciones en el mundo del

---

13 STC Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, f. j. 28.

Derecho. Lo que la norma debió decir es que la jurisdicción contenciosa es la que ejerce el Estado directamente y la voluntaria, por excepción. La jurisdicción y la jurisdicción contenciosa no son términos sinónimos. Cuando el articulado de la Constitución se refiere a jurisdicción respecto al Poder Judicial, se está refiriendo a los litigios y no a la jurisdicción como principio declarativo de derechos<sup>14</sup>.

Entendemos que el Tribunal Constitucional también reconoce a varias instancias, tribunales, entes públicos e incluso privados, el carácter de jurisdicción, cuando en la SSTC Exps. (acumulados) N°s 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC del 11/12/2006 reitera:

“6. (...) que en su jurisprudencia sobre el artículo 51 del Código Procesal Constitucional y, antes, sobre el artículo 29 de la Ley N° 23506 –que también establecía un régimen semejante–, siempre se ha considerado que el régimen de competencia previsto en el segundo párrafo del Código acotado es exclusivo del amparo contra resoluciones judiciales, y que este no se extiende, por analogía, a ningún otro acto reclamado, incluso si este último es expedido en *procedimientos de naturaleza jurisdiccional (como el amparo electoral) o en otros de naturaleza análoga (como es el caso de los actos dictados por tribunales administrativos o arbitrales)*”<sup>15</sup>.

Por ahora, no vamos a debatir sobre el concepto jurisdicción y nos limitamos a señalar que cuando hablemos de decisiones jurisdiccionales, nos vamos a referir a las decisiones de los jueces, que son los que deciden finalmente el Derecho. Esta referencia a la judicatura no excluye a las opiniones, dictámenes y resoluciones, en general, de los fiscales. Igualmente, nuestro comentario en esta parte incluye a las decisiones del Tribunal Constitucional.

En cuanto a la seguridad jurídica y las decisiones jurisdiccionales, es oportuno citar algunos párrafos del Plan de Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus) para ilustración. El Plan ha sido desarrollado por áreas<sup>16</sup> y

14 DUPUY MONTORI, Fernando. *Imperio y jurisdicción voluntaria*. Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial, Lima, 1996, p. 162.

15 El resaltado y subrayado es nuestro.

16 Áreas Temáticas del Plan Estratégico.

Área N° 1: Acceso a la Justicia.

Área N° 2: Políticas Anticorrupción, Eticidad y Transparencia en la Administración de Justicia.

Área N° 3: Modernización del Despacho Jurisdiccional y Fiscal.

Área N° 4: Recursos Humanos.

Área N° 5: Gobierno, Administración y Presupuesto.

Área N° 6: Predictibilidad y Jurisprudencia.

Área N° 7: Reforma del Sistema Penal.

Área N° 8: Adecuación Normativa.

en la Guía de acción del área N° 6 “Predictibilidad y jurisprudencia”, entre otras cosas, se señala que “[u]no de los aspectos centrales del Plan de la Ceriajus es la redefinición de la activación de la Corte Suprema, a fin de que asuma en el país el liderazgo jurídico a través de la construcción de un Sistema Judicial que brinde predictibilidad y una jurisprudencia de calidad. *Con ello se contribuirá a apuntalar la seguridad jurídica necesaria en un Estado de Derecho*<sup>17</sup> y se generará en nuestro medio efectos positivos (...)”

Entonces, la independencia en la magistratura es el elemento fundamental para que los diferentes actos procesales, a lo largo de un debido proceso, y la decisión final del mismo sea garantía de seguridad jurídica.

### 3.2. Observancia de precedentes vinculantes

Una de las demandas en cada Reforma del Sistema de Justicia es siempre la propuesta de mejora de calidad de decisiones judiciales y producción de precedentes vinculantes. El precedente vinculante, que tiene relación directa con la predictibilidad y la seguridad jurídica, es una decisión jurisdiccional, cuya regla general, de acuerdo a ley, es que resulta de obligatoria observancia en causas o casos posteriores semejantes.

En la referida área N° 6 del Ceriajus, “Predictibilidad y jurisprudencia”, el objetivo estratégico fijado fue crear condiciones y mecanismos institucionales que permitan cimentar las bases de un sistema predecible a través de la jurisprudencia y además se establecieron dos subáreas:

<b>Subárea 1:</b> Mejora de la Jurisprudencia	- Calidad de las sentencias. - <i>Stare Decisis</i> en el marco de los Plenos Casatorios
<b>Subárea 2:</b> Difusión de la Jurisprudencia.	- Creación del Centro de Información de la Jurisprudencia Nacional. - Creación del Sistema Informático Unificado de la Jurisprudencia.

Hemos resaltado el *stare decisis*, que es como denomina la Ceriajus a las decisiones vinculantes generadas en Plenos Casatorios, por cuanto *stare decisis* es una figura en el *Common law* y, por lo tanto, cuando se analice hay que entenderla en el contexto al que pertenece y verificar si su propuesta y aplicación a nuestro contexto nacional es viable, caso contrario si es modificada, adecuada o transformada no puede hablarse de *stare decisis*.

17 El resultado es nuestro.

Cuando citamos la Guía del área N° 6 hicimos referencia a que con la predictibilidad y jurisprudencia de calidad se contribuye, según el Ceriajus, a apuntalar la seguridad jurídica, con efectos positivos, los que pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) Celeridad del servicio de administración de Justicia.
- b) *Jurisprudencia obligatoria*, criterios uniformes de interpretación.
- c) Control de la corrupción<sup>18</sup>.
- d) Aumento de la credibilidad institucional y mayor confianza en el Sistema Judicial, imagen de transparencia e imparcialidad, fundamental para la legitimidad de resoluciones.
- e) Garantía de igualdad con *igual criterio a los antecedentes*.

Coincidimos en la necesidad de producir decisiones de calidad y que haya predictibilidad, lo cual de alguna manera puede asegurarse con los precedentes vinculantes. Lo que sí nos genera una gran inquietud es el hecho que existan posturas o interpretaciones en el sentido que un magistrado no puede apartarse del precedente vinculante, posturas totalizadoras en las que no se analiza o toma en cuenta el carácter de semejante, el antecedente, el criterio de conciencia al caso concreto, los valores que encierra el Derecho y la tranquilidad con la propia conciencia de cada magistrado, todo lo cual debe estar, sin duda, bien explicado en el fundamento de la decisión.

## **VII. Predictibilidad, precedente e independencia**

---

### **1. La predictibilidad**

Las decisiones jurisdiccionales no solo deben ser resultado de un proceso justo y de acuerdo a justicia y Derecho, sino que existe una exigencia adicional que es la predictibilidad. Esta predictibilidad, que se ha erigido en un elemento de la seguridad jurídica, constituye un derecho y deber. Es un derecho de los justiciables y, por lo tanto, un deber más de la Magistratura.

---

18 De estos efectos, consideramos que merece especial relevancia el de control de la corrupción, puesto que se señala que “(...) los precedentes de observancia obligatoria pueden ser tomados como los criterios objetivos que determinen cuando un magistrado se aparta de la interpretación correcta de la ley, haciendo más sencillo el control de la corrupción. En otras palabras, el sistema de precedentes se erige como el mecanismo anticorrupción *ex ante* por antonomasia”.



La predictibilidad implica un acontecimiento que puede ser anunciado por revelación o de antemano, anticipando lo que va a suceder o que se trate de algo previsto, siendo sus sinónimos probable, pronosticable, predecible e imaginable. Tal como ha sido definido, podríamos decir que frente a una incertidumbre jurídica, un conflicto de intereses o una conducta reprochable determinada se pueda pronosticar el resultado final.

## 2. Precedente vinculante

Aún cuando en el Ceriajus se ha señalado a la jurisprudencia obligatoria y precedente vinculante como *stare decisis*, nosotros tenemos una lectura distinta. El *stare decisis* (que también se le conoce como precedente jerárquico, *practice statement* o jurisprudencia constante) es una figura del *Common Law*, no de nuestro sistema nacional y tiene un tratamiento especial que tampoco existe en el Perú.

En el *Common Law*, donde es de suma importancia los antecedentes y semejanza de las causas, el *stare decisis* es de observancia obligatoria porque ello es inherente al mismo, es su carácter y no se debe a posibles sanciones o denuncias por prevaricato. No es que observe porque si no me sancionan, lo observe porque si llegó a tener tal calidad fue como resultado de un proceso de análisis por un colegiado, ha sido bien fundamentado y cuenta con la aprobación de la mayoría –si no por unanimidad (sin muchos votos singulares)–, y por lo tanto me vincula por conciencia y responsabilidad.

En una decisión lo que da la fuerza vinculante es lo que se conoce como la *ratio decidendi* del caso o causa, que significa razón, argumento, necesidad para decidir (*ruling*) de determinada manera (fundamento) la causa, el caso; dejándose de lado el *obiter dictum*, esto es, aquellos aspectos que pueden ser accesorios o complementarios, pero no vinculantes.

Ahora, bien en el propio *Common law* la regla general es que *stare decisis* es de observancia obligatoria pero se distingue el *stare decisis* horizontal y el vertical.

<i>Stare decisis</i> horizontal	<i>Stare decisis</i> vertical
Las instancias jurisdiccionales están obligadas a seguir sus propios precedentes.	Las instancias inferiores deben seguir los precedentes de las instancias superiores.

La regla general es la observancia obligatoria, pero esta regla no es absoluta, tiene una excepción. Si los antecedentes y la semejanza no son suficientes entonces se establecen las diferencias y es posible cambiar el precedente, lo que

en el *Common Law* se denomina *overruling* (apartamiento), aunque al parecer esta prerrogativa solamente estaría pensada para el *stare decisis* horizontal y no para el vertical.

## 2.1. Precedentes del Poder Judicial

En el artículo 4 del Texto Único Ordenado del Poder Judicial TUOLOPJ –“Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia”–, se señala lo siguiente:

“Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso. Esta disposición no afecta el derecho de gracia”.

Por otro lado en el artículo 22, de la misma norma –“Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial”– se establece que:

“Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial *El Peruano* de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. *En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.*

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el diario oficial

*El Peruano*, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan” (cursivas nuestras).

Es claro, que el principio y derecho de independencia e imparcialidad están garantizados, puesto que por excepción puede el magistrado apartarse del precedente.

## **2.2. Precedentes del Tribunal Constitucional**

En sede judicial está reconocida la prerrogativa para el apartamiento del precedente vinculante judiciales siempre que se haga con expresión del los fundamentos respectivos, sin embargo, respecto a las decisiones del Tribunal Constitucional la situación es otra, puesto que se ha previsto anteladamente excluir del texto del Código Procesal Constitucional la posibilidad de apartamiento del precedente vinculante, aún cuando este sea contradictorio por los diferentes votos singulares, existan varias modificaciones de diferentes precedentes vinculantes en tiempos cortos, atente contra la propia Constitución, o se exceda en sus funciones. Ha sido advertido que la proclamación de independencia judicial para apartarse del precedente vinculante, es entendida como anarquía y hasta subversión, entre otros.

En el artículo VII del Código Procesal Constitucional –“Precedente”– se señala que “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”. Así, en la STC Exp. N° 0006-2006-PC/TC del 12/02/2007 señala lo siguiente:

“43. Como consecuencia lógica de ello, los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no solo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial”.

El Tribunal Constitucional, invocando la calidad de supremo intérprete de la Constitución Política del Perú, ha creado un “paralelo” en cuanto a la

decisión final del Derecho. Ha neutralizado la cosa juzgada judicial, baluarte de la seguridad jurídica procesal, al instituir la cosa juzgada constitucional. El Tribunal Constitucional no solo interviene revisando procesos irregulares identificando la vulneración al debido proceso, sino que ingresa a revisar el fondo de los conflictos, en procesos regulares, por el llamado debido proceso sustantivo y, mas allá de ello, revisa el fondo de laudos arbitrales en materias patrimoniales en los cuales la relación jurídica ha nacido en orden a intereses económicos y riesgos empresariales.

En el contexto descrito, nos encontramos ante una gran disyuntiva respecto a la procedencia de apartarse de un precedente vinculante del Tribunal Constitucional fundamentando ampliamente las razones que motivan el apartamiento, ello por el principio, derecho, deber y garantía de la independencia judicial. Sobre esta disyuntiva, transcribimos una cita del hoy magistrado Eto Cruz, quien en el año 2002, esto es antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, opinó de la siguiente manera y que en nuestro parecer es de suma relevancia:

“A la pregunta si el Poder Judicial puede apartarse de lo que dispone el Tribunal Constitucional, de nuestra parte contestamos que *sí*; que el Poder Judicial, puede igualmente no discrepar, pero *sí*, bajo los marcos de determinada argumentación jurídica, afirmar su parecer, puesto que (...)

- No siempre ni necesariamente lo que el Tribunal Constitucional falla es jurídicamente correcto;
- Los fallos del Tribunal Constitucional, como cualquier tipo de fallo jurisprudencial, es falseable; por ende, puede ser corregido, variado o modificado;
- Entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, el primero puede *apartarse* de lo resuelto por sus propios magistrados, como ya se tiene dicho; pero también puede apartarse de lo resuelto por el Tribunal Constitucional (sea cualquier tipo de fallo, fundado o infundado, precedente o imprecedente, etc.) vía nuevos casos, con nuevas motivaciones o razonamiento, y el fundamento jurídico-positivo se encuentra alojado en las cláusulas 138, 139, incs. 1 y 2, 146, inc. 1, de la Lex Legum (...)<sup>19</sup>

---

19 ETO CRUZ, Gerardo, “Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional”. En: *Revista Jurídica de Cajamarca*. Año III, N° 7, abril-junio de 2002. En: <<http://www.galeon.com/donaires/REVISTA7/tribunal.htm>> [Consultado el 25/10/2010, 19:00 h].

Debemos precisar que si bien el magistrado Eto respeta o respetaba la prerrogativa del apartamiento del precedente, señala que en caso de declaración de inconstitucionalidad no podría haber apartamiento, y en otros casos este debe darse en marcos de armonía y no de contradicciones jurisdiccionales.

Queda pues, al criterio y la razonabilidad, a la luz de los derechos fundamentales y constitucionales, establecer una postura sobre la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional como fundamento suficiente para apartarse de los precedentes vinculantes, cuando no se trate de inconstitucionalidad de las normas.

### **Postura final**

Todos los principios y derechos de la función jurisdiccional deben ser garantizados a los diferentes actores del Sistema de Justicia. Indiscutiblemente, como principios y derechos constituyen deberes; sin embargo, es imperativo hacer un test de ponderación en aquellos casos en los que un magistrado asuma la responsabilidad de apartarse de un precedente vinculante, sin duda que estamos hablando de una excepción, pero al mismo tiempo de una prerrogativa que debe ser respetada y garantizada.

El Derecho no es una ciencia, y mucho menos una ciencia exacta; por lo tanto, los acontecimientos no son pronosticables. El Derecho, como norma, hecho y valor, es el objeto de la Ciencia, de ahí que lo correcto es hablar de la Ciencia del Derecho, existiendo diferentes métodos para alcanzar el conocimiento. ¿Cada caso no es particular? ¿Acaso no se requiere de un método para la decisión del Derecho a partir de los hechos probados?

No olvidemos que también es un principio y derecho de la función la motivación de las resoluciones en todas las instancias, por lo tanto, el medio para hacer efectiva nuestra independencia es a través de la fundamentación de nuestras decisiones.

En el Perú no tenemos la política o cultura del *stare decisis*, como sí lo hay en el *Common Law*, por lo tanto no tenemos ninguna figura cuyo atributo natural sea el carácter vinculante absoluto, de tal forma que si un Magistrado invocando principios y derechos decide apartarse del precedente, tendrá derecho a hacerlo si con ello está cumpliendo con lo que manda su conciencia según la Constitución y la ley. El Magistrado deberá fundamentar en qué consisten los hechos no probados y la inexistencia de analogía o semejanza, deberá destacar la diferencia, esa será su *ratio decidendi*. La instancia revisora tiene el deber de

analizar el fundamento del magistrado inferior y revocar en todo caso la decisión si es que no hay razonabilidad en el apartamiento, pero no deberá revocarlo o declararlo nulo por el simple hecho que se inaplicó el precedente vinculante.

En nuestro parecer, respetuosamente y ejerciendo nuestro derecho de expresión académica, no debería haber limitación al ejercicio libre e independiente de la función jurisdiccional y fiscal. Deberían respetarse estos derechos, incluyendo al Tribunal Constitucional, cuando excepcionalmente uno con criterio de conciencia y basados en los valores de justicia y equidad, decida el Derecho que corresponda. Sin embargo como la realidad que se nos presenta no es una donde se garantice plenamente la independencia, sujetando el fallo o resolución final al precedente vinculante, tenemos la prerrogativa de fundamentar y hacer constar cuál es nuestro criterio –eso se lo debemos a los justiciables–.

Nadie va a negar que en el país en general hay corrupción, este es un mal endémico no solo del Perú sino del mundo entero; sin embargo, ello no puede ser pretexto para no fortalecer la judicatura, o para temer la generación de un “gobierno de magistrados”. Si se malentiende la prerrogativa de independencia e imparcialidad no existe alternativa para seguir forjando magistrados comprometidos y que asumen la responsabilidad de sus decisiones.

Marianella Ledesma Narváez señala: “(...) asumir la mirada de un juez que no se agote en la lectura de la propia ley, sino que tenga una visión del entorno social para el cual opera, es hablar de un juez comprometido que incorpora valores a sus decisiones; es hablar de un juez visionario, del juez líder que trabaja a través de sus decisiones por el sueño de vivir en una sociedad más justa, aún a riesgo de su propia permanencia en el cargo. La pregunta que surge es la siguiente: ¿cómo encontrarlos?”<sup>20</sup>. Al parecer Ledesma Narváez considera que en la judicatura no hay jueces como ella los describe y que son el modelo que la sociedad requiere, opinión con la cual discrepo.

Sí hay magistrados comprometidos, que rechazan la figura del “magistrado amanuense”, y por ello es que, si bien no se exige el reconocimiento que tienen los congresistas de la Nación (artículo 93 de la Constitución Política), en el sentido que no están sujetos a mandato imperativo ni a la interpelación, y que no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones (porque ello tal

---

20 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “Jueces de carne y hueso”. En: *La Ley*. Año 3, N° 32, julio de 2010, p. 9.

vez conllevaría al uso equivocado de la “inmunidad”) si se requiere el respeto y garantía efectiva de la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Concluimos con una cita de César Landa Arroyo, la que hacemos extensiva a los jueces y fiscales: “[D]esde la perspectiva positivista, la garantía de la independencia del juez ha estado basada en la observancia de la ley, como ahora desde el neopositivismo la independencia del juez se halla también en la sumisión a la Constitución. Pero, desde la teoría institucional constitucional, *la fuente de la independencia judicial se encuentra tanto en la Constitución como en la sociedad civil, en tanto generadoras del sistema normativo-valorativo*<sup>21</sup>; no se requiere de jueces amanuenses de las normas, sino de verdaderos ciudadanos con toga, que ciertamente se encuentren obligados primero por la Constitución y luego por la ley, pero no solo en un sentido formal, sino también en un sentido material, en tanto norma de principios sociales”<sup>22</sup>.

---

21 El resaltado es nuestro.

22 LANDA, César. “La elección del juez constitucional”. En: *Gaceta del Tribunal Constitucional*, <[http://gaceta.Tc.Gob.Pe/img\\_upload/d7619bf73bdfb4c99376e79d9ccee3c4/conferenciatic.pdf](http://gaceta.Tc.Gob.Pe/img_upload/d7619bf73bdfb4c99376e79d9ccee3c4/conferenciatic.pdf)> [Consultado el 27/10/2010, 9:47], p. 3.





# Derecho de acceso a la justicia (en un país multicultural)\*

*Luis Andrés Roel Alva\*\**

**SUMARIO:** Introducción. **I.** Tutela judicial efectiva. **II.** El acceso a la justicia en el derecho internacional de los derechos humanos. **III.** Acceso a la justicia en un país multicultural: respeto al derecho a la identidad cultural. **IV.** Acceso a la justicia en un país multicultural. Conclusiones.

## Introducción

Este trabajo tiene básicamente dos finalidades, en el marco de esta obra colectiva sobre los derechos y garantías del debido proceso. Una primera, de carácter general, referida al derecho de acceso a la justicia; y otra sobre las limitaciones para las comunidades campesinas y grupos nativos cuando tratan de acceder a la tutela de sus derechos.

De esta forma, explicamos el contenido del derecho de acceso a la justicia (parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva), su tratamiento en los ordenamientos nacional e internacional, así como los deberes que subyacen a este.

Ahora bien, a pesar que nuestro país es multicultural, lo cierto es que la justicia en el Perú se ha concentrado en su capital y en los principales centros urbanos, dejando de lado a la población rural. Así visto, consideramos valioso contrastar el significado y alcances del derecho de acceso a la justicia con su ejercicio cotidiano en nuestro país, en el marco de nuestra realidad plural. En

\* Agradezco al Dr. Juan Carlos Ruiz Molleda, quien mediante sus artículos e información sobre este tema pudieron hacer posible este artículo.

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado del Área de Derecho Constitucional de Justicia Viva del Instituto de Defensa Legal. Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.

atención a ello, señalamos la necesidad que los órganos de justicia en el interior del país implementen entre sus procedimientos habituales el uso de traductores e intérpretes, y que se generalice la utilización del peritaje antropológico en los diferentes procesos que posean un conflicto cultural y normativo, como es frecuente en nuestro país. En este sentido, si bien dentro de la búsqueda de vías a favor de una tutela judicial efectiva se han instituido los jueces de paz como una alternativa a los órganos jurisdiccionales tradicionales, esta medida por sí sola no es suficiente.

En suma, en este artículo explicaremos el contenido del derecho de acceso a la justicia, analizaremos su falta de efectividad y propondremos la implementación del peritaje antropológico así como la utilización de intérpretes o traductores, entre otras medidas que permitan el ejercicio respetuoso de las diferencias culturales y en condiciones de igualdad del mencionado derecho.

## **I. Tutela judicial efectiva**

### **1. Contenido constitucional**

Los derechos procesales con valor constitucional de los justiciables son dos: la tutela judicial efectiva, como marco objetivo, y el debido proceso, como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Perú.

A esto, podemos decir que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, esto, a partir de una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción; el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos<sup>1</sup>.

Asimismo, el debido proceso a su vez tiene dos expresiones: una formal y otra sustantiva. Respecto a la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva se relaciona con los estándares de justicia,

---

1 STC Exp. N° 8123-2005-PHC/TC, f. j. 6.

como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer<sup>2</sup>.

Para la doctrina, la tutela judicial efectiva es uno de los derechos fundamentales de las personas que se encuentra íntimamente vinculado con su posibilidad de acceder a la justicia y preservar su libertad<sup>3</sup>. Para César Landa, el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental que, junto con el debido proceso, se incorpora al contenido esencial de los derechos fundamentales como elemento de sus núcleos duros, permitiendo de esa manera que a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho; pero, en cualquiera de ambos supuestos, su validez y eficacia lo define su respeto a los derechos fundamentales<sup>4</sup>. Para el TC, la tutela judicial efectiva es un “derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda o no, acompañarle a su petitorio”<sup>5</sup>.

Agrega el Tribunal Constitucional que: “En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente, mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia”<sup>6</sup>.

El contenido del derecho a la tutela judicial ha sido desarrollado en parte por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional. Según esta norma “Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a

2 SSTC Exp. N° 2192-2002-HC/TC, f. j. 1; Exp. N° 2169-2002-HC/TC, f. j. 2 y Exp. N° 3392-2004-HC/TC, f. j. 6.

3 BERNARDIS, Luis Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*. Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal, Cultural Cuzco, Lima, 1995, p. 412. Citado por el Juan Carlos Ruiz Molleda en: *Actualidad Jurídica*. Tomo 204, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2010, pp. 15-25.

4 LANDA, César. “Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”. En: *Pensamiento Constitucional*. Año VIII, N° 8, PUCP-MDC, Lima, 2001, p. 446.

5 STC Exp. N° 763-2005-PA/TC, f. j. 6.

6 Ídem.

procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

## **2. Acceso a la justicia como expresión de tutela efectiva**

El derecho a la tutela judicial efectiva posee varias formas de manifestación. Dentro de estas se encuentra el acceso a la justicia, que es el derecho al libre acceso a los órganos de justicia por parte de cualquier ciudadano dentro del Estado peruano. El Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2763-2002-AA/TC declaró que el derecho de acceso a la justicia tiene base constitucional, puesto que se trata de un contenido implícito del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución.

Sobre esto, en el Caso Nelson Jacob Gurman, el Tribunal en la STC Exp. N° 08123-2005-HC/TC, explicó que:

“El Tribunal Constitucional manifiesta que mientras la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia; el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos”<sup>7</sup>.

En otra ocasión, el TC desarrolló en su jurisprudencia sobre el derecho al acceso a la justicia que:

“(…) la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca

---

7 STC Exp. N° 8123-2005-HC/TC, f. j. 6

garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia<sup>8</sup>”.

De estas citas jurisprudenciales, podemos entender que el derecho al acceso a la justicia es un derecho dentro del derecho a la tutela judicial efectiva. Debemos de decir que si bien el derecho al acceso a la justicia no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993, “(...) ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso<sup>9</sup>”. Por lo mismo, al ser un derecho constitucional, este debe de ser real para todos los ciudadanos, y no solo para los que el sistema de justicia actual está dirigido.

## **II. El acceso a la justicia en el derecho internacional de los derechos humanos**

---

Existe un conjunto de documentos, informes y resoluciones que es necesario revisar en donde el TC toma posición sobre el tema de acceso a la justicia, pues establecen una serie de reglas y de pautas que orientan el trabajo en esta materia. Ello refleja el interés y la preocupación no solo nacional sino internacional por la falta de acceso a la justicia de sectores minoritarios de la población.

### **1. El acceso a la justicia en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el informe elaborado por el comisionado Víctor Abramovich en colaboración con la Universidad San Andrés de Argentina, denominado “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>10</sup>”, hace una referencia explícita y directa al tema de acceso a la justicia. Este busca visualizar y poner en agenda un tema que ha pasado desapercibido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), como es el acceso a la justicia. Ciertamente, no es lo único que se ha escrito, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado en algunas sentencias sobre este tema e incluso ha expresado algunas opiniones consultivas<sup>11</sup>.

---

8 STC Exp. N° 0763-2005-PA/TC, f. j. 6.

9 STC Exp. N° 0010-2001-AI/TC, f. j. 10.

10 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 de setiembre de 2007, Original: Español.

11 Ver por ejemplo la opinión consultiva de la corte interamericana de derechos humanos OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, párrafos 25, 28 y 30 Convención Americana sobre Derechos Humanos). De alguna manera tocan el

Como es sabido, diferentes limitaciones impiden el acceso a la justicia de la población, barreras de tipo económico, cultural, geográficas, de género, etc.<sup>12</sup>. La novedad está en que esta realidad es reconocida por la propia Corte IDH. En efecto, en relación con las barreras económicas que impiden el acceso a la justicia, “[e]sta Corte considera que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que estas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho (...) Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales”<sup>13</sup>.

## 2. La obligación de remover obstáculos que impiden el acceso a la justicia

En relación con esta situación de afectación del derecho de acceso a la justicia y con la obligación del Estado de remover los obstáculos que impidan a la población acceder a ella, en su sentencia en el caso Cantos, la Corte IDH sostuvo que: “Esta disposición de la Convención [8.1] consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”<sup>14</sup>.

---

tema de la protección judicial de derechos, la Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos) y también la opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia, (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

- 12 LA ROSA, Javier. “Acceso a la Justicia: Elementos para incorporar un enfoque integral de política pública”. En: *Acceso a la justicia en el mundo rural*. IDL, Lima, 2007, p. 29 y ss.
- 13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C N° 97, párrafos 54 y 55.
- 14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C N° 97, párr. 50, citado por CIDH, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, párr. 68.

La CIDH es enfática en cuanto hay una serie de problemas estructurales que redundan en obstáculos de tipo económico en el acceso a la justicia. Así, la Comisión se refiere a lo siguiente: a) la ausencia de instancias de la administración de la justicia en zonas rurales, pobres y marginadas<sup>15</sup>; b) la falta de patrocinio jurídico gratuito de oficio para aquellas víctimas que carecen de recursos económicos<sup>16</sup>; c) los costos de los procesos judiciales<sup>17</sup>.

Ante esta situación, la CIDH recomienda: “Crear instancias y recursos judiciales idóneos y efectivos en zonas rurales, marginadas y en desventaja económica, con el objeto de garantizar que todas las mujeres tengan un acceso pleno a una tutela judicial efectiva ante actos de violencia. 2. Incrementar el número de abogados de oficio disponibles para mujeres víctimas de violencia y discriminación (...)”<sup>18</sup>. La CIDH reconoce, entonces, que el Estado no puede mantenerse neutral e indiferente, sobre él pesa una gran responsabilidad que emana de sus compromisos asumidos frente a la comunidad internacional en materia de protección de derechos humanos, luego de firmar y ratificar los instrumentos de protección internacional de los derechos fundamentales. En efecto, como la misma CIDH lo ha reconocido, “(...) al considerar que estos grupos se ven particularmente afectados por la pobreza, la CIDH remarcó la obligación estatal de proveer la prestación de servicios legales gratuitos orientados a facilitar su acceso a instancias judiciales de protección y a una mayor difusión de información sobre recursos dentro del sistema de justicia y sobre sus derechos”<sup>19</sup>.

### **3. La sistemática exclusión del acceso a la justicia de sectores socialmente vulnerables**

Finalmente, “(...) el SIDH ha comenzado a identificar situaciones de sistemática exclusión en el acceso a la justicia respecto de sectores particularmente vulnerables de la sociedad. En estos casos, la CIDH ha destacado la obligación estatal de proveer servicios legales gratuitos y de reforzar los dispositivos

15 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, párr. 10. Citador por el informe “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, párr. 80.

16 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, párr. 12.

17 Ídem.

18 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, Recomendaciones Específicas. Citado por el informe “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, párr. 80.

19 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, párr. 215.

comunitarios al efecto, a fin de facilitar a estos grupos el acceso a instancias judiciales de protección y a una mayor difusión de información sobre los recursos dentro del sistema de justicia y sobre sus derechos”<sup>20</sup>.

Todo ello hace que la Comisión interamericana comience a hablar de “(...) situaciones de exclusión sistemática del acceso a la justicia”<sup>21</sup>. Ella ha comenzado a destacar “(...) la situación de ciertos sectores sociales que atraviesan procesos estructurales de desigualdad y exclusión, y, se ven, consecuentemente, imposibilitados de acceder a la justicia”<sup>22</sup>. Estas violaciones sistemáticas y estructurales suponen aludir ya no a casos aislados y eventuales, sino a un patrón de violencia contra la mujer que, por cierto, compromete la responsabilidad del Estado.

En relación con esta situación, “(...) el SIDH ha establecido la obligación de remover los obstáculos en el acceso a la justicia que tengan origen en la posición económica de las personas”<sup>23</sup>. Agrega que “(...) tanto la Corte IDH como la CIDH han fijado la obligación de proveer servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos, a fin de evitar la vulneración de su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva. Con esto en miras, la Comisión ha identificado algunos criterios para la determinación de la procedencia de la asistencia legal gratuita en los casos concretos. Estos son: a) la disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada; b) la complejidad de las cuestiones involucradas en el caso; y c) la importancia de los derechos afectados”<sup>24</sup>.

Incluso la CIDH ha determinado que “(...) ciertas acciones judiciales requieren necesariamente de asistencia jurídica gratuita para su interposición y seguimiento”<sup>25</sup>. Así, “(...) la Comisión Interamericana ha entendido que la complejidad técnica de las acciones constitucionales, establece la obligación de proporcionar asistencia legal gratuita para su efectiva promoción”<sup>26</sup>. En relación con las barreras económicas y geográficas, “(...) el SIDH ha establecido que los costos del proceso –sea este judicial o administrativo– y la localización de los tribunales son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de

---

20 Ibidem, p. 94.

21 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, párr. 81.

22 Ídem.

23 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, párr. 89.

24 Ídem.

25 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, párr. 90.

26 Ídem.



acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales”<sup>27</sup>.

### **III. Acceso a la justicia en un país multicultural: respeto al derecho a la identidad cultural**

---

El derecho a la identidad cultural recién fue introducido en nuestra legislación en el texto constitucional de 1993, que en su artículo 2, inciso 19 establece el derecho de toda persona:

“19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”.

En relación con esta afirmación constitucional, el Tribunal Constitucional, como Supremo Intérprete de la Constitución, en la STC Exp. N° 00020-2005-AI/TC –conocida como la sentencia Hoja de Coca– exhortó al Presidente de la República a reevaluar la política nacional e internacional antinarcóticos de conformidad con los artículos 3 y 11 del artículo 118 de la Constitución, a efectos de que sea más eficiente y acorde al derecho y a la realidad nacional y regional. De igual forma, desarrolló el inciso 19 del artículo 2 de la misma Constitución, explicando que:

“[E]l Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución material de la Nación peruana: su multiculturalismo y pluriétnicidad. Se trata de una concreción del principio de Estado Social y Democrático de derecho, establecido en el artículo 43 de la Constitución, pues, tal como ha tenido oportunidad de afirmar este Colegiado, ‘el hecho que la Constitución de 1993 reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, supone que el Estado Social y Democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural, pero siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana

---

27 Ibidem, párr. 92.

(artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58) (...)”<sup>28</sup>.

En la misma sentencia agregó que:

“Por su parte, el artículo 43 de la Constitución reconoce al Perú como una República democrática. En el principio democrático residen valores constitucionales como el pluralismo, la tolerancia y el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena. En tal sentido, el hecho de que por efecto de la diversidad cultural constitucionalmente reconocida, diversos rasgos espirituales y materiales se concreticen en grupos minoritarios, no puede ser razón válida para desconocer o, peor aún, menoscabar sus legítimas manifestaciones”<sup>29</sup>.

Siguiendo con este orden de ideas, el TC vuelve a pronunciarse en lo relativo al derecho a la identidad cultural y étnica en la STC Exp. N° 0006-2008-PI/TC –a la que se conoce como la sentencia Hoja de Coca II–. En esta el TC detalla que:

“La Constitución reconoce, entonces, el derecho tanto a la identidad cultural como a la identidad étnica. Si bien se trata de conceptos jurídicos indeterminados, este Tribunal considera que se trata de dos ámbitos de protección de la identidad cultural, entendidos como identidad de un grupo social y también como expresión cultural general. Por un lado, se trata de la identidad de los grupos étnicos, es decir, de “(...) aquellas características, cualesquiera que puedan ser que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico”; y, por otro, de la identidad cultural general, esto es, de la identidad de todo grupo social que se genera en el proceso histórico de compartir experiencias y luchas sociales comunes para autodefinirse como pueblo. Por ello, puede afirmarse que entre identidad cultural e identidad étnica existe una relación de género a especie”<sup>30</sup>.

Este reconocimiento del elemento cultural que está en su contenido, permite señalar que la Constitución no se limita solo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino que se trata de la expresión de un grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación propia

---

28 STC Exp. N° 00020-2005-A/TC, f. j. 99.

29 STC Exp. N° 0020-2005-A/TC, f. j. 100.

30 STC Exp. N° 0006-2008-PI/TC, f. j. 20.

de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos<sup>31</sup>.

El TC define la cultura como los elementos que “(...) constituyen la dimensión principal del contenido cultural de nuestra Constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias” (STC Exp. N° 0042-2004-AI/TC). Esto significa que el Derecho a la identidad cultural es un elemento de integración de la sociedad en el marco del pluralismo del Estado Democrático y Constitucional, la cual puede ser concebida como un conjunto de manifestaciones y rasgos culturales de diversa índole, que cumple las funciones simultáneas de caracterizar a una sociedad o un grupo social.

Para José Hildebrando Rodríguez Villa, “[l]a cultura es un rasgo distintivo de la especie humana y es el producto más grande de su largo proceso de evolución biológica y social. Por lo tanto, no hay grupo humano, histórico o contemporáneo, que no tenga cultura. La cultura entendida en su acepción global es mucho más que un conjunto de “buenos modales”, gustos especiales o manejo profundo de ciertas áreas del conocimiento o del arte. Es en sí una forma de vivir”<sup>32</sup>. Para este autor, el comportamiento individual de una persona cobra sentido (o se explica) dentro del marco de la cultura del grupo social al que pertenece y dentro del cual se ha socializado. Por lo tanto, entender las razones o lógicas implícitas de las acciones y las maneras de actuar de las personas, pasa por conocer el contexto de su cultura.

Esto quiere indicar el conjunto de cualidades que posibilitan su propio reconocimiento como grupo que vive e interactúa en un contexto, lugar y tiempo determinado, así como la necesidad de identificar las diferencias frente a los demás grupos sociales, por la constatación de que no comparten de modo total o parcial dichas manifestaciones o rasgos culturales. Por ende, en nuestro país, que posee una multiplicidad de culturas, se ha de garantizar que se respeten los derechos constitucionales de todos sus ciudadanos. Es decir, los órganos encargados de impartir justicia en nuestro país deben de garantizar los derechos procesales, como el derecho al acceso a la justicia, de los recurrentes, sin desnaturalizar el derecho a la identidad (cultural) que cada uno posee.

31 HABERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos, Madrid, 2000, p. 34.

32 RODRÍGUEZ, José. “Peritaje antropológico. Informe basado en el caso de Rosa Castrejon Lucano”. En: <[http://www.projur.org/PERITAJE\\_ANTROPOLOGICO.doc](http://www.projur.org/PERITAJE_ANTROPOLOGICO.doc)> [21 de noviembre de 2007].

#### **IV. Acceso a la justicia en un país multicultural**

El acceso a la justicia en las comunidades campesinas y grupos nativos, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, no ha logrado trascender de manera eficaz en el desarrollo de aquellas. La situación de la falta de acceso a la justicia de aproximadamente la tercera parte de la población es absolutamente incompatible con los derechos, valores y principios que inspiran y sustentan la Constitución Política. En efecto, esta situación de indefensión violenta, en primer lugar, el artículo 44 de la Constitución que señala que es deber primordial del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”; norma que no es sino una concreción y manifestación del artículo 1 de la Constitución, cuando señala que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

El Estado cumple con esta función de protección de derechos a través de la protección judicial que brinda el sistema de justicia a cuya cabeza se encuentra el Poder Judicial. Sin embargo, para un tercio de la población esta protección no es efectiva, ni es concreta. Esto afecta el principio de justicia, también contenido en el artículo 44 de la Constitución y en el artículo 139, inciso 3 del mismo cuerpo normativo, que consagra el derecho y al mismo tiempo el principio de la tutela judicial efectiva<sup>33</sup>, una de cuyas manifestaciones es el derecho de acceso al órgano jurisdiccional o de acceso a la jurisdicción.

Ciertamente, esta falta de acceso a la justicia genera una situación de discriminación. Este trato discriminatorio, viola de manera flagrante el artículo 2, inciso 2 de la Carta Política cuando señala que toda persona tiene derecho a “(...) la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. De igual manera se viola el derecho 139, inciso 16 cuando señala como principios y derecho de la función jurisdiccional “El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala”. Y, es que en un país como el Perú, en donde los conflictos culturales y normativos de una nación multicultural no pueden entenderse desde la lógica de la normatividad hegemónica, se deben de buscar opciones novedosas para que la justicia llegue a los que se encuentran más aislados.

33 CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Bosch, Barcelona, 1994, p. 17.

Por lo mismo, la población rural del Perú frente a sus dificultades de acceso a la justicia y recurriendo a su rica experiencia comunal viene potenciando sistemas locales de justicia que permiten la solución a los problemas a partir de combinar mecanismos comunales y judiciales, recogiendo identidades culturales y priorizando el arreglo pacífico y apropiado de los conflictos antes de judicializarlos.

### **1. Rol de los jueces de paz en el Perú**

En algunas zonas rurales del país vienen funcionando sistemas de justicia comunitaria o de jueces de paz. Estos últimos son miembros de las comunidades, en su mayoría sin capacitación formal en leyes, que imparten justicia entre sus convecinos. A pesar de esta falta de formación, administran justicia, basándose en sus usos y costumbres, es decir, aplicando el Derecho Consuetudinario, o “comunitario” según otra denominación.

Estos jueces de paz son ciudadanos que vienen resolviendo exitosamente las demandas de seguridad y justicia de su población a partir de la organización comunal y estableciendo niveles de coordinación con operadores locales del sistema judicial; asimismo, priorizan la resolución pacífica de los conflictos con base en sus propias costumbres antes de derivarlos al Poder Judicial, porque es bien sabido que ciertas prácticas, creencias, cosmovisiones, etc. necesitan explicarse y traducirse bajo esquemas y referentes cognitivos de las propias culturas de donde emergen, con el objeto de significar los que ellas mismas expresan.

Como ya se ha mencionado, el derecho al acceso de justicia garantiza el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales para solicitar que se resuelva una situación jurídica, conflicto de derechos o presentación de reclamos en un proceso judicial. Sin embargo, para que este derecho sea efectivo, los particulares deben de tener una proximidad con los actores jurisdiccionales, quienes en muchos casos están muy alejados del lugar donde se suscitaron los hechos y de donde provienen las víctimas que buscan justicia.

Es posible establecer una complementariedad entre el sistema judicial y la justicia comunitaria para resolver los problemas de justicia local en zonas rurales; normativamente esto está considerado a partir de establecer mecanismos de coordinación. Asimismo las limitaciones estatales de recursos e infraestructura para atender las áreas rurales plantean a los actores locales concordar roles y sumar recursos para poder llegar a toda la población a pesar de su lejanía.

Según el art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se establece que: “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”. Siguiendo lo expuesto en este párrafo y en los extractos de las sentencias del TC citadas en este informe, podemos entender que el Máximo Intérprete de nuestra Constitución ha resaltado en muchas de sus sentencias la importancia de la identidad cultural, la cual no debe ser impedimento sino un estímulo para el ejercicio real y efectivo del derecho de acceso a la justicia.

Estas falencias en el acceso a la justicia para los peruanos que viven lejos de los centros jurisdiccionales, pueden subsanarse si se realiza una política de promoción de los Juzgados de Paz dentro de las comunidades, ya que “[e]s muy conocido que el juez de paz, junto con el policía, el gobernador, el alcalde, el presidente de la comunidad campesina o indígena, resuelve conflictos con cierta frecuencia, y esto es una suerte de cosmovisión o de universo en el cual el poblador o el usuario del servicio recurre casi indistintamente a cualquiera de esas autoridades comunales, evidentemente con algunos acentos o con algunas preferencias”<sup>34</sup>.

Ante esta situación, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la legitimidad de los dispositivos comunitarios –entre los que se encuentra por cierto la justicia comunal– para solucionar el problema de la falta de acceso a la justicia. Señala la misma Comisión que: “A su vez, el SIDH ha comenzado a identificar situaciones estructurales de desigualdad que restringen el acceso a la justicia a determinados sectores de la sociedad. En estos casos, la CIDH ha destacado la obligación estatal de proveer servicios legales gratuitos y de reforzar los *dispositivos comunitarios* al efecto, a fin de facilitar a estos sectores sociales en situación de desventaja y desigualdad, el acceso a instancias judiciales de protección, y a información adecuada sobre los derechos que poseen y los recursos judiciales disponibles para su tutela”<sup>35</sup> (resaltado nuestro).

En ese marco, la justicia comunal, entendiéndola como dispositivo comunitario, sí tendría reconocimiento por parte de este organismo. Ciertamente, la

34 LOVATÓN, David. *La justicia de paz en el Perú*. En: <<http://www.idl.org.pe/Publicaciones/Jusciapaz/estudios/david.htm>>.

35 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, párr. 9.

CIDH no la menciona, pero tampoco la excluye. En efecto, este ente ha remarcado “(...) la importancia de los dispositivos comunitarios –como los juzgados de paz y las defensorías comunitarias– y la necesidad de que estos cuenten con mecanismos y recursos que permitan garantizar su efectividad. Lo anterior con el fin de ofrecer servicios básicos a mujeres víctimas de violencia en zonas rurales, marginadas y pobres, así como información sobre procedimientos legales, apoyo en procesos administrativos y acompañamiento a las víctimas en procesos judiciales”<sup>36</sup>. Como puede apreciarse, la justicia comunal no solo goza de reconocimiento constitucional y legal, sino de manera general, de reconocimiento por la CIDH, un órgano clave y fundamental del SIDH.

## 2. Intérpretes y traductores

La Constitución Política del Perú en el artículo 139, inciso 14 reconoce “[e]l principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

Sobre este mismo tema, el Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que “(...) el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesa que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés<sup>37</sup>”. Asimismo, el mismo TC en la misma línea jurisprudencial, explica que “[e]l contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficiente y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos”<sup>38</sup>.

36 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, párr. 180. Citado por “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, párr. 79.

37 STC Exp. N° 5085-2006-PA/TC, f. j. 5.

38 STC Exp. N° 6648-2006-HC/TC, f. j. 4.

Lo desarrollado jurisprudencialmente por el TC, en relación al derecho de defensa, exige que en los procesos en que una de las partes no tuviera la posibilidad de entender el idioma usado en los tribunales, y con el fin de ejercer el derecho de defensa constitucionalmente protegido, se exija el nombramiento de un intérprete que permita un cabal desarrollo del mismo derecho.

El uso del intérprete en los procesos que se necesiten no solo está ligado al derecho a la defensa, sino al reconocimiento del Estado peruano como un Estado multicultural, que conlleva a que se respete el derecho a usar el propio idioma como expresión de su identidad cultural. Sobre este, el TC ha señalado anteriormente que “(...) la Constitución tiene una dimensión cultural que importa que (...) no es solo una obra normativa sino también expresión de un estado de desarrollo cultural, medio de la autorrepresentación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas (...)”<sup>39</sup>.

De la misma forma, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.3, establece las siguientes garantías mínimas en los procesos judiciales: “a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en firma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”, y “f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal”.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 8.2: “a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal”. Este artículo de la Convención, que es muy similar a la interpretación constitucional realizada por el TC, precisa que en el caso que no se comprenda o no hable el idioma del juzgado o tribunal es necesario la asistencia de un intérprete durante el juicio. Cabe señalar que si bien existen discrepancias entre los investigadores del tema sobre la cantidad de lenguas indígenas existentes en el Perú, una propuesta conservadora establece al menos 19 familias lingüísticas y 43 lenguas andinas y amazónicas, sin contar la variedad de dialectos que puede tener cada lengua.

Citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La evolución del procedimiento ha sido constante y notable en el medio siglo transcurrido después de la Segunda Guerra Mundial. De esto hay abundantes testimonios. El derecho a contar con defensa en el proceso se ha visto ampliado y enriquecido por el derecho a conocer los motivos del procedimiento se ha ensanchado

---

39 STC Exp. N° 4719-2007-HC/TC, f. j. 12.



con el derecho a disponer de traductor cuando no se conoce el idioma en el que aquel se desarrolla<sup>740</sup>. Asimismo, la CIDH establece que: “c) Derecho de defensa: incluye varios derechos; contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener intérprete o traductor, ser oído, conocer la acusación e interrogar y presentar testigos<sup>741</sup>”.

Por lo tanto, se desprende de lo expuesto que el ejercicio del derecho de defensa no es posible si al recurrente no se le designa traductor o intérprete y, de acuerdo con lo desarrollado por nuestro Tribunal Constitucional y por la normativa internacional vinculante, el empleo de un traductor o intérprete es un medio para concretizar el derecho a la defensa, permitiendo que este sea una garantía mínima del procesado para el respeto de su derecho al debido proceso y a su identidad cultural<sup>42</sup>.

### 3. Peritaje antropológico

Si bien estos mecanismos, como la Justicia de Paz o la justicia comunitaria, son positivos, no obstante tienen limitaciones para abordar las necesidades de justicia de toda la población, porque la justicia de paz no debe ser considerada un parche o remiendo de la justicia oficial. Por ello, se tiene que considerar el acceso a la justicia debería ser una prioridad en toda política de reforma del Poder Judicial.

Por lo tanto, cuando los casos de los particulares superen la jurisdicción de los jueces de paz y deban ser llevados al Poder Judicial, se deberán hacer las pericias antropológicas correspondientes, entendiendo esta técnica como “el peritaje es una actividad procesal desarrollada en virtud de un encargo judicial, que a partir de sus conocimientos suministra al juez argumentos o razones para su convencimiento de hechos, prácticas, creencias para el entendimiento de un caso específico<sup>743</sup>”.

40 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.

41 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

42 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “(...) toda declaración de una persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma en el cual esta le es tomada, carece de valor”. Informe sobre la situación de, los Derechos Humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito, 1983. Parte II, secc., D, párr. 17 d.

43 VALLADARES DE LA CRUZ, Laura. “El peritaje antropológico: Los retos del entendimiento intercultural”. En: <[www.cemca.org.mx/UserFiles/Peritaje%20%20CEMCA%20nov%202006.ppt](http://www.cemca.org.mx/UserFiles/Peritaje%20%20CEMCA%20nov%202006.ppt)>.

Con la implementación de las pericias antropológicas a los procesos judiciales cuando estos lo ameriten se daría inicio a las primeras bases de un pluralismo jurídico, siendo las herramientas que permitirían un acceso efectivo al sistema de justicia. Esto tendría como objetivo el mejorar las vías de acceso a la justicia de las personas que se encuentran en comunidades campesinas e indígenas, coadyuva a que el discurso de la pluralidad se traduzca en relaciones interculturales basadas en el respeto y la equidad<sup>44</sup>, con impacto en la construcción de un Estado respetuoso de la diversidad que profesa el Estado Democrático y Constitucional del Perú.

Si bien este no ha sido reconocido de manera explícita en la Constitución, en la medida en que el peritaje permite concretar y materializar estos derechos, se trata de un derecho innominado que goza de cobertura constitucional y que, en consecuencia, puede ser exigido judicialmente. El maestro Hesse llegará a decir que “las normas constitucionales no con completas ni perfectas”<sup>45</sup>, afirmando más adelante que “(...) para el Derecho Constitucional la importancia de la interpretación es fundamental pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas”<sup>46</sup>. Esto significa que las normas de la Constitución que reconocen el derecho a la defensa, a la igualdad y a la identidad cultural, no son normas cerradas y completas, ellas deben ser “completadas” vía interpretación constitucional.

En definitiva, el fundamento tiene que ver con que las disposiciones constitucionales, además de su superior jerarquía respecto de las demás normas legales, están caracterizadas por contener conceptos jurídicos indeterminados, normas abiertas y contradictorias, lagunas que es necesario rellenar y colmar.

Esta teoría recogida por la jurisprudencia del TC<sup>47</sup> es doblemente relevante en el caso de la falta de un peritaje de la población culturalmente distinta, pues

44 VALLADARES DE LA CRUZ, Laura. Ob. cit.

45 HESSE, Konrad. “La interpretación de la Constitución”. En: *Escritos de Derecho Constitucional*. CEC, Madrid, 1992, p. 17.

46 Ibidem, p. 34.

47 El origen de esta teoría se encuentra en la doctrina alemana y su autor es Peter Haberle. Para él, los derechos fundamentales tienen un doble carácter: el aspecto de derecho individual y el aspecto institucional. Presentan un aspecto de derecho individual pues son los derechos de la persona, cuyos titulares son los individuos. De otro lado, caracterizados por un aspecto institucional, ellos representan la garantía constitucional de esferas de vida reguladas y organizadas según principios de libertad. Ver: HABERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1987, pp. 163-164; En esa misma línea, para el actual presidente del Tribunal Constitucional los derechos fundamentales tiene un doble carácter constitucional: “(...) como derechos subjetivos de la persona y como fundamento valorativo del orden institucional. De modo que los derechos individuales son a la vez

significa que el derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la defensa, tiene una doble dimensión; una subjetiva, cuyos titulares son la población indígena excluida, derecho que les asigna la facultad de reclamar y exigir el cumplimiento de esta; y de otra parte, una dimensión objetiva, que implica un deber del Estado y de todos los poderes públicos –y entre ellos de los operadores del sistema de justicia– de garantizar la eficaz protección de los derechos de la población.

Esta teoría, abrazada por el TC, señala que: “Los poderes públicos, en general, tienen un deber especial de protección de los derechos fundamentales de la persona. Tal deber de protección exige la actuación positiva de aquellos. Trátándose de órganos administrativos, tal función comprende todas aquellas actuaciones positivas que la Constitución o las leyes le atribuyen para la protección de los derechos fundamentales, tanto frente a actos del propio Estado como respecto a los provenientes de particulares”<sup>748</sup>.

Si bien la cultura es como el significante universal que explica la particularidad de la especie humana frente a las otras especies de seres vivos, adquiere diversos significados según las diferentes formas de vivir de los distintos grupos humanos a lo largo del mundo y de la historia. De allí que es lícito hablar de *culturas* para referirnos a las diferentes formas como viven, piensan, hablan, creen, producen, se relacionan, etc. los distintos pueblos o grupos sociales de una región o país. Es por esta razón que el Perú y otros territorios del mundo se definen como países pluri o multiculturales, y donde la *interculturalidad* debe marcar las pautas de relación entre los pueblos.

El comportamiento individual de una persona cobra sentido (o se explica) dentro del marco de la cultura del grupo social al que pertenece y dentro del cual se ha socializado. Por lo tanto, entender las razones o lógicas implícitas de las acciones y las maneras de actuar de las personas, pasa por conocer el contexto de su cultura. Tomamos como referencia lo desarrollado al respecto por Armando Guevara<sup>49</sup>, este autor afirma que “la pericia moderna es el resultado del modelo indagatorio desarrollado en el campo judicial, político y científico desde

---

instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos. Ahora bien es, precisamente mediante la actuación estatal, aunque también de los particulares, que los derechos pueden ser desconocidos, desvirtuados o vaciados de contenido, ya sea por acción o por omisión”. Ver: LANDA ARROYO, César. *Estudios sobre Derecho procesal Constitucional*. Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2006, p. 125.

48 STC Exp. N° 5637-2006-PA/TC, f. j. 11.

49 GUEVARA GIL, Armando. *Guía Metodológica para la elaboración de peritajes antropológicos*. Oficina Regional de Iquitos-Defensoría del Pueblo, 2003.

finés de la Edad Media. La indagación era una “forma de de investigación de la verdad en el seno del orden jurídico (...) para saber quién hizo qué cosa, en qué condiciones y en qué momento”. En la actualidad, el peritaje es un medio probatorio y una prueba que se puede actuar en cualquier esfera del derecho y en todo tipo de procesos judiciales. El objetivo del mismo, es que un experto aporte al juzgador sus conocimientos teóricos, científicos, técnicos o artísticos para que este pueda dilucidar una controversia con mejores elementos de juicio. Asimismo, este medio tiene ciertas características:

“(...) ”

Es una actividad procesal

Es un medio de prueba

Es realizado por encargo judicial

Es una actividad calificada

Debe tratar sobre hechos y no sobre derecho

Estos hechos deben ser caracterizados como especiales

Es una declaración de orden científico

Genera un dictamen técnico y fundamentado”<sup>50</sup>

El peritaje antropológico está íntimamente relacionado con el principio de igualdad, en su pauta “igualdad de trato” como principio de igualdad en sentido estricto, y que se concretiza positivamente en lo que se conoce como igualdad ante la ley e igualdad en el contenido de la ley. En tal sentido, la igualdad se limita a prohibir el mero tratamiento desigual, arbitrario e irracional entre personas, cosas, situaciones con características comunes relevantes. Sería suficiente, entonces, justificar razonablemente las diferencias que se establezcan en la ley, o al momento de aplicar la ley, para no vulnerar este principio<sup>51</sup>.

La igualdad ante la ley está relacionada no solamente con la inexistencia de privilegios, sino también con la eficacia *erga omnes* y, en consecuencia, la generalidad e impersonalidad en la delimitación de los supuestos de su aplicación.

---

50 RODRÍGUEZ VILLA, José. Loc. cit.

51 MONOTOYA VIVANCO, Yvan. *Bases conceptuales y político criminales para el estudio de la tutela penal anticipada contra la discriminación racial y xenofobia*, Trabajo presentado para la obtención del Grado en la Universidad de Salamanca, 1997, p. 25.

El entender la igualdad como consecuencia de la generalidad propia de la norma legal (expresión de la voluntad general) supone que todos se someten igualmente al ordenamiento y todos tienen igual derecho a recibir protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce<sup>52</sup>.

Como sostuvimos líneas arriba, el principio de igualdad en la ley no solo plantea que lo igual debe ser tratado igual; sino también lo contrario, que lo que no es igual debe ser tratado desigualmente<sup>53</sup>. No se establece, entonces, un principio de igualdad absoluto y mucho menos que excluya la propia necesidad de establecer un trato desigual sobre supuestos de hecho en sí mismos desiguales<sup>54</sup>. En tales casos, es necesario una justificación que explique el tratamiento diverso entre ciudadanos que se encuentran en una situación desigual.

En una Opinión Consultiva sobre la compatibilidad de un proyecto de reforma constitucional con la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana señaló que, “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana”<sup>55</sup>, idea esta última, de la que se desprende derechos fundamentales como a la igualdad y a la no-discriminación. Para la Corte Interamericana, existen en efecto ciertas “(...) desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia”<sup>56</sup>.

En ese sentido, el peritaje antropológico constituye una medida que tiene como objetivo garantizar un tratamiento diferente dos realidades diferentes, con el objeto que no haya precisamente discriminación, toda vez que, como hemos visto, tratar igual a los que no son semejantes implica también un nivel de discriminación. La cobertura de este tratamiento diferenciado en el caso de los pueblos indígenas lo podemos encontrar en el artículo 4 del Convenio 169 de la OIT, que hace referencia a las denominadas “medidas especiales”, para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas<sup>57</sup>. De lo contrario, se genera-

52 RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. *Igualdad y discriminación*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 20.

53 *Ibidem*, p. 46.

54 Sentencia del Tribunal Constitucional Español, S. 3/83, de 25 de enero. En: RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. *Ob. cit.*, p. 49.

55 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturaleza, pp. 56 y 57.

56 *Ídem*.

57 **Convenio 169 de la OIT**  
**“Artículo 4.1.**

Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

ría una situación de indefensión, incompatible con el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación.

Por ello, consideramos que en el caso de la no realización de peritajes en procesos seguidos contra miembros de comunidades nativas, campesinas y de pueblos indígenas estamos ante una violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, pues se estaría tratando de forma semejante a personas que en sustancia son diferentes, sin justificación alguna.

## **Conclusiones**

---

El acceso a la justicia en las comunidades campesinas y nativas, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, no ha logrado trascender de manera eficaz en su desarrollo. Esto se debe a diversos problemas descritos en el transcurso de este trabajo y que es bueno recordar. Primero, respecto al rol de los jueces de paz en las comunidades, esta es una pieza fundamental que no ha sido explotada de manera eficaz por ningún gobierno o presidente del Poder Judicial, teniendo en cuenta que ellos son la máxima representación de justicia dentro de las mismas comunidades que los eligieron.

Asimismo, la falta de intérpretes y traductores, que en un país como el nuestro, en cual existen diversas lenguas y dialectos, hace necesario y obligatorio que los órganos jurisdiccionales tengan estas herramientas para hacer llegar la justicia a todos los ciudadanos de nuestra vasta nación. Luego, debemos hacer hincapié en el peritaje antropológico, que es una herramienta innovadora e importante para lograr un cabal acceso a la justicia de las diversas comunidades multiculturales del Perú. Esta herramienta se deduce vía interpretación sistemática de la Constitución de tres artículos, que su vez recogen tres derechos constitucionales: el derecho a la defensa como garantía y como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y la prohibición de discriminación, y del derecho a la identidad cultural, todos ellos reconocidos en la Constitución.

---

### **Artículo 4.2.**

Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. Como las culturas y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales suelen diferir de las del resto de la población nacional, sus miembros corren el riesgo de ser víctimas de discriminaciones en razón, precisamente, de sus culturas, tradiciones y valores específicos. En consecuencia, muchos de estos pueblos están amenazados de extinción cultural”.

Con ello, podemos concluir que el derecho al acceso a los órganos de justicia debe ser un derecho cierto para todos los peruanos, la demanda de acceso a la justicia de las poblaciones indígenas de pocos recursos económicos debe de concederse sin ningún tipo de discriminación y de manera igualitaria, mediante el empleo de las herramientas antes expuestas en este artículo. El objetivo de las medidas antes citadas es precisamente dar las mismas oportunidades a los miembros de los pueblos indígenas para que puedan defenderse en forma adecuada cuando son procesados por la justicia ordinaria.

La Administración Pública está sometida a la ley y a la Constitución, en consecuencia, está obligada a dar cumplimiento a este derecho. Y es que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales ha generado una serie de deberes al Estado, todos ellos dirigidos a conseguir la plena vigencia de su contenido constitucionalmente reconocido, y uno de esos deberes es la de implementar realmente mecanismos de defensa efectiva contra agresiones a los derechos fundamentales<sup>58</sup>.

De la misma forma, no podemos olvidar que el Estado tiene un deber de acción positiva ante la falta de reconocimiento de las diferencias culturales por parte de los operadores del sistema de justicia. En efecto, el Estado no puede quedarse cruzado de brazos ante una situación sistemática de indefensión de la población que participa de otra experiencia cultural. Las constituciones imponen al legislador mandatos de actuación positiva, de manera que la obra de este puede ser inconstitucional no solo por contradicción directa de su texto con la norma fundamental, sino también por no hacer realidad esos mandatos impuestos por la Constitución<sup>59</sup>. Por ello, es una obligación del Estado peruano y de todos sus poderes en hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, especialmente para las comunidades campesinas y nativas, que son una población vulnerable en el Perú.

---

58 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Tercera edición, Palestra, Lima, 2006, p. 558 y ss.

59 DIAZ REVORIO, Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 304.





# Apuntes sobre el derecho fundamental al juez predeterminado por ley

*Abraham García Chávarri\**

**SUMARIO:** I. Comentarios iniciales. II. El derecho a un juez predeterminado por ley como expresión de la dimensión procesal del derecho fundamental a un debido proceso en el ordenamiento peruano. III. El derecho a un juzgador predeterminado por ley. Noción y contenido constitucionalmente protegido. IV. Comentarios finales.

## I. Comentarios iniciales

Uno de los primeros documentos en los que puede apreciarse una restricción del poder real es, como se sabe, la Carta Magna<sup>1</sup> impuesta al Rey Juan I de Inglaterra el 15 de junio de 1215. Allí también se encuentra un antecedente del derecho a un debido proceso bajo la forma de *per legem terrae* o *law of the land*:

“(…) 39) Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra

\* Profesor de Derecho Constitucional del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Para Díaz Revorio, además de ser el primer cuerpo normativo en el que se limita el poder regio, la Carta Magna constituye así mismo un antecedente remoto de las declaraciones de derechos que se darán posteriormente, aun cuando más vinculadas a los privilegios de la Iglesia y la nobleza. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (compilador). *Textos Constitucionales Históricos. El Constitucionalismo Europeo y Americano en sus documentos*. Palestra, Lima, 2004, pp. 53 y 54.

“Bajo presión de los barones, resentidos por sus medios arbitrarios, Juan firmó lo que vendría a ser uno de los documentos más trascendentales de la historia inglesa. Por primera vez, un soberano reconoció formalmente ciertos derechos que se encontraban por encima de él mismo”. KLAIBER, Jeffrey. “Derechos humanos: una visión histórica”. En: SALMÓN GÁRATE, Elizabeth (coordinadora). *Miradas que construyen. Perspectivas multidisciplinares sobre los derechos humanos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, p. 13.

él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino. (...)”.

Así, la restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales de una persona (esencialmente, de los derechos a la libertad personal y a la propiedad) no puede realizarse “de cualquier forma”, sino mediante una decisión judicial y de acuerdo con lo establecido por el ordenamiento jurídico respectivo<sup>2</sup>.

Como indica Juan Francisco Linares, la institución del debido proceso llegó a las colonias inglesas de América con dos características. En primer lugar, se presentaba como garantía procesal de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias y, de forma eventual, contra las penas pecuniarias y confiscaciones sin juicio legal por los pares. En segundo lugar, significaba también una garantía contra la arbitrariedad del monarca y de los jueces (mas no del Parlamento)<sup>3</sup>.

La primera mención expresa a este derecho fundamental –como *due process of law*– se halla en la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América del 17 de setiembre de 1787, aprobada el 15 de diciembre de 1791. Allí se lee:

“Nadie será obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas del mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; *ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal*; ni se le ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización” (el resaltado es propio).

A ella se sumó lo dispuesto en la Enmienda Catorce a la misma Constitución Federal, del 9 de julio de 1868:

---

2 Desde el debate y la práctica británica se fue configurando –sostiene Espinosa-Saldaña Barrera– una doble concepción del derecho a un debido proceso. Por un lado, contenía una garantía procesal de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias y las penas sin juicio previo a cargo de los pares del acusado, y, por otro lado, denota también un conjunto de garantías respecto de las eventuales arbitrariedades del monarca o de la judicatura. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por la Sala Civil de la Corte Suprema entre 1996 y 1998”. En: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. ARA, Lima, 2003, p. 412.

3 LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*. Segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 16.

“1. (...) Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; *tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal*; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos (...)” (el resaltado es propio).

Como puede apreciarse, los elementos propios de la dimensión procesal del derecho a un debido proceso (tales como los derechos a un juzgador imparcial y predeterminado por ley, defensa, obtención de una sentencia sin dilaciones indebidas, entre otros) se encuentran contemplados para el proceso penal en la Cuarta Enmienda (1791) al texto constitucional norteamericano. En igual tenor, el parámetro de razonabilidad, muy importante expresión del debido proceso sustantivo, está recogido a su vez en la Octava Enmienda (también de 1791) en el sentido de proscribir la imposición de fianzas y multas excesivas.

La traducción de la frase inglesa como “debido proceso legal” merece un breve comentario. En primer término<sup>4</sup>, la palabra *due*, “debido”, no se ciñe en estricto a una condición de respeto fundamentalmente formal a parámetros normativos previamente establecidos, sino que también comprende el intento de satisfacer consideraciones mínimas de respeto a valores, como el de la justicia (“proceso justo”). En segundo lugar, el vocablo *process* no se limita únicamente al ámbito de un proceso, pues alcanza a cualquier actuación de quien cuente con autoridad (vinculada, en principio, a la composición de conflictos). Finalmente, las voces *of law* deben entenderse en un sentido amplio, como la conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

## **II. El derecho a un juez predeterminado por ley como expresión de la dimensión procesal del derecho fundamental a un debido proceso en el ordenamiento peruano**

---

Se distingue en el debido proceso una dimensión sustantiva o material y otra procesal o adjetiva. Inclusive en los Estados Unidos de Norteamérica este derecho ha tenido una tercera dimensión. Ella tiene que ver con el instrumento

---

4 Sigo, en todo este párrafo, lo anotado por ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Derecho al debido proceso: un acercamiento más didáctico a sus alcances y problemas”. En: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (coordinador). *Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Jurista, Lima, 2005, p. 63.

mediante el cual se reconduce de aquellos derechos, en principio solo predicables ante la Federación, al conjunto de todos sus Estados integrantes<sup>5</sup>.

La dimensión sustantiva del debido proceso tiene como uno de sus objetivos el evitar un comportamiento arbitrario por parte de quien esté premunido de autoridad o poder<sup>6</sup>. Se torna, pues, en “un *standard* o patrón o módulo de justicia<sup>7</sup> para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos”.

La dimensión más habitual del derecho a un debido proceso es la procesal (y en ella encontramos el derecho a un juzgador imparcial). Esta dimensión implica el derecho que tiene cualquier persona de acudir a una autoridad competente e imparcial para que se le resuelva su conflicto de intereses o esclarezca una situación de incertidumbre con relevancia jurídica, dentro de las más posibles condiciones de igualdad y justicia para las partes involucradas, y enmarcada dentro de un plazo razonable<sup>8</sup>.

No se encuentra referencia expresa al derecho a un debido proceso en la Constitución de 1979, no obstante que algunos elementos de su dimensión procesal podían ser advertidos en el artículo 233 (que recogía las denominadas “garantías de la administración de justicia”)<sup>9</sup>. En lo que respecta a la dimensión sustantiva del debido proceso, la Carta de 1979 no contenía ninguna mención o alcance. Sin embargo, el concepto de razonabilidad empezó a trabajarse por las vías jurisprudencial y doctrinaria a propósito de la revisión judicial de las medidas tomadas al amparo de la dación de un estado de excepción<sup>10</sup>.

La mención al derecho a un debido proceso aparece por primera vez en la Constitución de 1993, pero en una ubicación equívoca y poco sistemática. El artículo 139 enuncia lo que erróneamente denomina principios y derechos de la

5 Ibidem, p. 64.

6 Ídem.

7 LINARES, Juan Francisco. Ob. cit., p. 26.

8 Cf. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Ob. cit., pp. 66-67.

9 QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Las garantías constitucionales de la administración de justicia”. En: AA. VV. *La Constitución diez años después*. Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989, p. 302.

10 Para un mayor detalle, véase ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Estados de excepción, control jurisdiccional y hábeas corpus. Experiencias y riesgos a la luz del caso peruano”, en su libro: *Jurisprudencia Constitucional...* Ob. cit., pp. 167-226.

función jurisdiccional<sup>11</sup> y, dentro de ellos, en su inciso tercero nombra el correspondiente a la “observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional”<sup>12</sup>.

Como en el caso de la Constitución de 1979, el actual texto constitucional también recoge algunos elementos propios del debido proceso procesal en el ya mencionado artículo 139. Así, se encuentran, entre otros, los siguientes: la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley (inciso 4), la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan (inciso 5), la pluralidad de la instancia (inciso 6), el principio de no ser condenado en ausencia (inciso 12), el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, así como de ser informado inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención, comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por este desde que es citado o detenido por cualquier autoridad (inciso 14).

En lo relativo a la dimensión sustantiva del derecho a un debido proceso, y de forma más bien sucinta, la Constitución vigente (artículo 200, último párrafo) realiza una mención a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad como pautas para la revisión por parte de la judicatura ordinaria y el Tribunal Constitucional dentro de los márgenes del contralor judicial parcial.

Si bien la Carta de 1993 establece una referencia muy breve al debido proceso sustantivo, vinculada con el principio de razonabilidad, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido por la vía jurisprudencial algunos perfiles más<sup>13</sup>.

11 Como se sabe, en rigor, las funciones estatales no pueden tener derechos. Además, se entrecruzan sin mayor orden ni concierto derechos del justiciable con principios inspiradores de la función jurisdiccional. Para un mayor detalle, es bueno revisar lo desarrollado por ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “La impartición de justicia en la propuesta de reforma constitucional peruana recientemente debatida”. En: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Jurisdicción Constitucional...* Ob. cit., p. 383 y ss.

12 Y con ello, también introduce una nueva dificultad. La mención conjunta al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva –de orígenes y comprensiones diferentes, aun cuando de alcances coincidentes en algunos aspectos– ya se observa en importantes textos normativos anteriores como el Código Procesal Civil (artículo I del Título Preliminar) o la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 7).

13 Este tema ha sido desarrollado con detenimiento por ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “La Constitución Argentina de 1853, su interpretación y su innegable aporte en la configuración del debido proceso sustantivo en el Perú”. En: AMAYA, Jorge Alejandro (coordinador). *Visiones de una Constitución*. Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, 2004, pp. 593-616; y del mismo autor: “El debido proceso sustantivo: su desarrollo en el Derecho comparado y su evolución en el Perú”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LIV, N° 55, Normas Legales, Trujillo, marzo-abril de 2004, pp. 57-78.

En el caso Félix Herrera Huaranga<sup>14</sup>, el alto colegiado estimó que en el cese del demandante, por parte del Instituto Nacional Penitenciario, se observó “(...) la subjetividad de la evaluación a la que fue sometido, en franca transgresión del principio de interdicción de la arbitrariedad que como contenido se desprende del principio de razonabilidad, previsto en el artículo 200 de la Constitución Política del Estado”<sup>15</sup>. En otros términos, independientemente de la existencia de una reglamentación destinada a determinar las condiciones de evaluación de los servidores públicos, se debe exigir que ella responda a criterios objetivos y no se preste a eventuales arbitrariedades<sup>16</sup>. Frente a los mismos hechos, ha sido similar la línea seguida en los casos Graciela Soledad Monteza Tapia<sup>17</sup>, César Martín Castillo Córdova<sup>18</sup>, Florime Azañero Ruiz<sup>19</sup> o Laura Patricia Rico Vergara<sup>20</sup>.

En los casos Guillermo Rey Terry<sup>21</sup> y Manuel Aguirre Roca<sup>22</sup> el Tribunal Constitucional establece que las denominadas cuestiones políticas no justiciables pueden analizarse bajo las pautas del debido proceso sustantivo, esto es, según criterios como el de la razonabilidad. De este modo, si bien no se podrá discutir su dación, sí cabría la evaluación de las medidas tomadas a su amparo<sup>23</sup>.

Es de la mayor relevancia lo observado por el Tribunal Constitucional en el caso Francisco Huamán Gonzales<sup>24</sup>. En ella, el alto colegiado anotó que “(...) estima legítima la pretensión alegada ya que la sanción de pase de la situación de actividad a la de retiro por medida disciplinaria, adoptada por conducto de la Resolución Directoral N° 1119-98-DGPNP/DIPER-PNP, denota en diversos de sus extremos inobservancia del derecho fundamental al debido proceso que, como se ha puesto de manifiesto en diversos pronunciamientos expedidos con anterioridad, no solo tiene una faceta o dimensión formal, sino también una faceta o dimensión sustantiva, que es la que principalmente se ha visto afectada en el presente caso”<sup>25</sup>. De este modo, se reconoce por parte del Supremo Intérprete

14 STC Exp. N° 090-97-AA/TC, del 2 de julio de 1998.

15 Fundamento 6 b de la citada sentencia.

16 Esta consideración ha sido efectuada por ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Ob. cit., p. 67.

17 STC Exp. N° 390-98-AA/TC, del 16 de octubre de 1998, f. j. 4.

18 STC Exp. N° 432-98-AA/TC, del 9 de setiembre de 1998, f. j. 5.

19 STC Exp. N° 319-98-AA/TC, del 6 de agosto de 1998, f. j. 4.

20 STC Exp. N° 135-98-AA/TC, del 14 de octubre de 1998, f. j. 4.

21 STC Exp. N° 340-98-AA/TC, del 10 de julio de 1998.

22 STC Exp. N° 358-98-AA/TC, del 16 de julio de 1998.

23 Fundamento 11 de la sentencia en el caso Guillermo Rey Terry y fundamento 10 de la sentencia en el caso Manuel Aguirre Roca.

24 STC Exp. N° 439-99-AA/TC, del 13 de abril de 2000.

25 Fundamento 3 de la citada sentencia.

constitucional la exigibilidad de la dimensión sustantiva del derecho a un debido proceso.

Una versión más explícita sobre las dimensiones del debido proceso es la encontrada en el caso Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República<sup>26</sup>. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional peruano estableció que este derecho fundamental “(...) presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer<sup>27</sup>. Aun cuando, como puede observarse, la formulación teórica no es la más acabada<sup>28</sup>, es interesante observar que, para este alto colegiado, el reconocimiento de las dos dimensiones del debido proceso es un tema que ya ha quedado establecido. Y ello significa un importante avance en el carácter progresivo de los derechos fundamentales<sup>29</sup>.

Por otra parte, el derecho a un debido proceso extiende su aplicación a todo escenario en el que se ejerza autoridad o poder. No solo es propio de los procesos y tribunales, sino que también resulta exigible, por ejemplo, en los procedimientos administrativos, corporativos entre particulares o parlamentarios. No son pocos los casos en los que el Supremo Intérprete de la Constitución peruana ha fallado en pro de reconocer este carácter amplio del derecho a un debido proceso, independiente del escenario desde el que se invoque<sup>30</sup>.

Así, por citar con brevedad algunas causas, el Tribunal Constitucional consideró en el caso Manuel Benítez Raymundo<sup>31</sup> que el derecho a la pluralidad de instancias –derecho de configuración legal que integra el debido proceso procesal– es igualmente predicable en el ámbito de los procedimientos

26 STC Exp. N° 0023-2005-PI/TC, del 27 de octubre de 2006.

27 Fundamento 48 de la citada sentencia.

28 Así por ejemplo, en el caso de la dimensión procesal del debido proceso, pudo indicarse que el listado de derechos que la integran no es cerrado sino de carácter enunciativo.

29 También es interesante comentar que el Tribunal Constitucional peruano ha precisado igualmente que son tres –a su juicio– las principales características del derecho a un debido proceso: 1) que es un derecho de efectividad inmediata; 2) es un derecho de configuración legal (es decir, en la delimitación concreta del contenido constitucional protegido es preciso tomar en consideración lo establecido en la ley respectiva), y 3) es un derecho de contenido complejo. Cfr. el f. j. 47 de la referida sentencia.

30 Para una revisión casuística más detallada, véase SÁENZ DÁVALOS, Luis. “La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Tribunal Constitucional, año I, número 1, Lima, 1999, pp. 483-564.

31 STC Exp. N° 292-96-AA/TC, del 18 de octubre de 1996.

administrativos<sup>32</sup>. Una expresa mención a la aplicación de este derecho en el escenario administrativo se halla en el caso María Quiroz Blas<sup>33</sup>. Allí el alto colegiado señaló que “(...) la destitución de la que ha sido objeto la actora, no puede considerarse como un acto arbitrario y conculcatorio de sus derechos constitucionales realizado por el Presidente de la entidad demandada, pues tan drástica medida fue tomada tras seguirse un procedimiento administrativo, en el que se respetó el contenido esencial de su derecho al debido proceso en sede administrativa (...)”<sup>34</sup>.

Respecto de la observancia del derecho a un debido proceso en los procedimientos llevados a cabo al interior de asociaciones civiles, es relevante comentar lo anotado por el Tribunal Constitucional peruano en el caso Pedro Arnillas Gamio<sup>35</sup>. El señor Arnillas Gamio fue expulsado del Club Regatas Lima por la comisión de supuestas infracciones al estatuto de la referida asociación, sin mayor prueba que las declaraciones de dos trabajadores de ese club, y sin poder ejercer su derecho de defensa de modo efectivo. Las aludidas infracciones estatutarias tenían que ver con actos supuestamente contrarios contra la siempre amplia causal de moral y buenas costumbres. El Tribunal Constitucional estimó que el club había trasgredido el derecho de defensa del demandante al no ponerse oportunamente en su conocimiento los cargos que se le imputaban y el material probatorio sobre la base del cual resultó expulsado de dicha institución.

En los casos Princeton Dover Corporation<sup>36</sup> y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.<sup>37</sup> el alto colegiado precisó en estas sentencias que el derecho a un debido proceso es aplicable en todo escenario en el que se ejerza autoridad, sea este el ámbito judicial, procedimiento administrativo, relaciones entre particulares o procedimientos parlamentarios de control.

En otro fundamento, el Tribunal Constitucional observó que la “(...) vocación expansiva del derecho al debido proceso no significa que todos los

32 Cfr. primer párrafo de la citada sentencia.

33 STC Exp. N° 0594-1996-AA/TC, del 13 de junio de 1997.

34 Cuarto fundamento de la referida sentencia. Posteriores pronunciamientos en igual sentido se encuentran en los casos Carlos Alberto Franco Choque (Exp. N° 647-96-AA/TC), Alfredo Rolando Yataco García (Expediente 1034-96-AA/TC) y Ysidro Alberto Villanueva Rodríguez y otro (Exp. N° 619-96-AA/TC).

35 STC Exp. N° 067-93-AA/TC, del 12 de diciembre de 1996. Ahora bien, el derecho de defensa en sede corporativa entre particulares tiene un feliz antecedente jurisprudencial en la demanda de amparo declarada fundada por la Corte Suprema de Justicia de la República, el 24 de agosto de 1987, en el caso Ezequiel Ramírez Novoa contra el Club de la Unión.

36 STC Exp. N° 7289-2005-PA/TC, del 3 de mayo de 2006.

37 STC Exp. N°s 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (acumulados), del 11 de diciembre de 2006.



derechos que lo conforman se extiendan, *tout court*, a todos los procesos o procedimientos a los que antes se ha hecho referencia. El Tribunal ha advertido también la existencia de determinados derechos que, perteneciendo al debido proceso judicial, no necesariamente forman parte del debido proceso en los procedimientos ante personas jurídicas de Derecho Privado, como puede ser el caso de la pluralidad de la instancia”<sup>38</sup>.

En síntesis, la jurisprudencia de Tribunal Constitucional peruano, desde el inicio de su labor institucional, acorde con las características de expansividad y progresividad de los derechos fundamentales en su vertiente internacional, siempre se ha preocupado por ir paulatinamente extendiendo los alcances de aplicación de las dos dimensiones del derecho a un debido proceso. Gracias a la labor del organismo de control de la Constitución, se ha desterrado en el ámbito nacional la idea equivocada de que el derecho a un debido proceso era de carácter meramente judicial, para desplegarlo, como es lo propio, a todo escenario en el que se ejerza autoridad, sin distinción ni excusa de exclusión.

### **III. El derecho a un juzgador predeterminado por ley. Noción y contenido constitucionalmente protegido**

---

El derecho al “juez predeterminado por ley” consiste en la garantía de ser juzgado por quien ha sido atribuido como tal según la previa distribución de competencias<sup>39</sup> jurisdiccionales<sup>40</sup> realizadas en observancia del principio de legalidad<sup>41</sup>.

Así, este derecho fundamental implica que quien resolverá un conflicto de intereses, esclarecerá una situación de incertidumbre jurídica, reprimirá actos antisociales y/o controlará la constitucionalidad de las normas a su conocimiento –es decir, quien “dirá Derecho” al impartir justicia– será una autoridad previamente estatuida con una competencia determinada para tal fin, pero no en

---

38 STC Exp. N°s 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (acumulados), f. j. 38.

39 La competencia –siguiendo a Gómez Colomer– es el “conjunto de reglas que determina la atribución de un asunto concreto a un órgano jurisdiccional particularizado”. Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. “Lección 13. La competencia”. En: MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional. Parte general*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1994, p. 210.

40 La jurisdicción es un poder-deber del Estado que tiene por finalidad la solución de conflictos de intereses intersubjetivos con relevancia jurídica, controlar las conductas antisociales y controlar también la constitucionalidad normativa. Para ello, el Estado utiliza su fuerza para que las decisiones que hayan adquirido la autoridad de cosa juzgada sean eficaces. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Tomo I, De Belaunde & Monroy-Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 203-244.

41 Cf. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Derecho al debido proceso: un acercamiento más didáctico...” Ob. cit., pp. 99-100.

función de las actividades o colectividades a las que puedan pertenecer las personas sujetas a su conocimiento.

Eso precisamente establece una distinción conceptual entre “juez predeterminado por ley” de “juez natural”. Este último, más antiguo, se remonta al periodo en el que las personas eran juzgadas por quien pertenecía a su corporación o naturaleza de actividades. Existían, por ejemplo, distintos fueros, como el castrense o el eclesial.

Este derecho se encuentra contenido en el segundo párrafo del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución de 1993 en los siguientes términos: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. (...) Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

## **1. El derecho a un juzgador predeterminado por ley en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos**

En el plano del Sistema de Protección Regional de los Derechos Humanos, del que el Perú es parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, prevé en el segundo párrafo de su artículo XXVI que “(...) *Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes* y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas” (el énfasis es propio).

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José) prevé en su artículo 8, de garantías judiciales, el que “(...) 1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*” (el énfasis es propio).

En igual sentido, en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas –documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131 periodo ordinario de sesiones en marzo de 2008– se establece como Principio V, relativo al debido proceso, el que “*toda persona privada de libertad tendrá derecho, en todo*

momento y circunstancia, a la protección de y al acceso regular a *jueces y tribunales competentes*, independientes e imparciales, *establecidos con anterioridad por la ley*” (el énfasis es propio).

Jurisprudencialmente, y de manera interpretativa y vinculante para nosotros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas del Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, de 30 de mayo de 1999, precisó en relación con el derecho a un *juez predeterminado por ley*, que: “Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que *toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos*” (parágrafo 129, el énfasis es propio). Por ello, recogiendo los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados en el 7 Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, de Milán de 1985, indica la Corte IDH que el Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”.

En tal virtud, señala la Corte IDH, en el parágrafo 128 de la referida sentencia, que: “Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto *que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia” (énfasis propio). Por ello, dirá posteriormente la Corte IDH en su sentencia de fondo en el caso Cantoral Benavides vs. Perú, de 18 de agosto de 2000, que: “*El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero (...) supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas*” (énfasis propio).

En su sentencia de fondo en el caso Cesti Hurtado vs. Perú, de 29 de setiembre de 1999, la Corte IDH anotó que es contrario al derecho a un juez predeterminado por ley, en los términos de “tribunal competente”, el que una persona con el carácter de militar en situación de retiro sea juzgado por tribunales militares (parágrafo 151). La garantía del tribunal competente exige que dicha persona sea juzgada por un tribunal judicial ordinario.

Aun cuando la Corte IDH utilice la terminología de “juez natural” para “juez predeterminado por ley” o “juez competente”, es importante indicar que la instancia supranacional entiende este derecho fundamental como una garantía judicial de ser juzgado por quien ha sido previamente investido con dicha autoridad.

Y en el ámbito del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966, prevé en su artículo 14 que “(...) 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. *Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente*, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...)” (el énfasis es propio).

Como puede apreciarse, el PIDCP contempla el derecho a un juez predeterminado por ley bajo la forma de un “tribunal competente”. Pues justamente esta garantía prescribe que quien vaya a impartir justicia se encuentre atribuido de tal investidura de manera previa a los sucesos sometidos a su conocimiento, y sobre la base del catálogo de competencias establecido anteriormente.

Para el caso del sistema europeo de protección de derechos humanos, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales precisa en el punto 1 de su artículo 6 que: “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley*, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella” (el énfasis es propio). En igual sentido puede verse también el artículo 7 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) de 1981.

## **2. El derecho a un juzgador predeterminado por ley en la jurisprudencia constitucional peruana**

Desde el punto de vista de la claridad en las distinciones conceptuales, la jurisprudencia del organismo de control de la Constitución no es uniforme. Y ello puede advertirse por la postura teórica que se ha ido asumiendo según las composiciones y recomposiciones de sus magistrados integrantes. Así, es fácilmente apreciable, por citar un punto, que se pasa del extremo de afirmar que el término “juez natural” es técnicamente incorrecto, y que lo propio es “juez predeterminado por ley”, hasta otro en donde se dice que este último es una especie del primero, sin olvidar otro conjunto importante de resoluciones donde se les señala como términos equivalentes. Sin embargo, respecto del contenido del derecho comprendido en el segundo párrafo del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, este ha seguido una línea jurisprudencial ya consolidada.

Así, por ejemplo, en una de las más recientes decisiones del Tribunal Constitucional, en el caso Jorge Choque García<sup>42</sup>, el alto Colegiado ha señalado que “(...) en cuanto al *derecho al juez predeterminado por ley*, en reiterada jurisprudencia se ha precisado que este, **en tanto elemento del juez natural**, *está dirigido a evitar que un individuo sea juzgado por órganos jurisdiccionales de excepción* o por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación” (énfasis y resaltado propios). Es decir, se enfatiza en la idea de que toda persona tiene derecho a ser juzgado por una autoridad previa y normativamente establecida como tal.

Asimismo, en el caso Carmen Julia Emili Pisfil García<sup>43</sup> (bajo la denominación de “juez natural”) el Tribunal Constitucional ha seguido la línea jurisprudencial ya sistematizada en el caso José Luis Mendiola Salgado<sup>44</sup> (bajo la denominación de “juez natural” o “juez predeterminado por ley”), que a su vez tiene antecedentes en casos anteriores<sup>45</sup>. Para el Colegiado, este derecho fundamental

“(...) comporta **dos exigencias**. En primer lugar, 1) *que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional*, garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profeso para desempeñar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que deba ser ventilado ante un órgano jurisdiccional. En segundo lugar, 2) *que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley*, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez ad hoc. Asimismo, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica. **La competencia jurisdiccional se halla sujeta a una reserva de ley orgánica**, lo cual implica: a) *el establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos* a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y b) *la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso*. Asimismo, que dicha predeterminación no impide el establecimiento de subespecializaciones al interior de las especializaciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, máxime si el artículo 82.28,

42 STC Exp. N° 04629-2009-PHC/TC, del 17 de agosto de 2010, f. j. 3.

43 STC Exp. N° 05761-2009-PHC/TC, del 13 de mayo de 2010, f. j. 37.

44 STC Exp. N° 1937-2006-PHC/TC, del 30 de marzo de 2007, f. j. 2.

45 RRTC Exps. N°s 0290-2002-HC/TC, 1013-2002-HC/TC y 1076-2003-HC/TC.

de la misma Ley Orgánica de Poder Judicial autoriza la creación y supresión de *Distritos Judiciales, Salas de Cortes Superiores y Juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia*<sup>46</sup> (resaltado y énfasis propios).

Como se ha podido apreciar, el desarrollo del contenido del derecho fundamental a un juzgador predeterminado es bastante extenso en sus alcances. En primer término, el Tribunal Constitucional distingue dos elementos. El primero, la exigencia de que el juzgador tenga potestad jurisdiccional, esto es, sea una autoridad investida, previamente, con esa atribución. El segundo, la exigencia de que la determinación de la competencia de dicho juzgador sea prevista, anteriormente también, por ley.

Es importante anotar que el Tribunal Constitucional precisa, asimismo, que la competencia jurisdiccional se encuentra sujeta a una reserva de ley orgánica. Y ello acarrea dos elementos. El primero, la configuración de los órganos jurisdiccionales; y el segundo, la determinación de los ámbitos que serán de conocimiento de dichos órganos jurisdiccionales ya instituidos.

Ahora bien, respecto de la noción de “juez excepcional”, el Tribunal Constitucional ha ofrecido el siguiente desarrollo teórico:

*“(...) La noción de juez ‘excepcional’, que el derecho en referencia prohíbe, no debe confundirse con la de jurisdicciones especializadas. En efecto, sin perjuicio de reconocerse la unidad de la jurisdicción estatal, nuestro derecho nacional (...) admite que, además de los jueces ordinarios, puedan haber jueces especiales (...).*

*Tampoco la idea de juez ‘excepcional’ debe asociarse a la de jueces ‘especializados’ existentes en el seno del Poder Judicial. Esto es, a la existencia de jueces y salas, al interior del Poder Judicial, cuya competencia venga restringida a un determinado ámbito de materias (...)*<sup>47</sup>.

Y en lo que respecta a la noción de “predeterminación” jurisdiccional, el alto Colegiado ha señalado que:

*“(...) el derecho [al juez predeterminado] exige que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley. Ello, por un lado, comporta la predeterminación (y no solo la determinación) del órgano judicial y también la de su competencia. Desde esta última perspectiva, la asignación*

46 STC Exp. N° 1937-2006-PHC/TC, f. j. 2.

47 STC Exp. N° 0290-2002-HC, f. j. 8.

de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez ad hoc.

Y por otro, que tales reglas de competencia, objetiva y funcionalmente, sean previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139, inciso 3), y 106 de la Constitución<sup>748</sup>.

Adicionalmente, es necesario citar también la sentencia recaída en el caso Walter Humala Lema y más de cinco mil ciudadanos<sup>49</sup>. En él, el Tribunal Constitucional precisa que el mencionado segundo párrafo del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución “(...) *se encuentran reconocidos dos derechos fundamentales distintos*, cada uno con un contenido constitucionalmente protegido también distinto. Por un lado, **el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley** –también denominado derecho al juez preconstituido por ley o, incorrectamente, derecho al juez natural<sup>50</sup>– y, por otro, **el derecho a no ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos por la ley**”<sup>51</sup> (resaltado y énfasis propios).

Respecto de este último derecho –el de no ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos por ley–, el Colegiado ha tenido una aproximación negativa, es decir, ha indicado en qué no consiste. Así, en la STC Exp. N° 2928-2002-HC/TC ha precisado que este derecho “no protege al sometido a un procedimiento por cualquier transgresión de ese procedimiento, sino solo vela porque las normas de procedimiento con las que se inició su investigación, no sean alteradas o modificadas con posterioridad” (f. j. 3). En otros términos, este derecho “(...) no garantiza que se respeten todas y cada una de las reglas del procedimiento que se hayan establecido en la ley, de modo que cada vez que estas se hayan infringido sea posible, desde un punto de vista sustancial, su protección en sede constitucional”<sup>52</sup>.

Por ello, “(...) *el ámbito constitucionalmente garantizado de este derecho no se orienta a impedir que, en abstracto, el legislador pueda modificar o alterar las reglas que regulan la realización del proceso judicial*. La discrecionalidad legislativa con la que cuenta el Congreso de la República para diseñar,

48 STC Exp. N° 0290-2002-HC, f. j. 8.

49 STC Exp. N° 003-2005-PI/TC, del 9 de agosto de 2006, ff. jj. 139 a 184.

50 Como puede apreciarse, en esta oportunidad el Tribunal Constitucional señala que el término “juez natural” como “juez predeterminado por ley” no es el correcto. Sin embargo, en sentencias anteriores y posteriores a esta sostendrá otras consideraciones.

51 Fundamento 140.

52 STC Exp. N° 2298-2005-AA/TC, f. j. 6.

en lo que aquí interesa, los procesos judiciales ordinarios, no tiene más límites que el modelo constitucional del proceso y el respeto de los derechos fundamentales procesales que se hayan reconocido en la Constitución. De modo que, no existiendo un derecho a la petrificación de las reglas a las que está sometido un procedimiento judicial, la garantía que este ofrece es que, de producirse una modificación del procedimiento judicial, su aplicación no devenga en arbitraria (...)”<sup>53</sup> (énfasis propio).

En síntesis de este punto, relativo a no ser sometido a procedimiento distinto, resulta importante entender que es posible la modificación legislativa de las reglas de un proceso, siempre que ella no sea arbitraria y, en consecuencia, respete los derechos fundamentales procesales. Es un límite que deberá apreciarse caso por caso y cuya demarcación fronteriza, también es preciso anotar, requerirá especial atención por el juez constitucional, de ser el caso.

#### **IV. Comentarios finales**

En el Derecho interno se denomina juez predeterminado por ley –o, con los reparos teóricos actuales, juez natural– a lo que los instrumentos internacionales recogen como el derecho de toda persona de ser sometido a un juez o tribunal competente. Es decir, que el llamado a resolver un conflicto o determinar algún grado de responsabilidad jurídica debe ser una autoridad previamente investida como tal –“juez predeterminado”– según el catálogo de ámbitos y escenarios prefijados para su conocimiento –“juez competente”–.

Es inobjetable también –como lo recogen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos– la relación entre juez predeterminado o tribunal competente con los derechos a un juzgador independiente e imparcial. En otros términos, contribuye de manera fundamental a la imparcialidad e independencia del juzgador el que su competencia responda, por anticipado, a la estructuración y determinación legislativa para tal fin.

En el plano nacional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –no obstante utilizar no de modo riguroso las denominaciones de este derecho– ha sido uniforme en reconocer sus alcances y su contenido constitucionalmente protegido, así como su vinculación con la consecución efectiva de un derecho a un debido proceso.

---

53 STC Exp. N° 2298-2005-AA/TC, f. j. 7.



Justamente, en atención a este último punto, el derecho a un juez predeterminado, en tanto expresión del debido proceso, vinculado con las garantías de un juez independiente e imparcial, no solamente debe ser predicable en el escenario judicial, sino en cualquier otro ámbito en el que una autoridad ejerza su poder. Es decir, en lo que resulte aplicable, el derecho a un juez predeterminado (a una autoridad previa y competente) también resulta exigible en los procedimientos administrativos, corporativos entre particulares, e inclusive parlamentarios, como el de la acusación constitucional.



# El derecho a la defensa procesal eficaz

*César Augusto Nakazaki Servigón\**

**SUMARIO:** Introducción. **I.** El derecho a la defensa: una garantía procesal constitucional. **II.** El contenido de la garantía de la defensa procesal. **III.** Formas de ejercer la defensa procesal. **IV.** El derecho a contar con un defensor de oficio. **V.** Momento a partir del cual tiene vigencia la garantía de la defensa procesal mediante la designación de defensor de oficio. **VI.** La irrenunciabilidad de la garantía de la defensa procesal. **VII.** Significado de defensa eficaz. **VIII.** La defensa eficaz en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **IX.** La defensa eficaz en la doctrina de la Corte Suprema de la República Argentina. **X.** La defensa eficaz en la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia. **XI.** La defensa eficaz en la doctrina del Tribunal Constitucional de Bolivia. **XII.** La defensa eficaz en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica. **XIII.** La defensa eficaz en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **XIV.** La defensa eficaz en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. **XV.** La defensa eficaz en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. **XVI.** Consecuencias de la violación de la defensa eficaz en el proceso penal.

## Introducción

La defensa procesal eficaz es un tema pendiente en la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional; es muy poco lo desarrollado frente al gran número de casos penales en los que no se garantiza. Por ejemplo, el subsistema de Justicia que constituye la Sala Nacional, pese a ser el que mejor funciona en el Poder Judicial, viene sistematizando la violación del derecho a la imputación necesaria, aspecto fundamental de la defensa eficaz, al permitir que el Ministerio Público acuse a los militares que lucharon por el Perú contra las organizaciones terroristas, a título de autoría mediata por dominio de la organización: un Estado

\* Abogado, Socio del Estudio Sousa & Nakazaki. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Lima.

Criminal; sin exigir que de manera clara, precisa y circunstanciada describa los órganos estatales que lo integraron, como sí se hizo en el caso del Estado Nacional Socialista o la República Democrática Alemana. Esto es, se admite la “teoría de la cadena”, pero que solo se describa un “eslabón”.

Considero que 3 son los factores fundamentales para que en el Perú no se garantice la defensa eficaz: a) una visión del proceso penal que prioriza la organización, el procedimiento rápido, sencillo, sin mayores obstáculos, lo que implica reducir, a veces en la norma, y casi siempre en la realidad, el ámbito de la defensa; b) una visión del proceso penal que prioriza la “sintonía” del juicio penal y el juicio mediático<sup>1</sup>; y c) una visión del abogado, que considera que el penalista ya no es el luchador, sino el negociante, un relacionista; o que las defensas pueden ser “holográficas”, esto es, un defensor ¡escondido! tras otros letrados que dan la “cara” ante el sistema, la prensa y la sociedad.

Ante esta realidad, vuelvo a insistir en reflexionar sobre la defensa eficaz, como lo hice al celebrar los XXV años de mi querida Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en mi compromiso irrenunciable de que algún día sea un factor común en todos los casos penales que se siguen en el Perú a seres humanos, no contra diablos o animales.

## **I. El derecho a la defensa: una garantía procesal constitucional**

---

La defensa eficaz es la máxima o más completa forma de ejercicio del derecho a la defensa, por lo que se comienza por establecer este último.

El derecho a la defensa se encuentra garantizado por el artículo 11, inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 14, inciso 3, parágrafo d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8, inciso 2, parágrafo d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 139, inciso 14 de la Constitución Política de 1993<sup>2</sup>.

Es de suma importancia reconocer que la defensa procesal no es solamente un derecho subjetivo, por su importancia para la existencia del hombre en sociedad supera tal categoría; es una garantía procesal constitucional<sup>3</sup>.

---

1 Un alto funcionario del Poder Judicial, amigo (al que aplico la visión de amistad de Aristóteles respecto a Platón), caracterizado por decir lo que piensa, públicamente expresó que los jueces no pueden dictar resoluciones que no estén en sintonía con la prensa.

2 NAKAZAKI SERVICÓN, César Augusto. “La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión”. En: *Página 13*. Universidad de Lima Facultad de Derecho-XXV Años, Fondo Editorial, 2006.

3 Ídem.

Al ser la defensa procesal una garantía, el Estado tiene la exigencia de no solo reconocerla formalmente, sino además le corresponde procurar que sea real y efectiva en el proceso penal<sup>4,5</sup>.

El significado de reconocer a la defensa procesal como una garantía es convertirla en una exigencia esencial del proceso, *un requisito para su existencia*. El procesalista chileno Alex Carocca Pérez, autor de la más principal obra en español sobre esta materia, afirma que el resultado más importante de esta construcción es que la violación de la garantía de la defensa en un proceso penal afecta su validez<sup>6,7</sup>.

El Tribunal Constitucional del Perú ha desarrollado doctrina jurisprudencial sobre la garantía de la defensa procesal; así se tiene por ejemplo la STC de 21 de junio de 2002<sup>8</sup>, la STC del 9 de julio de 2002<sup>9</sup>, la STC del 20 de agosto de 2002<sup>10</sup>, la STC del 5 de julio de 2004<sup>11</sup>, la STC del 17 de diciembre de 2004<sup>12</sup>, la STC del 23 de marzo de 2007<sup>13</sup>, la STC del 30 de enero de 2008<sup>14</sup>, la STC del 13 de abril de 2009<sup>15</sup>, la STC del 23 de setiembre de 2009<sup>16</sup>, y la STC del 13 de octubre de 2009<sup>17</sup>.

El procesalista argentino Alberto Binder señala, con toda propiedad, que el derecho a la defensa cumple en el proceso penal una función especial; no solo actúa junto al resto de garantías procesales, sino que “es la garantía que torna operativa a todas las demás”, de allí que la defensa no pueda ser puesta en el mismo plano que las otras garantías procesales<sup>18</sup>.

## II. El contenido de la garantía de la defensa procesal

En el contenido de la garantía de la defensa procesal se puede distinguir un aspecto positivo y otro negativo<sup>19</sup>.

4 CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. J.M. Bosch, Barcelona, 1998, p. 56.

5 NAKAZAKI SERVICÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 14.

6 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 19.

7 Cfr. NAKAZAKI SERVICÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 14.

8 STC Exp. N° 1231-2002-HC/TC, del 21 de junio de 2002, f. j. 1.

9 STC Exp. N° 1323-2002-HC/TC, del 9 de julio de 2002, ff. jj. 1 y 2.

10 STC Exp. N° 649-2002-AA/TC, del 20 de agosto de 2002, ff. jj. 1 y 2.

11 STC Exp. N° 2028-2004-HC/TC, 5 de julio de 2004, ff. jj. 2 a 5.

12 STC Exp. N° 3327-2004-HC/TC, 17 de diciembre de 2004, f. j. 3.

13 STC Exp. N° 0402-2006-PHC/TC, del 23 de marzo de 2007, f. j. 7.

14 STC Exp. N° 06442-2007-PHC/TC, del 30 de enero de 2008, f. j. 7.

15 STC Exp. N° 00487-2009-PHC/TC, del 13 de abril de 2009, f. j. 2.

16 STC Exp. N° 04341-2009-PHC/TC, del 23 de setiembre de 2009, f. j. 3.

17 STC Exp. N° 04155-2009-PHC/TC, del 13 de octubre de 2009, f. j. 7.

18 BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 151.

19 NAKAZAKI SERVICÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 14.

El contenido positivo consiste en las facultades procesales del imputado que se encuentran protegidas por esta garantía constitucional.

El contenido negativo de la defensa procesal consiste en la prohibición de la indefensión<sup>20</sup>.

La indefensión es la violación de la garantía de la defensa procesal; la arbitraria restricción al imputado de participar efectivamente y en igualdad de armas en el proceso penal; impidiéndole, sin justificación legal, realizar actos de postulación, prueba y alegación, que permitan al juzgador decidir de forma legal, racional y justa<sup>21</sup>.<sup>22</sup>

Así, por ejemplo, el contenido negativo de la garantía de la defensa exige que el órgano jurisdiccional controle que el abogado designado como defensor en el proceso penal, efectivamente realice la defensa técnica y que esta “sobrepase determinados mínimos”<sup>23</sup>.

Al ser la defensa procesal un requisito de validez, es decir, de existencia jurídica del proceso, su afectación acarrea la invalidez o inexistencia jurídica del proceso<sup>24</sup>.

### **III. Formas de ejercer la defensa procesal**

Existen dos formas de realización de la defensa procesal. El artículo 14, inciso 3, parágrafo d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8, inciso 2, parágrafo d del Pacto de San José de Costa Rica consagran las dos formas de ejercicio de la defensa procesal<sup>25</sup>.

#### **1. La defensa material o autodefensa**

El actual Presidente de la Corte Suprema, César San Martín Castro, considera que la defensa material es parte del derecho a la defensa, conjuntamente con la defensa técnica<sup>26</sup>. La defensa material consiste en el derecho del imputado a realizar su propia defensa, contestando la imputación, negándola, manteniéndose en silencio o allanándose a la pretensión punitiva del Ministerio Público<sup>27</sup>.<sup>28</sup>

---

20 Ibidem, p. 16.

21 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 360.

22 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 16.

23 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 56.

24 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 16.

25 Ídem.

26 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen 1, Grijley, Lima, 2003, p. 121.

27 Ídem.

28 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 16.

El procesalista argentino Eduardo Jauchen señala que la defensa material es la que realiza el propio imputado; consiste en las expresiones defensivas que da en las diversas declaraciones que realiza en el proceso penal; en la instructiva, la confrontación, en el interrogatorio en el juicio oral o en la última palabra<sup>29, 30</sup>

El Tribunal Constitucional define a la defensa material como el derecho del imputado de ejercer su propia defensa<sup>31</sup>.

## 2. La defensa técnica

Es la defensa realizada por los abogados que cumplen en el proceso penal la función técnico-jurídica de defensa de las partes con la finalidad de promover la garantía de sus derechos<sup>32, 33</sup>

La defensa técnica hace efectiva a la garantía de la defensa en el proceso penal porque mediante la asistencia letrada se realizan los principios de igualdad de las partes y de contradicción al establecerse el equilibrio con el Ministerio Público, integrado por fiscales que son abogados<sup>34, 35</sup>

San Martín señala que la defensa técnica constituye un servicio público imprescindible que se presta aún contra la voluntad de imputado, pues complementa su capacidad para enfrentar el proceso penal en igualdad de armas y de forma eficaz<sup>36, 37</sup>

Jauchen afirma que la defensa técnica es una “exigencia necesaria en el proceso penal”; consiste en la actividad que realiza el abogado para asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos u deberes; controlar la legalidad del procedimiento; el control crítico de la producción de las pruebas de cargo y de descargo; la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de derecho; o recurrir las resoluciones judiciales<sup>38, 39</sup>

29 JAUCHEN, Eduardo M. *Derechos del Imputado*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 154.

30 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 17.

31 STC Exp. N° 1323-2002-HC/TC, del 9 de julio del 2002, f. j. 2.

32 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 492.

33 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 17.

34 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 496.

35 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 17.

36 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., Tomo 1, p. 121.

37 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 18.

38 JAUCHEN, Eduardo M. Ob. cit., pp. 154 y 155.

39 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 18.

El maestro español Juan Montero Aroca vincula el derecho a la asistencia de letrado al principio de contradicción, pues para que este sea real no basta con reconocer a las partes la posibilidad de auto defenderse, siendo indispensable la defensa técnica del abogado; agrega que la defensa adecuada no es la que realiza la propia parte por carecer de los conocimientos técnicos necesarios, sino la que efectúa un abogado<sup>40, 41</sup>

El Tribunal Constitucional define a la defensa técnica como el asesoramiento y patrocinio por un abogado mientras dure el caso penal<sup>42</sup>.

La defensa técnica constituye una exigencia para la validez del proceso penal<sup>43, 44</sup>

La defensa técnica es un derecho fundamental y base del sistema procesal penal<sup>45</sup>.

La importancia de la defensa técnica en el proceso penal ha llevado a que se considere que la defensa es una parte procesal opuesta a la acusación (la otra parte procesal), que está formada por dos sujetos: el imputado y el abogado<sup>46, 47</sup>

Al ser el abogado un integrante de la parte procesal defensa, el proceso penal no podría existir sin la asistencia letrada al imputado. No hay proceso penal sin dos partes, acusación más defensa, y esta solamente se puede formar si el imputado cuenta con abogado, con defensa técnica.

Jaime Bernal Cuéllar y Eduardo Montealegre Lynett, los autores colombianos, afirman que el derecho a la defensa se ejercita por la actividad de dos sujetos, el imputado y el abogado; son dos individualidades constitutivas de una parte procesal formada por dos órganos<sup>48, 49</sup>

#### **IV. El derecho a contar con un defensor de oficio**

Salvo honrosas y reconocidas excepciones, en el caso de los defensores de oficio se multiplica, por diversas razones, la ausencia de defensa eficaz, por

---

40 MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional*. AA. VV. Tomo III, Proceso Penal, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1995, pp. 38 y 39.

41 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 18.

42 STC Exp. N° 1323-2002-HC/TC, del 9 de julio de 2002, f. j. 2.

43 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 497.

44 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 18.

45 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., Tomo 1, p. 287.

46 Ídem.

47 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 19.

48 BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El Proceso Penal*. Tercera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1995, p. 341.

49 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 19.



lo que es indispensable recordar que esta no solo es exigible al defensor de confianza.

Para asegurar que el imputado cuente con defensor técnico dentro del proceso penal en el momento que lo necesite, se le garantiza el derecho a contar con un defensor de oficio<sup>50, 51</sup>.

Cuando el sujeto pasivo del proceso penal no ejerce su derecho a nombrar abogado, el juez tiene el deber de designarle uno de oficio, al que se le asigna la responsabilidad de la defensa técnica del imputado<sup>52, 53</sup>.

El abogado de oficio es el defensor técnico del imputado en el proceso penal, que asume la misma función y responsabilidad del abogado de confianza (el nombrado por el procesado); la única diferencia entre ambos es la fuente de la designación como defensor<sup>54, 55</sup>.

La defensa de oficio tiene como fundamento la importancia de los derechos fundamentales que son afectados con la persecución penal de una persona, que ha convertido a la defensa técnica en una exigencia de validez del proceso penal; si el procesado no designa abogado el Estado le nombra un defensor de oficio, pues la garantía de su derecho a la defensa en una condición indispensable para que puede realizar un proceso penal debido o justo<sup>56, 57</sup>.

El derecho a contar con un defensor de oficio no se garantiza con cualquier tipo de defensa, esta tiene que ser efectiva; la protección de los principios de igualdad y contradicción exige que el Estado provea al justiciable de una real e idónea defensa técnica en el proceso penal<sup>58, 59</sup>.

## **V. Momento a partir del cual tiene vigencia la garantía de la defensa procesal mediante la designación de defensor de oficio**

---

La vigencia de la garantía de la defensa para el imputado comienza con el inicio de la persecución penal<sup>60</sup>.

---

50 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 526.

51 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 19.

52 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 526.

53 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 19.

54 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 528.

55 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 19.

56 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 527.

57 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 19.

58 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 531.

59 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 19.

60 *Ibidem*, p. 20

El criterio que determina a partir de cuándo la garantía de la defensa procesal tiene vigencia, es el peligro de afectación de derechos fundamentales por decisión de la autoridad; sea judicial, fiscal o policial<sup>61</sup>.

El derecho a contar con un defensor de oficio es exigible al Estado desde el momento en que resulte necesaria la asistencia de abogado por la posibilidad o el sometimiento a persecución penal<sup>62</sup>.

El derecho a contar con un defensor de oficio tiene que ser garantizado, al investigado, imputado, acusado, o sentenciado, en todas las etapas de la persecución penal<sup>63</sup>.

El derecho a la defensa nace cuando a la persona se le vincula con la comisión de un delito, incluso desde antes de la formulación de la imputación criminal formal en el proceso penal; es decir, también tiene vigencia en el procedimiento preliminar, considerando el Código de Procedimientos Penales; y en la investigación preliminar, aplicando el Código Procesal Penal<sup>64</sup>.

El Fiscal Penal Supremo Pablo Sánchez Velarde igualmente considera que el derecho a la defensa, y específicamente a ser asistido por abogado, rige durante todo el proceso penal, “y aun antes, desde la etapa de la investigación inicial o policial<sup>65</sup>”.

Montero Aroca señala que el derecho a la defensa debe ser garantizado “a partir del momento en que pueda entenderse que exista imputación contra una persona determinada; esto es, no cabrá esperar a que en el proceso se haya formulado acusación formal, lo que se realiza normalmente en una fase avanzada de las actuaciones, sino que bastará que exista cualquier forma de imputación”<sup>66</sup>.

El maestro hispano Víctor Moreno Catena expresa que la primera consecuencia del reconocimiento constitucional de la defensa como derecho fundamental es su garantía a la persona, no solo desde que se formula la acusación, sino desde el instante en que surge la imputación criminal contra una persona, esto es, desde el procedimiento preliminar, y “a lo largo de todas las actuaciones procesales”<sup>67</sup>.

---

61 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 201.

62 Ibidem, p. 532.

63 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 20.

64 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., Tomo 1, p. 120.

65 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004, p. 306.

66 MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., pp. 36 y 37.

67 MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Penal*. AA. VV. Tercera edición, Colex, Madrid, 1999, p. 136.

Binder sostiene firmemente que “el derecho de defensa no puede tener limitaciones”, y que en la práctica resulta peligrosa la limitación temporal que pretende sostener que la defensa solamente es necesaria a partir de la existencia de una imputación formal, razonamiento que califica de completamente erróneo, pues la defensa surge a partir de una imputación de delito contra una persona, por más vaga o informal que esta sea<sup>68</sup>.

Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett afirman que la defensa ha de ser unitaria y continúa, es decir, que no puede existir ninguna etapa de la persecución penal en la que no se garantice la defensa; de allí, que no se admita en el procedimiento preliminar, so pretexto que en el juicio oral habrá la oportunidad de una amplia defensa, no asegura que el investigado pueda defenderse<sup>69</sup>.

El maestro argentino José Cafferata Nores expresa que el derecho a la defensa debe ser reconocido desde el primer momento de la persecución penal<sup>70</sup>. En el mismo sentido se manifiestan Vicente Gimeno Sendra y Yolanda Doig Díaz al señalar que el derecho de defensa nace con la imputación<sup>71</sup>.

La interpretación de los artículos 67 y 68 del Código de Procedimientos Penales de 1940 establece que el defensor de oficio asiste a la persona desde el procedimiento preliminar policial, fija como su obligación el defender al imputado en “las diligencias previas a la acción penal, durante la instrucción y el juicio oral”. Igualmente el artículo 71, inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 fija la vigencia del derecho de defensa desde la investigación preliminar.

Un criterio material que considera que el derecho al defensor técnico debe garantizarse desde el momento en que surge el peligro para los derechos fundamentales de la persona, fijará a la apertura del procedimiento preliminar (viejo código) o de la investigación preliminar (nuevo código); y un criterio formal que considera que el momento es la formulación de la imputación, lo fijará con la apertura del proceso penal (viejo código) o con la formalización de la investigación preparatoria (nuevo código)<sup>72</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala en el Informe 50/00 correspondiente al Caso 11.298 (Reinaldo Figueredo Planchart v.

68 BINDER, Alberto Ob. cit., p. 152.

69 BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Ob. cit., p. 348.

70 CAFFERATA NORES, José. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 115.

71 GIMENO SENDRA, Vicente y DOIG DÍAZ, Yolanda. “El derecho de defensa en el nuevo proceso penal”. AA.VV. *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Palestra, Lima, 2005, p. 286.

72 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 22.

República Bolivariana de Venezuela) que las garantías del debido proceso no pueden estar limitadas ni restringidas a la fase final de un proceso penal, menos aún si la fase preliminar tiene consecuencias jurídicas sobre los derechos civiles del presunto imputado<sup>73</sup>:

“87. La Comisión observa que tanto la jurisprudencia del sistema europeo como la del interamericano establecen claramente que la aplicación por parte de los Estados de las garantías del debido proceso no pueden estar limitadas ni restringidas a la fase final de un proceso penal, menos aún si la fase preliminar tiene consecuencias jurídicas sobre los derechos civiles del presunto imputado. (...) El principio general, tal como lo ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos, es que las garantías del debido proceso se aplican a las actuaciones anteriores al juicio, incluyendo las investigaciones preliminares, “si y en la medida [en] que la equidad del juicio pueda verse gravemente perjudicada por una falla inicial en su cumplimiento” (resaltado del autor).

La Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia del 28 de enero de 2003, emitida en el proceso de inconstitucional contra el artículo 126 de la Ley 600, determina que en la investigación previa el derecho a la defensa “debe concebirse en una dimensión amplia”; razona que si el material probatorio es recopilado durante la investigación preliminar sin que el imputado pueda defenderse, “difícilmente podría consolidarse durante el sumario y menos aún en la etapa de juicio”. La persona durante el procedimiento preliminar tiene el mismo derecho a la defensa y a la protección de sus derechos fundamentales que en el proceso penal<sup>74</sup>.

## **VI. La irrenunciabilidad de la garantía de la defensa procesal**

La defensa procesal, como ya se dijo, tiene la categoría de garantía porque constituye un derecho fundamental, lo que a su vez determina que sea irrenunciable<sup>75</sup>.

El maestro alemán Claus Roxin afirma que debido a que el abogado es el garante de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, tal

---

73 Ibidem, p. 23.

74 MINISTERIO DE JUSTICIA DE COLOMBIA. Página electrónica: <<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/>>.

75 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 23.

como sucede con la presunción de inocencia, la defensa técnica es irrenunciable porque el imputado no está en condiciones suficientes de satisfacer las necesidades de su defensa, por falta de capacidad, de conocimientos técnicos, o por su situación personal<sup>76</sup>.

Binder explica que, al ser la defensa un derecho de doble vertiente, tanto manifestación del respeto a la dignidad humana como manifestación de una aplicación legítima del poder penal del Estado, se exige que el imputado ejerza la defensa con asistencia letrada, de allí que la defensa técnica sea irrenunciable<sup>77</sup>.

Cafferata Nores señala que la exigencia de igualdad de las partes en el proceso penal se basa en la equivalencia de conocimientos jurídicos que debe existir entre el Ministerio Público y el imputado, de allí que la asistencia de abogado defensor es irrenunciable<sup>78</sup>.

La irrenunciabilidad de la defensa procesal significa que no puede ser objeto de renuncia por el imputado; este no podría solicitar al juez penal que acepte su no defensa en el proceso penal<sup>79</sup>.

La defensa es un derecho inalienable de la persona porque es una manifestación de su libertad, asimismo, constituye una cuestión de orden público porque la sociedad tiene el interés que solo se sancione penalmente al culpable, cuya responsabilidad únicamente puede determinarse a través de un proceso penal en el que se haya garantizado la defensa del imputado<sup>80</sup>.

Al ser la defensa derecho inalienable y cuestión de orden público, el encausado no puede renunciar a su defensa, la que se le debe garantizar “aún contra su voluntad”, asignándole un abogado que –técnicamente– lo defienda en el proceso penal<sup>81</sup>.

El artículo 8, inciso 2, parágrafo e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: “8 (...) 2. Durante el proceso, toda persona tiene

76 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25 edición alemana, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 132.

77 BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 155.

78 CAFFERATA NORES, José. Ob. cit., p. 114.

79 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 21.

80 FONTECILLA RIQUELME, Rafael. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1978, pp. 249 y 250.

81 *Ibidem*, p. 250.

derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: (...) e) Derecho *irrenunciable* de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiera por sí mismo ni nombrara defensor dentro del plazo establecido por la ley” (resaltado del autor).

## **VII. Significado de defensa eficaz**

No basta que la defensa sea necesaria y obligatoria para que la garantía constitucional cumpla su finalidad en el proceso penal; *la defensa tiene que ser efectiva, lo que significa desarrollar una oposición, o respuesta, o antítesis, o contradicción; a la acción penal o a la pretensión punitiva*<sup>82, 83</sup>

Cafferata Nores puntualiza que la mera existencia de defensor suele ser insuficiente por sí sola para garantizar la igualdad de armas en el proceso penal, pues solamente brinda una “posibilidad formal de igualdad”; mientras que el equilibrio de las partes reclama “una actividad profesional diligente y eficaz del defensor”. Si no hay defensa eficaz se considera “un abandono implícito de la defensa” que demanda la sustitución de abogado y provoca la nulidad de los actos procesales efectuados sin defensa<sup>84</sup>.

Jauchen establece claramente que no basta que se dé al imputado la oportunidad de designar abogado, se exige que en el proceso penal aquel realice una defensa eficaz; “es imprescindible que el defensor agote pormenorizadamente una razonada refutación de las pruebas y fundamentos de cargo, tanto desde el punto de vista de hecho como de Derecho”<sup>85</sup>.

Alejandro D. Carrio afirma que el requisito de la efectiva asistencia legal no se cumple con el solo hecho de que la persona cuente con abogado en el proceso penal, se exige que el abogado realice un asesoramiento legal efectivo<sup>86</sup>.

Moreno Catena afirma que el derecho fundamental a la asistencia de abogado no se puede reducir a una mera designación formal, correspondiendo al

82 JAUCHEN, Eduardo M. Ob. cit., p. 157.

83 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 25 y 26.

84 CAFFERATA NORES, José. Ob. cit., p. 118.

85 JAUCHEN, Eduardo M. Ob. cit., p. 157.

86 CARRIO, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Cuarta edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

juez adoptar medidas extremas para que en el proceso penal *la defensa sea real y efectiva*<sup>87</sup>.

La defensa eficaz exige que la persona cuente con la “debida y suficiente defensa técnica” desde el inicio mismo de la persecución penal, ya sea con la formulación de la imputación o con la detención<sup>88 89</sup>.

La defensa eficaz exige que no exista “ningún lapso de tiempo por mínimo que sea” desde la formulación de la imputación, la detención, o el inicio de la persecución penal, sin que la persona cuente con la asistencia y representación de abogado defensor<sup>90</sup>.

La defensa eficaz no deja de ser una exigencia por la negativa del imputado a designar abogado; ante tal omisión, de inmediato el juez debe asignar al imputado un defensor de oficio, “quien a su vez de inmediato debe tomar intervención en la causa y realizar todas las tareas que son inherentes a la defensa, esa es su obligación funcional que no puede omitir”<sup>91</sup>.

La defensa eficaz no deja de ser una exigencia por el abandono del abogado, en caso que ello sucediera el juez deberá disponer su inmediata sustitución; incluso el letrado tiene el deber de mantenerse hasta que sea sustituido por otro.

La negligencia, inactividad, la ignorancia de la ley, o el descuido del defensor, no justifica el estado de indefensión del imputado en el proceso penal<sup>92 93</sup>.

El deber del Estado de garantizar el derecho a contar con un defensor de oficio no se cumple con el simple nombramiento o designación de un abogado de oficio, este tiene que asistir real e idóneamente al imputado en la causa penal<sup>94</sup>.

La defensa eficaz exige que al imputado se le garantice en el proceso penal los siguientes derechos:

---

87 MORENO CATENA, Víctor. Ob. cit., p. 146.

88 JAUCHEN, Eduardo M. Ob. cit., pp. 424 y 425.

89 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 26.

90 JAUCHEN, Eduardo M. Ob. cit., p. 425.

91 *Ibidem*, p. 426.

92 CARRIÓ, Alejandro D. Ob. cit., pp. 428-430.

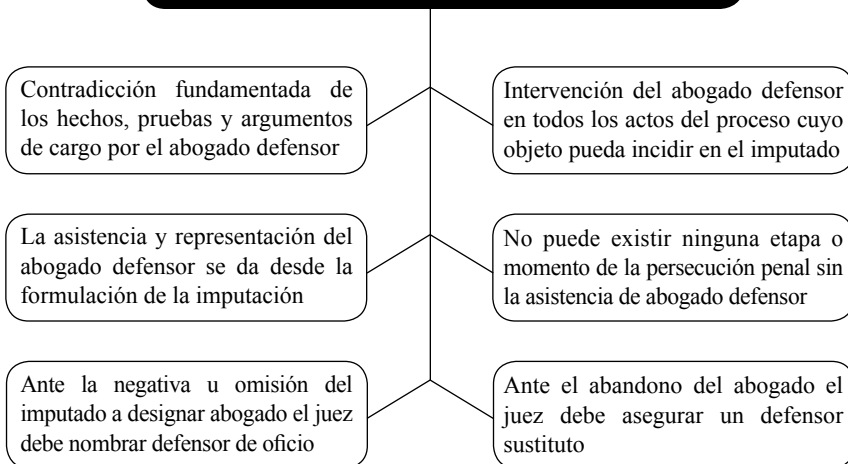
93 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto Ob. cit., p. 28.

94 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 531.

CONTENIDO DE LA DEFENSA EFICAZ

- Derecho a ser asistido por un defensor de confianza o de oficio.
- Derecho a un defensor con los conocimientos jurídicos y experiencia que exija el caso.
- Derecho a un defensor que pueda ejercer libremente la abogacía.
- Derecho a un defensor que cumpla con los deberes de la deontología forense.
- Derecho a conocer de la existencia del proceso y la imputación necesaria.
- Derecho a los medios necesarios para preparar la defensa.
- Derecho al tiempo necesario para preparar la defensa.
- Derecho a postular los hechos que forman la defensa material.
- Derecho a probar los hechos que forman la defensa material y a presentar contraprueba respecto de los fundamentos fácticos de la imputación.
- Derecho a presentar los argumentos que forman la defensa técnica.
- Derecho a que la defensa material, la prueba y los argumentos de defensa técnica sean valorados o tratados por el juez en la sentencia.

MANIFESTACIONES DE LA DEFENSA EFICAZ





## VIII. La defensa eficaz en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

---

La Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, Corte IDH– interpretando los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce que la defensa eficaz forma parte del contenido de la garantía de la defensa en el proceso penal<sup>95</sup>.<sup>96</sup>

La Corte IDH, ante una solicitud de los Estados Unidos Mexicanos, el 1 de octubre de 1999 emitió la Opinión Consultiva OC-16/99, en la que estableció que la defensa eficaz es una condición para la existencia del debido proceso penal<sup>97</sup>.

En la sentencia del 30 de mayo de 1999, caso “Castillo Petruzzi v. Estado peruano”, f. j. 141, la Corte IDH reitera que en el proceso penal la persona tiene derecho a una defensa adecuada y que, por lo tanto, constituye un estado de indefensión prohibido por el Pacto de San José una presencia o actuación de un defensor meramente formal.

En la sentencia del 2 de julio de 2004, la Corte IDH en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, f. j. 147, insiste en que en el proceso penal las garantías judiciales son condiciones que deben cumplirse para “asegurar la defensa adecuada”.

## IX. La defensa eficaz en la doctrina de la Corte Suprema de la República Argentina

---

La Corte Suprema de la República Argentina, en el caso “Rojas Molina”, estableció que se violó el derecho a la defensa procesal y que el acusado fue condenado sin ser oído, porque “*el defensor que se le designó no ha dicho una sola palabra en defensa del acusado (...) Toda la estructura del Código de Procedimientos penales demuestra la necesidad de una defensa efectiva*”<sup>98</sup>.<sup>99</sup> En la sentencia el Tribunal Supremo argentino determinó que *la falta de presentación de defensa o el abandono del abogado “no autoriza al juez” a no cumplir*

---

95 Caso 11.298 (Reinaldo Figueroa Planchart v. República Bolivariana de Venezuela), Párr. 102. Véase también sobre este tema: CIDH Informe Anual 1985-1986. Resolución 28/86 Caso 9190, Jamaica, 16 de abril de 1986.

96 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 28.

97 Ibidem, pp. 28 y 29.

98 JAUCHEN, Eduardo M. Ob. cit., p. 160.

99 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 30-32.

con el deber de garantizar el derecho a la defensa, por lo que a falta de presentación de defensa el juez tiene la obligación de intimar al abogado a que defienda y en caso de no hacerlo, de sustituirlo<sup>100, 101</sup>

En el caso “Rosales, Marcelo Daniel s/ tenencia de arma de guerra” la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina” ha sostenido que no basta con que el imputado cuente con asesoramiento legal sino que toda la estructura del Código de Procedimientos demuestra *la necesidad de una defensa efectiva*; en la causa “Del Vecchio, Hugo Daniel, s/ inf. Ley 23.737” agrega que en análogo criterio con el sustentado en el derecho de los Estados Unidos respecto del *effective counssel* no es suficiente que la persona sometida a proceso penal cuente con un asesor legal designado, pues el sistema procesal penal de la República Argentina exige que el abogado defienda efectivamente en la causa<sup>102, 103</sup>

En el caso “Nápoli, Luis Alberto s/ estafa” la Corte Suprema de la Nación Argentina afirma que desde sus orígenes señaló que el ejercicio del derecho a la defensa “debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un *adecuado asesoramiento legal, que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio*”<sup>104, 105</sup>

En el caso “Raúl Hilario Gordillo s/ corrupción calificada” la Corte Suprema argentina, continuando la doctrina de la defensa eficaz, señala que “no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio de manera formal, sino que es menester además que aquel *haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor*”<sup>106, 107</sup>

En el caso “Osvaldo Antonio López” la Corte Suprema argentina fija como un deber de los jueces el proveer a los procesados, incluso contra su voluntad, de los medios para que no caigan en estado de indefensión; reafirma que la defensa en el proceso penal no es solamente formal, no se reduce al otorgamiento de facultades para defenderse, sino que *el Estado debe asegurar una defensa efectiva al imputado* que le permita enfrentar en igualdad a la acción penal<sup>108, 109</sup>

100 Vide: <<http://www.csjn.gov.ar/documentos/jurisp/>>.

101 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 30-32.

102 Revista electrónica argentina *Lex Penal*. Disponible en: <[www.lexpenal.com.ar/archivos/jurisprudencia/boletin1998\\_3.htm](http://www.lexpenal.com.ar/archivos/jurisprudencia/boletin1998_3.htm)>.

103 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 30-32.

104 Página web de la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina: <<http://www.csjn.gov.ar/>>, Fallo N.156.XXXI.

105 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 30-32.

106 Página web de la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina: <<http://www.csjn.gov.ar/>>.

107 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 30-32.

108 Página web de la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina: <<http://www.csjn.gov.ar/>>.

109 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 30-32.

Néstor Pedro Sagüés, comentando la doctrina judicial de la Corte Suprema argentina sobre el derecho a la defensa eficaz en el proceso penal, señala que esta en los casos Avenida Independencia N° 2131 y Ojer González ha determinado que *el Estado tiene el deber de asegurar que el defensor cumpla útilmente su misión en el proceso penal, pues la garantía de la persona no es solo a una defensa formal, sino “a la defensa apropiada”*; la Corte Suprema precisa claramente que la obligación del Estado opera “incluso ante la desatención del defensor privado”<sup>110, 111</sup>.

Resalta igualmente Sagüés los casos López y Gordillo, en los que la Corte Suprema argentina especificó que *los tribunales deben evitar situaciones de indefensión en los procesos penales que tengan como causa la inacción del abogado*, como, por ejemplo, la no interposición de recursos impugnatorios sin razón legal; llega a precisarse que “los tribunales tenían que proteger al inculpa-do de los descuidos de su defensor”, y “de ser indispensable reemplazarlo por otro defensor”<sup>112</sup>.

En el Caso Núñez, Ricardo Alberto, considerado un *leading case*, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina estableció que si bien no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no considere mínimamente viables, ello no releva al defensor de realizar un estudio serio de las cuestiones eventualmente aptas, esto es, de la defensa técnica adecuada que debe implementar por las vías procesales pertinentes; máxime porque se trata de una obligación que la sociedad asigna al abogado, pues esta también tiene interés en que se haga justicia a través de un debido proceso<sup>113</sup>.

## X. La defensa eficaz en la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia

La Corte Constitucional colombiana señala que *se vulnera el derecho al debido proceso cuando los defensores de oficio asumen una actitud pasiva o nula*

110 SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Libertad personal, seguridad individual y debido proceso de Argentina”. En: *Ius et Praxis*. Derecho en la región, Universidad de Talca Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año V, N° 1, ISSN 0717-2877, p. 223. (<http://derecho.Utalca.Cl>).

111 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 30-32.

112 SAGÜÉS, Néstor Pedro. Ob. cit., p. 223.

113 Página web de la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina: <<http://www.csjn.gov.ar/>>, Fallos, 327:5095; Núñez, Ricardo Alberto.

*al omitir intervenir o actuar en beneficio de su defendido, impidiéndose la posibilidad de una adecuada y eficiente defensa técnica*<sup>114, 115</sup>

Efectivamente, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia en el proceso de la acción de tutela instaurado por María Guillermina Franco Rocha contra el Inspector 18E Distrito de Policía, en la sentencia del 9 de febrero de 1994 establece que la defensa eficaz no se garantiza en el proceso penal *sino se despliega una defensa activa y técnica, utilizando los instrumentos procesales apropiados para asegurar que el imputado goce a plenitud sus derechos y garantías; la omisión de tal actividad constituye un estado de indefensión*<sup>116 117</sup>.

En el proceso de acción de tutela promovido por Delfín Alirio Aguirre Mendoza contra la Fiscalía 115 seccional y el Juzgado 43 Penal del Circuito de Bogotá, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia del 12 de enero del 2001, *establece que se viola la garantía de la defensa en el proceso penal si el abogado de oficio “elude sus más elementales responsabilidades en la tarea de la defensa”*<sup>118, 119</sup>.

## **XI. La defensa eficaz en la doctrina del Tribunal Constitucional de Bolivia**

El Tribunal Constitucional de Bolivia en la sentencia del 29 de marzo de 2005 emitida en el proceso de hábeas corpus Exp. 2005-11029-23-RHC estableció que el defensor de oficio violó el derecho a la defensa del contumaz *al no interrogar a los testigos de cargo, no realizar control de la prueba de cargo, no ofrecer prueba de descargo, no formular alegatos*; el Tribunal boliviano señala que el “mero acto de presencia del abogado” vulnera el derecho a la defensa y, por ende, el debido proceso. La negligencia del abogado determina la falta de defensa eficaz, así como la nulidad del proceso penal<sup>120, 121</sup>

114 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Expediente T-41649, 09 de febrero de 1994, en la Acción de Tutela interpuesta por María Guillermina Franco Rocha. Página electrónica del Ministerio de Justicia de Colombia: <<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/>>.

115 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 32-33.

116 Página electrónica del Ministerio de Justicia de Colombia: <<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/>>.

117 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 32-33.

118 Página electrónica del Ministerio de Justicia de Colombia: <<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/>>.

119 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 32-33.

120 Página web del Tribunal Constitucional Boliviano: <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/>>, Expediente 2005-11029-23-RHC.

121 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., p. 33.

## XII. La defensa eficaz en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido en diversos casos la necesidad de contar con asesoramiento y asistencia legal (*effective counsel*) como derecho fundamental y, por lo tanto, *su vulneración supone quebrantar el debido proceso de todo justiciable* a la luz de lo expuesto en la Sexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>122, 123</sup>

- En *Powell v. Alabama* (1932)<sup>124, 125</sup> se estableció que el debido proceso, requiere la observancia de los derechos fundamentales de la persona y “el derecho a recibir asistencia es uno de naturaleza fundamental”. Esta observación fue realizada a propósito del derecho de recibir asesoría de elección personal y costeadada por el justiciable. El derecho de audiencia sería, en algunos casos, insuficiente si no comprende el derecho a la asistencia letrada puesto que si la acusación es criminal el acusado no se encuentra capacitado para determinar por si mismo los extremos negativos y positivos de una acusación penal.
- En *Johnson v. Zerbst* (1938)<sup>126</sup> se estableció que el requisito de la asistencia letrada es indispensable para asegurar los derechos fundamentales de toda persona, la vida y la libertad.
- En *Betts v. Brady* (1942)<sup>127</sup> se determinaron las tres categorías de factores perjudiciales, a menudo traslapándose en casos individuales, donde se requería de ayuda o consejo legal. Estas son: (1) las características personales

122 Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Sexta enmienda: En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se le caree con los testigos que depongan en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda. En: <<http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/USA/usa1787.html>>.

123 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 33-35.

124 *Powell v. Alabama*. 287 U.S. 45 (1932).

125 “Due process, Justice Sutherland said for the Court, always requires the observance of certain fundamental personal rights associated with a hearing, and “the right to the aid of counsel is of this fundamental character.” This observation was about the right to retain counsel of one’s choice and at one’s expense, and included an eloquent statement of the necessity of counsel. “The right to be heard would be, in many cases, of little avail if it did not comprehend the right to be heard by counsel. Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill in the science of law. If charged with crimes, he is incapable, generally, of determining for himself whether the indictment is good or bad”.

126 *Johnson v. Zerbst*. 304 U.S. 458 (1938). *The right to assistance of counsel, Justice Black wrote for the Court, is necessary to insure fundamental human rights of life and liberty.*

127 *Betts v. Brady*. 316 U.S. 455 (1942).

del demandado; (2) la complejidad técnica de los cargos o imputaciones y de las defensas posibles a las cargas; y, (3) la relevancia de la asesoría letrada en la solución de la controversia.

La Suprema Corte Norteamericana ha establecido, además, que la defensa y asistencia letrada debe ser efectiva, así encontramos que:

- En *Mc Mann v. Richardson*<sup>128</sup> se establece que el derecho a recibir asistencia y consejo legal *debe ser efectivo*.
- Ha señalado este Supremo Tribunal de Justicia que existen *dos componentes a ser analizados para determinar si ha existido una defensa efectiva: el comportamiento deficiente del abogado y el perjuicio ocasionado por la conducta del abogado*. Aunque la regla de la defensa eficaz del abogado es un estándar objetivo del carácter razonable, la corte concluyó que “[El examen] de la función del abogado debe ser altamente respetuoso de las opciones estratégicas del abogado hechas después de la investigación cuidadosa de la ley relevante y los hechos son “inmutables” al igual que “la razonable e innecesaria investigación” del fundamento de las decisiones adoptadas para establecer si el resultado perjudicial es error del abogado o del demandado debiendo demostrarse que existe por lo menos una probabilidad razonable que el resultado hubiera sido diferente de haber sido otra la conducta del abogado. La defensa y asistencia letrada efectiva se analizó también en “*Weatherford v. Bursey*”<sup>129, 130</sup>.

### **XIII. La defensa eficaz en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos**

---

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias de 9 de octubre de 1979 (Caso Airey)<sup>131</sup>, 13 de mayo de 1980 (Caso Ártico)<sup>132</sup> y 25 de abril de 1983 (Caso Pakelli)<sup>133</sup>, al establecer el significado del derecho a contar con un defensor de oficio, expresó que el Estado garantiza, no el nombramiento de un abogado, *sino su asistencia en el proceso penal; se viola el derecho comentado*

---

128 *Mc Mann v. Richardson*. 397 U.S. 759, 771 n.14 (1970).

129 *Weatherford v. Bursey*. 429 US 545 (1977)

130 JAUCHEN, Eduardo M. Ob. cit., p. 162.

131 *Airey v. Ireland (Article 50)* - 41 (9.10.79).

132 *Ártico v. Italy* - 37 (13.5.80).

133 *Pakelli v. Germany* - 64 (25.4.83).

cuando el abogado designado no defiende al imputado, esto es, cuando se produce una manifiesta ausencia de asistencia efectiva<sup>134, 135</sup>

En la sentencia del 9 abril de 1984 (caso Goddi)<sup>136</sup> el TEDH afirma la importancia del derecho a la defensa y a la asistencia letrada en el proceso penal, pues la igualdad de las partes en el mismo solamente se puede alcanzar a través de una *defensa adecuada*<sup>137</sup>.

Moreno Catena comentando el tratamiento del derecho a la defensa por el TEDH señala que el objetivo fundamental es proteger derechos no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos; cita la sentencia del 22 de setiembre de 1994 (Casos Lala<sup>138</sup> y Pelladoah<sup>139</sup>) en la que se estableció que “el hecho de que el acusado, debidamente citado, no comparezca no puede –incluso sin excusa– justificar que sea privado del derecho a ser asistido por un defensor; compete a los tribunales el asegurar el carácter equitativo de un proceso y velar, por consiguiente, para que un abogado que asiste para defender a su cliente en ausencia de este, pueda hacerlo”<sup>140</sup>.

Igualmente, Moreno Catena comenta la sentencia del 21 de enero de 1999 (caso Van Geyseghem<sup>141</sup>) en el que el TEDH señaló “el derecho de todo acusado a ser defendido de manera efectiva por un abogado figura entre los elementos fundamentales de un juicio justo, de modo que un acusado no pierde el beneficio por el solo hecho de ausentarse en los debates, y aún cuando el legislador debe poder disuadir las incomparecencias injustificadas, no puede sancionarlas derogando el derecho a la asistencia de un abogado<sup>142</sup>.

Gimeno Sendra y Doig Díaz, comentando la doctrina jurisprudencial del TEDH, señalan que “el nombramiento de un Abogado no asegura, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado” refiriendo la Sentencia del TEDH en el caso Imbrosia<sup>143, 144</sup>

134 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 531.

135 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 32-33.

136 Goddi v. Italy - 76 (9.4.84)

137 Fernández Segado, Francisco. “El derecho a la jurisdicción y las Garantías del Proceso debido en el ordenamiento constitucional español”. En: *Ius et praxis*. Año 5, N° 1, Talca, Chile, 1999, p. 106. Disponible en: <<http://derecho.utralca.cl/pgs/investigacion/iusetpraxis/5-1-99/2fern199.pdf>>.

138 Lala v. the Netherlands - 297-A (22.9.94)

139 Pelladoah v. the Netherlands - 297-B (22.9.94)

140 MORENO CATENA, Víctor. Ob. cit., pp. 144 y 145.

141 Van Geyseghem v. Belgium [GC], N°. 26103/95, ECHR 1999-I – (21.1.99)

142 MORENO CATENA, Víctor. Ob. cit., p. 145.

143 Vicente Gimeno Sendra y Yolanda Doig Díaz. Ob. cit., p. 285.

144 Imbrosia v. Switzerland - 275 (24.11.93)

#### **XIV. La defensa eficaz en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español**

---

Francisco Fernández Segado explica cómo el Tribunal Constitucional español ha establecido que la defensa en el proceso penal debe prestarse de *modo real y efectivo*, pues de lo contrario no se podría asegurar el cumplimiento del principio de igualdad y contradicción<sup>145</sup>.

En la Sentencia TC 105/1999 el Tribunal Supremo español determinó que no basta con la designación de abogado para garantizar la defensa en el proceso penal, *es necesario que este proporcione una asistencia real y operativa a su patrocinado*<sup>146</sup>; y en la Sentencia TC 222/2000 fijó que los órganos judiciales “han de cuidar solícitamente de la defensa del justiciable en el proceso penal”, siendo su misión *la realización efectiva del derecho de defensa*, la que se cumple de acuerdo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecida en los casos Airey, Ártico y Pakelli, proporcionando “asistencia letrada real y efectiva” a las personas sometidas a persecución penal<sup>147</sup>.

El propio Tribunal Constitucional español en las sentencias SSTC 18/1995, SSTC 162/1993, SSTC 132/1992 y SSTC 178/1991, señala que el derecho fundamental de asistencia de abogado debe *ser real y efectiva* y no meramente formal e ilusoria<sup>148</sup>.

#### **XV. La defensa eficaz en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano**

---

Si bien el TC ha reconocido el derecho a la defensa como componente del debido proceso penal, desarrollado sus formas y contenido; prácticamente no ha tratado el tema de la defensa eficaz y los efectos que su violación produce en la causa penal.

En la STC del 6 de diciembre de 2009, caso José Humberto Abanto Verástegui, en el voto dirimente del magistrado Eto Cruz, en el f. j. 13 se hace mención a la defensa eficaz y a la necesidad de garantizarla<sup>149</sup>.

---

145 Francisco Fernández Segado, Ob. cit., p. 107.

146 Materiales de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid, disponible en: <<http://www.der.es/constitucional/berdugo/1999-105.html>>.

147 Página web: <<http://www.boe.es>>.

148 MORENO CATENA, Víctor. Ob. cit., p. 146.

149 STC Exp. N° 06079-2008-HC/TC, 6 de noviembre de 2009, f. j. 13.



En la STC del 9 de julio de 2002, caso Silvestre Espinoza Palomino, ff. jj. 2 y 3; en las SSTC del 5 de julio de 2004, ff. jj. 3 y 4, y del 16 de marzo de 2006, ambas del caso Margi Eveling Clavo Peralta, si bien no se menciona específicamente a la defensa eficaz, al comentar el contenido de la defensa técnica se señala la necesidad de contar con el asesoramiento durante todo el proceso y que lo debe brindar un abogado capacitado<sup>150</sup>.

En la STC del 13 de octubre de 2009, caso Carlos Alberto Flores Laurente, siempre sin hacer mención a la defensa eficaz, se establece que se produce indefensión cuando no se permite al imputado contar con los medios necesarios, suficientes y eficaces para defenderse<sup>151</sup>.

## XVI. Consecuencias de la violación de la defensa eficaz en el proceso penal

El autor argentino Alberto M. Binder enseña que a las formas en el caso penal se les asignan tres funciones:

- |   |   |  |
|---|---|--|
| <b>Funciones de las formas procesales en el Proceso Penal</b> | } | <ul style="list-style-type: none"> <li>• La función de protección del sistema de garantías.</li> <li>• La función de institucionalización del conflicto.</li> <li>• La función de objetividad del Ministerio Público.</li> </ul> |
|---|---|--|

La que corresponde tratar es la función de protección del sistema de garantías.

El proceso penal está formado por un conjunto de garantías de los derechos fundamentales de la persona sometida a la persecución penal para salvaguardarla del uso abusivo del poder penal. Las formas son garantías que permiten detectar la violación de los derechos fundamentales del procesado<sup>152, 153</sup>.

La garantía de los derechos fundamentales se implementa a través del establecimiento de un conjunto de requisitos para la realización de los actos procesales o se regulan secuencias entre actos, por ejemplo, para garantizar el derecho a la defensa se exige que en la declaración instructiva el inculpado sea asistido por abogado; o para la realización de la pericia se tiene que designar

150 STC Exp. N° 1323-2002-HC/TC, del 9 de julio de 2002, ff. jj. 2 y 3; STC Exp. N° 2028-2004-HC/TC, 5 de julio de 2004, ff. jj. 3 y 4; STC Exp. N° 1919-2006-HC/TC, 16 de marzo de 2006, ff. jj. 3, 4 y 5.

151 STC Exp. N° 04155-2009-PHC/TC, del 13 de octubre de 2009, f. j. 7.

152 BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 49.

153 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 37-43.

peritos, comunicarlo al inculpado para la posibilidad de formular cuestión probatoria, la juramentación del perito, la presentación de la pericia, su puesta a disposición del imputado, el examen del perito con participación del procesado y su defensor, así como la apreciación por el juez de los argumentos de defensa que se formulen respecto de la pericia.

Los requisitos o las secuencias necesarias previstas en la ley son las formas procesales, cuando se inobservan por incumplimiento de un requisito o el rompimiento de una secuencia necesaria, la actividad procesal es inválida o defectuosa<sup>154, 155</sup>.

La eficacia del régimen de nulidades procesales permite controlar el grado de funcionamiento de las garantías procesales y, por ende, el compromiso de la sociedad organizada en el Estado respecto a los derechos fundamentales de la persona.

El entendimiento de que las formas son las garantías de los derechos fundamentales produjo una nueva ingeniería procesal, que se orienta como enseña el maestro italiano Luigi Ferrajoli, a la contención de la violencia y la arbitrariedad del poder penal y que es el fundamento del sistema de garantías que hoy debe constituir el proceso penal<sup>156, 157</sup>.

El examen dogmático jurídico del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales y del artículo 150 del Código Procesal Penal de 2004, a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, permite establecer el fundamento y los elementos de la nulidad procesal.

El autor latinoamericano más importante en la materia de nulidades procesales, el argentino Alberto Luis Maurino, define la nulidad procesal como el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos, o en vicios existentes que potencialmente lo coloca en situación de ser declarado judicialmente inválido<sup>158, 159</sup>.

---

154 BINDER, Alberto M. Ob. cit., p. 56.

155 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 37-43.

156 BINDER, Alberto M. Ob. cit., p. 58.

157 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 37-43.

158 MAURINO, Alberto Luis. *Nulidades procesales*. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 16.

159 NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 37-43.

El autor argentino Nelson R. Pessoa establece correctamente que en el proceso penal las nulidades procesales tienen un doble fundamento constitucional: la garantía del debido proceso y la garantía de la defensa procesal<sup>160, 161</sup>

Actualmente se ha perfeccionado la finalidad de la institución de la nulidad procesal, ya no se trata de una sanción al incumplimiento de formas procesales, sino de un mecanismo de protección de la persona frente a la violación de sus derechos fundamentales que la Constitución y los tratados sobre derechos humanos le garantizan en el proceso judicial<sup>162, 163</sup>

El fundamento constitucional de la nulidad procesal constituye el criterio que determina cuando la infracción de una forma procesal deberá provocar la invalidez del acto procesal<sup>164, 165</sup>

El fundamento constitucional de la nulidad procesal permite asimismo diferenciar las nulidades procesales absolutas de las relativas<sup>166</sup>.

Si la forma procesal violada ha sido establecida con la finalidad de hacer efectiva una garantía constitucional de la persona sometida a proceso penal, el acto procesal anormal provoca una nulidad procesal absoluta<sup>167, 168</sup>

Las formas procesales cuya inobservancia genera la nulidad absoluta son las que guardan relación directa con las disposiciones constitucionales que ponen límites al poder punitivo estatal o que reconocen al justiciable derechos en el proceso penal; por ejemplo, las reglas de la prohibición de la persecución penal múltiple, o de la prohibición de la *reformatio in peius*<sup>169, 170</sup>

Si la forma procesal inobservada no guarda relación directa con una garantía constitucional del imputado provoca solamente una nulidad procesal relativa; por ejemplo, la exigencia de numerar las resoluciones judiciales: su omisión no provoca por se la declaración de invalidez de la resolución judicial<sup>171, 172</sup>

---

160 PESSOA, Nelson R. La nulidad en el proceso penal. Segunda edición, Mave, Buenos Aires, 1999, p. 40.

161 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 37-43.

162 CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 388.

163 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 37-43.

164 PESSOA, Nelson R. Ob. cit., pp. 103-106.

165 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 37-43.

166 Ídem.

167 PESSOA, Nelson R. Ob. cit., p. 143.

168 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 37-43.

169 Ibídem, pp. 138 y 139.

170 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 37-43.

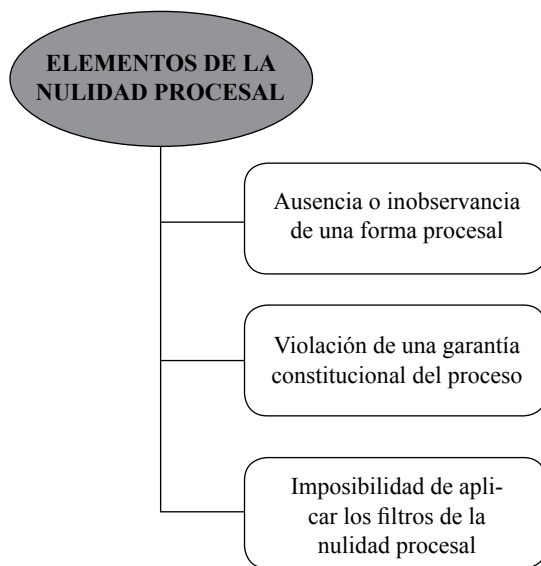
171 PESSOA, Nelson R. Ob. cit., p. 145.

172 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. Ob. cit., pp. 37-43.

Las nulidades procesales absolutas producen el deber del órgano jurisdiccional de declarar la invalidez del acto procesal; las nulidades procesales relativas no, pues la declaración de invalidez depende de la solicitud del justiciable afectado y la no posibilidad de aplicar ninguno de los filtros de la nulidad procesal<sup>173</sup>.

En el caso de las nulidades relativas la declaración de invalidez del acto procesal dependerá de su petición por alguna de las partes del proceso y la verificación de la no aplicación de ninguno de los principios que constituyen los filtros de las nulidades procesales; así, por ejemplo, el principio de convalidación determina que si la nulidad relativa no es cuestionada por el afectado en la primera oportunidad procesal posterior a su realización, la infracción de la forma procesal queda convalidada y el acto procesal surte efectos<sup>174</sup>.

Tres son los elementos que deben concurrir para que se declare la nulidad de un acto procesal<sup>175</sup>:



Jauchen precisa que la garantía de la defensa procesal exige que los actos de defensa técnica tengan como forma imperativa la necesidad, obligatoriedad, realización efectiva, y crítica oposición a la pretensión punitiva o a la

---

173 Ídem.

174 Ídem.

175 Ídem.

tesis acusadora. “Toda defensa que no se consume bajo esos parámetros viola la garantía en cuestión y con ello el debido proceso legal, *lo cual debe conducir en tal caso, a la nulificación del proceso*”<sup>176</sup>.

La falta de abogado que defiende eficazmente al imputado determina la “nulidad genérica y absoluta” del proceso penal por la vulneración de la garantía constitucional de la defensa procesal<sup>177</sup>.

Sagüés señala que el principio de defensa eficaz provoca la “nulificación de la gestión inapta” de los defensores, por lo que los tribunales deben realizar “un cierto control de calidad” de la actuación de los abogados a fin de prevenir la declaración de nulidad que necesariamente se derivaría de no efectuarse una defensa adecuada del imputado en el proceso penal<sup>178</sup>.

Bernal y Montealegre señalan que hay nulidad del proceso penal por quebrantamiento del derecho a la defensa cuando se comprueba que el abogado, sea de confianza u oficio, actuó negligentemente por presentar una defensa inadecuada a la que exigía el enfrentamiento de la imputación. De acuerdo a este criterio, es evidente la nulidad de la instrucción, ya no por defensa deficiente, sino por ausencia de la misma<sup>179</sup>.

Néstor Armando Novoa Velásquez, basado en la doctrina de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana, afirma que la total inactividad del abogado defensor significa el no ejercicio del derecho a la defensa del imputado, la ausencia de la garantía de la defensa procesal y, por lo tanto, la “nulitación” (nulidad) del proceso penal<sup>180</sup>.

El Tribunal Constitucional de Bolivia, en la sentencia I777/2004-R del 16 de noviembre de 2004, emitida en el proceso de hábeas corpus que promovió William Herrera Paz contra la Justicia Militar, estableció que la “negligencia del defensor” produce un estado de indefensión y por ende la nulidad del proceso penal<sup>181</sup>.

176 JAUCHEN, Eduardo M. Ob. cit., p. 161.

177 Ibidem, p. 426.

178 SAGÜÉS, Néstor Pedro. Ob. cit., p. 224.

179 BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Ob. cit., pp. 342 y 343.

180 NOVOA VELÁSQUEZ, Néstor Armando. *Actos y nulidades en el procedimiento penal colombiano*. Segunda edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, p. 600.

181 <<http://www.tribunalconstitucional.gov.bo>>.

La violación de la defensa eficaz en el proceso penal debe generar sanción de nulidad, pues como parte de la garantía procesal constitucional de la defensa, su ausencia determina la invalidez de la persecución penal.

El Poder Judicial, como señalé al inicio, tiene como punto principal de su agenda pendiente, que los jueces asuman su rol de garantes del derecho a la defensa verificando que en los procesos penales exista una defensa eficaz.

El Tribunal Constitucional, en sentido similar, tiene que asumir posición frente a las consecuencias de la violación de las garantías procesales constitucionales, controlando el cumplimiento de los jueces ordinarios de su deber de garantizar la defensa eficaz en los casos penales, para lo cual tiene que superar posturas erráticas como, por ejemplo, se dio en el caso de la garantía procesal al plazo razonable: en el caso Chacón Málaga<sup>182</sup> su vulneración significó la nulidad del proceso, pues técnicamente esta fue la causa del sobreseimiento; diez meses después, en el caso Salazar Monroe<sup>183</sup> solamente implicó el otorgamiento de un plazo para sentenciar, ergo, se validó el proceso.

---

182 STC Exp. N° 3509-2009-HC/TC, del 19 de octubre de 2009.

183 STC Exp. N° 05350-2009-PHC/TC, del 10 de agosto de 2010.

# La presunción de inocencia

*Hesbert Benavente Chorres\**

**SUMARIO:** Introducción. **I.** El derecho a la presunción de inocencia en la legislación y la doctrina. **II.** El derecho a la presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

## Introducción

Con relación al debido proceso, debemos de recordar a Rawls quien indicó que: “El principio de que en un sistema político debe haber un proceso justo es un requisito fundamental para que pueda existir un verdadero imperio del derecho (*rule of law*), y entiende que debido proceso es aquel razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de formas consistentes con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto a determinar si se ha dado violación legal alguna y en qué circunstancias”<sup>1</sup>.

En ese orden de ideas, el debido proceso exige un proceso judicial razonablemente estructurado; es decir, con la presencia de ciertos mínimos procesales que nos permiten asegurar que este, como instrumento, sirve adecuadamente para su objetivo y finalidad<sup>2</sup>.

Con estas consideraciones, se han hecho intentos por identificar algunas de las garantías esenciales que permitan calificar a un proceso de “debido”; a continuación, citaremos algunas propuestas:

\* Doctorando en Derecho en la Universidad Autónoma del Estado de México; colaborador de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado (Chile) y docente universitario en México y Perú.

1 Cfr. RAWLS, John. *A theory of justice*. Oxford University Press, Londres, 1973, p. 239.

2 Cfr. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de derechos humanos*. Jurista, Lima, 2003, p. 47.

(1) Juan Francisco Linares propone las siguientes garantías básicas del debido proceso<sup>3</sup>:

El debido proceso está constituido por el siguiente conjunto de reglas y procedimientos:

- Juicio oral.
- Prohibición de hacer declarar a una persona como testigo contra sí misma en causas criminales.
- Obligación del instructor de carear al acusado con los testigos.
- Prohibición de juzgar dos veces al mismo individuo por el mismo acto.
- Prohibición de restricciones a los derechos individuales por *bill of attainders*, *bills of pains*, etc. (vale decir, por ordenes del Ejecutivo o el Congreso).
- Prohibición de afectar derechos individuales por leyes retroactivas.
- Obligación siempre de estructurar formalidades de notificación y audiencia al procesado en todo juicio o procedimiento contencioso, administrativo, civil o penal.

(2) Para Luís Marcelo de Bernardis, las garantías mínimas a observarse son<sup>4</sup>:

Elementos mínimos del debido proceso procesal:

- Competencia del juez–juez natural.
- Defensa y asistencia del letrado.
- Ser informado de la acusación o la pretensión formulada.
- Uso del propio idioma.
- Proceso público.
- Ausencia de dilaciones indebidas.
- Desarrollo de un proceso con todas las garantías.

---

3 Cfr. LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*. Segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 3-166.

4 Cfr. BERNARDIS DE, Luís Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*. Cultural Cusco, Lima, 1995, p. 43 y ss.



- Posibilidad de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de la pretensión invocada.
  - Ciertas limitaciones en las declaraciones de parte y testigos.
  - Presunción de inocencia.
  - Instancia plural.
- (3) Para Alex Carocca Pérez, el debido proceso debe presentar las siguientes garantías<sup>5</sup>:
- El derecho a ser oportunamente informado de la acción pública (acusación penal) o cualquier iniciativa lesiva), de modo de poder defenderse. De aquí deriva la garantía del adecuado emplazamiento, es decir, de una forma de notificación estructurada de modo tal de hacer posible aunque no exista total certeza de un real conocimiento; de aquí también el derecho a un tiempo razonable para preparar la defensa.
  - El derecho a ser juzgado por un juez imparcial.
  - El derecho a tramitación oral de la causa y luego a poder exponer y hacer exponer por un profesional, oralmente, al tribunal las propias razones.
  - El derecho a la prueba—derecho a la contraprueba.
  - El derecho a ser juzgado en base al mérito del proceso y en materia penal a tener copia de los actos verbales.
- (4) Para Amnistía Internacional, los criterios para evaluar el modo en que los Estados tratan a las personas acusadas de haber cometido un delito son<sup>6</sup>:
- Derecho a la libertad.
  - El derecho a la información.
  - El derecho a la asistencia jurídica antes del juicio.
  - El derecho del detenido a comunicarse con el mundo exterior.

---

5 Cfr. CAROCCA PÉREZ, Alex. “Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 257, Editorial Normas Legales, Lima, 1997, p. 97 y ss.

6 Cfr. AMNISTÍA INTERNACIONAL. “Juicios justos: Manual de Amnistía Internacional”. Disponible en: <<http://www.amnesty.org/es/library/asset/POL30/002/1998/es/dom-POL300021998es.pdf>> [consultado el 02/03/2009].

- El derecho a comparecer sin demora ante un juez u otra autoridad judicial.
- El derecho a impugnar la legalidad de la detención.
- El derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad.
- El derecho a disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa.
- Los derechos durante el interrogatorio.
- El derecho a permanecer en condiciones de detención humanas y a no ser torturado.
- Derechos durante el juicio.
- El derecho a la igualdad ante la ley y los tribunales.
- El derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley.
- El derecho a un juicio justo.
- El derecho a un juicio público.
- La presunción de inocencia.
- El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.
- Exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura u otro tipo de coacción.
- La prohibición de aplicar leyes penales con carácter retroactivo y de procesar de nuevo por el mismo delito.
- El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.
- El derecho a defenderse personalmente o con asistencia de un abogado.
- El derecho a hallarse presente en el proceso y las apelaciones.
- El derecho a obtener la comparecencia de testigos y a interrogarlos.
- El derecho a un intérprete y a la traducción.

- Sentencias. El derecho a una sentencia pública; el derecho a conocer los fundamentos de la sentencia; sentencia en un plazo razonable.
- El derecho de apelación; la revisión de un tribunal superior; una revisión auténtica; garantías procesales durante las apelaciones.

Como se puede apreciar, hay una figura que ocupa un lugar reiterante en el contenido del debido proceso, esto es, el derecho a la presunción de inocencia, el cual ocupará los comentarios de esta contribución. Para ello, tomaremos como referencia las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional, quien, como Supremo Intérprete de la Constitución, nos proporcionará los derroteros por donde conducir nuestro estudio, claro está, sin descuidar las demás fuentes formales del Derecho, como es la legislación y la doctrina.

## **I. El derecho a la presunción de inocencia en la legislación y la doctrina**

---

El Perú se encuentra vinculado al respeto del derecho a la presunción de inocencia a raíz de los instrumentos internacionales que ha suscrito, como por ejemplo la Convención Americana, que en su artículo 8, inciso 2 establece que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”<sup>7</sup>. Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.

Asimismo, los textos adjetivos que han estado vigentes durante las constituciones de 1979 y 1993, han regulado el derecho a la presunción de inocencia<sup>8</sup>.

Por otro lado, y en clave de doctrina, en sus orígenes la inocencia se tomó como un estado de pureza absoluta; la lectura fue ideológica: se afirma que las personas al nacer llegan al mundo inocentes, y ese estado pervive en

---

7 Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la presunción de inocencia significa que nadie puede ser condenado por un delito “mientras que no se establezca plenamente su culpabilidad (...)”. El Comité de Derechos Humanos de la ONU, al comentar el artículo 14 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, observó que “en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación, y el acusado tiene el derecho de la duda”. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable –dice un comentario del Comité–.

8 Nos estamos refiriendo al Código Procesal Penal de 1991, así como el de 2004.

su existencia hasta la muerte. La aplicación en el proceso penal de esta idea se transmite con igual intensidad: solo la sentencia judicial puede variar el estado de inocencia. Y por eso cuando el juez “absuelve”, declara y confirma dicho estado de inocencia<sup>9</sup>; mientras que la “condena” es constitutiva, pues a partir de ello nace un estado jurídico nuevo.

Luigi Lucchini señalará que la presunción de inocencia es un “colorario lógico del fin racional asignado al proceso” y la “primera y fundamental garantía que el procesamiento asegura al ciudadano: presunción juris, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario”<sup>10</sup>.

Ferrajoli determina que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son “*la regla de tratamiento del imputado*, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal” y “*la regla del juicio*, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda”<sup>11</sup>.

Para Nogueira Alcalá, la presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiere la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir<sup>12</sup>.

Gozaine indica que el principio de inocencia es un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación. Esto significa que la producción

9 La expresión “estado de inocencia”, es empleada por Gozaine, quien señala que le parece difícil explicar que una persona se presuma inocente cuando se le tiene anticipadamente culpable (por ejemplo, cuando se le dicta el procesamiento –que es un juicio de probabilidad incriminante–) aplicándole una medida cautelar como la prisión preventiva, pareciéndole una contradicción, Cfr. GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *Derecho Procesal Constitucional*. Belgrano, Buenos Aires, 1999, p. 227.

10 LUCCHINI, Luigi. *Elemento di procedura penale*. Barbera, Florencia, 1995, p. 15.

11 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trotta, Madrid, 2001, p. 551.

12 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”. En: *Ius et praxis*. N° 11, Universidad de Talca, Talca, 2005, pp. 221 y 222.

probatoria y el sistema de apreciación que tengan los jueces integran, en conjunto, el principio de razonabilidad que se espera de toda decisión judicial<sup>13</sup>.

Al respecto, consideramos a la presunción de inocencia como una garantía individual<sup>14</sup>; como un derecho público contenido en la Constitución a favor de las personas, que exige que, sea ante la autoridad que esté (de competencia penal o no) y ante el procedimiento que se le sujete (igualmente, penal o no), no se considere verosímil la atribución de cargos relacionados con la comisión de delitos, salvo decisión contraria emitida por un tribunal competente dentro de la observancia del debido proceso<sup>15</sup>, así como que sean consideradas como excepcionales aquellas medidas que restringen la libertad del imputado o sus demás derechos constitucionales. Es un poderoso baluarte de la libertad individual para poner freno a los atropellos a ella y proveer a la necesidad de seguridad jurídica<sup>16</sup>.

## II. El derecho a la presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

---

### 1. Definición

En este apartado realizaremos nuestro recorrido por los diversos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional en torno a la presunción de inocencia, tanto en su concepto y contenido, así como en la relación con otras figuras del sistema de justicia penal.

Con relación a la definición de la presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“[C]onforme lo establecen las garantías del debido proceso, el numeral e, inciso 24, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el artículo 11.1

---

13 GOZAINI, Osvaldo Alfredo. “La presunción de inocencia del proceso penal al proceso civil”. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año III, N° 6, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 158.

14 Las garantías individuales son derechos públicos que deben ser respetados por las autoridades, limitaciones en el ejercicio de sus funciones, y son derechos subjetivos, pues otorgan una acción personal para lograr que la autoridad no viole los derechos garantizados por la Constitución. Cfr. GUILLÉN LÓPEZ, Raúl. *Las garantías individuales en la etapa de averiguación previa*. Porrúa, México, 2003, p. 98.

15 En la legislación comparada, es interesante lo que establece el artículo 12 de la Constitución de El Salvador: “Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa”.

16 CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, EDIAR, Buenos Aires, 1960, p. 232.

de la Declaración universal de los Derechos Humanos, y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, toda persona es considerada inocente mientras judicialmente no se haya declarado su responsabilidad”<sup>17</sup>.

El reconocimiento de la presunción de inocencia como derecho constitucional ha sido una conquista del Derecho Penal Constitucional, dado que, se viene a determinar que la presunción de inocencia no es un principio general del Derecho que se le impone a la actividad judicial (principio del *in dubio pro reo*), sino en un derecho constitucional de aplicación inmediata que vincula a todos los poderes públicos.

Dicho derrotero lo encontramos en los siguientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional español: STC 31/1981, AATC 84/1981 y 27/1983, así como, en las SSTC 107/1983 y 70/1985. Al respecto, reproducimos parte del auto del Tribunal Constitucional español N° 84/1981, del 22 de julio, fundamento jurídico tercero: “La presunción de inocencia, que efectivamente es un derecho fundamental y no mero principio teórico, comporta una doble exigencia: a) de una parte, que nadie puede ser considerado culpable hasta que así se declare por sentencia condenatoria, y b) de la otra, que las consecuencias de la incertidumbre sobre la existencia de los hechos y su atribución culpable al acusado beneficien a este imponiendo una carga material de la prueba a las partes acusadoras; pero en modo alguno la posibilidad de subrogación en la valoración de dicha prueba por un órgano distinto del propio órgano judicial competente”.

En esa inteligencia, como derecho constitucional la presunción de inocencia descansa en el meta-principio de la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), así como en el Estado Democrático de Derecho (artículo 3 de la Constitución); por lo que implica una doble carga obligacional para con el Estado; por un lado negativa, al tener que abstenerse de desplegar, por ejemplo a través de sus agencias de control penal o por los medios de comunicación, algún tipo de actividad (jurídica o extra-jurídica) tendiente a que se le considere a una persona como culpable sin sentencia condenatoria firme; por otro lado positiva, esto es, de garantizar a toda persona que el derecho a que se le presuma inocente ante una incoación penal será respetada y ejercida únicamente en un sistema procesal de aplicación del Derecho penal; es decir, crear aquellas condiciones que permitan el ejercicio del mencionado derecho y ello lo genera aquel

---

17 STC Exp. N° 0618-2005-HC/TC, f. j. 20.

sistema de actuación de tribunales que emplea al proceso como único medio para la aplicación del Derecho Penal<sup>18</sup>.

Ahora bien, el reconocimiento a la presunción de inocencia como derecho constitucional implica que la misma no sea absoluta, en el sentido que establezca alguna barrera o medida de contención tanto para las agencias de procuración (Ministerio Público y Policía) como de administración de justicia (Poder Judicial), sino que se ve limitada por el ejercicio de otros derechos, tanto de rango constitucional como el de la verdad<sup>19</sup>, como infra-constitucionales, como los de la víctima, de acuerdo con el artículo 95 del Código Procesal Penal de 2004.

Esta limitación no implica una contradicción al reconocimiento del derecho constitucional a la presunción de inocencia, sino que el ejercicio de este no debe generar la imposibilidad de ejercer otros derechos constitucionales garantizados por nuestro sistema jurídico, y ello no por una jerarquía de derechos constitucionales, inexistente en el ordenamiento normativo peruano, sino en la ponderación a efectuar cuando presenciamos una colisión de derechos, a través de los test de proporcionalidad y razonabilidad

Ahora bien, esta limitación conlleva la posibilidad de desplegar actividad procesal destinada a descartar la presunción de inocencia. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente:

“Por esta presunción [de inocencia], *iuris tantum*, a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario”<sup>20</sup>.

En ese sentido, la presunción de inocencia se configura como un principio *iuris tantum*, pues puede ser desvirtuada con una mínima actividad probatoria o de cargo. Ahora bien, resulta claro que es al Ministerio Público a quien corresponde aportar pruebas suficientes (el *onus probandi*) ante el juzgador y no

18 Para mayores detalles, véase: MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pp. 73 y 74.

19 Al respecto, el Tribunal Constitucional, STC Exp. N° 2488-2002-HC/TC, reconoció el derecho a la verdad como un nuevo derecho fundamental –no mencionado expresamente en la Constitución de 1993, pero incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la “enumeración abierta” de derechos fundamentales prevista en el artículo 3 del texto constitucional, por cuanto es un derecho que se deriva del principio de la dignidad de la persona, del Estado Democrático y Social de Derecho, y de la forma republicana de gobierno– que tiene una dimensión colectiva, que consiste en el derecho de la nación de conocer los hechos o acontecimientos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal; y una individual, que consiste en el conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones a los derechos humanos, y cuya titularidad recae en las víctimas, sus familiares y allegados; circunstancias que, a su vez, el Estado tiene la obligación específica de investigar y de informar.

20 STC Exp. N° 0618-2005-HC/TC, f. j. 21.

desplazar esta al imputado. Asimismo, la mínima actividad probatoria implica su despliegue bajo el respeto a las garantías constitucionales y procesales.

Igualmente, y ello lo veremos más adelante, es el Tribunal de instancia a quien corresponde apreciar libremente las pruebas practicadas en el juicio oral, sin que pueda el Tribunal Constitucional subrogarse en la valoración de las referidas pruebas convirtiéndose en una tercera instancia.

Ahora bien, para que se desvirtúe la presunción de inocencia se requiere de un modelo constitucional de valoración de la prueba, el cual implica que para que se dé un fallo condenatorio es preciso deslindar como fases perfectamente diferenciadas dentro del proceso de análisis de los medios de prueba, las dos siguientes: 1) una primera de carácter objetivo que podría calificar de constancia de existencia o de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas: a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas; y b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorias o de cargo. 2) Una segunda fase de carácter predominante subjetivo, para la que habría que reservar *strictu sensu* la denominación usual de “valoración del resultado o contenido integral de la prueba”, ponderado en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del juzgador<sup>21</sup>.

En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio *in dubio pro reo*. Así, la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone que no es el procesado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación contra él se formula, sino que es a quien la mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo, y por su parte, el principio *in dubio pro reo*, presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir, de la apreciación de la eficacia demostrativa por el juzgador a quien compete su valoración en conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos.

## 2. Su relación con la medida cautelar

Es usual que se afirme que la imposición de una medida coercitiva implica afectar el derecho a la presunción de inocencia, tratándose de elaborar marcos

---

21 Para mayores detalles del citado modelo, consúltese: STS 1317/2005, del 11 de noviembre.



que justifiquen tal afectación. Sin embargo, y desde nuestro punto de vista, la imposición de una medida cautelar afectan una gama de derechos constitucionales, como la libertad o el patrimonio, pero no a la presunción de inocencia.

En efecto, la imposición, por ejemplo, de la prisión preventiva, no implica adelantar un juicio en torno al fondo del asunto, esto es, considerar culpable al imputado, sino que la medida coercitiva es la respuesta que da el sistema de justicia penal ante los riesgos o peligros procesales que la conducta del imputado puede generar.

Es decir, que el imputado puede, por sí o por tercera persona, desplegar ciertos comportamientos desleales o maliciosos para la buena marcha del proceso, olvidándose que el respeto al debido proceso no es solamente una obligación para el juez o el fiscal sino para todos los intervinientes en un proceso punitivo.

Al respecto, el artículo 253, numeral 3 del Código Procesal Penal de 2004 señala lo siguiente: “La restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”.

En ese sentido, son en obstáculos procesales los que se fundan la imposición de una medida cautelar; por tal razón, si tales peligros o riesgos para el proceso se mantienen, aumentan, disminuyen o simplemente desaparecen, se entenderá porque el órgano jurisdiccional impone, modifica, sustituye o revoca una medida coercitiva, y no porque el inocente se le ve como culpable y ahora se le vuelve a ver como inocente.

Ahora bien, si en el proceso para determinar la imposición de una medida cautelar se toma en cuenta el hecho delictuoso, se debe a que toda institución jurídico-penal presenta como condición necesaria, pero no suficiente, la presencia de un ilícito penal. Sin embargo, dicha presencia, para el caso de las medidas coercitivas, el *fumus comissi delicti*, se reduce a la presencia de los elementos objetivos, subjetivos y normativos de un concreto tipo penal, así como en la ausencia de causales excluyentes de conducta, tipicidad y antijuridicidad; es decir, para nada se requiere recurrir al juicio de culpabilidad, debido que, el mismo se reserva para la audiencia de debate oral.

Pero la imposición de una cautelar no se reduce al *fumus comissi delicti*, sino que se requiere de la existencia de un peligro o riesgo procesal (*periculum processu*); es decir, la presencia de un comportamiento por parte del imputado,

en otro o dentro del mismo proceso judicial que revele su falta de actitud para con el debido proceso, lo cual el Derecho no lo puede tolerar; no conllevando adelantar el juicio de culpabilidad en torno al imputado.

No obstante, el Tribunal Constitucional solamente ha considerado al *fumus comissi delicti* como elemento explicador de la imposición de una medida cautelar, generando que considere que se afecta el derecho a la presunción de inocencia cuando se le aplica al imputado una medida coercitiva. Así tenemos la siguiente línea jurisprudencial del TC:

“[L]a prohibición de conceder al imputado cualquier tipo de libertad durante la instrucción –sin excepción– contraría no solo la presunción de inocencia, sino el derecho de defensa amparado por la Constitución”<sup>22</sup>.

“[La detención preventiva] no puede solo justificarse en la prognosis de la pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesada, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad”<sup>23</sup>.

“[L]a presunción de inocencia [es un] elemento conformante del debido proceso. [Por ello d]isponer en una norma procesal penal que el imputado, en todo caso –es decir, sin sopesar las circunstancias de cada expediente– tendrá mandato de detención desde el inicio de la instrucción, contraría esa presunción y, por lo tanto, el debido proceso exigido por la Constitución”<sup>24</sup>.

Al respecto, considero que el camino de análisis más adecuado no es aquel que pretende justificar las medidas cautelares personales, sino en que la presunción de inocencia establece una regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal, que obliga a reducir al mínimo estrictamente necesario las medidas restrictivas del imputado en el proceso<sup>25</sup>. La presunción de inocencia no es incompatible con la aplicación de medidas cautelares adoptadas por el órgano competente y fundadas en Derecho, basadas en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias del caso concurrentes, así como aplicando los principios la adecuación y proporcionalidad de ellas.

---

22 STC Exp. N° 0005-2001-AI/TC, f. j. 2.

23 STC Exp. N° 1260-2002-HC/TC, f. j. 3.

24 STC Exp. N° 0005-2001-AI/TC, f. j. 2.

25 MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 41.

“La presunción de inocencia es un elemento conformante del debido proceso. Por ello disponer en una norma procesal penal que el imputado, en todo caso –es decir, sin sopesar las circunstancias de cada expediente– tendrá mandato de detención desde el inicio de la instrucción, contraría esa presunción y, por lo tanto, el debido proceso exigido por la Constitución”<sup>26</sup>.

El contexto de la última cita es la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 7, apartados a y b del Decreto Legislativo N° 895, en donde se obligaba al juez de instrucción militar dictar auto de apertura de instrucción con mandato de detención para aquellos involucrados en el delito de terrorismo agravado. En ese sentido, el problema estriba en que la propia norma legal obligaba al juez el imponer la citada medida de coerción por el solo mérito de abrir instrucción.

En esa inteligencia, consideramos que la inconstitucionalidad de la mencionada norma no obedece a la afectación a la presunción de inocencia, sino en el derecho a la libertad personal que se ve afectado de manera desproporcional e irrazonable, dado que, se obliga al juez a imponer mandato de detención por el solo mérito de la presencia de un hecho delictivo y no en la existencia de un riesgo o peligro para el proceso acreditado por el Ministerio Público que justificaría imponer la citada medida correctiva.

Ello se ve aunado cuando el D. Leg. N° 895 nulifica el criterio del juzgador al imponerle la obligatoriedad de dictar mandato de detención en contra del imputado por delito de terrorismo agravado; en ese sentido, la mencionada norma genera una presunción de peligro procesal inaceptable en un Estado democrático de Derecho, evitando que sea la representación social la que se encargue de postular y acreditar la presencia de un riesgo procesal.

Pero ello afecta directamente al derecho constitucional a la libertad locomotora y no a la presunción de inocencia, pues lo que hace la citada norma es presumir los peligros que conllevaría el imputado por terrorismo agravado el estar en libertad y no recluso.

No obstante, el Tribunal Constitucional mantiene la postura contraria a través del siguiente pronunciamiento:

“Si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, esta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora,

---

26 STC Exp. N° 0005-2001-AI/TC, f. j. 2.

dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general”<sup>27</sup>.

Como se advierte, el TC considera que se ve afectada la presunción de inocencia al solamente considerar que el dictado de la prisión preventiva obedece a la existencia de un hecho delictuoso, omitiendo hacer referencia a la existencia de un peligro procesal que es en sí la razón justificadora del por qué se afectan derechos constitucionales como el de la libertad o el patrimonio.

En efecto, la imposición de una medida coercitiva descansa en la probable ilicitud de los hechos, así como en la figura del peligro procesal.

En lo que respecta a la probable ilicitud de los hechos, la misma dota de contenido al primer presupuesto que sustenta las medidas cautelares en materia penal: *la apariencia del hecho delictuoso*. En ese sentido, el *fumus comissi delicti* descansa en los datos de prueba reunidos durante las diligencias de investigación por el Ministerio Público; datos que proporcionan una información cuyo sentido razonable es el de afirmar la presencia de un caso *probable* de hecho delictivo, al configurarse los elementos objetivos, subjetivos y normativos de un determinado tipo penal. Obviamente, estos datos de pruebas obran en la respectiva carpeta de investigación, que es el registro donde se anexan o adjuntan todas las actuaciones realizadas durante la etapa de investigación –incluyendo las indagaciones realizadas por el Ministerio Público, la policía y la defensa–.

La valoración de los datos de prueba en torno a la probable ilicitud de los hechos materia de investigación recae, en primer lugar, en el Ministerio Público, como director de las investigaciones y quien tiene la legitimidad para solicitar al órgano jurisdiccional el dictado de una determinada medida cautelar. Para el logro de una valoración razonable, el Ministerio Público tendrá que aplicar el principio de objetividad, que exige que sus decisiones se funden en la información que ha recolectado o reunido, sin interferencia de superiores o de alguna otra autoridad.

En segundo lugar, será el juez quien realice un test de control y valoración de los datos de prueba; analizando la legalidad, pertinencia y utilidad de los mismos, a través de la sana crítica y en audiencia con asistencia de las partes, a

---

27 STC Exp. N° 1091-2002-HC/TC, f. j. 7.

fin de que a través de las actividades de validación y refutación de las mismas el órgano jurisdiccional arribe a una convicción razonable y proporcional, con relación a la existencia (o no) de una apariencia del derecho para el dictado de una medida cautelar.

Por otro lado, las medidas cautelares en materia penal también descansa en la idea de *peligro o riesgo procesal*, el cual gira en torno al peligro de fuga o sustracción, así como, del *peligro de obstrucción u obstaculización*.

El primer tipo de peligro consiste en el riesgo objetivo y fundado que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia, no cumpla con los llamados que realice la autoridad jurisdiccional. Para ello, el Ministerio Público deberá establecer que existen razones fundadas de la existencia de tal peligro; es decir, el contar con datos de prueba –que obran en la carpeta de investigación y al que tiene acceso la defensa– que denoten la existencia de tal riesgo; por ejemplo: datos domiciliarios falsos o inexistentes, sin carga familiar o laboral, no asistencia a la citación emitida por el órgano jurisdiccional, etc.

El segundo tipo de peligro descansa en la idea que el imputado –a través de él o de terceras personas– podrá ocultar, modificar o destruir fuentes de información relevantes para el esclarecimiento de los hechos, como por ejemplo atentar contra la vida de la víctima, testigos o de sus familiares. Igualmente, el Ministerio Público tendrá que tener los datos de prueba suficientes a fin que permita crear convicción al juez de la existencia de tal peligro; datos de prueba que deberá tener conocimiento la defensa, y poder refutarlos en audiencia.

Ahora bien, el considerar esta gama de riesgos no implica vulnerar la presunción de inocencia, dado que no se está adelantando el juicio de culpabilidad o de reproche personal, el cual está reservado para la audiencia de juicio oral; sino en la existencia de hechos obstaculizadores para el proceso acreditados por el Ministerio Público; como por ejemplo, el haberse proporcionado un domicilio falso, lo cual revela una falta de actitud leal para con el proceso por parte del imputado.

Por otro lado, como la ratio de las medidas cautelares es el de ser una barrera de contención ante peligros o riesgos objetivos que puedan afectar el normal desarrollo del proceso, entonces, es lógico que la medida cautelar impuesta sea levantada cuando el proceso haya entrado a una fase o momento en la que no pueda ser dañado, y ello sería cuando se haya emitido una decisión firme en torno al fondo del asunto. En efecto, cuando se ha dictado una sentencia y esta ha quedado firme, entonces la medida cautelar sería dejada sin efecto a fin de pasar a las medidas de ejecución de sentencia.

No obstante, el imputado tiene como contrapartida el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y, como corolario, que las medidas cautelares que les han sido impuestas también estén sujetas a un plazo razonable de duración. En efecto, tan contrario a un Estado democrático de Derecho es la existencia de un proceso penal interminable como lo es también una medida cautelar de duración indeterminada, que conllevaría que la afectación de los derechos constitucionales del imputado se mute a una sanción anticipada para el procesado que sufre las consecuencias de una medida cautelar que se les ha sido impuesto.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional apunta lo siguiente:

“La presunción de inocencia se mantiene ‘viva’ en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla. Mientras ello no ocurra dicho principio debe informar a todos y cada uno de los actos de la judicatura, máxime si existe una medida de detención vigente. La duración desproporcionada de dicha medida desvirtúa la funcionalidad del principio en el seno del proceso, generando la mutación de una medida cautelar en una sanción que, a diferencia de la pena impuesta por una resolución judicial condenatoria, agota su propósito en el abatimiento del individuo, quien deja de ser “sujeto” del proceso, para convertirse en ‘objeto’ del mismo”<sup>28</sup>.

En efecto, la temporabilidad de la medida cautelar está sujeta a la necesidad de proteger al proceso de aquellas amenazas que pongan en riesgo su normal desarrollo, cautelando la eficacia de la investigación, la comparecencia física del imputado a proceso, la protección de la víctima, testigos, peritos o cualquier miembro de la comunidad, así como, garantizar la probable reparación del daño. Sin embargo, como contrapartida, surge la obligación, para las agencias de control penal, de desplegar la actividad procesal necesaria e idónea para que el proceso punitivo avance en sus etapas procedimentales hasta la consecución de una decisión que resuelva el conflicto de intereses surgido por la comisión de un ilícito penal.

El despliegue de la actividad procesal debe darse sin dilaciones indebidas y sin trasladar las deficiencias y demoras del sistema al imputado, dado que lo contrario sería desconocer los alcances del derecho al plazo razonable y, de este modo, extender el tiempo de duración de la medida cautelar que se le ha im-

---

28 STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. j. 12.

puesto al imputado por la falta de una actividad procesal oportuna, diligente e idónea por parte de las agencias de procuración y administración de justicia.

En efecto, el derecho a un plazo razonable no solamente implica el atender a la complejidad del asunto y la actividad procesal del interesado, sino, además, la conducta de las autoridades judiciales. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente:

“[La presunción de inocencia] tampoco podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, mediante una actividad diligente de los órganos jurisdiccionales especialmente estimulada por la situación de privación de la libertad de un presunto inocente, y sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término argumentándose que se mantienen los peligros para los fines del proceso o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos (todos los imaginables deben estar comprendidos en el término límite), ni mucho menos con argumentos que encubran o pretendan justificar la incuria o displicencia de los funcionarios responsables”<sup>29</sup>.

Ahora bien, la relación que el Tribunal Constitucional le da a la temporalidad de la medida cautelar con la presunción de inocencia se debe, tal como se indicó anteriormente, en que la naturaleza jurídica de las medidas cautelares exigen que su imposición sea de carácter temporal (plazo razonable) y excepcional (concurrencia de los requisitos materiales de la prisión preventiva), de manera que no constituya una sanción anticipada que lesione el principio de inocencia. Aunque nosotros entendemos que la temporalidad de las medidas cautelares obedece al derecho a un plazo razonable que forma parte del debido proceso y que exige que la autoridad judicial despliegue la actividad procesal oportuna e idónea para que se resuelva la situación jurídica del imputado.

### **3. Su relación con la prueba**

En este apartado comentaremos la relación entre la presunción de inocencia y la carga de la prueba como a la valoración probatoria.

En ese sentido, tenemos en primer lugar la carga de la prueba. La cuestión de la carga de la prueba es básica en el ámbito de la prueba, pues en función de ella se determinarán los efectos que produce ciertos hechos no resulten probados. Suele decirse que en el proceso penal no rigen las reglas de la carga prueba,

---

29 STC Exp. N° 3771-2004-HC/TC, f. j. 7.

dado que, venga de donde venga la prueba (siempre lícitamente obtenida), lo importante es que el hecho resulte probado. Da igual que la prueba la proponga la acusación o la defensa, pues, si el hecho se prueba, se tiene como tal perjudique o beneficie a quien la propuso. Este planteamiento es correcto, pero incompleto, pues, la carga de la prueba despliega sus efectos precisamente cuando un hecho alegado no ha sido probado. Efectivamente, cuando el hecho resulta probado la carga de la prueba carece de eficacia, pues sus efectos aparecen ante un hecho no probado. En esta cuestión debe afirmarse que la carga de la prueba incumbe siempre y en todo caso a la parte acusadora. Esto significa que sobre el acusado no recae la carga procesal de probar su inocencia, esta ha de presumirse en tanto que la parte acusadora no prueba lo contrario<sup>30</sup>.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente:

“Frente a una sanción carente de motivación, tanto respecto de los hechos como también de las disposiciones legales que habrían sido infringidas por los recurrentes, no puede trasladarse toda la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el procedimiento, sino lo que el imputado, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia”<sup>31</sup>.

En ese sentido, el *deber* de probar recae en el Ministerio Público, quien al momento de ejercer la acción penal y llevar la pretensión de sanción ante el órgano jurisdiccional, asume la carga de desvanecer la presunción de inocencia que protege a toda persona a quien se le imputa una responsabilidad penal.

En esa inteligencia, el TC ha establecido lo siguiente:

“El derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 2,24,e, de la Constitución, obliga al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza todo imputado, pues este no puede ser condenado solo sobre la base de simples presunciones”<sup>32</sup>.

Sin embargo, si analizamos el *derecho* de probar, que forma parte del contenido esencia del debido proceso, se colige que los demás sujetos procesales están facultados de solicitar al juez la admisión de sus medios probatorios tendientes a acreditar su pretensiones, posiciones o caso. El juez decidirá su

---

30 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 255.

31 STC Exp. N° 2192-2004-AA/TC, f. j. 13.

32 STC Exp. N° 8811-2005-HC/TC, f. j. 3.



admisión mediante auto especialmente motivado, y solo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución.

Al respecto, y como ilustrativo, citamos un extracto de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana: “Si del conjunto de circunstancias y pruebas habidas en la causa penal se desprenden firmes imputaciones y elementos de cargo bastantes para desvirtuar la presunción de inocencia que en favor de todo inculpado se deduce de la interpretación armónica de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por otro lado, el encausado rechaza las imputaciones y niega el delito, o su participación culpable en su actualización, este necesariamente debe probar los hechos positivos en que descansa su postura excluyente, sin que baste su sola negativa, no corroborada con elementos de convicción eficaces, pues admitir como válida y por sí misma suficiente la manifestación unilateral del inculpado, sería destruir todo el mecanismo de la prueba circunstancial y desconocer su eficacia y alcance demostrativo”<sup>33</sup>.

En esta interesante jurisprudencia se ha establecido que el imputado no podrá cuestionar un fallo condenatorio como contraviniente a la presunción de inocencia, cuando ha existido pruebas de cargo y el imputado y su abogado defensor no han aportado elementos probatorios que las enerven. Ello es importante, porque, como estrategia, la defensa no puede detentar un rol pasivo durante el juzgamiento, dejando que el Ministerio Público sea la única parte quien ofrezca y desahoguen sus pruebas, so pretexto que no necesita hacer nada por imperio de la presunción de inocencia.

33 Jurisprudencia emitida en virtud de los siguientes amparos: Amparo directo 533/2004. 7 de marzo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretario: Eneidino Sánchez Zepeda.

Amparo directo 526/2004. 18 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Evaristo Coria Martínez. Secretario: Rolando Fimbres Molina.

Amparo directo 567/2004. 16 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretario: Hugo Reyes Rodríguez.

Amparo directo 168/2005. 16 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretaria: Francisca Célida García Peralta.

Amparo directo 531/2004. 6 de junio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Javier Sánchez Martínez. Secretario: Hugo Reyes Rodríguez.

Asimismo, la praxis judicial nos muestra que no toda la carga de la prueba está en el acusador; la defensa tiene, como sabemos, el compromiso de demostrar ciertas exculpaciones. Así las llamadas *defensas afirmativas* (como la legítima defensa o la inimputabilidad) corresponde probarlas, no al Ministerio Público, sino al defensor. Por defensas afirmativas entendemos a las aseveraciones de la defensa que, de encontrarse ciertas, permiten derrotar la imputación de la acusación, aún cuando las alegaciones fácticas de la acusación sean ciertas. No se objeta la ocurrencia del hecho, sino que se presenta una circunstancia que excluye la responsabilidad al acusado.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no es posible la prueba de los hechos negativos y, por ello, no es admisible ni correcto exigir al acusado que pruebe las negaciones, pues esto implicaría una inversión de la presunción constitucional de inocencia, aparte de resultar una prueba imposible.

Asimismo, una afectación a la presunción de inocencia sería la falta de explicación por parte de la autoridad pública del por qué se le condena al imputado. Al respecto, el TC ha señalado lo siguiente:

“Frente a una sanción carente de motivación, tanto respecto de los hechos como también de las disposiciones legales que habrían sido infringidas por los recurrentes, no puede trasladarse toda la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el procedimiento, sino lo que el imputado, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia”<sup>34</sup>.

Por otro lado, *¿cuál debe ser el resultado cuando el Tribunal, luego de recepción de la prueba en la audiencia del juicio oral, no sabe a quién creer?*

Todos los testigos soportaron el interrogatorio bastante bien, y cualquiera de ellos, o varios podrían estar diciendo la verdad.

En ese sentido, cuando no se puede decidir quién estaba diciendo la verdad, entonces no ha habido prueba; pero, alguien tiene que ganar y alguien más tiene que perder. En este caso, el Fiscal pierde, porque tenía la carga de la prueba y no pudo llevarla. Cuando el Tribunal no se deja persuadir por ninguna de las partes, el perdedor es la persona que corrió el riesgo de la falta de persuasión. Al respecto, Lee Bailey señala lo siguiente: “Recuerde ese término, y siempre que

---

34 Exp. N° 2192-2004-AA/TC, f. j. 13.

usted oiga la expresión “carga de la prueba”, sustitúyala en la mente por “falta de persuasión”, porque en esto consiste realmente la carga”<sup>35</sup>.

En esa inteligencia, y entrando al tema de la valoración de la prueba, el TC ha manifestado lo siguiente:

“[E]l problema planteado como consecuencia de que no se hayan actuado determinados medios de prueba y que, (...) sobre la base de pruebas incompletas o insuficientes, se haya condenado al actor, no es un tema que ocasione la violación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, sino, antes bien, se relaciona con la eventual afectación del derecho a la presunción de inocencia.

Este principio impone que el juez, en caso de no existir prueba plena que determine la responsabilidad penal del acusado, deba absolverlo y no condenarlo”<sup>36</sup>.

En ese sentido, el concepto valoración de la prueba consiste en una actividad procesal eminentemente racional necesaria y determinante para resolver sobre el *thema probandum* e implica ineludiblemente dos fases sucesivas e inseparables. Una actividad cognoscitiva rigurosamente escrutadora y selectiva dedicada a interpretar el significado de los medios probatorios válidamente incorporados en el proceso, considerando a cada uno, ya sea en su mera individualidad o como componente de un conjunto de su clase o en contraprestación con los demás, y al final en relación sistemática con la totalidad acumulada de estos.

Al respecto, el procesalista Devis Echandía señala, con respecto a este principio de valoración de la prueba, que: “[n]o se trata de saber si el juez puede perseguir la prueba de los hechos con iniciativa propia, o si debe ser un espectador del debate probatorio, sino determinar cuáles son los principios que debe tener en cuenta para apreciar esas pruebas aportadas al proceso de una manera u otra, y cuáles los efectos que puede sacar de cada uno de los medios de prueba”. Las pruebas que sustentan la pretensión y la oposición de las partes tienen su correlativo en el deber del juez de escuchar, actuar y merituar de manera conjunta la carga probatoria aportada. Esta actividad valoradora en los aspectos de *prueba-valoración-motivación*, no deben ser expresados como meros agregados mecánicos, sino ligados por un sustento racional dentro de las reglas de la sana

---

35 Cfr. BAILEY, Francis Lee. *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*. Limusa, México, 2008, p. 84.

36 STC Exp. N° 1230-2002-HC/TC, f. j. 13.

crítica (los principios lógicos: de no contradicción, de identidad, tercero excluido, razón suficiente; y la experiencia).

En ese orden de ideas, antiguamente se exigía para la condena la convicción sobre la base de las pruebas que la ley enumeraba y luego regulaba. Al menos en teoría, los tribunales operaban sobre la base de una exigencia probatoria de certeza absoluta, procurando en su calidad de investigadores conseguir pruebas inequívocas que suprimieran todo atisbo de duda sobre cada uno de los hechos que constituyen la imputación.

La contrapartida de esta alta exigencia de certeza es la desprotección de la persona del imputado en la etapa de investigación, ya que en el fondo se permite condenar solo ante dos hipótesis: la eventualidad de un delito flagrante o la confesión del imputado; teniendo así, como resultado lógico, la pretensión de conseguir pruebas que no dejaran espacio a la duda, es decir, que produjeran plena certeza. Por consiguiente, el sistema antiguo dirigió su mirada a todos los casos que no fueran flagrantes –que por lo demás son los más– hacia la persona del imputado y a su confesión. De hecho, la historia inquisitiva demuestra hasta la saciedad cómo la instrucción procesal se dirigió básicamente, al interrogatorio del imputado en virtud de la extracción de la máxima verdad. Cómo resultado de lo anterior, este alto grado de convicción exigido por la ley antigua implicaba una desprotección para el imputado en aras de una confesión completa, que constituiría la madre de las pruebas (plena prueba) en el procedimiento penal, y esto finalmente, daba como resultado la aplicación de medidas de presión contra el imputado, como la incomunicación, la prisión preventiva y la detención, para favorecer así, su confesión.

A pesar de que dichas figuras no fueron consideradas en la ley como medios de presión, sino que con otros fines de carácter procedimental, a la larga y en la práctica se transformaron en “herramientas” de presión, que –indudablemente– atentaban contra las garantías constitucionales reconocidas al imputado y, especialmente, contra el principio de inocencia y la proscripción de todo tipo de tortura, que es reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por el Perú.

Esta alta exigencia probatoria para la condena no representaría una garantía para el imputado. Esto no solo se debería a que la obtención de la información se realizaba a través de métodos que vulneraban su autonomía, sino también al hecho de que en la práctica el castigo se aplicaba anticipadamente por medio de medidas provisionales, como la prisión preventiva o la libertad provisional, las que requerirían estándares más bajos de convicción, con lo cual la alta exigencia

probatoria para la condena constituía un elemento de poca relevancia concreta en el funcionamiento del procedimiento penal, limitándose a ser un elemento que otorga coherencia ideológica al sistema en su pretendido compromiso con la verdad histórica.

En cambio, una de las características principales del nuevo sistema procesal penal es la regulación de una intensa protección de la autonomía del imputado en toda la etapa de investigación; la que se materializaría en la existencia de un estatuto de protección, destinado a reconocer desde el inicio de la actividad de persecución la calidad de sujeto procesal del imputado, esto porque todas las actuaciones del imputado, y en especial las que conllevan la entrega de información de los hechos, son voluntarias y no fruto de coerción o bajo condición de coerción o engaño o limitación en la entrega de información.

Esta regulación y protección hacia las garantías del imputado en todas las fases que comprende el proceso tiene como único resultado la restricción en la información a la que está sometido el juez en el nuevo proceso penal. Precisamente en el juicio oral los jueces trabajan con pruebas que usualmente serán incompletas y controvertidas. Esto es consecuencia definitiva de la lógica del juicio oral, concebido como un instrumento para discutir la prueba cuando esta es defectuosa, parcial o debatida; y cuando no lo es —es decir, cuando la prueba es completa o acabada— las partes normalmente optarán por las salidas alternativas u otra forma de solución convencional. Por lo tanto, y especialmente en el juicio oral, se plantea la posibilidad de trabajar de un modo general a partir de pruebas que no son capaces de producir certeza absoluta; el sistema debe ser concebido para operar en un terreno en que la información es debatible, en que se pueden alcanzar niveles de certeza, pero difícilmente absoluta. Y es en este punto, donde aparecería la cláusula “duda razonable”.

Esta cláusula, primeramente, trató de poner en evidencia la imposibilidad de seguir funcionando sobre la base de la certeza absoluta y, en segundo lugar, pretendió establecer un estándar que permitiera discriminar entre los niveles de duda, esto es, que respondiese a la pregunta: ¿cuál es el margen de error que resultaría razonable aceptar para una decisión condenatoria? Frente a esta se plantearían como respuestas posibles la ausencia de todo margen de error, la exigencia de certeza plena o un cien por cien de certidumbre. Las tres respuestas anteriores conducirían a una solución inviable, absolver en todos los casos en que el delito no fuera flagrante o que no hubiese prueba indubitada. En cambio, la idea de “duda razonable” pretende decirnos que hay dudas aceptables (las no razonables) con las cuales podemos condenar, en tanto que hay otras que no

son aceptables para el sistema (las razonables) y, por lo tanto, conducirían a la absolución.

Incluso si pudiésemos cuantificar el grado de certeza que surge de la prueba en cada caso, la cláusula de duda razonable podría ser reemplazada por una indicación cuantitativa del margen de error aceptable, es decir, nos diría que si el grado de duda está bajo cierta cifra, el sistema está dispuesto a decidir una condena; en cambio, si la duda supera esa cifra, el sistema no está dispuesto a aceptar ese margen de error.

#### **4. Su relación con otras instituciones jurídicas**

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia se relaciona con otras figuras jurídico-penales, como por ejemplo el derecho a la no autoincriminación. Al respecto, el TC ha señalado lo siguiente:

“Si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso”<sup>37</sup>.

“Si bien es cierto que no es obligación del recurrente tener que demostrar su inocencia, pues esta parte de una presunción constitucional que, en todo caso, debe ser desvirtuada por la parte acusadora dentro del proceso judicial, también es cierto que ello no implica que el acusado tenga derecho a mostrar una actitud reacia al esclarecimiento de la causa. Por el contrario, todo procesado está en la obligación de colaborar con la justicia cada vez que dicha colaboración sea requerida, en la medida en que ello no importe una afectación del derecho constitucional a la no autoincriminación”<sup>38</sup>.

Para Riego, uno de los elementos más importantes del juicio oral es la declaración, así como, el interrogatorio del imputado. En ese sentido, se ha dado un tránsito del sistema inquisitivo –el cual, estableció toda una concepción de la declaración del imputado, basada en la idea de la búsqueda de la verdad y el

---

37 STC Exp. N° 0376-2003-HC/TC, f. j. 9.

38 STC Exp. N° 1567-2002-HC/TC, f. j. 7.

sometimiento de la persona del imputado al interés estatal— a la dinámica del juicio oral, —el cual, plantea otra lógica completamente diversa en que el principal valor es el de la participación del imputado en el juicio oral—.

En ese orden de ideas, su declaración o su silencio son ahora expresión de su autonomía y el reflejo más importante de su derecho a la defensa. Estas manifestaciones, por otra parte, están protegidas con miras a garantizar que se ejerciten de manera completamente voluntaria.

En ese sentido, una manifestación fundamental del derecho a la defensa material consiste en la posibilidad de hablar, es decir, la posibilidad de hacerse cargo de la imputación en su contra, de negarla, de matizarla, de entregar información adicional que modifique sus consecuencias, de evidenciar sus contradicciones internas, de mostrar su falta de credibilidad, de plantear una versión alternativa que también pueda ser creíble, en suma de manifestarse como actor en el proceso y hacer valer sus puntos de vista de un modo amplio.

La fuente formal que de modo más claro consagra la defensa material es, probablemente, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La regla mencionada abre todo el catálogo de garantías judiciales que constituyen el debido proceso, prescribiendo: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente (...)”. Este enunciado expresa lo que constituye el centro de la defensa y de todas las demás garantías: el derecho a hablar y, consecuentemente, a ser oído y, además, el derecho a participar en el proceso.

Este derecho a la defensa material es personal, esto es, corresponde al imputado, y el modo más elemental y directo de ejercerlo es por medio de su declaración, que es precisamente la manifestación de su versión de los hechos frente al tribunal por medio de un relato que aspira a ser creído. Tan central es este concepto de defensa material del imputado que la defensa técnica, esto es la participación del defensor profesional, aparece como un elemento de apoyo a la anterior. En otras palabras, dado que los procesos judiciales que el Estado ha definido son complejos, el imputado requiere para el ejercicio de sus derechos de la asesoría de un experto para poder ser eficaz en su desempeño.

Sin embargo, un factor a ser tomado en cuenta es el derecho a no autoincriminarse.

La no incriminación es una modalidad de la autodefensa pasiva, es decir, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por

defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable.

La prohibición de cualquier acto que perturbe o vicie esta voluntad de declarar o de no hacerlo y las salvaguardas necesarias para cautelar esta libertad es lo que se le conoce como el derecho a la no incriminación.

Visto así, la finalidad de dicho derecho es la de excluir la posibilidad de obligar al imputado de cooperar activamente en la formación de la convicción sobre sí y la forma de conseguirlo es mediante la prohibición de utilizar en el proceso cualquier declaración del inculcado que haya sido conseguido mediante la violación del derecho del cual nos ocupamos.

Una mirada analítica nos obliga, además, a enmarcar el derecho a la no incriminación dentro de la libertad a declarar del ciudadano. Esta libertad tiene dos expresiones, una negativa y otra positiva; esto es, la libertad de declarar y de no hacerlo. Este último es lo que se conoce como el derecho a guardar silencio.

Este derecho exige la prevalencia de la libertad y espontaneidad de aquel (del declarante), y el necesario respeto a sus derechos y garantías constitucionales, tanto respecto al hecho de declarar como al contenido de sus declaraciones. Supone, por lo tanto, la invalidez de lo obtenido por vías directa o indirectamente vulneratorias de aquellos, cualesquiera que sean.

Una declaración voluntaria que realice el inculcado en su contra no infringe el derecho a la no incriminación, esta declaración es la confesión, la cual no es concluyente ni excluyente de la actividad probatoria del Ministerio Público.

Ahora bien, si aún con la confesión del acusado el Ministerio Público tiene que acreditar la imputación penal; con mayor razón cuando el acusado no presta declaración alguna, es decir, guarda silencio.

En ese sentido, el silencio es en principio poco significativo debido a las múltiples interpretaciones que es posible atribuirle. En efecto, el silencio del acusado durante el juicio permite atribuir significado a través de los demás elementos probatorios. Por ende, más que resaltarse el silencio del acusado, debe de enfatizarse en la estrategia del Ministerio Público de presentar su caso con los medios probatorios que se requieren.

En ese orden de ideas, el Ministerio Público podría presentar un caso muy débil, que por sí solo no podría conducir a una sentencia condenatoria, al



concentrar toda su argumentación en el hecho de que el imputado ha guardado silencio como elemento central de la convicción de culpabilidad. Al respecto, los jueces deben preservar la presunción de inocencia exigiendo que el Ministerio Público pruebe su caso y centrando su análisis en esa prueba.

El silencio del imputado, entonces, puede ser un elemento de reafirmación de la versión acusadora y, en el contexto de un caso sólido, puede ser un factor especialmente elocuente, pero su utilización no debe transformarse en una especie de inversión de la carga de prueba a través de la cual el caso del Ministerio Público siempre aparezca validado mediante el silencio del imputado.

Asimismo, el silencio de cualquier persona frente a una imputación, en cualquier contexto de la vida social, es en principio ambiguo, es decir, son diversas las explicaciones de semejante conducta. Por cierto, una de ellas será la de que la persona no tiene defensa que exponer porque, en efecto, es culpable de lo que se le imputa, pero hay otras también válidas, como por ejemplo que la persona prefiere no entrar a discutir el asunto en el escenario en que se plantea porque no lo considera apropiado, o que prefiere preparar su defensa de la mejor manera, o que considera que la imputación en sí misma no la daña y prefiere no validarla haciéndose cargo de ella. Así por delante podrían haber muchas explicaciones de esa conducta y es por eso que nada se puede deducir de ella en principio.

En el juicio oral, el contexto de la situación elimina muchas de las ambigüedades a que hacíamos alusión. La imputación es muy concreta, es grave y acarrea la consecuencia de una pena. Además, se trata de un escenario institucional previsto precisamente para que el imputado se defienda. Por lo tanto, si este permanece callado hay menos explicaciones posibles de su conducta. No obstante, todavía existen explicaciones distintas al hecho de su culpabilidad.

Estas explicaciones tienen que ver, precisamente, con la eventual debilidad del caso del Ministerio Público, esto es, que el imputado no habla porque hacerlo podría entregar elementos informativos que eventualmente reforzarán el caso del Ministerio Público y el imputado prefiere que el Tribunal falle sobre la prueba del Ministerio Público, dado que las debilidades de esta conducirán a la absolución. En este contexto el Tribunal no puede deducir nada del silencio porque este tiene varias explicaciones posibles. Es la fortaleza del caso del fiscal lo que hace elocuente al silencio del imputado, en la medida que el caso de la acusación es más fuerte se van cerrando las ambigüedades en el silencio del imputado, y es cada vez menos explicable por qué guarda silencio.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha establecido otras relaciones entre la presunción de inocencia con otras figuras jurídicas, tales como, el principio de culpabilidad, la reserva del proceso y la actuación del juez constitucional.

Así, con relación al primer tema, el Supremo Intérprete de la Constitución ha precisado que:

“[U]n límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable”<sup>39</sup>.

Al respecto, en 1949 Arthur Kaufmann en su tesis doctoral *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*<sup>40</sup>, asentó las bases de este principio (en el campo de la teoría del error); no obstante, en la actualidad, la culpabilidad se le es analizada desde tres perspectivas. En primer lugar, como tercer nivel de la teoría del delito (la conducta para que sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable<sup>41</sup>). En segundo lugar, como fundamento en la determinación o medición de la pena<sup>42</sup>. En tercer lugar, como lo contrario a la responsabilidad por el resultado u objetiva<sup>43</sup>.

Frente a estas perspectivas que el principio de culpabilidad ofrece, Roxin ha indicado determinadas pautas que este principio debe seguir: “1.- La teoría penal de la culpabilidad debe ser independiente de la realidad empírica de la libertad de voluntad, pues esta no puede ser probada (...) 2.- Luego, en el sentido del Derecho penal, actúa culpablemente quien se comporta típica y antijurídicamente, pese a que en el momento del hecho era normativamente asequible (...)

39 STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC, f. j. 21

40 “La conciencia del injusto en la teoría de la culpabilidad del Derecho Penal”; asimismo, en 1961, desarrolla en su trabajo para acceder a la cátedra “Das Schulprinzip” (*El principio de culpabilidad*, segunda edición en 1976).

41 Aquí la culpabilidad tiene como elementos: la capacidad de culpabilidad, conocimiento de lo antijurídico y la exigibilidad de la conducta); no obstante, últimamente se ha planteado la posibilidad de hablar de una “responsabilidad” que de culpabilidad (Roxin).

42 En esta perspectiva, el principio de culpabilidad aparece como función limitadora, es decir, la pena ha imponerse no puede ir por debajo o por encima de los límites que vienen impuestos. Arthur Kaufman indicó que la tarea de medición de la pena, la prohibición del exceso y el principio de culpabilidad no se excluyen, sino se complementan.

43 La denominada responsabilidad subjetiva: se debe atender a la conducta dolosa o imprudente, así como, el grado de desarrollo mental necesario, bien por desconocer que el hecho estaba prohibido o no le era exigible otro comportamiento.

3.- La existencia de culpabilidad en el sentido señalado es un presupuesto de punibilidad (y “fundamenta” a esta en este sentido), pero no legitima ninguna retribución (...) 4.- Del rechazo a la retribución se deriva que los objetivos del Derecho penal son de naturaleza puramente preventiva (...) 5.- Si la culpabilidad es necesaria para la pena, pero no la exige, la pena puede quedar por debajo de la medida de la culpabilidad o ser reemplazada por otras sanciones (...) 6.- No debe pensarse sin culpabilidad y no se debe penar más allá de la medida de la culpabilidad, pero tampoco debe pensarse sin necesidad de prevención especial o general. La culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente<sup>744</sup>.

Estas propuestas de Roxin inciden en las tres facetas de la culpabilidad; en lo que sigue me ceñiré como fundamento en la determinación y medición de la pena, así como en la exigencia de la responsabilidad subjetiva.

- Como fundamento en la determinación y medición de la pena.- Si se tipifica la conducta de divulgación y/o explotación de secretos de empresa, la pena a aplicarse respondería al marco de culpabilidad; es decir, partir de la valoración de la culpabilidad dentro del marco de la pena, teniendo como pilares: la culpabilidad por el hecho y los fines preventivos; al respecto Zipf comenta lo siguiente: “Durante la decisión preventiva, el juez reduce las diversas magnitudes penales derivadas bajo el punto de vista de la adecuación a la culpabilidad, a una correcta magnitud de pena definitiva, con fines preventivos”<sup>745</sup>.
- Como fundamento en la responsabilidad subjetiva.- El art. VII del T.P. del C.P. establece que: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”. En ese sentido, Schünemann indica que: “[s]olo el principio de culpabilidad puede evitar que el Estado llegue a castigar incluso aquellos hechos que el autor no podía evitar y por los cuales no se le puede dirigir ningún reproche personal”<sup>746</sup>. Asimismo, la responsabilidad subjetiva implica que el sujeto activo responda por la conducta realizada y no por un defecto de su personalidad<sup>47</sup>.

44 ROXIN, Claus. “El principio de culpabilidad y sus cambios (LH a Arthur Kaufmann)”. En: *Dogmática Penal y Política Criminal*. Idemsa, Lima, pp. 174-177.

45 MAURACH; GÖSSEL; ZIPF. *Tratado de Derecho Penal parte general*. Tomo II. Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 695.

46 SCHÜNEMANN, Bernd. “La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo”. En: *El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Bosch, Barcelona, 1995, p. 163.

47 Es la clásica distinción entre un Derecho Penal de hecho y un Derecho Penal de autor.

Cuestión aparte es lo relacionado con las personas jurídicas, las cuales, en la mayoría de textos penales se les niega una responsabilidad jurídico-penal<sup>48</sup>. Sin embargo, un sector importante de la doctrina aboga por su responsabilidad; no obstante, para no afectar el principio de culpabilidad, se está elaborando una teoría, la cual, tiene un corte “dogmático-funcionalista”<sup>49</sup>, que va más allá del actuar por otro o de las teorías de la representación o de la función.

Al respecto, Silva Sánchez comenta lo siguiente: “(...) debe insistirse en que es preciso determinar con claridad cuál es el círculo de personas físicas integradas en dicha estructura, cuyas acciones desencadenan la responsabilidad de la persona jurídica. Además, es preciso determinar cómo se construye la imputación subjetiva de la persona jurídica en caso de actuaciones de órganos colegiados, en las que unos miembros obran con dolo y otros no; si cabe una suma de conocimientos individuales, cada uno por sí mismo insuficiente, para conformar el dolo de la empresa; si causas de exclusión de la responsabilidad concurrentes en el miembro de la empresa pueden beneficiar a esta o no; etc.”<sup>50</sup>.

Por otro lado, el TC ha indicado una relación entre la presunción de inocencia y la reserva del proceso; al respecto, ha señalado lo siguiente:

“[S]i bien el demandante alega (...) que su conducta ilícita no configura el delito agravado que prescribe la participación delictiva de tres o más personas, pues al no existir una tercera persona le corresponde el tipo penal base previsto en el artículo 296 del Código Penal, sin embargo, tal argumento no es compartido por este Tribunal, pues como ya se señaló anteriormente (...) el derecho a la presunción de inocencia no comporta una presunción absoluta, sino una presunción *iuris tantum*. Por eso (...) puede quedar desvirtuada sobre la base de una mínima actividad probatoria. En el caso, el demandante fue condenado por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, reservándose el proceso contra otros coprocesados, reserva que a juicio de este Colegiado evidencia que existen pruebas suficientes contra los indicados procesados ausentes, las que, llegado el momento, podrían justificar una condena contra ellos; de lo contrario la justicia penal los habría absuelto,

48 A excepción de Francia, Holanda, Inglaterra, Estados Unidos, Brasil, Colombia, entre otros.

49 Al respecto, véase: BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Bosch, Barcelona, 1998.

50 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*. Bosch, Barcelona, 1992, p. 87. No obstante, el citado autor señala que está clara la acogida en el Derecho Penal de la globalización la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

toda vez que lo que la Constitución (artículo 139, inciso 12) prohíbe es que una persona sea condenada en ausencia, mas no que sea absuelta<sup>51</sup>.

Finalmente, el TC ha precisado que el juez constitucional no puede valorar la responsabilidad penal del imputado so pretexto de analizar alguna violación al derecho a la presunción de inocencia, debido a que asumiría funciones de jurisdicción ordinaria, convirtiéndose el proceso constitucional en una instancia más del proceso penal. En ese sentido, apréciase la siguiente jurisprudencia:

“[L]a eficacia de este derecho [presunción de inocencia] no autoriza al tribunal y, en general, al juez de los derechos fundamentales, a superponerse o sustituirse en las labores que son propias del juez penal. Por ello, tratándose del cuestionamiento de una resolución judicial por violación del principio de presunción de inocencia, al juez constitucional le está vedado realizar una valoración sobre la responsabilidad penal que pudiera tener el procesado. Su ámbito de actuación se circunscribe a determinar si en el desarrollo de dicho proceso, la sanción impuesta no se fundamenta en ningún medio de prueba, o las que le sirvieron de sustento son manifiestamente insuficientes para servir de justificación a una condena<sup>52</sup>.”

---

51 STC Exp. N° 05878-2009-PHC/TC, f. j. 6.

52 RTC Exp. N° 0506-2005-PA/TC, f. j. 8.



# El derecho fundamental a la prueba

*Luis Genaro Alfaro Valverde\**

**SUMARIO:** Introducción. **I.** La prueba como derecho constitucional implícito. **II.** Ámbito de protección constitucional. **III.** Limitaciones al derecho a la prueba. **IV.** Reflexiones finales.

## Introducción

El fenómeno de la constitucionalización de los derechos fundamentales en los Estados (nivel interno e internacional) y la necesidad de garantizarlos jurisdiccionalmente, fueron las cardinales razones que ocasionaron el encubrimiento del proceso y de algunas de sus instituciones, a nivel constitucional. Esto contribuyó además a que, mediante la jurisprudencia constitucional, se venga identificando y reconociendo (expresa o implícitamente) algunos derechos fundamentales de naturaleza procesal, como es el caso del derecho a la prueba.

Precisamente, el tema central del presente estudio trata sobre el derecho fundamental a la prueba y sus principales aspectos o características derivados de esta garantía. Para tal caso, nos apoyaremos en doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, que ciertamente permitirá esclarecer mejor dicha garantía en el panorama constitucional.

---

\* Fiscal Provincial Civil Titular del Distrito Judicial del Santa. Ex Juez Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa. Egresado de la Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctorando en Derecho y Ciencias Políticas por la misma casa de estudios.

De esta manera, postulamos que el derecho a la prueba, si bien no se encuentra previsto expresamente en la Constitución, es un derecho fundamental que forma parte del derecho al debido proceso. Sentado esto, nos referimos en detalle a su contenido protegido, así como a los límites o restricciones a su ejercicio, examinando cuándo estas son pertinentes y lícitas –que, a nuestra consideración, serían las únicas restricciones válidas y constitucionales–.

## **I. La prueba como derecho constitucional implícito**

### **1. ¿Derecho implícito o derecho autónomo?**

Como sabemos, la mayoría de las Constituciones modernas se estructuran o diseñan teniendo en cuenta dos segmentos o partes: la dogmática y la orgánica o formal. Justamente, es en la primera en donde encontramos a la descripción o enumeración de derechos fundamentales. Estos a su vez pueden ser propuestos de manera expresa o manifiesta, pero también en algunas ocasiones de forma implícita o tácita, y nacen a partir de las primeras. Incluso pueden existir otros derechos “no enumerados” o “no escritos” que surgen de la divinidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho (artículo 3 de la Constitución). Precisamente, entre estos derechos localizamos al derecho a la prueba y su consideración como contenido implícito del derecho al debido proceso.

En efecto, en el sistema peruano, a diferencia de otros ordenamientos constitucionales, el derecho a la prueba no disfruta de una declaración expresa y menos independiente en la norma constitucional; empero, tal situación no significa que se encuentre sin tutela constitucional. Por el contrario goza reconocimiento y protección básicamente por que forma parte del contenido esencial de otro derecho fundamental de naturaleza procesal, como es el debido proceso, regulado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución<sup>1</sup>.

Ciertamente, la jurisprudencia constitucional peruana es uniforme al establecer que se trata esencialmente de un derecho implícito al debido proceso. Justamente, nuestro Tribunal se ha pronunciado en la STC Exp. N° 00010-2002-AI/TC, afirmando que el “derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso,

---

1 “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”



reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú”. Es decir, el derecho fundamental a la prueba (contenido) forma parte de una colección de derechos que constituyen el estándar o patrón mínimo del debido proceso (continente)<sup>2</sup>. Entre estas se encuentra también el derecho al juez natural, el derecho a la defensa, a la pluralidad de instancias, entre otros derechos fundamentales de naturaleza procesal<sup>3</sup>.

Dicha relación de (contenido a continente) se aprecia también, refiriéndose a la tutela procesal efectiva (símil del debido proceso) en el último párrafo del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, que establece: “*Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley (...)*” (resaltado nuestro).

Por lo demás, consideramos que si bien conforme a la tendencia jurisprudencial y doctrinal expresada es un hecho innegable que el derecho a la prueba sea prima facie un derecho implícito al derecho fundamental al debido proceso, no es menos cierto que la prueba, dada su relevancia en el nuevo contexto constitucional, viene adquiriendo una vitalidad autónoma, que posiblemente se vaya fortificando y emancipando en nuestro sistema constitucional en la medida que pase el tiempo. Así, el TC peruano en reiteradas oportunidades ha manifestado que existen situaciones, en que resulta factible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, es posible de ser configurado autónomamente<sup>4</sup>, como es el caso del derecho a la prueba.

## 2. Justificación de su vinculación al debido proceso

Veamos ahora cuales serían los fundamentos constitucionales por las que la jurisprudencia constitucional añade al derecho fundamental a la prueba en el plexo de derechos que comprenden el debido proceso, pues la importancia de los problemas que atañen a los medios de prueba –afirma Taruffo– deriva de un análisis cuyo objetivo es esclarecer y desarrollar el significado y el campo de

2 Cfr. STC Exp. N° 7289-2005-PA/TC, f. j. 5.

3 STC Exp. N° 2456-2004-AA/TC, f. j. 3

4 Cfr. STC N° 0895-2001-AA/TC, del 19 de agosto, f. j. 5.

aplicación de las disposiciones sobre el debido proceso que se incluyen en casi todas las constituciones modernas<sup>5</sup>.

Una de las razones que esbozadas es que en el Derecho Comparado la mayoría de ordenamientos jurídicos ha incorporado una etapa probatoria en el esquema de sus procesos ordinarios o de conocimiento. Precisamente, en la doctrina nacional<sup>6</sup> ha precisado que “el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar las cuatro etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia”. Como se aprecia, la razón de tal inclusión supuestamente queda justificada en la medida que se trata de una fase cardinal y típica de todo proceso, identificada con términos procesales como “etapa probatoria”.

Sin embargo, conviene precisar que tal planteamiento no sería del todo preciso, puesto que el hecho de prescindir o no considerar de manera expresa tal etapa probatoria en el diseño de un proceso determinado, no implica automática o necesariamente que no exista actividad probatoria y menos que no se reconozca el derecho a la prueba. Por ejemplo, en el diseño de los procesos constitucionales, si bien es cierto en la primera parte del artículo 5 del Código Procesal Constitucional se enuncia que no existe estación probatoria, ya que con estos lo que en puridad se pretende es la restitución de derechos constitucionales y no su declaración o constitución a favor de ninguna de las partes; no es menos cierto que se proscriba la actividad probatoria y menos, que prescinda de la carga de la prueba<sup>7</sup>, por el contrario, se resalta su procedencia, pero con ciertas restricciones sobre aquellos “medios probatorios que no requieren actuación”, como se desprende de la segunda parte de dicho enunciado legal. Y lo que es más, dicha proposición normativa incluso abre la posibilidad de la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso (artículo 5 del CPC)

Así, no debemos confundir las nociones o conceptos de etapa probatoria, con actividad probatoria, carga de la prueba, ni mucho menos con el derecho a

5 TARUFFO, Michele, *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 56.

6 LANDA ARROYO, César. *Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*. En: DIKE Portal de Información y Opinión Legal de la PUCP, disponible en: <<http://dike.pucp.edu.pe>>, p. 4 (versión pdf).

7 En efecto, el TC peruano en la STC N° 04762-2007-PA/TC ha puesto en evidencia que “en los procesos constitucionales la prueba tiene como función demostrar o acreditar que la amenaza de vulneración alegada por el demandante es cierta y de inminente realización, o que la vulneración del derecho fundamental alegado ha sido producida de manera real y efectiva, o que se ha convertido en irreparable” (f. j. 7)

la prueba; que si bien a la luz de la dogmática procesal son conceptos que se encuentran íntimamente relacionados con el instituto jurídico de la prueba, pero de ningún modo importa que sean sinónimos o que no puedan presentarse de modo independiente. Dicho en otras palabras, en todo proceso (ordinario o constitucional) existirá actividad probatoria, carga de la prueba y derecho a la prueba, indistintamente que se establezca o no un momento procedimental determinado (etapa probatoria).

Por lo demás, el certero fundamento que justifica la tutela constitucional del derecho a la prueba como derecho implícito al debido proceso, parte por entender la necesidad de que los actos procesales se desarrollen bajo los cauces de la formalidad y de la consistencia, propios de la administración de justicia, lo que implica el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justificable. En tal sentido, una de estas garantías es, llanamente, la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador; por consiguiente, si no se permite la aportación oportuna de pruebas a los justiciables, sería imposible considerar que se haya tutelado el debido proceso. Así, únicamente con los medios probatorios necesarios y pertinentes, el juzgador podrá decidir adecuadamente.

En este mismo sentido, en la doctrina italiana, Michele Taruffo afirma que las garantías procesales de las partes serían meramente formales y vacías si se les impidiera presentar todos los medios de prueba relevantes que necesitan para acreditar sus versiones de los hechos en litigio. Por consiguiente, el derecho a presentar todos los medios de prueba relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes<sup>8</sup>.

Con similar parecer, el Tribunal Constitucional nacional ha señalado en la STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC que “una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y

8 TARUFFO, Michele, *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 56.

tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio.<sup>9</sup>

## II. Ámbito de protección constitucional

### 1. Contenido esencial de los derechos fundamentales

Es un criterio meridianamente uniforme del formante doctrinal y jurisprudencial (constitucional) postular que todo derecho fundamental tiene su ámbito de aplicación o su contenido esencial constitucionalmente protegido<sup>10</sup>. Este está constituido por la médula infranqueable que posee todo derecho reconocido constitucionalmente, la misma que resulta un parámetro para el legislador. En efecto, desde la jurisprudencia nacional se ha determinado que el “contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad.<sup>11</sup>

Sin embargo, el mismo TC peruano, en forma reiterada viene sosteniendo que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse o establecerse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan<sup>12</sup>, por lo tanto su plena determinación o configuración requiere un minucioso análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona<sup>13</sup>.

9 STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f. j. 14 (caso Magaly Medina Vela).

10 Cfr. En la doctrina alemana, por ejemplo, véase: HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997, p. 117.

En la jurisprudencia española, se afirma que el contenido esencial de un derecho es determinado “a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, que resulta de las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los Jueces y, en general, los especialistas en Derecho”, comprendiendo “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito” (Sentencia 11/1981, del Tribunal Constitucional español, publicada en el BOE el 25 de abril de 1981, disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.es/JC.htm>>).

11 Así, por ejemplo en la STC Exp. N° 1042-2002-AA/TC, f. j. 2.2.4.

12 Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 41.

13 Cfr. STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC, f. j. 21 (caso Anicama Hernández).

Tal contenido intangible, debe ser estrictamente respetado por el legislador que muy a menudo desarrolla el contenido de derechos fundamentales. En este sentido, se ha pronunciado el TC peruano en la STC Exp. N° 014-2002-AI/TC, al sostener que “(...) aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”<sup>14</sup>.

## 2. Contenido esencial del derecho a la prueba

### 2.1. Ámbito de aplicación

En el contexto señalado, al igual que todo derecho fundamental reconocido por la Constitución –sea explícito o implícito, de naturaleza sustancial o procesal– el derecho a la prueba tiene un contenido esencial o ámbito constitucionalmente protegido. Este está comprendido o integrado –como afirma Ferrer Beltrán– por aquellos elementos o derechos definitorios en que puede descomponerse el derecho a la prueba<sup>15</sup>.

Asimismo, debemos señalar que se trata de un derecho de configuración o composición eminentemente legal; es decir, es el legislador quien interviene de manera activa en la delimitación de su contenido constitucionalmente protegido por este derecho; por lo que necesariamente la acotación de su alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad<sup>16</sup>. Por ello su constitucionalización demanda de una interpretación flexible y amplia de la legalidad en orden de favorecer su máxima vigencia.<sup>17</sup>

En este sentido, se viene pronunciando reiteradamente el Tribunal Constitucional español, por ejemplo en la STC 291/2006, de 9 de octubre, emitida por la Segunda Sala<sup>18</sup>, en la que recuerda su doctrina sobre el derecho fundamental a

14 STC Exp. N° 014-2002-AI/TC, f. j. 94. Cfr. STC Exp. N° 050-2004-AI/TC, f. j. 39.

15 FERRER BELTRÁN, Jordi. “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”. En: *Jueces para la democracia*. N° 47, 2003, Madrid, p. 28.

16 PICO I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. J. M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 144.

17 Ídem.

18 STC español 291/2006, del 9 de octubre.

la prueba consagrado en el art. 24.2 Constitución Española; específicamente cita la STC 71/2003, de 9 de abril, fundamento jurídico 3, en la que describe: “Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de setiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, f. j. 2), siendo solo admisibles los medios de prueba autorizados por el Ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 89/1997, de 10 de noviembre; 190/1997; 96/2000, f. j. 2).

De modo tal que al momento en que legislador desarrolle normativamente su alcance o contenido, de modo alguno debe ser motivo de afectación el hecho que sea considerado como un derecho implícito o no expreso, ya que el mismo TC en la STC Exp. N° 0010-2001-AI/TC ha evidenciado que “la exigencia del respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales no se deriva de la existencia de una cláusula que, ex profeso, lo señale así, sino, básicamente, del diverso nivel en el que opera el poder constituyente (que los reconoce en normas constitucionales) y los poderes constituidos (que solo pueden limitarlos en virtud de leyes cuya validez depende de su conformidad con la Norma Suprema del Estado)”<sup>19</sup>.

## 2.2. Elementos que componen el contenido esencial

Conviene señalar que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba –al menos en sede nacional– no fue primigeniamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional, sino básicamente por la doctrina procesal, especialmente la comparada. No obstante, posteriormente su delimitación o alcance ha venido siendo perfilada y perfeccionada en medida que fue evolucionando la jurisprudencia de nuestro Máximo Intérprete de la Constitución (Tribunal Constitucional)<sup>20</sup>.

Veamos cuales son aquellos derechos que constituyen o configuran el derecho fundamental a la prueba. Para tal caso será necesario acudir a la doctrina comparada, comenzando particularmente por los aquellos planteamientos reduccionistas de su contenido esencial, para posteriormente mencionar aquellas

19 STC Exp. N° 0010-2001-AI/TC, f. j. 14.

20 Cfr. TALAVERA ALGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Academia de la Magistratura, Lima, 2009, p. 23.

propuestas de mayor amplitud. Así, en la doctrina española, el Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sánchez Carrión, sostiene de manera sumaria que el contenido esencial del derecho fundamental a la prueba sería concretamente la posibilidad de aportación y práctica de medios de prueba de los litigantes en el curso del proceso, sin que se les ocasione indefensión constitucional o, dicho de otro modo, el derecho de defensa contradictoria de los litigantes en el curso del proceso mediante la aportación y práctica de medios de prueba<sup>21</sup>.

En esta misma doctrina, Abel Lluch amplía el campo de protección un poco más, desglosando al derecho a la prueba en cuatro facultades, las que serían: 1) derecho a la proposición de los medios de pruebas; 2) derecho a la admisión de las pruebas propuestas, o en su caso una inadmisión motivada; 3) derecho a la práctica de la prueba admitida y 4) derecho a la valoración de la prueba practicada<sup>22</sup>.

Siempre en la doctrina española, Ferrer Beltrán plantea una ampliación del espectro de protección constitucional del derecho en cuestión, indicando que los elementos definitorios del derecho a la prueba son los siguientes: 1) el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; 2) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; 3) el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas; y, 4) la obligación de motivar las decisiones judiciales<sup>23</sup>.

A su turno, la doctrina nacional viene asimilando la última posición que desarrolla el derecho a la prueba de una manera más extensa o amplia, dejando de lado aquellas posiciones o planteamientos restrictivos. Es este sentido, Bustamante Alarcón ha señalado que se trata de un derecho complejo, en vista de que su contenido se encuentra integrado por los siguientes derechos: 1) el derecho a ofrecer los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba; 2) el derecho a que se admitan los medios probatorios así ofrecidos; 3) el derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios admitidos y los que han sido incorporados de oficio por el juzgador; 4) el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios

21 SÁNCHEZ CARRIÓN, Joaquín L. "La vertiente jurídico constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español". En: *Revista de Derecho Político*. N° 42, Madrid, 1996, p. 195.

22 ABEL LLUCH, Xavier. "Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil". En: AA.VV. *Objeto y carga de la prueba civil*. J.M. Bosch, 2007, pp. 32-34.

23 FERRER BELTRÁN, Jordi. "Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales". Ob. cit., pp. 27-34.

probatorios; y, 5) el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han sido actuados y que han ingresado al proceso o procedimiento<sup>24</sup>.

Es de equivalente parecer, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la Cas. N° 2340-05-Camaná, del 17 de mayo de 2006, cuando detalla que “el derecho de prueba es un elemento del debido proceso y comprende cinco derechos específicos: a) el derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente, salvo las excepciones legales; b) el derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; c) el derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidos oportunamente; d) el derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de estas; y, e) el derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica”<sup>25</sup>.

Por su parte, el TC peruano –teniendo en cuenta la doctrina mencionada–, en forma reiterada se ha manifestado sobre el derecho en análisis, indicando que se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado<sup>26</sup>.

De esta manera, sintetizando los planteamientos de la jurisprudencia y la doctrina, se puede inferir razonablemente que el contenido esencial del derecho a probar está compuesta por una serie de derechos, que reformula lo que en doctrina procesal se conoce como el *iter* probatorio, iniciando por el derecho a la utilización u ofrecimiento de todos los medios de prueba que sean relevantes, su

24 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como un elemento esencial de un proceso justo*. Ara, Lima, 2001, pp. 102 y 103.

25 Cas. N° 2340-05-Camaná, f. j. 1. Dicho composición del derecho a la prueba, se puede apreciar de manera reiterada en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú, véase por ejemplo: CAS. N° 1548-06 LIMA, f. j. 1; Cas. N° 3490-06 LIMA, f. j. 1; Cas. N° 5342-06 LIMA; Cas. N° 3120-05 LIMA, f. j. 1; Cas. N° 2256-05 SAN MARTIN, f. j. 1; Cas. N° 2646-04 ICA, f. j. 4.; Cas. N° 726-05 CUSCO, f. j. 4. Cas. N° 1058-06 LAMBAYEQUE, f. j. 1; Cas. N° 440-06 CUSCO, f. j. 1.

26 STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f. j. 15 (caso Magaly Medina). Cfr. STC N° 4831-2005-PHC/TC, f. j. 7; STC Exp. N° 1014-2007-PHC.



admisión por parte del juzgador, la respectiva práctica o actuación de la prueba admitida y finalmente su debida valoración.

### A. Derecho a utilizar los medios de prueba

Entre las principales manifestaciones o elementos del derecho a la prueba, se encuentra –en primer lugar– el derecho a utilizar los medios de prueba necesarios, a efectos de generar convicción al juzgador sobre la veracidad de los hechos alegados por las partes. Caso contrario al inobservarse dicho derecho podría significar o generar la vulneración del derecho a la prueba y por ende al debido proceso o la tutela jurisdiccional efectiva.

Así, en la doctrina comparada y en la jurisprudencia se emplea diversas expresiones análogas para referirse esta primera manifestación del derecho a la prueba, tales como: “presentar”, “utilizar”, “postular”, “proponer” y “ofrecer”; las cuales sometidas al filtro de la técnica y la dogmática procesal, se tratarían naturalmente de conceptos con connotaciones y efectos disímiles; sin embargo, nosotros hemos querido identificar a este derecho con la expresión “utilizar”, al ser más unicompreensivo y el de mayor extensión que las demás expresiones indicadas. Esto en concordancia con la necesidad de efectuar una lectura e interpretación amplia y flexible de las normas probatorias<sup>27</sup>.

De esta manera, el TC nacional en la STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC, empleando la expresión “presentar” ha precisado que “el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; *ello en la medida que los justiciables se encuentran facultados para poder presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos*”<sup>28</sup> (resaltado nuestro).

Por su parte, desde la doctrina española, Ferrer Beltrán afirma que el primer elemento es el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión<sup>29</sup>. De igual modo, Abel

27 PICO I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. En: AA.VV. *Problemas actuales de la prueba civil*. J.M. Bosch, 2005, p. 31.

28 STC Exp. N° 00862-2008-PHC/TC, f. j. 4. Este mismo parecer se aprecia, por ejemplo, en la STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC LIMA, en la que el TC peruano sostiene que “es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconoce, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor” (f. j. 14, caso Magaly Medina Vela).

29 FERRER BELTRÁN, Jordi. “Derecho a la prueba y racionalidad de ...”. Ob. cit., p. 28.

Lluch manifiesta que en virtud de tal “cada parte tiene derecho a proponer los medios de prueba que estime idóneos para acreditar sus pretensiones”<sup>30</sup>.

En la doctrina italiana, Michele Taruffo afirma que las “partes tengan el derecho a probar un hecho significa que tienen la facultad de presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para apoyar su versión de los hechos en litigio. Para la parte que alega un hecho, esto significa que debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas con las que cuente; para la parte contraria, supone que debe tener la oportunidad de presentar todas las pruebas contrarias o negativas de que disponga en relación con esos derechos”<sup>31</sup>.

No obstante, conviene precisar que si bien es cierto los justiciables, en ejercicio de ese derecho, pueden presentar los medios de prueba que estimen necesarios (*libertad probatoria*), no es menos cierto que no lo puedan hacer en forma ilimitada sustentada en su simple arbitrio; por el contrario, para que no generar complicaciones al funcionamiento del proceso, estas deben estar sujetas a algunas restricciones<sup>32</sup>. De esta manera, se pone en evidencia el problema suscitado en el sistema del *common law*, referido a la confrontación sobre el principio de *free proof*<sup>33</sup> y las reglas que integran el *law of evidence*.

30 ABEL LLUCH, Xavier. “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”. Ob. cit., p. 32.

31 TARUFFO, Michele, *La prueba*. Ob. cit., p. 56.

32 En la doctrina italiana, Taruffo afirma que “las partes no deben sentirse obligadas a presentar cualquier prueba que quieran, ni tampoco se les debe permitir hacerlo, porque esto ocasionaría demoras y complicaciones en el funcionamiento del proceso”. (TARUFFO, Michele, *La prueba*. Ob. cit., p. 37). En la doctrina peruana, Talavera Alguera refiriéndose al derecho a la admisión de los medios de prueba afirma que “conforme a este derecho, por regla general se puede ofrecer cualquier medio de prueba para probar cualquier hecho objeto de prueba, siempre que no esté expresamente prohibido o no permitido por la ley”. (TALAVERA ALGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 24). A nivel normativo, la figura de la libertad probatoria se aprecia en el artículo 191 del Código Procesal Civil, el establece lo siguiente: “Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el artículo 188 (...)”. También lo podemos apreciar en el artículo 157.1 del Decreto Legislativo 957, Nuevo Código Procesal Penal: “Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible (...)”.

33 Por *free proof* se entiende que “la prueba es libre, en el sentido de que todo elemento relevante puede ser empleado, sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad para probar los hechos: esta libertad corresponde a las partes, que tienen que poder usar en el proceso cualquier elemento de prueba relevante, y al juez que tiene que poder determinar los hechos mediante una valoración racional. Se reconoce por otra parte, que el principio *free proof* no puede encontrar aplicación absoluta en los ordenamientos jurídicos concretos y opera, por lo tanto, únicamente de forma tendencial, dado que debe ser ponderado con otros principios y valores cuya ejecución se produce a través de las normas que integran la reglamentación jurídica de la prueba” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Milano, 2002, pp. 357-358).

En este contexto, la utilización de los medios de prueba se encuentra también sujeta a requisitos o reglas legales de tiempo y forma. Concretamente, los justiciables pueden utilizar los medios de prueba en la oportunidad o el momento que las normas legales hayan razonablemente preestablecidos para cada circunstancia. En el caso de nuestro sistema procesal (al igual en la mayoría de ordenamientos), tanto el formante doctrinal y el legislativo han determinado que la presentación de los medios de prueba, pueden efectuarse válidamente en la respectiva etapa postulatoria<sup>34</sup>.

Del mismo modo, este derecho se encuentra también debidamente limitado por los principios de relevancia o pertinencia. Así, para el jurista español Abell Lluich refiriéndose al derecho a la prueba en el sistema español, afirma que dicho derecho se encuentra sujeta a tres límites: a) el derivado, del tenor literal del art. 24.2 CE que solo admite los medios de prueba “pertinentes”, excluyendo, por ende, las pruebas que no tengan relación con el *thema decidendi*; b) un segundo límite es su carácter de derecho de configuración legal, que exige que la prueba se haya propuesto en tiempo y forma y esté autorizado por el ordenamiento jurídico; y c) un tercer límite se anuda a su carácter de derecho procedimental, que exige que se produzca una indefensión constitucionalmente relevante, esto es, la parte perjudicada deberá demostrar que la prueba no admitida o practicada era decisiva en términos de fallo<sup>35</sup>.

Además, en la jurisprudencia española se sostiene que el justiciable que alegue la afectación del derecho a la utilización de los medios de prueba, debe convencer argumentativamente que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable. En este sentido, en la STC 116/1983, afirma que quien invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia<sup>36</sup>, ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo<sup>37</sup>.

34 Cfr. Cas. N° 2284-03 LIMA, f. j. 6.

35 ABEL LLUCH, Xavier. “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”. Ob cit., p. 33.

36 V. gr. STC 147/1987, de 25 de setiembre, f. j. 2; STC 50/1988, de 2 de marzo, f. j. 3; STC 357/1993, de 29 de noviembre, f. j. 2.

37 Cfr. STC 30/1986, de 20 de febrero, f. j. 8; STC 1/1996, de 15 de enero, f. j. 3; STC 170/1998, de 21 de julio, f. j. 2; STC 129/1998, de 16 de junio, f. j. 2; STC 45/2000, f. j. 2; STC 69/2001, de 17 de marzo, f. j. 28.

Por lo demás, a manera de ejemplo, entre algunas de las manifestaciones concretas del derecho analizado, se puede considerar a la posibilidad de ofrecer y/o presentar testigos. Este supuesto se aprecia claramente en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entre las garantías judiciales señala que “(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”<sup>38</sup>.

## B. Derecho de admisión de los medios de prueba

El segundo derecho que compone el contenido esencial del derecho a la prueba es, sin duda, el derecho a que los medios de prueba utilizados (presentados, postulados, propuestos u ofrecidos) por los justiciables, sean debidamente admitidos al proceso, con el fin de acreditar sus versiones de los hechos. En este sentido, se viene sosteniendo que la debida protección del derecho a la utilización de los medios de prueba (analizado inicialmente), supone al mismo tiempo que se imponga a los jueces y tribunales el deber de admitir todas las pruebas relevantes aportadas por las partes<sup>39</sup>. Esto significa que, una vez propuestas las pruebas por las partes, debe recaer inmediatamente respecto de él, una resolución de admisión o, en su defecto, la inadmisión sobre cada una de ellas<sup>40</sup>. De lo contrario, la limitación (inadmisión) injustificada e irracional al derecho a aportar pruebas relevantes se constituye en una vulneración al derecho a la prueba.

No obstante, debemos ser cautos al señalar que el derecho a que se admitan los medios probatorios, como un típico elemento o componente del derecho de prueba, no implica necesariamente la obligación del órgano jurisdiccional o constitucional de admitir ciegamente todos y cada uno de los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos o aportados por los justiciables al proceso<sup>41</sup>. En similar sentido, en la doctrina nacional Ariano Deho ha puesto en evidencia que “el derecho a la prueba no es un derecho a que se admitan todos los medios

38 Vide: STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f. j. 21.

39 FERRER BELTRÁN, Jordi. Ob. cit., p. 28. En la doctrina italiana TARUFFO afirma que deberán ser admitidos todas aquellas pruebas que hipotéticamente puedan ser idóneas para aportar, directa o indirectamente, elementos de juicio acerca de los hechos que deben ser probados. (TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza Della prova*. CEDAM, Padova, 1984, p. 54 y ss.) Cfr. en la doctrina italiana, véanse, por ejemplo VIGORITI, V. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Giuffrè, Milano, 1970, p. 97.

40 ABEL LLUCH, Xavier. *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*. Ob. cit., p. 33.

41 Cfr. STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f. j. 26.

probatorios ofrecidos por las partes, sino solo los que resulten pertinentes en relación al *tema probandum* previamente establecido<sup>42</sup>

Motivo por el cual, vía su jurisprudencia el Tribunal Constitucional peruano ha construido una serie de presupuestos necesarios para que el medio probatorio ofrecido sea admitido, entre las que figura la pertinencia, conducencia o idoneidad, utilidad, licitud y preclusión o eventualidad<sup>43</sup>. Por ende, si los medios de prueba son presentados y/o ofrecidos en el momento procesal oportuno, y es pertinente, útil y lícita el juzgador deberá ciertamente admitirla.<sup>44</sup>

Como se advierte, el tema de la admisión se constituye como uno de los principales problemas que se evidencia en el contexto probatorio. En este sentido, Taruffo afirma que “el primer problema probatorio importante es establecer que elementos o medios de prueba deben ser admitidos e incorporados al proceso. En teoría, se podría usar cualquier medio de prueba en cualquier tipo de proceso y la determinación de qué medios serán los que apoyen la decisión sobre los hechos en disputa podría ser algo que se dejara al juzgador al momento en que emita la resolución final”.<sup>45</sup> Sin embargo, desde el enfoque de la admisión de pruebas establecida en la norma –puntualiza el jurista italiano–, el problema de la admisión, o en defecto la inadmisión, se está resolviendo considerando al principio de *relevancia*; de modo tal que resultaría inconcebible que las partes puedan pretender que se admitan pruebas irrelevantes, no obstante, lo que sí pueden procurar es cualquier medio de prueba que resulte altamente relevante, para la resolución del caso<sup>46</sup>.

De la misma forma, se debe considerar el aspecto –mencionado al analizar el primer derecho– referido al criterio legal de oportunidad, que tiene que ver con el momento oportuno para la postulación de los medios de prueba y que genera por parte del juzgador su rechazo, en caso de presentarse fuera del plazo previsto en la norma legal (preclusión). Es del mismo criterio el Tribunal Constitucional peruano, cuando afirma que “para que los medios probatorios sean admitidos deben ser presentados en su oportunidad”<sup>47</sup>

42 ARIANO DEHO, Eugenia. “El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil”. En: *Problemas del proceso civil*. Jurista, 2003, Lima, pp. 182 y 183.

43 Estos presupuestos de admisión, se puede apreciar detalladamente en la STC N° Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f. j. 29.

44 Cfr. PICO I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. Ob. cit., p. 38.

45 TARUFFO, Michele. *La prueba*. Ob. cit. p. 37.

46 Ibidem, p. 57.

47 STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f. j. 26. Este mismo criterio se ve reflejado en el artículo 189 del Código Procesal Civil, el cual prescribe lo siguiente:

Pero el problema no queda ahí, pues a nivel normativo se han creado lo que se denomina reglas de exclusión y privilegios, que impiden a las partes presentar un amplio abanico de medios de prueba, las que en términos generales se contraponen o están en colisión con el desarrollo integral del derecho a la prueba; puesto que su finalidad es impedir de presentación de algunos medios de prueba relevantes.<sup>48</sup> Al mismo tiempo, se debe considerar el mecanismo legislativo de imponer presunciones *iuris et de iuris*, que puede constituirse en una forma disimulada de impedir ilegítimamente la prueba de un hecho relevante para la pretensión de una de las partes<sup>49</sup>; por lo que en cada caso el juzgador deberá evaluar y ponderar la justificación de dichas presunciones que no admiten prueba en contrario, en relación a la protección del derecho a la prueba.

Similar criterio se advierte en la jurisprudencia española, por ejemplo en la STC 316/2006, del 15 de noviembre, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional (Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas) siguiendo su uniforme doctrina ha mencionado que “en relación con *el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa que se recoge en el art. 24.2 CE*, es reiterada doctrina constitucional que tal derecho, soporte esencial del derecho de defensa, exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas sin desconocimiento ni obstáculos, resultando vulnerado el mencionado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable” (resaltado nuestro)<sup>50</sup>.

Además, en el contexto del derecho analizado, se debe destacar la obligación que tiene el juez de pronunciarse en forma expresa y taxativa sobre la admisión o rechazo, parcial o total, de uno u otro medio de prueba utilizado por las partes, a efectos de garantizar su debida impugnación. De lo contrario, su omisión, voluntaria o involuntariamente, devendría en la afectación del derecho a la prueba. Así, lo considera la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la Cas. N° 3490-06 LIMA, cuando detalla lo siguiente: “(...) la sentencia de vista ha sido expedida transgrediendo el debido proceso y, particularmente, los derechos de motivación suficiente y de prueba de los codemandados (...), pues no se resolvió formalmente los pedidos formulados en apelación ni tampoco se

---

“Artículo 189.- Oportunidad.- Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código”.

48 TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 57.

49 Cfr. GOUBEAUX, G. “Le droit a la pueve”. En: *La pueve en droit*. Chain Perelman y P. Forriers (eds), Emile Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 297.

50 STC español 316/2006, f. j. 3.

admitió o desestimó formalmente la prueba ofrecida, circunstancia que no permite alcanzar a plenitud la verdad jurídica objetiva; por lo tanto, la de la causal procesal debe ser amparada<sup>51</sup>.

Pero este derecho no solo implica ello, si no que además importa que tal pronunciamiento jurisdiccional expreso se realice en el momento oportuno establecido legalmente; de la misma manera como se le demanda a las partes al momento de la presentación de los medios de prueba<sup>52</sup>.

### C. Derecho a la actuación probatoria

Una vez que se hayan tutelado los derechos de las personas a que utilicen los medios de pruebas pertinentes o relevantes y que estos posteriormente sean debidamente admitidos, existe otro derecho que comprende el derecho a la prueba; que ciertamente es el resultado o consecuencia de los dos anteriores. Nos referimos al derecho a que las pruebas admitidas sean debidamente actuadas en el proceso. Al respecto, Pico i Junoy afirma que “no puede hablarse de un efectivo y real derecho a la prueba si no incluimos en su contenido la necesidad de que se practique el medio probatorio inicialmente admitido<sup>53</sup>”.

En la doctrina y especialmente en algunas legislaciones, se suele usar también las siguientes expresiones: “realización”, “practicar” o “ejecutar”; no obstante, lo cierto es que –desde un enfoque procesal– estos términos resultan ser semejantes al de “actuación”, que es que utilizaremos para los fines del presente examen de este derecho fundamental. En semejante sentido, en la jurisprudencia española, por ejemplo en la STC 123/2004 del 13 de julio, se puntualiza que se vulnera el derecho a la prueba “cuando habiéndose admitido una prueba, la misma no se practica o se practica erróneamente por causas imputables al órgano judicial<sup>54</sup>”.

De este modo, importaría poco que los medios de prueba aportados por las partes sean debidamente admitidos por el juzgador, si es que estos a continuación no son adecuadamente actuados<sup>55</sup>. Expresado de otra manera, se afectaría el derecho a la prueba cuando los medios de pruebas previamente admitidos en

51 Cas N° 3490-06 LIMA, f. j. 9.

52 Cfr. Cas N° 1885-2001 LIMA. En equivalente sentido se ha pronunciado la Jurisprudencia española, particularmente en la STC 1/2004, f. j. 2; análogo criterio se puede apreciar en STC 173/2000, del 26 de junio, f. j. 3, STC 96/2000, del 10 de abril, f. j. 2; STC 218/1997, del 4 de diciembre, f. j. 3.

53 PICO I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Ob. cit., p. 40.

54 STC 123/2004, del 13 de julio. f. j. 5.

55 Cfr. TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza Della prova*. Ob. cit., p. 92.

un caso concreto resulten de manera irrazonable y sin motivo justificable radicalmente inejecutados.

Así, en este derecho no se trata de establecer si el medio de prueba propuesto es o no pertinente y/o relevante –como sucede en la admisión de pruebas–; sino si se ha practicado o no en la forma preestablecida y principalmente sin ocasionar o generar alguna indefensión constitucional. Por ende, para considerar a la actuación de medios de prueba admitidos constitucionalmente efectuadas, es fundamental que, mínimamente, se adecúen a las normas que regulan las leyes procesales<sup>56</sup>.

Es innegable que en la mayoría de casos sobre vulneración del derecho a la actuación probatoria son originados por alguna actuación u omisión de parte de los órganos jurisdiccionales, por la posición que ocupa o labor que realiza entorno al tema en cuestión. En este sentido, en la doctrina española, Sánchez Carrión ha manifestado que se pueden presentar los siguientes supuestos de afectación al derecho a la actuación probatoria, las que a su consideración serían: 1) cuando a pesar de establecer claramente la norma la solución a la práctica de la prueba en un supuesto concreto, el órgano judicial adopta una decisión contraria a la práctica de dicha prueba, ocasionando indefensión constitucional; 2) cuando, admitida una prueba, no se practica a causa de una inactividad achacable en exclusiva al órgano judicial; 3) cuando admitida inicialmente la práctica de una prueba, el órgano judicial deniega posteriormente dicha práctica mediante una nueva resolución, bien de oficio o a causa de algún recurso de parte que le haga modificar su inicial decisión; 4) cuando la prueba admitida se practica fuera de la sede o del plazo legalmente previsto, a causa de negligencia de los órganos judiciales, y no se demite luego su unión a los autos o no se tiene en cuenta en la sentencia o resolución definitiva<sup>57</sup>.

En tal sentido, un correcto y amplio sentido de este derecho importa que los medios de prueba no se actúen de cualquier manera, sino –fundamentalmente– se debe expeditar en estricto respeto por el derecho de contradicción<sup>58</sup>, de

56 Cfr. SÁNCHEZ CARRIÓN, Joaquín L. “La vertiente jurídico constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español”. Ob. cit., p. 201.

57 Ibidem, pp. 201-202.

58 En la doctrina nacional, Monroy Gálvez conceptúa el derecho de contradicción de la siguiente manera: “El derecho de contradicción se expresa en la imperiosa necesidad de que el demandado sea informado oportunamente de las incidencias que ocurran dentro del proceso en el que se está discutiendo un derecho que le puede afectar. Es tal la trascendencia de esta manifestación del derecho de contradicción, que un proceso –a pesar de haber concluido formalmente– no tendrá efectos contra aquella persona que no fue avisada de su existencia y que, en consecuencia, no pudo discutir su posición al interior de aquel”. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Derecho Procesal Civil*. Temis, Bogotá, 1996, pp. 286 y 287.



esta modo se propiciará la participación conjunta de las partes<sup>59</sup>. Esto significa que el derecho a la prueba conlleva además la exigencia de asegurar o tutelar la intervención en la actuación de la prueba de la contraparte con el objeto de controvertir, la validez y eficacia de los medios de prueba, que las partes libremente consideren pertinente<sup>60</sup>. Esto independientemente de que parte procesal o justiciable lo haya ofrecido y/o presentado al proceso. Sin embargo, el tema de la contradicción probatoria no solo se limita únicamente a la valoración, sino que lo encontramos presente también al momento de la admisión.

Por otro parte, en el contexto del derecho analizado, se debe considerar la práctica de las “pruebas de oficio” o iniciativa probatoria del juez (“diligencias finales” en España), las que un sector de la jurisprudencia nacional ha considerado que no forma parte del derecho a la prueba, pues es considerado llanamente como una facultad del juzgador y no un derecho de las partes.

#### D. Derecho a la valoración de los medios probatorios

Para finalizar, en cuanto al ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, encontramos al derecho a la valoración de los medios probatorios que hayan sido previamente admitidos y actuados. De este modo, la valoración de la prueba –a decir de Asencio Mellado– constituye un conjunto de operaciones que se desarrollan en el ámbito psicológico del órgano constitucional mediante las cuales se obtiene el convencimiento acerca de los hechos alegados<sup>61</sup>. Además, agrega que tales operaciones se han desarrollado a lo largo de la historia de dos formas distintas, bien por medio del denominado sistema de valoración legal o tasada, o bien a través del sistema de la prueba libre<sup>62</sup>.

---

En la doctrina argentina se ha definido al derecho de contradicción como “el derecho de contradicción como un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo, ejercitable ante el Estado y del que es titular todo demandado para ser oído en el proceso en donde ha sido emplazado, y para disfrutar de la oportunidad de proponer –en su caso– defensas”. PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. *El proceso atípico*. Segunda parte, Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 137.

59 Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi. Ob. cit., p. 28.

60 Empero, en ningún caso constituye contravención al debido proceso la falta de actuación de prueba por inercia de parte. Cfr. Cas. N° 377-95. Diferente es el caso, en que se admitan determinados medios de probatorios de las partes, incluyendo la exhibición de un documento, y luego se deje constancia en la audiencia de pruebas que la parte responsable no cumplió con la exhibición, pero sin requerirla para que presente el documento, expidiendo sentencia sin tener todos los elementos probatorios para resolver el conflicto de intereses. En este caso, resulta vulnerado el debido proceso. Cas. N° 138-2003 CAJAMARCA (MESINAS MONTERO, Federico. *Jurisprudencia civil y procesal civil de carácter constitucional*. Gaceta Constitucional, Lima, 2010, p. 151).

61 ASECIO MELLADO, José María, “La prueba en el proceso civil”. En: *Actos del juez y la prueba civil*. Jurídica Bolivariana, Bogota-Caracas-Panamá, 2001, p. 424.

62 *Ibidem*, p. 424.

Esta valoración es conocida también bajo la denominación de “apreciación de la prueba”<sup>63</sup>, que es concebida –por Jaime Guasp– como el acto por el cual el juez valora o fija la eficacia de cada uno de los medios de prueba practicados, pero esta apreciación sale también fuera del procedimiento probatorio propiamente dicho, puesto que se verifica por el juez en el mismo momento en que decide finalmente el proceso, esto es, dentro de la sentencia que emite<sup>64</sup>.

Por su parte, Michele Taruffo manifiesta que el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, es una garantía ilusoria y meramente ritualista sino se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión<sup>65</sup>. Justamente, también Pico i Junoy pone de manifiesto que el derecho a la prueba, al tener por finalidad lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional, si este no valora o toma en consideración los resultados probatorios está frustrando el mencionado derecho<sup>66</sup>.

La doctrina constitucional mayoritaria es uniforme en señalar que la tutela de este derecho no implica forzosamente el derecho a un determinado resultado probatorio, pero si a una valoración racional de los medios de prueba previamente actuados<sup>67</sup>. Esta exigencia –a decir de Ferrer Beltrán– puede descomponerse en dos elementos distintos: por un lado se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte; y por el otro se exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional<sup>68</sup>.

Además, conviene precisar que para la apropiada tutela constitucional de este derecho no es suficiente que el juzgador describa en sus decisiones judiciales, los medios de prueba admitidos y actuados en el proceso, menos aún bastaría con citar cada uno de los instrumentos aportados por las partes; sino que estas se valoren en forma racional. Tal como se aprecia en la STC Exp.

63 En cuanto a las expresiones: “valorar” o “apreciar”, Sentis Melendo, afirmaba que “cualquiera de las dos palabras es buena: determinar el valor o fijar precio de algo, no son expresiones distintas etimológicamente. Lo que importa es tener bien clara, conceptualmente, la gravedad del problema de la valoración dentro del proceso”. SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*. EJEA, Buenos Aires, 1979, pp. 240-241.

64 GUASP, Jaime, “De la prueba en general”. En: *Actos del Juez y la Prueba Civil*. Jurídica Bolivariana, Bogota-Caracas-Panamá, 2001, p. 558.

65 TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza Della prova*. Ob. cit., p. 29.

66 PICO I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. Ob. cit., p. 42.

67 Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi. Ob. cit., p. 28.

68 *Ibidem*, p. 29.

N° 9598-2005-PHC/TC, en la que se verifica el siguiente caso: “De las copias certificadas expedidas por el Registrador Público de la Zona Registral N° II de la Sede Chiclayo, que obran en autos, aparece el documento notarial (Notaría Caballero) que por su naturaleza da fe pública del acta de sesión de directorio de la empresa Agro Industria Pucalá S.A., en la que consta la renuncia de Jaime Mur al cargo de Gerente de la mencionada empresa el día 8 de marzo de 2000, habiendo sido ese mismo día reemplazado por el señor Miguel Montero Onetto; así como la copia del cargo de presentación del referido documento ante el Registro Público, de fecha 26 de julio de 2000. Frente a este documento notarial, que contiene una realidad concreta, la resolución judicial señala que ‘(...) el acusado en su defensa señala que a la fecha del requerimiento judicial ya no ejercía el cargo de Gerente General, sustentando su dicho en los informes de la Oficina Registral que obran del folio setenticinco a ochenta así como el folio trescientos setenta y seis (...)’, *apreciándose de tal razonamiento meramente formal que los jueces demandados solo han mencionado el número de las páginas que se les asignó a las pruebas aportadas por el recurrente, omitiendo la valoración que imponía su contenido, vulnerándose con esa omisión el derecho a probar que asiste a todo encausado*”<sup>69</sup> (resaltado nuestro).

Una nota final que merece ser considerada es la referida a la vinculación del derecho en estudio con el derecho constitucional a la motivación de las decisiones judiciales o, mejor aún, una “debida motivación”<sup>70</sup>, pues se sostiene que una correcta valoración de los medios de prueba debe verse reflejado en la fundamentación o motivación que exponga en la sentencia; de esta manera, se viene aludiendo a “valorar motivadamente la prueba”. Inclusive un sector de la doctrina y la jurisprudencia<sup>71</sup> lo consideran como otro derecho parte del contenido esencial del derecho a la prueba.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado en la STC Exp. N° 4831-2005-PHC/TC, indicando que “los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de

69 STC Exp. N° 9598-2005-PHC/TC, f. j. 6.

70 Cfr. STC Exp. N° 1480-2006-AA/TC, f. j. 2.

71 Cfr. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema del Perú, al resolver la Cas. N° 210-03-LIMA en la parte final del f. j. 5 ha sostenido que “el derecho de prueba no solo comprende derechos sobre la propia prueba, sino además contra la prueba de la otra parte, y aún la actuada de oficio; asimismo comprende el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una motivación adecuada y suficiente de su decisión, sobre la base de una valoración conjunta y razonada de la prueba actuada”.

aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables<sup>72</sup>.

Al respecto Pico i Junoy afirma que “acerca de la exigencia de valorar motivadamente la prueba desarrollada en el proceso, no podemos desconocer que en la práctica judicial puede soslayarse mediante el uso torticero del denominado expediente de la apreciación conjunta de las pruebas, consistente en la declaración del órgano jurisdiccional por la que se limita a manifestar que el material probatorio ha sido valorado ‘en conjunto’ o ‘conjuntamente’, con omisión de la necesaria justificación racional de las causas por las que se ha concedido validez a los datos fácticos probados en el proceso, esto es, sin especificación de las fuentes y medios valorados positiva o negativamente por el legislador<sup>73</sup>.”

### **III. Limitaciones al derecho a la prueba**

Reiteremos, nuestro sistema constitucional se ha acogido la doctrina del contenido esencial de los derechos fundamentales, señalando que estos no son ilimitados sino que, por el contrario, es posible establecer restricciones a su ejercicio siempre y cuando dichas restricciones no afecten su contenido esencial. Este criterio se aprecia en la STC Exp. N° 7944-2005-PHC/TC, en donde se señala que “ningún derecho fundamental en efecto puede considerarse ilimitado en su ejercicio y los límites que puede imponérsele son de dos tipos; intrínsecos y extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, en cambio, se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales<sup>74</sup>.”

Como lo hemos adelantado, al igual que todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones

72 STC Exp. N° 4831-2005-PHC/TC, f. j. 8.

73 PICO I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Ob. cit., p. 43. En el sistema procesal civil peruano, se habla de una valoración conjunta de los medios de prueba, tal como lo describe el artículo 197 del CPC, “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”. Empero, en muchos casos este dispositivo legal es utilizado para realizar incorrectamente motivación aparentes o genéricas, los cuales atenta directamente contra del derecho a la prueba. En modelo español, el artículo 218.2 de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil al referirse a la motivación de la sentencia, señala que “se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas”.

74 STC Exp. N° 7944-2005-PHC/TC, f. j. 7 (caso Absalón Vázquez Villanueva).

derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho<sup>75</sup>.

En semejante sentido, el jurista español Pico i Junoy sistematiza los límites de esta garantía constitucional de la siguiente manera: i) los intrínsecos, o inherentes a la actividad probatoria; y ii) los extrínsecos, o debidos a los requisitos legales de proposición. Además, sostiene que dentro de los límites intrínsecos se encuentran previstos legalmente y son la pertinencia, la utilidad y la licitud<sup>76</sup>.

De nuestra parte, consideramos que desde una perspectiva de interpretación restrictiva de los aspectos que limiten el derecho a la prueba<sup>77</sup>, los más atinados, efectivos y únicos límites que deben parametrar al derecho fundamental de la prueba son exclusivamente: la pertinencia y la licitud<sup>78</sup>. A continuación estas serán materia de un breve análisis.

## 1. Pertinencia

Como hemos expuesto al momento de analizar el contenido esencial del derecho a la prueba, una de las principales limitaciones que afronta este derecho fundamental, es sin duda, la denominada pertinencia (algunos prefieren usar la expresión relevancia<sup>79</sup>), que se presenta en la medida que el medio de prueba presentado u ofrecido tenga vinculación con el objeto del proceso y con lo que constituye *thema decidendi* para el juzgador<sup>80</sup>. De no suceder de esta manera, resulta completamente válido y constitucional que el medio de prueba pueda ser

75 Cfr. STC Exp. N° 010-2002-AI/TC, f. j. 149.

76 PICO I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Ob. cit., p. 44.

77 En la doctrina española se sostiene que unos de los aspectos de la configuración objetiva del derecho a la prueba comporta la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba (PICO I JUNOY, Joan. “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, Ob. cit., pp. 31-34).

78 Es del mismo criterio, en la doctrina nacional, Ariano Deho, quien manifiesta: “Pertinencia y Licitud. He aquí los únicos límites que se pueden poner a la admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos por las partes como fundamento de sus afirmaciones fácticas. ARIANO DEHO, Eugenia, “El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil”. Ob. cit. p. 184.

79 En la doctrina italiana Michele TARUFFO, en: *La prueba de los hechos*. Ob. cit., pp. 364 y ss. De igual modo en la doctrina española, FERRER BELTRÁN, Jordi. “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”. En: *Revista* N° 47. Madrid, 2003, pp. 28 y ss.

80 Cfr. PICO I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Ob. cit., p. 146.

declarado impertinente y como tal sea rechazado por el Juez y no incorporado al proceso<sup>81</sup>.

En la doctrina nacional, Eugenia Ariano ha interpretado este límite con las siguientes expresiones: “la pertinencia de un medio probatorio está determinada por lo que se pretende acreditar con tal medio, y aquello que se pretende acreditar es el denominado ‘tema de prueba’ (*tema probandum*), es decir, aquel conjunto de hechos concretos que constituyen en un concreto proceso ‘objeto de prueba’”<sup>82</sup>.

Por su parte, Pico i Junoy al estudiar el derecho a la prueba en el sistema constitucional español, ha señalado que “el límite de la pertinencia de la prueba se halla en la propia literalidad del art. 24 CE, cuando reconoce el derecho fundamental a ‘utilizar los medios de prueba pertinentes’”<sup>83</sup>. Asimismo, precisa que “legalmente la pertinencia de una prueba se define como la relación que guarda con los hechos objeto del proceso (art. 283.I LEC)”<sup>84</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en forma reiterada sobre la pertinencia como límite del derecho a la prueba, por ejemplo en la STC 71/2003, de 9 de abril, f. j. 3, señala lo siguiente: “Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, *no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes* (SSTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de setiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, f. j. 2), entendida la pertinencia como la relación

81 Sobre el particular, el TC peruano en la STC Exp. N° 9598-2005-PHC/TC, f. j. 5, ha puesto en evidencia que “el juez deberá emitir resolución señalando que aquellos medios probatorios no son idóneos o que resultan impertinentes para los objetivos del proceso. Por el contrario, las pruebas que no son declaradas inidóneas o impertinentes serán valoradas en la sentencia. Desde luego, así el juzgador podrá obtener la conexión de la prueba no tachada con los hechos alegados por los sujetos del proceso penal, con la correspondiente consecuencia jurídica”.

82 ARIANO DEHO, Eugenia. “El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil”. Ob. cit., p. 182.

83 PICO I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Ob. cit., pp. 44-45.

84 Ídem.

entre los hechos probados y el *thema decidendi* (STC 26/2000, del 31 de enero, f. j. 2)<sup>85</sup> (resaltado nuestro).

Similar criterio jurisprudencial se puede apreciar en la STC 291/2006, de 9 de octubre, fundamento 4, en la que afirma lo siguiente: “Ciertamente, el *derecho fundamental a la prueba no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino el derecho a la admisión y práctica de la que sea pertinente, habiendo sido considerada la pertinencia en la doctrina constitucional como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi* (SSTC 26/2000, del 31 de enero, f. j. 2; 71/2003, del 9 de abril, f. j. 3; y 121/2004, del 12 de julio, f. j. 4, entre otras). En términos similares el legislador procesal civil define la prueba pertinente como la que ‘guarda relación con lo que sea el objeto del proceso’ (art. 283.1 LEC), el cual, por otro lado, caracteriza como pruebas inútiles aquellas que, en ningún caso, puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (art. 283.2 LEC)<sup>86</sup> (resaltado nuestro).

Bajo este contexto resultaría constitucional que un medio de prueba sea rechazado o inadmitido por considerarse impertinente. Así, en la doctrina española Muñoz Sabate manifiesta que será impertinente un medio de prueba, en los siguientes supuestos: i) cuando pretenda probar un hecho imposible; ii) cuando pretenda valerse de instrumentos totalmente desproporcionados para la obtención del fin; iii) cuando sea superflua, puesto que recae sobre hechos notorios, intrascendentes, hechos ya comprobados o hechos no controvertidos; iv) cuando pretenda un objetivo totalmente extraño al proceso y v) cuando carezca de base fáctica<sup>87</sup>.

Los supuestos de pertinencia, o en su defecto de impertinencia, según la redacción o técnica legislativa que se elija, son establecidos o determinados legalmente; dicho de otra manera, es el legislador quien tiene el deber de considerar racionalmente las diversas hipótesis o supuestos normativos de impertinencia de los medios de prueba. Por ejemplo, la aplicación de ello se ve reflejado en el artículo 190 del Código Procesal Civil, que establece: “Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el juez”.

85 STC 71/2003, del 9 de abril, f. j. 3

86 STC 291/2006, del 9 de octubre, f. j. 4

87 MUÑOZ SABATE, Lluís. *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Segunda edición, Praxis S.A., Barcelona, 1983, p. 75 y ss.

Además, la determinación de la pertinencia o impertinencia de la corresponde al juzgador de primera instancia (*a quo*), quien en el momento establecido por la norma procesal, tiene la oportunidad de determinar tal situación. Sin embargo, tal labor también se puede hacer e nivel de segunda instancia (*a quem*) al momento de realizar la revisión de los casos.

## 2. Licitud

El segundo límite reconocido en forma pacífica por la doctrina y jurisprudencia constitucional es la licitud, que resalta el hecho que los medios de prueba deben respetar o tutelar los derechos fundamentales, sea en la utilización, admisión o actuación. Es decir, si mediante el ejercicio del derecho a la prueba, se atenta directa o indirectamente contra otro derecho fundamental, la prueba utilizada puede ser considerada como prueba ilícita y, por lo tanto, también ser pasible de restricción y exclusión del proceso.

Así, el Tribunal Constitucional peruano, en la STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, al referirse a la licitud a señalado que “No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida”<sup>88</sup>.

En la doctrina española, Pico i Junoy manifiesta que “otro límite del derecho a la prueba lo constituye la licitud de la prueba” y lo describe indicando que “existe tal licitud cuando la prueba ha sido obtenida o practicada sin infracción de los derechos fundamentales”<sup>89</sup>.

Conviene diferenciar aquella prueba que ha llegado a disposición de la parte quien la utiliza en forma ilícita, y aquella cuya admisión está expresamente prohibida por la ley por considerarse ilícita. Al respecto, en la doctrina italiana Mauro Cappelletti, al analizar el doble aspecto del problema planteado, explicaba lo siguiente: “El primer aspecto concierne a las pruebas en si y por si admisibles (relevantes y eficaces) en juicio, las cuales, sin embargo, han sido creadas, o han llegado al sujeto que las introduce en juicio, a través de un acto ilegítimo. Cabe pensar en el acto del hurto de documento. En esta, como en hipótesis análogas –siempre a título de ejemplo– la confesión arrancada a personas públicas o privadas mediante tortura o chantaje (...) El segundo aspecto, es en cambio, el de las pruebas respecto de las cuales la ley prohíbe directamente la admisión en juicio. Ejemplos: testimonio recibido en contra de las prohibiciones

88 STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f. j. 26.

89 PICO I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Ob. cit., p. 147.



de los arts. 2721 y siguientes del Cód. Civ; inspecciones efectuadas o exhibiciones dispuestas en oposición de los arts. 351 y 352 del Cód. de proc. civ. (...)”<sup>90</sup>.

Así, en el modelo constitucional peruano el apartado h del inciso 24 del artículo 22 de la Constitución prescribe el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato. Esta facultad tiene como finalidad enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas<sup>91</sup>.

Finalmente, es necesario considerar que la problemática de la prueba ilícita como límite al derecho a la prueba se puede presentar en diversos contextos procesos jurisdiccionales ordinarios u constitucionales. En efecto, si bien la dogmática procesal penal ha sido la que más ha profundizado y explorado este tema, no es menos cierto que tal problemática se extiende también en forma objetiva a otras disciplinas procesales, incluso la de tipo procesal civil<sup>92</sup>. Sobre el particular Pico i Junoy ha señalado que “si bien es cierto que la doctrina ha centrado el estudio de la misma en los procesos penal y laboral, debido sin duda alguna a los peculiares intereses que en ellos se debaten, la incidencia de la prueba ilícita en el proceso civil (...) es indiscutible y plantea numerosos problemas a los que deben darse adecuadas respuestas”<sup>93</sup>.

#### **IV. Reflexiones finales**

El derecho a la prueba refleja la incidencia de la tutela constitucional del proceso, a partir del reconocimiento de derechos fundamentales de naturaleza procesal. Asimismo, se trata de un derecho fundamental de configuración legal, a cuyo límite o restricción coadyuva o contribuye de manera activa al legislador, en particular al establecer las normas de tipo procesal.

90 CAPELLETI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. EJE, Buenos Aires, 1972, p. 137.

91 Cfr. STC Exp. N° 2333-2004- HC/TC, f. j. 2.5.

92 Así, el modelo procesal civil peruano al referirse a los medios de prueba obtenidas con afectación de otros derechos, los sanciona con su ineficacia. Así, se puede apreciar en el artículo 199 del Código Procesal Civil, señala lo siguiente:

“Artículo 199.- Ineficacia de la prueba.-

Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno”.

93 PICO I JUNOY, Joan, “La prueba ilícita en el proceso civil”. En: *El derecho a la prueba en el proceso civil*. J.M. Bosch, Barcelona, 1996, 284.

Este derecho no tiene, carácter o naturaleza absoluta u omnímota; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye el derecho a la admisión y actuación de aquellas que sean consideradas como pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas. Sin embargo, el órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho en caso de denegación, cuando se rechacen pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

Asimismo, no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su utilización, admisión, actuación, valoración, etc.) genera por sí misma una indefensión constitucional relevante, dependerá del estudio o análisis racional que el juzgador y los justiciables realicen en cada caso concreto, lo que determinará la afectación o protección de la garantía constitucional estudiada.

# El derecho a probar

*Luis Miguel Reyna Alfaro\**

SUMARIO: **I.** Planteamiento inicial. **II.** Contenido del derecho a probar. **III.** Epílogo

## **I. Planteamiento inicial**

El derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a la defensa en juicio carecerían de todo sentido si las partes no tuviesen derecho a probar los argumentos que forman parte de su defensa<sup>1</sup>. En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia del 17 de octubre de 2005, correspondiente al denominado caso “Magaly Medina” (Exp. N° 6712-2005-HC/TC), que el derecho a probar: “Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o defensa” (f. j. 15). En el contexto actual de reforma del sistema procesal, orientado a facilitar el ejercicio del derecho de defensa de las partes procesales, como mecanismo destinado a asegurar un *juicio justo y en igualdad de armas* resulta evidente la importancia asumida por el derecho a probar.

Sin embargo, pese a la nutrida producción intelectual que ha dado lugar a la aparición de un nuevo Estatuto legal, la doctrina especializada –seguramente guiada por criterios de selectividad asociados a factores pragmáticos– no se ha enfocado en el análisis del contenido de los principales derechos y garantías

\* Abogado del Estudio Caro & Asociados. Profesor de la Academia de la Magistratura. Profesor de Derecho penal económico de la Universidad de San Martín de Porres.

1 CAROCCA PÉREZ, Alex. *Manual del nuevo sistema procesal penal*. Tercera edición, LexisNexis, Santiago, 2005, p. 88; FERRER BELTRÁN, Jordi. “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”. En: *Jueces para la Democracia*. N° 47, Madrid, 2003, p. 28; NIEVES-CHERO, Justo Edward. “La ‘conexión de antijuridicidad’ en los efectos reflejos: Reconstrucción teleológica del problema del alcance anulatorio de la prueba ilícita”. En: Luis Reyna Alfaro, Gustavo Arocena y David Cienfuegos Salgado (Coordinadores). *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*. Jurista, Lima, 2007, p. 573 y ss.

procesales. Esta opción de la doctrina a favor del análisis de las instituciones procesales más novedosas transmite implícitamente una errónea percepción respecto a la trascendencia aplicativa de los derechos y garantías procesales, cuando –en sentido estricto– las diversas instituciones procesales no son sino mecanismos de realización de los diversos derechos y garantías procesales (y también materiales)<sup>2</sup>.

El propósito de estas líneas es analizar, de modo inicial y con las limitaciones de espacio propias del caso, el contenido del derecho a probar, abordando sus límites y los problemas prácticos asociados a los mismos.

## **II. Contenido del derecho a probar**

El derecho a probar, como la mayoría de derechos procesales, tiene naturaleza compleja en la medida que está integrado por una diversidad de componentes que se complementan y se relacionan mutuamente. El derecho a probar comprende así el derecho de las partes procesales a ofrecer medios probatorios necesarios para la defensa (1), el derecho a que dichos medios probatorios sean admitidos (2), el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba (3) y el derecho a que se valoren adecuada y motivadamente los medios probatorios (4)<sup>3</sup>.

### **1. El derecho a ofrecer medios probatorios necesarios para la defensa**

El derecho a probar tiene como primer componente el derecho de las partes procesales a ofrecer los medios de prueba que consideren necesarios y adecuados para su defensa en juicio. Esta expresión del derecho a probar se encuentra reconocida expresamente en el artículo IX del Título Preliminar del Código procesal penal que reconoce el derecho de toda persona “a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria”.

Como se deduce del sentido del artículo 155 del Código Procesal Penal, nos encontramos frente a un *derecho de los sujetos procesales*, negándose al

---

2 En esa línea: REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Excepciones, cuestión previa y cuestión prejudicial en el proceso penal*. Grijley, Lima, 2008, pp. 9-11.

3 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Ara, Lima, 2001, pp. 102-103; TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Academia de la Magistratura, Lima, 2009, pp. 23-24.

juez, al menos preliminarmente (existen excepciones), la capacidad de generar *prueba de oficio*, pues ello afectaría su condición de tercero imparcial.

Del sentido literal posible del texto legal parece deducirse la existencia de una serie de limitaciones al ejercicio de referido derecho, lo que adquiere mayor sentido si se observa el contenido del artículo IX, inciso 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal que establece que el derecho a intervenir en la actividad probatoria supone la capacidad de que “en las condiciones previstas en la ley” se utilicen “los medios de prueba pertinentes”, así como del texto del artículo 84 del Código Procesal Penal (párrafo quinto) que reconoce a favor del abogado el derecho de “[a]portar los medios de investigación y prueba que estime pertinentes”.

La primera limitación, como se advierte, proviene del artículo IX, inciso 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que reconoce la facultad de intervenir en la actividad probatoria en las “condiciones previstas en la ley”; esto supone, por una parte, que el derecho a aportar medios de prueba posee restricciones subjetivas asociadas a la condición de los sujetos procesales y su capacidad de aportar medios de prueba, y, por otra parte, restricciones objetivas asociadas a los requisitos que deben tener los medios de prueba objeto de aporte.

Respecto a la primera cuestión (restricciones subjetivas), aunque el artículo 155.2 del Código Procesal Penal refiere que las pruebas son admitidas por el juez a “solicitud del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales”, puede convenirse que no todos los sujetos procesales poseen capacidad de proponer prueba. En ese contexto, puede mencionarse las limitaciones que posee el agraviado en la postulación de la actividad probatoria.

Aunque el contenido del artículo IX, inciso 3, del Título Preliminar del Código Procesal Penal reconoce “el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito” e impone a la autoridad pública la obligación de “velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición”, no confiere a favor de aquella el derecho a postular los medios de prueba que estime necesario. En efecto, los derechos de participación procesal reconocidos a favor del agraviado se encuentran descritos en el artículo 95 del Código Procesal Penal, sin que se comprenda dentro de aquellos el derecho a ofrecer los medios de prueba necesarios para su defensa. Esto, por cierto, no significa que el agraviado carezca de posibilidades en relación al derecho a probar, sino que aquellas se encuentran condicionadas a que este se constituya como actor civil, a partir de lo cual adquiere, por imperio

del artículo 104 del Código Procesal Penal, el derecho a “ofrecer medios de investigación y de prueba”<sup>4</sup>.

Distinta es la situación de los diversos sujetos procesales que tienen la condición de imputados (imputado, personas jurídicas, tercero civilmente responsable) que están habilitados por su mera incorporación como tales; así, el imputado puede hacer valer la facultad de proponer medios de investigación y prueba desde “el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso” (artículo 71.1 del Código Procesal Penal), la persona jurídica imputada y el tercero civilmente responsable poseen dicha facultad desde su incorporación en el proceso penal (artículos 93.1 y 113 del Código Procesal Penal).

En relación a la segunda cuestión (restricciones objetivas), aquella se vincula a las limitaciones genéricas a la libertad probatoria impuestas por el artículo 155 del Código Procesal Penal.

Aunque el derecho a probar reconoce, como regla general, la de *libertad probatoria*, en virtud de la cual: “en el proceso penal todo puede ser probado y por cualquier medio de prueba”<sup>5</sup> ya sea a través de medios típicos como atípicos, aquella libertad, como es propio de todo derecho, tiene una serie de limitaciones ya reconocidas por el Tribunal Constitucional (caso Magaly Medina, Exp. N° 6712-2005-HC/TC): La pertinencia del medio probatorio, su conducencia o idoneidad, la utilidad, la licitud del medio probatorio y su eventualidad. Todas estas limitaciones se encuentran reconocidas, directa o indirectamente, en los artículos 155, 157 y 159 del Código Procesal Penal.

La primera de las limitaciones es *la pertinencia del medio probatorio*, la cual tiene expresa mención en el inciso 2 del artículo 155 del Código Procesal Penal que impone al juez penal la obligación de excluir la prueba impertinente. La *pertinencia del medio probatorio* debe ser entendida como “la necesaria y/o suficiente relación que ha de existir entre el caso objeto del proceso (considerado integralmente) y la ‘fuente de convicción’ o la ‘fuente de prueba’ a

4 Reconociendo los avances del Código procesal penal en relación a la situación de la víctima: REYNA ALFARO, Luis Miguel. “Las víctimas en el Derecho Penal Latinoamericano: Presente y perspectivas a futuro”. En: *Eguzkilore*. N° 22, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2008, pp. 141-142.

5 AROCENA, Gustavo. “Capítulo III: La libertad probatoria y la acreditación del estado civil de las personas”. En: CAFFERATA NORES, José y AROCENA, Gustavo. *Temas de Derecho procesal penal (Contemporáneos)*. Mediterránea, Córdoba, 2001, p. 54. Ciertamente, la regla de la libertad probatoria tiene plasmación legal en el inciso primero del artículo 157 del Código Procesal Penal: “Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley”.

incorporar o incorporada en el proceso”<sup>6</sup>. Con razón sostiene al respecto García Morillo: “No existe, pues, un derecho incondicional a que se practique toda prueba que sea solicitada: lo que existe es un derecho a que se practiquen las pruebas pertinentes”<sup>7</sup>. En virtud a la exigencia de pertinencia del medio de prueba, para que las partes ejerciten el derecho a probar, el medio probatorio propuesto debe guardar relación con el objeto –penal o civil– del proceso penal<sup>8</sup>, es decir, deben guardar relación con las pretensiones de las partes procesales. En ese contexto, el inciso primero del artículo 156 del Código Procesal Penal señala: “Son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito”.

En cuanto a la segunda limitación, la *conducencia o idoneidad* constituye una condición de la propuesta de actuación probatoria que se encuentra reconocida en la parte final del inciso segundo del artículo 155 del Código Procesal Penal y que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, supone que el “legislador pueda establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho” (caso Magaly Medina, Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f. j. 26). En esa línea, podría reconocerse la falta de conducencia o idoneidad en aquellos casos en que se pretenda acreditar hechos pasados de carácter irreproducible, o en aquellos casos en que, establecida una convención probatoria bajo el imperio de lo previsto en los artículos 156, inciso 3, y 350 del Código Procesal Penal, se intente acreditar un hecho de un modo distinto al previsto en la convención probatoria.

Respecto a la *utilidad del medio de prueba* esta se relaciona con su servicio al proceso de convicción del juzgador. Un medio de prueba resultará útil si contribuye a conocer aquello que es objeto de prueba, esto supone, a su vez, que una vez alcanzado el conocimiento sobre el hecho postulado por la parte procesal los medios que adicionalmente se propongan resultarán innecesarios e inútiles. Esta limitación se encuentra también reconocida en la parte final del inciso

6 MIXÁN MASS, Florencio. *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación de la prueba*. BLG, Trujillo, 2005, p. 181.

7 GARCÍA MORILLO, Joaquín. “El derecho a la tutela judicial”. En: LÓPEZ GUERRA, Luis; ESPÍN, Eduardo; GARCÍA MORILLO, Joaquín; PÉREZ TREMPES, Pablo; SATRÚSTEGUI, Miguel. *Derecho Constitucional*. Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 324.

8 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Op. cit., p. 143.

segundo del artículo 155 del Código Procesal Penal que restringe la actividad probatoria sobreabundante.

Ahora, la observancia de esta limitación por parte de las partes procesales no solo debe responder a criterios legales asociados al riesgo de que el medio de prueba postulado sea rechazado por el juez, sino que debe también responder a criterios estratégicos asociados a la teoría del caso.

En efecto, la demostración de los elementos fácticos que conforman la teoría del caso de las partes procesales se realiza únicamente a través de la prueba, la cual debe ser capaz de persuadir al juez de la validez del planteamiento propuesto. Pues bien, si se incurre en el error de *probar de más* seguramente debilitaremos nuestra teoría del caso, al transmitir la idea de que los medios de prueba propuestos no resultan suficientes para acreditar la teoría del caso<sup>9</sup>.

En cuanto a la *licitud del medio probatorio* tenemos que el medio probatorio no puede suponer la afectación de derechos fundamentales, por esta razón se rechaza la eficacia y la actuación de medios probatorios o fuentes de prueba prohibidos o ilícitamente obtenidos<sup>10</sup>. En ese contexto, conviene reconocer que el nuevo Código Procesal Penal ha desarrollado extensamente las exclusiones probatorias asociadas a la afectación del núcleo esencial de los derechos fundamentales. En línea con lo antes indicado, se encuentra la declaración contenida en el inciso segundo del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal (“Carecen de efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”) así como la prevista en el artículo 159 del mencionado estatuto procesal penal (“El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas”)<sup>11</sup>.

Finalmente, respecto a la *eventualidad del medio de prueba*, aquella se relaciona con la oportunidad de solicitud de aportación del medio de prueba. El medio de prueba debe solicitarse dentro del plazo que prevé la ley, fuera del cual no resulta posible su postulación o su admisión. En relación a esta limitación, conviene precisar que los artículos 349 y 350 del Código Procesal Penal

9 REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Litigación estratégica y técnicas de persuasión aplicadas al nuevo proceso penal*. Grijley, 2009, pp. 154-155.

10 Un mayor análisis de esta cuestión puede ser observado en: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Tercera edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 255 y ss.; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob. cit., p. 202.

11 Sobre los mismos: TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 145 y ss.



señalan que la única oportunidad –con limitadas excepciones– para ofrecer los medios de prueba a actuarse durante el juicio oral es el acto de postulación de la acusación escrita (Ministerio Público) o dentro del plazo de diez días de notificada aquella (demás partes procesales).

## **2. El derecho a que los medios de prueba ofrecidos sean admitidos**

El derecho a probar adquiere corporeidad si los medios de prueba ofrecidos por las partes procesales son admitidos por el juez ante el cual se proponen. Este derecho se relaciona directamente con el derecho de las partes de obtener una resolución motivada y fundada en derecho que se pronuncie sobre la postulación probatoria de las partes.

Ahora, como es propio del derecho a probar, el derecho a que los medios de prueba postulados sean admitidos tiene también limitaciones: Los medios de prueba para ser admitidos deben ser pertinentes, conducentes, útiles, lícitos y deben haber planteado en la oportunidad procesal correspondiente. Dado que los límites a la libertad probatoria han sido ya desarrollados anteriormente, prescindiré de precisiones adicionales.

Sin embargo, es indispensable realizar precisiones respecto a dos cuestiones asociadas a la admisibilidad de los medios de prueba: La obligación de que la admisibilidad de los medios de prueba sea decidida mediante auto motivado, y la prohibición de recurrir a métodos o técnicas que afecten la libertad de autodeterminación de la persona o que alteren la capacidad para recordar o valorar los hechos.

En relación a la primera cuestión, debemos señalar que la obligación de que la admisibilidad de los medios de prueba sean decidida mediante auto motivado, prevista en el inciso segundo del artículo 155 del Código Procesal Penal, no es sino una consecuencia lógica y necesaria del imperio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, los cuales adquieren, en este ámbito, especial trascendencia en la medida que la materia objeto de pronunciamiento judicial es el ejercicio de un derecho de raigambre constitucional: el derecho a probar.

En relación a la segunda cuestión, la prohibición de recurrir a métodos o técnicas que afecten la libertad de autodeterminación de la persona o que alteren la capacidad para recordar o valorar los hechos establecida por el inciso tercero del artículo 157 del Código Procesal Penal, constituye un mecanismo de preser-

vación de la espontaneidad de la declaración de la persona y, a su vez, un medio de aseguramiento de la dignidad de la persona.

### **3. El derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba**

Como se observa, este derecho tiene dos componentes: el derecho a que se asegure la producción de la prueba, por un lado, y el derecho a que se asegure la conservación de la prueba, por otro.

Respecto al derecho a que se asegure la producción de la prueba, este supone a su vez la obligación del juez de que, una vez admitido un medio de prueba, su actuación sea verificada indefectiblemente. Con tal propósito, se ha dotado al juez de ciertos recursos legales como, por ejemplo, la conducción compulsiva del testigo o del perito renuente a concurrir a rendir su declaración en juicio (artículo 379.1 del Código Procesal Penal) o la posibilidad de que el medio de prueba se actúe mediante el sistema de videoconferencia o a través de un juez comisionado para tal efecto (artículo 381 del Código Procesal Penal).

Respecto al derecho a que se asegure la conservación de la prueba, el Código Procesal Penal ha incorporado la denominada prueba anticipada como mecanismo probatorio idóneo para tales propósitos<sup>12</sup>. Tal como se extrae del tenor del artículo 242 del Código Procesal Penal, los supuestos de aplicación de la prueba anticipada permiten sostener que su *ratio legis* es justamente la de asegurar la conservación de la prueba; sin embargo, no constituye el único medio destinado a tales fines.

En efecto, existen otros mecanismos procesales, como las medidas de protección para testigos, peritos, agraviados o colaboradores (artículo 247 del Código Procesal Penal), la incautación de bienes que constituyen el cuerpo del delito o se relacionan con aquel (artículo 218 del Código Procesal Penal), el registro de las comunicaciones objeto de intervención (artículo 231 del Código Procesal Penal), el aseguramiento e incautación de documentos privados (artículos 233 y 234 del Código Procesal Penal), entre otros.

### **4. El derecho a que se valoren adecuada y motivadamente los medios probatorios**

El derecho a probar comprende también el derecho a que los medios de prueba aportados, admitidos y actuados sean objeto de valoración adecuada y

---

12 Ibidem, p. 28.

motivada por parte del juez. Como se advierte, se exige que la prueba sea objeto tanto de una valoración *adecuada* como de una valoración *motivada*.

Respecto a la primera cuestión, debe entenderse como *valoración adecuada de la prueba* aquella que supere los estándares de racionalidad propios del sistema de libre valoración de la prueba y de sana crítica que obligan al juez a realizar una valoración y apreciación primero individual y luego conjunta de los medios de prueba (artículo 393 del Código Procesal Penal)<sup>13</sup>, y que tome en consideración los criterios de valoración de la prueba establecidos legalmente para casos especiales: testigos de referencia, arrepentidos, colaboradores, coimputados, prueba por indicios (artículo 158 del Código Procesal Penal).

Respecto a la segunda cuestión, resultará necesario que el proceso inductivo y deductivo derivado del examen de la prueba y su correlación con la decisión judicial sean adecuadamente explicados en la resolución judicial. Esta exigencia, como es lógico, cobra importancia singular en los casos especiales anteriormente mencionados: testigos de referencia, arrepentidos, colaboradores, coimputados, prueba por indicios<sup>14</sup>. Es necesario precisar que la obligación judicial de realizar una valoración motivada de la prueba no desaparece ni se reduce en casos de consenso entre el acusador y el imputado (procedimiento de terminación anticipada), en donde el derecho a la presunción de inocencia y la idea subyacente a aquel –de que la presunción de inocencia solo puede desvirtuarse a través de una mínima actividad probatoria de cargo– se encuentran en juego.

### **III. Epílogo**

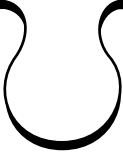
El derecho a probar, manifestación fundamental del derecho de defensa, posee un contenido complejo que se ha tratado de esbozar preliminarmente en las líneas antecedentes. Su real comprensión y entendimiento resulta fundamental en un contexto de transición como el que atraviesan nuestros tribunales a través de la progresiva implementación del Código Procesal Penal.

---

13 Ibidem, p. 29.

14 Sobre la necesidad de motivar el razonamiento deductivo en la prueba por indicios: GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Reforma, Lima, 2010, pp. 106-108.





# El principio de legalidad penal

## Fundamentos, alcance y jurisprudencia del Tribunal Constitucional

*Carlos Abel Villarroel Quinde\**

**SUMARIO:** Introducción. **I.** Antecedentes históricos del principio de legalidad. **II.** Fundamento jurídico-político. **III.** Concepto y contenido. **IV.** Jurisprudencia constitucional relacionada con el principio de legalidad. **V.** Comentarios finales. Conclusiones

### Introducción

Una de las garantías clásicas sobre las cuales se ha estructurado el Estado Democrático de Derecho la constituye, sin duda alguna, el principio de legalidad. Si bien su contenido se ha ido acuñando paulatinamente a lo largo del tiempo, su origen como principio se remonta a la época de la ilustración, por lo que su naturaleza viene cargada de una ideología claramente liberal. En otros términos, es recién luego de las etapas de las revoluciones en las que el principio de legalidad asume todo el contenido garantista que conocemos en la actualidad, esto es, como parámetro de ineludible cumplimiento dentro de la labor legislativa de creación de normas penales, así como límite de la interpretación judicial dentro de la función de administrar justicia en el caso concreto, los cuales finalmente buscan garantizar una mejor tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Dicho contenido esencial se ve expresado dentro de las dimensiones que comporta dicho principio, las cuales, con el transcurso del tiempo, han venido ganando autonomía respecto de las demás; a tal punto que, si bien parten de un mismo origen común, han venido configurando sus propios contenidos. En

---

\* Asistente del Curso de Derecho Penal 2 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con mucho cariño para mis padres Abel y Beatriz.

dicha línea es que debe partirse en el análisis de la garantía de *lex certa* (mandato de determinación), *lex praevia* (irretroactividad de normas penales), *lex scripta* (reserva de ley) y *lex stricta* (prohibición de analogía), las cuales además informan y limitan el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Es por ello que su estudio constituye una exigencia ineludible para todos aquellos que nos comprometemos con la defensa de los derechos fundamentales, para así poder identificar en el caso concreto cuándo nos encontramos ante una restricción de derechos legítima por parte del Estado, o cuándo nos encontraríamos ante un comportamiento que constituye una afectación flagrante del principio de legalidad.

A tal efecto, en el presente artículo se tomarán en cuenta algunos aspectos abordados en un trabajo que realizamos anteriormente<sup>1</sup>, los cuales se verán complementados extensamente. En tal sentido, se analizará en principio las raíces históricas del principio de legalidad, para posteriormente, a la luz de la doctrina, pasar a definir su concepto, así como de las diversas garantías que lo componen. Posteriormente, se procederá a estudiar los pronunciamientos emitidos por el Máximo Intérprete de la Constitución sobre el principio de legalidad, en los cuales se podrán ubicar ciertos supuestos problemáticos. Finalmente, se expondrán las conclusiones respectivas.

## **I. Antecedentes históricos del principio de legalidad**

De conformidad con lo expuesto por Bramont Arias<sup>2</sup>, no se tienen indicios de la aplicación del principio bajo análisis en el Derecho Romano, germánico ni en el canónico. Sin embargo, se afirma que el primer antecedente registrado respecto del principio de legalidad se encuentra en el Derecho inglés, básicamente en la Carta Magna de Juan Sin Tierra del año 1215<sup>3</sup>, en cuyo artículo 39 se establecía la prohibición de la aplicación de penas a los hombres libres si estas no derivaban de un juicio previo, con arreglo a las leyes de país y ante sus iguales. No obstante, es pertinente señalar que dicha fórmula de legalidad propugnaba un sentido sustancialmente diverso al actual, ya que pretendía más bien preservar

1 VILLARROEL QUINDE, Carlos. “El principio de irretroactividad de la ley penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 15, marzo de 2009, pp. 237-249.

2 BRAMONT ARIAS, Luis. *El principio de legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú*. En: <<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos.htm>>.

3 Dicho documento histórico limitaba las facultades del rey sobre los señores feudales y la Iglesia, reconociéndoles privilegios y posesiones. Es importante en la medida que por primera vez se reconoció que las potestades del monarca no eran absolutas, originando un antecedente particular para el desarrollo del constitucionalismo inglés.

únicamente los privilegios de la nobleza ante la posible arbitrariedad que potencialmente pudiera cometer el monarca (independientemente de la actividad jurisdiccional, en donde aún campeaba la impunidad)<sup>4</sup>.

Posteriormente, dicho principio es trasladado a Norteamérica por los inmigrantes ingleses, que deciden consagrarlo dentro de sus textos constitucionales, lo que finalmente se reflejó en las constituciones de los estados de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776)<sup>5</sup>. Es preciso señalar que, si bien el principio de legalidad va obteniendo un paulatino reconocimiento (inclusive a nivel constitucional), su fundamento político criminal actual recién se cimentó con un movimiento que es considerado a nivel histórico el punto de quiebre entre la etapa moderna y posmoderna, conllevando además toda una revolución en lo que respecta a los dogmas políticos, culturales, sociales y filosóficos de la época: nos referimos, sin duda, a la Revolución Francesa.

La ley, como principal instrumento normativo jurídico de la sociedad, hace su aparición formal a fines del siglo XVIII, con la caída del régimen monárquico en Francia, vorágine que se extendió a los distintos países de Europa. Dentro de dicho contexto histórico, la ley se concibe como acto normativo supremo e irresistible, ante el cual no es oponible ningún derecho más fuerte, lo que incluye el poder de excepción del rey y de la administración, así como los derechos anteriores al “Estado de Derecho”, ya sean generales (derecho natural), o especiales (que se refieren más bien a privilegios sociales o locales)<sup>6</sup>. Asimismo, tal como refiere Zagrebelsky “(...) la soberanía de la ley se apoyaba en la doctrina de la soberanía de la nación, que estaba “representada” por la asamblea legislativa (...)” la cual “estaba ínsita la fuerza normativa absoluta, pero también el deber de asumir por entero el peso de todas las exigencias de regulación”<sup>7</sup>. Así, se advierte que el Poder Legislativo cumplía un rol fundamental en esta nueva realidad producida a partir de la revolución, toda vez que debía de encargarse de dar forma a la nueva configuración del Estado, así como de dar un contenido distinto a la relación entre el Estado y los ciudadanos.

Por otro lado, cabe señalar que la preocupación fundamental de los revolucionarios de aquella época fue encontrar el mecanismo adecuado para modificar el sistema de justicia existente hasta entonces: el monarca tenía la potestad de

4 BRAMONT ARIAS, Luis. Ob. cit.

5 REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal Económico*. Ángel, México, 2004, p. 37.

6 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trotta, Madrid, 1999, p. 24.

7 *Ibidem*, p. 25.

juzgar y de acuerdo a la situación podía emitir dos tipos de sentencias: de derecho, que se apoyaban en normas<sup>8</sup>, y de imperio, que respondían a su ejercicio como soberano<sup>9</sup>. De allí que una medida necesaria sea la adopción de un marco general objetivo que sirva como punto de referencia para juzgar. Tal como lo refiere Muñoz Machado: “(...) Para hacer efectiva la eliminación del arbitrio del monarca como forma de enjuiciamiento de los litigios, eran precisas, acumuladamente, dos reglas revolucionarias: primera, que el *parámetro para resolver las controversias se encontrasen en normas generales y objetivas*; y segunda, que los litigios fueran resueltos por jueces (...)”<sup>10</sup> (las cursivas son nuestras). Consecuentemente, esta necesidad de un marco general indispensable al momento de juzgar constituyó el fundamento de la famosa frase latina acuñada e introducida por Feuerbach al léxico jurídico: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. De allí que haya tenido reconocimiento expreso en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (artículo 8).

En ese sentido, se advierte que en la tradición continental el principio de legalidad emergió como baremo desde el cual se debía estructurar no solo la función legislativa, sino también la labor de administrar justicia: los jueces solo podían resolver una controversia en virtud al contenido de la ley, sin ninguna posibilidad de que esta pueda ser interpretada. Ello debido a que, de acuerdo al nuevo orden jurídico establecido, se excluyó de las competencias del órgano jurisdiccional el control de las leyes emitidas por el parlamento (a diferencia de lo que acontecía en Estados Unidos, en donde el órgano jurisdiccional podía realizar dicho cuestionamiento, en la medida que sus pronunciamientos se basaban primordialmente en la Constitución). Este aspecto básicamente se debe al contexto político cultural vigente en aquel entonces (estructurado esencialmente por la teoría de la separación de poderes de Montesquieu<sup>11</sup>) que sostenía una vinculación estricta por parte del juzgador hacia la ley, tanto en lo que concierne al fundamento legal de punibilidad (lo que no crea problema alguno, dado que ello se infiere del principio de legalidad estudiado), como en el ámbito aplicativo de esta (es decir, sin tomar en consideración el resultado del hecho, o la

8 Se refiere a los edictos reales que dictaba el monarca, y que no cumplían con los requisitos de objetividad y generalidad.

9 MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La reserva de la jurisdicción*. La Ley, Madrid, 1989, p. 11 y ss.

10 Posteriormente, la ley constituyó inclusive el fundamento para poder garantizar la independencia del poder judicial al momento de ejercer la función jurisdiccional. A mayor abundamiento ver en: MUÑOZ MACHADO, Santiago. Ob. cit., p. 11 y ss.

11 Dicha teoría propugnaba, como su nombre lo indica, la separación de los poderes inherentes al Estado de legislar, ejecutar y juzgar en entes diferenciados entre sí, dado que –según Montesquieu– todavía no habrá libertad si el poder de juzgar no está separado del legislativo y ejecutivo. A mayor abundamiento, ver en: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. ARA, Lima, 2004, pp. 104-105.



gravedad del mismo, lo que deviene en un problema de interpretación); dicha concepción se encontraba profundamente marcada en la Constitución de Cádiz de 1812, así como en otros instrumentos normativos, en donde se distinguió entre la aplicación de la ley (función esencialmente llevada a cabo por el órgano jurisdiccional) y la interpretación de la misma (lo que constituía tarea exclusiva del legislador, en la medida que suponía la creación de Derecho)<sup>12</sup>. Mientras tanto, otra realidad era la que acontecía en Inglaterra: el *rule of law* simbolizaba, tal como se mencionó en un principio, la lucha histórica que el Parlamento inglés había librado y ganado contra el absolutismo regio, logrando oponer ante el rey los privilegios y libertades tradicionales de los ingleses, por lo que en dicho escenario, la ley se configuró como un “producto de justicia” más que una voluntad política soberana<sup>13</sup>. Asimismo, en dicho escenario, el parlamento cumplía una labor más jurisdiccional que política, de lo cual se establecía el derecho aplicable a partir del análisis de casos particulares (*common law*), con lo cual, la labor legislativa únicamente se concebía como perfeccionamiento del derecho existente<sup>14</sup>.

Posteriormente, con la venida de la Segunda Guerra Mundial, y los cambios en la justicia constitucional originados por los modelos constitucionales de Italia y de Alemania, es que se implanta la idea del necesario control de la leyes por parte de los jueces en cuanto a su legitimidad dentro del Derecho Penal<sup>15</sup>. Ello, sin lugar a dudas, permite reforzar la importancia del principio de legalidad, entendida como la necesaria concretización previa de las conductas sancionadas por el ordenamiento jurídico, toda vez que permite que el órgano jurisdiccional evalúe la validez de la ley a la luz de la Constitución, lo que conlleva a que el proceso de creación de la norma penal sea realizada con sumo cuidado. En ese sentido, el Poder Legislativo no debe olvidar que “(...) el límite formal fundamental del *ius puniendi* es la ley penal y, por lo tanto, la mayor garantía de la libertad y de la seguridad jurídica. Protegiendo la seguridad jurídica el derecho penal protege también la libertad, toda vez que el ámbito de la libertad solo queda acotado por los límites que establece la ley penal”.

A partir de todo lo expuesto se puede advertir la importancia del principio de legalidad dentro de un Estado Democrático de Derecho. De allí que tenga reconocimiento expreso en diversos instrumentos internacionales, como

12 Ibidem, p. 104 y ss.

13 ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit., p. 25.

14 Ibidem, p. 26.

15 BACIGALUPO, Enrique. “Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal”. En: *Debates de Actualidad*. Año XXI, N° 196, diciembre de 2005-junio de 2006, pp. 21-34.

la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11.2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9); así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15), entre otros.

## II. Fundamento jurídico-político

Dentro del marco histórico señalado precedentemente se identificó al principio de legalidad como una manifestación del nuevo orden establecido, que desterraba por completo la figura del monarca todopoderoso. Ello además, implicó la fragmentación de las funciones estatales de legislar, juzgar y ejecutar en entes totalmente autónomos distintos entre sí, a fin de garantizar una convivencia pacífica entre todos los ciudadanos, en estricto respeto de sus derechos y libertades. De ello se infiere que la teoría de la *separación de poderes* formulada por Montesquieu constituye el fundamento político para la aparición y posterior desarrollo del principio bajo análisis.

Por su parte, desde el punto de vista científico, es necesario señalar que dicho principio, en sus primeras formulaciones tal como lo concebía Feuerbach, se encontraba directamente compenetrado a la teoría de la pena como coacción psicológica. Ello equivale a decir que la instauración del hecho injusto, así como de la penalidad correspondiente, eran necesarias a fin de poder causar en el sujeto la convicción necesaria para no delinquir (función intimidatoria de la pena). Sin embargo, Beccaria de manera previa ya había señalado que el derecho del Estado de sancionar las conductas criminales tenía su fundamento en la teoría política del contrato social (fuertemente influenciado por la filosofía del iluminismo), la que consistía en que la libertad de los ciudadanos solo puede ser restringida por la voluntad general del pueblo, transmutada en la ley que emite el parlamento<sup>16</sup>. En ese sentido, “(...) el principio de legalidad adquirió carácter fundamental en el Derecho Penal como principio constitucional y como principio propiamente penal, independientemente de cualquier teoría”.

Por otro lado, es imprescindible determinar el grado de exigencia que deriva del principio de legalidad, la misma que va dirigida tanto al legislador como al órgano jurisdiccional. En ese sentido, tal como lo señala Bacigalupo<sup>17</sup>, las justificaciones realizadas a dicho principio son variadas, por lo que se reseñarán las más importantes:

16 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. ARA, Lima, 2004, p. 100.

17 *Ibidem*, pp. 102-103.

*Como derivación del principio de culpabilidad:* ello en la medida que el autor haya conocido –o haya estado en la posibilidad de conocer– la norma infringida, lo que implica lógicamente, que solo podría ocurrir si es que la conducta delictiva se encuentra sancionada en una ley. Al respecto, se plantea la crítica de que mientras el principio de culpabilidad no requiere el efectivo conocimiento de las consecuencias jurídicas del hecho realizado, el principio de legalidad sí se extendería inclusive a estas.

*Como consecuencia del principio democrático* (previsto en el artículo 43 de nuestra Constitución), lo que implica que la ley previa constituye el presupuesto necesario de toda intervención en los derechos fundamentales de los ciudadanos por parte de los funcionarios que no detentan una legitimidad democrática directa (Administración y Poder Judicial). La crítica contra dicha postura sostiene que bajo este fundamento no se puede explicar la prohibición de aplicación retroactiva del Derecho Penal, así como las leyes con contenido indeterminado.

*Como concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho,* esbozada por el Tribunal Constitucional español en la STC N° 133/87 y 62/82, que se refiere a que el principio de legalidad esencialmente constituye una garantía de objetividad respecto los hechos sometidos al juzgador. Dicha garantía, por cierto, se extendería a las consecuencias jurídicas y a los plazos de prescripción, como también la exclusión de la extensión analógica y la aplicación retroactiva de la ley penal.

*Como garantía de la libertad y de la seguridad jurídica:* protegiendo la seguridad jurídica, el Derecho Penal también protege la libertad, por cuanto el ámbito de la libertad de los ciudadanos únicamente puede ser restringido por los límites que establezca la ley<sup>18</sup>.

Sin duda alguna, consideramos que, en efecto, el principio de legalidad pretende que el análisis realizado por el órgano jurisdiccional sea lo más objetivo posible, por lo que es exigencia imprescindible la necesaria formulación –de la conducta delictiva como de la pena a imponer– de manera previa a la comisión de los hechos cuestionados. Sin embargo, también consideramos que, en efecto, el principio de legalidad permite generar en la conciencia del individuo el conocimiento respecto de aquello que se encuentra vedado por el ordenamiento jurídico, como también de aquello permitido.

---

18 BACIGALUPO, Enrique. “Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal”. Ob. cit., p. 21.

Por su parte, dentro del ordenamiento jurídico peruano, el principio en mención se encuentra previsto en el artículo 2, inciso 24), literal d) de nuestra Constitución Política, que establece que: “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 (...)”. También tiene reconocimiento legal en el artículo II del Título Premilitar del Código Penal: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”. Por lo tanto, no existe duda alguna de la vital importancia que dicho principio le imprime a la función legislativa, así como al sistema de administración de justicia, a constituirse como un límite infranqueable del *ius puniendi* estatal.

### III. Concepto y contenido

---

Podemos afirmar, en líneas generales, que el principio de legalidad penal, previsto en el artículo 2, inciso 24 literal d) de la Constitución (“[...] 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 con pena no prevista en la ley”) exige que se determine de manera previa aquella conducta o comportamiento lesivo para los bienes jurídicos de interés social, así como la sanción a imponer; de tal manera que los ciudadanos puedan conocer el supuesto de hecho sancionado por la norma y la pena respectiva, y les permitan adecuar sus expectativas a los objetivos que la ley penal requiere. Es necesario señalar que son dos los aspectos que debe regular la norma, en consonancia con el principio de legalidad: el supuesto de hecho (“acto u omisión”) y la consecuencia jurídica o sanción (“que no esté previamente calificado en la ley como infracción punible”)<sup>19</sup>. Por otro lado, debemos señalar que con respecto a la exigencia constitucional de que debe ser la *ley* la que contenga al hecho punible y a la sanción (reserva de ley), dicho requisito alude a que la norma que establece el delito debe tener rango de ley. En consecuencia, es lógico que el principal instrumento para llevar a cabo dicho objetivo sea la ley emitida por el Congreso, pero también puede ser un decreto legislativo emitido por el Poder Ejecutivo, ya que tiene rango de ley y se emite sobre la base de una delegación de potestades legislativas de manera temporal. Sin embargo, no se puede predicar lo mismo con respecto a normas de inferior

---

19 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 100.

jerarquía, como son los decretos supremos, las resoluciones ministeriales, entre otras, ya que no detentan rango legal<sup>20</sup>.

## 1. Dimensiones del principio de legalidad

El principio de legalidad, a su vez, posee cuatro dimensiones o garantías, a saber:

- a) ***Nullum crimen sine lege previa***: establece que la ley debe estar consagrada de manera anterior a la comisión del hecho delictivo<sup>21</sup>. Ello garantiza que la conducta delictiva sancionada por el ordenamiento, así como la pena aplicable al mismo pueda ser conocida por el ciudadano promedio a fin de que pueda adecuar su comportamiento. Ello, a su vez, determina la prohibición de la aplicación retroactiva de la norma penal, principio contenido en el artículo 103 de nuestra Carta Fundamental, y que dentro del ámbito internacional se encuentra acogida en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, hay que señalar también que excepcionalmente es permisible la retroactividad benigna en materia penal siempre y cuando favorezca al inculpaado. Tal como lo señala Villavicencio: “Esta prohibición de retroactividad rige *in malam partem*, es decir, cuando es desfavorable al inculpaado. Por el contrario, se admite cuando le beneficia (retroactividad benigna), por ello, la prohibición de retroactividad de la ley penal no es un principio absoluto”<sup>22</sup>. De allí que, a partir de dicha afirmación, no cabría sancionar un hecho que al momento de cometerse no era considerado delito, así como tampoco cabría aplicar una pena más grave si esta es posterior al hecho imputado.
- b) ***Nullum crimen sine lege scripta***: se refiere a que el delito debe ser estar calificado en la ley de manera expresa e inequívoca. En consecuencia, “la ley es el único principio generador de delitos y penas, esto es, participación de la ciudadanía, transparencia, principio de conocimiento y, en definitiva, carácter político de los delitos y las penas. Toda otra fuente del derecho tiene una función solo complementaria y subordinada para la generación de delitos”<sup>23</sup>. De allí que esta garantía prohíba la aplicación de la costumbre,

20 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2006, p. 135.

21 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Eddili, Lima, 2005, pp. 81-84.

22 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 142.

23 BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Otro. *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Trotta, Madrid, 2004, p. 28.

de los principios generales del Derecho, así como de la jurisprudencia para fundamentar una sanción penal. Esto no quiere decir que se desconozca sus calidades de fuentes del derecho; no obstante, dado que las sanciones penales inciden de manera directa (y válida, por cierto) en los derechos fundamentales de los inculpadados, es necesario e imprescindible que se tenga como fuente primordial a la ley para sustentar una imputación y su posterior condena.

- c) *Nullum crimen sine lege stricta*: esta garantía establece que la ley debe ser interpretada de conformidad con su contenido, sin que se creen nuevos derechos<sup>24</sup>. De allí se configura el principio de la prohibición de analogía (contenido en el artículo 139, inciso 9) de la Constitución, así como en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal), y que significa la aplicación de la consecuencia jurídica-sanción establecida en la ley penal a una situación que no está prevista en el supuesto de hecho contenido en la norma, y que presenten caracteres similares. Sin embargo, distinto es el caso en que la propia norma establece la posibilidad de interpretación usando la analogía, lo que se considera permitido.
- d) *Nullum crimen sine lege certa*: originalmente, el principio de legalidad solo contenía a las garantías ya mencionadas. Sin embargo, tal como ya se ha mencionado, producto de la Segunda Guerra Mundial y los cambios acaecidos dentro de los sistemas de justicia constitucional europeos, la crítica a la idoneidad de la norma emitida por el parlamento produjo cambios dentro del contenido del principio de legalidad, lo que dio lugar a la aparición de la garantía de *lex certa*, o principio de determinación, entendida como la exigencia de la determinación precisa del hecho punible<sup>25</sup>. Ello impone pues, una clara obligación al legislador al momento de redactar la norma penal, dado que “(...) la ley dictada por el Parlamento solo cumplirá con el principio de legalidad si contiene una descripción de las prohibiciones y de las sanciones previstas para su violación que pueda considerarse exhaustiva (...)”<sup>26</sup>.

De todo ello podemos colegir, entonces, que el principio de legalidad se instituye como uno de los principales pilares dentro de la constitución del Estado Democrático y de Derecho. Asimismo, dicho principio comprende las garantías de *lex scripta*, *lex stricta*, *lex praevia* y *lex certa*, que se proyectan no

24 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 143.

25 BACIGALUPO, Enrique. “Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho Penal”. Ob. cit., p. 22.

26 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 121.

solo como mandatos que se erigen como límites respecto de las funciones del legislador, sino también como parámetros en la actividad de administración de justicia por parte del órgano jurisdiccional, así como en la labor interpretativa de los demás operadores de Derecho.

#### **IV. Jurisprudencia constitucional relacionada con el principio de legalidad**

---

En este punto, se analizarán los diversos pronunciamientos emitidos por nuestro Tribunal Constitucional donde se realiza un análisis del principio de legalidad, así como de sus diversas dimensiones, sobre los cuales realizaremos los comentarios pertinentes.

##### **1. Principio de legalidad: definición**

En lo que concierne a la naturaleza jurídica del principio bajo análisis, la STC Exp. N° 2758-2004-HC/TC (caso Luis Bedoya de Vivanco) señala lo siguiente:

“[El principio de legalidad] se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

(...) Por lo tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales”.

Del texto analizado es posible inferir que el principio de legalidad no solo se erige como un principio basilar del ordenamiento jurídico peruano (dimensión objetiva), sino que también constituye un atributo inherente a cada persona

(dimensión subjetiva). En tal sentido, se puede apreciar una *doble dimensión* del principio en mención, con lo cual se desprende que: a) la actividad legislativa debe realizarse en consonancia con su contenido como parámetro de validez, y b) es posible que el principio de legalidad pueda ser atribuido a cada persona en calidad de derecho subjetivo. En ambos casos, se puede advertir que la vulneración de dichas dimensiones puede generar vías procesales específicas para la tutela del principio en mención, a saber: a) en el caso del principio de legalidad en su aspecto objetivo, en tanto se habría vulnerado el parámetro fundamental para la dación de normas de carácter penal, es posible que dicha situación pueda ser cuestionada a través del *proceso de inconstitucionalidad*, y b) en el caso del principio de legalidad en su aspecto subjetivo, en la medida de que se habría aplicado una disposición penal vulneratoria de las diversas garantías del *nullum crimen sine lege* a un caso en concreto, es posible cuestionar dicha aplicación a través de un *proceso de hábeas corpus* (en el caso de que la vulneración del principio de legalidad suponga, a su vez, una afectación de la libertad individual), o de un *proceso de amparo* (en el caso que se cuestione en puridad la aplicación de una norma incompatible con el principio de legalidad). Asimismo, el Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha señalado que en *el Derecho Administrativo sancionador* se aplica la misma potestad sancionadora del Estado vigente en el Derecho Penal, por lo que su ejercicio debe respetar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, así como aquellos principios constitucionales que informan la potestad sancionadora, entre la que se incluye, por ende, el principio de legalidad (Cfr. STC Exp. N° 3456-2007-AA/TC; caso Ortega Martínez, Exp. N° 8957-2006-AA/TC; caso Alburqueque Jiménez, Exp. N° 3432-2004-AA/TC; caso Orellana Ochoa, Exp. N° 2192-2004-AA/TC; caso Costa Gómez y otro, STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC, Carlos Ramos Colque, etc.).

Por otro lado, el Máximo Intérprete de la Constitución en la STC Exp. N° 012-2006-AI/TC (Código de Justicia Militar) se pronunció por las diversas garantías derivadas del principio de legalidad evaluado:

“22. Como tal, el principio de legalidad penal garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).

23. Conforme a la exigencia de *lex praevia*, el principio de legalidad penal prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo, claro está, cuando beneficie al reo. Así lo establece el artículo 103 de la Constitución, según el



cual '(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (...)’.

24. Conforme a la exigencia de *lex stricta*, el principio de legalidad penal prohíbe el uso de la analogía. Así lo establece el artículo 139, inciso 3 de la Constitución, según el cual, ‘el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos’.

25. En cuanto a la exigencia de *lex certa*, cabe precisar, conforme lo ha sostenido este Colegiado en la sentencia recaída en el caso de la Legislación Antiterrorista (Expediente N° 0010-2002-AI/TC), que el principio de legalidad penal exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal ‘d’ del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea ‘expresa e inequívoca’ (...).

26. En cuanto a la exigencia de *lex scripta*, el principio de legalidad consagra a la ley como única base para la incriminación de comportamientos e imposición de penas, proscribiendo, entre otros aspectos, fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario”.

Al respecto, cabe señalar que en esta sentencia el Tribunal Constitucional únicamente realizó un reconocimiento a nivel jurisprudencial del contenido del principio de legalidad que ya había sido definido por la doctrina (y que fue esbozado en párrafos precedentes), lo cual nos exime de mayor comentario.

Ahora bien, mención aparte lo constituye la definición del denominado “principio de legalidad procesal penal” que realiza el Supremo Intérprete de la Constitución a través de su jurisprudencia, y su relación con el principio de legalidad. Al respecto, en la STC Exp. N° 8957-2006-AA/TC (caso Alburquerque Jiménez), el máximo intérprete de la Constitución señaló lo siguiente:

“15. Empero, no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de legalidad procesal penal. El primero, garantizado por el ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, se satisface cuando se cumple la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, enunciado en el artículo 139.3, referido al aspecto puramente procesal, garantiza a toda persona el estricto respeto de los procedimientos previamente establecidos, al prohibir que esta sea desviada de la jurisdicción

predeterminada, sometida a procedimiento distinto o juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ó por comisiones especiales”.

De la lectura del párrafo citado, se puede advertir que el Tribunal Constitucional “crea” un nuevo principio, que no guarda relación alguna con el principio de legalidad que venimos analizando. Antes bien, este principio, de acuerdo a la sentencia en mención, presenta una definición que en realidad constituiría una reiteración del contenido del derecho fundamental al juez natural o al juez predeterminado por ley (Cfr. STC. Exp. N° 1937-2006-HC/TC, f. j. 2).

Siendo así, no encontramos la necesidad de “crear” un nuevo principio denominado “principio de legalidad procesal penal”, que no presenta relación alguna con el principio de legalidad clásico y más bien adopta el contenido del derecho fundamental al juez natural, que ya se encuentra previsto de manera expresa en nuestra Norma Fundamental.

## 2. Principio de legalidad: *lex scripta*

La mencionada dimensión del principio de *lex scripta*, recogida en el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución: “(...) 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 con pena no prevista en la ley”, obliga a que las conductas merecedoras de pena, así como sus respectivas sanciones, se encuentren previstas en una norma con rango de ley. Sin embargo, cabe hacerse la pregunta respecto a qué se entiende por rango de ley: si se alude a un rango de ley en *sentido formal* (y sobre la base de ello, únicamente se podría catalogar a las leyes emitidas por el Parlamento, entendidas como el producto normativo derivado del consenso democrático entre diversas fuerzas representativas de los intereses del pueblo) o acaso se refiere a un rango de ley en *sentido material* (con lo cual, el espectro de aplicación se abriría en especial a aquellos instrumentos normativos emitidos por el ejecutivo sobre la base de potestades legislativas delegadas, en virtud de lo dispuesto por el artículo 104 de la Constitución). Cabe señalar que nuestro Tribunal Constitucional no ha emitido pronunciamiento alguno respecto a este tema; sin embargo, dicha omisión puede ser salvada en virtud de lo dispuesto por la Opinión Consultiva OC-6/86 de fecha 9 de mayo de 1986 emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuyo fundamento 35 expresamente señala que el término “Ley” previsto en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos (referida a la normas que contienen preceptos que restringen derechos y libertades de las personas) se refieren a aquellos instrumentos emanados por los órganos legislativos elegidos democráticamente por

cada país, de lo que se derivaría que únicamente sería el Congreso quien tendría la potestad para establecer conductas y sanciones de carácter penal. Sin embargo, dicho documento señala a continuación en su párrafo 36 que es posible que la norma penal pueda producirse por el resultado de delegaciones legislativas, siempre y cuando que: a) dichas delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución; b) la facultad legislativa se ejerza dentro de los límites impuestos por la Constitución y por la ley delegante, y c) el ejercicio de la potestad delegada esté sujeta a controles eficaces. Por consiguiente, es posible que puedan establecerse delitos a partir de decretos legislativos emanados del Poder Ejecutivo, tal como sucede con nuestra norma más importante dentro del ámbito penal: el Código Penal, el cual se encuentra contenido dentro del Decreto Legislativo N° 635 de fecha 8 de abril de 1991.

A partir de lo afirmado, es posible concluir que el principio de legalidad exige que las normas penales se encuentren previstas en normas con rango de ley en sentido material, lo cual incluiría a las leyes emanadas del Congreso, así como a los decretos legislativos expedidos por el Ejecutivo al amparo de potestades legislativas delegadas. Sin embargo, en la doctrina existen opiniones referidas a la posibilidad de poder establecer delitos a través de decretos de urgencia, los cuales, si bien resultan ser instrumentos normativos excepcionales que únicamente pueden abordar temas económicos y financieros (art. 118, inciso 19 de la Constitución), podrían regular temas relativos a la criminalidad económica, toda vez que la Constitución no niega tal posibilidad<sup>27</sup>. Sin embargo, tal como lo reconoce dicho sector de la doctrina, esta posición no podría ser factible, dado que no podrían regularse delitos sobre la base de circunstancias coyunturales, además de que a nuestro parecer ello no sería de recibo debido a que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la ley en sentido formal no se extendería a aquellas manifestaciones normativas que no tengan origen en la potestad legislativa del Congreso, ya sea de manera originaria (ley expresa) o derivada (decreto legislativo), dado que no concurre la legitimidad democrática que se encuentra ínsita de manera directa en la ley y de manera indirecta en el decreto legislativo (lo que se explicará más adelante), sino que la voluntad de imponer sanciones se atribuiría únicamente a una persona, lo cual sin duda alguna derivaría en arbitrariedad.

Por otro lado, es preciso tomar en cuenta que si bien la garantía de *lex scripta* establece la reserva de ley en sentido material, nuestra Constitución de 1993 establece en su artículo 149 la posibilidad de que las comunidades

27 GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2008, p. 100.

campesinas y nativas puedan aplicar el derecho consuetudinario para ejercer funciones jurisdiccionales en las zonas de su competencia. Sin embargo, dicha posibilidad queda limitada al respeto de los derechos fundamentales de las personas<sup>28</sup>.

Otro punto controvertido resulta ser la vigencia de la garantía de *lex scripta* dentro del Derecho Administrativo sancionador. Y tomando como base lo ya señalado anteriormente, en el sentido de que las garantías previstas para el Derecho Penal también cobran vigencia dentro del ámbito del Derecho Administrativo sancionador, toda vez que ambos provienen del mismo *ius puniendi* estatal (incluyendo, por ende, al principio de legalidad), la lectura del artículo 230, inciso 4 de la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) no deja de suscitar cierta incertidumbre en lo que se refiere a su verdadero sentido.

Y es que dicho artículo, al recoger el principio de tipicidad en el capítulo referido a la potestad sancionadora de la administración, señala lo siguiente:

“[Artículo 230, inciso 4]: Tipicidad: solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en los que la ley permita tipificar por vía reglamentaria”.

Si bien ya se había señalado anteriormente que los únicos instrumentos normativos sobre los cuales se podían establecer sanciones penales (incluyéndose además a las sanciones derivadas de infracciones administrativas) eran las normas con rango de ley en sentido material (esto es, las leyes emanadas del Congreso y los decretos legislativos expedidos por el Ejecutivo), la posibilidad de poder establecer sanciones a través de la vía reglamentaria, tal como lo advierte de la norma antes glosada constituye sin lugar a dudas un atentado flagrante respecto del principio de legalidad. Y es que, como se mencionó anteriormente, la razón por la cual se exige que sea una ley mediante la cual se impongan sanciones de carácter penal y administrativo radica en que las restricciones que puedan surgir a los derechos y libertades de las personas sean el resultado de un proceso democrático, a través de un debate en el que discurren las distintas fuerzas

---

28 Ibidem, p. 101.

parlamentarias representantes del pueblo tomando en consideración la opinión de las mayorías y minorías. Asimismo, los decretos legislativos, si bien emanan del Ejecutivo, también se encuentran legitimados toda vez que son el resultado de una delegación de facultades estrictas por parte del órgano titular de la potestad legislativa originaria, por lo que existe una suerte de *legitimidad indirecta democrática*, la cual, como se recordará, no es absoluta, sino que es necesario que respete los límites establecidos en la ley autoritativa.

Sin embargo, ello no puede predicarse de las infracciones administrativas creadas a partir de un organismo administrativo, las cuales, en puridad, son dictadas con la intención de coadyuvar la labor de la Administración, lo cual puede finalmente devenir en un ejercicio de pura arbitrariedad. Lastimosamente, existen diversos entes administrativos que cuentan con su propio reglamento de infracciones y sanciones, con lo cual se está avalando, en los hechos, la vulneración del principio de legalidad en el ámbito administrativo.

### 3. Principio de legalidad: *lex certa*

La garantía de *lex certa*, tal como se ha señalado anteriormente, establece que la conducta criminal y su correspondiente sanción se encuentran señaladas de manera clara y precisa en la norma, excluyendo por consiguiente aquellas disposiciones que se encuentren indeterminadas, ya sea dentro del supuesto de hecho, o dentro de la consecuencia jurídica, además de prohibir la utilización de una fórmula vaga e imprecisa para la creación de delitos e infracciones administrativas.

En ese sentido, la STC Exp. N° 010-2002-AI/TC señala de manera expresa que:

“45. El principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal ‘d’ del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea ‘expresa e inequívoca’ (*lex certa*).

46. El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la ley es una prescripción dirigida al legislador para que este 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.

Esta exigencia de *lex certa* no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equívocidad. Por eso se ha dicho, con razón, que ‘en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque esta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje’ (CURY URZUA, Enrique. *La ley penal en blanco*. Temis, Bogotá, 1988, p. 69).

47. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Dykinson, Madrid, 1992, p. 257). El grado de indeterminación será inadmisibile, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos. (En este sentido: BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Temis. Bogotá, 1989, p. 35). Como lo ha sostenido este Tribunal en el caso ‘Encuesta a boca de urna’ (Exp. N° 002-2001-AI/TC), citando el caso Conally vs. General Cons. de la Corte Suprema Norteamericana, ‘una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad’ (fundamento jurídico N° 6).

48. Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que la garantía de *lex certa* no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (STC 69/1989)”.

A partir de allí es posible advertir que el principio de legalidad garantiza la necesaria determinación de la norma penal, con la finalidad de que los justiciables puedan conocer con claridad y de manera previa cuáles son las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico. Cabe señalar además que el Máximo Intérprete de la Constitución ha señalado que, en efecto, la norma penal, por

la naturaleza propia del lenguaje, presenta cierto grado de indeterminación. Sin embargo, conviene llamar la atención respecto a que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que existe un grado de indeterminación en el cual los justiciables ya no podrían conocer las conductas que son prohibidas o permitidas, con lo cual el asunto polémico lo constituyen los límites respecto al grado de indeterminación que debe presentar una norma penal para poder respetar la garantía de *lex certa*.

La norma jurídico-penal, que tiene como objeto la regulación de aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos valiosos para una sociedad en un contexto histórico-político determinado, presenta una estructura condicional: un supuesto de hecho (en el cual se establece la conducta prohibida por el ordenamiento penal, y para el caso de los delitos de omisión, el mandato dirigido al destinatario de la norma); y una consecuencia jurídica (la cual podrá consistir en una pena privativa de libertad, una medida de seguridad así como también una medida accesoria, ello de acuerdo a lo previsto por el tipo penal, en concordancia además por lo dispuesto en la parte general del Código Penal). Sin embargo, no todas las normas jurídico-penales presentan dicha configuración, por lo que podemos estar, tal como lo ha señalado Bramont-Arias Torres<sup>29</sup>, ante una ley penal incompleta, un tipo penal abierto o una ley penal en blanco.

**a) Ley penal incompleta:** son aquellas que “(...) no consagran por sí mismas un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica aunque son oraciones gramaticalmente completas, pero incompletas como normas jurídicas”<sup>30</sup>. Cítese, por ejemplo, el artículo 20, inciso 2 del Código Penal, que habla sobre la exención de responsabilidad penal de los menores de 18 años, disposición que viene a completar lo dispuesto por los delitos previstos en la parte especial del Código Penal o por leyes especiales penales, en el sentido de que aquellos actos, si bien formalmente se adecuan al tipo penal establecido, si es que son realizados por un menor de 18 años de edad, dicha acción no podrá ser sancionada por el Derecho Penal. En estricto, esta modalidad no supone en modo alguno un problema contra el principio de *lex certa*, ya que debe encontrarse expresamente en el Código Penal y solo es utilizada para complementar las disposiciones existentes en el mismo cuerpo normativo.

29 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., pp. 72-77.

30 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal-Parte General*. Segunda edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 92. Citado en: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal*. Ob. cit., p. 72.

- b) **Ley penal en blanco:** la problemática de la ley penal en blanco fue introducida por primera vez por Binding (denominada *Blankettstrafgesetzen*), al pronunciarse sobre la prohibición de una autoridad de rango inferior a la competente para dictar leyes<sup>31</sup>, y de acuerdo a lo establecido por la doctrina, la ley penal en blanco abarcaría a aquellos tipos penales que tienen como característica común que “(...) no describen enteramente la acción y/o la materia de prohibición y se encuentran, por consiguiente, necesitados de complementación”<sup>32</sup>. Nótese que en este caso, el aspecto que va a ser complementado posteriormente mediante la técnica de la remisión va a ser en todos los casos el supuesto de hecho, y no la consecuencia jurídica, que siempre va a estar definida por el ordenamiento jurídico-penal.
- c) **Tipos abiertos:** el primero en pronunciarse sobre ellos fue Welzel, y consiste en que el tipo penal se encuentra incompleto, por lo que requiere de una complementación que será realizada por el órgano jurisdiccional (juez). A diferencia de la ley penal en blanco, en este caso la disposición cuestionada no se complementa con lo dispuesto por otra norma, sino por la jurisprudencia, de lo que se infiere que el órgano jurisdiccional puede válidamente completar el tipo penal en cuestión para el caso en concreto. Cabe señalar que en la precitada sentencia recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC, el Máximo Intérprete de la Constitución ha aceptado la posibilidad de que legislador pueda utilizar la técnica legislativa de los tipos abiertos para regular normas penales.

En suma, apreciamos que existen diversos mecanismos habilitados para el legislador, a fin de realizar su labor creativa de normas jurídicas. Sin embargo, conviene señalar que una técnica que viene siendo utilizada frecuentemente por nuestro legislador para regular ámbitos especializados (como lo puede ser el campo económico), y respecto de la cual existe un gran debate en la doctrina comparada referida a su compatibilidad con el mandato de determinación o *lex certa*, lo constituye la ley penal en blanco, aspecto que desarrollaremos a continuación.

### 3.1. Ley penal en blanco y *lex certa*

En este apartado analizaremos rápidamente las posiciones doctrinarias referidas a la viabilidad de la técnica legislativa de la ley penal en blanco<sup>33</sup>.

31 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 75.

32 TIEDEMANN, Klaus. *Temas de Derecho Penal económico y ambiental*. Idemsa, Lima, 1999, p. 67.

33 DOVALS. “Problemática constitucional de las leyes penales en blanco”. En: *Maestría de Derecho Penal UCP*. Materiales de enseñanza, p. 12 y ss.



**a) Posiciones en contra de la ley penal en blanco**

Una primera posición (dentro de la que destacan Boix Reig, Cobo del Rosal y Vives Antón) establece que la técnica de la ley penal en blanco no puede ser utilizada en la medida que constituye una vulneración del principio de legalidad, toda vez que se atentaría contra el principio de reserva de ley al dejar al Poder Ejecutivo que regule los supuestos de hecho de la norma penal. Al respecto, se advierte que la crítica de este sector atiende en puridad a la garantía de *lex scripta* y no a la de *lex certa*; asimismo, la garantía de *lex scripta* o reserva de ley formal en realidad no se vería infringida por la ley penal en blanco debido a que la determinación de la sanción penal corresponde de manera exclusiva al legislador penal (delegando más bien la precisión del supuesto de hecho a la norma reglamentaria). Sin embargo, cabe exceptuar de dicha afirmación a la denominada ley penal en blanco al revés (en donde la Administración es quien fija la sanción aplicable al sujeto), la cual sí vulneraría el principio de legalidad, por lo que sería inconstitucional.

**b) Posiciones a favor de la ley penal en blanco**

Otro sector de la doctrina (dentro del que destacan Rodríguez Ramos y Terradillos Basocco) manifiesta que, por el contrario, la ley penal en blanco no implica infringir en modo alguno el principio de legalidad, en especial en su dimensión de *lex certa*. En ese sentido, señalan que la técnica de reenvío resulta esencial para regular determinadas materias que por su complejidad técnica requieren de la participación de la Administración para su protección (como por ejemplo, sería la protección del medio ambiente) y que no podrían ser amparadas por la norma penal común. Asimismo, afirman que la delegación a la norma administrativa permite configurar de manera más precisa los contornos de lo prohibido, asegurando de esta manera la vigencia del mandato de determinación.

Ante ello, cabe afirmar que la expansión del Derecho Penal implicó la aparición de nuevos ámbitos de protección ante la exigencia de seguridad por parte de la población, lo que sin duda involucró que el Derecho Penal tuviese que entrar a tallar en zonas donde anteriormente no tenía presencia<sup>34</sup>. Sin embargo, en muchos de estos ámbitos las relaciones que confluyen entre los sujetos se desarrollan sobre la base de diversas disposiciones públicas y/o privadas, lo que le añade un ingrediente de complejidad y tecnicismo a

34 Para un mayor análisis respecto al fenómeno de la expansión del Derecho Penal: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal*. Civitas, Madrid, 2001.

dichas interacciones, las cuales requieren muchas veces de la vigilancia de un ente especializado en el conocimiento de dicho ámbito para el desarrollo de este (a modo de ejemplo es preciso señalar las relaciones de competencia que se desenvuelven entre los distintos actores del mercado, incluidos los consumidores, y que cuenta con la vigilancia atenta del Indecopi). En ese sentido, la labor del juez penal debe contar con la colaboración de dichas entidades para poder lograr una eficiente administración de justicia, para satisfacción de la ciudadanía. Sin embargo, respecto del segundo argumento consideramos que la pretendida delimitación de lo prohibido que otorgaría la norma de complemento no es tal, por cuanto la facilidad con la cual pueden variar dichas normas a lo largo del tiempo (justificado desde el punto de vista de la dinámica en la que se desenvuelve el sector económico) permitiría inclusive un cambio de valoración respecto del supuesto de hecho que vendrá a complementar la norma penal (en directa relación con la garantía de *lex praevia*). Por lo tanto, concordamos parcialmente con lo planteado por este sector de la doctrina.

**c) Posiciones intermedias respecto a la viabilidad de la ley penal en blanco**

Por otro lado, otro sector de la doctrina (entre los que se encuentra Cerezo Mir, Muñoz Conde y Zugaldía Espinar) considera más bien que la utilización de la ley penal en blanco, si bien es cierto que puede presentar diversos riesgos para el principio de legalidad, debe corresponder a casos excepcionales, en razón de necesidades técnicas y político-criminales justificadas. Ello involucra que la ley penal en blanco deba ser sometida a determinadas exigencias para su aprobación, las cuales, de manera general, se resumirían en lo siguiente: la norma penal debe contener el núcleo de prohibición del injusto (esto es, la definición de la conducta prohibida por el ordenamiento jurídico), mientras que la norma de complemento se encargaría de establecer los aspectos de detalle únicamente, sin arrogarse la competencia designada por la Constitución al legislador.

Dentro de esta posición intermedia interesa destacar aquella esgrimida por Cury Urzúa<sup>35</sup>, dada la extensa investigación realizada sobre el tema en cuestión. Para dicho autor, es preciso establecer que la exigencia derivada del mandato de determinación no implica, en modo alguno, que la norma jurídica prevea de manera detallada la conducta pasible de sanción (toda vez que, tal como se mencionara anteriormente, la norma jurídica en sí misma presenta un grado de imprecisión), sino que basta con que la norma cumpla

35 CURY URZÚA, Enrique. *La ley penal en blanco*. Temis, Bogotá, 1988, pp. 68-83.

con una función de advertencia al ciudadano para que se entienda cumplido el mandato de determinación. Ello lleva a afirmar al autor lo siguiente:

“a) No integra la descripción de la conducta lo que tampoco forma parte del tipo”. En consecuencia, aquellas situaciones objetivas que escapan de la voluntad del autor del delito (las cuales pueden preexistir a dicha v) pueden ser delegadas a la norma administrativa para su complementación. En ese sentido, las condiciones objetivas de punibilidad, las excusas legales absolutorias, así como los obstáculos procesales pueden ser remitidos a normas de carácter extrapenal.

b) Las circunstancias (entendidas como aquellos estados o situaciones, calidades o situaciones que poluntad o subsistir de cometido el hecho-reexisten o coexisten con la realización de la conducta y cuya concurrencia es requisito para la tipicidad de esta), si bien implican que la voluntad las tome en cuenta al momento de la comisión del injusto, son situaciones que escapaban a la capacidad de la determinación del sujeto y que se acoplan a la voluntad porque “actúan a pesar de ella” (por ejemplo, los delitos contra la Administración Pública, la calidad de funcionario público), por lo que podrían ser delegadas a la norma reglamentaria. Así también, pueden ser delegadas las modalidades del hecho (que son aquellas especificaciones que determinan la forma de ejecución de la acción u omisión exigida por el tipo correspondiente).

c) Los resultados del hecho típico (entendemos que se refiere a la característica de si el delito es de mera actividad o es uno que exige un resultado) también pueden ser delegados para su concreción en la norma administrativa. Sin embargo, de acuerdo con el autor, si es que el propio tipo penal, de acuerdo con su estructura, implica la realización de un resultado, ello conllevará la prohibición de la norma complementaria en establecer nuevas especificaciones que intenten prescindir de este.

d) La determinación del dolo o la culpa para la realización del injusto competen de manera exclusiva a la ley penal en blanco. Ello determina, a su vez, que si la ley en blanco no establece modalidad alguna, se presumirá que se sanciona únicamente la realización dolosa del hecho, sin que la norma complementaria en modo alguno pueda incluir la tipificación de la conducta culposa. Asimismo, la ley penal en blanco se encargará de regular de manera exclusiva los elementos subjetivos del injusto, sin que la norma complementaria pueda arrogarse dicha competencia”.

De todo ello el autor concluye que la ley penal en blanco puede resultar acorde con las exigencias derivadas del principio de legalidad, en la medida que “(...) la ley en blanco tiene que describir la acción u omisión de tal manera que ella, por sí misma, esté en condiciones de cumplir con la función de un tipo de garantía y, además, de informar sobre la naturaleza del bien jurídico que este tipo, una vez completo, esté destinado a proteger”<sup>36</sup>. Para ejemplificar dicha aseveración, analiza el artículo 322 del Código Penal chileno, el cual establece que: “[E] que exhumare o trasladare los restos humanos con infracción de los reglamentos y demás disposiciones, sufrirá una pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis meses a diez sueldos vitales”. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la supresión en la norma del elemento de reenvío todavía determina una norma con sentido claro e ininteligible (la prohibición que debería internalizar el sujeto a su conducta se refiere a la exhumación, sin lugar a duda), por lo que cumpliría con el principio de legalidad cuestionado.

Asimismo, dentro de este grupo intermedio se encuentra la jurisprudencia comparada respecto del asunto materia de investigación. En primer lugar, es preciso manifestar que el Tribunal Constitucional español, en la sentencia N° 127/1990 señaló la posibilidad de utilizar la norma penal en blanco cuando el reenvío normativo esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal. Asimismo, es necesario que el reenvío normativo sea expreso, que la propia ley penal sea quien señale la pena expresa y que:

“(...) Contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, o como señala la citada Sentencia 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esa forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”.

En ese sentido, lo que ha señalado el Alto Tribunal español en la precitada sentencia es que las normas complementarias se encarguen de regular aspectos accidentales y accesorios de la conducta típica, mientras que la norma penal se encargaría de establecer el núcleo esencial de la conducta prohibida (*teoría de la esencialidad*). Ello dista de lo señalado por los tribunales alemanes ante la misma problemática, quienes más bien consideran que la ley penal en blanco por sí misma debe determinar la conducta

36 Ibidem, p. 76.

prohibida, mientras que las normas de complemento se encargarían de concretar los criterios de decisión que ya están establecidos en la ley penal (*teoría de la concreción*)<sup>37</sup>.

De todo lo expuesto podemos afirmar que, tanto el sector mayoritario de la doctrina así como la jurisprudencia existente sobre el tema consideran que la ley penal en blanco puede ser utilizada sin que ello suponga vulnerar alguna dimensión del principio de legalidad (en especial la dimensión de *lex certa*), toda vez que existe una suerte de “reparto de competencias” entre lo que debe regular la ley (es decir, el núcleo de prohibición) y lo que debe ser competencia de la norma administrativa (para algunos únicamente corresponde regular aspectos accidentales, mientras para otros debe especificar lo ya establecido por la norma penal).

### 3.2. Casos sobre *lex certa*

Finalmente, debe señalarse que nuestro Máximo Intérprete de la Constitución se ha pronunciado sobre la compatibilidad entre los tipos penales abiertos y el principio de legalidad en su dimensión de *lex certa* en la mencionada Sentencia N° 010-2002-AI/TC, dentro del análisis del tipo penal de terrorismo previsto en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, señalando que dicha técnica legislativa es factible siempre y cuando se pueda prever dentro de la misma norma penal el ámbito de lo injusto a partir de criterios lógicos. Así:

“49. En esta perspectiva, el Derecho Penal admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación”.

Sin embargo, no existe pronunciamiento alguno referido a las leyes penales en blanco, con lo cual dicho tema aún sigue en debate dentro de nuestra jurisprudencia.

Asimismo, tal como se ha señalado anteriormente, los principios que informan al Derecho Penal también son de aplicación dentro del ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, con lo cual la garantía de *lex certa* también debe ser exigida dentro de la tipificación de infracciones administrativas. Lamentablemente, dentro del Derecho Administrativo existe una equivocada concepción

37 GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico. Parte general*. Segunda edición, Grijley, Lima, 2007, pp. 156-158.

de lo que se entiende como el ejercicio de la potestad sancionadora, toda vez que es común la utilización de fórmulas generales y ambiguas al momento de establecer infracciones.

En dicha línea se encuentran los hechos analizados en la STC Exp. N° 2050-2002-AA/TC (caso Carlos Ramos Colque), en la cual el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad en el caso concreto de la sanción denominada “arresto de rigor”, prevista en el artículo 95 del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-97-IN por vulnerar el principio de legalidad, toda vez que los supuestos que habilitarían la imposición del arresto de rigor no han sido previstos en la ley respectiva (Decreto Legislativo N° 745, Ley de Situación Policial del Personal de la Policía Nacional del Perú), sino únicamente en el reglamento mencionado. Cabe señalar que el Tribunal realiza una importante distinción entre lo que constituye el principio de legalidad (que garantiza que las infracciones y sanciones estén previstas por ley) y el principio de tipicidad (que garantiza la precisión de las conductas que la ley considera como faltas), de lo cual afirma que en realidad no existe problema alguno en que la norma reglamentaria pueda complementar las conductas consideradas ilícitas por el ordenamiento administrativo; sin embargo, *es requisito previo que dicha falta tenga su origen en una norma de rango legal*. Consideramos interesante este pronunciamiento, toda vez que si bien no existen pronunciamientos que se refieran a *la ley penal en blanco*, el fallo bajo análisis establece la posición del Máximo Intérprete de la Constitución respecto a la función de las normas reglamentarias dentro de la tipificación de conductas, en el sentido de considerar la posibilidad de que las normas reglamentarias puedan complementar el ámbito de lo injusto previsto en la norma de rango legal, con lo cual podría resultar avalada de manera implícita la utilización de la técnica de la ley penal en blanco desde un punto de vista constitucional.

Asimismo, en la STC Exp. N° 2192-2004-AA/TC (caso Gonzalo Costa Gómez y otra), el Tribunal Constitucional también declaró inconstitucional la sanción de destitución impuesta contra los recurrentes sobre la base de los incisos a) y d) del artículo 28 del Decreto Legislativo N° 276, los cuales señalan que: “(...) son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo: a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento; y d) la negligencia en el desempeño de las funciones”. A criterio del Colegiado Supremo, las disposiciones citadas son cláusulas de remisión que requieren de parte de la administración municipal el desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de la infracción, lo que no sucedió

en el caso en concreto, por lo que se han aplicado sanciones genéricas e indeterminadas, vulnerando por ende el principio de legalidad en su dimensión de *lex certa*.

Sin embargo, dichos pronunciamientos quedan seriamente opacados con el fallo expedido en el Exp. N° 2250-2007-AA/TC (caso José Silva Vallejo). En dicha sentencia el recurrente cuestionaba la sanción de destitución impuesta por parte del Consejo Nacional de la Magistratura de su cargo de vocal supremo de la República, toda vez que las normas que sustentaban su destitución no incluían la conducta cometida por el recurrente (referida a la comunicación con una de las partes de un proceso de filiación). Asimismo, el CNM habría sustentado su sanción esencialmente en el artículo 31.2 de la Ley N° 26397, que establece que procede aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema por la comisión de un hecho grave que, sin ser delito o infracción constitucional, compromete la dignidad del cargo y lo desmerezca en el concepto público; además de apoyarse de diversas normas previstas en el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 184 inciso 6, 196 inciso 4 y 201, inciso 1).

Sin duda alguna, dicho pronunciamiento contraviene directamente la línea jurisprudencial seguida, en tanto avala la vulneración del principio de legalidad en su dimensión de *lex certa* por parte del CNM. Sin lugar a duda, la norma que permite la destitución de los vocales supremos por parte del CNM resulta a todas luces genérica y, por ende, lesiva de la garantía de *lex certa*. Por otra parte, las normas previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial no constituyen infracciones tipificadas como tales, sino que hacen referencia a los deberes, prohibiciones e incompatibilidades que tienen los magistrados en el ejercicio de la función, sin que exista siquiera una remisión expresa hacia otra norma que establezca sanción alguna, con lo cual resulta sorprendente cómo el Tribunal Constitucional trata de justificar la postura del CNM al establecer la conducta presuntamente ilícita que habría cometido el recurrente, atribuyéndose competencias de juez ordinario y no de contralor de la Constitución. Por último, resulta sorprendente que en el párrafo 33 de la sentencia en mención el Tribunal Constitucional establezca que el CNM tenga un “mayor campo de actuación” para analizar los casos derivados de la actuación de un vocal supremo en el ejercicio de su cargo, lo que finalmente se traduciría en una mayor posibilidad de que el CNM pueda realizar imputaciones genéricas en caso de que se trate de la destitución de vocales supremos, atentando no solo contra el principio de legalidad mencionado, sino también en contra del principio de igualdad.

Finalmente, sobre los casos jurisprudenciales referidos a la dimensión *lex certa* del principio de legalidad, sin duda alguna mención aparte la constituye

el pronunciamiento expedido en la STC Exp. N° 6431-2007-AA/TC (caso Espinoza Márquez). En este caso, el demandante alegaba que fue sancionado y expulsado de manera indebida de la Empresa de Transportes Servicios Generales Línea Roja S.A.C, en la que tenía la condición de socio, señalando esencialmente que fue notificado mediante memorándums de la comisión de faltas inexistentes (toda vez que ni siquiera existía un reglamento interno que las estableciera); a su turno, la empresa emplazada negó los cargos del demandante, señalando que viene cumpliendo sus labores de manera normal y que si bien existe un acuerdo de expulsión en su contra, adoptado por la Asamblea General, este aún no habría sido ejecutado, por lo que no existía afectación a los derechos del recurrente.

Ante ello, el Máximo Intérprete de la Constitución estableció, de manera enfática, que la imposición de faltas y sanciones dentro de sociedades privadas que no hayan sido previstas de manera previa en un instrumento normativo interno, también atenta contra el principio de legalidad. Así:

“(…) 7. De la lectura del acta de la Asamblea se advierte que en ningún extremo de la misma se invoca o se fundamenta la decisión de “expulsión”, en disposición o norma alguna contenida en una Ley o en el Estatuto donde se tenga previsto un supuesto de restricción de los derechos de los accionistas, tal como la adoptada contra el recurrente. No hay, en tal sentido, previsión normativa alguna que contemple y que pueda sustentar la restricción de los derechos de asociación del recurrente con la expulsión; o, al menos, la demandada no ha demostrado la existencia de previsión alguna de tal naturaleza. En su “Reglamento Interno”; fojas 16 a 25 de autos, respecto al acto de falta de respeto al dirigente o socio, que se menciona como motivo de las sanciones de suspensión previas sobre el recurrente, se prevé la sanción de suspensión (con diversos plazos) y si tal acto se da por tercera vez el caso deberá ser tratado “en forma especial en Asamblea General” (art. F, apartados a, b y c). Como se aprecia, no se prevé la sanción de expulsión. Asimismo, el referido Estatuto, respecto a los actos de incumplimiento de los acuerdos de la Asamblea, se prevé la sanción de multa, amonestación o suspensión (art. D, apartados a y b).

8. De modo contrario al principio de legalidad, se advierte que en la Asamblea donde se adopta la decisión de expulsión del recurrente, las intervenciones de los otros socios, expresadas en la Asamblea, solo se menciona que el recurrente desconoció e incumplió en reiteradas veces lo establecido en el estatuto de la asociación, respecto a las sanciones de suspensión que le fueron impuestas; asimismo, que incumplió con entregar el libro de actas de la asociación, mas no la invocación de una norma que tipifique la sanción



de expulsión cuestionada por el recurrente, de modo que en ella pueda esa sanción hallar cobertura legal, más aún si durante la votación queda a criterio de los asistentes a la Asamblea determinar el tipo de sanción a imponerse, debiendo elegir, tal como consta en autos (Cfr. fojas 62 del expediente principal) entre dos opciones, siendo estas: “la expulsión del recurrente de la empresa por indisciplina y rebeldía”, o “si se queda en la empresa y su posterior castigo”. En este sentido, la sola decisión de la mayoría no es por sí misma justificante de la restricción de los derechos de los recurrentes, ya que la misma regla de mayoría, como manifestación de un colectivo, halla una valla insuperable en los derechos fundamentales en general y, en el derecho al debido proceso, en particular. En consecuencia, dado la ausencia de previsión, la actuación cuestionada ha infringido el principio de legalidad y, por lo tanto, ha ocasionado una lesión del derecho al debido proceso”.

Como se aprecia, el principio de legalidad en materia penal o sancionatoria no solo despliega sus efectos en el marco del Derecho Público, esto es, de aquellas relaciones jurídicas en las cuales intervenga el Estado, y en el que este se encuentre investido, además, del *ius puniendi* (como lo es en el ámbito del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador); sino que el principio de legalidad, en la medida que constituye una de las bases sobre las cuales se edifica nuestro actual Estado Constitucional de Derecho, también tiene vigencia efectiva en las relaciones entre particulares, en las que exista la posibilidad de restringir derechos fundamentales. De esta forma, la aplicación del principio de legalidad en este tipo de escenarios permite garantizar una tutela reforzada a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

#### **4. Principio de legalidad: *lex praevia***

##### **4.1. Concepto y alcances**

Tal como se vio anteriormente, una de las garantías que se derivan del principio de legalidad mencionado es aquella que establece la irretroactividad de la ley penal o *lex praevia*. Cabe señalar que la garantía de irretroactividad, en realidad, constituye un atributo que no resulta ser privativo de la norma penal, sino que es aplicable a todas las normas del ordenamiento jurídico peruano, tal como se advierte del contenido del artículo 103 de la Norma Fundamental, que señala lo siguiente:

“Artículo 103. Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las*

*relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad” (el resaltado es nuestro).*

De la norma glosada podemos advertir que, en efecto, por mandato de la Constitución, el régimen general de las normas jurídicas es que presentan una aplicación inmediata, por lo que no pueden aplicarse a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia; sin embargo, a continuación la norma mencionada establece también que dicho mandato no es aplicable cuando, en el caso de la norma penal, se consagre una situación más favorable para el reo. En consecuencia, a partir de dicha premisa podemos colegir lo siguiente: en materia penal, *el régimen general* lo constituye la prohibición de la aplicación retroactiva de la norma penal (*principio de irretroactividad de la norma penal*), mientras que *la excepción* a dicho régimen lo constituye la aplicación retroactiva de la norma penal, siempre y cuando establezca una situación más favorable al reo (*principio de retroactividad benigna de la norma penal*). Asimismo, cabe señalar que, por mandato expreso de la propia Constitución vigente, únicamente es posible hablar de retroactividad normativa en materia penal, y no en otras áreas del ordenamiento jurídico<sup>38</sup>.

Ahora bien, el fundamento del principio de retroactividad benigna de la ley penal ha sido señalado por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos (Cfr. STC. Exp. N° 1043-2007-HC/TC, caso Arellano Echeandía, Exp. N° 2284-2007-HC/TC, caso Linares Torres, Exp. N° 5775-2007-HC/TC, caso Gómez Barreto, entre otros), y se sustenta esencialmente en dos aspectos: a) en razones político-criminales, en la medida que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito o cuya pena ha sido disminuida; y, b) en virtud del principio de humanidad de las penas, el cual se fundamenta en la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución). Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por la STC Exp. N° 00019-2005-AI/TC, el principio en mención presenta límites, toda vez que no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado, ya que de ser así cualquier disposición normativa, inclusive aquellas expedidas con infracción de la Constitución, podrían ser aplicadas con tal de obtener la liberación o la mejora de condiciones del reo, lo cual resulta incompatible con los fundamentos de un Estado Democrático de Derecho. En tal sentido:

38 A diferencia de la Constitución de 1979, que en su artículo 187 establecía que el principio de retroactividad benigna de las normas era aplicable tanto a materia penal, laboral como tributaria.

“La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación” (fundamento 52).

De todo ello es posible concluir que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución, el régimen general aplicable a las normas del ordenamiento jurídico peruano es el de su *aplicación inmediata* y, por ende, la *prohibición* de su aplicación retroactiva a hechos acontecidos con anterioridad a su entrada en vigencia. Sin embargo, *únicamente* en materia penal es posible realizar una aplicación retroactiva de la norma, siempre y cuando establezca un régimen más favorable para el reo. En tal sentido, a modo de ejemplo, cabe señalar en lo que se refiere al principio de irretroactividad de la ley penal que en la STC Exp. N° 8264-2006-HC/TC (caso Jorge Isidro Murga), el demandante había sido condenado por el tipo penal previsto en el artículo 296-A del Código Penal referido al tipo penal de siembra de marihuana (que fue introducido a dicho cuerpo normativo mediante Ley N° 28002 el 17 de junio de 2003), a pesar de que los hechos por los cuales fue procesado acaecieron el 25 de mayo de 2003, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma penal imputada. Sin duda alguna, en dicho caso se vulneró el principio de irretroactividad de la ley penal, lo que ameritó que el Máximo Intérprete de la Constitución declarara fundada la demanda.

Por otro lado, un caso especial lo constituye la decisión emitida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 3132-2009-HC/TC (caso Alfredo Luna Briceño). En este caso, el demandante alegó que era juzgado por el delito de aprovechamiento indebido del cargo en agravio de la Municipalidad de Lima, previsto en el artículo 399 del Código Penal, a pesar que cuando ocurrieron los hechos materia de investigación, dicho tipo penal no se encontraba vigente, por lo que se trataría de una aplicación retroactiva maligna de la norma penal. Sin embargo, luego de un análisis de los hechos, el Supremo Intérprete de la Constitución se pronunció por declarar infundada la demanda, al considerar que, si bien el tipo penal por el cual se encontraba siendo juzgado el recurrente no se encontraba vigente al momento de cometerse el hecho, la conducta en la que habría incurrido el sujeto ya se encontraba regulada como delito en el artículo 397 del Código Penal. En otros términos, en el presente caso no se había producido una aplicación retroactiva maligna del artículo 399 del Código Penal, sino que el sujeto había cometido un hecho delictivo sancionado por el artículo 397, y posteriormente se le adecuó el tipo penal al establecido en el artículo 399 de la referida norma penal sustantiva. En tal sentido, lo que se produjo en puridad fue

la adecuación del tipo penal, lo que resulta válido en términos constitucionales siempre y cuando se garantice al inculpado la posibilidad de ejercer su defensa ante la nueva imputación realizada.

#### **4.2. ¿Sobre qué tipo de normas se aplica el principio de retroactividad benigna de la ley penal?**

Ahora bien, si bien es posible afirmar a partir de todo lo expuesto que en materia penal el régimen general es de la irretroactividad de la norma penal, pero que también es posible la aplicación retroactiva de la norma penal cuando establezca un régimen más beneficioso para el reo, la pregunta que a continuación surge es la siguiente ¿sobre qué tipo de normas penales es posible aplicar el principio de retroactividad benigna (es decir, sobre normas sustantivas, procesales, penitenciarias o sobre todas ellas)? Sin duda alguna, dicha interrogante resulta de vital importancia por cuanto nos permitirá definir de manera concreta los alcances del principio en mención, ya que del texto de la Norma Fundamental no es posible advertir con precisión a qué tipo de normas se refiere, o si hace alusión a todas las normas de carácter penal.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha emitido diversos pronunciamientos en los cuales ha tratado de absolver la pregunta formulada líneas atrás. En ese sentido, el Máximo Intérprete de la Constitución, en la STC Exp. N° 1300-2002-HC/TC (caso Eyzaguirre Maguiña) ha señalado lo siguiente:

“(...) 7. En cuanto a la aplicación de normas en el tiempo, la regla general es su aplicación inmediata. Determinados hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes, se regulan por la norma vigente durante su verificación. 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 Procesal, el acto procesal está regulado por la norma vigente al momento en que este se realiza.

8. La aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se les aplica una norma que entró en vigencia después que estos se produjeron. Nuestro ordenamiento prohíbe la aplicación retroactiva de las normas. Como excepción a la regla se permite la aplicación retroactiva en materia penal, cuando favorece al reo. Así, el artículo 103 de la Constitución dispone que ‘[n]inguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo’. Esta excepción es aplicable a las normas del Derecho Penal material, por ejemplo, en caso de que, posteriormente a la comisión del delito, entre en vigencia

una norma que establezca una pena más leve. El artículo 6 del Código Penal prescribe que se aplicará la norma vigente al momento de la comisión del delito y, en caso de conflicto de normas penales en el tiempo, se aplicará la más favorable.

9. En el Derecho Procesal, como antes se ha señalado, rige también la aplicación inmediata de normas en tanto el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo. Está prohibida la aplicación retroactiva de normas no solo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que estos se producen”.

En consecuencia, a partir de dicho pronunciamiento es posible afirmar que el principio de retroactividad benigna de la norma penal solo es aplicable para el caso de las normas sustantivas, mientras que para el caso de las normas procesales la regla es la aplicación inmediata de estas. Posteriormente, en la STC Exp. N° 2196-2002-HC/TC (caso Saldaña Saldaña) y en la STC Exp. N° 1593-2003-HC/TC (caso Llajaruna Sare), se confirmó el fallo anteriormente emitido, en el sentido de que: a) para el caso de las normas sustantivas la regla general es la aplicación inmediata de la norma (*tempus delicti comissi*) y la excepción es la aplicación retroactiva de la norma penal más favorable; b) para el caso de las normas procesales, la regla es la aplicación inmediata de la norma (*tempus regit actum*); y, c) para el caso de las normas de ejecución penal, la regla es la aplicación de la norma vigente al momento de solicitar el beneficio penitenciario (*tempus regit actum moderado*).

Por consiguiente, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional es posible afirmar que el principio de retroactividad benigna en materia penal es aplicable únicamente en los casos de normas penales sustantivas, mientras que en las normas de carácter procesal y penitenciario no rige la regla en mención. Consideramos que dicha opción en esos últimos casos se justifica en la medida en que busca garantizar el principio de seguridad jurídica al interior del proceso penal, así como en el momento de concesión de beneficios penitenciarios, toda vez que las normas de carácter procesal y procedimental tienen como finalidad esencial la correcta aplicación de la norma sustantiva.

#### **4.3. ¿Retroactividad “maligna” en el caso de delitos de naturaleza permanente?**

Un caso singular lo constituye, sin duda alguna, la STC Exp. N° 2488-2002-HC/TC (caso Genaro Villegas Namuche). Sin perjuicio de los temas relevantes abordados en dicho fallo, nos interesa a efectos del presente trabajo

resaltar el pronunciamiento del Tribunal en lo que se refiere a la aplicación del delito de desaparición forzada en nuestro ordenamiento jurídico. Así, en el fundamento 26 de la sentencia en mención el Máximo Intérprete de la Constitución ha señalado lo siguiente:

“26. Finalmente, si bien cuando se produjo la presunta detención de Genaro Villegas Namuche no se encontraba vigente en nuestro Código Penal el delito de desaparición forzada, ello no constituye impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal y se sancione a los responsables, por los delitos concurrentes en los hechos.

En todo caso, si bien el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2.24.d de la Constitución, incluye entre sus garantías la de la *lex praevia*, según la cual la norma prohibitiva deberá ser anterior al hecho delictivo, en el caso de delitos de naturaleza permanente, la ley penal aplicable no necesariamente será la que estuvo vigente cuando se ejecutó el delito.

La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.

Tal es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

En primer lugar, una unidad de delito (o delito permanente) tiene lugar en el caso de los delitos cuyo resultado lesivo permanece en el tiempo según la voluntad del autor<sup>39</sup>. Un típico ejemplo lo constituye el delito de secuestro previsto en el artículo 152 del Código Penal, toda vez que la situación antijurídica consistente en la privación de la libertad, se sostiene en el tiempo debido a la voluntad del autor.

Ahora bien, dicho esto, es necesario analizar el fallo del Máximo Intérprete de la Constitución. Según la sentencia, la aplicación de las normas penales a situaciones anteriores, inclusive, a la entrada en vigencia de la misma norma

---

39 GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2008, p. 659.

penal es constitucional en el caso de delitos de naturaleza permanente, toda vez que a la entrada en vigencia de la norma penal aún se sostiene la situación anti-jurídica para la víctima.

Sin embargo, dicho criterio no resulta coherente con los fundamentos expresados anteriormente. Nos explicamos: si bien la aplicación de la norma sustantiva se rige por el principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables, y a su vez se establece que la norma tiene aplicación inmediata desde su entrada en vigencia, entonces no parece posible que el delito de desaparición forzada pueda ser aplicado a hechos anteriores a su entrada en vigencia, toda vez que se incurriría en una vulneración del principio de irretroactividad de las normas penales.

En realidad, somos de la opinión que era factible realizar una mayor argumentación al respecto. Y es que, en efecto, es posible aplicar una norma penal a un hecho antijurídico que se sostiene en el tiempo, o en otros términos, tiene la naturaleza de permanente, dado que la conducta antijurídica se sigue dando en el transcurso del tiempo y sus efectos pueden coincidir con la entrada en vigencia de la norma penal, con lo cual no habría problema alguno en la aplicación de esta, dado que se estaría en estricto a una situación de aplicación inmediata. Sin embargo, aún continúa la interrogante respecto al periodo en la cual no se encontraba en vigencia la norma penal, dado que esos hechos no podrían ser subsumidos en la norma penal. En suma, esta interrogante, en la medida que no ha sido abordada por nuestro Tribunal Constitucional, aún continúa sin respuesta alguna.

Recientemente el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera similar en la sentencia recaída en el Exp. N° 2666-2010-HC/TC (caso Juan Carlos Mejía León). En este caso, el recurrente, quien había sido condenado por el delito de desaparición forzada en agravio de Ernesto Castillo Páez (Exp. N° 111-04) cuestionó, entre otras cosas, que el delito de desaparición forzada por el cual fue condenado no se encontraba vigente al momento en que se cometieron presuntamente los hechos delictivos. En respuesta a ello, el Supremo Intérprete de la Constitución, reiterando el criterio expuesto en el caso Villegas Namuche, declaró infundada dicha pretensión, al considerar que el delito de desaparición forzada tiene la naturaleza de un delito permanente, por lo cual sus efectos aún se producen en el tiempo y, por ende, abarcan el lapso de tiempo desde que el tipo penal de desaparición forzada ya se encontraba vigente. Sin embargo, aún no ha sido esclarecido jurídicamente cuáles son los efectos que se desprenden del lapso de tiempo en el que todavía no había sido introducido el tipo penal de desaparición forzada a nuestro ordenamiento jurídico. Sin duda, se ha desaprovechado una valiosa oportunidad para aclarar este punto.

#### **4.4. Los delitos de lesa humanidad y el principio de legalidad penal**

Un punto controvertido dentro del tema referido al principio de legalidad lo constituye, sin duda alguna, el referido a la aplicación de los delitos de lesa humanidad a hechos anteriores a su adopción, no solo a nivel internacional a través de instrumentos internacionales, sino también a nivel interno con la incorporación de los delitos de lesa humanidad dentro de nuestro Código Penal. Evidentemente, este es un tema que excede en gran medida el contenido del presente trabajo, pero que resulta necesario mencionarlo en la medida que constituye un tema actual, dada la gran cantidad de investigaciones y procesos penales por delitos de lesa humanidad que se vienen llevando a cabo por hechos acaecidos en la nefasta época de la violencia política que vivió nuestro país. En tal medida, solo nos limitaremos a comentar el pronunciamiento expedido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 218-2009-HC/TC (caso Roberto Contreras), con cargo a profundizar en el tema en un próximo trabajo.

En referido caso, el demandante alegó esencialmente que en el proceso penal que se le viene tramitando ante el tercer juzgado penal supraprovincial de Lima, por la presunta comisión del delito de asesinato (Exp. N° 039-2005), habría operado en exceso el plazo de prescripción de la acción penal. Sin embargo, según señala, su solicitud de prescripción fue declarada infundada por la Sala Penal Nacional, que aplicó erróneamente normas aplicables para el delito de genocidio.

Al respecto, el Máximo Intérprete de la Constitución declaró infundada la demanda, señalando que no es posible realizar el cómputo del plazo de prescripción, en la medida que se ha determinado que el aparato estatal desde que ocurrieron los hechos delictivos (1985) buscó por todos los medios posibles obstaculizar la efectiva investigación y sanción de estos, lo que inclusive duró hasta enero de 2002. Al respecto, debe señalarse además que esta actividad obstruccionista se hizo palpable a través de las falsas investigaciones y condenas benignas realizadas ante el fuero militar, así como a través de las tristemente célebres leyes de amnistía, dictadas en la década pasada.

Sin embargo, para efectos del presente trabajo, resulta emblemático el pronunciamiento emitido dentro de la mencionada sentencia, a manera de colofón:

“19. (...) Ahora bien, cualquiera que sea la opción interpretativa que se tome, esto es, considerar la imprescriptibilidad de los delitos que se imputan, o bien la aplicabilidad de las normas de prescripción a partir de enero



de 2002, a la fecha, la acción penal se encuentra todavía vigente, por lo que la demanda debe ser desestimada”.

Del texto citado fluye lo siguiente: el Tribunal Constitucional tuvo mucho cuidado en pronunciarse sobre si los hechos cuales venía siendo investigado el recurrente del hábeas corpus constituían un delito común (asesinato, art. 108 CP) o si, por el contrario, estos hechos calificaban más bien como un delito de lesa humanidad (genocidio, art. 319 CP). Sin duda alguna, esta calificación resultaba relevante toda vez que tienen un tratamiento distinto, siendo lo más característico de los delitos de lesa humanidad la regla de la imprescriptibilidad (esto es, siempre va a existir la posibilidad de que sean juzgados, sin ningún límite temporal). Asimismo, cabe señalar que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, en principio, constituía una norma consuetudinaria de Derecho Internacional, y que, posteriormente, ha adquirido reconocimiento expreso a través de: a) El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (vigente para el Estado peruano desde el día 1 de julio de 2002); b) La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (vigente para nuestro país desde el 9 de noviembre de 2003).

En consecuencia, como hemos apreciado, el Tribunal Constitucional de manera intencional evitó pronunciarse sobre la naturaleza del delito por el cual se encontraba siendo investigado el recurrente, quizás por evitar generar polémica en el presente caso. Sin embargo, la polémica sí se llegó a generar en los diversos fundamentos de voto y votos singulares expuestos en la sentencia y que se exponen a continuación:

**a) Voto singular del magistrado Vergara Gotelli**

El referido magistrado es de la opinión que el criterio referido a la imprescriptibilidad de los delitos calificados como de “lesa humanidad” solo tiene aplicación desde la fecha de entrada en vigencia de los diversos instrumentos internacionales sobre delitos de lesa humanidad (que como se mencionó son dos: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad). En tal sentido, no es dable aquella interpretación que permite la aplicación de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, dado que ello atentaría directamente contra el principio de legalidad y, en concreto, con el principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable, recogida a nivel internacional en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como en la Convención Americana de Derechos Humanos, y a nivel interno en el artículo 103 de la Norma Fundamental. Asimismo, alega que cuando el Estado peruano ratificó la citada Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y

de Lesa Humanidad, mediante Resolución Legislativa N° 27998, estableció una reserva referida a que las disposiciones de dicho convenio solo serían aplicables a los crímenes calificados de lesa humanidad cometidos con posterioridad a la adhesión a dicho tratado.

De lo expuesto se advierte, entonces, que para el referido magistrado el criterio de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad no puede ser aplicado para el análisis de hechos anteriores a la adopción de dicho criterio en nuestro ordenamiento jurídico (a través de la adhesión a los tratados sobre el tema), porque de lo contrario se estaría atentando contra el principio de legalidad y, en estricto, contra la dimensión de *lex praevia*, pues se pretendería aplicar una norma penal desfavorable de manera retroactiva.

#### **b) Voto singular del magistrado Álvarez Miranda**

De manera contraria, para este magistrado los delitos que califican como “lesa humanidad”, en virtud a los instrumentos internacionales citados que han sido ratificados por nuestro país, serían imprescriptibles, independientemente de la fecha en que acaecieron los hechos. Asimismo, afirma que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad constituye una excepción “extrema” a la figura de la prescripción:

“14. No debe olvidarse que la prescripción es una garantía del acusado, pues un proceso que busca garantizar los derechos humanos no puede convertirse, a su vez, en un instrumento de violación de otros derechos humanos. La prescripción solo debe ser sacrificada en situaciones excepcionales, por cuanto resulta inadmisibles que la persecución de cualquier delito pueda ser efectuada sin límite alguno, haciendo a un lado el derecho a que el proceso penal sea tramitado dentro de un plazo razonable. El sacrificio del principio de la prescripción de la acción penal solo puede entrar en consideración en situaciones excepcionales, y frente a las cuales la imprescriptibilidad aparece como el único recurso para la persecución de delitos de gravedad extrema cometidos por regímenes políticos en forma masiva y sistemática. Su extensión a toda violación de derechos humanos constituye un error que, a largo plazo, destruye el sentido mismo de aquello que se pretende proteger (...).”

En tal sentido, se señala que la imprescriptibilidad solo opera en los casos de delitos que, de acuerdo a los tratados señalados, califican como “de lesa humanidad” y no para otros casos. Como se aprecia, de manera implícita se deduce que en los casos de delitos de lesa humanidad la norma penal puede ser aplicada retroactivamente a hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia, lo que atenta en definitiva contra el principio de legalidad.

De lo expuesto en el presente apartado se advierte que no existe una posición clara y unívoca por parte del Tribunal Constitucional sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y, por ende, sobre la posible limitación del principio de legalidad en este tipo de situaciones. Al respecto, consideramos que la posición esbozada por el magistrado Vergara Gotelli se encuentra mejor sustentada, porque justifica la inaplicación de la imprescriptibilidad a hechos anteriores a su entrada en vigencia dentro de nuestro país por dos razones válidas: a) la vulneración del principio de legalidad en su dimensión de *lex praevia*, el que además se encuentra reconocido no solo en diversos instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, sino también dentro de la propia Constitución; b) la reserva impuesta por el Estado al momento de ratificar la Convención de Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, que fue realizada en virtud a su soberanía. Sin embargo, como se señaló, aún no existe una posición definitiva dentro la justicia constitucional (recuérdese que solo estamos analizando votos singulares y no pronunciamientos de mayoría), por lo que este tema aún se encuentra pendiente de resolver en la agenda del Máximo Intérprete de la Constitución.

## 5. Principio de legalidad: *lex stricta*

Tal como se ha visto anteriormente, el principio de *lex stricta*, recogido en el artículo 139 inciso 9 de la Constitución (“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”) y previsto también en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal (“No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”) prohíbe la aplicación de la analogía en el caso concreto. Respecto a lo que se entiende por analogía, Villavicencio Terreros la define como aquel proceso por el cual son resueltos los casos no previstos por la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes (analogía *legis*)<sup>40</sup>. En otros términos, la analogía implica la aplicación de una consecuencia jurídica a una situación que, si bien no forma parte del supuesto de hecho de la norma, guarda gran similitud con esta.

Dicho esto, es preciso manifestar que la garantía en cuestión, si bien prohíbe la aplicación de la analogía para determinar delitos o faltas y sus respectivas penas en materia penal, a partir de una interpretación a contrario sensu, es posible establecer la posibilidad de aceptar analogías *in bonam partem*, esto es,

40 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal*. Ob. cit., p. 143.

que resulten favorables para los procesados, tanto para eximir o para atenuar penas<sup>41</sup>. Sin embargo, no se establece nada respecto a la *interpretación extensiva* (entendida como aquella actividad mediante la cual se realiza una extensión de los supuestos de hechos previstos en la norma penal); y la *interpretación analógica* (entendida como aquella mediante la cual el legislador otorga al intérprete expresamente la posibilidad de poder realizar analogías, sobre la base de las características introducidas en la ley)<sup>42</sup>.

Con respecto a la interpretación analógica, la STC Exp. N° 010-2002-AI/TC señala lo siguiente:

“71. La analogía como integración normativa está proscrita en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139, inciso 9) Constitución). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (En este sentido, HURTADO POZO. “A propósito de la interpretación de la ley penal”. En: *Derecho* N° 46 PUCP, 1992. p. 89).

Las cláusulas de interpretación analógica no 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 (BACIGALUPO, “El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo”. En: *Actualidad Penal*. N° 38, 2002). Este es precisamente el caso de las cláusulas *sub examine*, por lo que no atentan contra el principio de *lex certa*”.

Al respecto, se puede apreciar que el Máximo Intérprete de la Constitución, dentro del análisis del tipo penal de terrorismo previsto en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, declaró la constitucionalidad de la interpretación analógica, toda vez que es el mismo legislador quien faculta al juez para realizar un proceso analógico con determinadas características; en el caso en cuestión, los términos “medios de comunicación o de transporte de cualquier índole”, así como “cualquier otro bien o servicio”, referidos a los objetos sobre los cuales se realizan los actos delictivos, permiten al juez poder realizar analogías con base en los objetos señalados por el legislador. Asimismo, es preciso señalar que en nuestro Código Penal existe una gran cantidad de normas que permiten la interpretación analógica.

41 GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal*. Ob. cit., p. 123.

42 Es el caso del artículo 395 del Código Penal (delito de corrupción pasiva): El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo, o cualquier otro análogo (...) (el resaltado es nuestro). Ello permitiría al juez aplicar la norma a un caso similar sobre la base de las funciones que le corresponden a los sujetos ya descritos.

Ahora bien, con respecto a la interpretación extensiva, cabe señalar que en la STC Exp. N° 2758-2004-HC/TC (caso Bedoya de Vivanco), el Máximo Intérprete de la Constitución afirmó lo siguiente:

“8. De ahí que solo excepcionalmente quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte 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 constitucional y su sistema material de valores (...)”.

Se puede advertir que el Tribunal Constitucional ha señalado el límite de las interpretaciones que podría realizar el juez, y que, fundamentalmente, van a residir en el tenor literal del texto; en consecuencia, todo aquello que no se encuentre previsto dentro de la literalidad del texto de la norma vulneraría la garantía de *lex stricta* del principio de legalidad, por lo que de manera implícita se está aceptando la posibilidad de poder realizar una interpretación extensiva. Cabe señalar, asimismo, que en el presente caso el recurrente cuestionaba su condena por el delito de peculado a título de cómplice, a pesar de que, según su parecer, no se cumplían los requisitos del tipo penal, fundamentalmente porque Vladimiro Montesinos Torres, el autor del hecho delictivo de peculado (quien habría utilizado los fondos públicos en provecho propio) también se encontraba procesado en otro juzgado por el delito de usurpación de funciones (por haber desempeñado en realidad labores como jefe del SIN, a pesar de tener únicamente el cargo formal de asesor II), lo que era incompatible con la condena impuesta. Sin embargo, el Máximo Intérprete de la Constitución declaró infundada la demanda, considerando que la imputación de Vladimiro Montesinos Torres era factible, dado que sí había realizado de facto el cargo de jefe del SIN, lo que le daba la facilidad para poder controlar el presupuesto de dicha institución.

Por otro lado, un caso interesante lo constituye la STC Exp. N° 965-2004-HC/TC (caso Juan Carlos Herrera Mendoza). En dicho caso, el recurrente solicitaba que se declarase la nulidad del proceso penal seguido en su contra por el delito de violación sexual, en la medida que había sido condenado en virtud del Decreto Legislativo N° 897, el cual había sido declarado inconstitucional conjuntamente con otras normas por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 005-2001-AI/TC, pero sin embargo, los órganos jurisdiccionales ordinarios no declaraban nula su condena, debido a que en virtud de una interpretación errónea de lo dispuesto por la Ley N° 27569 (dictada al amparo de la sentencia en mención), la nulidad únicamente procedía en aquellos casos en los cuales se

había condenado por la justicia militar. Evidentemente, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, y ordenó que al recurrente se le iniciara un nuevo proceso penal en la vía ordinaria.

Sin embargo, el hecho controvertido se configuraba en el hecho de que, si bien la referida Ley N° 27569 había derogado el Decreto Legislativo N° 895 (declarado inconstitucional por el Tribunal), esta última norma a su vez había modificado mediante su quinta disposición final el artículo 29 del Código Penal, el cual establecía el parámetro de duración de la pena privativa de libertad. En otros términos, con la derogatoria del Decreto Legislativo N° 895, también se derogó el parámetro de duración máxima de las penas privativas de libertad, por lo que se generó un vacío normativo.

En atención a ello, el Tribunal Constitucional aplicó, de manera analógica, lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 921 referido a los delitos previstos en el Decreto Ley N° 25475 (dictado al amparo de la STC Exp. N° 010-2002-AI/TC), en lo referente a que el límite máximo de la pena también sería el de cadena perpetua para aquellos delitos del ordenamiento nacional que no tuviesen límite máximo; sin embargo, en aquellos casos de mínima dañosidad o gravedad, el Máximo Intérprete de la Constitución estableció que el límite máximo de la pena era de 35 años. En conclusión, es posible apreciar que, ante vacío normativo generado por la supresión del límite máximo de las penas privativas de la libertad, el Tribunal Constitucional realizó dos operaciones: a) una operación analógica, referida a la aplicación del límite máximo de cadena perpetua previsto en el Decreto Legislativo N° 921 (referido a los delitos de terrorismo previstos en el Decreto Ley N° 25475) a los delitos del ordenamiento nacional que no tuviesen un máximo de penal; y, b) una auténtica actividad legislativa, al establecer que en los delitos de mínima gravedad la pena privativa de libertad no superaría los 35 años de pena. Sin duda alguna, el presente caso nos muestra cómo en determinadas circunstancias el Tribunal Constitucional puede atribuirse competencias que no le son propias, lo cual en definitiva constituye una vulneración del principio de separación de poderes.

## V. Comentarios finales

---

A partir de todo lo expuesto, es visible apreciar en líneas generales un avance en lo que concierne al desarrollo, a nivel jurisprudencial, del principio de legalidad y las garantías que lo componen. Ello a su vez tiene directa repercusión dentro de la labor de creación y aplicación de las normas penales, las cuales cada vez más son compatibles con las dimensiones de *lex certa*, *lex praevia*,

*lex stricta y lex scripta*; lo cual refleja finalmente la consolidación del Estado de Derecho en nuestro país. Sin embargo, consideramos que resulta necesario que el Máximo Intérprete de la Constitución profundice en su actividad pedagógica con respecto a las garantías del principio de legalidad, toda vez que es posible apreciar que aún existen puntos pendientes de evaluación que requieren ser esclarecidos para poder finalmente delimitar el contenido constitucional del principio de legalidad, garantizando un ejercicio de este acorde con los derechos fundamentales.

Asimismo, consideramos que en especial se tiene que realizar un mayor control dentro del ámbito del Derecho Administrativo sancionador, en el que, como se ha podido apreciar, no existe conciencia o no se quiere reconocer la importancia del principio de legalidad dentro del ejercicio de la potestad sancionadora, a pesar de que existe consenso a nivel constitucional que dicha potestad forma parte, al igual que el Derecho Penal, del mismo *ius puniendi* estatal, por lo que les son aplicables las mismas garantías. Como ha quedado sentado en notable jurisprudencia, la Constitución tiene auténtico valor normativo, por lo que no es de recibo que existan zonas normativas exentas de control constitucional, sino todo lo contrario: la Constitución (y las garantías que le son inherentes) despliegan sus efectos a cualquier parte del ordenamiento jurídico, a efectos de garantizar la supremacía de la Constitución, así como el respeto de los derechos fundamentales.

## **Conclusiones**

1. El principio de legalidad, si bien presenta antecedentes que datan desde el siglo XIII (con la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215), no es sino hasta el siglo XVIII (con las revoluciones americana y francesa) en que este presenta un contenido muy similar al actual, imbuido íntegramente de las ideas liberales vigentes en aquella época. Asimismo, el principio de legalidad se erigió no solo como baremo respecto del cual se instaura el Estado de Derecho a través de la dación de normas, de cara a establecer una obligación de ineludible cumplimiento por parte del órgano legislativo al tener que establecer las conductas delictivas de manera clara y previa en la ley como instrumento democrático; sino que también constituyó un límite infranqueable para el órgano jurisdiccional, toda vez que la labor de administrar justicia implica una aplicación directa de la norma jurídica, sin que exista ámbito de interpretación alguno (“el juez es boca de la ley”). Posteriormente, después de la Segunda Guerra Mundial, el principio de legalidad como fundamento del Estado de Derecho se ve reforzado aún más, en la medida que se

permite al órgano jurisdiccional el poder controlar la validez de las normas jurídicas de carácter penal a la luz de la Constitución, por lo que se exige sumo cuidado al momento de realizar la labor legislativa, en estricto respeto del principio en mención. Sin duda alguna, esta es la labor actual de los tribunales y cortes constitucionales del mundo a través de la figura del control concentrado.

2. Si bien existen diversas justificaciones esgrimidas para la aparición del principio de legalidad, consideramos que su fundamento jurídico-político esencial se encuentra dentro de la teoría de separación de poderes elaborada por Montesquieu, en la medida que divide las diversas funciones que corresponde al poder estatal entre diversos entes autónomos y especializados; en esa línea, el Poder Legislativo se encarga de regular las conductas que serán sancionadas posteriormente por el órgano jurisdiccional. Sin embargo, el principio en mención también irradia sus efectos hacia la labor de administrar justicia, en la medida que establece límites a la actividad interpretativa del órgano jurisdiccional.
3. El principio de legalidad en materia penal se encuentra recogido dentro del artículo 2, inciso 24, literal d) de nuestra Constitución, y básicamente garantiza que aquellas conductas prohibidas por nuestro ordenamiento se encuentren previstas de manera previa en una norma jurídica; en ese sentido, se exige que tanto el supuesto de hecho (la conducta prohibida) como la consecuencia jurídica (la pena impuesta) se encuentren establecidas de manera anterior en una ley a la comisión del hecho para que puedan ser sancionadas por el Estado. Por otro lado, del principio de legalidad se derivan diversas garantías, a saber: *lex praevia* (la conducta y la sanción deben de encontrarse establecidas de manera previa a la comisión del hecho); *lex scripta* (los delitos solo pueden establecerse a través de una ley, por lo que se descarta a la costumbre u otra fuente); *lex stricta* (se prohíbe la utilización de la analogía), y; *lex certa* (se exige que la conducta así como la sanción se encuentren claramente señaladas en la norma); al respecto, consideramos que la jurisprudencia constitucional, en líneas generales, aún no se ha pronunciado de manera detallada sobre las garantías del principio de legalidad.
4. En lo que se refiere a la garantía de *lex scripta*, se garantiza la reserva de ley, la cual, de acuerdo con la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se refiere a una ley en sentido material (lo que incluye a los decretos legislativos). No se podría incluir a los decretos de urgencia, dada su coyuntura excepcional, además de que su dación depende de una sola persona, con lo cual podría devenir en arbitrariedad. Asimismo, de manera excepcional, es posible que las comunidades campesinas y nativas, sobre la



base del artículo 149 de la Constitución puedan aplicar sanciones en virtud del derecho consuetudinario, pero teniendo como límite el respeto de los derechos fundamentales. Finalmente, de conformidad con lo prescrito por el artículo 230, inciso 4 de la Ley N° 27444 (LPAG), es posible que los organismos administrativos puedan crear sanciones a través de la vía reglamentaria, lo que resulta una clara vulneración de la garantía de *lex scripta*.

5. En lo que se refiere a la *lex certa*, se garantiza que las sanciones e infracciones se encuentren de manera detallada en la ley. Asimismo, es posible que por la naturaleza del lenguaje pueda existir cierto grado de indeterminación, pero el aspecto problemático resulta ser el límite de dicho grado. Por otro lado, el legislador puede utilizar diversas técnicas para regular normas penales: normas penales incompletas (que únicamente complementan normas penales, por lo que no presenta problema alguno con la garantía de *lex certa*), ley penal en blanco (se remita a otra norma de carácter reglamentario el supuesto de hecho) y tipos abiertos (cuando el juez interpreta un concepto jurídico indeterminado). Respecto a este último, el Tribunal Constitucional aceptó la posibilidad de utilizar tipos abiertos para regular normas penales; sin embargo, no existe un pronunciamiento similar referido a las leyes penales en blanco, la cual, según la doctrina, es constitucional siempre y cuando remita a la norma reglamentaria los supuestos no esenciales del hecho delictivo (teoría de la esencialidad), o solo se dedique a complementar el supuesto de hecho (teoría de la concreción). Por otro lado, existen pronunciamientos sobre Derecho Administrativo sancionador que podrían ser aplicados para argumentar la procedencia de la ley penal en blanco.
6. En lo que se refiere a la *lex praevia*, garantiza que las normas penales tengan el carácter de irretroactivas, a no ser que resulten más favorables para el reo. Asimismo, dicha característica (la retroactividad favorable) solo puede atribuirse a las normas penales de carácter sustantivo (*tempus delicti commissi*), ya que las normas procesales y penitenciarias se rigen por el principio de aplicación inmediata de la norma (*tempus regit actum*). Asimismo, el caso de los delitos de naturaleza permanente resulta polémico, debido a que aparentemente implica la aplicación retroactiva desfavorable a hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la norma penal. En realidad se produciría una aplicación inmediata de la norma, pero existiría un periodo de tiempo en el cual la norma no era de aplicación. Por otro lado, la aplicación del criterio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad suponen también una limitación del principio de legalidad en su dimensión de *lex praevia*; sin embargo, aún no existe una posición unívoca por parte del Tribunal Constitucional sobre este punto.

7. En lo que se refiere a la *lex stricta*, garantiza la prohibición de la analogía de normas penales. Sin embargo, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se advierte que es posible la interpretación extensiva (extender los supuestos de hecho de la norma), y la interpretación analógica (cuando el legislador permite expresamente que el órgano jurisdiccional pueda realizar razonamiento analógico), con el límite del tenor literal de la ley.

# El derecho a la motivación de las sentencias y el control constitucional de la actividad judicial

*Pedro P. Grández Castro\**

**SUMARIO:** Introducción. **I.** Desarrollo normativo. **II.** El control constitucional de la debida motivación como fuente de “intervención” en el razonamiento judicial. **III.** El derecho a la decisión judicial motivada y su desarrollo jurisprudencial.

## Introducción

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, tal como se recoge en el texto constitucional (art. 139.5), no es solo un *derecho* de toda persona (natural o jurídica) a recibir de los órganos de la jurisdicción una decisión debidamente justificada, sino que constituye al mismo tiempo un *principio* que define a la función jurisdiccional del Estado y, a su vez, una *garantía* instrumental para asegurar el cumplimiento de otros principios y derechos fundamentales en el marco del Estado Democrático.

En cuanto *derecho*, la motivación sustenta una posición jurídica de cualquier persona o entidad que participa de un proceso o que es destinatario de una resolución judicial, mediante la cual estas pueden exigir del órgano judicial (obligado) una motivación razonable y objetiva que respalde, en forma coherente y con argumentos suficientes, la decisión judicial pública que contiene dicha resolución<sup>1</sup>.

\* Profesor Ordinario en la Facultad de Derecho de la UNMSM. Profesor Contratado en las Escuelas de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de San Martín de Porres.

1 Como ha escrito Alexy, tener “derecho a algo” supone concebir los derechos fundamentales en el marco de una relación triádica, donde hay que ubicar a) un portador o titular; b) un destinatario u obligado con el derecho, y; c) un objeto de hacer o no hacer que viene ordenado por el Derecho. Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdez, tercera reimpresión, CEC, Madrid, 2002, pp. 186-187.

La no observancia de este derecho por parte de los órganos judiciales, habilita el ejercicio, primero, de los recursos al interior de los procesos judiciales y, llegado el caso, permite a su titular, solicitar la nulidad de una sentencia o decisión jurisdiccional, ya sea a través del recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema<sup>2</sup> o a través del proceso de amparo ante la jurisdicción especializada constitucional<sup>3</sup>.

En cuanto *principio*, la motivación resulta consustancial al acto jurisdiccional, el cual deja de ser tal sin una debida argumentación que legitime la autoridad del Juez en cada una de sus decisiones. Como ha escrito de manera categórica Iacoviello, “no existe jurisdicción sin motivación”<sup>4</sup>. La motivación pone en mano de las partes y del ciudadano en general la posibilidad del control del poder de los jueces, quienes en las democracias actuales actúan como un poder delegado a quienes corresponde también deben rendir cuenta de sus actos. Como ha escrito Juan Igartua, “en un régimen democrático, la obligación de motivar es un medio mediante el cual los sujetos u órganos investidos de poder jurisdiccional rinden cuenta de sus decisiones a la fuente de la que deriva su investidura”<sup>5</sup>.

De esta manera, podemos afirmar que no resulta desacertada la redacción del artículo 139.5 de la Constitución de 1993 cuando se refiere a “los principios y derechos” de la función jurisdiccional y entre ellos coloca a “la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias”. Como principio que caracteriza la función judicial, la motivación impone exigencias u obligaciones a los jueces, quienes, conforme al artículo 50.6 del Código Procesal Civil, incurrir en un supuesto de nulidad del acto jurisdiccional al incumplir este mandato<sup>6</sup>.

En el mismo sentido, en cuanto principio que define al acto jurisdiccional, la exigencia de motivación puede también extenderse al propio Tribunal Constitucional (TC), en su condición de máximo órgano jurisdiccional del Estado.

2 Ejecutoria Suprema en el Exp N° 167-93-B

3 La jurisprudencia en materia de amparo contra resoluciones judiciales es hoy inabarcable. Véase a guisa de ejemplo el caso Apolonia Ccolleca que es materia de análisis en este estudio, STC Exp. N° 3179-2004-AA/TC

4 Cfr. IACOVIELLO, Francesco M. *La motivazione de la sentenza penale e il suo controllo en casazione*. Giufre, Milán, 1997, p. 4.

5 IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Palestra, Temis, Lima-Bogotá, 2009, p. 7.

6 “**Artículo 50. Deberes.**- Son deberes de los Jueces en el proceso (...) 6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia”.

Esto no solo porque es un órgano jurisdiccional, sino porque a tenor del propio artículo 139.5 de la Constitución, la motivación resulta obligatoria en todas las resoluciones (a excepción de los decretos de trámite) y en “todas las instancias”, con lo que sin duda queda vinculado también el TC en cuanto *instancia* de actuación jurisdiccional indiscutible<sup>7</sup>.

De otra parte, la motivación de la decisión jurisdiccional es también *garantía* de otros derechos, esto es, sirve a la concreción o puesta en escena a otros derechos o principios propios de la función jurisdiccional. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho a los recursos o a la pluralidad de instancia, en la medida que a través de la motivación los justiciables pueden controlar la actividad de la primera instancia, así como cuestionarla a través de los recursos que establece la legislación<sup>8</sup>.

En cuanto garantía, la motivación se ha convertido asimismo en un estándar objetivo para identificar públicamente la propia independencia e imparcialidad con que actúan los jueces en los casos concretos. Como ha escrito Della Monica: “El juez independiente e imparcial es el juez que expresa las razones de su convencimiento y, consiente de que está resolviendo un conflicto de intereses, espera que de la lectura del pronunciamiento adoptado en el caso concreto, las partes vean en él a un tercero absolutamente imparcial, no solo respecto del poder político-administrativo, sino de las propias partes de la causa”<sup>9</sup>. En el mismo sentido, Iacovello pone de manifiesto la relevancia de la motivación en el actual escenario, en la medida que, según manifiesta, permite el control ciudadano respecto de una función vital del Estado y, a la vez, sirve de autocontrol al propio juez: “[A] través de la motivación la colectividad juzga al juez y, al mismo tiempo, es a través de la motivación que el juez filtra y gobierna las propias ideas, las propias pasiones y sus propios prejuicios latentes”<sup>10</sup>. Con ello, la

7 Conforme el artículo 202 de la Constitución, el Tribunal Constitucional es “instancia única” en el proceso de inconstitucionalidad y “última y definitiva instancia” en los procesos de tutela de derechos fundamentales, incluido el proceso de cumplimiento, en los que la actuación de la justicia ordinaria haya resultado insatisfactoria a la protección de los derechos. Sobre esto último hay debate abierto respecto del Recurso de agravio contra sentencia estimatoria. Cfr. STC Exp. N° 4853-2004-AA, posteriormente la STC Exp. N° 3908-2007-AA y más recientemente la STC Exp. N° 2748-2010-PHC. Respecto de la defensa del carácter jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales existe consenso en la doctrina. Véase por todos, el trabajo de RUBIO LLORENTE, F. “El Tribunal Constitucional”. En: *Revista Española De Derecho Constitucional*. N° 71 (Ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución (III)), CEPC, Madrid, 2004. pp. 11-34.

8 Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Tirant lo Blanch, Universidad Carlos III de Madrid, 2003, p. 141.

9 DELLA MONICA, Giuseppe. *Contributo allo studio della motivazione*. CEDAM, Papua, 2002, p. 7.

10 Cfr. IACOVIELLO. Ob. cit., p. 1.

motivación, justificación o argumentación judicial se ha convertido en el núcleo de las garantías de la función judicial.

Estas dimensiones actuales de la motivación de las resoluciones jurisdiccionales han merecido un amplio desarrollo y atención de la jurisprudencia constitucional, que en muchos casos viene poniendo sobre la mesa también nuevas discusiones, esta vez sobre los roles del control constitucional, así como sobre sus límites, en la medida que el control constitucional de las decisiones judiciales por violación al *derecho, principio y garantía* de la motivación pone de inmediato el puntero sobre la delimitación de competencias entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en sistemas en los que estas funciones no forman parte del mismo órgano, como es nuestro caso<sup>11</sup>.

Este trabajo intenta dar cuenta tanto del desarrollo jurisprudencial del derecho a la motivación de las sentencias como del debate local en torno a los límites del control constitucional a las decisiones judiciales, asumiendo de entrada que, en cuanto derecho, este vincula no solo a los jueces del Poder Judicial sino también a los jueces del TC, pues es aquí donde la motivación debe dar cuenta no solo de las interpretaciones del Derecho preexistente, sino del Derecho de creación judicial más auténtico<sup>12</sup>.

## **I. Desarrollo normativo**

El punto de partida del desarrollo jurisprudencial, como ya lo adelantamos, se encuentra en el artículo 139.5 de la Constitución que recogió un texto similar del artículo 233 de la anterior Constitución de 1979<sup>13</sup>, que establece como principio y “derecho” en el ejercicio de la función jurisdiccional “la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenta”. De este modo, en el caso peruano no se discute ni la relevancia constitucional ni la autonomía en cuanto derecho independiente

11 Sobre las relaciones y disputas entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, el modelo italiano reporta especial importancia por la forma como ha asimilado la presencia de una Corte Constitucional. Cfr. ROMBOLI, R. “La relación entre la Corte constitucional y la autoridad de la jurisdicción común en el control de constitucionalidad de la ley”. En: *Cuadernos de Política Judicial*. N° 2, Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, Lima, 2010.

12 PRIETO SANCHÍS, L. “Notas sobre la interpretación constitucional”. En: *Revista del CEC*. N° 9, Madrid, 1991, p. 190.

13 Rubio Correa estima acertada la incorporación de la excepción del mandato de motivación tratándose de decretos de mero trámite. Cfr. RUBIO CORREA, M. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 5, PUCP, Lima, 1999, p. 74.

de la tutela judicial, reconocido en el inciso 3 del propio artículo 139<sup>14</sup>. Tal autonomía como derecho constitucional, desde luego, no supone que no existan directas y recíprocas implicancias, en cuanto a sus consecuencias, con la tutela judicial efectiva, pues es claro que no puede hablarse de una auténtica tutela judicial si no hay expresión de razones en las decisiones de los jueces y, al propio tiempo, la legitimidad del juez se ve comprometida ante la ausencia de las razones sobre las que se sustenta sus decisiones<sup>15</sup>.

Por otro lado, como lo ha puesto de manifiesto el profesor Monroy Gálvez, dada la dimensión que adquiere en el actual contexto la tutela judicial efectiva, el mandato de motivación no hay que asumirlo como una obligación privativa del juez, toda vez que también “las partes deberán sustentar todas las peticiones que formulen, o todas las absoluciones que realicen a los planteamientos de la otra parte”<sup>16</sup>, a efectos de que el juez pueda cumplir a cabalidad el mandato de la motivación suficiente, respondiendo a las cuestiones propuestas y sin incurrir en motivaciones aparentes o impertinentes a las pretensiones planteadas por las partes<sup>17</sup>.

En cuanto al desarrollo legislativo de este derecho, debemos mencionar, en primer término, a la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>18</sup> que –como bien nos recuerda Ariano Deho<sup>19</sup>– en su primera versión del año 1992, recortó el

14 En otras latitudes, como el caso español, por ejemplo, la motivación de las resoluciones judiciales no se encuentra reconocido como derecho fundamental, por lo que ha sido necesario conectar la disposición que lo recoge (art. 120.3 de la Constitución), con la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución) que sí goza de la protección sumaria que otorga el Amparo. Cfr. GRÁNDEZ CASTRO, P. *La justificación de la sentencia constitucional. Bases teóricas para la construcción de un modelo*. Tesis para optar el grado de Magíster en Política Jurisdiccional, PUCP, Lima, 2006.

15 Una interpretación distinta en sede nacional plantea Ana María Arrarte, para quien el “contenido de una debida motivación (...) forma parte del derecho fundamental al debido proceso”, Cfr. ARRARTE ARIS-NABARRETA, A. M. “Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia”. En: *Themis*. N° 43, Lima, 2001, p. 59. De igual parecer es Reynaldo Bustamante, para quien, el deber de motivar las decisiones judiciales, forma parte, junto a otros, de “los elementos del debido proceso en su faceta formal o procesal”, cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, R. *Derechos fundamentales y proceso justo*. ARA, 2001, Lima, p. 236.

16 MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Temis, Bogotá, 1996, p. 86.

17 Se trata aquí de una obligación de lealtad y de colaboración de las partes con el desarrollo de la función jurisdiccional que cumple el juez.

18 El artículo 12 establecía en su primera redacción: “Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, pudiendo estos reproducirse en todo o en parte solo en segunda instancia, al absolver el grado”. Esta primera versión fue modificada por el artículo único de la Ley N° 28490, publicada el 12 de abril 2005, cuyo texto es el siguiente: “Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente”.

19 ARIANO DEHO, E. “Comentarios al artículo 139.5 de la Constitución”. En: *La Constitución comentada*. Tomo II, Gaceta jurídica, Lima, Lima 2005, p. 510.

derecho a la motivación de las resoluciones judiciales prácticamente al órgano de primera instancia, en la medida que admitía que el órgano de apelación pueda realizar motivaciones *per relationem*, invocando “en todo o en parte” los fundamentos de la resolución impugnada.

Esta anomalía inicial de la Ley Orgánica sería luego “corregida” yendo hacia el otro extremo, al punto de establecer que “la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente”. De este modo, la confirmación por parte del Colegiado respecto de una resolución que se encuentra debidamente fundamentada en primera instancia, curiosamente no exonera al órgano de instancia, el que se ve por esta vía compelido a “inventar” nuevos argumentos para no incurrir en una “motivación deficiente”, ya que en este caso, la confirmación de la apelada, curiosamente no equivale a la confirmación de sus argumentos.

A nivel procesal, la motivación, siguiendo una vieja tradición de los códigos procesales<sup>20</sup>, aparece también en nuestra legislación como requisito de la sentencia<sup>21</sup> o como deber del juez<sup>22</sup>, en otros casos, como causal para admitir el recurso de casación ante la Corte Suprema<sup>23</sup>. Llama la atención en el ámbito del proceso contencioso administrativo, una modificatoria del año 2008<sup>24</sup>

20 Cfr. ORTELLS RAMOS, M. “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”. En: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*. N° 4, octubre-diciembre de 1977.

21 Así con relación a la sentencia civil, véase el artículo 122.3 del Código Procesal Civil se refiere al “orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado”. En el ámbito del Proceso Penal, el Nuevo Código Procesal vigente en algunas zonas del país, recoge en su artículo 394, entre los “requisitos de la sentencia”: 3. La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique; 4. Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo”.

22 Es el caso del artículo 50 del Código Procesal Civil.

23 Así por ejemplo en el caso del artículo 386 del Código Procesal Civil, todos los requisitos de la casación, hacen referencia al final de cuentas a problemas de motivación: “Artículo 386.- Causales.- Son causales para interponer recurso de casación: 1) La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial. 2) La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial. 3) La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales”.

24 Nos referimos al Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1067, publicado el 28 de junio de 2008, que modificó el artículo 7 de la Ley N° 27584 estableciendo como “facultad del órgano jurisdiccional”, la “motivación en serie”. En dicha ocasión, luego de establecer como enunciado genérico, que “Las resoluciones judiciales deben contener una adecuada motivación”, estableció sin embargo que, “Cuando se presenten casos análogos y se requiera idéntica motivación para la resolución de los mismos, se podrán usar medios de producción en serie, siempre que no se lesione las garantías del debido proceso, considerándose cada uno como acto independiente”.



que incorpora de modo expreso un supuesto de sentencia *per curiam*, siempre discutida por tratarse de un supuesto de motivación por remisión. Este modelo de sentencias que si bien abrevian esfuerzos a los órganos judiciales, tienen el serio inconveniente de no responder las exigencias del derecho a la motivación suficiente en un acto único, pues aquí la motivación se remite a otro órgano de decisión<sup>25</sup>.

En el marco de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, el artículo 17 del Código Procesal Constitucional establece entre los requisitos de la sentencia, además “3) La determinación precisa del derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado, o, de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida; 4) La fundamentación que conduce a la decisión adoptada”. Merece algún comentario aparte, sin embargo, el silencio del Código Procesal Constitucional sobre la exigencia de motivación en el proceso de inconstitucionalidad de la Ley. Las únicas referencias a la sentencia se encuentran en el artículo 81, que alude a los efectos de la sentencia estimatoria, mientras que el artículo 82, extiende estos efectos también a las sentencias desestimatorias.

## **II. El control constitucional de la debida motivación como fuente de “intervención” en el razonamiento judicial**

---

El desarrollo jurisprudencial del derecho a la debida justificación de las resoluciones judiciales, se desarrolla en paralelo con la discusión sobre los límites de la intervención del juez constitucional en las labores del juez ordinario. Esto es así, toda vez que, en muchos casos la “corrección” por parte del Tribunal Constitucional supone, al mismo tiempo, una evidente intervención en el razonamiento del juez del Poder Judicial.

El problema no es nuevo y se ha presentado con similar intensidad en otras latitudes. La cuestión siempre se ha centrado en establecer el límite del control judicial a efectos de no convertir la tutela del derecho a la motivación en una seria interferencia en el razonamiento de las instancias ordinarias<sup>26</sup>.

---

25 Ejemplos de sentencia *per curiam* en la práctica de la Corte Suprema de los EE. UU. son algunas decisiones que siguieron al caso Brown (1954) en donde la Corte frente a un nuevo caso de discriminación racial, simplemente decidía bajo la fórmula: “Estese a lo decidido en el caso Brown”. Cfr. ARBOS, Xavier. “De Wechsler a Bickel. Un Episodio de la doctrina constitucional norteamericana”. En: *REDC*. N° 44, 1995, p. 268 y ss.

26 Véase por ejemplo la intensidad de este problema reflejado en un argumento del TC español (Cfr. STC 24/1990) para el cual la “falta de fundamento jurídico de una resolución judicial debe distinguirse cuidadosamente de las discrepancias que pueden tenerse con la forma en que el juzgador ordinario

A efectos de establecer alguna línea de contención, en los últimos años el Tribunal Constitucional ha incorporado en su jurisprudencia la denominada fórmula Heck<sup>27</sup>, propuesta por el Tribunal Federal alemán<sup>28</sup>, como metodología de separación del trabajo entre justicia ordinaria y justicia constitucional. La formulación general de este estándar pretende establecer, en abstracto, que determinados supuestos de la actividad judicial ordinaria, queden al margen del control de constitucionalidad, ya sea por corresponder al ámbito de una mera legalidad o por constituir parte de la actividad de valoración de hechos que no repercuten en el ámbito constitucionalmente protegido de alguno de los derechos protegidos a través del proceso de amparo. Aun cuando en su formulación general la fórmula Heck debería propiciar controles residuales y penetrar solo ahí donde no se ha otorgado una debida protección de derechos fundamentales por parte de los órganos de la justicia ordinaria, la práctica muestra lo vulnerable que es a efectos de contener la fuerza de expansión del control constitucional.

Otra estrategia recogida también por el Tribunal peruano ha sido la prohibición de convertirse en cuarta instancia<sup>29</sup>, estableciendo de esta forma que carece

---

(en este caso el Tribunal Supremo) interpreta y aplica las Leyes. El Tribunal Constitucional no puede pronunciarse sobre esa última cuestión, pues de acuerdo con el art. 117.3 ya citado y el 123.1 de la Constitución, esa interpretación y aplicación corresponde exclusivamente a los órganos judiciales ordinarios, salvo que al hacerlo violasen alguna garantía constitucional, lo que en este caso se habría producido si realmente, como afirma la recurrente, la aplicación de la legalidad fuese solo una apariencia por carecer manifestamente de todo fundamento razonable. (f. j. 3, la cursiva es nuestra).

- 27 “La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional (...); solo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional (...) entrar a conocer el asunto (...). [L]os procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional (...), siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto. (BVerfGE 18, 85 –sentencia del 10 de junio de 1964–). STC Exp. N° 0571-2006-AA/TC, La misma doctrina se volvió a recordar en la STC Exp. N° 298-2005-PA/TC, donde el Tribunal expresó que “(...) conforme a nuestra reiterada y uniforme jurisprudencia, (...) la determinación de cuál sea la norma aplicable para resolver una controversia suscitada en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, es un tema que no está dentro de la competencia *ratione materiae* del proceso constitucional de amparo. Tenemos dicho, en efecto, que el amparo contra resoluciones judiciales no es un instrumento procesal que (...) mediante su utilización el juez constitucional pueda evaluar si la aplicación de una norma legal se ha efectuado correctamente (o no) al resolverse un caso. (f. j. 4).
- 28 Sobre la fórmula Heck y otras estrategias en el control de resoluciones judiciales en el ámbito de la jurisprudencia alemana, me remito al interesante estudio realizado recientemente por LEÓN VÁSQUEZ, Jorge y WEIL VON DER AHE, Nicolaus. “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios: el examen de constitucionalidad de las resoluciones judiciales en Alemania”, próximo a publicarse en *Cuadernos de Política Judicial*. N° 2, Maestría en Política Jurisdiccional de la PUCP, Lima, 2010.
- 29 La fórmula de la cuarta instancia ha sido desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer parámetros de actuación entorno a su injerencia en el Derecho de los Estados partes de la Convención. Cfr. caso Villagrán Morales contra Guatemala, Excepciones preliminares.

de competencia *ratione materiae* para “constituirse en una instancia de prolongación del debate judicial realizado en el ámbito de la jurisdicción ordinaria”. De este modo ha sentenciado que, el Tribunal “no puede (...) revisar las sentencias dictadas por los jueces ordinarios que actúen en la esfera de su competencia respetando debidamente los derechos fundamentales de orden procesal” (RTC Exp. N° 0759-2005-PA/TC, f. j. 2).

Estas fórmulas, sin embargo, han resultado insuficientes cuando no absolutamente manipulables por el propio Tribunal a la hora de servir de escudo protector a la justicia ordinaria de los embates de la justicia constitucional, cuando esta ha encontrado motivos fundados para “intervenir”. La crítica no proviene solo de los problemas prácticos que plantea, sino también de la fragilidad dogmática en que se asienta.

Así, con relación a la fórmula Heck, se ha escrito con razón que hoy en día, “[l]a distinción entre Derecho dotado de primacía y Derecho ordinario no puede ya trazarse en el plano teórico, y, al menos en la medida en que no existe ningún criterio de delimitación operativo que pueda ser utilizado a los efectos prácticos del acceso al *Bundesverfassungsgericht*, ha dejado de existir”<sup>30</sup>. Más todavía, la falta de dichos parámetros de delimitación, lleva a la crítica a sostener que la fórmula “encubre un supuesto de decisionismo, puesto que es naturalmente el propio Tribunal quien decide qué constituye una violación del Derecho específicamente constitucional”<sup>31</sup>.

La puesta en práctica de estos parámetros también puede percibirse en la jurisprudencia del TC peruano. Así, en el caso Bedoya de Vivanco (STC Exp. N° 2758-2004-HC/TC), el Tribunal estableció que “solo excepcionalmente quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte 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 constitucional y su sistema material de valores”.

En el marco de dicha excepcionalidad, sin embargo, es el propio Tribunal quien establece sus límites. Las veces que considera que una resolución judicial

30 Cfr. WAHL, Rainer y WIELAND, Joachim “La Jurisdicción Constitucional como bien escaso. El acceso al *Bundesverfassungsgericht*. En: *REDC*. N° 51, CEPC, Madrid, 1997, p. 16.

31 Cfr. WAHL, Rainer y WIELAND, Joachim. *Ob. cit.*, p. 18.

es “arbitraria” o “irrazonable”, ya sea respecto de la calificación jurídica o en la propia valoración de los hechos, la intervención estará legitimada, lo que nos permite afirmar que en estos ámbitos el Tribunal actúa como árbitro de su propia actuación, lo que respalda de nuevo las críticas que se han planteado a la fórmula Heck.

Esto queda demostrado si se observa que Tribunal ya no interviene solo frente a la “irrazonable” asignación de significados a una determinada norma de carácter legal por parte del juez ordinario, sino inclusive cuando, por ejemplo, tratándose de una simple liquidación de intereses de una deuda laboral, el Tribunal termina sustituyendo el criterio del juez de ejecución para sugerir que el suyo, que considera el más “razonable” para el caso. Así, el Tribunal ha llegado a estimar que “[s]iendo que en el presente caso se comprueba una falta de razonabilidad y legalidad al momento de calcular los intereses de una deuda laboral, conforme a los fundamentos expuestos *supra*, este Tribunal también comprueba una violación de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, en su manifestación de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales fundadas en Derecho”<sup>32</sup>.

Más invasiva aún es la fórmula en la que el Tribunal Constitucional no solo revisa la motivación sino que instruye al juez del Poder Judicial sobre cuáles son las “razones” que debe observar al volver a decidir un caso que ha sido sometido a control por parte de la justicia Constitucional<sup>33</sup>. Estos casos muestran la necesidad impostergable de establecer parámetros más objetivos que preserven tanto el valor del control constitucional como la independencia del juez or-

32 STC Exp. N° 0665-2007-AA/TC, f. j. 18. en este caso el Tribunal declaró fundada una demanda contra una decisión judicial que estableció un monto exorbitante por conceptos de intereses contra la empresa Telefónica, en el marco de una crítica pública a una serie de procesos judiciales donde los jueces apelando a su “real arbitrio” determinaban sumas que no se ajustaban a un elemental criterio de proporcionalidad.

33 Por citar un caso reciente de este modelo de “intervención” Cfr. la RTC Exp. N° 02496-2010-PHC/TC, caso Jave Huangal. Este un caso singular, pues la demanda había sido declarada infundada en primera instancia y luego declarada improcedente en segunda instancia. El TC sin embargo declaró nulo todo lo actuado, al considerar que las instancias judiciales habrían incumplido el deber de motivar adecuadamente las resoluciones, por lo que a criterio del Tribunal se habría incurrido en un vicio de nulidad disponiendo en consecuencia que el a quo vuelva a emitir nueva resolución “conforme a las consideraciones expresadas en la presente resolución”. Queda meridianamente claro que en este caso el Tribunal podía haber decidido el caso, pero extrañamente devolvió el caso al Poder Judicial aunque imponiéndole una determinada forma de decidir. Debe anotarse que se trataba de un caso vinculado a la mafia del régimen de Fujimori en el que si bien el TC ya había dejado sentir su presencia, en este caso sin embargo al parecer no estaba dispuesto a asumir una vez más la protesta pública y lo devuelve al Poder Judicial aunque dándole “instrucciones” de cómo resolver el caso.

dinario en tanto principios básicos del Estado Democrático que no pueden ser sacrificados sin una verificable ponderación en cada caso.

### 1. Los “criterios” para la intervención del TC en las razones del juez ordinario

En un intento por dar cierta coherencia doctrinaria a los criterios de intervención en las razones de la justicia ordinaria, se ha postulado una distinción entre dos extremos o concepciones a la hora del control constitucional de las decisiones del juez ordinario. Así, se alude a una *interpretación estricta* y una *flexible* a la hora de “intervenir” en la motivación del juez ordinario<sup>34</sup>.

En el primer caso (*interpretación estricta*) se trataría de un examen teniendo como premisa que los jueces ordinarios han actuado en el ámbito de sus competencias, de modo que se trata de construir una política jurisprudencia de auto limitación o *self restraint* a favor de la justicia ordinaria. Desde esta perspectiva, esta solo será “juzgada” cuando sea inexorable o el agravio sea “manifiesto” en el ámbito constitucional “reservado” al juez constitucional. En el segundo caso (*interpretación flexible*) el alcance del control en cambio es integral. “En base a la tesis que postula la dimensión objetiva del amparo (...) los jueces constitucionales asumen competencia para examinar el juicio ordinario con un canon constitucional propio del supremo intérprete de la Constitución, pudiendo revisar todo el proceso (desde el examen del acto lesivo, la validez o no de una norma legal, hasta el valor probatorio de las pruebas)”<sup>35</sup>. Al parecer, se trataría de erradicar por esta vía todo obstáculo que impida un control total por parte del Tribunal a la hora de someter a sus controles al juez ordinario.

El problema de esta estrategia metodológica, aunque permite identificar dos extremos o “actitudes” frente a las decisiones de la justicia ordinaria respecto del control constitucional, es que no ofrece claridad ni descriptiva ni prescriptiva a la hora de establecer parámetros para realizar tal control. No es descriptiva, pues en la práctica jurisprudencial muchas veces el control se realiza en términos medios. Es decir, no se entra hasta el fondo, pero tampoco se limita solo a las formas procesales, como pareciera sugerir una perspectiva “estricta”. No es prescriptiva, porque no nos dice cuáles son los límites, si acaso fuera posible, y tampoco postula parámetros para proteger la independencia y seguridad jurídica que debe otorgar todo juez con sus decisiones, de modo que la actuación del

34 Cfr. LANDA ARROYO, C. “El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano”. En: *Constitución y fuentes del Derecho*. Palestra, Lima, 2006, p. 385.

35 LANDA ARROYO, C. Ob. cit., p. 386.

juez constitucional, sobre la base de la necesidad de control constitucional, no termine por generar mayores perjuicios con un activismo desbocado por parte del Tribunal Constitucional.

Frente a la ambigüedad y poca utilidad práctica de las fórmulas genéricas, la jurisprudencia constitucional ha postulado también, siguiendo la experiencia comparada, un modelo de control basado en la razonabilidad de la intervención en la justicia ordinaria. De este modo y con base en el caso Lüth resuelto por el Tribunal Federal alemán<sup>36</sup>, se ha postulado hasta tres *test* para examinar una resolución judicial desde la perspectiva constitucional. “Así, el objeto de la motivación del recurso extraordinario de control de una resolución judicial debe ser materia de un examen de *razonabilidad y coherencia*, y la medida debe ser materia de un examen de *suficiencia*”<sup>37</sup>.

Estos criterios han sido recogidos por la jurisprudencia constitucional peruana en un caso reciente, donde además se dio cobertura para que, vía un proceso de amparo contra una decisión judicial, ya no solo se pueda revisar la violación a la tutela judicial o el debido proceso<sup>38</sup>, sino cualquier derecho fundamental<sup>39</sup>. Así, en el caso Apolonia Ccolleca (Exp. N° 3179-2004-AA/TC)<sup>40</sup>,

36 BVerfGG 7, 198.

37 Ídem, citando además a Javier Jiménez Campo. “El control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español”. En: RUBIO LLORENTE, F. y JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. Madrid, 1998, p. 74 y ss.

38 Debe tenerse en cuenta en este punto que el Código Procesal Constitucional estableció una lista de derechos que podían ser alegados como violados en un amparo contra resoluciones judiciales. El artículo 4 de dicho cuerpo normativo establece: “Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

39 Entre otros argumentos el Tribunal estableció que “la tesis según la cual el amparo contra resoluciones judiciales procede únicamente por violación del derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional, confirma la vinculatoriedad de dichos derechos en relación con los órganos que forman parte del Poder Judicial. Pero constituye una negación inaceptable en el marco de un Estado constitucional de derecho, sobre la vinculariedad de los “otros” derechos fundamentales que no tengan la naturaleza de derechos fundamentales procesales, así como la exigencia de respeto, tutela y promoción insitos en cada uno de ellos” (STC Exp. N° 3179-2004-AA/TC, f. j. 18).

40 Sobre esta decisión, existen comentarios encontrados. De hecho, el voto particular del magistrado Vergara Gotelli, expresado en la sentencia, muestra ya una posición en contra, desde una perspectiva procesalista que ha sido también asumida por algún sector de la doctrina nacional. Cfr. además, comentarios a esta sentencia de CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Amparo contra resoluciones judiciales. Recordatorio de un viejo criterio jurisprudencial”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 99, Lima, 2006, p. 55 y ss. Comentarios a favor de las tesis del TC, puede verse el trabajo de LEÓN VÁSQUEZ, Jorge. “El control de las resoluciones judiciales. Notas a las sentencias 3179-2004-AA/TC”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 100, Lima, 2007, p. 39 y ss.

el Tribunal asumió una concepción amplia de revisión de toda decisión judicial donde se constate la violación de cualquier derecho que tenga relevancia constitucional. Sin embargo, en la misma sentencia incorporó también el canon para el control de decisiones judiciales.

Dicho canon interpretativo, a decir del Tribunal, permitiría “realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias” y estaría compuesto, en primer lugar, por un examen de *razonabilidad*; en segundo lugar, por el examen de *coherencia*; y, finalmente, por el examen de *suficiencia*.

**Examen de razonabilidad.**- Por el examen de razonabilidad el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.

**Examen de coherencia.**- El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna; de lo contrario no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.

**Examen de suficiencia.**- Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.

Estos tres criterios, sin embargo, siguen siendo ambiguos. Así, por ejemplo, en el caso del llamado *examen de razonabilidad* no se trataría propiamente de un criterio para *objetivar* la intervención del TC en la justicia ordinaria, sino, en todo caso, estaríamos ante un criterio de “valoración” externo y previo a la intervención propiamente dicho por parte del Tribunal. Antes que un criterio objetivo se trataría de un análisis de oportunidad o “conveniencia” en el análisis de la decisión judicial materia de control. En lo que hace al criterio de *coherencia*, se trataría más bien de un criterio que no aporta nada nuevo, en la medida que de lo que se trata es que el acto violatorio sea efectivamente consecuencia de la resolución judicial (es decir, que haya relación entre el acto violatorio y el derecho cuya tutela se solicita). Ello, sin embargo, forma parte de un test elemental para la procedencia del amparo en su formulación genérica, según el cual el amparo es improcedente si no existe relación entre el acto lesivo y el agravio.

En cuanto al examen denominado de *suficiencia*, al parecer nuevamente se trataría solo del anuncio de un problema, antes que de un criterio para su solución. Aquí el Tribunal debe determinar “la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario”. No nos dice nada sobre hasta dónde debe avanzar el Tribunal, o cuanta “intensidad” sea necesaria como “suficiente” a la hora del control de las decisiones judiciales. Es decir, ¿qué sucede si determinada intervención del Tribunal compromete seriamente toda la actividad jurisdiccional y ello es considerado “suficiente” respecto de la tutela que deba brindarse en determinado supuesto?, ¿quién fija los criterios para regular la intensidad?, ¿quién establece la “suficiencia”? Al parecer, se trataría de nuevo de un elemento que, antes que aportar claridad en el debate sobre los criterios para la división del trabajo entre Tribunal Constitucional y juez ordinario, sugiere una alta dosis de discrecionalidad en manos del propio tribunal, disfrazado de cierto tecnicismo solapado.

## 2. De nuevo la razonabilidad

Vistos los peligros que representa el control sin límites objetivos, el criterio de “razonabilidad” pareciera ser que al que hay que acudir nuevamente para legitimar la intervención en el control constitucional y, al mismo tiempo, delimitar adecuadamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la argumentación de las decisiones judiciales, aun cuando aquí también acudimos a un criterio en disputa<sup>41</sup>.

Lo racional, se ha dicho desde una perspectiva muy general, tiene que ver con la coherencia interna de la interpretación<sup>42</sup>; aquí lo que interesa es que haya un juicio lógico entre las premisas fácticas que introduce el intérprete y

41 Chamorro Bernal ha sistematizado por lo menos seis sentidos que da el TC al término “razonabilidad” que se desprenden en realidad de que lo el tribunal ha establecido como “irrazonable”: 1) Tomar una decisión sin motivo para hacerlo. Para que una decisión sea razonable, debe existir un móvil “razonable” que lo genere, se toma el ejemplo de “causa real” para el establecimiento de desigualdades por el legislador (STC 1053/1988). 2) Lo razonable como sinónimo de proporcional. 3) Lo razonable como exclusión de lo contradictorio y absurdo. Como ejemplo se cita la STC 22/1981, donde se considera absurdo “presumir que todos los trabajadores llegan a la ineptitud a la misma edad” (f. j. 5). 4) Lo razonable como tal que es para cualquier mortal. Esto es creo una apelación al consenso, se cita como ejemplo la STC 104/1990. 5) lo razonable como justo y que respeta los valores constitucionales, aquí el ejemplo sería la STC 82/1990, lo razonable se dice en esta sentencia: “(...) no es un puro sinónimo de la corrección hermenéutica, sino también, además de ello, exigencia de adecuación a los valores que la constitución incorpora (...)” (f. j. 2). 6) Finalmente, el autor reconoce otros usos del término que hace el tribunal, sin ninguna precisión mayor y dando cuenta en realidad de los problemas que hay pendientes en la jurisprudencia constitucional. Cfr. CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Bosch, 1994, pp. 262-268.

42 AARNIO, A. *Lo racional como razonable*. CEC, Madrid, 1991.



la consecuencia jurídica que de ella puede desprenderse. Una interpretación es racional y, por lo tanto, debe darse por cumplida la exigencia de “motivación racional” en este extremo, si dada la norma “A” seleccionada, en ella puede encuadrarse sin mayor problema la solución al caso “B”<sup>43</sup>.

Esto sirve y es suficiente en los casos fáciles o de rutina. El test de racionalidad en la interpretación es, desde esta perspectiva, solo una “regla” interpretativa que permite un juicio formal de aplicación silogística del Derecho<sup>44</sup>. El juicio de la razonabilidad, en cambio, se coloca en lo que los teóricos del Derecho llamarían la justificación externa del razonamiento, lo razonable es un criterio para la búsqueda de racionalidad, sobre todo en ausencia de normas o, donde existiendo, se presentan problemas de interpretación o de prueba<sup>45</sup>. Esto es más complicado aún tratándose de demostrar que la justificación del juez en el enjuiciamiento de las normas no ha realizado un ejercicio “razonable de su aplicación”<sup>46</sup>. No es razonable, por ejemplo, que para sancionar una conducta penal un juez se haya apoyado en una norma sobre responsabilidad administrativa, y eso es fácil darse cuenta, pero también para algunos no sería razonable que el juez haya aplicado el mínimo de la pena al juzgar un delito y no el máximo que establecía el tipo penal.

Los juicios de razonabilidad tienen por otro lado, una dirección hacia la justicia. Desde este ángulo, lo que se trata es de concebir la decisión como la más justa posible en un esquema de valores y de justicia determinado. Dada la relatividad del concepto, Taruffo<sup>47</sup> ha planteado tres criterios para conseguir esto: a) la corrección de la elección y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) la comprobación fiable de los hechos relevantes del caso y; c) el empleo

43 Como lo ha puesto de manifiesto el Profesor Atienza, en los casos difíciles, pueden concurrir más de una deducción lógica, sin que ello suponga un problema de interpretación “irracional”, lo irracional sería creer que en estos casos haya solo una respuesta correcta o factible desde el punto de vista del sistema jurídico. Dice este autor: “muchas veces se pueden justificar interpretaciones distintas de una misma norma, sin que pueda decirse con claridad que una de ellas, o las dos, ha infringido una regla interpretativa”. Cfr. ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Ariel, Barcelona, 1993, p. 30.

44 El concepto de racionalidad jurídica, nos dice Aarnio, diferenciándola de la racionalidad teleológica (fines) y la racionalidad institucional (funcional), se refiere al paradigma de la dogmática (y la adjudicación) jurídica. AARNIO. Ob. cit., p. 240.

45 ATIENZA, M. *Las razones del derecho Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Segunda edición, Lima, 2006, p. 314.

46 Aarnio, se refiere a este concepto, como sinónimo de aceptable. “la aceptabilidad racional es la propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica (...) ella está vinculada con la argumentación y el convencimiento”, Cfr. AARNIO, A. Ob. cit., pp. 240-241.

47 TARUFFO, M. “Ideas para una teoría de la decisión justa”. En: *Cinco lecciones mexicanas*. Tribunal Electoral, México, 2003, p. 162.

de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión. Estos han de ser criterios que confluyen y la sola ausencia de alguno de ellos, hace inviable la pretensión de justicia (la razonabilidad diríamos) de la decisión.

Todo esto hace inevitable la “intromisión” del juez constitucional en las razones de la justicia ordinaria, si es que de verdad se busca que la justificación de la decisión, para no vulnerar el derecho fundamental de tutela, tenga al mismo tiempo una pretensión de corrección en su razonamiento y esté amparada en valores como la justicia (sea razonable).

Pero de este modo, la tutela de los derechos a través del amparo muestra una de las paradojas de la justicia constitucional de nuestros días. El amparo, que debe ser urgente, se pierde hasta llegar a la última interpretación “correcta”<sup>48</sup>. No obstante, en lo que a tutela judicial se refiere, la justificación del juez ordinario está sometida a control del juez constitucional y eso parece coherente con sus contenidos como derecho fundamental; cosa distinta es que el diseño tanto institucional (la presencia del TC mismo en el amparo) como de los recursos, no sea el más apropiado a este carácter del derecho que se pretende tutelar.

### **III. El derecho a la decisión judicial motivada y su desarrollo jurisprudencial**

---

El seguimiento a la jurisprudencia del TC sobre el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, desarrollado de la mano con los estándares sobre el control constitucional de la actividad judicial, reporta por los menos tres momentos bien diferenciados en cuanto a su comprensión por parte del Tribunal: i) la motivación como explicación; ii) la motivación como justificación racional; iii) la motivación como estándar del control constitucional.

---

48 En el caso español, el ya aludido art. 5.1 de la LOPJ, establece la vinculación de todos los Jueces y tribunales del sistema judicial a la doctrina jurisprudencial del TC, lo que ha llevado a algunos autores como Gimeno Sendra a sostener el carácter de órgano especial de casación del TC, aun cuando el propio TC, haya sostenido lo contrario, “forzoso es reconocer que su naturaleza jurídica no difiere en mucho de la de un Tribunal Supremo; esto es, su función estriba en asegurar la aplicación uniforme de la Ley (defensa del jus constitutionis), ... y más adelante concluye “Por consiguiente, puede afirmarse que la naturaleza del TC, no difiere de la de un órgano jurisdiccional de casación especial (Burmeister, Stern), cuya función esencial consiste en garantizar la aplicación efectiva e interpretación uniforme de la Constitución” Cfr. *Introducción al Derecho Procesal*. Segunda edición, Tirant lo blanch, Madrid, 2005, pp. 159-160.

## 1. La construcción de un estándar de justificación racional

**La motivación como explicación.-** En los primeros años, el TC, siguiendo de cerca a su par español<sup>49</sup>, estableció que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales “exige que en todo proceso judicial, independientemente de la materia que se trate y del sentido favorable o desfavorable que este pueda tener, los jueces tengan que expresar *el proceso mental* que los ha llevado a decidir la controversia que se sometió a su conocimiento” (STC Exp. N° 458-2001-HC/TC).

Esta concepción sobre la motivación ha sido materia de constantes críticas, sobre todo por teóricos del Derecho y de la argumentación jurídica<sup>50</sup>. La crítica más directa que se ha planteado a este modo de comprender la motivación judicial sugiere que los “móviles internos” del juez, al momento de decidir un caso, no pueden ser objeto de un control racional al tratarse de una indagación ya no jurídica, sino en todo caso “psicológica”. Al Derecho, en cambio, solo le interesan las razones jurídicas externas y que se encuentran plasmadas tal cual en la argumentación que sustenta el fallo.

**La motivación como justificación racional.-** Quizá inspirado o influenciado por las críticas a la versión “psicológica” de la motivación judicial, el Tribunal cambió su concepción inicial. Ahora el Tribunal proclama que “El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso (STC Exp. N° 3943-2006-PA, aunque en esencia esta sentencia recoge los argumentos del voto conjunto de los Magistrados Alva Orlandini y Gonzales Ojeda en la STC Exp. N° 01744-2005-AA/TC).

49 Como muestra puede verse la STC 55/1987, que Igartua Salaverria cita como ejemplo de lo que denomina la concepción psicologista de la motivación. Cfr. IGARTUA S. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Ob. cit., p. 17.

50 En el ámbito de los teóricos de la argumentación jurídica, la crítica se planteó a partir de la distinción entre *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación*. La motivación como “iter mental” del juez confundiría estas dos dimensiones, pues si bien todo juez antes de dar razones ensaya respuestas o “adelanta juicios”, luego viene la tarea de racionalizar jurídicamente. De este modo los “psicologistas” reducen la actividad argumentativa del juez al momento de los prejuicios y por lo tanto dejan fuera de control la actividad más importante, es decir, la que corresponde a las razones que sustentan objetiva y externamente la decisión judicial. Cfr. ATIENZA, Manuel. “Las razones del Derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales”. En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N° 1, octubre de 1994, p. 52 y ss.

En un intento por establecer líneas de división claras con la actuación del Poder Judicial, en esta misma decisión el Tribunal argumentó que el análisis del control constitucional sobre la motivación judicial no debe extenderse al análisis del caso anterior de donde emerge la decisión judicial, sino que el análisis de la motivación debe hacerse solo a partir “de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión solo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis”.

De este modo, y de la mano con la necesidad del control, surge una concepción de motivación que se sustenta en lo que objetivamente deja establecido el juez en su argumentación. El juez constitucional solo puede verificar aquello que es objetivamente controlable, de modo que el amparo que se sustenta en la violación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales tendrá por objeto “constatar si esta (la actividad judicial) es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos” (STC Exp. N° 3943-2006-PA/TC).

En esta misma línea, el Tribunal de manera clara se decanta por una concepción de la motivación como justificación racional al establecer que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. *Esas razones (...) deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso*” (STC Exp. N° 1480-2006-AA/TC, f. j. 2, resaltado agregado).

**La motivación como estándar para el control constitucional.**- Un tercer momento en el desarrollo de la jurisprudencia sobre la motivación de las resoluciones judiciales, está sin duda marcado por el caso Giuliana Llamuja (STC Exp. N° 728-2008-PHC/TC). Este trataba del control de una sentencia penal a la que se le imputaba deficiencias en la motivación de los indicios sobre los que se construyó una de las premisas fundamentales del razonamiento probatorio. Aquí no es posible detenernos en el análisis pormenorizado del caso y sus implicancias para el desarrollo del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, no obstante, sí mencionamos que reporta un esfuerzo adicional del Tribunal por establecer parámetros objetivos para comprender cuándo estamos ante un

supuesto de violación al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Si bien no es el primer intento del Tribunal por estandarizar el control de la motivación<sup>51</sup>, el caso Llamuja constituye un estándar especialmente exigente que incorpora, además, criterios desarrollados por la teoría de la argumentación jurídica contemporánea, en un esfuerzo por comunicar a la jurisprudencia con la dogmática jurídica más representativa del momento<sup>52</sup>.

El Tribunal estableció en esta ocasión, siguiendo un voto particular anterior<sup>53</sup>, por lo menos cinco razones que habilitaban el control constitucional de una resolución judicial y con ello delimitó, al mismo tiempo, el contenido constitucionalmente protegido de este derecho. En tal sentido, sostuvo el Tribunal que una resolución judicial podía ser objeto de control constitucional por afectación al contenido constitucionalmente protegido del derecho contenido en el artículo 139.5 de la Constitución en los siguientes supuestos: a) por carencia total de motivación o motivación aparente, b) por incurrir en defectos en la justificación interna del razonamiento, c) por deficiencias en la justificación externa, d) por una motivación insuficiente, o d) por incurrir en una motivación sustancialmente incongruente.

Además de estos cinco supuestos —que el Tribunal los describe de forma muy concisa y asumiendo que no agotan el contenido del derecho en cuestión— el Tribunal también exige una “motivación cualificada” tratándose de decisiones judiciales que restringen derechos fundamentales. En estos supuestos, el Tribunal pareciera exigir como motivación suficiente el desarrollo de una argumentación basada en la ponderación de los bienes en conflicto, a efectos de poner de manifiesto que no se trata de una restricción arbitraria.

51 Un ejemplo de este intento lo constituye la STC Exp. N° 4348-2005-PA/TC. Aquí el TC estableció que el derecho a la motivación de las resoluciones exige: “a) *fundamentación jurídica*; que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) *congruencia* entre lo pedido y lo resuelto; que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese *una suficiente justificación* de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”

52 Sobre la teoría estándar de la argumentación jurídica y su recepción en esta sentencia puede verse el texto fundamental de Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ob. cit.

53 Nos referimos al fundamento de voto compartido, antes mencionado, de los magistrados Alva Orlandini y Gonzales Ojeda, STC Exp. N° 1744-2005-PA/TC.

Si bien el “estándar Llamuja” puede merecer la crítica de haber idealizado el mandato constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales; no obstante, su vigilancia y puesta en práctica nos sitúa en un punto de especial exigencia para los jueces y el propio TC, al recoger los postulados básicos de la teoría de la argumentación racional. Resta el análisis de su desarrollo en la práctica jurisprudencial, pero creo que en términos generales puede afirmarse que constituye el punto más alto en cuanto a exigencia de motivación impuesta por la jurisprudencia constitucional a todos los jueces.

## 2. Las dimensiones de la motivación

El desarrollo de la jurisprudencia muestra también que la construcción de un estándar de control no ha sido la única preocupación del Tribunal respecto a la motivación de las resoluciones. En una serie de casos el contenido de este derecho ha ido delimitándose poco a poco, de manera que su contenido hoy no se agota en el *estándar Llamuja* como veremos en seguida. En muchos tramos esta jurisprudencia sigue de cerca de su par español, de manera que hemos anotado este paralelo hasta donde nos ha sido accesible la documentación.

### a) La motivación no tiene que atender necesariamente todos los supuestos de hecho y de derecho planteados por las partes

En el caso español, esta dimensión de la motivación ha sido desarrollada de la mano con la dimensión constitucional de la congruencia procesal. A decir del TC español, seguido luego por nuestro Tribunal, solo las decisiones “sustancialmente incongruentes” merecen control a través del proceso de amparo. En tal sentido la jurisprudencia española enseña que para que se dé por cumplida la motivación no se exige que el juez responda a cada uno de los argumentos, sino a las pretensiones planteadas<sup>54</sup>.

54 Me remito a continuación a la jurisprudencia del TC español sobre el particular. La sentencia no debe significar “un diálogo con las partes” se lee en la STC 168/1987. Posteriormente, esta misma línea de pensamiento ha sido defendida con mayor precisión en la STC 60/90, donde puede encontrarse además la remisión a la jurisprudencia casi completa sobre este punto: “Al respecto, desde la STC 20/1982, ha venido este Tribunal elaborando un cuerpo de doctrina acerca del vicio de incongruencia en las resoluciones judiciales y, en lo que se refiere a la incongruencia omisiva, en múltiples ocasiones ha reiterado que no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del art. 24.1 C.E. o, por el contrario, puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 175/1990, 198/1990, 88/1992, 163/1992, 226/1992, 101/1993, 169/1994, 91/1995, 143/1995, etc.). Y se ha acentuado la importancia de distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (SSTC 95/1990, 128/1992, 169/1994, 91/1995, 143/1995, etc.). Respecto a las primeras, no sería necesario para la satisfacción del derecho a la

En el caso peruano, el Tribunal ha recogido este criterio jurisprudencial estableciendo en términos similares que, a nivel constitucional, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza necesariamente que “de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado”<sup>55</sup>. Esto, porque en el concepto material de “motivación suficiente” no puede entenderse a la motivación como “un diálogo” pormenorizado entre abogados y jueces.

### b) El problema de las motivaciones por “remisión” y las motivaciones “implícitas o tácitas”

Se trata aquí de dos supuestos distintos. En el primer caso el TC español parece haber aceptado una cierta práctica bastante recurrente de los tribunales, que para fundar sus sentencias suelen remitir su justificación a otras piezas del mismo proceso u otras decisiones anteriores. Se trata, como lo ha dicho Chamorro Bernal, de una “motivación fuera de lugar apropiado”<sup>56</sup>. Esta es una práctica cuestionable, tanto desde una posición práctica, pues la remisión puede llevarnos incluso en algunos casos a otra instancia, pero además por un argumento institucional que paso a explicar. En efecto, si se tratara de una sentencia definitiva, esta debe estar comunicar en su integridad las cuestiones que está decidiendo de forma ordenada y coherente. Así, la sentencia debe ser el mejor reflejo de todo lo actuado a lo largo del proceso, sobre todo si se piensa en el “auditorio universal” al que debe comunicar el juez su sentencia<sup>57</sup>. Si ni las partes estarían en condiciones de informarse adecuadamente a través de este tipo de “fundamentos”, menos información encontrará el ciudadano común o los juristas que se aproximen a ella para su estudio. Este razonamiento, sin embargo, ha prosperado ante el TC español, que ha declarado inadmisibles los recursos que denunciaban esta práctica<sup>58</sup>.

---

tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita –y no una mera omisión– que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no solo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita” (f. j. 3).

55 Caso Tineo Cabrera STC Exp. N° 1230-2002-HC/TC, f. j. 11.

56 CHAMORRO BERNAL. *La tutela judicial...* Ob. cit., p. 218.

57 Cfr. COLOMER HERNÁNDEZ, I. Ob. cit, pp. 139 y ss.; PERELMAN, Ch., y OLBRECHT-TYTECA, L. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Traducción de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, 1989.

58 Así, el Auto 220/1988, cuando afirma: “En el presente caso, el Auto de 19 de noviembre de 1987 no da a conocer explícitamente el motivo específico determinante del mantenimiento de la prisión provisional del recurrente, pero se remite a anteriores resoluciones dictadas en respuesta a la misma solicitud, señalando que no han sido desvirtuados los tenidos en cuenta en dichas ocasiones, además de aludir a la

El segundo tema anunciado en este punto, se refiere a las llamadas “motivaciones tácitas” confundidas por el TC español con las llamadas “contestaciones implícitas” o denegaciones. Nada más cuestionable en el momento actual; sin embargo, ha sido este TC el propio promotor del *nomen juris*<sup>59</sup>, aunque luego parece que ha quedado ya proscrita en sus decisiones posteriores<sup>60</sup>. Sus consecuencias son importantes, puesto que desde el entendimiento de la sentencia como un todo –en contra de la visión tradicional que veía la decisión solo en el fallo– la argumentación sobre los hechos y sobre la interpretación jurídica aplicable al caso resulta tan importante como la decisión misma<sup>61</sup>. Por lo tanto, pretender que el fallo puede reemplazar de modo “tácito” los caminos recorridos por el juez en sus argumentos resulta cuestionable desde todo punto de vista y es contrario a cualquier tesis que encuentre en la motivación un contenido esencial del derecho de tutela.

Lo que sucede, sin embargo, es que el TC español ha admitido también, sin género de dudas, las llamadas “desestimaciones tácitas”<sup>62</sup>, sobre todo en las

---

proximidad de la vista del juicio oral” (f. j. 2). En el mismo sentido, el Auto N° 417/1985, “En efecto, alega el demandante, en primer término, que la resolución impugnada carece de la más mínima motivación o fundamentación, pero tal afirmación no se corresponde con la realidad. En el único considerando de dicha resolución la Audiencia manifiesta que se aceptan en toda su integridad los fundamentos expresados en el Auto del Juzgado de Primera Instancia y “se dan por reproducidos en evitación de repeticiones inútiles”; *la fundamentación así aceptada constituye el razonamiento de la propia Sala y la base del fallo*. No puede, por ello, afirmarse que el Auto impugnado carezca de motivación o no esté razonado” (f. j. 2).

59 Así la STC 59/1983, “Se trata, pues, de una denuncia de incongruencia por defecto, en la que la parte se apoya por estimar que de tal modo se ha violado el derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales establecida en el art. 24.1 de la Constitución Española, a lo que se debe responder en el sentido de que *hubo en la sentencia de suplicación una desestimación tácita de aquellos planteamientos (...)*” (f. j. 1, cursiva nuestra); en la misma dirección la STC 93/1988.

60 Así se lee en la STC 93/1984, fundamentos 5 y 7 y más claramente en la STC 5/1986, donde con toda claridad se ha establecido que, “el art. 24.1 de la Constitución exige una resolución fundada en Derecho, por lo que no cabe entender que una sentencia que contenga un fallo sobre el fondo del recurso cumpla con la mencionada exigencia, por el hecho de que pueda entenderse que tal fallo supone un pronunciamiento implícito desestimatorio de la pretensión de inadmisibilidad” (f. j. 2.b).

61 En este sentido también lo entiende PADURA BALLESTEROS, M<sup>a</sup> Teresa. *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*. Madrid, 1998, p. 358.

62 Así en la STC 131/1986, se ha llegado incluso a un sin sentido semántico al proclamar una “exteriorización del razonamiento implícita”. ¿Cómo puede exteriorizarse un razonamiento implícito?, aquí la cita completa para presentarlo en su contexto: “La sentencia es un acto procesal orgánico y unitario que no puede contemplarse con la visión fragmentaria con que lo hace el Ministerio Fiscal en dicha alegación; la circunstancia de que no exista expresa motivación en la apreciación de temeridad no impide considerar que esta apreciación es el resultado del estudio que de la pretensión de la parte y de su fundamentación fáctica y jurídica realiza el órgano judicial al dictar su sentencia y, por lo tanto, *es en el conjunto y sentido de las argumentaciones utilizadas por el Tribunal para rechazar las alegaciones de la parte donde se exterioriza, explícita o implícitamente, la razonabilidad o arbitrariedad de la apreciación de temeridad procesal*”. (f. j. 4)



desestimaciones de recursos respecto a las argumentaciones de las partes (*desestimación tácita*)<sup>63</sup>, es decir, aquellas desestimaciones que no inciden en las cuestiones contenidas en la pretensión general, por llamarlo de algún modo, pues estarían referidas a las “alegaciones” y no a las pretensiones mismas<sup>64</sup>. Esto, que aparentemente no tendría mayores consecuencias, puesto que si bien toda desestimación significa un pronunciamiento y, por lo tanto, le son aplicables las mismas exigencias en cuanto a justificación se refiere, y quizá con más cautela, pues se trata precisamente de negar la pretensión; sin embargo, cuando con el mismo criterio se empieza hablar de “motivación tácita”, el asunto ya parece preocupante. Sin embargo, es el propio Tribunal Constitucional quien ha venido poniendo en el mismo saco tanto a estas “omisiones desestimatorias” respecto de alegaciones, como a las que aquí nos ocupan, es decir, las “motivaciones tácitas”.

Esta identificación de los dos supuestos es considerada “perniciosa” por Colomer Hernández, pues ha permitido al Tribunal admitir las “motivaciones tácitas”; así, este autor, citando el fundamento 4 de la STC 91/1995, sostiene que “nada tiene que ver la no decisión judicial sobre alguna de las alegaciones con la falta de motivación suficiente. Pues, lo verdaderamente trascendente del silencio del juzgador en estos supuestos es su omisión del pronunciamiento debido, o lo que es lo mismo, su falta de decisión sobre un extremo de la *questio litis*”<sup>65</sup>. Ante esta situación, hay quien ha sugerido la tesis de que se trataría de una estrategia para “filtrar” de alguna forma las peticiones de amparo, admitiendo

63 Así la STC 56/1996. “Al respecto, desde la STC 20/1982, ha venido este Tribunal elaborando un cuerpo de doctrina acerca del vicio de incongruencia en las resoluciones judiciales y, en lo que se refiere a la incongruencia omisiva, en múltiples ocasiones ha reiterado que no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del art. 24.1 C.E. o, por el contrario, *puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva* (SSTC 175/1990, 198/1990, 88/1992, 163/1992, 226/1992, 101/1993, 169/1994, 91/1995, 143/1995, etc.)” (f. j. 4, cursiva nuestra).

64 La distinción entre pretensión y alegación parece en este punto artificiosa y confusa, recuérdese por ello que incluso las alegaciones jurídicas pueden configurarse como pretensión jurídica, es decir, alegar jurídicamente es también pretender la aplicación del derecho en un determinado sentido, en este caso, el entendimiento del derecho por el ciudadano. Desde este entendimiento, también la “construcción” argumentativa en el sentido señalado de que es posible “denegaciones tácitas” sin que se afecte el derecho fundamental a la justificación de la sentencia parece que trae problemas. El juez no podría excusarse en que se trata de alegaciones y dejar de responder cuestiones centrales en la aplicación del Derecho. Se trata de restarle importancia al valor de la argumentación en la decisión de un caso. Muchas alegaciones pueden constituir el centro del debate de las “pretensiones”, sobre todo si de las llamadas incertidumbres jurídicas se trata: la pretensión aquí puede ser precisamente la alegación misma.

65 COLOMER HERNÁNDEZ, I. Ob. cit., p. 386.

solo las “incongruencias con relevancia constitucional”<sup>66</sup> es decir, las que no se pronuncian sobre pretensiones concretas y no las que omiten responder alguna alegación; pero de nuevo aquí nos encontramos con artificios que no responden a la esencia de los derechos sino a problemas estructurales de la organización judicial.

El Tribunal peruano, influenciado también en este punto por su par español, ha admitido como válida una motivación por remisión e incluso las llamadas motivaciones tácitas. En este sentido, ha admitido que “El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí mismo exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa, *o se presenta un supuesto de motivación por remisión* (resaltado agregado)<sup>67</sup>. El Tribunal peruano no ha admitido expresamente la posibilidad de las motivaciones “tácitas”, aun cuando puede interpretarse que el “vacío” que causa la remisión es, en el fondo, una suerte de motivación tácita encubierta.

Las motivaciones “tácitas”, sin embargo, son claramente un supuesto de motivación inexistente y, por lo tanto, constituye un supuesto de violación al contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, conforme al estándar Llamoja, como ha quedado expuesto *supra*.

### c) La necesaria motivación sobre el *quantum* de una sanción

Se trata aquí de un asunto de importancia, debido a los problemas que presenta la discrecionalidad del juez en los espacios que dejan las reglas de sanción, administrativa, civil o penal. Se trata como bien lo ha retratado don Alejandro Nieto, de pedirle cuentas al juez cuando, basado en su “arbitrio”, llena “los huecos de la legalidad”<sup>68</sup>. Si bien el TC ha establecido jurisprudencia sobre el *quantum* de una indemnización derivada de un delito<sup>69</sup>, creemos que es perfectamente ampliable dicho criterio cuando de “racionalizar” las decisiones sobre el *quantum* de las sanciones en general se refiere. Esto tiene que ver, además, con la necesidad de racionalizar al máximo los espacios de discreción

66 Así GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. “Desestimación tácita, incongruencia por omisión de pronunciamiento y derecho a la motivación de las sentencias”. En: *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*. N° 35, 1988, p. 408.

67 Criterio que ha sido reiterado en la jurisprudencia del TC peruano; véase por todos, STC Exp. N° 04228-2005-HC/TC, f. j. 1

68 NIETO, A. *El arbitrio judicial*. Ariel, Barcelona, 2000, p. 224 y ss.

69 STC 29/ 1985 y STC 78/1986.

que de modo inevitable suelen dejar las normas de sanción a los jueces. En el caso peruano, no ha ocurrido casos que puedan resaltarse en este punto, pero el Tribunal ha sido reiterativo a la hora de exigir que la motivación suficiente solo es tal si es que agota su argumentación remitiéndose no solo a las cuestiones normativas, sino también a los elementos fácticos, donde habría que incluir el *quantum* de una sanción a establecer.

#### **d) Necesaria motivación de los hechos incorporados como probados y que afectan la decisión**

Dejando atrás una época en que era práctica común de los tribunales no dar explicaciones sobre la forma en que determinados hechos creaban convencimiento en el juzgador<sup>70</sup>, el TC español parece haber recogido el clamor de la doctrina sobre la necesidad de “motivar” los hechos para su incorporación en la decisión<sup>71</sup>. La STC 193/1996 ha dejado establecido de manera bastante clara este requisito, al sostener que la motivación sobre los hechos “no es un simple complemento de la decisión de jueces y tribunales, sino que constituye un elemento decisivo en la formación de tales resoluciones, reconocida y establecida constitucionalmente en el art. 120.3, y que contribuye decisivamente a dotar de una relevante significación a la decisión judicial, *explicando el porqué de la convicción alcanzada respecto de los hechos probados, esto es, en lo atinente a la determinación de las pruebas en las que el órgano judicial se ha basado para llegar a la existencia de los mismos*”. (f. j. 3, cursiva nuestra).

70 La sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1978, es un claro testimonio de esta época: “El Tribunal no puede ni debe dar explicaciones del porqué llegó a las conclusiones fácticas (...)”, cito tal cual lo recoge, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. “La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional”. En: *Poder Judicial*. Nº 6, 1989 (Ejemplar dedicado a: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas), p. 61.

71 La doctrina que hoy proclama esta necesidad es casi unánime, véase a modo de ejemplo los trabajos recientes publicados, desde el trabajo imprescindible en materia de prueba de hechos –y traducido recientemente– del profesor Michele TARUFFO (*La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, 2002); el trabajo de la profesora Marina Gascón (*Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2004), y el de Jordi Ferrer (*Prueba y verdad en el Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2002); curiosamente, los dos trabajos españoles son más bien de filósofos del derecho que han puesto la mira de nuevo y parecen “pescar” a río revuelto como diría el profesor Igartua, refiriéndose al olfato con que la filosofía actual viene apuntando en los temas claves de las distintas disciplinas jurídicas. Las monografías que reclaman esta atención de los hechos y su necesaria justificación son ya una buena cantidad, aquí una muestra: LAGIER, Daniel González. “Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)”. En: *Jueces para la democracia*. Nº 46, 2003, pp. 17-26; AUSÍN DÍEZ, Txetxu. “La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria”. En: *Anuario de filosofía del derecho*. Nº 18, 2001, pp. 95-128; MIRAUT MARTÍN, Laura. “La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos”. En: *Anuario de filosofía del Derecho*. Nº 18, 2001, pp. 49-66; ASÍS ROIG, Rafael de. “Sobre la motivación de los hechos” En: *Anuario De Filosofía Del Derecho*, Nº 18, 2001, pp. 35-48.

Se trata aquí de poner sobre el tapete el nexo de la “inferencia” entre los datos fácticos analizados y la convicción a la que llega el juzgador sobre esta base<sup>72</sup>. Sin embargo, tan pronto delimitado el ámbito de lo que se trata, surgen de inmediato los problemas, puesto que estos criterios de inferencia o deducción en materia de hechos los hay de distinta índole, desde la apelación a las llamadas “convenciones de la experiencia” o reglas del “sentido común”, hasta la “dictadura” de los laboratorios científicos, que en los últimos años parecía que iban a sustituir las elaboraciones artificiosas de los jueces, prestándole apoyos definitivos<sup>73</sup>.

Sin embargo a la luz de lo que sucede con frecuencia en los asuntos judiciales, ninguno de estos criterios pueden hacerlo sosegar al juez dándole fiabilidad al 100%. Los laboratorios en manos de las grandes corporaciones en los países desarrollados ponen más bien al juez ante un nuevo reto, pues pueden de nuevo constituir espacios de desviación de la decisión justa. Las convenciones son subjetivas, pero los laboratorios también pueden llegar a resultados diversos dependiendo de la técnica usada, cuando no de los intereses.

En tal sentido, y para el mejor aseguramiento de las llamadas pruebas científicas, Igartua cita las reglas de la sentencia norteamericana en el caso Daubert<sup>74</sup> (1993). En este caso se establecieron cuatro criterios para establecer la validez y fiabilidad de las pruebas: 1) la posibilidad de control o de su falseamiento de la técnica o de la teoría que orienta la prueba, 2) el porcentaje de acierto de la técnica y si respeta estándares relativos a la técnica empleada, 3) si la técnica o teoría científica ha sido difundida con anterioridad en publicaciones científicas que garanticen el control de la comunidad científica y las opiniones autorizadas, y 4) si la técnica o teoría goza de un consenso general en la comunidad científica concernida.

El tema del aseguramiento de las inferencias provenientes de la aplicación de “convenciones de la experiencia” o del “sentido común” parece más complejo. En efecto, en él se agrupan datos científicos aparentemente irrefutables, como, por ejemplo, que una persona no puede estar en dos lugares al mismo tiempo, pero también “valoraciones morales y prejuicios, refranes extraídos de la sabiduría popular y residuos incontrolados de recuerdos escolares, ideas

72 IGARTUA SALAVERRÍA, J., *La motivación de las sentencias...* Ob. cit., pp. 163 y ss.

73 TARUFFO, M. “Funzione de la prova: La funzione dimostrativa”. En: *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*. Año LI, 1997.

74 Se trataba de averiguar la causalidad (para una demanda de responsabilidad médica), entre la ingestión de un fármaco durante el embarazo de una mujer y las anomalías producidas en el feto.

inducidas por los *mass media* y vulgarizaciones científicas de todo género<sup>75</sup>, por lo que guiarse sin más de estos criterios resulta por lo demás riesgoso<sup>76</sup>.

Ante esto, Taruffo<sup>77</sup> sugiere la introducción de estas tres reglas de control: 1) que se trate de máximas comúnmente aceptadas en la comunidad donde el juez ha de hacer valer su fallo, de modo que la inferencia en este sentido tenga como fuente la cultura del lugar; 2) que las máximas no hayan sido refutadas por conocimientos científicos: esto es importante si estamos hablando de un control basado en la racionalidad y no en hechicerías, y 3) que las máximas que se usan no entren en contradicción con otras del sentido común del lugar y tiempo en que el juez realiza su trabajo.

De este modo, tanto la prueba científica como las “reglas de la experiencia” están sometidas no solo a un mayor control a raíz de su publicidad en la sentencia a través de la justificación; sino también, al establecerse controles en cada técnica o en cada “máxima de la experiencia”, las posibilidades de llegar a fundamentaciones o justificaciones equivocadas a partir del tipo de material probatorio introducido serán menores.

Por otro lado, en el esquema del Estado democrático, al ser remplazada la valoración tasada<sup>78</sup> por el sistema de libre convicción<sup>79</sup>, se ha cerrado la puerta del dogmatismo absolutista que permitía al juez llegar a convicciones “legales” formales impuestas desde el legislador<sup>80</sup>, pero al mismo tiempo, se ha abierto una que puede resultar incluso más peligrosa<sup>81</sup>, tanto por la impresión de los

75 TARUFFO, M. “La funzione della prova...”, p. 558, citado por IGARTUA SALAVERRÍA, J. *La motivación...* Ob. cit., p. 166.

76 Una buena lista de estos riesgos puede leerse en el trabajo citado de Igartua, cuando citando a López Ortega, describe algunas “reglas de la experiencia” en las sentencias de los tribunales como estas: “Las confesiones son normalmente verdaderas”, “cuanto más seguro está un testigo, es más probable que esté diciendo la verdad”, “el testimonio de un policía es más fiable que de un testigo cualquiera”, etc. Cfr. ob. cit., p. 167.

77 TARUFFO, M. “La funzione della prova...”. Ob. cit., p. 561 y ss.

78 Esto ha sucedido con absoluta claridad en el caso del proceso penal, manteniéndose, como anota, M. Gascón, fórmulas mixtas en el caso del proceso Civil. Cfr. GASCÓN, M. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, 1999, p. 157 y ss.

79 La subjetividad relativa a la noción de íntima convicción tal como lo anota Taruffo, depende del sistema de que se trata, así en un plano de mayor subjetividad se encontraría la *intime conviction* de la formulación francesa, “más cauta sería la fórmula italiana del *prudente apprezzamento*, más optimista en la fórmula española de la *sana crítica* o más neutrales en la fórmula alemana de la *freie Beweiswürdigung*”. Prólogo al libro de FERRER, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Ob. cit., p. 12.

80 Así, Perfecto Andrés Ibáñez, citando a Nobill, sostendrá que “el nudo de la cuestión relativa a “la validez de las nuevas reglas” se desplaza del campo “de la imperatividad de la norma jurídica” al de la fundamentación y eficacia científica”. Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”. En: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. N° 12, 1992, p. 261.

81 Sobre prueba legal o tasada y libre valoración, puede verse: BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont, traducción del francés

conceptos aludidos<sup>82</sup>, como también porque su invocación parecería dejar demasiado espacio a la discreción judicial. Sobre todo si, como lo ha denunciado Ferrajoli, con ello se pretende “liberar” la convicción del juzgador a cualquier mérito discrecional, que lleve a legitimar el “arbitrio de los jueces”<sup>83</sup>. “Eso quiere decir –ha seguido argumentando Ferrajoli–, que la fórmula de la libre convicción, no cierra sino que abre el problema de la identificación de las condiciones probatorias que justifican la convicción (...)”<sup>84</sup>.

Pues bien, esa es la dimensión a la que creo el TC español ha intentado dar respuesta y donde, de nuevo, la única pista para salir de la arbitrariedad a la que podría conducir esa “libre convicción”, “sana crítica” o “criterio de conciencia”, es precisamente que no sea más “íntima”, entendida como secreta; es decir, que se exteriorice a través de razones puestas en la decisión o justificación del fallo<sup>85</sup>. Como escribe el profesor Serra Domínguez, “fallar con arreglo a conciencia (...) no puede significar prescindir de la motivación de las pruebas y refugiarse en una cómoda declaración de hechos probados, sin expresar la forma en que lo han sido (...)”, por lo tanto dirá, cerrando su razonamiento, “las reglas de la sana crítica deben explicitarse a través de la motivación del fallo (...) el juez debe razonar expresamente los motivos (las razones diríamos nosotros) por los que estima probados unos determinados hechos”<sup>86</sup>. Es decir, que las razones de la convicción en materia de hechos se publiciten, y que sean los argumentos los

---

por Manuel Ossorio Florit, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2001. También, MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Civitas, Valencia, 1998; FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Temis, Bogotá, 1995; TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*. Milano, 1992.

82 Así, si bien está claro el concepto en su sentido negativo, como lo ha afirmado Taruffo, es decir está claro que “consiste en el rechazo de las reglas de prueba legal, no está claro en absoluto qué significa en positivo (...) Algunas veces se otorga al convencimiento discrecional del juez un significado fuertemente subjetivista con tintes de irracionalismo (la íntima convicción); otras, se presupone simplemente que ese convencimiento es algo inefable e incognoscible y, como tal, sustraído a cualquier control racional; más raramente (esta sería una opción aquí asumible), hay quien intenta reconducir la valoración del juez –aún siendo libre– a criterios de juicio y de inferencia racionales y controlables”, Cfr. Prólogo al libro de Jordi Ferrer. Ob. cit., p. 12.

83 “Así, ha ocurrido que el rechazo de las pruebas legales como condiciones suficientes de la condena y de la pena se ha convertido de hecho en la negación de la prueba como condición necesaria de la “libre” convicción sobre la verdad de los presupuestos de una y otra; y que el principio de la libre convicción, en vez de actuar como presupuesto indispensable de la garantía de la carga –o cuando menos de la necesidad– de la prueba, ha entrado en contradicción con ella, haciendo vana toda su función normativa”. Cfr. FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta, Madrid, 1995, p. 139.

84 *Ibidem*, p. 140.

85 Así, FERRER BELTRÁN, J. Ob. cit., pp. 108-113.

86 SERRA DOMÍNGUEZ, M. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo, Madrid 1981, XVI-2, p. 17.

que definan y garanticen esa “libertad” real al juzgador en su labor<sup>87</sup>. La “íntima convicción” o “sana crítica”, que no solapa arbitrariedad o fracaso en la búsqueda de esa “verdad procesal” de la que predica la moderna teoría del proceso, no ha de temer mostrar las razones y hacerlas públicas. Por otro lado, con que deje de ser “íntima” la convicción del juzgador no se habrá perdido nada, pero, a cambio, se habrá ganado un poco más de razón en la decisión y eso aproxima la labor del juez al sentido que debe tener siempre: el de justicia.

La jurisprudencia reciente del TC peruano también parece hacerse eco de la preocupación por la motivación en materia de hechos. Así, nuestro tribunal ha establecido que “una sentencia condenatoria en un proceso penal, debe encontrarse justificada no solo en su aspecto jurídico-normativo sino también en los hechos debidamente probados en los que fundamente la decisión. Así, no basta una mera enunciación de la norma aplicable sino, de manera importante la acreditación de los hechos y la forma en que estos fueron introducidos en el proceso para crear convicción en determinado sentido al juzgador<sup>88</sup>.”

Sin lugar a dudas, la motivación de la premisa fáctica constituye el talón de Aquiles, sobre todo en las resoluciones penales, por cuanto agota la actividad central de los órganos de la justicia penal.

A la luz de lo que hemos podido poner en evidencia, es posible afirmar, con optimismo, que la obra del Tribunal Constitucional, siguiendo logros y defectos de la jurisprudencia comprada, reporta importantes avances para el control de la actividad judicial.

En un momento en que la actividad judicial se promociona como el centro de la racionalidad del Derecho, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales se presenta no solo como la garantía de decisiones justas, sino también como herramienta para la construcción de un modelo de Derecho que se orienta por los criterios de la argumentación racional.

87 La independencia misma del juzgador viene así reforzada con la exigencia de que sus decisiones sean justificadas. Se trata, eso sí, de un criterio de independencia para decidir con razones, no para escudarse y eludir responsabilidades, como suelen hacer lamentablemente los jueces en algunos de nuestros países en América, por ejemplo. La independencia que no viene respaldada en una obligación de dar razones puede encubrir un servilismo al poder de turno, peligroso para la vigencia de los derechos de los ciudadanos. Durante el tiempo de las peores dictaduras en América Latina, los jueces se decían independientes y basaban en último término esa pretendida “independencia”, desde luego no en garantías orgánicas que nos las había, sino en última instancia en “cualidades personales”.

88 Cfr. STC Exp. N° 4226-2004-AA/TC.





# Reflexiones (viejas y nuevas) sobre la pluralidad de instancias y el derecho de acceso a los medios impugnatorios regulados por la ley

*Eugenia Ariano Deho\**

*“Las impugnaciones no son un generoso regalo del legislador a las partes, sino una garantía de civilización, un instrumento que permite al vencido ejercitar concreta y efectivamente su propio derecho de cuestionar las resoluciones del juez, que pueden bien ser erradas e injustas”.*

*Franco Cipriani (1939-2010)  
In memoriam*

**SUMARIO:** **I.** La pluralidad de las instancias como garantía constitucional y su (parcial) plasmación en el Derecho positivo. **II.** El acceso a los recursos previstos por la ley. **III.** El precario acceso a los recursos “creados” por el Tribunal Constitucional. **IV.** Reafirmando mi fe.

## **I. La pluralidad de las instancias como garantía constitucional y su (parcial) plasmación en el Derecho positivo**

### **1. El “modelo” de la pluralidad de instancias**

Como es sabido la Constitución vigente, reproduciendo a la anterior de 1979, ha consagrado como garantía judicial la de la “pluralidad de la instancia” (inc. 6 del art. 139). Con ello nuestra Carta ha confirmado que tal garantía tiene una *cobertura constitucional autónoma* no siendo necesario, como

\* Profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Universidad de Lima y en la Pontificia Universidad Católica del Perú

consecuencia, adscribirla a otro derecho constitucional procesal “mayor” (v. gr., derecho de defensa, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho al debido proceso, etc.<sup>1</sup>), tal como tiene que hacerse en otros ordenamientos<sup>2</sup>.

Ahora bien, nadie sabe con certeza cuál es el alcance *positivo* de la garantía de la “pluralidad de la instancia”, pero de lo que no se puede tener duda es de su alcance *negativo*: ningún proceso (ni penal ni “no penal”) que deba desarrollarse ante los órganos jurisdiccionales estatales, puede estar diseñado por el legislador *a instancia única*, es decir, que se desenvuelva de inicio a fin ante un único juez.

Naturalmente, y eso debe destacarse desde ya, el que el legislador *no pueda* diseñar procesos a instancia única no significa en absoluto que todo proceso *tenga* que pasar por más de una instancia (o sea, por el conocimiento, como se dirá luego, de más de un juez distinto) pues ello queda en la *libre disposición* de los justiciables. En tal sentido, nada impide que las partes, del todo legítimamente, puedan *pactar (pendente lite)* que el proceso se lleve a instancia única<sup>3</sup>,

- 
- 1 Sin embargo, muchos (incluso el Tribunal Constitucional) se esfuerzan en adscribirla a la (genérica) garantía del “debido proceso” sin que ello (al menos entre nosotros) sea para nada necesario. Naturalmente, ello no significa que durante la segunda instancia no se deba respetar el derecho de defensa o respetar el debido proceso. Obviamente la “segunda instancia”, siendo una ulterior fase del mismo proceso ante un juez distinto, debe estar organizada de tal forma que asegure a ambas partes, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio de su derecho de defensa y debe, igualmente, respetar el debido proceso (o sea desenvolverse entre las partes en cabal contradictorio ante un juez tercero, independiente e imparcial).
  - 2 Paradigmático es el caso italiano, en donde los defensores de la apelación (frente a sus numerosos detractores, incluso su Corte Constitucional que no se ha cansado de reiterar que el “segundo grado de jurisdicción” no está constitucionalmente asegurado) tienen dificultades para encontrar su fundamento constitucional, por lo que tienen que adscribirlo al derecho de acción y/o de defensa del art. 24 de su Const. Cfr. referencias (también respecto del sistema español) en mi “En defensa del derecho de impugnar (vicisitudes de una garantía ‘incomprendida’)”. En: *Problemas del proceso civil*. Jurista, Lima, 2003, p. 229 y ss.
  - 3 De allí la licitud constitucional de los pactos de renuncia a los recursos (*rectius*, a la apelación), prevista en el art. 361 CPC (que por cierto, como todo acto de renuncia, la condiciona a la disponibilidad del derecho en juego en el proceso y al que no afecte el orden público, las buenas costumbres o norma imperativa). En esa misma línea se movía el (teórico) recurso de casación *per saltum*, previsto en el derogado (por la Ley N° 29364) art. 389 CPC, que justamente permitía que las partes renunciaran a la apelación, para “saltar” de frente en casación. De allí también, el que sea perfectamente lícito el que el arbitraje se lleve a instancia única y que, incluso, cuando se anule un laudo por haberse emitido fuera de plazo, las partes “decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia” (art. 65.1 lit. f) de la Ley de Arbitraje, D. Leg. N° 1070). Lo que sí es inadmisibles es que se imponga que un proceso ante los jueces estatales se lleve a instancia única, que es, en buena cuenta, lo que dispuso el Tribunal Constitucional en la (sorprendente) STC Exp. N° 5923-2009-PA/TC, sentencia en la que “interpretando” el inc. 6 del art. 78 de la Ley N° 26572 (la anterior Ley General de Arbitraje) dispuso que la propia Sala Superior que había anulado un laudo debía fallar en forma inmediata “sobre la base de lo actuado en el proceso arbitral, pues lo actuado en dicho proceso conserva plena validez ya que no ha sido declarado nulo y porque en el proceso arbitral las partes han ejercido en forma plena su derecho de defensa”. Hay que tener presente que ese laudo había sido

o que la parte que cuente con el interés para promover la ulterior instancia, simplemente no lo haga, o, finalmente, cuando haciéndolo, luego se desista.

Y es que el que el ordenamiento procesal deba diseñar un proceso con instancia “plural” es un *derecho subjetivo del justiciable*, no una *objetiva* exigencia del sistema procesal. Si así fuera, emitida la resolución final de un proceso (cualquier proceso), este debería *necesaria y oficiosamente* pasar al conocimiento de otro juez, siendo indiferente el “querer” de las partes<sup>4</sup>.

## 2. Pluralidad de instancias y el “modelo” de la doble instancia

Pero la Constitución, asegurándoles a los justiciables peruanos la “pluralidad de la instancia”; no ha fijado qué tan “plural” deba ser, dejándolo así como un tema de legalidad ordinaria<sup>5</sup>.

De allí que como en la mayoría de nuestros actuales ordenamientos procesales se contemplen procesos que se sustancian (*rectius*, se pueden sustanciar) en dos instancias, existe la tendencia a considerar que “pluralidad de instancias” y “doble instancia” son, en sustancia, lo mismo.

Sobre ello, hay que precisar que ni histórica ni teóricamente los modelos de la pluralidad de instancias y el de “doble instancia” coinciden.

---

anulado por haberse pronunciado sobre materia no sometida a arbitraje, por lo que no había que pensar mucho para considerar que todo el arbitraje era nulo (por carencia de poder de los árbitros).

4 De allí que la “consulta” aún conservada en nuestro sistema constituye no solo una inoportuna anomalía, sino que su propia existencia es de dudosa constitucionalidad.

5 El Tribunal Constitucional en la Resolución emitida en el Exp. N° 3261-2005-PA/TC, del 8 de julio de 2005, en su f. j. 3 ha sostenido que “(...) este Tribunal tiene dicho que el derecho a la pluralidad de instancias, reconocido en el inciso 6) del artículo 139 de la Constitución, tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal. // Asimismo, tenemos dicho que el problema relativo a cuáles y cuántas deben ser esas instancias jurisdiccionales no ha sido precisado por la disposición constitucional que reconoce tal derecho, por lo que, en base a las exigencias que se derivan del principio de legalidad en la regulación de los derechos fundamentales, artículo 2, inciso 24, ordinal ‘a’, de la Ley Fundamental, el laconismo constitucional de su formulación lingüística debe entenderse en el sentido de que su determinación es una tarea que compete al legislador. En tal sentido, hemos sostenido que el derecho a la pluralidad de instancias es un derecho de configuración legal. // Sin embargo, al mismo tiempo, hemos advertido que la condición de derecho de configuración legal no quiere decir que el legislador pueda decidir si prevé (o no) tales instancias. Dado que el inciso 6) del artículo 139 no precisa cuántas deben ser esas instancias, pero sí que debe establecerse una instancia *plural*, el contenido constitucionalmente garantizado demanda que el legislador prevea, como mínimo, la *doble* instancia. // Sin duda, el número de instancias jurisdiccionales que el legislador contempla, puede variar teniendo en cuenta la naturaleza de las materias que se discuten en cada proceso. Así, por ejemplo, en función de que se trate de un proceso civil, penal, administrativo o constitucional”. Sobre estas consideraciones regresaremos luego.

En efecto, el modelo de la “pluralidad de instancias” (o de pluralidad de “grados” que es lo mismo<sup>6</sup>) implica la posibilidad de que un proceso sea sucesivamente conocido por diversos jueces, tantos como la organización judicial (por lo general jerarquizada) lo permita, hasta ascender hasta el órgano de vértice, cuya decisión prevalece sobre las anteriores, sustituyéndola<sup>7</sup>.

Tal modelo está indisolublemente ligado a la evolución de la organización imperial romana y a la de la ordinarización de la *appellatio*, que de ser un *extraordinarium auxilium*, concedida caso por caso por el emperador devino con el pasar del tiempo “un normal medio de impugnación, a plantearse por cualquier legitimado, en contra de una sentencia válida de otra forma inatacable”<sup>8</sup>, a fin de obtener un nuevo enjuiciamiento sobre una situación ya juzgada por parte del órgano jerárquicamente superior al anterior.

Por lo tanto, el modelo histórico de la “pluralidad de instancias” presupone una organización judicial compuesta por jueces organizados por niveles jerárquicos (de allí aquello de “grado”<sup>9</sup>) a los cuales se accede a través de un medio

6 No llevo a entender la razón por la cual entre nosotros se ha difundido la extraña idea de que no es lo mismo “grado” que “instancia”, cuando en rigor ambos términos aluden a lo mismo y son tranquilamente intercambiables. Ciertamente errónea es la identificación de la palabra “(otro) grado” con la el modelo (austriaco) de la “apelación/revisión” (la *beschränkte Berufung* o apelación limitada) y “(otra) instancia” con el modelo (tradicional) de la “apelación/nuevo juicio” (*volle Berufung* o apelación plena). En Francia, en donde la apelación no es mera revisión de la sentencia de primer “grado” (como sí lo es en Austria), sino que promueve un reenjuiciamiento integral de la controversia que se puede basar, incluso, en nuevos hechos y en nuevas pruebas, se discurre tranquilamente de “segundo grado”. Sobre los diversos modelos de apelación (sus pros y sus contras) cfr. el bello trabajo de PRIETO CASTRO. “Limitaciones de la apelación” (1953). En: *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 351 y ss.

7 De allí que en la tipología de las impugnaciones la doctrina italiana distingue entre impugnaciones *devolutivo-sustitutivas*, que son las que “trasladan” de un juez a otro el poder (es decir, la competencia) para conocer y decidir (sustitutivamente) la controversia ya conocida y (en principio) decidida por un precedente juez, y las impugnaciones *no devolutivas-rescindentes*, que no confieren al juez el poder de conocer y decidir la controversia, sino solo de controlar la *validez* de la resolución impugnada. Sobre esta tipología, vide, por todos, CERINO CANOVA. “Impugnazioni civili”. En: *Enciclopedia giuridica*. Tomo XVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990 (ahora en *Studi di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1992, p. 237 y ss.). Solo una impugnación del primer “tipo” promueve una ulterior instancia. En la tipología de Calamandrei la primera categoría viene denominada “medio de gravamen”, mientras que la segunda “acción de impugnación” (cfr. en su *La Cassazione civile*. Tomo II, Fratelli Bocca, Torino, 1920, Cap. VII).

8 En ese sentido, ORESTANO. “Appello (diritto romano)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 710, en cuya voz se pueden encontrar ulteriores referencias a la apelación romana y sus nexos con la afirmación del poder imperial; cfr., igualmente, PADOA SCHIOPPA. *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*. Tomo I, Giuffrè, Milano, 1967 y más recientemente RANDAZZO. “Doppio grado di giurisdizione e potere politico nel primo secolo dell'Impero”. En: *Atti del Convegno Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 diciembre 2001, consultable en <<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html>>.

9 De hecho, el recuerdo de la jerarquización de la organización política propia del modelo de pluralidad de instancias es lo que ha determinado que la apelación tenga tantos (viejos y nuevos) detractores, que

(la apelación) que permite el total reenjuiciamiento de la controversia ya previamente juzgada.

Por contraposición, el modelo de la “doble instancia” se contenta con la existencia solo de un ulterior “grado” de juicio ante un distinto juez, cuya decisión prevalece sobre la primera y es la que adquiere la “autoridad” de la cosa juzgada.

El modelo de la “doble instancia” encuentra su origen en la decisión “política” de los revolucionarios franceses, que en mayo de 1790, frente al dilema entre mantener la pluralidad de apelaciones o la abolición total de la apelación<sup>10</sup>, adoptaron una fórmula intermedia: la de solo dos grados de jurisdicción (así, el decreto del 1 de mayo 1790, “*il y aurait deux degrés de juridiction en matière civile*”), en fuerza del cual tras el primer juicio se admitió un único reexamen total (*in facto e in iure*) de la controversia ante otro juez, cuya sentencia era ya inapelable. Es así que, frente a las largas y seculares disputas sobre cuál debía ser el idóneo número de instancias que aseguraran la justicia de la decisión<sup>11</sup>, los franceses cortaron por lo sano: dos son suficientes, conformes o no. El “doble grado” será luego confirmado en la Ley del 26 de agosto de 1790, al rediseñar toda la organización judicial francesa e irradiará su influencia sobre el continente europeo poniendo en jaque todo el modelo de pluralidad de instancias.

Como consecuencia, en el nuevo mundo esbozado por los revolucionarios franceses todo proceso debía poder transitar, como máximo, por dos “grados” (o instancias), tras lo cual se tenía la cosa juzgada<sup>12</sup>.

---

ven en él (entre otros tantos “inconvenientes”) un rezago del absolutismo monárquico y de la jerarquización del poder. Vide, por todos, CAPPELLETTI. “Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano” (1969). En: *Proceso, Ideologías y Sociedad*. EJEA, Buenos Aires, 1974, 278 y ss., y, entre nosotros, PRIORI POSADA. “Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción”. En: *Advocatus. Nueva Época*. N° 9, 2003, p. 405 y ss.

- 10 Sobre los términos de la disputa en el seno de la Asamblea Nacional francesa cfr. MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziario italiano*. Tomo IV, quinta edición, Fratelli Bocca, Torino, 1904, p. 407 y ss. (§§ 451-454).
- 11 Sobre las razones del “sistema” de la pluralidad de las instancias señalaba CALAMANDREI. *La Cassazione civile*. Tomo II, cit., § 85, p. 187, que “por cuanto razones de tranquilidad social no permiten hacer depender la validez de lo juzgado de la justicia de su contenido, el proceso debe ser construido de manera que la cosa juzgada no pueda formarse sino a través de garantías que reduzcan al mínimo la probabilidad de una sentencia injusta, y esas garantías deben consistir (además de la exacta observancia de las prescripciones procesales *in procedendo*) en la posibilidad de reiteración del juicio lógico del que la sentencia nace, a través de una serie de *instancias*, o *grados* sucesivos, que constituyan otras tantas fases de un único proceso, cada una de las cuales se cierre con un juicio sobre la relación controvertida, pero solo la última sea idónea para producir un juicio irrevocable (cosa juzgada en sentido formal). De esta manera el proceso no corre ya más desde el inicio hasta el final ante un solo órgano juzgador, sino que, aunque manteniéndose único, se fracciona, se desmiembra, por así decirlo, en una pluralidad de episodios que se desarrollan ante jueces distintos, como un drama que resulta de una sucesión de ‘actos’ escénicos: en donde la finalidad que el proceso se propone lograr es obtenida solamente al término de la última fase procesal, de la cual las precedentes no son que una preparación, un experimento, un ‘bosquejo’”.
- 12 Pero de allí a poco sobreviene otra trascendente decisión: crear el *Tribunal de Cassation*. Es así que por decreto del 27 de noviembre - 1 de diciembre de 1790 la Asamblea Nacional francesa, tras meses

Naturalmente el modelo de la doble instancia no solo no se contenta con una primera decisión sobre la controversia (y sí con la posibilidad de una segunda), sino tampoco tolera la existencia de una tercera, pues es la segunda, por definición, la que pone término en definitiva a la controversia<sup>13</sup>.

### 3. Pluralidad de instancias y el “modelo” de la doble conforme

Ahora bien, tampoco debe confundirse el modelo de la pluralidad de las instancias con el de la *doble conforme*<sup>14</sup> (o *triple conforme*<sup>15</sup>), que constituyó históricamente la “fórmula” ideada para limitar el número de apelaciones.

---

de discusiones, frente al fantasma de los poderosos, rebeldes y tiránicos Parlamentos del *ancien régime* –proclives a dejar de lado la normativa real creando la suya (*arrêts de règlement*)– con la finalidad de asegurar la separación de poderes y la igualdad de franceses ante la ley (única) del Parlamento, instituyeron al órgano encargado de sancionar con la *casación* (o sea con su *cancelación*) a toda sentencia ‘*qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi*’ y –de ser el caso– todo proceso ‘*dans lesquelles les formes auront été violées*’. Nótese, sin embargo, que la creación del Tribunal de Casación es posterior a la “decisión” asamblearia de que los procesos tuvieran solo dos instancias y que con su institución no se pretendía (para nada) crear una “tercera”. Por eso es que los revolucionarios franceses le prohibieron expresamente al neo-Tribunal pronunciarse sobre el fondo del asunto, que es el origen de ese lugar común de considerar que un tribunal de (mera) casación no es juez de “instancia”.

- 13 En ese sentido, RICCI. “Doppio grado di giurisdizione (principio del). I) Diritto processuale civile”. En: *Enciclopedia giuridica*. Tomo XII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, p. 2, para quien justamente la línea de demarcación entre el modelo (para él mera “criatura del pensamiento jurídico”, “paradigma perteneciente al sector de los conceptos de los cuales la ciencia se sirve como instrumento de análisis”) del “doble grado” y los otros modelos a él afines como el de la *pluralidad de grados* y el de la *doble conforme* (de la que se discurrirá *infra* el texto) está justamente en que “la segunda decisión sobre el derecho controvertido se coloca como conclusiva de las fases procesales, en la que la causa puede ser decidida previo examen de los correspondientes problemas de hecho y de derecho”.
- 14 El principio de la “doble conforme” es de origen canónico (y se mantiene hasta hoy en el ordenamiento de la Iglesia: v. inc. 1 del canon 1641 del Código de Derecho Canónico) e irradió su influencia sobre la “jurisdicción secular” como “método” para limitar el número de apelaciones posibles. Sobre el particular, señalaba CALAMANDREI. “Appello civile”. En: *Enciclopedia italiana*. Tomo VII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1929, p. 730 que: “En el derecho estatutario y en el derecho común la apelación conserva en sus grandes líneas la impronta romana: en el entrelazarse de jurisdicciones y en la consecuente incertidumbre de competencias que distingue el periodo intermedio, se nota en las legislaciones una común tendencia a limitar el número de las apelaciones, prescribiendo que la conformidad de dos o de tres sentencias emitidas en la causa por dos o tres jueces de distinto grado (principio de la *doble conforme* o, en otras legislaciones, de la *triple conforme*) excluya cualquier ulterior apelación; y además a instituir y a disciplinar específicas magistraturas permanentes en apelación, casi siempre en varios grados, culminantes en un supremo tribunal de *última instancia* (de *tercera instancia*, en su forma más simple), instituido ante el soberano”. Cfr. también FIORELLI. “Appello (diritto intermedio)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo II, cit., p. 718 para quien con la finalidad de frenar el número de apelaciones, en los últimos tiempos del Medioevo, se zanjó el principio de la doble conforme “según el cual no se admitían ya tantas apelaciones como eran los grados de la magistratura a los que teóricamente se podía recurrir, sino que se consideraba ya no apelable cualquier sentencia que hubiera confirmado otra: el número máximo de apelaciones estaba pues limitado a dos”.
- 15 En el Derecho histórico español regía, por el contrario, el principio de la “triple conforme”. En efecto, señala AIKIN ARALUCE. *El recurso de apelación en el derecho castellano*. Reus, Madrid, 1982, p. 46 que “[s]e estableció que tres sentencias conformes –lo que suponía que la causa había pasado por dos instancias de apelación– tenían fuerza de cosa juzgada: ‘porque tenemos que el pleito es juzgado e

En el modelo de la doble (o triple) conforme existe efectivamente la posibilidad del planteamiento de una pluralidad de apelaciones promotoras de ulteriores instancias, pero la posibilidad de su planteamiento se detiene tan pronto se obtiene una doble (o triple) decisión “conforme”, es decir, con el mismo tenor.

Tal fue el modelo que esbozamos en los albores de nuestra República y que plasmamos (por breve tiempo) en el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852. Hay que tener presente que tal Código se elaboró y entró en vigor, estando vigente la Constitución de 1839, una Constitución que, siguiendo la línea ya trazada por sus predecesoras de 1823, 1826, 1828 y 1834 (que a su vez se inspiraban en la de Cádiz de 1812<sup>16</sup>), había zanjado la regla de que las Cortes Superiores serían competentes para conocer “en segunda y tercera instancia, de todas las causas civiles que conocen los juzgados de primera instancia”, precisando que ello sería así “en los casos y modos que designe la ley” (inc. 1 del art. 121).

*Ergo*, en el diseño constitucional de aquel entonces todo proceso “común” (civil y penal) debía poder pasar hasta por tres instancias, debiendo ser las últimas dos de competencia de las Cortes Superiores.

Pues bien, en el ámbito civil, el Código de 1852 plasmó esta directiva constitucional estableciendo por un lado, la apelación como medio para promover la “segunda instancia”<sup>17</sup> y, por el otro, la súplica para promover la “tercera instancia”<sup>18</sup>. La primera como “remedio” general contra las sentencias

---

examinado por tres juicios acordados en uno, que es tanto y fecho derecho’, como explicará el Espéculo. Las Partidas también establecían que la sentencia confirmada por dos apelaciones sucesivas era insuplicable, norma que se ratifica en una Ordenanza de 1502 de los Reyes Católicos y pasa a la Recopilación de Castilla”. En el modelo de la triple conforme las instancias podían llegar a ser cinco (hasta lograr, justamente, una sentencia triplemente conforme).

- 16 En efecto, Constitución de Cádiz de 1812, bajo la premisa de que “en todo negocio, cualquiera que sea su cuantía, habrá a lo más tres instancias y tres sentencias definitivas pronunciadas en ellas” (art. 285), estableció que la segunda y tercera instancia de las causas civiles le “pertenería” a las “audiencias” (art. 263). Bajo este molde, nuestra Constitución de 1823 dispuso, por un lado, que “[n]o se conocen más que tres instancias en los juicios” (art. 113) y, por el otro, que el conocimiento de todas las causas civiles en segunda y tercera instancia le correspondía a las Cortes Superiores (inc. 1 del art. 102); por su parte la (efímera) Constitución de 1826, reiterando aquello de que “no se conocen más que tres instancias en los juicios” (art. 115), dispuso igualmente que el conocimiento en segunda y tercera instancia de todas las causas civiles del fuero común le correspondía a las “Cortes de distrito judicial” (inc. 1 del art. 107). La Constitución de 1828, con una ligera variante frente a sus predecesoras, establecerá que: “No habrá más que tres instancias en los juicios, limitándose la tercera a los casos que designe la ley” (art. 124), con reiteración de la atribución a las Cortes Superiores del conocimiento de las causas civiles en segunda y tercera instancia. Finalmente, la Constitución de 1834, pese a ya no indicar el número máximo de instancias, reiterará que el conocimiento de todas las causas civiles en segunda y tercera instancia le correspondía a las Cortes Superiores.
- 17 Hecho evidente por el propio epígrafe del Título Primero de la Sección Primera del Libro Tercero del Código de 1852: “De la apelación o segunda instancia”.
- 18 Evidenciado –también– en el epígrafe del Título Segundo de la Sección Primera del Libro Tercero: “De las súplicas o terceras instancias”.

“injustas” (arts. 1648<sup>19</sup>) y la segunda como “remedio” limitado a los casos en los que se hubiera perdido la causa “en segunda instancia, ante una Corte de Justicia” (art. 1716<sup>20</sup>), siempre que “las sentencias o autos pronunciados en vista” no fueran confirmatorios de los de primera instancia (art. 1717<sup>21</sup>). Ergo, la súplica (o sea el medio para promover la tercera instancia) estaba claramente preordenada a lograr la “doble conforme”<sup>22</sup>.

Nuestro modelo de “doble conforme” fue tirado al canasto por Decreto Dictatorial de Ramón Castilla del 31 de marzo de 1855, en atención a que se consideró (erróneamente) que su función podía bien ser asumida por el “recurso extraordinario de nulidad” de competencia de la Corte Suprema<sup>23</sup>.

19 En rigor, el art. 1648 del Código de 1852 establecía, cuales “remedios contra las sentencias injustas”: “la apelación, la súplica, la restitución por entero y la nulidad”. Sin embargo, ni la súplica (ver nota siguiente), ni la restitución por entero (art. 1654 y ss.), ni “la nulidad” (*rectius*, el “recurso de nulidad” de los arts. 1733 y ss.), eran “remedios generales”, porque no procedían en todos los casos. Por lo tanto, el único remedio “general” (en cuanto no condicionado) era la apelación. Cabe señalar que el art. 1647 del Código de 1852 indicaba que era “injusta la sentencia pronunciada contra el derecho probado de la parte, o contra ley expresa”.

20 Decía el art. 1716 del Código de 1852 que: “El que ha perdido su causa en segunda instancia, ante una Corte de Justicia o tribunal especial, puede suplicar del todo o parte de la sentencia, en los casos que no estén exceptuados por este código”.

21 En efecto, disponía el art. 1717 del Código de 1852 que: “No se admitirá súplica o tercera instancia en las sentencias o autos pronunciados en vista, confirmatorios de los de primera instancia”.

22 Cabe aclarar que la *súplica* era una auténtica segunda apelación, pero no se le llamó así por cuanto la competencia para conocer de la tercera instancia que promovía, le correspondía a un órgano judicial del mismo nivel de aquel que había llevado a cabo la segunda instancia (una sala de la Corte Superior, que debía tener distinta composición y que resolvía con un número mayor de magistrados, art. 1730 (“En revista los vocales serán diversos de los que resolvieron la apelación; y habrá uno más sobre el número de los que conocieron en vista”). Por lo tanto, siendo un remedio “horizontal” (y no “vertical” como lo era tradicionalmente la apelación), se optó por denominarla “súplica”, evocando así el nombre que en el derecho castellano adoptó el remedio a plantear en contra de las sentencias de los Tribunales Supremos (Audiencias y Chancillerías reales): la “suplicación” (sobre el “sistema” de recursos en el Derecho histórico español previo a la codificación, cfr. MONTERO AROCA. “La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. La consolidación del proceso común”. En: *Ensayos de Derecho Procesal*. J. M. Bosch, Barcelona, 1996, p. 227 y ss).

23 Disponía el art. 1733 del Código de 1852 que: “Se da a las partes el remedio del recurso extraordinario de nulidad, contra las sentencias o autos de las cortes de justicia y de los demás tribunales superiores que causan ejecutoria, en los casos siguientes: 1) Por falta de jurisdicción en los jueces, o de personería legítima en las partes; 2) Por ocurrir alguno de los casos del artículo 1649; 3) Por desnaturalizarse la causa, haciéndose ordinaria la que es ejecutiva o sumaria; criminal la que es civil, y viceversa; 4) Por la infracción de los artículos constitucionales relativos a la administración de justicia; 5) Por haberse pronunciado la sentencia contra ley expresa”.

Hay que evidenciar que el recurso de nulidad del Código de 1852 era realmente “extraordinario”, en cuanto se dirigía en contra de sentencias o autos “que causa[ban] ejecutoria” (o sea, frente resoluciones ya dotadas de autoridad de cosa juzgada), sentencias que ya se podían llevar a ejecución conforme a lo dispuesto en el art. 1741 (“La interposición del recurso de nulidad no impedirá que se lleve a efecto la sentencia ejecutoriada, dándose por la parte que pidiere la ejecución la correspondiente fianza de estar a las resultas, si se declara la nulidad”).

Igualmente, nótese, que el recurso tenía motivos limitados (que debían ser, como es obvio, indicados por el recurrente, art. 1738) y entre ellos estaba (ni más ni menos...) “la infracción de los artículos



La supresión de la *súplica* es (históricamente) trascendente, pues con ello, en buena cuenta, “trasformamos” a la Corte Suprema *en juez de tercera instancia*<sup>24</sup>, algo que –podemos tener la certeza– nunca estuvo en la mente de nuestros padres constituyentes, quienes (siguiendo más que probablemente a la Constitución de Cádiz de 1812<sup>25</sup>) no querían que en las causas ordinarias el órgano supremo fuera un juez de “instancia”, sino un mero controlador de la regularidad formal del proceso, vía la promoción del “recurso de nulidad”<sup>26</sup>.

24 constitucionales relativos a la administración de justicia” y el “haberse pronunciado la sentencia contra ley expresa”. Solo en este último caso, la Corte Suprema, de declarar la nulidad, estaba autorizada a pronunciarse “al mismo tiempo sobre lo principal” (art. 1751). En los demás, “lo mismo que cualquier tribunal”, debía reponer “la causa al estado en que se cometió alguno de los vicios que anulan el juicio”. Queda claro es que el recurso de nulidad –en el diseño original del Código de 1852– no podía ser medio para hacer valer la “injusticia de la sentencia” *in facti*, sino solo *in iure*, o sea, por haberse dado “contra ley expresa”, que según el art. 1750 debía ser la “peruana” y no “deducciones, doctrinas o leyes extrañas”.

Lo decía expresamente el Decreto del 31 de marzo de 1855 en su segundo considerando: “Que, con la facultad que la Corte Suprema tiene para fallar sobre lo principal en una causa por el art. 1751 del Código de Enjuiciamientos, se presta a las partes todas las garantías que podrían apeteecer de una tercera instancia; y que en consecuencia la supresión de la súplica evita una cuarta instancia y abrevia notablemente la tramitación de los juicios”. El art. 6 del Decreto indicaba que: “En todo caso, el tribunal que conoce del recurso de nulidad, podrá usar de cuantas facultades tenía el de súplica para reformar o revocar las resoluciones de vista”. Ergo, resulta claro que la Corte Suprema, por este decreto, fue efectivamente “trasformada” en juez de tercera instancia con el poder de emitir una sentencia sustitutiva de la de “vista”. Solo teniendo presente este dato se puede entender que los autores del CPC de 1912 dijieran en su Exposición de Motivos que “[p]unto trascendental y de carácter previo que el legislador ha tenido que solucionar, ha sido el de ver si debía convertirse á la Corte Suprema en un verdadero Tribunal de Casación *ó* subsistir como tribunal revisor, como una tercera instancia. // Como aparece de este título ha optado por lo segundo (...). [L]os tribunales de rigurosa casación se limitan a examinar si en la resolución recurrida hay infracción de ley, no tienen la facultad de apreciar las pruebas producidas para acreditar los hechos alegados, y esta sola consideración es bastante para justificar que esta ley *no introduzca ninguna variación* en el régimen del Código de Enjuiciamientos” (cfr. en CALLE. *Código de Procedimientos Civiles*. El Lucero, Lima, 1912, p. 584, cursiva mía).

25 Basta confrontar el art. 261 de la Constitución de Cádiz con los respectivos de nuestras Constituciones de 1823 (art. 100), de 1826 (art. 105), de 1828 (art. 111), de 1834 (art. 114) y de 1839 (art. 103) para advertir su influencia en las atribuciones asignadas constitucionalmente a nuestra Corte Suprema.

26 Sobre que los constituyentes de Cádiz no pretendieran atribuirle a su (neo) Tribunal Supremo de Justicia funciones al estilo del Tribunal de Casación francés, cfr. FAIRÉN GUILLÉN. “La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)”. En: *Temas del Ordenamiento Procesal*. Tomo I, Tecnos, Madrid, 1969, p. 195 y ss. Para BRIGUGLIO. *Storia e riforma della Cassazione civile spagnola*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. 1991, p. 144 y s., el que el recurso de nulidad previsto por el inc. 9 del art. 261 de la Constitución de Cádiz solo procediera por violaciones de normas procesales constituye una “interesante reafirmación de una idea que tiene raíces antiguas y variadamente ramificadas, pero que en época reciente ha encontrado linfa y vigor nuevos. Justamente en versión moderna, ella puede exponerse sintéticamente así: el proceso, sus reglas, y su estructura centrada sobre los elementos fundamentales de la imparcialidad del órgano juzgador, del principio *nemo iudex sine actore* y del contradictorio, constituyen el marco, el límite y la garantía de justicia de la función interpretativa del juez. Tal función es ineliminable y asume incontrastablemente un carácter variadamente evolutivo del derecho en cuestión. Ella encuentra, sin embargo, legitimación justamente en la ‘forma procesal’ a través de la cual es ejercitada en relación a un caso concreto”.

Con la supresión de la súplica, el principio de la “doble conforme” terminó desapareciendo de nuestro ordenamiento, pues la “doble conformidad” no era un impedimento para la promoción del recurso de nulidad (ya, indirectamente, promotor de una tercera instancia) como sí lo era para la súplica<sup>27</sup>.

27 Como he dicho en el texto, lo de la “doble conforme” constituye un mecanismo para frenar las apelaciones. Hay que agregar que la “doble conforme” nada (pero nada) tiene que ver con el sistema de la casación, pues cuando un ordenamiento prevé que su Tribunal Supremo sea un órgano de casación con función de “nomofilaquia” (como se pretende que sea nuestra Corte Suprema) dos conformes “aplicaciones inadecuadas” del derecho no deberían de privar de razón de ser a un recurso concebido como “garantía objetiva” (del ordenamiento) y no como una “garantía subjetiva” (del litigante). Por ello, establecer como resolución “casable” solo aquella sentencia (o auto) que sea “disconforme” con la resolución apelada es contradictorio con los “fines nomofilácticos” del recurso. Sin embargo, en el año 2009 estuvimos a un paso de establecer como criterio “filtro” del recurso de casación el que la resolución impugnada no fuera “conforme” con la resolución apelada, tal como aparecía en el Proyecto elaborado por Juan Monroy Gálvez y que sirvió de base para la reforma operada por la Ley N° 29364. Cfr. la propuesta en (al menos en una de sus “versiones”) en MONROY GÁLVEZ y MONROY PALACIOS. “El Recurso de casación y su imprescindible reforma”. En: *Athina. Revista de Derecho de los Alumnos de la Universidad de Lima*. N° 2, 2007, p. 41, la que fue así justificada: “Si el proceso es como tal una angustia para los que litigan, que este se prolongue resulta poco menos que un castigo del infierno. En tal sentido, la doctrina reconoce que está satisfecha la tutela procesal de los litigantes cuando estos reciben dos decisiones judiciales en un mismo sentido. Por lo tanto, se propone que cuando ello ocurra, el proceso quedará concluido no siendo procedente el recurso”. No sé a cual “doctrina” se refiera (quizá a la canónica). Reitero que lo de la “doble conforme” nada tiene que ver con el “sistema” de la casación, sino (en tiempos modernos) con la posibilidad (o no) de una tercera instancia. El D. Leg. N° 1067, al modificar la Ley N° 27584 (Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo) introdujo respecto de los (llamados) “procesos urgentes” como supuesto de improcedencia del recurso de casación el que “las resoluciones de segundo grado confirmen las de primera instancia, en caso de amparar la pretensión” (v. art. 35 TUO LPCA). La intención era obvia: evitar que el procedimiento recursivo suspendiera la ejecución de la sentencia en este tipo de procesos definidos “urgentes”. Pero lo mismo se hubiera logrado disponiendo más simplemente que el recurso no tuviera efecto suspensivo. Reitero: la doble conformidad nada tiene que ver con el sistema de la casación. Tal como lo señala PANZAROLA. *La Cassazione civile giudice del merito*. Tomo I, Giappichelli, Torino, 2005, p. 308, para diferenciar el sistema de la casación del de la tercera instancia, “La importancia determinante del principio llamado de la ‘doble conforme’ es indubitable. ¿La ‘tercera instancia?’ ‘He aquí’, respondía Matteo Pescatore, ‘la fórmula: ‘Tizio sostiene una litis y la pierde ante el Tribunal: se apela a la corte y la pierde nuevamente: así basta: Tizio no tiene la razón: si ante el tribunal la pierde, y en la corte la gana, o viceversa, entonces interviene un tribunal superior, y decide definitivamente en tercera y última instancia’”. // Debe pues buscarse la correcta perspectiva histórica. Esa ‘ley’ que la tercera instancia tutela, por otro lado, no es la ‘ley’ de la Casación. La mayúscula es solo de esta última (como dirá Salvatore Satta de la *loi*), y no de aquella. La ‘ley’ de la (originaria) Corte de Casación ‘está sola per se, como el arte por el arte’ (...). Conscientes de ello, agregaremos que la ley de la tercera instancia era la ley... ¡con minúscula!”. Recientemente Portugal, por Decreto-Ley N° 303/2007, ha modificado su sistema de recursos y ha establecido para la “revista” (recurso que promueve una tercera instancia limitada ante su Supremo Tribunal de Justicia, al estilo de la revisión alemana o austriaca) la regla de su inadmisibilidad cuando medie “doble conforme” (v. art. 712.3 CPC Portugal). Hay que notar, sin embargo, que si procede la *revista excepcional* contra la decisión conforme a la primera cuando la intervención del Supremo Tribunal de Justicia se presente –digámoslo sintéticamente así– “importante” en términos jurídicos (v. art. 721-A CPC Portugal). Sobre la reforma recursiva portuguesa, cfr. CORREIA DE MENDONÇA-ANTUNES. *Dos recursos (Regime do Decreto-Ley N° 303/2007)*. Quid Juris, Lisboa, 2009, *passim*, especialmente para la “doble conforme”, p. 266.

Es así que hasta el advenimiento del Código Procesal Civil de 1993 en el campo del proceso civil nos continuamos moviendo dentro de un modelo de pluralidad de instancias, ya que el Código de Procedimientos Civiles, confirmando a la apelación como promotora de la segunda instancia (art. 1102 y ss., justamente bajo el epígrafe “Segunda Instancia”), consagró un (llamado) recurso de nulidad (art. 1122 y ss.) promotor de una tercera instancia (aunque con ciertas limitaciones<sup>28</sup>) de competencia de la Corte Suprema de Justicia.

#### 4. El “mínimo” constitucionalmente asegurado de la “pluralidad de instancias”

Dando por bueno que “el inciso 6) del artículo 139 no precisa cuántas deben ser esas instancias, pero sí que debe establecerse una instancia *plural*, el contenido constitucionalmente garantizado demanda que el legislador prevea, como mínimo, la *doble* instancia”<sup>29</sup>, queda por ver si realmente el medio que, histórica y tradicionalmente (y se diría “universalmente”), ha sido el encargado de promoverla (la apelación) realmente promueve una ulterior instancia.

*In primis*, para ello, habría que partir de lo que se entiende por “instancia”, pues caso contrario mal podríamos entrar al análisis de la subsiguiente (o subsiguientes).

Pues bien ¿qué debe entenderse por “instancia”? En mi concepto “instancia” implica el íntegro desarrollo del proceso (se entiende declarativo), es decir, desde el inicio (con la demanda) hasta la sentencia, pasando por todas las etapas que este requiera para obtener un pronunciamiento sobre la demanda (y en su caso, la reconvencción).

De allí que solo podremos hablar de agotamiento o finalización de la *instancia* cuando el proceso haya terminado por sentencia, habiendo pasado por todas las fases necesarias hasta llegar a la fase de decisión<sup>30</sup>. Ergo, cuando un proceso que estaba en su primera instancia, concluye por auto (porque, p. ej., se declara fundada una excepción procesal, o se declara el abandono, etc.) esa

28 Limitaciones en su procedencia (v. art. 1125 respecto de la cuantía), respecto de las resoluciones recurribles (v. art. 1127); y respecto de la posibilidad de presentar nuevos “instrumentos” durante su sustanciación (v. art. 1132).

29 Así en el ya recordado f. j. 3 de la RTC Exp. N° 3261-2005-PA/TC.

30 Téngase en cuenta que para nuestro ordenamiento procesal civil la sentencia, *ex art.* 121 CPC, como resolución judicial, está funcionalmente prevista para poner fin “al proceso o a la instancia”. Y ello es así porque nosotros no conocemos ya ni las sentencias interlocutorias (que han sido sustituidas por los autos) ni mucho menos las sentencias parciales. Lo propio ocurre en materia penal.

resolución conclusiva del proceso no pone fin a la instancia, sino que (aunque suene raro) más bien la “frustra”.

En atención a ello, estoy (ya) absolutamente convencida de que la directiva constitucional de la “instancia plural” no implica en absoluto el que toda resolución a emitirse durante el desarrollo del proceso sea “impugnable” ante un juez distinto del que la emitió<sup>31</sup>, sino solo el que una vez cerrada la primera instancia del proceso con la emisión de la sentencia (de fondo o no), se prevea (al menos) un medio para que esta pueda *renovarse* ante un juez distinto.

De allí la pregunta: si la apelación es indiscutidamente el medio para “renovar” la instancia ante un juez distinto del primero, ¿su regulación positiva realmente le hace absolver esta función?

En lo que atañe a la apelación civil de las sentencias<sup>32</sup>, tengo mis severas dudas, porque su actual regulación en el CPC de 1993, condicionada como está a que el apelante fundamente su recurso (con expresa indicación, *ex art. 366 CPC*, del error de hecho o de derecho incurrido en la apelada)<sup>33</sup>, así como el

31 Cfr. mi “En defensa del derecho de impugnar (vicisitudes de una garantía ‘incomprendida’)”. En: *Problemas del proceso civil*. Jurista, Lima, 2003, p. 229 y ss., en el sentido de que la previsión del inc. 6 del art. 139 Const. no cubre a la impugnación de los autos (ni los “finales”, ni los “intermedios”), lo que no significa que no exista un fundamento constitucional respecto de la previsión legal de tal impugnación, la que no puede ser (en este caso sí) sino el derecho a un debido proceso: en el caso de los autos “finales” a que la instancia se articule por todas sus fases; la de los “interlocutorios” a que tal instancia se lleve con todas las garantías. Sobre el punto, cfr. mi “En la búsqueda de nuestro “modelo” de apelación civil”. En: *Revista de la Maestría de Derecho Procesal de la PUCP*. Año 2, N° 2, dic. 2008, en: <[http://pergamo.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/derechoprocesal/la\\_apelacion\\_buscada\\_-\\_eugenia\\_ariano.pdf](http://pergamo.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/derechoprocesal/la_apelacion_buscada_-_eugenia_ariano.pdf)>.

32 Téngase en cuenta que la apelación del CPC de 1993 se aplica en el ámbito laboral, en el contencioso-administrativo, en los procesos de menores (los regulados en el Código de los Niños y Adolescentes) y en los procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento regulados en el Código Procesal Constitucional, es decir, a todos los procesos “no penales”.

33 Tal como lo señaló hace muchos años Piero Calamandrei, en el contexto del Código italiano de 1865, “el derecho de apelación no está dado, pues, en cuanto la sentencia apelada sea defectuosa, sino en cuanto la sentencia apelada es de primer grado; él no constituye el derecho a obtener una sentencia más favorable de la apelada, sino el derecho a obtener del juez superior una nueva sentencia (que puede tener el mismo contenido de la primera). Objeto del juicio de apelación no es la sentencia del primer juez, sino directamente la relación controvertida” (así en “Appello civile”. En: *Enciclopedia italiana*. Vol. II, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1929, p. 731). Mis dudas sobre constitucionalidad de la apelación tal como regulada en el CPC de 1993 las expresé ya en mi “Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso”. En: *Advocatus. Nueva Epoca*. N° 9, 2003, p. 395 y ss., especialmente p. 398 y s., a cuyo texto me remito. Cabe aclarar que el acto de apelación debería servir solo para circunscribir el extremo (cuando hay varios) de lo que será examinado y decidido por el segundo juez (en cabal aplicación del adagio *tantum devolutum, quantum appellatum*). Que luego, para tratar de convencer al ad quem que se tiene la razón, el apelante critique la sentencia (desfavorable) es otro cantar, pues una cosa es imponer una apelación “crítica” (bajo sanción de improcedencia) y otra muy distinta que quien apela, argumente *pro se* (que era la función de la –meramente facultativa– “expresión de agravios” del CPC de 1912). Es que resulta claro que los autores del CPC de 1993, en todo pensaron menos que el justiciable peruano tenía el derecho constitucional a que su proceso pasara por más de una instancia.

que *como regla* no se pueda alegar hechos no alegados en la primera instancia y aportar nuevas pruebas (salvo la de la todo excepcional posibilidad del art. 374 CPC, por lo demás circunscrita a “hechos nuevos”) difícilmente “calza” con el de ser el medio enderezado a renovar *ex novo* la instancia ante el (segundo) distinto juez<sup>34</sup>, que es lo que (a mi entender) nos asegura la Constitución<sup>35</sup>.

En el ámbito penal, el nuevo Código Procesal Penal del 2004, pese a tener una regulación más detallada (y se diría garantista) de la apelación de sentencias (v. art. 421 a 426) padece del mismo “problema” de la apelación civil: no constituye una apelación plena y como tal no está en aptitud de ser promotora de una verdadera segunda instancia<sup>36</sup>.

34 Tal como lo señala MONTERO AROCA. “El recurso de apelación”. En: *Proceso (civil y penal) garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 299 y ss.: “En sentido jurídico estricto cuando se habla de doble grado o de doble instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero. El doble grado o instancia permite dos pronunciamientos sobre el objeto del proceso y sobre el objeto del debate”. Agregando que: “Correctamente entendido el doble grado o instancia, hay que decir que el recurso de apelación, tal como ha sido tradicionalmente regulado en el proceso civil español no daba ni da lugar a una verdadera segunda instancia. En nuestra tradición jurídica no ha existido nunca una doble instancia en sentido estricto y tampoco existe en la actualidad, y ello a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia se refieran con reiteración a segunda instancia. Lo que hemos tenido y tenemos es una apelación limitada, no una apelación plena”. Ergo, para Montero, solo una apelación plena (es decir, aquella que “supone que el tribunal superior, al realizar el examen del tema de fondo y al decidir sobre el mismo, cuenta con todos los materiales de hecho y probatorios con que contó el tribunal de la primera instancia, más aquellos otros materiales que las partes han aportado en el procedimiento de la segunda”) es la que plasma una verdadera segunda instancia. Hay que decir que en la secular historia de la apelación, desde sus orígenes (imperiales) romanos siempre fue “plena”, y así se mantuvo en el Medioevo italiano y francés, y fue (hay que decirlo) lo que se plasmó (en cabal “independencia” de sus antecedentes hispánicos) tanto el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852 como el Código de Procedimientos Civiles de 1912, cuerpos normativos que permitían que en segunda instancia *non deducta deducendi et non probata probandi*. Sobre el tema la apelación en nuestras dos codificaciones procesales, cfr. mi “En la búsqueda de nuestro “modelo” de apelación civil”, cit.

35 Por cierto, el que en el procedimiento de apelación se puedan aportar nuevos hechos, es lo que da por sobreentendido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que en recientes pronunciamientos (a partir de la sentencia de Interpretación Prejudicial emitida en el Proceso 106-IP-2009, del 21 de abril de 2009, consultable en: <[http://www.comunidadandina.org/canprocedimientosinternet/interpretacion\\_prejudicial.htm](http://www.comunidadandina.org/canprocedimientosinternet/interpretacion_prejudicial.htm)>), ha considerado que quien tiene que promover obligatoriamente la interpretación prejudicial de la normativa comunitaria es el órgano de última instancia (o sea el juez de apelación) y no la Corte Suprema en sede de casación por cuanto “Es pertinente advertir que, por regla general, el recurso de casación no puede ser considerado como una nueva instancia, por lo que no se pueden introducir hechos nuevos en el debate ni tampoco discutir los problemas fácticos de la sentencia”. Ergo, resulta evidente que para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es consustancial a ser órgano jurisdiccional de “instancia” la posibilidad de introducción de “hechos nuevos”. Me siento complacida (aunque sospecho que el Tribunal de Justicia de la CAN no conozca muy bien nuestro recurso de casación civil, que es de “casación” solo porque así lo llamaron, siendo en realidad promotor de una tercera instancia “algo” encubierta).

36 Si la regulación de la apelación del CPP de 2004 presenta un “déficit” a los efectos de ser considerado promotor de una verdadera segunda instancia, está, en cambio, plenamente conforme con la exigencia del art. 8.2.h del Pacto de San José, que consagra como derecho de toda persona el de “recurrir del fallo

Si ello es así, resulta que nuestros ordenamientos procesales no están muy acordes con nuestra previsión constitucional. Quizá ello se deba a la incertidumbre en el que está sumergido el “concepto” mismo de “pluralidad de las instancias”, pero lo cierto es que para satisfacer plenamente la exigencia constitucional, no basta que se prevea un medio que permita que otro juez simplemente “revise” lo decidido de primera, sino de uno que pueda permitir remediar no solo los errores que pudiera haber cometido el juez a quo al resolver, sino también aquellos errores u omisiones en las que pudieran haber incurrido las propias partes (lo que debería implicar la apertura a lo “nuevo” en apelación, sin preclusión de ningún tipo).

De lo que sí debemos tener conciencia es que a estar a lo previsto por el inc. 6 del art. 139 de la Constitución vigente, el legislador ordinario no es libre de regular como estime oportuno el medio que permite acceder a la segunda instancia (p. ej. limitando las resoluciones apelables o los motivos en los que el recurso puede fundarse), sino que, salvo naturalmente la existencia de un plazo para su promoción (que encuentra su ratio, en la protección de la contraparte a que sobre lo decidido se forme cosa juzgada, también de relevancia constitucional), tiene que librarlo de toda barrera que obstaculice su promoción y el cabal desenvolvimiento del reenjuiciamiento.

## **5. Los procesos con (auténtica) pluralidad de instancias constitucionalmente asegurada**

La Constitución vigente, en el inc. 2 de su art. 202, ha sido muy clara en establecer las competencias del Tribunal Constitucional (TC) en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento: “conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento”.

Ello, *in primis*, significa que la competencia del TC en este tipo de procesos está bastante circunscrita, en cuanto: *a*) no puede ser jamás juez de primera instancia, por lo que ello debe corresponderle a “otros” órganos jurisdiccionales; y *b*) solo puede ser juez de “última y definitiva instancia” cuando esos “otros” hayan denegado la tutela pretendida.

---

ante juez o tribunal superior”. Sobre los alcances de la norma convencional, cfr. la Sentencia del la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 2 de julio de 2004, Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica (consultable en: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)>), en especial los fundamentos 158-168 (en sustancia se consideró que la previsión en el derecho interno de un remedio meramente casatorio no satisface la previsión convencional).

Como en el propio diseño constitucional los “otros” órganos jurisdiccionales no pueden sino ser los que componen el Poder Judicial (art. 138 e inc. 1 del art. 139 Const.) y como la propia Constitución impone que no se puedan establecer procesos a instancia única (inc. 6 del art. 139 Const.), el legislador (que no puede sino ser el Congreso de la República<sup>37</sup>) tenía (y tiene), en materia, dos directivas constitucionales por demás claras e ineludibles: a) el Tribunal Constitucional no puede ser juez de única instancia en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento (tiene que ser juez de “última y definitiva instancia”); y, como consecuencia, b) estos procesos deben estar diseñados para que se puedan llevar, como mínimo en dos instancias, ante los órganos del Poder Judicial.

Al momento, el (llamado) Código Procesal Constitucional (CPConst.)<sup>38</sup>, plasma estas directivas constitucionales, estableciendo que la primera instancia de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento se lleven ante los que la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) denomina “Jueces Especializados” (los Penales en el caso del hábeas corpus, y los Civiles en los demás, art. 28 y 51, respectivamente<sup>39</sup>), mientras que la segunda instancia, a activarse con la apelación (arts. 35 y 57), le corresponde a las Salas de la Corte Superior<sup>40</sup>.

Por lo que atañe a la competencia del TC para conocer “en última y definitiva instancia”, el CPConst. ha previsto el “medio” para hacerla efectiva bajo el (por demás exótico) nombre de “recurso de agravio constitucional”, lacónicamente regulado en sus arts. 18 y 20.

El “recurso de agravio constitucional” es el que plasma la directiva que le imponía la Constitución, en cuanto viene concebido como el *medio para*

37 Digo que no puede ser sino el Congreso de la República, por cuanto el art. 200 Const. establece que por ley orgánica se “regula” el ejercicio de las garantías constitucionales allí establecidas. Decir “ley orgánica” es decir indelegabilidad de la potestad legislativa tanto al Ejecutivo como a la Comisión Permanente, tal como lo establece en el inc. 4 del art. 101 y 104 Const.

38 Ley N° 28237, que en rigor (nos guste o no), si fuéramos respetuosos de la Constitución, debió llamarse “Ley Orgánica de Garantías Constitucionales”.

39 Los Juzgados de la Especialidad Constitucional “instaurados” (sic) por Resolución Administrativa N° 319-2008-CE/PJ, del 17 de diciembre de 2008 (publicada en *El Peruano* el 28/01/2009) en la Corte Superior de Justicia de Lima son (a mí no me cabe duda) inconstitucionales, si nos tomamos en serio el art. 143 de la Const. que establece que son órganos jurisdiccionales del Poder Judicial “las cortes y juzgados que determine su Ley Orgánica”.

40 Tal es el régimen de competencias “funcionales” que resulta de la de Ley N° 29364 que deroga los últimos dos párrafos del art. 5 del Código Procesal Constitucional, es decir, los que le daban competencia a las Salas Civiles Superiores para conocer de la primera instancia de los amparos contra resoluciones judiciales.

*impugnar las resoluciones “de segundo grado” que declaran infundadas o improcedentes las demandas de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, habilitándose así que el TC ejerza sus atribuciones de ser juez “último y definitivo” en este tipo de causas.*

Por su esencia el (llamado) *recurso de agravio constitucional* no es más que una impugnación *devolutivo-sustitutiva*<sup>41</sup> (o sea, una apelación con otro nombre), que justamente permite que el TC adquiera el poder de conocer “en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”, y su única “peculiaridad” es que está previsto solo para el demandante (porque así lo quiso la Constitución).

Ahora, la circunstancia de que el *recurso de agravio constitucional* solo esté previsto a favor del demandante al que se le haya denegado la tutela requerida, se deriva de la obvia consideración de que hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento son mecanismos procesales de protección de los derechos constitucionales a favor de quien los considere amenazados o lesionados, por lo que es del todo razonable que se prevea (desde las alturas de la Constitución) el que *solo los demandantes tengan una instancia más* a su disposición, instancia justamente provocada por el (llamado) *recurso de agravio constitucional*, a llevarse a cabo ante el Tribunal Constitucional, sin que puedan existir limitaciones de motivos de recurso ni las consecuentes limitaciones de la cognición del Tribunal<sup>42</sup>.

Por lo tanto, en el ámbito de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento los justiciables peruanos que vean denegada la tutela pretendida en ellos en las instancias llevadas ante los órganos del Poder Judicial, *tienen constitucionalmente garantizada* una instancia más: ni más ni menos que ante el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional, fundándose en aquella (autoatribuida) “autonomía procesal” que (supuestamente) le permitiría “tener

41 Sobre esta tipología, vide nota 7.

42 Que un recurso pueda establecerse a favor de solo una de las partes no tiene nada de extraño. De hecho el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14.5 establece que: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el *fallo condenatorio* y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley”, o sea que los Estados-parte (siempre que ello sea compatible con su derecho interno) podrían perfectamente establecer una apelación (o como se le quiera llamar) *solo* a favor del condenado y no, frente a la sentencia absolutoria, a favor, por ejemplo, del Ministerio Público (o de los agraviados). Téngase en cuenta que en el año 2006 el legislador italiano intentó esto último, pero fue declarado inconstitucional por su Corte Constitucional (v. la sentencia N° 26/2007, del 6 de febrero de 2007, consultable en: <[www.costecostituzionale.it](http://www.costecostituzionale.it)>).



libertad para configurar el proceso constitucional en aquellos aspectos que no hayan sido intencionalmente regulados por el legislador<sup>43</sup>, en una cuestionable sentencia emitida el 27 de enero de 2006 (Exp. N° 2877-2005-PHC/TC<sup>44</sup>) estableció bajo la “fórmula” del (pseudo) “precedente vinculante” una serie de criterios restrictivos respecto de la procedencia del recurso de agravio constitucional (no previstos ni por asomo en el CPConst.), criterios estos todos enderezados a filtrar en masa los recursos y a *limitar el derecho a la tercera instancia* que la Constitución les asegura a todos los justiciables que vean denegada la tutela de sus (alegados) derechos constitucionales por los órganos del Poder Judicial, lo que, a todas luces, resulta no solo inaceptable, sino desconcertante si se considera que la Constitución ha querido que el TC sea el (último) “tutelador” de nuestros derechos constitucionales y, entre ellos, obviamente, también de los derechos de corte procesal<sup>45</sup>.

## II. El acceso a los recursos previstos por la ley

### 1. Los medios de impugnación no promotores de ulterior instancia y el debido proceso

Las apreciaciones realizadas en el apartado anterior valen para el medio para promover la “segunda instancia” (y para al amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento, para la “tercera”, dentro del ámbito subjetivo asegurado constitucionalmente), mas no para cualquier otro medio de impugnación que pudiera estar establecido en un ordenamiento procesal.

En efecto, si un ordenamiento prevé otros medios de impugnación no destinados a promover ulteriores instancias a la primera, el legislador es, en principio, libre de regularlos como crea oportuno o, también cuando ya se tienen,

43 STC Exp. N° 2877-2005-PHC/TC, f. j. 2.

44 Sentencia publicada en *El Peruano* (recién) el 20 de julio de 2006.

45 En la RTC Exp. N° 168-2007-Q/TC, del 2 de octubre de 2007 (de la que se dirá luego en el texto), se han sintetizado así los criterios para la procedencia del referido recurso: “además de los requisitos previstos en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional (CPConst.): que esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, que no sea manifiestamente infundado y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el Tribunal Constitucional” (fund. 1). Mayores detalles, sobre la indicada sentencia del TC (aparte de su lectura) en mi “La ‘superlativa’ protección de los derechos fundamentales del Tribunal Constitucional y su nueva (e inconstitucional) ‘Chambre de requêtes’ (notas sobre la STC Exp. N° 2877-2005-PCH/TC y el art. 11 del (llamado) Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional)”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. N° 7, julio de 2006, p. 579 y ss.

suprimirlos, en cuanto su presencia en el ordenamiento se debe a meras decisiones discrecionales de política judicial y no a un mandato constitucional.

Sin embargo, es bueno aclararlo, cuando el legislador introduce en el ordenamiento procesal un medio de impugnación “no promotor de ulterior instancia” debe respetar el resto de garantías procesales consagradas en la Constitución (o en los tratados internacionales de derechos humanos), en particular debe hacer cuentas con los principios de igualdad y del pleno derecho de defensa del que deben gozar los justiciables durante *todo* el proceso, incluidas las diversas fases (o subfases) de impugnación.

Lo apenas dicho conduce a considerar que todo el aparato de medios de impugnación previstos en el ordenamiento procesal que no son promotores de una ulterior instancia a la primera, *no tienen una cobertura constitucional directa sino indirecta*, en el sentido de que mientras estén previstos en la ley integran el derecho (constitucional) del justiciable a una tutela jurisdiccional efectiva.

Y tal ha sido la posición asumida por el art. 4 del Código Procesal Constitucional cuando indica, cual elemento de la tutela “procesal” efectiva, el derecho a “acceder a los medios impugnatorios regulados”.

Con ello nuestro Código se ha alineado con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español en el sentido de que así como “el ciudadano tiene un derecho constitucional al acceso a los Tribunales para defender sus derechos o intereses legítimos, también lo tiene para acceder al recurso previsto legalmente contra la inicial resolución dictada por el órgano judicial”<sup>46</sup>. Como consecuencia, “cuando el ordenamiento establece un recurso, el acceso al mismo se encuentra comprendido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva”<sup>47</sup>, en el sentido de que “una vez diseñado el sistema de recursos por las leyes de enjuiciamiento de cada orden jurisdiccional, el derecho a su utilización pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial efectiva”<sup>48</sup>.

46 Así, sintetizando, CHAMORRO BERNAL. *La tutela judicial efectiva*. Bosch, Barcelona, 1994, p. 83.

47 Así, siempre, CHAMORRO BERNAL. Ob. cit., p. 84.

48 Así, PICÓ I JUNOY. *Las garantías constitucionales del proceso*. J.M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 80, en donde se citan el sinnúmero de resoluciones del Tribunal Constitucional español en que ha sentado su “doctrina”. Sin embargo, tal como lo señalan MONTERO AROCA y FLORS MATÍES. *Amparo constitucional y proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 78, en el Tribunal Constitucional español existen sobre el punto dos líneas doctrinales, una expansiva y otra estricta: “para la primera las normas deben interpretarse ‘en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental’ (STC 69/1984), mientras que la segunda estima que solo existe vulneración del derecho cuando la inadmisión del recurso se ha realizado de forma arbitraria” (STC 104/1984). En alguna ocasión hay alusiones indirectas a estas dos líneas jurisprudenciales, siendo manifiesto cuando se advierte que si en el inicio se decía que el principio *pro actione* comprende el acceso a los recursos, en la actualidad ello ya no se sostiene”.

Ergo, para los medios de impugnación no promotores de una instancia ulterior a la primera el legislador procesal ordinario goza de amplia discrecionalidad para establecerlos, para fijar su ámbito operativo, para determinar el momento para su promoción, para limitar los motivos en los que el justiciable puede fundarse y, como consecuencia, para establecer el ámbito objetivo de la cognición y de la decisión del juez de la impugnación.

En suma, el legislador goza de amplia discrecionalidad para establecer los requisitos para la *procedencia* del medio de impugnación. Pero, y esto es lo importante, una vez configurado legalmente en todos los aspectos indicados, el acceso al procedimiento que activa el medio de impugnación *pasa a integrar el plexo de derechos de los que goza el justiciable al interior de un proceso*.

En las líneas que siguen me ocuparé solo del recurso de casación, que siendo aquel que permite al justiciable acceder al órgano de vértice de nuestra organización judicial, no viene, sin embargo, concebido (por la ley) como una garantía subjetiva del recurrente, por lo que se tiene dificultad en reconocer que las partes tienen derecho a él.

## **2. La posición “institucional” de la Corte Suprema y el acceso al recurso de casación**

La Constitución vigente no toma expresa posición sobre la situación institucional de la Corte Suprema de Justicia.

Es así que si bien la coloca como órgano jurisdiccional de vértice (segundo párrafo del artículo 143), al momento de establecer sus competencias jurisdiccionales nos indica en el artículo 141 que:

“Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley”.

Por lo tanto, la propia Constitución deja al legislador ordinario establecer cuando la Corte Suprema actúa como *tercer juez* (limitándolo a que lo sea solo como “juez de casación”); como *segundo juez* de instancia (cuando las causas inician ante las Cortes Superiores) e inclusive como primer (y último) juez de instancia.

La concreta organización de la Corte Suprema de la República viene diseñada por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1991 (que es preconstitucional), que la organiza por especialidades en tres Salas (Civil, Penal y Constitucional,

y Social), compuesta cada una de ellas de cinco magistrados. Es la propia LOPJ que le asigna las competencias a cada Sala<sup>49</sup>.

Por lo tanto, de la normativa vigente resulta que la Corte Suprema no viene concebida como el órgano jurisdiccional de vértice que interviene solo como “tercer (y último) juez”, sino que puede intervenir tanto como juez de primera instancia así como juez de segunda instancia<sup>50</sup>.

Lo apenas dicho conduce inevitablemente a considerar que en nuestro sistema jurídico no existe un imperativo constitucional que le imponga al legislador ordinario el regular a favor del justiciable un “medio de acceso” a la Corte Suprema en su faz de “tercer juez” de una determinada causa.

Tal “medio” –como sabemos– en el ámbito civil, laboral y contencioso-administrativo es, a la fecha, el recurso de casación. Con el nuevo Código Procesal Penal del 2004 también en el ámbito penal se ha establecido un recurso de casación.

Empero, es preciso recalcarlo, los diversos recursos de casación previstos en nuestro ordenamiento no han sido diseñados por el legislador procesal como un medio para promover una ulterior instancia a la segunda promovida por la apelación, sino como un medio enderezado a lograr la “adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto” (la llamada “nomofilaquia”) y la “uniformidad de la jurisprudencia nacional” (así, en el ámbito civil el art. 384 CPC, en la nueva redacción debida a la Ley N° 29364 ).

De allí que para el logro de estos “fines” (que se afirman “públicos”) de garantía *objetiva* de legalidad de las decisiones judiciales haya establecido una serie de limitaciones al ámbito operativo del medio de impugnación.

En primer lugar, que solo sea de competencia de la Corte Suprema de la República. Ello es instrumental a los fines de la “uniformidad de la jurisprudencia” (*rectius*, unificación de la interpretación judicial del Derecho), asegurada en

---

49 A ellas por necesidades del servicio se han agregado sucesivamente en calidad de “transitorias”: una Sala Civil, una Sala Constitucional y Social y dos Salas Penales, a las que por resoluciones administrativas del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se le han atribuido las respectivas competencias. Resulta inquietante que la mayoría de integrantes de las Salas Supremas sean Jueces Superiores.

50 Tras la reforma operada por la Ley N° 29364, en el ámbito “no penal”, las Salas Supremas prácticamente ya no son jueces de segunda instancia. En cambio, en el ámbito penal, mientras siga vigente del CPP de 1940, sus Salas Penales seguirán siendo jueces de segunda instancia, en los juicios ordinarios, en virtud del papel que le corresponde desempeñar al recurso de nulidad (que tiene que funcionar “sí o sí” como una apelación, por exigencia constitucional).

línea de tendencia por la unicidad de la Corte Suprema, cual órgano situado en el vértice de nuestra piramidal organización judicial.

Le sigue, el que solo proceda contra algunas de todas las posibles resoluciones judiciales “potencialmente” recurribles. Así:

- a) En el ámbito civil el inc. 1 del art. 387 CPC lo circunscribe solo las sentencias y los autos “que ponen fin al proceso” emitidos “en segundo grado” por las Salas Civiles de las Cortes Superiores de la República;
- b) En el ámbito laboral, el art. 55 de la Ley Procesal de Trabajo (LPT, Ley N° 26636, aún vigente en buena parte del territorio nacional) lo circunscribe a las sentencias de fondo expedidas en revisión por las Salas Superiores, inclusive con límite de cuantía (“solo procederá si dicha cuantía supera las 100 (cien) Unidades de Referencia Procesal determinada conforme lo establece el artículo 6 de esta Ley, si el recurso es interpuesto por el demandante y, como lo establece la sentencia recurrida, si lo interpone el demandado”), mientras que la nueva Ley Procesal de Trabajo (NLPT, Ley N° 29497, ya vigente en parte del territorio nacional) se ha uniformado, en parte, al CPC haciendo recurribles las sentencias y autos expedidos por las Cortes Superiores “como órganos de segundo grado” (art. 35.1), manteniendo el límite de la cuantía en 100 URP (“En el caso de sentencias el monto total reconocido en ella debe superar las cien (100) Unidades de Referencia Procesal (URP)”);
- c) En el ámbito contencioso-administrativo, el art. 35.3 del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo<sup>51</sup> lo circunscribe a las sentencias y autos expedidos “en revisión” por las Cortes Superiores y con un intrincado límite de cuantía fijado en 140 URP<sup>52</sup>.
- d) En el ámbito penal el nuevo Código Procesal Penal en su art. 427.1 lo circunscribe a las sentencias definitivas, autos de sobreseimiento y a los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o

51 Texto aprobado por D. S. N° 013-2008-JUS, publicado en *El Peruano* el 29 de agosto de 2008, D. S. que se tomó la “libertad” de “renumerar” el articulado de la Ley N° 27584, tal como vino modificado por el D. Leg. N° 1067 (dudo que ello sea legítimo).

52 Es intrincado porque resulta incomprensible. En efecto el segundo párrafo del art. 35 del TUO de la LPCA (conforme resulta de la modificación aportada por el D. Leg. N° 1067) establece que: “El recurso de casación procede en los casos que versen sobre pretensiones no cuantificables. Tratándose de pretensiones cuantificables, cuando la cuantía del acto impugnado sea superior a 140 Unidades de Referencia Procesal (URP) o cuando dicho acto impugnado provenga de autoridad de competencia provincial, regional o nacional; y por excepción, respecto de los actos administrativos dictados por autoridad administrativa distrital, cuando la cuantía sea superior a 140 Unidades de Referencia Procesal (URP)”.

denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores, con limitación en función del *quantum* de la pena establecida por ley (art. 427.1).

Ergo, cualquier otra sentencia emitida en segunda instancia (o auto conclusivo) emitida por distinto órgano jurisdiccional no es susceptible de recurrirse en casación<sup>53</sup> y, como consecuencia, que sea sometida al control “nomofiláctico” de la Corte Suprema de la República. Cabe, sin embargo, precisar que el nuevo Código Procesal Penal permite que la Sala Penal admita “discrecionalmente” un recurso que no encaje en las previsiones legales cuando “lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial” (art. 427.4)<sup>54</sup>.

Luego, el legislador ha limitado los motivos en los que el justiciable puede fundar su recurso:

- a) En el ámbito civil el recurrente solo se puede fundar en la “infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial” (art. 386 CPC);
- b) En el ámbito laboral, conforme al art. 56 LPT el recurrente solo se puede fundar en la aplicación indebida de una norma de derecho material, en su inaplicación o en la contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares, mientras que la NLPT se ha uniformizado en el CPC al establecer como causal la “infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República” (art. 34);
- c) En el ámbito contencioso-administrativo, rigen (en general) los mismos requisitos de admisibilidad y procedencia regulados en el Código Procesal Civil” (art. 36 TUO LPCA);
- d) En el ámbito penal, el NCPP establece que el recurrente solo se puede fundar en la inobservancia o indebida o errónea aplicación de las garantías constitucionales de carácter procesal o material; en la inobservancia de las

53 Se piense en las sentencias de segunda instancia emitidas respectivamente por los jueces de Paz Letrados o los Jueces Especializados.

54 Algo parecido, trato de entender, quiso el legislador al introducir, con la Ley N° 29364, el art. 392-A, cuyo abstruso texto establece: “Aun si la resolución impugnada no cumpliera con algún requisito previsto en el artículo 388, la Corte puede concederlo excepcionalmente si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384”.

normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad; en la indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas; en la falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, siempre que el vicio resulte del tenor de la resolución, o, finalmente, en el apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional.

Con ello, el legislador ha circunscrito los motivos de los diversos recursos de casación solo a los errores *in iudicando* “de derecho”, excluyendo, como consecuencia, los errores, también *in iudicando*, “de hecho” (en especial, los errores en la valoración de la prueba) que se hubieran, al decir, del recurrente, cometido en la resolución a impugnar. En cambio, para los errores *in procedendo* tanto en el ámbito civil (y, como consecuencia, en el contencioso-administrativo) como en el penal se tiene una amplia cobertura. En cambio, en la LPT (la vieja) los vicios *in procedendo*, no pueden fundar un recurso de casación en materia laboral, lo que ha desaparecido en la NLPT.

Todo ello sería instrumental al fin buscado con los diversos recursos de casación: provocar la “nomofilaquia” y la unificación de la interpretación judicial del derecho por parte de la Corte Suprema de la República.

### **3. Sigue. Una invitación a la arbitrariedad: filtros y controles**

De la existencia de todos los reseñados requisitos del recurso, le sigue que el ordenamiento procesal haya establecido una serie de filtros previos al pronunciamiento de fondo sobre el recurso, a fin de determinar si el concreto recurso se acomoda o no a las previsiones limitantes de cada ley procesal.

Así, en el ámbito civil, en principio, el control de la admisibilidad y procedencia del recurso por parte de la Sala Suprema (art. 391 CPC, nuevo texto). Ello vale también en el ámbito contencioso-administrativo por la remisión al CPC que realiza el art. 36 LPCA y en lo laboral conforme al art. 37 de la NLPT.

En el ámbito penal, el nuevo CPP ha establecido que quien realiza el control de admisibilidad es la propia Sala Superior Penal que ha emitido la resolución cuestionada y ante quien debe interponerse el recurso (art. 430).

Superados positivamente todos los controles previos, en el ámbito civil, contencioso-administrativo y laboral (en la NLPT) recién la Sala Suprema tiene el *deber* de pronunciarse sobre el fondo del recurso, estimándolo (art. 396 CPC; art. 39 NLPT) o desestimándolo (art. 397 CPC).

Un dato importante es que en el ámbito “no penal” los “filtrajes” que realiza el órgano supremo se hacen sin que medie un previo contradictorio entre aquel y las partes (el recurrente y el recurrido), y sin que los resultados de tales controles sean susceptibles de impugnación alguna por la parte que se perjudica con ellos<sup>55</sup>. Ello es de por sí cuestionable, y fuente potencial de abusos por parte del órgano supremo.

No ocurre lo mismo en el ámbito penal, en el que se ha previsto el contradictorio previo a la determinación si el recurso “está bien concedido” (v. art. 430.5 NCPP). Sin embargo, tampoco se prevé ningún mecanismo de control sobre el auto de inadmisión del recurso (v. arts. 428 y 430.6 NCPP).

Ahora bien, todo este aparato de limitaciones y consiguientes controles previos sobre los recursos de casación evidencia que desde la óptica del legislador ordinario el acceso a la Corte Suprema es visto como algo que el justiciable tiene que “ganarse” superando (casi, se diría, como un juego de video) los diversos niveles hasta llegar el “premio” mayor cual es el obtener la decisión sobre el fondo del recurso.

Pero lo que sí debe quedar claro es que el recurrente, cuando su concreta situación procesal se acomoda a las previsiones establecidas en la norma procesal, vale decir, cuando su recurso reúne tanto los requisitos de admisibilidad como los de procedencia establecidos en la norma procesal, *adquiere el derecho a que su recurso reciba un pronunciamiento de fondo*.

En tal sentido, si un *concreto* recurso de casación reúne todos los requisitos, el recurrente adquiere el derecho a que este siga por todo el *iter* establecido en la ley procesal respectiva hasta llegar a la sentencia sobre el fondo del recurso, un *iter* que comprende, en el ámbito “no penal” la posibilidad de “presentar

55 Bien decía SERRA DOMÍNGUEZ. “Del recurso de casación”. En: MONTERO AROCA (Coord.) *La Reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992, de medidas Urgentes de Reforma Procesal)*. Civitas, Madrid, 1993, p. 270, en crítica a la reforma del art. 1.710 de la LEC 1881, que “no es absolutamente admisible disminuir las garantías de los justiciables, sobre todo cuando se trata de los recursos de mayor enjundia, simplemente eliminándolos en trámite de admisión sin previa audiencia de las partes. Ello supone una manifiesta denegación de justicia que al ser imputable a los más altos Tribunales de la nación forzosamente debe redundar en su desprestigio”. Hay que señalar que la nueva LEC 2000, sin eliminar la fase de admisión del recurso de casación, ha guardado las (buenas) formas estableciendo que si la Sala entendiese que puede concurrir alguna causa de inadmisión, antes de resolver al respecto debe ponerlo de manifiesto a las partes para que, en el plazo de diez días, formulen las alegaciones que estimen procedentes. Tras lo cual resuelve admitir total o parcialmente el recurso o inadmitirlo. Solo el auto que admite el recurso es irrecurrible (por ello es que MONTÓN REDONDO. “Los recursos”. En: MONTERO AROCA (et ál.) *El nuevo Proceso Civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 526, expresa que “si la inadmisión fuera total o parcial cabe pensar en la reposición conforme a los arts. 451 a 454 LEC”).



informes escritos” y el de informar oralmente “durante la vista de la causa” (art. 394 CPC, art. 37 NLPT) y en el ámbito penal la presentación de “alegatos ampliatorios” y la discusión en la audiencia pública de casación (art. 431 NCPP).

Tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional español, justamente frente a las resoluciones de inadmisión del recurso de casación por parte del Tribunal Supremo hispano, “se infringe el derecho fundamental si la inadmisión del recurso se fundamenta en una causa inexistente, se efectúa sin razonamiento alguno o a través de una lectura irracional, arbitraria o rigurosa de la ley, impidiéndose así un pronunciamiento sobre el fondo de la impugnación”<sup>56</sup>.

En tal línea, cuando el recurso viene del todo arbitrariamente denegado por la Sala Suprema (ya sea por motivos de inadmisibilidad<sup>57</sup> o improcedencia), se configura una violación del derecho a la tutela jurisdiccional (o, como prefiere denominarlo el Código Procesal Constitucional, “procesal”) efectiva en su faz de “derecho al acceso a los medios impugnatorios regulados”.

Pero no solo: cuando un recurso de casación viene denegado arbitrariamente por la Sala Suprema, vale decir, sin que medie un válido y razonable motivo legal de inadmisibilidad o improcedencia, se vulnera además el derecho del justiciable *a no ser sometido a procedimiento distinto del previsto por la ley* (inc. 3 del art. 139 de la Constitución y art. 4 del Código Procesal Constitucional), lo que ocurre, en particular, cuando la Sala Suprema excediéndose del ámbito del control de procedencia del recurso, termina utilizando ese control para pronunciarse subrepticamente sobre el fondo del recurso, privándole así al justiciable del resto de su *iter* procedimental y, en particular, imposibilitándole presentar informes escritos y el correspondiente informe oral público (en contradictorio con la contraparte), antes de que el órgano judicial deba emitir resolución sobre el fondo.

Si se tiene presente que en el ámbito “no penal” los autos denegatorios del recurso de casación emitidos por las Salas Supremas se cuentan anualmente por miles (tantos que los cuadernillos que publica *El Peruano* están plagados de resoluciones de improcedencia) y que en muchos de esos “miles” tales Salas o aprovechan el “control” de la procedencia para deshacerse rápidamente de los recursos con base en fútiles argumentos formales e, incluso, para

56 Así, PICÓ I JUNOY. Ob. cit., p. 83.

57 Conforme al nuevo texto del art. 387 CPC (lo mismo establece el art. 35 NLPT) es posible subsanar algunos de los requisitos de la admisibilidad del recurso, en particular el atinente al pago de la tasa judicial y a la presentación de las copias de los actuados allí establecidos.

(indebidamente) cortar camino y pronunciarse sobre el fondo mismo del recurso, la pregunta que sobreviene es el *qué hacer* frente a una denegatoria arbitraria del recurso de casación.

No existiendo posibilidad alguna de impugnar la decisión denegatoria del recurso ante el propio órgano jurisdiccional supremo<sup>58</sup>, ¿procederá acaso el amparo? En mi concepto la respuesta no puede sino ser positiva, máxime que la declaración de improcedencia del recurso determina, en todos los casos, la conclusión del proceso (haciendo así devenir en firme la resolución en su momento impugnada<sup>59</sup>), por lo que se dan todos los presupuestos para que se pueda plantear un amparo *ex inc.* 2 del art. 200 de la Constitución y art. 4 del CPCConst., con la finalidad de que se disponga que la Corte Suprema le dé al recurso indebidamente denegado la sustanciación que el recurrente tenía derecho que se le diera<sup>60</sup>.

- 58 Para (provocar) nuestra envidia, aconsejo leer la Sentencia N° 207/2009 de la Corte Constitucional italiana (consultable en: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)) por la que se declara fundada la cuestión de constitucionalidad respecto del art. 391-*bis*, primer párrafo del CPC italiano, tal como fue modificado por el art. 16 del D. Leg. N° 40, en la parte que no prevé el planteamiento del remedio de la revocación por error de hecho conforme al art. 395, primer párrafo, num. 4), CPC, respecto de los autos de inadmisibilidad pronunciadas por la Corte de Casación conforme al art. 375, primer párrafo, num.1 del su CPC. Sobre esta sentencia cfr. PANZAROLA. “Le impugnazioni delle decisioni della Corte di cassazione”. En: *Il giusto processo civile*. 2009, p. 1027 y ss., e IMPAGNATIELLO. *Inammissibilità del ricorso in cassazione e revocazione per errore di fatto*, en la misma revista, p. 1139 y ss.
- 59 Antes de la reforma operada por la Ley N° 29364, era posible impugnar en casación las sentencias de vista que no contenían pronunciamiento final del proceso (de fondo o no) sino que se limitaban a anular (por lo general por meros fútiles formalismos) parte de lo actuado reponiendo el proceso ante el juez a quo. La reforma lo ha excluido (y lo propio se ha establecido en la NLPT conforme a su art. 35.1).
- 60 Cfr., la poco feliz resolución del TC, emitida en un amparo (Exp. N° 2522-2009-PA/TC) planteado en contra de un auto de improcedencia del recurso de casación (en Cas. N° 2414-2007), respecto del cual el demandante se quejaba de que la Sala Suprema, al declarar la improcedencia del recurso, “no podía ni debía efectuar análisis alguno sobre el fondo de la controversia (indicar si la norma es o no aplicable al caso), ya que ello solo podía efectuarse luego de realizada la vista de la causa”. En la resolución indicada, el TC declara improcedente el amparo en atención a que lo lamentado por el demandante “no constituye irregularidad alguna ni infringe las normas procesales que regulan la tramitación del recurso de casación, pues la Sala Suprema al momento de evaluar la pertinencia de las causales de casación invocadas necesariamente tendrá que apoyarse de los hechos (sic) del caso que es sometido a su consideración”. Cabe mencionar que el auto de improcedencia de la Sala Suprema es uno de aquellos en que se “aprovecha” el “momento” de la calificación del recurso para emitir una decisión de fondo sobre él (enmascarada bajo la declaración de improcedencia), cosa que el TC, en el caso, ciertamente no advirtió. Hay que mencionar, igualmente, que la resolución del TC (que está firmada por sus siete miembros) es un auto y no una sentencia, lo que significa que al concreto recurso de agravio constitucional no se le dio la sustanciación “completa” prevista en el CPCConst. (es decir, se dictó sin previa “vista de causa” pública), cosa que suele hacer el TC en no pocos casos (sin que, por cierto, se dé explicación alguna; se sabe, el TC se ha autoproclamado procesalmente “autónomo”, es decir, que todo lo puede...). La resolución del TC presenta un detalle muy ilustrativo: fue emitida en “Lima (Chiclayo)” el 6 de noviembre de 2009, lo que significa que al don (se diría, divino) de la infalibilidad (recuérdese que el TC considera que el amparo procede contra otro amparo, siempre que la decisión final no provenga del propio TC, pues él no puede –ontológicamente– vulnerar derechos constitucionales...) se le agrega el don

Con todo, resulta muy claro que desde la óptica del legislador ordinario el acceso a la Corte Suprema en su calidad de “tercer juez” se presenta como un “plus” que procede solo en algunos casos y siempre que en el concreto se reúnan los requisitos de ley. Ello suele justificarse diciendo (calamandreianamente<sup>61</sup>) que la Corte Suprema no interviene para tutelar al justiciable frente a una decisión que se postula “injusta” (en el sentido de “incorrecta”...), sino que el ordenamiento mismo “se sirve” de ese interés para lograr fines (de “interés público”) que trascienden la esfera privada de aquel, que serían la “nomofilaquia” y la unificación en la interpretación del derecho. En suma, la Corte Suprema intervendría en tutela del *ius constitutionis* y no del *ius litigatoris*.

Sin embargo, incluso con esta visión “objetiva” que se tiene del “sistema de la casación”, se puede bien concluir que, a la fecha<sup>62</sup>, el acceso a la Corte Suprema desde el punto de vista del justiciable constituye para él *un derecho* que integra, *ex art. 4 del CPCConst.*, aquel a la “tutela procesal efectiva” y cuya vul-

---

(también, divino) de la ubicuidad, pues puede dictar una misma resolución en dos lugares distintos de la República. Téngase además en cuenta que en la STC Exp. N° 2039-2007-PA/TC se declaró fundado un amparo planteado contra una multiplicidad de sentencias de casación, en las que (conforme a nuestro ordenamiento) se declaraban fundados sendos recursos de casación en materia laboral y pronunciándose sobre el fondo declaraban infundadas las respectivas demandas. En ese caso, el TC consideró que se había violado el derecho a un debido proceso porque “en el recurso de casación no se pueden valorar nuevamente las pruebas aportadas, admitidas y actuadas en primer y/o en segundo grado, pues su configuración normativa establece que tal recurso tiene por finalidad la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto” (f. j. 5). Lo cierto es que en las sentencias cuestionadas la Sala Suprema no había “revalorado” ninguna prueba y había simplemente considerado que los hechos, tal como fijados en las sentencias de fondo, sí configuraban supuestos de violación de la buena fe laboral, por lo que sí había existido una causa justa de despido. Traigo a colación las dos resoluciones porque en una, el TC consideró que estaba bien que “la Sala Suprema al momento de evaluar la pertinencia de las causas de casación invocadas necesariamente [se apoyara en] los hechos del caso que [había sido] sometido a su consideración”, mientras que en la otra consideró que se había violado el debido proceso porque las Sentencias de Casación “plantearon y resolvieron una nueva consideración de lo que fue objeto de debate en los procesos laborales, así como los medios probatorios actuados y valorados por las Salas laborales de segundo grado” (así, la STC Exp. N° 2039-2007-PA/TC, f. j. 6). Es decir, el TC (en su omnipotencia, omnisciencia y, también, omnipresencia...) ve las cosas al revés de cómo yo (común mortal) las veo.

61 Cfr. CALAMANDREI. *La Cassazione civile*. Tomo II, Torino, 1920, pássim, así como, en síntesis, en CALAMANDREI y FURNO “Cassazione civile”, voz en *Novissimo digesto italiano*. Tomo II, UTET, Torino, 1958, p. 1053 y ss. En sentido, diametralmente contrario a las tesis calamandreianas cfr. HALPERIN. *Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*. En: *Le Tribunal et la Cour de cassation (1790-1990). Volume Jubilaire*. Litec, París, 1990, especialmente, p. 31, para quien el Tribunal de Casación francés fue instituido no para hacer objetiva “nomofilaquia”, sino para darle a los ciudadanos franceses un mecanismo que les asegurara el “respeto de las leyes y de la regularidad del procedimiento”.

62 Digo a la fecha, pues siempre existe el riesgo de que nuestro legislador caiga de la tentación (incluso a nivel constitucional) de establecer filtros discrecionales de acceso a la Corte Suprema como mecanismo para disminuir su carga de trabajo. Sobre el punto cfr. mi “¿Hacia la consagración constitucional del imperialismo de las ‘supremas cortes’? (Notas a primera lectura del proyecto de ley de reforma constitucional N° 888/2006-CR)”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 100, enero de 2007, p. 21 y ss.

neración, a falta de una impugnación específica (que realmente nos hace falta) es tutelable a través del amparo.

### III. El precario acceso a los recursos “creados” por el Tribunal Constitucional

---

#### 1. Las (constitucionalmente) indebidas extensiones del recurso de agravio constitucional: el “recurso de agravio constitucional a favor del precedente”. Idas y venidas

Si con la antes citada sentencia emitida en el Exp. N° 2877-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional anunció sus restrictivos (e inconstitucionales) criterios para la procedencia de recurso de agravio constitucional, con aquella emitida en el Exp. N° 4853-2004-PA/TC, inició su “expansión” hacia áreas del todo vedadas por la Constitución.

La sentencia emitida en el Exp. N° 4853-2004-PA/TC, emitida el 19 de abril de 2007, es, como sabemos, aquella que fija como “precedentes vinculantes” los criterios para la “procedencia” del amparo contra una sentencia de amparo y a su vez –siempre en nombre de su pretendida “autonomía procesal”– “crea” un nuevo supuesto de recurso de agravio: aquel “a favor del precedente”, del cual estableció sus “reglas”<sup>63</sup>.

Esta sentencia, en buena cuenta, extendió el recurso de agravio constitucional a las sentencias estimatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento emitidas por los órganos del Poder Judicial siempre que hubieran sido dictadas sin tomar en cuenta un (así llamado) “precedente constitucional vinculante” emitido por el propio TC (es decir, desacatando su “autoridad”), un

---

63 Las reglas “eran”:

“A) Regla procesal: El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este Colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del CPCConst. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional.

B) Regla sustancial: El recurso de agravio a favor del precedente tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados”.

recurso abierto no solo a la parte vencida (el demandado), sino también (increíble) a los terceros y todo ello en aras “restablecer” el “orden jurídico constitucional” (que es el que se plasmaría con los “precedentes vinculantes”).

Con ello, es más que obvio, se terminó extendiendo el ámbito del recurso más allá de lo previsto en la propia Constitución, con base en una por demás forzada “interpretación” de la palabra “desestimatorio” del art. 200.2, entendiéndose por tal no solo “en su dimensión subjetiva, esto es, referido solo y puntualmente a la pretensión de quien interpone la demanda de amparo, puesto que también resulta *denegatoria de tutela constitucional* una decisión que respondiendo de manera estimatoria la pretensión contenida en la demanda de amparo, sin embargo desconoce abiertamente el propio orden jurídico constitucional aplicable al caso concreto, orden a los que corresponden en su máxima jerarquía los precedentes vinculantes de este Colegiado de la Constitución”<sup>64</sup>. Es decir, si antes, pacíficamente, todos entendimos<sup>65</sup> por “denegatorio” el no darle la razón al demandante, a partir de esa sentencia “denegatorio” debía entenderse en sentido “lato”, como el “desprecio” de los jueces ordinarios a un “precedente vinculante”, plasmando una vulneración al orden constitucional establecido por el TC. Por decir lo menos (si las palabras tienen un significado): extraño.

Sin embargo, así como no hay mal que dure cien años, el propio TC, a través de la STC Exp. N° 3908-2007-PA/TC, del 11 de febrero de 2009, aprovechando que el recurrente había invocado que la Sala Suprema había declarado improcedente su demanda de “amparo contra amparo”, “vulnerando” así el “precedente” establecido en la sentencia del Exp. N° 4853-2004-PA/TC, partiendo de la premisa que el “precedente vinculante” de tal sentencia (por lo que atañe al recurso de agravio a favor del precedente) no había sido adoptado siguiendo los criterios establecidos por el propio TC en la STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC (!)<sup>66</sup>, terminó dejándolo –increíble– sin efecto.

Tal *revirement* del TC, que algunos saludaron y otros reprocharon, restableció un tanto ese “orden constitucional” (el de verdad) evidentemente vulnerado por el propio TC (en aras, repito, de proteger su “autoridad”), al menos

64 Así el f. j. 34 de la STC Exp. N° 4853-2004-PA/TC.

65 Incluso el propio TC en su STC Exp. N° 2877-2005-PHC/TC, que extraía de ello su naturaleza “excepcional”. Cfr., nuevamente, mi “La ‘superlativa’ protección de los derechos fundamentales del Tribunal Constitucional y su nueva (e inconstitucional) ‘Chambre de requêtes’ (notas sobre la STC Exp. N° 2877-2005-PCH/TC y el art. 11 del (llamado) Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional)”. Ob. cit.

66 Sobre la STC Exp. N° 24-2003-AI/TC, cfr. mi “‘Precedentes vinculantes’ y ‘pirámide normativa’: los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 96, setiembre de 2006, p. 81 y s.

si nos tomamos en serio las directivas de la Constitución que es clarísima al establecer que el TC solo es juez de “última y definitiva” instancia frente a las denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento<sup>67</sup>.

Sin embargo, estas idas y venidas ponen a la luz la lábil situación en la que viene a situar al justiciable el “Supremo” (estaba por decir “Soberano”, con mayúscula...) intérprete de la Constitución, provocada por su autoproclamada “autonomía procesal” (que solo existe en el imaginario del TC<sup>68</sup>): estar expuesto a que un día le “den” un recurso y otro se lo quiten, y todo ello a través de simples sentencias (que deberían puramente limitarse a resolver casos concretos).

## **2. Sigue. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del TC (RTC Exp. N° 0168-2007-Q/TC) y de los jueces ordinarios (RTC Exp. N° 0201-2007-Q/TC)**

Por resolución emitida en el Exp. N° 168-2007-Q/TC (es decir, en una queja por denegatoria de recurso) con fecha 2 de octubre de 2007, el TC sintió la necesidad de “crear” otro supuesto de procedencia del recurso de agravio constitucional: aquel a favor del cumplimiento de sus sentencias, dictando (*more solito*) las “correspondientes” reglas “procesales”<sup>69</sup>.

67 Recientemente, sin embargo, en la STC Exp. N° 2663-HC/TC, del 12 de octubre de 2010, partiendo de la premisa de que su “rol” “no solo se limita a la tutela y optimización de los derechos fundamentales, sino también controla el correcto funcionamiento de los órganos del Estado, de manera que se preserven las competencias establecidas por la Norma Fundamental y en definitiva, prevalezca el principio de supremacía constitucional”, ha “re-instituido” el recurso de agravio constitucional contra las sentencias estimatorias (rebautizándolo como “Recurso de Agravio Excepcional por Vulneración del Orden Constitucional”) “que bajo el pretexto de proteger ciertos derechos fundamentales, convaliden la vulneración real de los mismos o constitucionalicen situaciones en las que se ha producido un abuso de derecho o la aplicación fraudulenta de la Constitución; todo ello, en abierta contravención de los dispositivos, principios y valores materiales de la Constitución”. En esta sentencia ya no se invoca la “autonomía procesal” del TC, pero se “inventa” otra fuente de legitimación de su “poder normativo”: el de ser el órgano que “controla el correcto funcionamiento de los órganos del Estado”. Lo que el TC olvida es que aquello tiene un cauce: el (llamado por el CPCConst.) proceso competencial.

68 Las normas procesales son muy particulares porque a la par de regular el ejercicio del poder jurisdiccional tienen por misión concretizar el “debido proceso”, que es un derecho (subjetivo) del justiciable. En vista de estas particularidades (al menos así lo entiendo yo), el legislador constituyente consideró que constituía una garantía el que estuvieran contenidas en Ley (con mayúscula, inc. 3 del art. 139 Const.). Para el caso de lo que hoy llamamos “procesos constitucionales” el constituyente tuvo la buena idea de reforzar aún más la garantía de la ley, estableciendo una clara reserva de Ley Orgánica (art. 200 Const.). Es evidente que el TC no ha tomado para nada en cuenta esta reserva constitucional y ha proclamado su “autonomía procesal” (léase, su “poder normativo” en materia procesal), una “autonomía” que quizá (solo quizá) podrían predicar *otros* órganos constitucionales de *otros* Estados con *otro* ordenamiento constitucional. Pero definitivamente no en el Perú, ya que el art. 200 (y el inc. 2 del art. 202) Const., no me parece que sea una mera opinión

69 Las “nuevas” reglas “eran” (digo “eran” porque han sido ya sustituidas por las “fijadas” en la STC Exp. N° 00004-2009-PA/TC, como se dirá en el texto) y, en parte, son:

Las nuevas reglas “procesales” no fueron proclamadas como “precedente vinculante”, sino más tímidamente como “jurisprudencia vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del CPCConst.”, pero a la postre es lo mismo.

Luego, a través de la resolución emitida el 14 de octubre de 2008 en el Exp. N° 201-2007-Q/TC, el TC, a fin de evitar la “insólita situación” de no poder conocer “la no concreción de la restitución de los derechos invocados en la demanda” ha considerado que también procede el recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias, no solo para aquellas que provienen del TC, sino también de los órganos jurisdiccionales ordinarios. Naturalmente, el TC se cuidó bien de precisar que su procedencia es *excepcional*, “correspondiendo al Tribunal valorar el grado de incumplimiento de las sentencias estimatorias expedidas por el Poder Judicial cuando este no cumple dicha función, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal. Asimismo, los órganos jurisdiccionales correspondientes se limitarán a admitir el recurso de agravio constitucional, teniendo habilitada su competencia este Colegiado, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19 del CPCConst.”<sup>70</sup>.

Lo que queda claro es que el Tribunal se quiso abrir “la vía” (lo sabemos: no pueden haber zonas exentas del control... del TC), siempre en aras de proteger el orden constitucional (ciertamente el *por él establecido*) para “avocarse” (en su cabal sentido jurídico, es decir, ese que está prohibido por la Constitución y sancionado por Código Penal...) a conocer de algo que ni la Constitución, ni el CPCConst., ni su Ley Orgánica, le atribuye. La fuente: para variar su auto-proclamada “autonomía procesal”, inherente a ser el “Supremo intérprete de la Constitución”.

---

“Primero. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene como finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, el mismo que ha sido preservado mediante sentencia estimatoria del Tribunal en el trámite de un proceso constitucional.

Segundo. El Tribunal resolverá así en instancia final para el restablecimiento del orden constitucional que resultó violado con la decisión del juez de ejecución, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere al alcance y el sentido del principio de la eficaz ejecución de sus sentencias en sus propios términos.

Tercero. El órgano judicial correspondiente se limitará a admitir el recurso de agravio constitucional, y corresponderá a este Colegiado dentro del mismo proceso constitucional, valorar el grado de incumplimiento de sus sentencias, cuando son desvirtuadas o alteradas de manera manifiesta en su fase de ejecución. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19 del CPCConst.”.

70 Así en el fund. 10 de RTC Exp. N° 201-2007-Q/TC.

Como estas “ampliaciones” del recurso no constituyen “precedente vinculante”, en buena cuenta, el TC, se reservó el ir “caso por caso” (en rigor, con o sin “precedentes”, el TC siempre va “caso por caso” (...)), lo que hace que, como se puede imaginar, el acceso a los (inventados) recursos está lo más lejos posible de configurar un derecho de los justiciables en cuanto la propia procedencia de aquellos está sujeta a la total discrecionalidad (estaba por decir arbitrariedad...) del TC.

### **3. Sigue. La “rectificación de nombre”: la “apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional” (STC Exp. N° 00004-2009-PA/TC)**

Por último, con fecha 26 de octubre de 2010, el TC dando muestra de su reiterada falta de conciencia de los límites de sus atribuciones establecidos en la Constitución (y que los “procesos constitucionales” *deben* estar regulados por ley orgánica...), al resolver un amparo dirigido contra unas resoluciones judiciales que daban por cumplida una sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 00004-2009-PA/TC), sintió la necesidad de “precisar” los “criterios” desarrollados en la RTC Exp. N° 168-2007-Q/TC y, ni más ni menos, decidió que el (por él bautizado) “recurso de agravio constitucional” a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional “será denominado recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional” y a la par de “sancionar” todo el paquete de nuevas “reglas”<sup>71</sup>, dispuso que

71 Según el punto 3.b) del fallo de la STC Exp. N° 00004-2009-PA/TC, las reglas son:

“El recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional se interpone contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado. Contra la resolución que deniega el recurso de apelación por salto cabe el recurso de queja previsto en el artículo 401 del Código Procesal Civil.

La resolución del recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional o del recurso de queja por denegatoria del recurso referido se realizará sin trámite alguno”.

A la par en el punto 3.c) del fallo, establece que:

“El recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional no procede cuando: a) el cumplimiento de la sentencia conlleve un debate sobre la cuantificación del monto de la pensión de cesantía o jubilación, o de los devengados, o de los reintegros, o de los intereses, o de las costas o de los costos; b) el mandato de la sentencia constitucional cuya ejecución se pretende establece en forma clara y expresa que es de cumplimiento progresivo; y c) cuando el propio recurrente decide que la correcta ejecución del mandato de la sentencia constitucional se controle a través del amparo contra amparo.

En estos casos, el proceso de ejecución de la sentencia constitucional sigue su trámite en las dos instancias del Poder Judicial y contra la resolución denegatoria de segundo grado procede el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional previsto en la RTC Exp. N° 00168-2007-Q/TC, salvo en el supuesto b), *supra*”.



“todas las Salas Superiores del Poder Judicial remitan los expedientes que estén conociendo por apelación y que tengan por finalidad verificar el estricto cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional”<sup>72</sup>.

Naturalmente, el acceso (y éxito) de esta “neo” apelación, que le permitiría al justiciable “saltar” del juez a quo al Tribunal Constitucional, estará también sujeto a la discrecionalidad del TC (y a que, una mañana cualquiera, cambie de idea...), por lo que tampoco respecto de “ella” se puede discurrir como un “derecho” del justiciable.

#### **IV. Reafirmando mi fe**

Hace un tiempo, frente a los múltiples detractores de las impugnaciones, afirmé que todas ellas “son una suerte de ‘garantía de las garantías’, o sea y en buena cuenta una garantía del debido proceso mismo, porque son el más efectivo vehículo para, por un lado, evitar el ejercicio arbitrario del poder por parte del juez a quo y, por el otro, para permitir corregir (lo antes posible) los errores del mismo”<sup>73</sup>. Hoy me reafirmo en lo dicho.

Pero así como me reafirmo en mi fe en la función garantista de las impugnaciones, a la luz de las experiencias que nos hace vivir el Tribunal Constitucional tengo la conciencia de que ellas (como ha sido su secular experiencia histórica) también pueden ser burdo vehículo de control autoritario del Soberano de turno, lo que, sin duda, resulta inadmisibles en un Estado Constitucional de Derecho, en donde todo instituto jurídico no puede sino justificarse (como nos lo promete la Constitución desde su primer artículo) en la “defensa de la persona humana”, “persona humana” que en el ámbito procesal tiene su particular “versión”: el “justiciable”.

---

72 Con lo cual, sus “nuevas” reglas se aplican, a diferencia de lo que ocurriría si es que se tratara de una (normal) nueva ley (que en materia de procesos constitucionales, no me cansaré de repetirlo, debería ser una ley orgánica), se terminan aplicando retroactivamente...

73 Así en mi “Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso”. En: *Advocatus. Nueva época*. N° 9, 2003, p. 402.





# El derecho a la cosa juzgada

*Karla Vilela Carbajal\**

**SUMARIO:** Introducción. **I.** Concepto y fundamento de la cosa juzgada. **II.** Alcance social y político de la cosa juzgada. **III.** Extensión de la cosa juzgada. **IV.** La cosa juzgada constitucional: ¿una nueva clase de cosa juzgada?

## Introducción

Dentro del Derecho Procesal, la institución de la cosa juzgada ha tenido una evolución: en los inicios del Derecho Procesal esa figura no existía, posteriormente surge como una cuestión de utilidad práctica y su estudio llegó hasta tener aires de santidad<sup>1</sup>, para ser, en la actualidad, una figura mucho más real y regulada de manera complementaria a la justicia.

Nuestro país no ha sido ajeno a ese desarrollo histórico de la cosa juzgada. Sin embargo, y hasta hace muy poco, se veía a esta como la institución más representativa del Derecho Procesal y connatural a dicha rama del Derecho, tanto así que habían quienes consideraban que si no existiera cosa juzgada en el Derecho Procesal, no habría mayor diferencia entre esta rama del Derecho y el Derecho Administrativo.

Sin embargo, con la expedición en el 2004 del Código Procesal Constitucional (CPConst.), la cosa juzgada también es regulada de manera expresa en diversos artículos de dicho código y era previsible que en algún momento el pleno del Tribunal Constitucional se pronunciara sobre ella.

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España) y abogada por la Universidad de Piura (UDEP). Profesora ordinaria asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura en programas de pre y posgrado. Subdirectora de los programas de Maestría en Derecho Público y Derecho Privado empresarial de la Universidad de Piura. Profesora asociada de la Academia de la Magistratura.

1 Es así que era usual la utilización de la siguiente frase: “La sentencia tiene santidad de cosa juzgada”.

Es así que marca un hito el pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, emitido el 12 de febrero de 2007, Exp. N° 006-2006-PC/TC, sentencia que ha sido expedida en el desarrollo de la demanda de conflicto de competencias interpuesta por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur) el 13 de octubre de 2006, contra el Poder Judicial, en relación con la explotación de casinos de juego y máquinas tragamonedas<sup>2</sup>.

En conclusión, este pleno, en el tema que nos ocupa, viene a reconocer que la única cosa juzgada existente es la cosa juzgada constitucional. Esta sentencia será analizada en este trabajo más adelante.

## **I. Concepto y fundamento de la cosa juzgada**

Montero Aroca define a la cosa juzgada como “la fuerza que el ordenamiento jurídico concede al resultado de la actividad jurisdiccional declarativa, fuerza que consiste en la subordinación a los resultados del proceso y que se resuelve en la irrevocabilidad de la decisión judicial”<sup>3</sup>.

Si bien es cierto se define a la cosa juzgada como afirmación de una voluntad concreta de la ley<sup>4</sup>, es usual emplear dicho término en otras acepciones. Por ejemplo, De la Oliva<sup>5</sup> nos dice que es común usar el término de cosa juzgada en dos sentidos: como estado jurídico y como efecto de ciertas resoluciones. A cada una de estas acepciones les corresponden las siguientes frases: “hay cosa juzgada” y “tiene el efecto de cosa juzgada”. Sin embargo, precisa que ambos sentidos se encuentran relacionados entre sí: la conexión se establece en que el estado jurídico de cosa juzgada al que puede llegar un asunto se produce a consecuencia de una decisión jurisdiccional, es decir, de una resolución judicial. Las resoluciones judiciales son el punto de partida para explicar el tema de

2 Lo que solicitaba el Mincetur era que el TC determine si el Poder Judicial tiene la facultad de declarar inaplicables (a través de procesos de amparo) normas legales que regulan la actividad de juegos de casinos y máquinas tragamonedas, cuya inconstitucionalidad había sido ratificada por el TC en varios pronunciamientos. Los demandantes también solicitaban se declare la nulidad de las resoluciones judiciales dictadas que contravienen dichos pronunciamientos.

3 MONTERO AROCA, Juan. “La cosa juzgada: conceptos generales”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, Madrid, 1995, p. 69.

4 CHIOVENDA, Guisepppe. *Instituciones de Derecho procesal civil*. Tomo I, traducción del italiano de Emilio Gómez Orbaneja, Revista de Derecho privado, Madrid, 1948, p. 387.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código*. Tomo I, traducción de la segunda edición italiana de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, p. 164.

5 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Sobre la cosa juzgada*. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 17.

la cosa juzgada. Aquí es oportuno aclarar que ciertos autores predicán la cosa juzgada no con relación a resoluciones judiciales, sino con relación al proceso. Discusión que De la Oliva considera inútil, puesto que las resoluciones judiciales son el resultado del proceso mismo, considerado como actividad compleja<sup>6</sup>, posición que compartimos.

### 1. Cosa juzgada formal y cosa juzgada material

Es frecuente observar que los autores inician el estudio de la cosa juzgada diferenciando entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material.

Por cosa juzgada formal se entiende la firmeza de la resolución, sea una resolución sobre el fondo o no. Así, la resolución judicial firme despliega sus efectos dentro del mismo proceso: en cuanto al juez que la ha dictado, en el sentido de vincularlo de manera que no puede alterarla; y en cuanto a las partes, porque ya no pueden impugnarla (bien porque no se concede contra ella ningún recurso ordinario ni extraordinario, o por el transcurso de los plazos señalados para interponer los recursos concedidos por la ley). Y así se habla, respectivamente, del efecto positivo (deber de ajustarse a lo que ya ha sido juzgado) y negativo (exclusión de toda decisión judicial futura sobre la misma pretensión judicial) de la cosa juzgada formal<sup>7</sup>.

De acuerdo con esto, la autoridad de cosa juzgada formal de una resolución no es inmodificabilidad en general, sino simplemente inmodificabilidad como consecuencia de la inadmisibilidad de oposición y recurso o, expresado de otra manera, inmodificabilidad por las instancias superiores; es decir, inimpugnabilidad<sup>8</sup>. Inclusive hay quien prefiere llamarla preclusión, pues indica la imposibilidad de recurrir o impugnar una resolución<sup>9</sup>.

6 Cfr. *Ibidem*, p. 18. También SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Obra dirigida por Manuel Albaladejo. Tomo XVI, vol. 2, segunda edición, Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1991, p. 702.

7 Ver al respecto a PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 492. También DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Ob. cit.*, pp. 24-26.

8 Cfr. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, traducción de Ángela Romera, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, p. 441.

9 Cfr. a Guiseppa Chioyenda, quien sostiene que: "la institución de la preclusión es la base práctica de la eficacia de la cosa Juzgada, lo que quiere decir que la cosa juzgada material (obligatoriedad en los juicios futuros) tiene por presupuesto la cosa juzgada formal (preclusión de las impugnaciones)". CHIOYENDA, Guiseppa. *Instituciones (...)* *Ob. cit.*, p. 387. Asimismo, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Civil*. Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 356.

Con respecto a la cosa juzgada formal cabría plantearse si es superfluo este concepto porque existen los de inimpugnabilidad y firmeza que explican exactamente el mismo fenómeno. Andrés De la Oliva<sup>10</sup> responde negativamente esta pregunta pues para él cosa juzgada formal significa una cosa distinta a inimpugnabilidad y firmeza. Y lo explica así: los dos términos en cuestión se limitan a expresar dos caracteres negativos: la imposibilidad de revocar la resolución y de sustituirla por otra distinta<sup>11</sup>. La cosa juzgada formal no solo hace referencia a que la resolución que alcanza la autoridad de cosa juzgada no pueda ser revocada; se trata primordialmente de que tiene que ser respetada, es decir, que tiene que ser efectiva para los sucesivos actos del mismo proceso. Así, además del carácter negativo evidente, la cosa juzgada formal posee un carácter positivo<sup>12</sup>.

Y hay otra idea que reafirma el argumento anterior, y es que hay casos en que determinadas resoluciones, pese a ser firmes en el sentido de inimpugnables, no producen la cosa juzgada formal. Así, por ejemplo, las relativas a determinados recursos devolutivos, como la apelación, cuando el tribunal ad quem puede rectificarse (en el sentido de cambiar) a sí mismo o al tribunal a quo<sup>13</sup>.

10 Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Ob. cit., pp. 19-22.

11 ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 596, tampoco identifica cosa juzgada como firmeza de la resolución y así afirma que por cosa juzgada se entiende el efecto implícito en la inexistencia o preclusión de recursos contra la misma, lo cual lo convierte en inmutable dentro del proceso en el que ha sido dictada.

Más adelante señala el autor que la firmeza de una resolución no debe ser confundida con la vinculación del juez a la resolución (artículo 267 LOPJ), circunstancia, que salvo de que se trate de la resolución que pone fin al proceso, es anterior a la adquisición de firmeza por aquella.

12 En el mismo sentido se expresa Montero Aroca. Sostiene el autor que la cosa juzgada formal añade algo a la firmeza y a la invariabilidad de las resoluciones. La firmeza impide a las partes recurrir a una resolución y la invariabilidad impide al tribunal volver atrás o variar el contenido de una resolución. La cosa juzgada formal supone que en la continuación del proceso las partes no pueden pedir y el tribunal no puede decidir en contra de lo ya decidido (efecto negativo) y que todas las peticiones de las partes y todas las resoluciones judiciales posteriores han de partir de la existencia de lo ya decidido (efecto positivo). Cfr. MONTERO AROCA, Juan. *El nuevo proceso civil. Ley 1/2000*. Segunda edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 609.

13 Cfr. el caso de la STC español 90/1986, de 2 de julio. En ella la acusación que el actor hace a las resoluciones impugnadas consiste en que se ha vulnerado el artículo 24 de la Constitución española, y producido indefensión al recurrente por declarar mal admitido por defecto de forma un recurso de apelación en materia de arrendamientos urbanos, sin entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada. Fundamenta la referida lesión en la irregular conducta del Juez de Primera Instancia al entrar a conocer de la procedencia y admisibilidad del recurso, una vez que el Auto del Juzgado de Distrito por el que se admitía este había adquirido fuerza de cosa juzgada. Respecto a ello el primer fundamento jurídico de la sentencia –imposibilidad de revisión de los presupuestos de admisión al haber adquirido ya la admisión del juez a quo fuerza de cosa juzgada– resulta inconsistente, ya que de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial, el cumplimiento por el apelante del requisito de previa consignación impuesto en el artículo 148.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y, por conexión, en el artículo 1.566 antiguo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede ser apreciado por el juzgado en la segunda instancia, de tal modo que sería posible la inadmisión final del recurso aun y cuando para ello hubiera de rectificarse la decisión inicial de admisión adoptada por el juez a quo –entre otras sentencias del Tribunal Supremo

Otro argumento que se esgrime contra la existencia de la cosa juzgada es que el término ejecutoriedad de la resolución firme o inimpugnabile expresa todos los efectos de tal resolución, también el positivo que se acaba de resaltar, y que incluso lo hace más claramente que el concepto de cosa juzgada formal<sup>14</sup>. Sin embargo, este argumento también es desechado porque puede ejecutarse una resolución no firme<sup>15</sup>, como las declaradas provisionalmente ejecutables. Por su parte, De la Oliva afirma que, de un lado, el concepto de ejecutoriedad solo se aplica a las resoluciones que deciden algo positivo, es decir, a las resoluciones que en su parte dispositiva mandan algo susceptible de ser ejecutado; y, de otro, no equivale enteramente a la vinculación que una resolución firme debe producir en el proceso que se dicta. Ejemplo de ello se aprecia en el caso de sentencias que condenan al pago de obligaciones solidarias.

Ortells Ramos<sup>16</sup> complementa lo afirmado por De la Oliva, al establecer que el criterio de distinción a la hora de hablar de firmeza y ejecutabilidad es, en primer lugar, que no todas las resoluciones que adquieren firmeza pueden ser ejecutivas, dado que la firmeza corresponde tanto a las sentencias de condena como a las resoluciones de dirección procesal y a sentencias meramente declarativas y sentencias constitutivas, que por su propia naturaleza no constituyen título de ejecución. Y, en segundo lugar, porque aunque la ejecutividad se

---

de 18 de abril y 9 de mayo de 1955 (RJ 1955\1548 y RJ 1955\1568)–. Ello es así en primer lugar por la propia función revisora que cumple el recurso de apelación, como recurso ordinario que realiza la función de depuración respecto del proceso apelado y de sus resultados.

- 14 Chioventa afirma que en la hipótesis en que haya una sola decisión irrevocable de un solo juez, la sentencia sería a la vez definitiva y ejecutiva; por lo cual los conceptos de conocimiento definitivo y de ejecutoriedad coincidirían. Pero en un ordenamiento en el cual, con la finalidad de obtener la mejor decisión posible, se admite la posibilidad de impugnar la sentencia, y por lo tanto, la posibilidad de varias sentencias sucesivas o de jueces diversos ( juez de apelación, juez de casación, juez de reenvío), o del mismo juez que ha pronunciado la primera sentencia, (oposición en rebeldía, demanda de revocación), la coincidencia entre el conocimiento definitivo y la ejecutoriedad no se realiza sino cuando la primera sentencia de condena se convierte en definitiva, ya sea por transcurso de términos, por aceptación, por caducidad o renuncia a la apelación, por confirmación. *Instituciones (...)* Ob. cit., pp. 240-241. Por su parte, Devis Echandía sostiene que: “Cuando se habla de cosa juzgada formal para significar que la sentencia está en firme, pero revisable en juicio posterior, pero en realidad entonces no existe cosa juzgada y se trata de la simple ejecutoria”. Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “De la cosa juzgada en Derecho Procesal Civil”. En: *Revista de Derecho Procesal*. Publicación para Iberoamérica y Filipinas, N° 2/1963, p. 39.
- 15 Esta situación es considerada por Chioventa como anormal porque nos representa una acción ejecutiva que no coincide con la certidumbre jurídica, el conocimiento del juez da lugar aquí a observaciones especiales, porque la diferenciación entre ejecutoriedad y definitividad ocurre no en virtud de una especial resolución del juez, sino en virtud de la ley, la cual, queriendo en interés general del crédito, facilitar a quien se afirma acreedor el camino de la ejecución forzosa, encuentra suficiente el reconocimiento del derecho por parte del juez, para abrir sin más el camino de la ejecución. Cfr. CHIOVENTA, Guisepp. Ob. cit., p. 241.
- 16 Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel. Ob. cit., p. 596.

entendiera en el sentido de posibilidad de desarrollo inmediato de los efectos de la resolución, al ver cuáles son los efectos de los recursos se puede comprobar fácilmente cómo no siempre esa posibilidad depende de la firmeza de la resolución, sino que en ocasiones existe aunque la resolución esté expuesta a modificaciones.

Con todo lo anterior, puede concluirse que la cosa juzgada formal puede ser definida como la imposibilidad de que una cierta decisión procesal sea recurrida: el cierre de los recursos procedentes contra la misma. Así lo entiende el ordenamiento jurídico peruano cuando en el artículo 123 expresa que una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando “(...) no proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o, las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos”. La Ley Orgánica del Poder Judicial peruana (LOPJ), al prescribir en el artículo 4, segundo párrafo que, “(...) no se puede<sup>17</sup> dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución”, reconoce el efecto positivo y negativo de la cosa juzgada.

El Código Procesal Civil (CPC) mantiene silencio respecto a si el destinatario principal de la cosa juzgada formal es el propio juez o tribunal y solo prescribe en el último párrafo del artículo 123 que la “resolución que adquiere la cosa juzgada es inmutable”, salvo excepciones de ley<sup>18</sup>, pero ello más que entenderlo como un mandato para el propio juez que emitió la resolución, pareciera ser un mandato para cualquier otro órgano jurisdiccional.

Si se define la fuerza de cosa juzgada formal como la preclusión de posibles impugnaciones, surge el problema de la existencia de determinados tipos de recursos que atacan precisamente a las sentencias firmes; es decir, existen sentencias firmes susceptibles de una impugnación ulterior por medios extraordinarios como la casación, o también a través de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta<sup>19</sup> o, en otro orden de cosas, el recurso de amparo o los recursos ante

---

17 El problema que presenta ese texto es que no precisa el sujeto obligado a seguir la prescripción de la norma. En todo caso, esto facilita a que pueda ser comprendido dentro de esta obligación el mismo juez que emitió la resolución firme.

18 Como la nulidad de cosa juzgada fraudulenta y la integración de las resoluciones.

19 Aunque propiamente con ella no se ejercita un recurso sino una acción. Y esto no solo sucede en Perú, sino en otros ordenamientos jurídicos, como el español, que prevé que se pueda interponer ante una resolución que adquirió el carácter de firme el llamado recurso de revisión, el recurso de audiencia al rebelde (artículos 509-516 y 496-508, respectivamente), y más dudosamente la oposición de terceros, o el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.



los tribunales internacionales. Para obviar la dificultad que este instituto representa con respecto al concepto de cosa juzgada formal o firmeza de la sentencia, Guasp<sup>20</sup> plantea las posibles salidas; o bien que la sentencia sujeta a una de estas impugnaciones no es verdaderamente firme, lo que constituiría una solución inconveniente dado el largo plazo de interposición de alguno de estos recursos; o bien que no se trata de verdaderos recursos, sino de pretensiones autónomas de impugnación, lo que tropezaría con el obstáculo que supone la admisión de esa categoría de pretensiones como distinta de la de los recursos propiamente dichos; o, por último, que se trata de recursos no ya extraordinarios, sino excepcionales, que por razones diversas se admiten en contra de una sentencia firme, pero que, por su mismo carácter excepcional, no dicen nada en contra del concepto normal de la firmeza<sup>21</sup>.

De todas ellas, se piensa que se trataría de un caso de rescisión. Y esta es la posición que se toma para fundamentar la regulación de un precepto legal que regule la nulidad de una sentencia firme<sup>22</sup>.

Para ello es necesario partir del concepto de rescisión que se maneja en la doctrina civilista. La rescisión es un supuesto de ineficacia sobrevenida de un acto al cual no le falta ninguno de sus elementos esenciales ni presupuestos, pero por razón del perjuicio que supone para determinadas personas, el ordenamiento jurídico concede una acción (acción rescisoria) para hacer cesar su eficacia. Posee como cualidad destacada la de ser un remedio *in extremis*; ser una

20 Cfr. GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, cuarta edición, Civitas, Madrid, 1998, p. 512.

21 Para ORTELLS RAMOS, Manuel. Ob. cit., p. 607, el incidente de nulidad posterior a resolución firme es un medio de impugnación para hacer valer determinadas nulidades procesales descubiertas con posterioridad a la firmeza de la sentencia u otra resolución que hubiera puesto término al proceso.

22 Devis Echandía tiene una posición contraria. Dice que los autores suelen hablar de excepciones a la inmutabilidad de la cosa juzgada en tres supuestos: 1) cuando la ley permite revisar la sentencia en juicio posterior; 2) cuando se plantea la extinción de los efectos de la sentencia en virtud de hechos nuevos posteriores a su pronunciamiento, y por último cuando se examina la nulidad de la sentencia en juicio posterior, o en incidente de ejecución o cumplimiento de la misma sentencia.

Sin embargo, continúa, ninguna excepción existe al principio o a los efectos de la cosa juzgada, porque en todos esos casos se trata de una de estas dos hipótesis: o la cosa juzgada no se produce con la ejecutoria de la sentencia (lo que ocurre siempre que exista revisión en juicio posterior y cuando es nula), o los hechos posteriores que quieren hacerse valer en el nuevo proceso constituyen un distinto litigio y una pretensión diferente que no fueron examinados ni resueltos en aquella. Y concluye diciendo que, en ambos casos, la realidad es que no hay cosa juzgada, y que por eso se debe distinguir insistentemente entre sentencia ejecutoriada y sentencia con valor de cosa juzgada. Cfr. *De la cosa juzgada* (...) Ob. cit., pp. 46 y 47. No confundir con la rescisión contemplada en el artículo 1370 del Código Civil peruano, en ningún caso se plantea aplicar el artículo 1370 CC, sino que se habla de la acción de rescisión que la doctrina civilista desarrolla y que puede ser adaptada por el Derecho Procesal.

medida excepcional y subsidiaria, ya que solo cabe acudir a su ejercicio cuando no se pueda reparar el perjuicio por ningún otro medio<sup>23</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe trasladarlo al supuesto de la existencia de una sentencia firme (y por lo tanto ya no se pueden denunciar esos vicios) obtenida en un proceso en donde han existido actos con vicios de forma que han producido indefensión (supuesto del artículo 4 CPConst). Empecemos por ver qué es lo que se trata de rescindir mediante la acción que proponemos. Tenemos que dejar en claro que la sentencia es firme en cuanto que es inatacable, contra ella no cabe recurso alguno ni ordinario ni extraordinario. Al ser firme la sentencia es perfectamente válida y produce todos sus efectos. En consecuencia, con la acción de rescisión que propugnamos no se rescinde la sentencia, sino el proceso anterior. Al ser la cosa juzgada un efecto del proceso, no se puede ir contra ella con la mera impugnación de un solo acto procesal como es la sentencia, aunque sea el acto jurisdiccional por excelencia. Será, pues, necesario ir contra el proceso mismo. Si triunfa la acción rescisoria, se rescindirá el proceso anterior, quedando rescindida la sentencia como un acto del mismo, y quedarán sin efecto todos los efectos del proceso rescindido, la cosa juzgada entre ellos.

Como afirma Fenech<sup>24</sup>: “En realidad no se pone fin al proceso mediante la decisión sobre el objeto del mismo, sino que al resolver sobre su objeto se pone fin al proceso”. A contrario sensu, no se rescinde directamente un efecto del proceso, sino que al rescindir el proceso se rescinden todos sus efectos.

Vista de este modo, la acción de rescisión no se dirige directamente contra la cosa juzgada ni supone una limitación a su eficacia, sino que es una excepción al principio de inmutabilidad de las sentencias firmes, porque de manera mediata permite que se vuelva a producir un pronunciamiento judicial ya que se rescindió la causa que produjo la colisión entre seguridad y justicia.

De la firmeza y respeto de la sentencia sobre el fondo deriva el efecto de cosa juzgada material, que es la vinculación positiva o negativa que produce en otro proceso ulterior la parte dispositiva de la sentencia. La cosa juzgada material presupone, pues, la cosa juzgada formal, pero a diferencia de esta, que

23 Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. I/2, segunda edición, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 80 y 87. Trasladado este concepto al campo procesal Pallares lo define en términos parecidos: “Es el acto mediante el cual se priva de eficacia a un acto precedente a causa de su injusticia. Supone que el acto es válido, esto es, que produce efectos legales, pero que es injusto intrínsecamente”. Cfr. PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Décimo séptima edición, Porrúa, México, 1986, p. 713.

24 Cfr. FENECH, Miguel. *El proceso penal*. Tomo II, tercera edición, Labor, Barcelona, 1960, p. 1171.

la producen todas las resoluciones, aquella es un efecto que solo la producen las sentencias dictadas sobre el fondo en procesos en los que se hayan podido agotar todas las cuestiones. Como se ha indicado, la firmeza no se identifica con la cosa juzgada formal, sino que esta es un efecto o consecuencia de todas las resoluciones firmes. A su vez, la firmeza es también presupuesto de la cosa juzgada material; así, la cosa juzgada de las “sentencias firmes” excluirá un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo. Por lo tanto, mientras la cosa juzgada formal es un efecto que puede predicarse de toda resolución firme, solo las sentencias que hayan alcanzado firmeza pasan con autoridad de cosa juzgada material<sup>25</sup>. En Perú no se encuentra una norma que expresamente se pronuncie sobre la cosa juzgada material; solo a través de la interpretación de los artículos 123 CPC *in fine* y 4 LOPJ se puede llegar a la conclusión de que todos los órganos jurisdiccionales, aunque no hayan sido los órganos que emitieron la sentencia firme, están obligados a respetarla y, por lo tanto, se encuentran impedidos de volver a juzgar sobre lo ya resuelto. No solo interesa a la sociedad que el proceso tenga alguna vez terminación definitiva y que la sentencia final sea vinculante para el juez que la ha dictado e inimpugnable para las partes (cosa juzgada formal), sino que tal pronunciamiento de la sentencia ya firme a favor del demandante o del demandado haya de ser aceptado por todo el mundo como acto de autoridad del Estado que concreta en ese caso el derecho objetivo (cosa juzgada material).

La cosa juzgada material significa la normativa del contenido de la sentencia, es decir, la afirmación de la existencia o inexistencia de la consecuencia jurídica pretendida por una de las partes, y expresada por ella, para todo procedimiento en que se cuestione la misma consecuencia jurídica. No pretende impedir la revocación ni la modificación de la resolución, sino que tiene la finalidad de prevenir el peligro de una segunda resolución contradictoria. Como este peligro solo puede presentarse en un segundo procedimiento, se excluiría

25 La RTC de 15 de setiembre de 2005, recaída en el Exp. N° 003-2005-AI/TC (Reposición), f. j. 3, segundo párrafo, señala que “se trata de una cosa juzgada formal, en tanto que al no existir órgano superior a este Tribunal, y actuar como instancia única en el control abstracto de constitucionalidad, las sentencias que expida y queden firmes son irrecurribles en orden jurídico interno, de conformidad con el artículo 205 de la Constitución Política del Perú y, en ese sentido, deben ser actuadas en sus propios términos por todos los poderes públicos y, singularmente, por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Pero, al mismo tiempo, constituye cosa juzgada material, impidiendo que la misma controversia constitucional pueda proponerse nuevamente, poniéndose así en cuestión la función pacificadora de restablecer el orden jurídico constitucional asignada a este Tribunal, al mismo tiempo que los principios de seguridad y certeza jurídicas”. En el mismo sentido tenemos a la STC Exp. N° 0006-2006-CC/TC, f. j. 40 que dice “las sentencias del Tribunal Constitucional genera consecuencias que van más allá de los efectos de la cosa juzgada formal, toda vez que su observancia es no solo para las partes del proceso, sino también para los poderes y órganos constitucionales y para los casos futuros similares”.

mediante la cosa juzgada material todo debate y resolución nuevos sobre la consecuencia jurídica declarada con autoridad de cosa juzgada; y, en este sentido, están “vinculados” a la resolución firme los órganos estatales y las partes<sup>26</sup>.

Aquellos<sup>27</sup> que diferencian entre cosa juzgada formal y material sostienen que la función negativa o excluyente de la cosa juzgada material se produce cuando se promueve un proceso cuyo objeto es del todo idéntico a otro anterior. En este caso, la vinculación de la cosa juzgada obliga al juzgador del segundo proceso a ponerle fin, con la mayor brevedad posible, porque es un proceso inútil y perjudicial. Y, por el contrario, la vinculación positiva se produce si se incoa un segundo proceso con un objeto que es idéntico a la cosa juzgada en otro proceso anterior; siendo indudable que, cuanto antes, debe eliminarse ese segundo litigio. Mas si el proceso posterior no es reproducción del primero, pues su objeto inicial es solo parcialmente idéntico a la cosa juzgada producida en el primer proceso, el juez del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su *thema decidendi* cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior recaída respecto de los mismos sujetos, deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino por el contrario, tomándola como indiscutible punto de partida.

Llegados a este punto es conveniente hacer una reflexión. Aunque se comprenda la proximidad de ambas instituciones, cosa juzgada formal y cosa juzgada material, es también evidente que entre estas existen importantes diferencias de fundamento, de resoluciones que adquieren esas calidades, y de los efectos propios de esas calidades. Por ello, hay quien sostiene que sería conveniente

26 Cfr. ROSENBERG, Leo. Ob. cit., p. 442.

27 Entre otros FAIREN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina general del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 515, para quien la cosa juzgada formal y cosa juzgada material son dos figuras distintas aunque relacionadas. Sostiene que son dos naturalezas distintas de la función jurisdiccional.

Chioyenda, Calamandrei y Redenti coinciden en definir a la cosa juzgada como a la inmutabilidad de la declaración de certeza sobre el fondo de la litis, por voluntad de la ley; y cosa juzgada formal como la sentencia ejecutoriada, que por no resolver en el fondo no goza de esa inmutabilidad. Cfr. CALAMANDREI, Piero. “Vicios de la sentencia y medios de gravamen”. En: *Estudios sobre el proceso civil*. Tomo I, traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 425. CHIOYENDA, Guisepppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, traducción de José Casais y Santaló Instituto editorial Reus, Madrid, 1922, pp. 460-461. REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*. Tomo I, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1952, pp. 65-67.

Carnelutti habla de eficacia interna y externa de la sentencia. La primera se refiere a la imperatividad de la decisión, a su carácter vinculativo o su obligatoriedad para las partes. La imperatividad de la decisión se llama también cosa juzgada. La segunda mira a su inmutabilidad, o sea, a la prohibición para el juez de volver a decidir el litigio ya decidido, lo que implica la preclusión del derecho a impugnar la sentencia en juicio posterior (...) la cosa juzgada formal se manifiesta en un efecto preclusivo. Cfr. CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo, UTEHA, Buenos Aires, 1954, pp. 321-322, 351-352.

hacer una diferenciación terminológica entre ambas instituciones y propugnan los términos firmeza o preclusión para reemplazar el término cosa juzgada formal<sup>28</sup>. Dado que ya se ha analizado que tanto la preclusión como la firmeza de la resolución no se identifican plenamente con todos los efectos de la cosa juzgada formal, este trabajo no se inclina por ninguna de las dos opciones. En todo caso, hay que emplear ambos términos con la precisión que ameritan (cosa juzgada formal/cosa juzgada material) y no emplear el genérico término de cosa juzgada.

## 2. Delimitación de la cosa juzgada

Con lo expuesto hasta este momento, puede concluirse que la eficacia de la cosa juzgada consiste en la vinculación positiva o negativa que tiene la cosa juzgada material. Y cualquier otro efecto diferente a las vinculaciones jurídicas que acabamos de mencionar no constituye cosa juzgada.

Por eso es erróneo entender que la cosa juzgada comprende todos los efectos de las sentencias sobre el fondo, dotadas de firmeza. Por ejemplo, la sentencia firme de condena genera un deber para el condenado y para el juez, pero ese efecto no forma parte de la cosa juzgada, como lo viene sosteniendo el TC español<sup>29</sup>. En Perú, lamentablemente, se encuentran sentencias que aún consideran el efecto de la obligatoriedad de las sentencias como un efecto de la cosa juzgada<sup>30</sup>.

Otra cuestión que surge en torno a la delimitación de la cosa juzgada es la siguiente ¿integra la eficacia de la cosa juzgada formal la imposibilidad o ilicitud jurídica de que un órgano jurisdiccional dicte en el proceso de ejecución resoluciones que desborden o vayan mas allá de lo decidido en la sentencia?

28 Así, por ejemplo Cortés Domínguez propugna el empleo de preclusión (cosa juzgada formal) y cosa juzgada (cosa juzgada material). Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal*. Ob. cit., p. 136. Por su lado, Ortells Ramos se inclina por firmeza de las resoluciones judiciales y cosa juzgada. Cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel. Ob. cit., p. 596.

29 STC 15/1986, de 31 de enero. Fundamento tercero: “El obligado cumplimiento de lo acordado por los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho y, como tal, es enunciado y recogido en el artículo 118 de la CE. Exigencia objetiva del sistema jurídico, la ejecución de las sentencias y demás resoluciones que han adquirido firmeza también se configura con un derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al contenido del artículo 24, núm. 1, de la CE., cuya efectividad quedaría decididamente anulada si la satisfacción de las pretensiones reconocidas por el fallo judicial a favor de alguna de las partes se relegara a la voluntad caprichosa de la parte condenada o, más en general, este tuviera carácter meramente dispositivo”.

30 Cfr. STC Exp. N° 104-2001-AA/TC, de 10 de mayo, fundamentos 1 y 2.

Para De la Oliva<sup>31</sup> la respuesta es negativa: el efecto limitativo de la actividad jurisdiccional de ejecución es predicable (también) de resoluciones no firmes y, por lo tanto, sin fuerza de cosa juzgada. Si solo con la firmeza se alcanzase la ejecutoriedad, cabría sostener que vulnera la cosa juzgada formal el auto o providencia que dispone algo no previsto en la sentencia firme o contrario a lo dispuesto en ella. Pero, como se sabe, la ejecutoriedad no requiere siempre la firmeza.

Teniendo definido lo que se entiende por cosa juzgada formal y por cosa juzgada material, es fácil considerar que cuando se habla de cosa juzgada en realidad se hace referencia a la cosa juzgada material. Suele afirmarse que la eficacia de la cosa juzgada formal se diferencia de la cosa juzgada material por ser *intra procesal*, es decir, por circunscribirse al propio proceso en que recae la resolución firme<sup>32</sup>. Creemos con De la Oliva<sup>33</sup> que esta diferencia es útil si queda a salvo cierta relevancia que de la cosa juzgada formal, en su aspecto de firmeza o inimpugnabilidad, puede alcanzar fuera del proceso en que se produzca. Ejemplo de ello son los casos de remedios jurisdiccionales contra sentencias firmes (en España los mal llamados recursos de revisión y de rescisión de sentencia firme a instancias del rebelde). En esos casos es conveniente resaltar que el concepto de cosa juzgada y firmeza que se emplea significa que ciertas resoluciones han llegado a ser cosa juzgada formal, aunque en determinadas condiciones, esto es después de utilizar todos los recursos y no por no haberlos utilizado.

Con todo lo anterior se está en condiciones de analizar la razón esgrimida por algunos autores para oponerse a la regulación de un mecanismo de denuncia de nulidad procesal cuando el proceso ya ha finalizado con sentencia firme, cuando alegan que esto contravendría a la seguridad jurídica, garantizada con el instituto de la cosa juzgada<sup>34</sup>. Se es de la opinión que tal razón no es exacta, en primer lugar porque hemos visto que el término cosa juzgada es muy genérico y que necesita precisión. Como la “verdadera” cosa juzgada es la cosa juzgada material se analiza esta en primer lugar y se aprecia que no se transgrede con la apertura de un nuevo proceso tras la declaración de nulidad de otro anterior; pues no se trata de un nuevo proceso en donde se cuestione la sentencia anterior, es

31 Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Ob. cit., pp. 27 y 28.

32 Entre otros, PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 494.

33 Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Ob. cit., p. 23.

34 Estas voces se escucharon, por ejemplo, en España cuando en diciembre de 1997, con una modificación del artículo 240 LOPJ se introdujo el incidente de nulidad procesal; incidente que, entre otras causales, permitía la denuncia de nulidades aunque ya exista sentencia firme.

más ni siquiera se produce la identidad en las pretensiones. Descartado entonces que el incidente de nulidad lesione a la cosa juzgada material, resta que lo que se vea violentada sea la cosa juzgada formal. Esto tampoco es así, pues como ya se ha visto la acción de rescisión no ataca directamente a la sentencia firme, sino que va en contra del proceso mismo, y solo mediante él queda rescindida la sentencia.

### 3. Eficacia de la sentencia y cosa juzgada

Para terminar este apartado, queremos precisar que no se consideran como sinónimos los términos “eficacia de la sentencia” y “cosa juzgada”. La sentencia es eficaz desde el momento de su pronunciamiento, aun cuando solamente en un momento posterior, con la preclusión de las impugnaciones ordinarias y, por eso, con el paso de cosa juzgada de la sentencia su eficacia se consolidará y adquirirá un grado superior de energía<sup>35</sup>.

Este modo de entender la eficacia de la sentencia no es habitual en la doctrina, la cual suele identificarla con la autoridad de la cosa juzgada.

Pero hay autores que, pese a llamar a la cosa juzgada como un efecto del proceso, de la resolución en primer término, entienden que en realidad la cosa juzgada no es un efecto, sino una condición o cualidad de los efectos verdaderos<sup>36</sup>.

Sin embargo, para lograr la claridad de los conceptos, creemos que es necesario distinguir estas dos diferentes nociones: una cosa es la imperatividad, que corresponde a la sentencia como a todos los actos autoritarios del Estado, y otra cosa es esta misma imperatividad hecha estable e indiscutible a consecuencia de la inmutabilidad que la sentencia ha adquirido con su paso a cosa juzgada. Ejemplo de ello serían las sentencias que no producen la cosa juzgada, como son las sentencias dictadas en procesos no contenciosos. Asimismo, se puede dar el ejemplo inverso: una sentencia puede ser ejecutada incluso pese a no haberse agotado todavía los medios de impugnación previstos por la ley.

Así, a pesar de que la cosa juzgada es el efecto más importante y característico de la sentencia, la eficacia de la sentencia no se agota en la cosa juzgada, sino que, por el contrario, surgen distintos efectos<sup>37</sup>.

35 Cfr. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1945, p. 574.

36 Por ejemplo, Cfr. GUASP, Jaime. Ob. cit., pp. 513 y 516.

37 Cfr. ROSENDE VILLAR, Cecilia. *La eficacia frente a terceros de las sentencias contencioso-administrativas*. Aranzadi, Pamplona, pp. 19 y 21.

Además, al hablar de la cosa juzgada formal, ha quedado claro que no se puede concebir a una resolución judicial sujeta a la posibilidad de un recurso como un simple elemento de un resultado aún no formado o como un resultado ya formado pero sometido a condición resolutoria o suspensiva. Es por ello preferible entender que la decisión judicial sujeta a gravamen es perfecta desde el primer momento, aunque quepa contra ella la eventualidad de una impugnación. De aquí que la cosa juzgada formal, como presupuesto de la cosa juzgada material, no es un efecto inmanente de la sentencia, y por lo tanto del proceso, sino algo trascendente de ellos.

Como se sabe, la doctrina tradicional distingue los medios de impugnación en ordinarios (medios de gravamen) y extraordinarios (acciones de impugnación), e incluso esta distinción se absorbe en una norma o disposición legal. El origen de la norma debe buscarse en la valoración que la doctrina ha hecho de la sentencia de primer grado o, más en general, sujeta a gravamen. De aquí se han derivado discusiones teóricas y problemas que en realidad son falsos, como el del valor que la sentencia tiene por sí misma, independientemente del paso en cosa juzgada formal, esto es, de su inmutabilidad, valor que había de encontrarse en una fuerza intrínseca que la sentencia tendría como mandato, esto es, en su “imperatividad”<sup>38</sup>.

El problema no existe; la exigencia a la cual la norma legal ha querido dar satisfacción es meramente práctica: puesto que el juicio se forma en un proceso y está organizado un sistema de impugnaciones que se encuentran intrínsecamente vinculadas al proceso, se debe establecer en qué momento concreto se entiende determinado y el proceso concluido. De forma abstracta se pueden dar todas las soluciones que se quieran a este proceso práctico. La ley italiana, por ejemplo, ha elegido la vía de una referencia a ciertos medios de impugnación para establecer cuándo lo concreto está determinado “a todos los efectos”<sup>39</sup>.

Al decir “a todos los efectos” se incluye que la sentencia forma estado aún cuando no hayan vencido todavía los términos para las impugnaciones a las que se refiere el artículo 324 italiano. En efecto, hay casos en la ley en que la sentencia forma estado desde el día de su publicación, o desde su pronunciamiento. Hay quienes sostienen que en estas hipótesis no se trata de “formar estado”, sino

38 Cfr. SATTÀ, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, traducción de Santiago Sentis Melendo y Fernando de la Rúa, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pp. 405 y 406.

39 Y así el artículo 324 del Codice di Procedura Civile dice: “se entiende pasada en cosa juzgada la sentencia no sujeta ya a regulación de competencia, a apelación, a recurso de casación y a revocación por los motivos 4 y 5 del art. 305”.



de “ejecutividad provisional”; pero la contraposición es falaz porque si una sentencia no tiene valor antes de su inmutabilidad, no puede tampoco ser ejecutiva, y es solo aceptando que la cosa juzgada existe únicamente cuando la sentencia sea inmutable como se puede negar que los efectos que la sentencia produce antes de su inmutabilidad sean efectos de cosa juzgada, lo que es una clara petición de principio. En la realidad la relación procesal tiene cosa juzgada e impugnaciones, pero se regula de modo que el proceso pueda considerarse conclusivo “a ciertos efectos”, aún en pendencia de las impugnaciones. Y esto es lo que ha hecho considerar aquellos efectos como provisionales, cuando de provisional no hay nada, sino que hay solamente la posibilidad de modificar lo concreto a través de la impugnación.

Con lo que se expone hasta aquí queda eliminado también aquel otro falso problema que se suele llamar de la sentencia sujeta a gravamen. El problema ha surgido especialmente en cuanto a la sentencia de primer grado, bajo la influencia del denominado principio del doble grado de jurisdicción; y se ha dicho que, precisamente por esto, la sentencia sujeta a gravamen no es sentencia, sino una situación jurídica, un elemento que, con el concurso de otros elementos, puede convertirse en sentencia<sup>40</sup> (o una sentencia sujeta a condición resolutoria, etc.).

Del mismo sentido es Micheli<sup>41</sup> para quien la sentencia de primer grado, todavía sujeta a apelación, no está asistida de la eficacia de cosa juzgada. Esta sentencia contiene una declaración de certeza todavía incompleta en su eficacia y puede llegar a ser completa solo cuando la apelación no es ya proponible. Pero la impugnabilidad de la sentencia no excluye la imperatividad de esta y su propia y normal definitividad.

Sin embargo, no es posible seguir la doctrina en estas abstracciones<sup>42</sup>: la sentencia sujeta a gravamen determina lo concreto que puede ser removido con

40 Ver CHIOVENDA, Giuseppe. Ob. cit., pp. 372-373. Este autor nos dice que la sentencia definitiva no es sentencia, sino un acto que puede llegar a ser la sentencia si no se interpone gravamen. La ley llama a este acto sentencia, lo cual le parece natural, al no ser aconsejable introducir un término especial para indicar este especial momento de la sentencia.

41 MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, pp. 276 y 277.

42 La doctrina en el tema de la naturaleza jurídica de la sentencia pendiente de recurso, se agrupa en torno a las siguientes teorías:

1ª Es un acto sometido a condición resolutoria (Mortara, Kohler).

2ª No es una verdadera y propia sentencia (Chiovenda).

3ª Es un acto perfecto, con fuerza obligatoria propia (U. Rocco).

4ª Es un acto imperativo, aunque no inmutable (Carnelutti).

5ª Es un acto sujeto a condición suspensiva (Vasalli, Calamandrei).

la impugnación y, como tal, vale lo que vale, esto es, vale aquello que quiere la ley. Si no fuese así, la sentencia no cerraría ni siquiera el proceso de primer grado, y propuesta una nueva demanda después de la sentencia se debería declarar litispendencia, lo que es absurdo.

## II. Alcance social y político de la cosa juzgada

La cosa juzgada responde a exigencias de justicia, pero depende, en sus concreciones, de una decisión legislativa prudencial que pondere diversos elementos de juicio. Es una exigencia de justicia natural que sobre un asunto litigioso una resolución judicial haya de ser la definitiva. No es de justicia natural, en cambio, que todas las decisiones sobre el fondo hayan de tener, una vez firmes, fuerza de cosa juzgada. Ejemplos, aunque no unánimemente aceptados, son las decisiones obtenidas en un juicio sumario que no tienen el carácter de cosa juzgada y las resoluciones que ponen fin a un proceso sin entrar en el fondo<sup>43</sup>.

Es común entender la cosa juzgada como un instituto de razón o de Derecho natural, impuesto por la esencia misma del Derecho, sin el cual este sería ilusorio, y la incertidumbre y el caos serían lo habitual en los fenómenos

---

Ver al respecto a COLOMBO, Carlos J. "Naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso". En: *Revista de Derecho Procesal*. Enero-marzo 1/1955, pp. 37, 57 y 58, para quien estas cinco teorías se pueden agrupar en dos: a) las que consideran que la sentencia sujeta a recurso, no es la sentencia, sino algo que podría llegar a serlo, y b) las que entienden que la sentencia sujeta a recurso tiene desde su origen algunos o todos los atributos de la verdadera y propia sentencia, pero que puede llegar a perderlos por efecto de los recursos.

Considera que la fuente de la discrepancia entre las dos grandes corrientes consiste en que cuando tratan de determinar la naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso, en realidad, ambas pasan a ocuparse de dos cosas muy distintas: unas, de la naturaleza jurídico-procesal propiamente dicha de esa sentencia, otras, de cuál es el acto procesal que constituye sentencia en el sistema jurídico. Así todas las teorías que ven en la sentencia sujeta a recurso un simple elemento de la verdadera sentencia, se están ocupando del problema de determinar cuál es la sentencia que debe o puede ser considerada como la ley hecha valer en el caso concreto.

En cambio, las opiniones orientadas en el sentido de apreciar a la sentencia sujeta a recurso como un acto que ya desde su origen tiene todos los caracteres de la verdadera y propia sentencia pero que puede llegar a producir sus efectos necesita el cumplimiento de una condición, conectan su razonamiento con la determinación de cuál es la naturaleza jurídica procesal de la sentencia sujeta a recurso dentro del proceso.

De manera, pues, que, sin incurrir en absurdo, se puede participar de una y otra tendencia doctrinal, pero con la salvedad apuntada: la ubicación de una y otra dentro del campo jurídico es distinta.

En atención a las razones expuestas, concluye este autor, entendiendo que dentro del proceso, la sentencia sujeta a recurso es un acto sometido a una condición legal suspensiva de "si no llega a pronunciarse una sentencia distinta por el tribunal ad quem correspondiente"; pero en cuanto se le quiera valorar como expresión auténtica de la función judicial, ella mientras esa condición no se cumpla, es un simple elemento de la verdadera y propia sentencia.

43 Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Ob. cit., pp. 37-39.

jurídicos. Los glosadores llevaron esta noción hasta la exageración. Pero esta justificación no es absoluta. Es verdad que en el sistema jurídico la necesidad de certeza es imperiosa. Pero aún siendo esto así, la necesidad de firmeza debe ceder, en determinadas ocasiones, ante la necesidad de que triunfe la verdad. La cosa juzgada no es de razón natural. Antes bien, la razón natural parecería aconsejar lo contrario: que el escrúpulo de verdad sea más fuerte que el escrúpulo de certeza; y que siempre, en presencia de una nueva prueba o de un hecho fundamental antes desconocido o ante la infracción de una norma de garantía procesal, pudiera recorrerse de nuevo el camino andado para restablecer la justicia.

Entonces, se puede decir que la cosa juzgada es una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigencia práctica<sup>44</sup>. La finalidad del proceso no es teórica, sino práctica. No se aspira a “establecer certeza” del derecho, sino a probar la eficacia del derecho mediante la declaración de autoridad y, en su caso, mediante ejecución. El contenido de la sentencia debe ser expresión de la voluntad de la ley. Por ello, la sentencia dictada en el proceso no vincula por la fuerza de la verdad que enuncia, sino por emanar del poder público, del poder del Estado<sup>45</sup>.

### **III. Extensión de la cosa juzgada**

En doctrina procesal no se discute hoy en día si la cosa juzgada alcanza a la parte dispositiva de la sentencia, como tampoco se discute que la congruencia se predica del fallo. Los problemas se plantean en relación con las alegaciones fundamentales de las partes que encuentran respuesta en ese fallo o parte dispositiva; y también con las declaraciones que el tribunal realiza en la fundamentación de la sentencia sobre la *causa petendi* y las excepciones (materiales y procesales) del demandado.

44 Cfr. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Tercera edición, Roque De Palma (editor), Buenos Aires, 1958, pp. 405-408.

45 Cfr. WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf, Vol I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, p. 30. También a GUASP, Jaime. Ob. cit., tomo I, pp. 518-519, tiene una opinión particular del tema, nos dice que la tesis anterior no puede razonablemente ser rechazada, pero que sin embargo cabe afirmar que “la cosa juzgada no es una mera derivación contingente del proceso, sino que, admitida la contingencia inicial del proceso en su totalidad, es efecto necesario del proceso mismo”. Y continúa más adelante diciendo que ello se entiende atendiendo a la finalidad del proceso que es la satisfacción de las pretensiones, porque una vez satisfechas no se pueden ventilar nuevamente. Y por ello el ordenamiento procesal no puede renunciar a la institución de la cosa juzgada sin incurrir en una contradicción de sus bases.

Dicho problema se origina por el deber de respeto y respuesta que la exhaustividad y la congruencia de la sentencia recaban, y que se refiere tanto a los hechos constitutivos como impeditivos, extintivos y excluyentes<sup>46</sup>.

Buena parte de la doctrina excluye de la cosa juzgada los fundamentos del fallo y las excepciones. Para excluir lo segundo ha ayudado una concepción simplificadora del objeto de la decisión. Si aquel se reduce a la resolución (fallo) del *petitum*, es evidente que solo la parte dispositiva del fallo contendrá pronunciamientos recurribles y con la fuerza de cosa juzgada. El resto de consideraciones de la sentencia se concebirán como motivación del auténtico pronunciamiento: el fallo judicial. Sin embargo, cuando se tiene conciencia de que la decisión sobre la causa de pedir y las excepciones es un pronunciamiento debido, hasta el punto de que si el juez lo omite incurre en incongruencia, entonces es mucho más fácil atribuir fuerza de cosa juzgada a ese pronunciamiento, por mucho que aparezca ubicado en la fundamentación de la sentencia.

Si la sentencia judicial debe ser considerada como “mandato” o como “juicio”, ha sido desarrollado por las tesis volitivas y por los de la corriente nomologista, prevaleciendo casi siempre la primera de esas tendencias, es decir, afirmando la supremacía de la labor de *imperium* llevada a cabo por el juez, como órgano del Estado investido de poder, se desemboca en una restricción de la sentencia al fallo o parte dispositiva como expresión del mandato judicial. Por eso, autores como Serra Domínguez afirman que ni los hechos declarados probados, ni la motivación jurídica pueden estimarse amparados por la cosa juzgada, pudiendo ser discutidos en un proceso ulterior<sup>47</sup>.

Y es que la vinculación entre la cosa juzgada y la congruencia está en que el objeto de aquello que el juez debe respetar (congruencia) coincide con el de aquello a lo que debe responder (exhaustividad), a saber: el *petitum* y las alegaciones fundamentales de ambas partes, y así se podrá comprobar que el objeto de la cosa juzgada se identifica, básicamente, con el objeto de la decisión.

En el Derecho romano la finalidad del proceso era declarar la voluntad de la ley en el caso concreto, en el Derecho intermedio lo que importaba era el juicio lógico que emite el juez antes de llegar al mandato. Es decir, que mientras desde las tesis romanistas el juicio tiene un carácter meramente instrumental y la cosa

46 Ver PADURA BALLESTEROS, María Teresa. *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*. McGraw-Hill, Madrid, 1997.

47 Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “Artículo 1252”. En: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Dirigido por Albaladejo, tomo XVI, vol. 2 (arts. 1214-1253), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p. 657.

juzgada se circunscribe a la *res indicio deducta* (pues es expresión de la voluntad del imperio lo que se quiere o decide y no lo que se razona), en el Derecho intermedio lo que importa es el juicio lógico que emite el juez antes de llegar al mandato. Así, mientras que desde la tesis romanista el juicio tiene carácter instrumental y la cosa juzgada se reduce a la *res in indicio deducta*, en el Derecho intermedio la cosa juzgada se conceptúa como presunción de verdad, haciendo depender su carácter vinculante del razonamiento lógico del juez.

Chiovenda<sup>48</sup> explica la teoría del Derecho intermedio afirmando que estos jurisconsultos se inclinaron sobre el elemento lógico del proceso y sobre el silogismo procesal en el cual la conclusión debe verificarse como verdadera, y así llegaron a la conclusión que también deben ser verdaderos los hechos contenidos en las premisas. De ahí que la presunción de la cosa juzgada se ubica en sede de prueba, y que comprende no solo el mandato, sino también el juicio y todo lo que conste en él (cuestiones antecedentes, prejudiciales y procesales).

Aunque con la codificación la mayoría de los ordenamientos procesales reguló a la cosa juzgada en sede de prueba como presunción de verdad, la autoridad de Chiovenda y de la ZPO (*Zivilprozessordnung* alemana) hicieron que la mayoría de la doctrina actualmente mantenga una concepción romanista y por eso no es intención aquí terciar en un debate doctrinal ya superado, sino dar una solución a los problemas prácticos y teóricos que despierta la teoría de los límites objetivos de la cosa juzgada.

Es más, somos de la opinión que, como dijo Bonet Navarro: “Para la sentencia es el juicio y el mandato lo que para el hombre es el cuerpo y el alma”<sup>49</sup>, por ello la cosa juzgada debe ser entendida como un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido a impedir la repetición indebida de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencias.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “Las sentencias no solo comprenden el fallo (o parte dispositiva), sino que lo más trascendente en un Tribunal que suele identificarse como “Supremo Intérprete de la Constitución” (artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), son precisamente las “interpretaciones” que se ubican en la parte de la justificación del

48 Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Reus, Madrid, 1977, p. 414.

49 Cfr. BONET NAVARRO, Ángel. “Una perspectiva de la sentencia civil”. En: *Revista de Derecho Privado*. Año N° 64, 1980, p. 382.

fallo. Como se ha observado, dentro de la motivación hay que ubicar la denominada *ratio decidendi* –o “hilo lógico” del razonamiento de los jueces–, que comprende en los sistemas del *common law* tanto el principio de Derecho como el hecho relevante considerado por el juez (*holding*), como también las denominadas *obiter dicta* o razones subsidiarias. Son las razones decisivas para el caso las que vinculan, mas no las consideraciones tangenciales o de *aggiornamento* (*obiter dicta*)”<sup>50</sup>.

#### **IV. La cosa juzgada constitucional: ¿una nueva clase de cosa juzgada?**

---

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 006-2006-PC/TC es interesante en el tema de la cosa juzgada, puesto que en dicho expediente es necesario analizar si las sentencias del Poder Judicial dictadas en los procesos de amparo y cumplimiento (y cuya nulidad se solicita en el proceso competencial) tenían la calidad de cosa juzgada y, por ello, dotadas de la calidad de inmutables.

Tal y como ha quedado expresado en el apartado II de este trabajo, la cosa juzgada no es de Derecho Natural, sino que obedece a razones prácticas y políticas. Eso es suficiente para concluir que la cosa juzgada no es un principio absoluto.

Así, aplicando el artículo 123 CPC, concordado con el artículo 6 CPConst., una resolución llega a obtener la calidad de cosa juzgada si es que 1) se trata de una resolución judicial firme y 2) tiene un pronunciamiento sobre el fondo.

Sin embargo, aquí se sostiene que el cumplimiento de los dos requisitos anteriores no basta para asegurar la calidad de cosa juzgada a una resolución. Y es que, por mandato constitucional, el proceso judicial debe tener unas garantías mínimas que le permitan a las partes de un proceso obtener una sentencia que solucione el conflicto. Y esas garantías son sintetizadas en la configuración de un debido proceso. De tal manera que una sentencia, aunque sea firme y tenga pronunciamiento sobre el fondo, no adquirirá la calidad de cosa juzgada si no emana de un proceso regular. Así, en este punto coincidimos con Castillo Córdoba quien afirma que la cosa juzgada “no es un principio absoluto y solo llega

---

50 Cfr. STC Exp. N° 4119-2005-PA/TC, f. j. 12. En el mismo sentido: STC Exp. N° 0024-2003-AI/TC, STC Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, f. j. 2 y STC Exp. N° 0012-2005-PI/TC, f. j. 4.

a configurarse cuando se ha obtenido la resolución final a través de un debido proceso”<sup>51</sup>.

Es por ello que, analizando la sentencia recaída en el Exp. N° 0006-2006-PC/TC, estamos de acuerdo con lo esgrimido en el f. j. 68: “En efecto, para que, una sentencia, dictada dentro un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, adquiera la calidad de cosa juzgada, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material; tampoco es suficiente que exista un pronunciamiento sobre el fondo, tal como prevé el artículo 6 del Código Procesal Constitucional”.

Teniendo en claro lo anterior, es que se puede encontrar explicación a la regulación del amparo contra resoluciones judiciales, previsto en el artículo 4 del CPConst, que permite la interposición de una demanda de amparo contra las sentencias firmes obtenidas en un proceso de amparo que se tramitó violentando las garantías de un debido proceso (amparo contra amparo). Es así que puede concluirse que el demandante de este proceso competencial (Mincetur) “podría haber interpuesto demandas constitucionales de amparo contra aquellas sentencias judiciales en las que –a su entender– era manifiesto el apartamiento injustificado de los jueces y magistrados del Poder Judicial de los criterios interpretativos manifestados por el Tribunal Constitucional en los procesos Exp. N° 0009-2001-AI/TC y Exp. N° 4227-2005-AA/TC”<sup>52</sup>.

Ahora bien, ¿cuál es el sentido de la afirmación contenida en el f. j. 70 de la sentencia aquí analizada?: “Ello es así porque lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139, inciso 2, es la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente”.

Tras la expedición de la sentencia analizada se alzaron muchas voces de protesta y alarma, pues se afirmaba que el Tribunal Constitucional había

51 Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código procesal constitucional*. Tomo I, Palestra, Lima, 2006, p. 344.

52 Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Palestra, Lima, 2008, p. 228.

concluido que las sentencias del Poder Judicial no ostentaban la calidad de cosa juzgada, y que el único órgano capaz de dictar resoluciones con dicha calidad era el propio Tribunal Constitucional. Y nada más desajustado a la realidad que esa afirmación. Y es que lo que el Tribunal Constitucional afirma en el f. j. 70 de la sentencia analizada no es nada nuevo, ni nada revolucionario. Lo que hacen es recordar que no puede haber cosa juzgada en un proceso en donde se ha lesionado las garantías constitucionales, es decir, donde se han vulnerado las garantías del debido proceso. Y eso ya lo venía diciendo hace tiempo atrás, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0379-AA/TC, de 22 de julio de 1999, f. j. 6.



# La prohibición de la múltiple persecución penal

## Validez procesal y material del *ne bis in idem*

*James Reátegui Sánchez\**

**SUMARIO:** I. Consideraciones generales. II. Denominación y fundamentos. III. El *ne bis in idem* como garantía constitucional y su proyección en el sistema penal. IV. El *ne bis in idem* material y procesal V. Los criterios para establecer la prohibición de la persecución múltiple. VI. Algunas reflexiones conclusivas.

### I. Consideraciones generales

La regla del *ne bis in idem* constituye uno de los principios constitucionales y procesales universales que está recogido en casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. En virtud a este, entre la dicotomía muchas veces probable de repetir un juzgamiento (*bis in idem*) y la inadmisibilidad de hacerlo (*ne bis in idem*) a un mismo imputado o condenado, la ciencia del Derecho se ha inclinado por esta última opción, y creo que hoy esto no admite discusión. En efecto, en materia penal el contenido esencial del principio de *ne bis in idem* implica que “nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho”, expresando la imposibilidad que recaigan dos sanciones –y hasta procesos– sobre el mismo sujeto por un mismo hecho delictivo, siempre que exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, lo que evidentemente sería contrario a las garantías de un Estado Constitucional de Derecho, en el cual los jueces y fiscales se encuentran sujetos, antes que a la ley, a la Constitución del Estado y a la preservación de los derechos que esta consagra para el individuo.

\* Doctor por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Maestría en Ciencias Penales en la Universidad Peruana Los Andes de Huancayo.

En esta línea de pensamiento, el artículo 90 del actual Código penal peruano señala textualmente lo siguiente: “Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”. Este artículo tiene que ser necesariamente interpretado a partir del artículo 78 del mismo Código penal que estatuye que la acción penal se extingue (inciso 2) por: “Por autoridad de cosa juzgada”. Y es aquí también donde empieza, a mi entender, la confusión entre los institutos del *ne bis in idem* y la autoridad de la cosa juzgada. Según la sistemática legal de los artículos mencionados estos se encuentran ubicados en el rubro correspondiente a la “extinción de la acción penal y de la pena”<sup>1</sup> (Título V) del Código penal, con lo cual nos da a entender el codificador patrio que una vez verificado una segunda persecución penal sobre una misma persona y hecho punible se extinguirá automáticamente la acción penal y la correspondiente sanción. En otras palabras, si bien las causas eximentes y atenuantes previstas en el artículo 20 del Código penal impiden el *nacimiento* de la responsabilidad penal, por el contrario, las causas como el indulto, la muerte del imputado, la prescripción, la cosa juzgada etc., *extinguen* la responsabilidad penal. Cuando media una excusa, el sujeto no fue nunca punible, cuando media, en cambio, una causa de extinción de la acción o de la pena, el sujeto *pudo ser* punible<sup>2</sup>. Así, al momento de la calificación de la denuncia fiscal uno de los requisitos para la iniciación de la instrucción judicial, según el Código procedimientos penales (artículo 77, modificado por Ley N° 28117), es que “(...) no concurra otra causa de extinción de la acción penal”. En consecuencia, la extinción no solamente afecta a la acción penal como potestad de hacer juzgar, sino también a la potestad de hacer ejecutar un pronunciamiento judicial dado.

Por otro lado, las reformas acontecidas últimamente en los dos códigos más importantes del sistema penal peruano tienen como objetivo “re”ubicar al *ne bis in idem* no simplemente como una causal de extinción de la responsabilidad penal, sino elevarlo a la categoría de principio y garantía en materia criminal: así, por un lado, el Anteproyecto de Parte General del Código Penal, elaborado

1 El tratamiento jurídico-penal de las causas que extinguen la acción penal, podría parecer ya sobrado el estudio de las causas que extinguen la pena, a raíz de que desaparecida la acción penal no se llegará nunca a una condena penal, cuanto porque, por ejemplo, la muerte de imputado, amnistía están tratadas tanto en uno como en otro (arts. 78 y 85 CP, respectivamente). Sin embargo, a mi entender, son supuestos distintos: las causas extintivas de la acción penal no permiten llegar a una sentencia condenatoria. La extinción de la pena, en cambio, tiene como presupuesto una sentencia condenatoria firme. Además, las diferencias resultan claras cuando se comparan las prescripciones de la acción penal y de la pena. En la primera comenzará a correr dependiendo de la clase de realización típica cometida: tentativa, delito instantáneo o continuado, etc. (art. 82 CP), en cambio, en la ejecución penal, la prescripción comenzará a regir desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme (art. 86 CP).

2 SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo II (actualizado por Guillermo Fierro), Buenos Aires, 1992, p. 537.

por la Comisión especial revisora (2004) consagra –como no podía ser de otra forma– al *ne bis in idem* como uno de los principios y garantías básicas del Derecho Penal material, incorporándolo expresamente en el Título Preliminar (art. IX), y guarda absoluto silencio –a mi atender correctamente– sobre el principio en estudio en la parte correspondiente a la extinción de la acción penal y de la pena (Título V), no obstante, que en el art. 80, inc. 2, menciona que una de las causas de extinción de la acción penal puede ser por la autoridad de cosa juzgada. Por otro lado, el nuevo Código Procesal Penal de julio de 2004 lo consagra también en el Título Preliminar (art. III).

## II. Denominación y fundamentos

El aforismo romano-canónico *ne bis in idem* o non bis in ídem (= *bis de eadem re ne sit actio*), parece ser uno de los más antiguos en la historia del Derecho, habiéndose presentado desde las primeras apariciones en el Derecho imperial, con un significado en lo sustancial similar al que tiene actualmente. Esta regla aparece de un modo u otro desde la *cognitio extra ordinem* romana en adelante<sup>3</sup>. El aforismo resulta ser una derivación de la máxima *res judicata pro veritate habetur*, y la regla tiene una vigencia universal, ya sea con distintos alcances –sustantivo o procesal– y aplicaciones. En cuanto a la denominación del *ne bis in idem* resulta de especial interés sobre todo la partícula inicial “ne” o “non”. Entiendo correcta la expresión *ne*, pues el adverbio de negación simple *non* se emplea para negar un hecho real (así, por ejemplo, *non venit*: “no vino”). En cambio, *ne* se usa en prohibiciones o deseos (v.gr. *ne eas*: “no vayas”), resultando adecuado, por ende, su uso en el lenguaje prescriptivo de textos jurídicos (así, en materia procesal penal: *ne procedat iudex ex officio*, *ne est iudex ultra petita*, etcétera)<sup>4</sup>.

3 Véase a Edmundo Hendler, quien sostiene que “es indudable asimismo el significado político que asumió en el devenir histórico de la cultura occidental al establecerse como restricción al derecho de perseguir o de imponer castigos, derecho este que fue apropiado y convertido en prerrogativa de la autoridad centralizada de los reyes a medida que fueron forjándose los grandes estados nacionales. Ese significado tuvo clara expresión con las proclamas de derechos a fines del siglo XVIII, y su consolidación, ya con perspectivas de vigencia supranacional, tuvo lugar en época relativamente reciente, con los tratados internacionales de la comunidad europea y la organización interamericana celebrados en la segunda mitad del siglo XX” (HENDLER, Edmundo. “Una regla que confirma sus excepciones: *ne bis in idem*”. En: *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Edmundo Hendler (comp.), Buenos Aires, 2001, p. 131).

4 BERTELOTTI, Mariano. “El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada”. En: *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Ob. cit, p. 106. En este sentido, también: MAIER, Julio. “Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*)”. En: *Doctrina Penal*. N° 33 a 36, 1986, Buenos Aires, p. 415, cita 1 sostiene que “es correcto el adverbio negativo bajo la forma *re*, pues él se usa en textos imperativos o jurídicos”.

El principio de la prohibición de la múltiple persecución penal para algunos se trata de una derivación de la inviolabilidad del derecho de defensa<sup>5</sup>; para otros se considera como un desprendimiento del principio de legalidad<sup>6</sup> (garantía criminal y penal); y para un tercer grupo es más bien un principio de alguna manera diferente al derecho a defensa, al juez natural, a la irretroactividad de la ley procesal penal, a la presunción de inocencia, entre otros, que se refieren a aspectos de la organización que debe regir a todo proceso penal. En cambio, el principio bajo comentario –dice Binder– se “refiere a la necesidad de que la persecución penal, con todo lo que ella significa –la intervención del aparato estatal en procura de una condena– solo se puede poner en marcha una vez. Como hemos dicho insistentemente, el poder penal del Estado es tan fuerte, que un ciudadano no puede estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho”<sup>7</sup>.

La idea fundamental del principio de la prohibición de la múltiple persecución penal es que el ejercicio del poder penal del Estado en un determinado caso concreto se puede procurar solo *una vez*, pues los casos que ya fueron juzgados existe una presunción de la verdad histórica “encontrada”, lo cual impide “reabrirse”. Además, no debe permitirse que el Estado, con todos sus recursos materiales, económicos que posee, haga repetidos intentos para condenar a una persona por un hecho delictivo, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, obligándolo a soportar en un continuo estado de ansiedad e inseguridad. Este principio garantista del *ne bis in idem* se conecta con el derecho a la pronta definición y conclusión del proceso y también con la prohibición de la *reformatio in peius*, sobre todo cuando el artículo 300 (modificado por la Ley N° 27424, párrafo segundo) del Código de procedimientos penales estatuye: “Las penas de los sentenciados que no hayan sido objeto de nulidad, solo podrán ser modificadas cuando les sea favorable”. De esta forma, resulta imposible revisar una sentencia en contra del imputado, solo se permite la revisión de una sentencia firme si tiene como objetivo hacerlo a favor de aquel. En este punto, por ejemplo, la Exposición de Motivos (del título preliminar) del Anteproyecto de Parte General del Código Penal peruano expresa que “sin embargo, sí puede ser sometida a un segundo proceso si el objeto de este último consiste en revisar la sentencia condenatoria del primero para determinar si es admisible una revocación de esa condena y una absolución”. Asimismo, el Código

5 Véase: CARRIÓ, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires, 2000, p. 441

6 Véase: BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen I, Madrid, 1997, p. 85.

7 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, 1999, p. 167.

Procesal Penal del Paraguay (artículo 8, segundo párrafo) es claro cuando señala que “no se podrán reabrir los procedimientos fenecidos, salvo la revisión de las sentencias a favor del condenado, según las reglas previstas por este Código”.

La vigencia del *ne bis in idem* puede hacerse mediante el medio técnico de defensa, como es la excepción de cosa juzgada, cuando esta es conculcada por otra actividad procesal. Así, el todavía vigente Código de procedimientos penales de 1940 (artículo 5, párrafo cuarto) estipula: “La Excepción de Cosa Juzgada, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona”. El nuevo Código procesal penal (Decreto Legislativo N° 957) establece, casi en los mismos términos, en el artículo 6 numeral 1, letra c que una de las excepciones que pueden deducirse es de “cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona”. La excepción puede invocarla de oficio el propio juez de la causa (artículo 5, párrafo séptimo del Código de Procedimientos Penales), por tratarse de una regla de garantía constitucional a favor del imputado. La consecuencia más importante es que, si se declara fundada la excepción mencionada, se dará por fenecido el proceso penal y se mandará a archivar definitivamente la causa. Además, esto no es convalidable por el transcurso del tiempo, ni por falta de voluntad –tácita o expresa– del beneficiario –imputado o condenado– para invocarlo. Ahora bien, es necesario aclarar que el principio *ne bis in idem* tiene un aspecto estrictamente “personal” pues carece de efecto “extensivo” como el de los recursos. Por ejemplo, si un partícipe hubiera declarado que el hecho no existió, esta situación no podrá ser alegada por el otro copartícipe al que se le persigue por el mismo hecho, pero cuya situación no fue definida en la primera y anterior decisión judicial.

A mi juicio, el artículo 90 del Código penal tiene incidencia en aspectos que vinculan con el Derecho Procesal Penal, en la medida que la persecución penal implica poner en operatividad todo el sistema organizativo penal (v. gr. policiales, fiscales y jueces). Claro está, “poner en marcha” el procedimiento penal implica también tener indicios razonables de la comisión de un hecho punible, o sea, que el comportamiento imputado al menos sea típico, lo cual nos lleva inevitablemente al campo del Derecho Penal material. Cuestiones como “perseguido” y “fallar definitivamente”, que son aspectos netamente procesales, tendrán que engarzarse en función al concepto de “hecho punible” –cometido por segunda vez– que es un aspecto del Derecho Penal sustantivo. Sin embargo, como es sabido, es una constante que en la mayoría de códigos penales sustantivos se encuentran regulaciones adjetivas y en los códigos penales procesales sucede lo mismo con las regulaciones sustantivas.

Las bondades del principio *ne bis in idem* se trasladan, si se quiere, al ámbito recursal (por vía del recurso de nulidad) ya que el máximo Tribunal, dentro de sus facultades, puede anular la decisión final del *a quo*, en todo o en parte, si encuentra razones suficientes de una múltiple persecución penal contra una misma persona. Así, el artículo 301 Código de Procedimientos Penales (modificado por Ley N° 24712) señala que “[s]i la Corte Suprema no considera fundada la sentencia condenatoria o resulta que la acción penal ha prescrito o que el *reo ha sido ya juzgado y condenado o absuelto por el mismo delito*, puede anular dicha sentencia y absolver al condenado, aún cuando este no hubiese opuesto ninguna de estas excepciones”. Ahora bien, esta situación se complementa si durante el transcurso del procedimiento o terminado el mismo se verifique la “anulación” por violación de normas constitucionales, sustantivas y/o procesales de la ley penal (entre ellas *el ne bis in idem*). Es la facultad que posee la Corte Suprema, según el artículo 299 del Código de Procedimientos Penales una vez interpuesto el recurso de nulidad, de “anular *todo* el proceso y mandar *rehacer* la instrucción por el mismo u otro juez instructor; o declarar solo la *nulidad de la sentencia* y señalar el Tribunal que ha de *repetir el juicio*”. Para ello, debe tenerse en consideración el principio de progresividad que impide que el proceso se retrotraiga estadios anteriores ya superados.

En ese sentido, los actos procesales se considerarán precluidos cuando han sido cumplidos observando las formas estatuidas por la ley y la Constitución. Lo contrario importaría el desmedro del fundamento de la garantía contra la múltiple persecución penal. En este punto, resulta interesante citar el caso Pedro Weissbrod de la jurisprudencia argentina. La Corte Suprema, en voto de mayoría, dijo que: “no puede entenderse que la causa fue juzgada dos veces, no que se produjo la retrogradación del juicio, violándose así el principio de non bis in ídem; por la circunstancia de que se haya anulado la primera sentencia dictada, que había absuelto al inculpado, por la existencia de vicios esenciales en el procedimiento”. Allí, el Alto Tribunal argentino precisamente agregó que “la nulidad declarada no implica violar dicho principio, ya que, de ser así, la nulidad –recurso contemplado en los códigos procesales– carecería de todo sentido en tanto jamás se podría condenar al imputado sin que se lesionase el non bis in ídem, razonamiento que resulta inaceptable”<sup>8</sup>.

8 ALMEYDA, Miguel Ángel. “Nulidad de procedimiento y ‘non bis in ídem’”. En: *La Ley*, tomo 1998-C, Buenos Aires, p. 410. Por otro lado, CARRIÓ, 2000, pp. 393 y 394. En el caso “Weissbrod”, refiere este autor que la Corte argentina al descartar, en mayoría, la aplicación de la garantía *ne bis in idem* dijo que “dado que la sentencia anulada carece de efectos, no puede decirse que al dictarse una nueva haya *dos fallos que juzguen el mismo*, pues hay solo uno que puede considerarse válido”. Este lenguaje parece sugerir –dice CARRIÓ– que la garantía del non bis in ídem respondería tan solo a la necesidad de evitar

Otros de los efectos del *ne bis in idem* sobre el Derecho Penal material quizá sea aquella prohibición de agravar la pena por reincidencia, pues el *plus* penal deriva de tomar en cuenta nuevamente el delito ya juzgado o penado y así agravarle al delito posterior una pena superior, solo en virtud del delito anterior<sup>9</sup>. En cambio, estima Patricia Ziffer que, desde el punto de vista procesal, la reincidencia no viola el concepto de *ne bis in idem* pues, en sentido estricto, no se estaría juzgando nuevamente el hecho anterior. Sin embargo, en el sistema argentino, tal como está configurado actualmente, es indudable que subsiste una violación del *ne bis in idem* no ya en su aspecto procesal, sino del Derecho material, a través de lo que se conoce como *prohibición de la doble valoración de hechos de cuantificación de pena*, o simplemente *prohibición de doble valoración*<sup>10</sup>. Definitivamente confronta la reincidencia, además, con el principio de un Derecho Penal de acto, el principio de culpabilidad y el principio de fin de la pena (prevención general y especial). En esta línea se ubica, por ejemplo, la Exposición de Motivos del actual Código penal del 1991, en su título correspondiente a la “Reincidencia y habitualidad” que proscribió el concepto de reincidencia de nuestro Derecho Penal porque infringía el principio de *ne bis in idem*. En ella se dijo: “La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente

---

ser condenado dos veces por el mismo hecho, lo cual no habrá de ocurrir si una primera sentencia es anulada, y hay solo una segunda válida”.

9 En este sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (voto del plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, 18 de agosto de 1989) ha sostenido que la reincidencia y la consecuente imposibilidad de obtener la libertad condicional (conf. art. 14 CP) como efecto de aquella, viola el principio fundamental del *ne bis in idem* pues según expresa “(...) toda consecuencia más gravosa del segundo delito deriva de un primer delito que ya ha sido juzgado en sentencia firme” y agrega “no tiene sentido caer en sutilezas ilógicas, como pretender que deriva de la condenación anterior o del cumplimiento de la pena, porque, en definitiva, cualquier matiza de estos obedece al hecho bórico de un primer delito, sin el cual no pueden concebirse” y concluye entonces que “(...) cualquier rigor que en la pena no corresponde a ese delito, no es más que una consecuencia del primer delito que ya fue juzgado”, citado por MAGARIÑOS, Mario. “Reincidencia y Constitución Nacional (El resabio de un “modelo peligroso” de Derecho Penal)”. En: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, 1997, Buenos Aires, pp. 90 y 91

10 ZIFFER, Patricia. “Reincidencia, *ne bis in idem* y prohibición de la doble valoración”. En: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, N° 7, 1997, Buenos Aires, p. 114. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo V, 1988, Buenos Aires, p. 333, quien indica que la “prohibición de la doble valoración” resulta ser un desprendimiento de una forma de la garantía material del non bis in idem. Por su parte: FOLGUEIRO, Hernán. “La inadmisibilidad de la ‘persecución’ y de la ‘valoración’ penal múltiple (validez ‘procesal’ y ‘material’ de la garantía *ne bis in idem*)”. En: *La Ley*, 2000-E, Buenos Aires, p. 786, indica que la “prohibición de la doble valoración que efectúan los autores mencionados (Ziffer y Zaffaroni) se encuentran orientado al ámbito de su aplicación para un solo pronunciamiento. Sin embargo, entiendo –dice el autor– que nada impide que se analice la probable vulneración de este principio cuando existen dos sentencias.

ejecutadas. Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una *violación del principio non bis in ídem* (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233, inc. 11) de la Carta Política”.

Si bien el principio de *ne bis in ídem* no representa mayores problemas aplicativos en el ámbito interno, lo mismo no se puede decir en el ámbito externo, es decir, con relación a otros países. Por lo general, en las distintas legislaciones europeas la regla del *ne bis in ídem* solo rige en el ámbito de la legislación interna, sin proyección externa, existiendo la posibilidad de repetir el juicio, aún cuando se haya producido ya una condena en otro país por el mismo hecho; esta condena ya sufrida solo se tomaría en cuanto a los efectos de su contabilización en la medida de la pena a imponer<sup>11</sup>. En este punto, se pronuncia el parágrafo 51 del StGB alemán, parágrafo 66 del StGB austriaco, artículo 138 del Código Penal italiano, artículo 31 del Código Penal suizo.

### **III. El *ne bis in ídem* como garantía constitucional y su proyección en el sistema penal**

---

Como puede observarse el principio del *ne bis in ídem* para la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia se trata de una garantía constitucional (deducido del artículo 139.13 de la Constitución Política del Perú), no obstante que se trata en mayor medida de uno de los principios informadores del Derecho Penal material y procesal. Por otro lado, en el Derecho argentino, si bien la garantía en comentario no figura dentro de las enumeradas expresamente en el artículo 18 de la Constitución Nacional, ha sido tradicionalmente aceptado como una de las garantías no enumeradas. En ese sentido, en la legislación infraconstitucional tenemos el Código Procesal penal de la Nación de 1992 (Ley N° 23.984) que en su artículo primero señala: “Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni condenado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, *ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho*”. La Constitución de los Estados Unidos de América, en su

---

11 JAEN VALLEJO, Manuel. *Principio constitucional ne bis in ídem (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003)*, disponible en: <[www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/JaenVallejo2.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/JaenVallejo2.pdf)>.



Enmienda V de 1791, en lo que vulgarmente se denomina *double jeopardy*, consagra que: “Ninguna persona estará expuesta por el mismo delito a ser puesta dos veces en amenaza de su vida o integridad corporal”.

También en el Derecho Internacional se encuentra difundido el principio del *ne bis in idem*. Así encontramos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7) que dice: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con ley y el procedimiento penal de cada país”. También el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8. 4) dispone: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Debemos decir que si bien las disposiciones internacionales que forman parte de nuestro Derecho interno (artículo 55 de la Constitución Política), incorporan expresamente la garantía bajo comentario, la redacción de ambas presenta un déficit terminológico, pues utiliza el término restringido de “sentencia firme”, soslayando otras resoluciones que ponen fin al proceso penal, como sucede con el sobreseimiento definitivo. Empero, considero, interpretándolo en sentido amplio, que toda resolución judicial que tenga finalidad conclusiva del proceso penal quedará abarcada por la redacción de los tratados mencionados. Igualmente en España, de acuerdo con lo previsto en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución, forma parte del ordenamiento jurídico-interno, ya que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado en 1977.

#### **IV. El *ne bis in idem* material y procesal**

No debe confundirse el concepto de *ne bis in idem* con el de la cosa juzgada penal, ya que este último significa, entre otras cosas, que ninguna persona puede ser penada o condenada más de una vez por el mismo delito. En virtud de ello, la doctrina del *ne bis in idem* para una mejor comprensión, lo divide en dos partes:

##### **1. En sentido material (cosa juzgada)**

Desde este punto de vista tiene un alcance más restringido la regla en estudio, pues como hemos visto indica que “nadie puede ser penado varias veces por el mismo hecho” o “nadie puede aplicársele una sanción penal por un hecho punible ya juzgado” siendo la consecuencia más importante impedir que se revise, a través de los recursos impugnativos, una sentencia, sea esta condenatoria o absolutoria. La decisión judicial debe haber quedado firme, habiendo pasado a la autoridad de cosa juzgada. Según Bidart Campos, la “(...) cosa juzgada

es el efecto de la sentencia entre las partes: subjetivamente, el deber ser real de la sentencia obliga a quienes han sido parte en el juicio”<sup>12</sup>. Por su parte, Eduardo J. Couture lo define como “(...) la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”<sup>13</sup>. Esto implica que la sentencia firme agota todos los efectos de la pretensión punitiva, lo cual nos lleva, reitero, al concepto de *cosa juzgada*, que resulta irrevocable, posee ejecutoriedad y no puede modificarse por otro órgano judicial ni otro poder del Estado. De ahí, entonces, que la cosa juzgada no constituya un efecto, sino una cualidad de la sentencia que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y que igualmente vale para todos los efectos que produzca<sup>14</sup>. El principio de la intangibilidad de la cosa juzgada, o *res iudicata*, protege a las personas de la incertidumbre y de la posibilidad de que el Estado decida utilizar el proceso penal como un instrumento de persecución política constante<sup>15</sup>. Un concepto cercano sería también el de “sentencia definitiva” que corresponde entender como la decisión del Tribunal que pone fin a un proceso, que concluye el debate, pronunciándose sobre la condena o absolución del imputado y la reparación civil.

Habíamos dicho que los efectos de la cosa juzgada son la inmutabilidad y la coercibilidad. Lo que implica que no puede modificar ni replantearse, lo segundo significa que esa decisión tiene fuerza ejecutiva, con el respaldo para su cumplimiento del poder estatal. Ahora bien, habría que aclarar que aquella resolución, distinta a la sentencia, que pone fin al proceso (por ejemplo el sobreseimiento) no significa que estemos en presencia de lo que técnicamente es una sentencia, porque para este acto es imprescindible la existencia de un debate realizado y concluido<sup>16</sup>. Pero sí, habría que decir que el concepto de sobreseimiento tendrá que ser definitivo, el cual produce defecto de cosa juzgada

12 BIDART CAMPOS, Germán. *Filosofía del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, 1969, p. 125. Este autor señala que suele distinguirse entre cosa juzgada *formal* (que impide atacar los resultados procesales dentro del mismo juicio) y cosa juzgada *material* (que el efecto anterior añade el de no poder renovar la cuestión en un nuevo proceso). Sobre la cosa juzgada formal y material, véase: COUTURE, Eduardo J.; *Fundamentos del derecho procesal civil*, (reimpresión), Buenos Aires, 1997, p. 416 y ss. Por su parte: ODERIGO, Mario A.; *Lecciones de Derecho procesal*, Buenos Aires, 1989, p. 268, anota que “Los pronunciamientos de los jueces del crimen producen efecto preclusivo *erga omnes*, vale decir, que nadie puede reponer la misma cuestión principal sobre la que alguno de ellos haya resuelto”.

13 COUTURE, Eduardo J. Ob. cit., p. 401.

14 ARAZI, Roland. *Derecho procesal civil y comercial*. Tomo II, Santa Fe, 2004, p. 17, quien agrega: “(...) que puede haber sentencias firmes que carezcan de esa cualidad, como sucede, en general, en el proceso penal, cuando se trate de revisar la sentencia en beneficio del condenado y en virtud de nuevos elementos que indiquen que aquella ha sido notoriamente injusta”.

15 Véase, en este sentido: BINDER, 2002, p. 140.

16 DE LA FUENTE, Javier Esteban. “El concepto de ‘sentencia definitiva’ y ‘auto equiparable’ como ámbito del recurso de casación penal”. En: *Nueva Doctrina Penal*. 2000-A, Buenos Aires, pp. 99 y 100.

material pues impide cualquier ulterior persecución por el mismo hecho, es un corolario del principio *ne bis in idem*<sup>17</sup>. En este sentido se pronuncia el nuevo Código procesal penal (Decreto Legislativo N° 957) en el artículo 347, inciso 2 que señala: “Importa el archivo definitivo de la causa con relación al imputado en cuyo favor se dicte y tiene la autoridad de cosa juzgada”.

La Corte Suprema argentina ha puntualizado que el respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se asienta el régimen constitucional; que tiene jerarquía constitucional y no se le puede alterar ni siquiera por normas de orden público, y que todo ello se relaciona de modo inmediato con el principio de división de poderes, pues se afectaría tal principio si el poder encargado de dictar la ley apareciere, mediante una intervención posterior, alterando las decisiones del poder que la aplica<sup>18</sup>. La hipótesis contraria, es decir, el reabrir una causa cuestionando una condena firme, ocurre a través del excepcional recurso de revisión que se prevé en algunos Códigos procesales. En este sentido, De Elía sostiene que: “La cosa juzgada, pues, es una decisión jurisdiccional que tiene fuerza obligatoria para todo juez que se avocara a la causa, de allí que la cosa juzgada tenga carácter absoluto; se trata de una manifestación de voluntad de la potestad jurisdiccional que actuó en el caso concreto como la ley actuó respecto a la comunidad en general; la cosa juzgada hace las veces de una ley que no puede ser desconocida por una nueva resolución judicial sobre el mismo caso y los mismos sujetos. El principio *non bis in ídem* representa la base de toda la construcción procesal alrededor de la cosa juzgada”<sup>19</sup>. La estabilidad de la cosa juzgada en materia civil se basa en la presunción absoluta de la verdad de la sentencia; en cambio, en materia procesal penal, el *ne bis in idem* no es tanto una garantía procesal, sino una garantía político-constitucional con

17 D'ALBORA, Francisco J. *Curso de Derecho procesal penal*. Tomo I, segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 346. Este autor agrega (p. 342) que el sobreseimiento “desde el punto de vista etimológico significa cesar, desistir de algo; una indagación acerca del origen del vocablo advierte que deriva de las palabras latinas *super-sedere*, es decir, “sentarse sobre” (Moras Mon) detalles que señalan el carácter conclusivo definitivo o no, correspondiente a esta resolución”.

Por su parte, el Código de Procedimientos Penales de 1940 (art. 5, párrafo sétimo) prescribe que “si se declara fundada cualquiera de las otras excepciones, se dará por fenecido el proceso y se mandará *archivar definitivamente* la causa”. Asimismo, el art. 221 prescribe que “Si está comprobada la existencia del delito pero no la responsabilidad del inculpado, se declarará no haber lugar a juicio respecto a este y se *archivará provisionalmente el proceso*. No estando comprobada la existencia del delito, el *archivo tendrá carácter definitivo*”.

18 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. Tomo 1, Buenos Aires, 2003, p. 664.

19 DE ELÍA, Carlos M. *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (comentado y anotado)*. Buenos Aires, 2001, p. 30.

la que se quiere proteger, más que la estabilidad de la sentencia, la libertad de los ciudadanos<sup>20</sup>.

Desde el punto de vista del *ne bis in idem* material se inscribe por ejemplo, la Ley Fundamental alemana (artículo 103, punto III) que señala: “Nadie puede ser *penado* varias veces por el mismo hecho”. También puede ubicarse aquí, aunque no en los mismos términos, el artículo 139, inciso 13 de la Constitución Política peruana que estatuye que uno de los principios de la función jurisdiccional es “La prohibición de revivir *procesos fenecidos* con resolución ejecutoriada (...)”. Hay que tener presente que se garantiza, en términos generales, bajo esta redacción, que una persona no sufra más de una condena por un mismo hecho, pero no habría obstáculo alguno para admitir una nueva persecución penal para condenarlo cuando fue absuelto de los cargos o para imponerle una condena penal superior a la que surgió del pronunciamiento original, lo cual nos parece que no cumpliría el objetivo del principio en comentario.

En una posición neutral o intermedia encontramos el Código Procesal penal del Paraguay (artículo 8, Proceso Único) que prescribe: “Nadie podrá ser *procesado* ni *condenado* sino una sola vez por el mismo hecho (...)”; el Anteproyecto de Código Penal del Perú, Parte General, artículo IX que señala: “Nadie podrá ser *procesado*, ni *sancionado* más de una vez por un mismo hecho (...)”; el nuevo Código Procesal Penal de Perú, de julio de 2004 que en el Título Preliminar, artículo III prescribe: “Nadie podrá ser *procesado*, ni *sancionado* más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y procesales (...)”. Si bien en todos estos instrumentos legales se amplía el alcance del principio *ne bis in idem*, no puede soslayarse la idea de que el “procesado” —como no ha sido condenado— quedaría fuera del amparo del principio en estudio.

En suma, en un Estado de Derecho que sostiene la seguridad jurídica, la tranquilidad y el respeto a los ciudadanos como principios básicos de la organización social, necesariamente debe existir un momento en que el proceso penal finaliza. Así, “fallar definitivamente” en el lenguaje del artículo 90 del Código penal significará aquella resolución judicial que ha adquirido firmeza, obligatoriedad, ejecutoriedad. “Fallar definitivamente” será considerado aquel acto procesal que plasma el objetivo de todo proceso penal, generalmente a través de una sentencia (condenatoria o absolutoria) donde se averiguó la verdad histórica

20 BERTELOTTI. “El principio *ne bis in idem*: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada”. Ob. cit., p. 127.

–reconstruyendo los hechos del pasado–, resolviendo un determinado conflicto social. Será plasmar, en otras palabras, la vigencia del *ne bis in idem* en su aspecto material (cosa juzgada). Sin embargo, “fallar definitivamente” habrá que entenderlo también en un sentido amplio, abarcando cualquier resolución que ponga fin al proceso penal y, lo más relevante, que no haya sido objeto de impugnación (consentida), o esperar a la “última” decisión judicial cuando se interpuso algún recurso impugnatorio que usualmente es la Corte Suprema, que en definitiva será la instancia “final” nacional. Este criterio también es tomado para computar los plazos prescriptorios de la pena. Así, el artículo 86 del Código Penal estipula que “El plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó *firme*”.

## 2. En sentido procesal (persecución penal)

Quizá sea este punto de vista donde se apoya actualmente la doctrina y la jurisprudencia para definir el alcance del *ne bis in idem*. La consecuencia más importante de este criterio es impedir la múltiple “persecución penal” y cubre el riesgo de un procesamiento nuevo, renovado. Este concepto procesal de *ne bis in idem* también ha sido asumido por la jurisprudencia argentina: “La prohibición de la doble persecución penal no solo veda la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado. Sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho. Si se encuentra firme el sobreseimiento dictado en una causa anterior por los mismos hechos, la sustanciación de una nueva querrela constituye una violación de la garantía constitucional que protege contra el doble juzgamiento”<sup>21</sup>.

Este concepto, definitivamente, es más extenso, porque incorpora el concepto de litispendencia, en el sentido que nadie puede ser perseguido penalmente teniendo causa abierta por el mismo hecho. Es decir, que en la segunda causa penal el imputado no podría ser citado, ni detenido, o darse curso a la denuncia, cuando se tenga conocimiento certero de la primera persecución penal. En suma, no solamente se prohíbe la multiplicidad, sino también la simultaneidad de que una misma persona pueda ser sustanciada procesalmente ante distintos órganos judiciales por la misma hipótesis delictiva. Se podrá hacer valer el

21 CSJN, 30-4-91, recaído en el caso Taussig, Jorge F/Arts, 109 y 110 del CP, Fallos: 314: 377, extraído de: DONNA, Edgardo Alberto (Director). *Revista de Derecho Penal, 2001-I*. Garantías constitucionales y nulidades procesales I, Santa Fe, p. 531.

principio mencionado interponiendo una unificación o acumulación de los procesos (lo que algunos llaman la excepción de litispendencia).

La interpretación del principio en comentario puede entonces admitir las siguientes expresiones: “Nadie puede ser *penado/procesado/perseguido penalmente* más de una vez por el mismo *hecho/delito*”. Me parece acertada la expresión del artículo 90 del actual Código penal cuando alude a “perseguido” en vez de “procesado”, “encausado”, “acusado” o “perseguido judicialmente”, que más bien daría a entender a cierto estadio procesal, con lo cual el *ne bis in idem* podría interpretarse en forma restringida y parcial, pues que operaría cuando la persecución penal haya alcanzado cierta importancia procesal. Por eso, resulta desacertado y confusa la frase de la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código Penal del Perú, Parte General, cuando alude a que: “Lo inadmisibles, pues, *no la repetición de proceso*, sino una doble condena o el riesgo de afrontarla”. Si la repetición del proceso penal tiene como finalidad conseguir una resolución más favorable al imputado o condenado estará todo correcto; pero, como es sabido, casi todo proceso penal en sí mismo busca o procura la condena del procesado, entonces, como quedaría la expresión “la repetición del proceso”.

Cuando el artículo 90 del Código Penal peruano establece la expresión “persecución” (penal) está comprendiendo a toda la autoridad estatal (policial, fiscal, e incluso jurisdiccional –que no puede ser propiamente tal–) o privada (acciones privadas como injurias, calumnias, etc.) tendiente a atribuir a una persona participación en un hecho delictivo. Para que pueda hablarse de *segunda* persecución, será necesaria que la *primera* se esté desarrollando, o haya concluido por sobreseimiento o sentencia definitiva (condenatoria o absolutoria)<sup>22</sup>. Sin embargo, la persecución necesita de una pretensión y esta última implica una posibilidad (existencia de futuro) que tiene apoyo en el concepto de apariencia delictiva, y que será suficiente para provocar la persecución penal. “Así la pretensión –anota Clariá Olmedo– aparece como el nervio de la perseguibilidad; no se podrá perseguir penalmente, sino sobre la base de una pretensión fundada en hecho afirmado con relevancia jurídico-penal”<sup>23</sup>. Finalmente, la condena o el valor formal de la cosa juzgada no es la que veda la garantía del *ne*

22 CAFFERATA NORES, José I. “Garantías y sistema constitucional”. En: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.) *Revista de Derecho Penal*, 2001-1. Garantías constitucionales y nulidades procesales I, Santa Fe, p. 146.

23 CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *El proceso penal (Actualizado por Pedro Bertolini)*. Buenos Aires, 1994, p. 6.

*bis in idem*, sino –fundamentalmente– la mera exposición al riesgo de un doble juzgamiento.

## V. Los criterios para establecer la prohibición de la persecución múltiple

Los criterios para establecer la persecución múltiple, generalmente la doctrina y la jurisprudencia<sup>24</sup>, han establecido que deben concurrir tres identidades o correspondencias: *eadem persona*, *eadem res* y *eadem causa petendi*.

### 1. Identidad de persona (*eadem persona*)

El *eadem persona* es la proyección subjetiva de la garantía y la que menos problema suscita. La condición de imputado es la base sobre la cual se erigen todas las demás garantías individuales en el proceso penal, sin importar la calidad del sujeto (por ejemplo, si es funcionario público). Se trata de una garantía “personal” en concreto y no en abstracto. “No existe una cosa juzgada ‘en abstracto’; por el contrario, el efecto de cosa juzgada –ya se trate de una sentencia, de un sobreseimiento, o de cualquier tipo de resolución que ponga fin al proceso– siempre tiene una referencia directa a la persona que ha sido involucrada”<sup>25</sup>. Lo que importa es que la persona identificada en el primer proceso sea la misma a la que se persigue por segunda vez. A mi juicio, bastaría con su identificación física, aún cuando se carezca de los datos que hacen a su identificación nominal. Debe tratarse de la misma persona que fue perseguida con anterioridad.

24 “Los presupuestos que deben concurrir para amparar una excepción de cosa juzgada, son la identidad de procesado, identidad de hecho y resolución firme. El Fiscal Supremo al emitir su dictamen se ha pronunciado por la aprobación de dicho sobreseimiento, lo que implica una expresa renuncia a la prosecución del ejercicio de la acción penal, en cuanto a este extremo, y así debe declararlo esta Supremo Sala, pues disponer lo contrario sería obligar al Ministerio Público, a seguir persiguiendo un delito que a su criterio no existe, con lo que se atentaría contra su autonomía”. SALA PENAL, R.N., N 936-99, Lima, extraído: CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor. *Jurisprudencia penal*. Lima, 2002, p. 281.

“La excepción de cosa juzgada es aplicable cuando existe identidad de hecho u objeto del proceso, identidad de encausado y resolución firme o definitiva; que, siendo esto así, en el presente proceso, no se cumplen tales requisitos, existiendo deficiencia de la defensa técnica al no acompañar constancia que acredite que la sentencia quedó firme y definitiva por no haber sido impugnada o en su defecto ejecutoriada”. Sala Penal, RN N° 678-2000, Lambayeque, extraído de: FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Jurisprudencia penal*. Lima, 2002, p. 294.

“Procede declarar fundada la excepción de cosa juzgada si en el proceso fenecido se falló definitivamente por los mismos hechos y las mismas personas procesadas en la nueva causa, es decir, el proceso fenecido abarcó en su totalidad a la nueva denuncia”. Exp. N 5287-97, en: BACA CABRERA; ROJAS VARGAS y NEIRA HUAMÁN; *Jurisprudencia penal*. Procesos sumarios, tomo III, Lima, p. 626.

25 BINDER. *Introducción al Derecho procesal penal*. Ob. cit., p. 168.

No ampara a coimputados del mismo hecho. Esto es, que quedarán excluidos los posibles partícipes aún no perseguidos y los imputados cuya persecución haya concluido por pronunciamiento no definitivo: la desestimación o el archivo de la denuncia, pues al no haberse individualizado al imputado no produce el efecto de cosa juzgada.

La identidad de sujetos puede encontrar algún inconveniente en supuestos de pluralidad de sujetos, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas. Sin embargo, se admite que los en los casos de responsabilidad penal de las personas físicas no se incumple el *ne bis in idem* por el hecho de sancionar administrativamente a las personas jurídicas, pues la sanción a esta se basa en su “culpabilidad de organización” o “acción institucional” que no es el título que fundamenta la responsabilidad de aquella. “Por eso, –dice Borinsky– cabe sancionar a la persona jurídica aún cuando la física quede exenta de pena por actuar con error invencible o incluso por otras causas”<sup>26</sup>.

## 2. Identidad de objeto (*eadem res*)

Esta será la proyección objetiva de la identidad o correspondencia y la que más problemática presenta. La segunda persecución debe referirse al mismo hecho que motivó a la primera: *in idem*, dice la fórmula latina: esto es, sobre lo mismo. En el artículo 90 del Código penal prescribe que la segunda persecución penal debe tratarse de un mismo “hecho punible”. Ahora bien, ¿qué entendemos en Derecho Penal por hecho punible? Esto es, ¿se impide perseguir por segunda vez el hecho “tal está calificado en la ley penal” o se permite nuevamente la persecución la sobre la misma hipótesis fáctica pero con distinta calificación jurídica: hecho punible doloso, culposo, omisivo propio o impropio, atenuado o agravado, tentado o consumado, etc.?

En realidad, si vemos nuestro Derecho positivo penal, en la Parte General observaremos que el legislador también hace referencia al concepto de hecho punible. Así, el art. 6 “comisión del *hecho punible*”; Título II lleva como nombre “del *hecho punible*”; el art. 13 “la realización del *hecho punible*”; art. 15 “comete un *hecho punible*”; art. 22 “*hecho punible*”; art. 23 “el *hecho punible*”. Sin embargo, en otros artículos se refiere a la comisión de un “delito”, así el art. 16 “ejecución de un *delito*”; art. 50 “otros tantos *delitos* independientes”; art. 59

26 BORINSKY, Mariano Hernán. *Principio 'non bis in idem'. Concurrencia de consecuencias jurídico-penales. Concurrencia de sanciones administrativas y penales. El análisis en el campo de los delitos económicos*, disponible en: ElDial.com.



“condenado por otro *delito*; y en otros pareciera que el hecho punible pudiera ser solamente “típico”, así el art. 72 “realizado un *hecho* previsto como *delito*”. Asimismo, en otros artículos se refiere que la comisión represente solamente un injusto penal, así en el art. 20, inc. 5 “realiza un *hecho antijurídico*”. A mi juicio, el concepto de hecho punible, tal como se le concibe en la dogmática jurídico-penal, es que el comportamiento sea típico, antijurídico y culpable en el que no concurre ninguna causa de exclusión de la punibilidad. El mismo concepto de hecho punible da a entender, además, que el hecho debe ser “punible” y será punible cuando se verifiquen todas las categorías dogmáticas-estratificadas.

Sin embargo, a los efectos de la comprensión de la garantía del *ne bis in idem* no debe importar la calificación jurídica que se le haya dado en la primera persecución y la que pudiera darse en la segunda. Pues muchas veces el juicio de tipificación –como producto normativo– depende de una valoración subjetiva que realice el juzgador en un determinado caso concreto. Por eso Maier anota que para comprender mejor esta identidad se mira “(...) al hecho como acontecimiento real, que sucede en un lugar y en un momento o periodo determinados, sin que la posibilidad de subsunción de distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal, bajo una valoración distinta de la anterior”<sup>27</sup>. En suma, lo importante acá es que el *sustratum* de ambos hechos debe ser el mismo. Siempre debe existir en el primer hecho la suficiente competencia judicial para examinarlo completamente, desde el punto de vista del Derecho Penal material. La identidad de hecho, entonces, tiene como una de sus características la indivisibilidad, a mérito de la cual un mismo *factum* no puede ser materia de más de un pronunciamiento judicial. Por ejemplo: si una persona que fue juzgada por lesiones graves o tentativa de homicidio, siendo luego condenada, no puede luego ser sometida judicialmente por el homicidio en virtud de una consecuencia mediata posterior. También si un Tribunal califica el apoderamiento total o parcialmente ajeno como hurto, no puede incoarse una nueva persecución penal porque el segundo Tribunal lo considere como robo. Tampoco aquel que ha sido procesado por homicidio puede ser luego perseguido por

27 MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*. Tomo 1, vol. B, 1989, p. 380. En este mismo sentido, Fernando de la Rúa anota que si acogiéramos el criterio de que debe existir coincidencia entre el hecho y calificación jurídica en los procesos “(...) el vigor de la garantía no solo quedaría debilitado, sino totalmente aniquilado. El principio de non bis in idem se tornaría inexistente e inócuo, porque bastaría un cambio de criterio jurídico para abrir válidamente la nueva instancia” (DE LA RÚA, Fernando. “Non bis in idem”, voz de la *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XX, Buenos Aires, p. 327). CLARÍA OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. Tomo I (actualizado por Jorge E. Vásquez Rossi), Santa Fe, 1998, p. 74; CAFFERATA NORES, José I. “Asociación ilícita y “non bis in idem”. En: *La Ley*. 1999-B, Buenos Aires, pp. 300 y 301. FOLGUEIRO; “La inadmisibilidad de la “persecución” y de la “valoración” penal múltiple (validez ‘procesal’ y ‘material’ de la garantía ‘ne bis in idem’).” Ob. cit., p. 787.

el delito de lesiones, si a consecuencia de estos está sometido a juzgamiento por aquel delito. Cafferata Nores dice que “aunque en la segunda persecución se afirmen nuevas circunstancias, un diferente grado de participación o un encuadramiento jurídico diferente, si el hecho es sustancialmente idéntico, el principio opera en plenitud”<sup>28</sup>.

Para que se aplique la *eadem res* la imputación tiene que ser la misma, y la imputación será idéntica cuando tenga por objeto el mismo comportamiento atribuible a la misma persona (*eadem persona*). En tal sentido, se tendrá que distinguir entre una *imputación material o implícita*, que es aquella condición que nace de la admisión de la simple denuncia o una querrela, indicando como supuesto autor del hecho punible a una persona y esta imputación material no define el carácter de “imputado” y otra que es la *imputación formal o explícita* que vendría representada por el auto de procesamiento en sede judicial, que sí le otorga el carácter de procesado o imputado.

Entonces, lo sustancial será que sea el mismo hecho o una misma estructura básica de la hipótesis fáctica, y no obstará a la vigencia de la garantía que en la segunda persecución penal se añadan algunos elementos *accidentales no relevantes*; por ejemplo, si en la segunda persecución se trata de una circunstancia agravante (físico, psíquico o jurídico) y por ende de mayor penalidad pero en función a un mismo delito que ya fue condenado; si la segunda persecución incide en una diferente forma de participación (antes fue juzgado como mero cómplice, ahora se le pretende considerar como instigador); si la segunda persecución focaliza la atención en un diferente grado de ejecución (ya fue condenado por un delito tentado y ahora se le pretende castigar por un delito consumado). De esta forma, la identidad básica subsiste, aunque existan entre ambas imputaciones diferencias temporales, espaciales, de modo o en el mismo objeto del hecho atribuido, que no alcanzan para destruirla como afirmación de un acontecimiento unitario<sup>29</sup>. Se trata, en suma, de una identidad de hipótesis fáctica y no una identidad jurídica.

Sin embargo, existe discusión en la dogmática jurídico-procesal para determinar cuándo se conserva una misma estructura básica de hecho fáctico. Se ha dicho que debe tenerse el hecho como acontecimiento histórico, que abarque el comportamiento (activo u omisivo) y eventualmente su resultado lesivo o peligroso. Ahora, existen dos enfoques para tratar el tema: un *enfoque naturalista*, que

28 CAFFERATA, José I. *Introducción al Derecho procesal penal*. Lerner, Córdoba, 1994, p. 87.

29 MAIER, Julio. “Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*)”. Ob. cit., p. 430.

señala que dos hechos serán iguales cuando exista coincidencia en sus circunstancias esenciales, o sea, de lugar, tiempo, modo de comisión, en suma, debe haber similitud en los elementos del tipo objetivo, habrá dos hechos distintos si no existe aquella coincidencia. Por otro lado, tenemos el *enfoque normativo*, en la cual el acontecimiento histórico siempre tiene que estar acorde con una norma jurídico-penal. En consecuencia, para determinar lo sustancial del hecho, se recurre a la coincidencia, aunque sea parcial, de la acción, con un supuesto típico; subsidiariamente, se atiende al bien jurídico afectado. Por eso, para la aplicación del *ne bis in idem* no debe negarse en absoluto la consideración a determinados conceptos jurídico-normativos, concretamente para identificar una “identidad de hecho punible”.

Por ejemplo, el concepto de hecho punible o de imputación penal en el ámbito procesal no es determinante el aspecto fáctico, sino fundamentalmente jurídico-normativo, es decir, aquello que la ley penal sustantiva prevé como delito. Por eso, la garantía de la prohibición de la múltiple persecución penal resulta necesario hacer referencia a las reglas que existen en el Derecho Penal sustantivo, respecto de la identidad entre hechos existentes y su correspondiente calificación jurídica: si se trataron de varios hechos cometidos en un determinado espacio y tiempo se tendrán que regir por las reglas concursales del Código Penal. Así, los casos de concurso aparente de leyes donde existe una “supuesta” pluralidad de calificaciones jurídicas y una evidente unidad de hecho. Un mismo hecho, entonces, puede producir diferentes tipicidades y todo esto ingresa en el estudio del *ne bis in idem*. El tema de los concursos según nuestro Código Penal (concurso ideal de delitos<sup>30</sup>, concurso real de delitos<sup>31</sup>, concurso real retrospectivo –modificado por Ley N° 26832– es un problema de “aplicación de la pena”. Asimismo, los casos de ficción o unidad jurídica cuando ontológica y naturalmente pueden ser consideradas como varios hechos, el Derecho Penal los considera como uno solo, a través del delito continuado<sup>32</sup>.

30 El concurso ideal delitos se encuentra regulado en el art. 48 del CP. Se presenta cuando con un mismo hecho se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos (concurso heterogéneo) o de uno mismo varias veces (concurso homogéneo). Sus elementos son: unidad de acción, pluralidad de tipos realizados, unidad de autor. Para la aplicación de la pena en el concurso ideal de delitos se recurre al denominado *principio de absorción*, según el cual se debe imponer únicamente la pena más grave de las disposiciones que concurren, pues se asume que ella se absorbe las penas menos graves. Se pueden aplicar penas accesorias y medidas de seguridad aunque solo si están previstas en algunas de las disposiciones legales en concurso.

31 El concurso real de delitos está regulado en el art. 50 del CP y existe cuando hay una pluralidad de acciones de un mismo sujeto que constituye a su vez una pluralidad de delitos. Sus elementos son: unidad de sujeto activo, pluralidad de acciones punibles, ausencia de conexión entre las acciones. El tratamiento penal se desarrolla sobre la base del principio de la combinación: absorción.

32 El delito continuado que se encuentra regulado en el art. 49 CP, modificado conforme a la Ley N° 26683 (11 de noviembre de 1996) que introduce la figura del *delito masa*. El delito continuado consiste en

Para los supuestos de delitos permanentes y verificar la identidad de hecho entre la permanencia “jurídica”, habría que recurrir al ejemplo de la asociación ilícita (artículo 317 CP) que supone, precisamente, un acuerdo para una cooperación delictiva de cierta permanencia. Hay que tener en cuenta que si en el primer proceso ya ha recaído una sentencia condenatoria, existirá una “interrupción *jurisdiccional* de la permanencia” propios de los delitos de asociación ilícita. La sentencia tiene el efecto de interrumpir la multiplicación, la continuación o permanencia del delito, agotándolo. Después de ella se hace procedente un nuevo proceso para los *actos posteriores* que cobran vida independiente<sup>33</sup>. Ahora bien, si un sujeto fue inicialmente condenado por el delito de asociación ilícita, el acuerdo delictivo que realicen los demás miembros de la asociación no se agota con la sentencia condenatoria de uno de sus miembros, sino que la asociación ilícita mantiene su vigencia. Lo relevante aquí es que con respecto al condenado se dará comienzo a un *nuevo delito* de asociación ilícita. “Sostener lo contrario –indica Cafferata Nores– colocaría a quien fue condenado por un delito permanente como el asociación ilícita en condiciones de proseguir en el futuro *impunemente* con su conducta delictiva, pues la condena se transformaría así en una verdadera ‘carta de impunidad’ para la posterior actividad criminal”<sup>34</sup>.

---

dos o más acciones homogéneas, realizadas en el mismo momento o en diversos momentos, pero en análogas ocasiones infringen la misma ley penal, como acciones ejecutivas de una misma resolución. Los requisitos son: *objetivamente*: pluralidad de acciones jurídicamente, pluralidad de violaciones de la misma ley, existencialmente la realización de acciones en un mismo momento o en momentos diversos; *subjektivamente*: identidad de resolución criminal.

El delito continuado es una construcción de la doctrina y de la jurisprudencia, son actos parciales que deben efectuarse en un mismo bien jurídico, donde el elemento clave será la existencia de una cierta conexión espacial y temporal de cada una de las acciones. En cuanto al aspecto subjetivo del delito continuado este viene determinado por un único dolo con el que actúa el sujeto, lo que se ha denominado “dolo conjunto” o “dolo global”, que se deduce cuando el legislador emplea la expresión “actos ejecutivos de la misma resolución criminal”. Esto evidencia una ventaja de orden procesal pues el dolo se deduciría directamente de la homogeneidad en la ejecución de los actos particulares. En el plano de las consecuencias jurídicas al considerarse un solo hecho criminal se aplicará una sola pena. El delito continuado queda consumado con el primer comportamiento parcial, pero no se agota hasta que se realicen todos los demás actos parciales. La prescripción comienza a correr desde la determinación del último acto parcial conforme al art. 82 del CP que prescribe (inc. 3), desde el día en que terminó la actividad delictuosa. No consideramos que sea un delito permanente porque la acción antijurídica y su efecto necesario para su consumación tiene que mantenerse *sin intervalo* por la voluntad del agente. En cambio, el delito continuado tiene precisamente como criterio esencial la interrupción material de la acción, por lo cual continuidad es puramente ideológica. Por otro lado, sobre las implicancias de la cosa juzgada y el *ne bis in idem* en el delito continuado, véase: RAFECAS, Daniel Eduardo. “Administración infiel: delito continuado, cosa juzgada y *ne bis in idem*, en un fallo de la Suprema Corte”. En: *Nueva Doctrina Penal*. 2002/B, Buenos Aires, p. 587 y ss.

33 Véase, en este sentido: DE LA RUA, Fernando; en la voz “Non bis in idem” de la *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XX, Buenos Aires, pp. 328 y 329.

34 CAFFERATA NORES, “Asociación ilícita y “non bis in idem”. Ob. cit., p. 302.

### 3. Identidad de causa de persecución (*eadem causa petendi*)

Este requisito es llamado también identidad de fundamento y se refiere a un mismo objetivo final del proceso, un mismo motivo de persecución. Por “causa” debe entenderse el fundamento inmediato del derecho que se ejerce, es la razón de la pretensión aducida en el juicio anterior. Así, no resulta suficiente la verificación de una identidad de sujeto y de hecho, sino que hace falta una identidad de pretensión (penal) ejercitada. Maier dice que esta identidad equívoca no explica, en verdad, el contenido de lo que se quiere decir<sup>35</sup>. Por eso, este autor aclara que “no se trata de establecer una identidad, por comparación, sino de reconocer excepciones a la aplicación de la regla, cuando están presentes las identidades (*eadem persona-eadem res*) requeridas por ellas. Significa lo mismo afirmar que estos casos constituyen un permiso excepcional del orden jurídico, para perseguir más de una vez, a una misma persona y por un mismo hecho”<sup>36</sup>.

La identidad de causa se refiere a la identidad de *jurisdicción* de los jueces, en el sentido que ambos examinen un mismo hecho imputado con idénticos poderes-penales. La *idem causa petendi* indica que las pretensiones penales ejercidas tienen que ser idénticas en su contenido y alcance jurídico-penal, esto es, iguales en su capacidad de provocar una consideración del mismo hecho que les da fundamento a ambas, bajo todos sus posibles encuadramientos penales (sea de delito de acción pública como de acción privada) por parte de los Tribunales que deben intervenir en ambos<sup>37</sup>. Como lo que no se puede procurar más de una vez (simultáneamente o sucesivamente) es la condena penal de una persona o el riesgo de sufrirla, no existirá esta identidad si la segunda o posterior persecución basada en el mismo hecho contiene una pretensión de naturaleza jurídica no penal (v.gr., indemnización del daño civil causado por el delito)<sup>38</sup>. Según Clariá Olmedo, si el proceso feneció porque el Tribunal no estuvo en condiciones de pronunciarse legítimamente sobre el fondo del asunto, el principio –sobre todo en la *causa petendi*– no regirá: incompetencia, archivo por impedimento u otra cuestión dilatoria, paralización por irregularidades<sup>39</sup>.

35 MAIER, Julio. “Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)”. Ob. cit., p. 444.

36 MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*. Ob. cit., p. 401. Este razonamiento se debe a los supuestos de “sanciones acumulativas” que existen en el terreno del Derecho administrativo sancionador (contravencional y disciplinario) y el Derecho Penal material.

37 CAFFERATA NORES. “Asociación ilícita y “non bis in idem”. Ob. cit., p. 301

38 CAFFERATA NORES. “Garantías y sistema constitucional”. Ob. cit., pp. 148 y 149

39 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 74; DONNA, Edgardo Alberto y MAIZA, María Cecilia. *Código procesal penal y leyes complementarias (comentado, anotado y concordado)*. Buenos Aires, 1994, p. 8.

Ahora bien, en la doctrina y la jurisprudencia no existe inconveniente alguno con relación a la aplicación del *ne bis in idem* en el ámbito del Derecho Penal material y procesal. Sin embargo, unos de los puntos más conflictivos con relación al *ne bis in idem* que atañe directamente a la identidad de *causa petendi* es el que se refiere a la prohibición de aplicar a un mismo presupuesto fáctico una pena criminal y una sanción administrativa. La pregunta sería: si existe alguna “identidad” entre ambas sanciones y tiene diferente fundamento sancionatorio, ¿será distinta la situación cuando se produce la aplicación de una doble sanción, administrativa y penal, aun existiendo identidad de sujeto, hecho y fundamento? Vayamos por partes.

Una de las frases más características de nuestras legislaciones donde se evidencia la doble sanción al infractor (administrativa y penal, ya sea paralela o sucesiva) es que la sanción penal se aplica “sin perjuicio de” otras consecuencias jurídicas extrapenales. Así, la doble vía penal-administrativa sancionadora se deriva por ejemplo del artículo 314-C del Código penal peruano que provoca problemas en función a la posibilidad de subsunción positiva de los comportamientos desvalorados (artículo 304 y 305 del Código Penal) en normas jurídicas administrativas y penales. No podría soslayar el codificador penal de 1991 a la hora de positivizar la medida suspensiva en el artículo 314-C, que tienen relación con un conjunto de medidas preventivas en leyes extrapenales. Así, se prescribe que la medida cautelar o la consecuencia accesoria derivada del delito se impondrán: “Sin perjuicio de lo ordenado por la autoridad administrativa”.

En virtud de ello, existe unanimidad de criterio acerca de que los principios generales del ordenamiento penal (entre ellos el *ne bis in idem*) también son de aplicación irrestricta para el campo sancionatorio extrapenal. A mi entender, esta situación cobra actualidad por dos motivos: en primer lugar, por la proliferación de conductas que caen dentro del rubro “Derecho Penal económico y de la empresa”<sup>40</sup> antes tutelado principalmente por el Derecho Administrativo (sancionador). En segundo lugar, porque el Derecho contravencional (que, en países como el Perú, la contravención es sinónimo de faltas y su desarrollo es todavía “embrionario”, caso contrario de lo que sucede en Alemania, o en Argentina donde existe un Código contravencional, cuyo sistema sancionatorio

40 En este punto del Derecho Penal de la empresa, Iván Meini sostiene que si bien el límite viene definido por el principio *non bis in idem*, cuestión distinta es que la sanción administrativa se aplique a la empresa, en cuyo caso no cabe si siquiera plantear la posibilidad de vulnerar el *non bis in idem*, habida cuenta de la falta de identidad de sujetos pasivos de la infracción. Esto será frecuente –dice este autor– en los supuestos de culpa *in vigilando* (MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Valencia, 2003, p. 76).

resulta sumamente preocupante); el Derecho de medidas disciplinarias y hasta el mismo Derecho Administrativo sancionador contiene dentro de sus fundamentos –poseen un Derecho material y procesal– sanciones o medidas de equivalencia “punitiva” al Derecho Penal: un ejemplo palpable de esto es el concepto de *multa* penal y administrativa.

En este punto Zaffaroni, Alagia y Slokar entienden, en principio, que el principio procesal *ne bis in idem* y la prohibición de doble punición se hallan íntimamente vinculados, pero no coinciden en cuanto a su alcance: el primero opera aunque no haya habido punición, y el segundo también en casos en que el primero no se halla formalmente comprometido<sup>41</sup>. Estos autores sostienen que “cuando *la administración –y a veces las personas jurídicas– imponen penas*, tratándose de coacciones que no tienen carácter reparador o restitutivo ni de coacción directa, pero que conforme a los *elementos negativos del discurso penal* no son considerados penas. Suele tratarse de multas, cesantías, exoneraciones e inhabilitaciones. Con frecuencia son más graves que las penas de la ley manifiestamente punitiva y se imponen fuera de los límites del Derecho Penal, por lo cual su exclusión del discurso penal abre el espacio para el ejercicio de un poder punitivo más discrecional y que, además, se suma al poder punitivo manifiesto, que no toma en consideración la privación punitiva excluida de su ámbito discursivo”.

Asimismo, Roxin sostiene que no existe una diferencia cualitativa para una precisa separación entre hechos punibles y contravenciones, sino que la diferencia es predominantemente del tipo cuantitativo, pero en algunas situaciones, dice este autor, sería más bien hablar, no de una consideración cuantitativa, sino de una mixta cualitativo-cuantitativa<sup>42</sup>. Estas cuestiones tienen especial relación con el principio de la accesoriedad del Derecho Penal respecto del Derecho Administrativo, la cual no debe ser absoluta, de modo que el ilícito penal quedase constituido por la mera infracción de las normas administrativas, sino que entre ambos ordenamientos se da una relación de subsidiariedad relativa, ya que la

41 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, 2002, p. 133. Además, sostienen que sería un caso de “doble punición” si se “trata de las personas que, por pertenecer a pueblos indígenas con cultura diferenciadas, tiene en su propio sistema de sanciones y de resolución de conflictos. Cuando una persona haya sido sancionada conforme a la cultura indígena a la que pertenece, el estado no puede imponerle una pena o, al menos, de computar la pena comunitaria como parte de la que pretende imponerle, pues de otro modo incurriría en doble punición”.

42 Véase: ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Civitas, 1997, pp. 72 y 73. Similar: JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, pp. 68 y 69.

previa infracción administrativa es condición necesaria pero no suficiente de la punibilidad de un comportamiento<sup>43</sup>.

Entonces, cuando nos preguntábamos si existe alguna posibilidad de aplicar la “doble” sanción existiendo la “triple” identidad, diremos que hay quienes sostienen desde un punto de vista restrictivo que son diferentes la búsqueda de una sanción disciplinaria-administrativa de la búsqueda de una sanción penal<sup>44</sup>. Creo que existe un único fundamento sancionador en esta supuesta “doble” sanción. “Si el objeto del proceso –anota Binder– es la aplicación de una sanción como respuesta del Estado a algo que ha calificado como infracción a la ley, no debe distinguirse si tal respuesta reviste el carácter de una sanción contravencional de una sanción por un delito o de una sanción disciplinaria”<sup>45</sup>. Habría que mencionar, pues, la publicación el 11 de abril de 2001 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, que en su art. 230.10 prescribe lo siguiente: “No se podrá

43 La sanción penal exige, además, constatar un “plus” de antijuridicidad, por vía de un mayor *desvalor* de acción o de resultado, capaz de diferenciar el ilícito penal de la mera infracción administrativa. La Constitución española (art. 45) prevé sanciones penales, “o en su caso administrativas” para la protección del medio ambiente. En realidad ambos tipos de sanciones coexisten sobre la misma materia y conforman una protección global complementándose y reforzándose mutuamente: la norma administrativa regula y limita las actividades potencialmente dañinas para el medio ambiente, sancionando, como regla general, las actuaciones que violen la normativa reguladora. En cambio, la norma penal se reserva, como lógica consecuencia del principio de intervención mínima, para aquellas conductas más graves, cumpliendo una función también preventiva por la mayor eficacia derivada del más acentuado temor del presunto infractor a la sanción penal que a la administrativa. El criterio de la gravedad es el mayoritariamente aceptado hoy como distinción entre la sanción administrativa y la penal, o entre los ilícitos administrativos y los penales cuando afectan a un mismo bien jurídico. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 77/83, de 3 de octubre, referida a la potestad sancionadora de la administración en relación con el principio non bis in ídem, señala cómo “en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la administración”, reconociendo a continuación que tal sistema no es, sin embargo, viable ni conveniente, entre otras razones “por no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor”.

44 En este sentido: BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Trotta, Madrid, 1997, p. 68. Estos autores sostienen lo siguiente: “(...) sin embargo es necesario considerar el carácter de la sanción y la circunstancia del hecho al cual se refiere, lo cual puede llevar a concluir que no existe violación al principio del non bis in ídem. Así, la sanción en un sumario administrativo de dar de baja de la Administración civil a un funcionario por haber utilizado en su provecho bienes públicos, no obsta a la sanción penal de privación de libertad por malversación de caudales públicos. Por otra parte, la multa impuesta a una persona por pasar con luz roja no obsta a la pena por el hecho de haber lesionado a una persona en tal ocasión”. ALCÓCER POVIS, Eduardo. “Apuntes críticos a la regulación de los requisitos de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal en casos de delitos económicos y el principio del non bis in ídem en el nuevo Código procesal penal peruano”. En: *El nuevo procesal penal*. Lima, 2004, p. 56 y ss., para quien la imposición de las sanciones administrativas y penales solo procede en los casos de “concurso real de infracciones”. En esta línea: REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Derecho Penal bursátil. El Delito de abuso de información privilegiada*. Lima, 2002, p. 115 y ss.

45 BINDER. *Introducción al Derecho procesal penal*. Ob. cit., p. 173.



imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento”. Así también el nuevo Código Procesal Penal de julio de 2004, en el artículo III de su Título Preliminar prescribe que nadie podrá ser proceado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y procesales. “El Derecho Penal tiene preeminencia sobre el Derecho Administrativo”. Por último, el Anteproyecto del Código penal, Parte General (art. IX) dispone que: “Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El Derecho penal tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo”.

Estas normas, que de alguna manera revolucionan y solucionan todo este escabroso tema en nuestro Derecho positivo, suponen que una misma persona no puede ser sancionada dos veces, penal o administrativamente, por los mismos hechos. En este tema lo que hay que tener cuenta es que la actividad sancionatoria de la Administración debe subordinarse siempre a la de los tribunales de justicia, luego que aquella no puede actuar mientras no lo hayan hecho estos, es decir, “pendencia del proceso penal constituye un óbice para la simultánea tramitación de un procedimiento administrativo sancionador por los mismo hechos” (Sentencia del Tribunal Constitucional español 152/2001). Así, se quiere evitar no solo que se produzca una doble incriminación, sino también que “recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos –penal y administrativo sancionador– atribuidos a autoridades de diverso orden” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 177/1999)<sup>46</sup>. Asimismo, como expresa Silva Sánchez, en los casos de *delitos especiales propios* (funcionarios públicos) el Tribunal penal español ha establecido que si se ha tenido en cuenta para la determinación de la sanción penal la condición funcional del sujeto responsable, en tal supuesto (a diferencia de los delitos cometidos por funcionarios públicos en bienes jurídicos que están “fuera” de la administración pública) se entiende que la norma penal y la norma administrativa-disciplinaria protegen el mismo interés, con lo que no pueden imponerse acumulativamente<sup>47</sup>.

Se establece, entonces, un criterio de exclusión o descarte de la sanción administrativa por jerarquía cualitativa-cuantitativa de la sanción penal. Asimismo, si a una persona natural, se le sigue procedimiento administrativo

46 Véase, JAEN VALLEJO. “Principio constitucional *ne bis in idem* (A propósito de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003)”. Loc. cit.

47 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Observaciones sobre la relación entre Derecho constitucional y Derecho Penal en España”. En: *¿Más Derecho?* N° 2, Buenos Aires, diciembre de 2001, p. 177.

sancionador por una determinada infracción, no es posible instaurar, por el mismo hecho, proceso penal en tanto se mantenga en curso del procedimiento administrativo sancionador. Desde esta perspectiva, lo que ha hecho el legislador en las respectivas normas aludidas, es acoger las ideas dominantes del Derecho comparado (doctrina y jurisprudencia), que siguen el paradigma de la unificación. Según este paradigma, entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador no hay diferencias cualitativas, sino identidad sustancial: es decir, identidad entre el ilícito administrativo y el ilícito penal<sup>48</sup>. Además, que tanto el poder sancionador penal como el administrativo son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado<sup>49</sup>; a partir de la vigencia del principio de la *unidad del derecho sancionador*; que es un principio casi universalmente reconocido<sup>50</sup>.

## VI. Algunas reflexiones conclusivas

Tanto el Derecho Penal material como procesal se tratarían de “reglamentos de garantías constitucionales”, debido a que parte de sus artículos están dirigidos a consagrar los principios rectores que deben reinar durante el desarrollo de la actividad jurisdiccional. En ese sentido, el *ne bis in idem* o la prohibición de la múltiple persecución penal no se trata simplemente de un principio procesal o material limitante del poder punitivo, sino, ante todo, de una garantía de jerarquía constitucional. Al margen de que sea un desprendimiento del Derecho a la defensa o del principio de legalidad, o de que posee sustantividad propia, lo

48 SUAY HERNÁNDEZ, Celia. “Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 7 / 8, Lima, 1999, p. 919.

49 Véase lo señalado por César San Martín Castro, quien establece “(...) que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o penales; esta unidad sustancial del ordenamiento punitivo del Estado (entre ilícito administrativo y penal, y entre sanción administrativa y penal, que son manifestaciones del *ius puniendi* estatal), reconoce empero que existe una subordinación de los actos administrativos a de imposición de sanciones a la autoridad judicial penal en una perspectiva procesal (...), de suerte que en caso de colisión esta se resuelva a favor de la jurisdicción penal” (En: SAN MARTÍN CASTRO; CARO CORIA y REAÑO PESCHIERA. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2002, p. 376). BORINSKY; *Principio non bis in idem. Concurrencia de consecuencias jurídico-penales. Concurrencia de sanciones administrativas y penales. El análisis en el campo de los delitos económicos*. Loc. cit.

50 VIVES ANTÓN, Tomás S. “*Ne bis in idem procesal*”. En: *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*. CGPJ, Madrid, 1992, p. 18. MEINI *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*. Ob. cit., pp. 79 y 80, aunque señala más adelante (p. 89) que no se puede concebir un traspaso “en bloque” de todos los principios y garantías que inspiran al Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador, puesto que ello significaría, por un lado, negar la posibilidad de que este último alcanzará sus objetivos al condicionar su ejercicio a formalidades y garantías que le son incompatibles y, por otro lado, y a modo de complemento de lo anterior, que no habrían diferencias entre uno y otro.

cierto es que todos los autores convergen de que se trata de una garantía constitucional y se inscribe como un elemento más de las demás garantías que protegen la libertad individual, convirtiéndose en una garantía básica y previa al procedimiento penal.

La garantía en comentario opera, entonces, no solo respecto a una pluralidad condenatoria, es decir, que nadie puede ser *penado* de nuevo por una infracción en la cual ya ha sido absuelto o condenado definitivamente (sentido sustantivo-material), sino fundamentalmente persecutoria, en la cual nadie puede ser *juzgado* de nuevo por una infracción que ya ha sido absuelto o condenado definitivamente (sentido procesal). De ahí, entonces, que vale hacer la aclaración de las diferencias que existe entre la garantía del *ne bis in idem* y la autoridad o intangibilidad de la cosa juzgada. El término cosa juzgada sería la consecuencia directa del *ne bis in idem*, pero independiente de ella porque esta es una garantía anterior a todo proceso penal, mientras que aquella supone necesariamente la terminación del procedimiento. La cosa juzgada es una institución nacida del Derecho procesal civil, que busca la firmeza en las resoluciones judiciales, en cambio, el *ne bis in idem* es una garantía constitucional que busca seguridad jurídica a favor de la persona. Quizá la confusión entre ambos institutos sea que en la cosa juzgada para su configuración se necesita de la identidad de *eadem persona, de res y de causa petendi*, requisitos que también se necesitan en el *ne bis in idem*.

Existe uniformidad en aceptar la triple identidad: identidad de sujeto, hecho y causa. No se trataría de una mera equivalencia sino de una total identidad entre las tres. Entiéndase, además que, aparte de la persecución sucesiva, también el *ne bis in idem* comprende los casos de simultaneidad que pueden darse por la intervención paralela de diversas autoridades investigativas, tales como serían los de un procedimiento motivado por denuncia y otro por actividad oficiosa del órgano requirente. Al margen de las eventuales cuestiones de competencia y/o de turnos, al tenerse conocimiento de una actuación plural corresponde que sea uno solo el que entienda el caso<sup>51</sup>.

En síntesis, la validez procesal y material del *ne bis in idem* tiene en la estructura procedimental penal las siguientes consecuencias:

---

51 Véase, en este sentido: VÁSQUEZ ROSSI, Jorge E. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Santa Fe, 1995, p. 293.

- a) Si el proceso está trámite y existe otro anterior donde ya hubo un pronunciamiento sobre el fondo, no puede abrirse uno nuevo (*ne bis in idem* procesal por persecución);
- b) Si el proceso está en trámite, tampoco podrá iniciarse otro proceso aunque en este último el juez carezca de competencia material o medien otros obstáculos formales mientras no haya (en ambos) un pronunciamiento sobre el fondo (*ne bis in idem* procesal por litispendencia);
- c) Si existe un único proceso que ha concluido con resolución que no decide sobre el fondo del asunto, por incompetencia del juez o alguna imposibilidad de persecución por otra causa, puede iniciarse un segundo proceso, siempre y cuando el obstáculo fue removido (no aplicación del *ne bis in idem* por aspecto dilatorio); y
- d) Si el proceso, en cambio, concluyó con una resolución que se pronunció sobre el fondo del asunto, examinando aspectos jurídicos y fácticos del caso concreto, no puede perseguirse nuevamente por el mismo hecho, aunque haya mediado algún abuso o error por parte del juzgador (*ne bis in idem* material por cosa juzgada).

# El derecho al plazo razonable de la detención y la investigación preliminar

*Ingrid Díaz Castillo\**

**SUMARIO:** Introducción. **I.** El principio de proporcionalidad y el derecho al plazo razonable. **II.** El derecho al plazo razonable de la detención preventiva. **III.** El derecho al plazo razonable de la investigación preliminar. A manera de conclusión.

## Introducción

El derecho al plazo razonable de la detención preventiva y la investigación preliminar constituyen, junto con otros derechos vinculados al ejercicio de la acción penal, ejemplos claros de los límites que la Constitución establece a la potestad punitiva del Estado.

Efectivamente, en el marco de las diligencias realizadas a propósito de una investigación criminal se ha reconocido que las autoridades estatales tienen límites para la ejecución de sus funciones. Así, por ejemplo, el principio de proporcionalidad les impone ponderar la restricción que sufre el derecho a la libertad personal, la presunción de inocencia y el debido proceso –por un lado– con los fines de la persecución penal –por el otro–.

En ese contexto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los plazos de duración tanto de la detención preventiva como de la investigación preliminar y ha establecido criterios (similares) para determinar su razonabilidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional también ha sido enfático al diferenciar el fundamento de cada derecho y la consecuencia de su vulneración.

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora Adjunta de Derecho Penal en la misma casa de estudios.

Así, a pesar de que para algunos autores el derecho al plazo razonable de la detención preventiva también puede ser una manifestación del derecho al debido proceso por dictarse en el marco de un proceso penal y vulnerar la presunción de inocencia del inculpado, se ha considerado sobre todo que el exceso de la detención preventiva incide en el derecho a la libertad personal.

Por ello, el presente artículo revisará el tratamiento normativo y jurisprudencial de ambos derechos con el fin de dejar delimitadas sus diferencias y las implicancias que cada uno de ellos reviste. En ese marco, se incidirá en la protección constitucional de estos y en las reglas de duración máxima de sus plazos, no sin antes hacer una breve referencia al principio de proporcionalidad como categoría en la que se enmarca el derecho al plazo razonable.

## **I. El principio de proporcionalidad y el derecho al plazo razonable**

---

Como se ha adelantado en la introducción de este texto, “(...) el análisis de las instituciones jurídicas es un desarrollo que necesariamente debe tener su punto de partida en la propia Constitución; y ello porque es la Ley Fundamental, en los actuales Estados constitucionales democráticos, la que establece los principios fundamentales tanto del Derecho Público como del Derecho Privado. En segundo lugar, en la medida que la Constitución es una norma jurídico-política y manifestación suprema del ordenamiento jurídico, en ella se encuentran las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho”.<sup>1</sup>

En tal sentido, se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones jurídicas fundamentales de la dogmática penal está abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, se encuentra, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación directa con la política criminal. De ahí que, en último término, las bases del Derecho Penal y de todas las demás 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<sup>2</sup>.

En esa medida, en un Derecho de la intervención como lo es el Derecho Penal, las garantías del Estado de Derecho han desempeñado la función de condicionar las intromisiones y su intensidad a determinados presupuestos, así como la función de minimizarlas y controlarlas. En este contexto, resulta

---

1 STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC, f. j. 1.

2 STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC, f. j. 2.

importante el principio de proporcionalidad, según el cual las intervenciones deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionales en cada caso<sup>3</sup>.

De esta manera, el principio de proporcionalidad constituye un instrumento argumentativo mediante el cual el Tribunal Constitucional cumple con su tarea de interpretar y aplicar los derechos fundamentales de la manera más racional posible<sup>4</sup>. Por ello, el Tribunal ha señalado que:

“195. El principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del Derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no.

197. En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material”.<sup>5</sup>

Así, el principio de proporcionalidad representa una estructura argumentativa que permite al Tribunal (y en general a todo intérprete constitucional), fundamentar la interpretación de lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales<sup>6</sup>.

A nuestro parecer, en el caso del derecho al plazo razonable tanto de la detención preventiva como de la investigación preliminar, por imperio del principio de proporcionalidad se ha realizado una ponderación entre el derecho a la libertad personal, la presunción de inocencia y el debido proceso –por un lado– y los fines de la persecución penal –por el otro–, determinando que existen plazos tanto para privar de su libertad a una persona dentro del proceso penal, como para someterlo

---

3 AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Edersa, Madrid, 1999, p. 113.

4 LOPERA MESA, Gloria Patricia. “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”. En: *Jueces para la democracia*. N° 53, 2005, p. 39.

5 STC Exp. N° 010-2002-AI/TC, f. j. 197.

6 LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. cit., p. 40.

a una investigación fiscal, debido –sobre todo– a las aflicciones graves (más aún en el primer caso) que representa estar comprendido en una persecución criminal.

Efectivamente, en el caso del plazo razonable de la detención preventiva, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“El derecho a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los *principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad* que debe guardar la aplicación de la prisión provisional para ser reconocida como constitucional”<sup>7</sup>.

Por su parte, en relación con el derecho al plazo razonable de la investigación preliminar, comprendido en el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, ha manifestado:

“En relación [con el] derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, este Tribunal considera pertinente recordar que el derecho a que una persona sea juzgada dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los *principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad*, que debe guardar la duración de un proceso para ser reconocido como constitucional”<sup>8</sup>.

En ese sentido, consideramos que a la luz del principio de proporcionalidad se ha establecido que si bien el juzgador tiene la obligación de perseguir penalmente conductas ilícitas, ello deberá realizarse respetando el plazo razonable tanto de la detención como de la investigación preliminar. Con base en lo anterior, se han establecido –además– criterios que permiten analizar la pertinencia de la duración o prolongación de los mencionados plazos, cuyo incumplimiento acarreará la inconstitucionalidad de la medida.

## **II. El derecho al plazo razonable de la detención preventiva**

---

### **1. Reconocimiento constitucional**

El derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se

---

7 STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. j. 5.

8 STC Exp. N° 549-2004-HC/TC, f. j. 3.



trata de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2.24 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana<sup>9</sup>.

Sumado a lo anterior, la interpretación que permite reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución se encuentra plenamente respaldada por su cuarta disposición final y transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú<sup>10</sup>.

En ese sentido, de acuerdo al artículo 7, numeral 5 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos:

“Artículo 7.- Derecho a la libertad personal (...)

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

Por su parte, el artículo 9, inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

“Artículo 9 (...)

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

Así, el contenido del derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable se expresa en el adecuado equilibrio entre los dos valores que se encuentran en contrapeso al momento de aplicar la medida: por una parte, el deber del Estado de garantizar sentencias penales justas, prontas y plenamente

---

9 STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. j. 5.

10 STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. j. 6.

ejecutables; y, por otra, el derecho de toda persona a la libertad personal (artículo 2.24) y a que se presuma su inocencia, mientras no se declare judicialmente su culpabilidad (artículo 2.24.e)<sup>11</sup>.

En efecto, en tanto la detención preventiva constituye una medida cautelar personal que pretende asegurar el cumplimiento de la ejecución de la sentencia y la actividad probatoria, no implica en modo alguno que esta signifique el adelantamiento del cumplimiento de una condena, por lo que, vencidos los plazos máximos de su duración o removidos los presupuestos para su sustento, la persona debe ser puesta en libertad.

## **2. Criterios para evaluar la razonabilidad del plazo de detención**

En el marco de lo establecido en el punto anterior, el Tribunal Constitucional ha establecido criterios para evaluar la razonabilidad del plazo de detención preventiva, a saber: a) La conducta de las autoridades judiciales, b) La complejidad de asunto y, c) La actividad procesal del interesado.

Respecto del primer criterio, es decir, la conducta diligente de las autoridades judiciales, el Tribunal ha manifestado que:

“22. En lo que respecta a la actuación de los órganos judiciales, será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (caso Clooth, párrafo 45)”<sup>12</sup>.

Por su parte, acerca de la complejidad del asunto, el Supremo Intérprete de la Constitución ha precisado que:

“Para valorar la complejidad del asunto es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (caso Tomasi. Sentencia del TEDH del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los

---

11 STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. j. 11.

12 STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. j. 22.

alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil”<sup>13</sup>.

Seguidamente, a propósito de la actividad procesal del detenido, el Tribunal Constitucional considera preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite), de la denominada “defensa obstruccionista” (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional). En ese sentido en el caso Federico Berrocal Prudencio, se puntualizó que:

“28. Entre las conductas que podrían ser meritadas como intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, se encuentran la interposición de recursos que desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones. Es pertinente tener presente que ‘[s]i bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpadado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso’ (Caso Bozzo Rotondo, Exp. N° 0376-2003-HC/TC, f. j. 9)”<sup>14</sup>.

Sumado a ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“30. (...) no podría generar perjuicios para el procesado la repetida presentación de recursos que tengan por objeto la reevaluación de la pertinencia y suficiencia de las razones que, prima facie, legitimaron el dictado del mandato de detención en su contra. Y es que dicha evaluación constante constituye un deber del juez penal, aun en circunstancias en las que no medie una solicitud de parte, de manera tal que, desde el mismo instante en que se

---

13 STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. j. 25.

14 STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. j. 28.

desvanece la pertinencia de los motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, esta debe ser revocada<sup>15</sup>.

A estos tres requisitos se puede sumar un cuarto elemento al que suele recurrir la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que ha sido recogido en el voto singular del Magistrado Mesía Ramírez, a propósito de la demanda de hábeas corpus planteada por Antauro Huamala Tasso. En dicho voto se señala que debe evaluarse también la afectación generada en el procesado por la prolongación del plazo de la detención preventiva. Así, se ha mencionado que:

“En cuanto al cuarto elemento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) ha dicho que para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Así, la Corte IDH ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve<sup>16</sup>.”

### **3. Los plazos establecidos en el artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991**

Ahora bien, los criterios reseñados en el punto anterior tienen especial importancia al momento de contrastar el caso concreto con los lineamientos establecidos en el artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991.

En efecto, dicho artículo menciona lo siguiente:

“Artículo 137.-

La detención no durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario y de dieciocho meses en el procedimiento especial siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 135 del Código Procesal Penal. Tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, el plazo límite de detención se duplicará. A su vencimiento, sin haberse dictado la sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata libertad del

---

15 STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. j. 30.

16 STC Exp. N° 1680-2009-PHC/TC, f. j. 25.

inculpado, debiendo el juez disponer las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales.

Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual.

Cuando el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de justicia o perturbar la actividad probatoria, la detención podrá prolongarse hasta por un plazo igual. (...)

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“35. El primer párrafo del citado artículo establece la existencia de dos ‘tipos’ de plazo máximo de detención, distinguibles en razón del delito imputado y de la complejidad de la causa:

a) De un lado se encuentra el plazo máximo aplicable a los procesos que versan sobre la generalidad de los delitos y cuyo encausamiento, en principio, no reviste mayor complejidad, el cual, a su vez, se divide en razón del tipo de procedimiento en que debe ser merituada la causa, de manera tal que si se trata del procedimiento ordinario (denominado sumario por el Código de Procedimientos Penales), el plazo máximo es de 9 meses, y si se trata del procedimiento especial (denominado ordinario por el Código de Procedimientos Penales), 18 meses.

b) De otra parte, tenemos el plazo máximo aplicable a los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, en cuyo caso el plazo máximo es de 36 meses. Se trata de una presunción legal de complejidad, prima facie que, desde luego, podría quedar desvirtuada a la luz del caso concreto”.<sup>17</sup>

En ese contexto, el Supremo Intérprete de la Constitución ha establecido la forma de aplicación de los criterios que determinan la razonabilidad del plazo de la detención preventiva de acuerdo a lo estipulado por el artículo 137 del Código Procesal Penal. Así, ha mencionado que:

---

17 STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. j. 35.

“(…)

b) Todos los criterios para valorar la razonabilidad de la duración del plazo son aplicables cuando se pretenda prolongarlo en los casos de la generalidad de los delitos merituados en procedimiento ordinario (hasta 18 meses) y de los delitos merituados en el procedimiento especial (hasta 36 meses).

Sin embargo, a la luz de una interpretación *pro homine* y *favor libertatis* del segundo párrafo del artículo 137 del CPP, se concluiría en que la “especial dificultad” o “especial prolongación de la investigación”, que permite justificar la prolongación del plazo de detención en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado (más de 36 meses), solo podría fundamentarse en retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio interesado, sin que para tales efectos sea posible recurrir a una supuesta “complejidad del asunto”. Son distintas las razones que permiten arribar a tal conclusión:

En primer término porque en los supuestos descritos la complejidad, *prima facie*, que reviste el asunto, ya se encuentra explícitamente incorporada en el primer párrafo del artículo en comentario, que permite que el plazo máximo de detención se extienda hasta 36 meses.

En segundo término, porque el derecho subjetivo a la libertad personal del procesado cuya culpabilidad no ha sido judicialmente declarada, no puede sacrificarse por la inoperancia de un aparato judicial que –aun teniendo presentes todas las vicisitudes propias de la complejidad que pueda ser atribuida a un proceso concreto– ha rebasado todo margen de razonabilidad al dilatar un proceso sin haber expedido sentencia.

Finalmente, porque la posibilidad de aceptar la propia conducta maliciosa del procesado como la última ratio en base a la cual pueda prevalecer la razonabilidad de un plazo de detención dilatado, se desprende de una interpretación sistemática del mismo artículo 137, cuando en su sexto párrafo establece que: ‘(…) no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas imputables al inculgado o su defensa’<sup>18</sup>.

---

18 STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. j. 41.

En esa medida, queda claro que los criterios para determinar la razonabilidad del plazo de la detención preventiva deberán ser utilizados al momento de prolongar el mismo, siendo menester que los tres (o cuatro) criterios permitan la prolongación del plazo en los procesos sumarios u ordinarios y, solo la conducta obstruccionista del procesado sea la causa de la prolongación en procesos seguidos por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado.

En ese contexto, conviene mencionar además que los plazos establecidos en el artículo 137 son plazos máximos que no pueden ser sobrepasados bajo ninguna circunstancia; así como que el plazo de la detención preventiva no puede exceder el de la pena privativa de libertad preestablecida para el delito del que se le imputa.

#### **4. Consecuencias de la vulneración del derecho al plazo razonable de la detención preventiva**

Luego de analizarse el caso concreto y haber determinado que estamos ante un supuesto de exceso en la detención preventiva, se requiere la reposición del derecho al estado anterior a su vulneración.

Al respecto, y luego de analizar el acto lesivo (privación de libertad), el Tribunal Constitucional ha determinado que procede la libertad procesal del encausado, vale decir:

“43. La libertad procesal es un derecho del encausado a obtener la aplicación de una medida cautelar menos gravosa que la detención preventiva, cuando al vencimiento del plazo legal establecido en el artículo 137 del Código Procesal Penal, este no hubiere ejercido una defensa obstruccionista afectante del principio de celeridad judicial y, pese a ello, no se le haya dictado sentencia en primera instancia.

La libertad procesal supone, en este caso, la previa existencia de una negligencia jurisdiccional, al haberse negado o no haberse podido juzgar al encausado dentro del plazo legal establecido en el artículo 137 del Código Procesal Penal.

La variación de la medida cautelar se sustenta en la acreditación objetiva, atribuible a la exclusiva responsabilidad del juzgador, de la vulneración del plazo razonable para sentenciar.

La modificación de la situación del justiciable no debe menguar en modo alguno la continuación del proceso, ni tampoco impedir la adopción de medidas de prevención para asegurar su éxito<sup>19</sup>.

De esta manera, podemos resumir lo revisado respecto del derecho al plazo razonable de la detención preventiva de la siguiente manera:

Medida	Detención preventiva
Criterios para determinar la razonabilidad del plazo	La conducta de las autoridades judiciales. La complejidad del asunto. La actividad procesal del interesado. La afectación generada en el procesado.
¿Cuál es el plazo razonable?	Depende del tipo de proceso: Proceso sumario o 9 meses. Proceso ordinario o 18 meses. Procesos complejos (para delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado) o 36 meses. Dichos plazos pueden ser prolongados ante situaciones que importen especial dificultad. Dicha prolongación se realizará evaluando la complejidad del asunto, la actividad diligente de los juzgadores o la conducta obstruccionista del procesado en los siguientes procesos: Proceso sumario o 18 meses. Proceso ordinario o 36 meses. En el caso de procesos complejos, el plazo podrá prolongarse por 72 meses siempre que tenga como fundamento la conducta obstruccionista del procesado.
Criterios para determinar la complejidad del asunto	Naturaleza y gravedad del delito y los hechos investigados. Alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos. Pluralidad de agraviados o inculpadados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil.
Criterios para determinar si hubo una actitud obstruccionista del procesado	Interposición de recursos que desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación. Constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones.

19 STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. j. 43.



Criterios para determinar si la actividad judicial fue negligente	<p>Grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso.</p> <p>Demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva.</p> <p>Indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos.</p> <p>Repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general.</p>
Consecuencias en caso de verificar la vulneración al plazo razonable	<p>Libertad del procesado.</p> <p>Variación de medida cautelar personal.</p>

### III. El derecho al plazo razonable de la investigación preliminar

#### 1. Reconocimiento constitucional: el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y su incidencia en la actuación fiscal

El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocidos en la Carta Fundamental (artículo 139.3 de la Constitución)<sup>20</sup>.

Efectivamente, de acuerdo al artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referido a las *garantías judiciales*:

“Artículo 8.- Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Al respecto, la Corte ha señalado que el artículo 8 de la Convención contiene “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a fin de que “las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”, es decir, el mencionado artículo 8 hace alusión a todas las garantías que comprenden el derecho al debido proceso<sup>21</sup>.

20 STC Exp. N° 549-2004-HC/TC, f. j. 3.

21 HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Extraído de: <<http://190.41.250.173/guia/debi.htm>>.

Por su parte, el inciso 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe:

“Artículo 14.- (...)”

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; (...).”

De esta manifestación del derecho al debido proceso, y entendiendo que las facultades asignadas al Ministerio Público no pueden ser ejercidas de manera irrazonable, sino más bien respetando los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el derecho al plazo razonable de la detención preliminar, señalando lo siguiente:

“4. (...) la posibilidad que la justicia constitucional realice un control de las actuaciones del Ministerio Público tiene su sustento, entre otros supuestos, en la garantía y el pleno respeto del derecho fundamental al debido proceso y sus diversas manifestaciones. Y es que, hoy por hoy, no existe duda que este derecho despliega también su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales; es decir, ahí en la fase del proceso penal en la que al Ministerio Público le corresponde concretizar el mandato previsto en el artículo 159 de la Constitución.

5. El derecho al plazo razonable de la investigación preliminar (policial o fiscal) en tanto manifestación del derecho al debido proceso alude a un lapso de tiempo suficiente para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación y la emisión de la decisión respectiva. Si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para que ello ocurra, debe existir la concurrencia de una *causa probable* y la *búsqueda* de la comisión de un ilícito penal en un plazo que sea razonable. De ahí que resulte irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación policial o fiscal”<sup>22</sup>.

## 2. Criterios para evaluar la razonabilidad del plazo de detención

En ese marco, el Tribunal Constitucional ha establecido como criterios para determinar la vulneración del derecho al plazo razonable de la investigación preliminar uno de naturaleza subjetiva y otro de carácter objetivo. A saber:

---

22 STC Exp. N° 2748-2010-PHC/TC, ff. jj. 4 y 5.

“6. Dentro del criterio subjetivo, en cuanto se refiere a la *actuación del investigado*, es de señalar que la actitud obstruccionista de este puede manifestarse en: 1) la no concurrencia, injustificada, a las citaciones que le realice el fiscal a cargo de la investigación, 2) el ocultamiento o negativa, injustificada, a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación, 3) la recurrencia, de mala fe, a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar la investigación prejurisdiccional, y 4) en general, todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal.

7. En cuanto a la *actividad del fiscal*, los criterios a considerar son la capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales que la Constitución le reconoce. Si bien se parte de la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público, esta es una presunción *iuris tantum*, en la medida que ella puede ser desvirtuada. Ahora bien, para la determinación de si en una investigación prejurisdiccional hubo o no *diligencia* por parte del fiscal a cargo de la investigación deberá considerarse, la realización o no de aquellos actos que sean conducentes o idóneos para el esclarecimiento de los hechos y la formalización de la denuncia respectiva u otra decisión que corresponda”<sup>23</sup>.

Por su parte, respecto del elemento objetivo a evaluar, el Tribunal Constitucional ha señalado:

“Dentro del criterio objetivo, a juicio del Tribunal Constitucional, cabe comprender la naturaleza de los hechos objeto de investigación; es decir, la complejidad del objeto a investigar. Al respecto, es del caso señalar que la complejidad puede venir determinada no solo por los hechos mismos objeto de esclarecimiento, sino también por el número de investigados más aún si se trata de organizaciones criminales nacionales y/o internacionales, la particular dificultad de realizar determinadas pericias o exámenes especiales que se requieran, así como la complejidad de las actuaciones que se requieran para investigar los tipos de delitos que se imputan al investigado, como por ejemplo, los delitos de lesa humanidad, terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, etc. También debe considerarse el grado de

23 STC Exp. N° 2748-2010-PHC/TC, ff. jj. 6 y 7.

colaboración de las demás entidades estatales cuando así lo requiera el Ministerio Público”<sup>24</sup>.

Seguidamente, el Tribunal se ha pronunciado por los plazos de la investigación preliminar, aseverando que no se pueden establecer límites máximos debido a la diversidad de las investigaciones fiscales y a sus especiales características. Así, se ha dejado establecido que:

“(…) la razonabilidad del plazo de la investigación preliminar no puede ser advertida por el simple transcurso *cronológico* del tiempo, como si se tratase de una actividad mecánica, sino que más bien se trata de una actividad compleja que requiere del uso de un baremo de análisis especial que permita verificar las específicas circunstancias presentes en cada investigación (actuación del investigado, actuación del fiscal y la naturaleza de los hechos objeto de la investigación). Asimismo, este Tribunal considera que el plazo razonable de la investigación preliminar no tiene ni puede tener en abstracto un único plazo para todos los casos, traducido en un número fijo de días, semanas, meses o años, sino que tal razonabilidad, inevitablemente debe ser establecida según las circunstancias concretas de cada caso. En ese sentido, esta especial evaluación debe ser realizada en principio por el propio fiscal a cargo de la investigación (de oficio o a pedido de parte), mediante una decisión debidamente motivada o, por el juez constitucional cuando conozca de procesos constitucionales en que se alegue la afectación de este derecho constitucional”<sup>25</sup>.

Esto último, a nuestro parecer, resulta adecuado debido a que el establecimiento de plazos fijos referidos a una investigación preliminar puede generar serios problemas en tanto no tomará en cuenta las condiciones y características del caso concreto.

### **3. Consecuencias de la vulneración del derecho al plazo razonable de la detención preventiva**

Ahora bien, reconocida la vulneración del plazo razonable de la investigación preliminar, el derecho fundamental deberá ser repuesto de la siguiente manera:

---

24 STC Exp. N° 2748-2010-PHC/TC, f. j. 8.

25 STC Exp. N° 2748-2010-PHC/TC, f. j. 9.

“(…) la tutela del derecho al plazo razonable de la investigación preliminar no supone la exclusión del demandante de la investigación, sino que actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal en su fase preliminar, lo que corresponde es la reparación *in natura* por parte del Ministerio Público que consiste en emitir en el plazo más breve posible el pronunciamiento sobre el fondo del asunto que suponga la conclusión de la investigación prejurisdiccional, bajo responsabilidad”<sup>26</sup>.

De esta forma, el Tribunal Constitucional es enfático en señalar que ante el acto lesivo producido (demora en la investigación preliminar) corresponde emitir en el plazo más breve posible un pronunciamiento sobre el caso ya sea en cuanto a la formalización de la denuncia, el archivo definitivo de la investigación, etc.

Así, siguiendo la línea establecida por el caso Salazar Monroe<sup>27</sup>, el Máximo Intérprete de la Constitución reconoce que la vulneración del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas en ningún caso permite la exclusión del procesado o investigado de la justicia penal, sino que, por el contrario, el procedimiento iniciado en su contra deberá ser resuelto a la brevedad posible.

En ese marco, el Supremo intérprete menciona además que:

“(…) el plazo para el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, debe ser fijado por el juez constitucional, en cada caso concreto, teniendo en cuenta el estado actual de la investigación, la importancia de los bienes jurídicos tutelados, la incidencia en los valores e instituciones básicas de todo Estado Constitucional de Derecho y el cumplimiento de los deberes y obligaciones constitucionales, así como procurando que dicho plazo no sea un imposible para unos casos y/o un exceso para otros”<sup>28</sup>.

Finalmente, el Tribunal analiza la respuesta del sistema de justicia frente a la demanda de hábeas corpus presentada por la vulneración del plazo razonable a la investigación preliminar cuando el caso se encuentra judicializado. Al respecto, se ha establecido que:

“(…) De otro lado, surge la interrogante sobre la consecuencia jurídica aplicable en los casos en que ya se ha formalizado la denuncia penal. Sobre el particular, este Tribunal considera que al encontrarse ya judicializado los

---

26 STC Exp. N° 2748-2010-PHC/TC, f. j. 12.

27 STC Exp. N° 5350-2009-PHC/TC.

28 STC Exp. N° 2748-2010-PHC/TC, f. j. 13.

hechos materia de la persecución penal, corresponde al juez de la causa, efectuar el respectivo examen constitucional, a fin de verificar la violación o no del derecho al plazo razonable de la investigación preliminar. En este orden de cosas, la eventual determinación y/o verificación de la vulneración del derecho no supone como es obvio, el archivo o la conclusión de la investigación judicial, sino que el juez de la causa deberá poner en conocimiento de esta circunstancia a las instancias correspondientes para las responsabilidades a que hubiere lugar (Oficina de Control de la Magistratura, Consejo Nacional de la Magistratura, Procuraduría del Poder Judicial o del Ministerio Público, etc.)”<sup>29</sup>.

De esta manera, se reafirma que en ningún caso el investigado podrá ser excluido de la acción penal, motivo por el cual la imputación realizada en su contra deberá ser develada en todos los casos.

Expuesto lo anterior, podemos resumir las implicancias del derecho al plazo razonable de la investigación preliminar de la siguiente manera<sup>30</sup>:

Etapa	Investigación preliminar
Criterios para determinar la razonabilidad del plazo.	Criterio objetivo: complejidad del objeto a investigar y colaboración de las entidades estatales requeridas. Criterio subjetivo: actuación del investigado y actividad del fiscal a cargo de la investigación.
¿Cuál es el plazo razonable?	Depende de cada caso, no es posible establecerlo por el simple transcurso cronológico del tiempo.
Criterios para determinar la complejidad del objeto de investigación o del asunto.	Nivel de complejidad de los hechos. Número de personas investigadas, sobre todo si se trata de organizaciones criminales. Dificultad de determinar pericias o exámenes especiales. Complejidad de las actuaciones que se requieran para investigar el delito imputado.
Criterios para determinar si hubo una actitud obstruccionista del investigado o procesado.	La no concurrencia injustificada a las citaciones del fiscal que investiga. El ocultamiento o negativa de entregar información relevante para el desarrollo de la investigación. La recurrencia, de mala fe, a ciertos procedimientos constitucionales u ordinarios para dilatar o paralizar la investigación prejurisdiccional. Las conductas que tengan el fin de evitar o desviar los actos de investigación que derivarían en la formalización de la denuncia penal.

29 STC Exp. N° 2748-2010-PHC/TC, f. j. 14.

30 Extraído de la web: <[http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/documentos/boletin\\_especializado/boletin\\_procesamiento\\_penal\\_ddhh17\\_2010.pdf](http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/documentos/boletin_especializado/boletin_procesamiento_penal_ddhh17_2010.pdf)>.

Criterios para determinar si la actividad fiscal o judicial fue diligente.	Capacidad de dirección de la investigación. Realización o no de actos idóneos y conducentes al esclarecimiento de los hechos.
Consecuencias en caso de verificar la vulneración al plazo razonable.	El fiscal encargado de la investigación debe emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto en el plazo más breve posible (formular denuncia o archivar la investigación). Si el caso se encuentra judicializado, no supone el archivo o conclusión de la investigación judicial. Poner en conocimiento de la OCMA, CNM y procuradurías del Poder Judicial y el Ministerio Público, etc., la vulneración del plazo razonable para la determinación de responsabilidades.

### **A manera de conclusión**

Si bien el derecho al plazo razonable de la detención preventiva posee criterios de evaluación similares a los establecidos para revisar el plazo razonable de la investigación preliminar, es importante tener presente que cada derecho (a pesar de la arista procesal que pueda revestir la detención preventiva en el proceso penal) responde a la protección directa de derechos fundamentales distintos. Así, mientras el plazo razonable de la detención preventiva incide con mayor fuerza en la libertad personal, el plazo de la investigación preliminar tiene correlato directo con el derecho al debido proceso.

Esto último resulta relevante porque permite analizar el acto lesivo en cada caso y, consecuentemente, la medida que corresponde para su reparación. Por ello, mientras en el primer caso procede la libertad inmediata del detenido; en el segundo, urge un pronunciamiento sobre la causa.





# El derecho a ser juzgado en un plazo razonable

*Christian Donayre Montesinos\**

**SUMARIO:** I. Una precisión inicial sobre el objeto del presente trabajo: Del derecho al plazo razonable al derecho a ser juzgado en un plazo razonable. II. El proceso como un fenómeno inevitable y la importancia de definir de manera razonable su duración en el tiempo. III. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable como derecho fundamental en el Perú. IV. Hacia la protección constitucional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: Los criterios, el “plazo” a evaluar y el margen de acción del juez constitucional. V. A modo de conclusión

## I. Una precisión inicial sobre el objeto del presente trabajo: Del derecho al plazo razonable al derecho a ser juzgado en un plazo razonable

Comúnmente se encuentran referencias al *derecho al plazo razonable* como si fuera sinónimo del *derecho a ser juzgado en un plazo razonable*, lo que en rigor no sería correcto, toda vez que, en todo caso, el primero es bastante más genérico y comprendería, por lo tanto, al segundo. Y es que el *derecho al plazo razonable* surge en respuesta a la preocupación de que todo acto de poder o autoridad que incide en el ejercicio de los derechos fundamentales dure solo lo que resulte necesario para atender los fines constitucionales que se buscan alcanzar.

Desde esa perspectiva, dentro del denominado *derecho al plazo razonable* estarían, por ejemplo, comprendidos la duración de una medida cautelar

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Estudios de Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diplomado en Docencia Universitaria por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura.

personal, como un mandato de detención, lo que se podría denominar el *derecho al plazo razonable de la detención o de la prisión preventiva* y la duración de los procesos, lo que se conoce como el *derecho a ser juzgado en un plazo razonable*. El objeto del presente trabajo entonces es precisamente este último derecho, de manera que dejaremos para otra oportunidad el desarrollo de los otros alcances del *derecho al plazo razonable*.

## **II. El proceso como un fenómeno inevitable y la importancia de definir de manera razonable su duración en el tiempo**

---

Ahora bien, tal como dan cuenta algunos autores, en sentido estricto el problema relativo a la duración de los procesos no es nuevo sino que viene de larga data. Se afirma, pues, que: “La excesiva duración de los litigios constituye uno de los mayores y más viejos males de la administración de justicia”<sup>1</sup>. Es más, ya en la recopilación de Justiniano se hacía referencia a una Constitución que adoptaba medidas para que los litigios no se tornen en interminables. Por su parte, en la Carta Magna de 1215, el rey inglés se comprometía a no denegar ni retardar derecho y justicia. Alfonso X, El Sabio, ordenaba que ningún juicio penal pudiera durar más de dos años<sup>2</sup>. En la sección octava de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 se disponía que toda persona sometida a persecución penal tiene derecho a un juicio rápido ante un jurado imparcial, planteamiento que posteriormente sería recogido en la sexta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que dice a saber: “En todos los juicios penales, el acusado gozará del derecho a un proceso rápido”.

Vemos, pues, que se trata de un problema que prácticamente nació con la misma lógica de los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos y más concretamente con el afán del Estado de monopolizar la solución de controversias a través de su jurisdicción.

### **1. El problema de la duración de los procesos y sus implicancias**

Como se sabe, toda vez que el ser humano tiene necesidades infinitas y solo existen bienes finitos que están en condiciones de satisfacerlas, el fenómeno del conflicto se torna por decir lo menos en una experiencia inevitable. En ese

---

1 ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estampas procesales de la literatura española*. Ejea, Buenos Aires, 1961, p. 62.

2 PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, octubre 2002, pp. 101-102.

sentido, cuando se está ante un conflicto de intereses o una situación de incertidumbre con relevancia jurídica que se requiere resolver de manera definitiva, se acude para ello, entre otros mecanismos de solución, al escenario jurisdiccional del Estado<sup>3</sup>. Se da inicio entonces a un proceso, en torno al cual existe –o por lo menos debiera existir– el interés tanto de las partes que intervienen en él con legítimo interés como de la sociedad en su conjunto de que el problema que le dio origen sea solucionado en el menor tiempo posible. Es el caso, como es sabido, que esto no necesariamente siempre sucede así.

De hecho, así como existen situaciones en que las partes impulsan el proceso para obtener una decisión judicial oportuna, no son pocos los casos en que por lo menos una de ellas hace todo cuanto esté en su poder para demorarlo. Más aún, en ocasiones, pese al esfuerzo de quienes comparecen ante el tribunal, es más bien este el principal, y a veces único, responsable de aquella demora.

Sin perjuicio de que las singularidades de cada materia pueden permitirnos identificar algunas razones que motivan la preocupación por controlar la duración de los procesos –es decir, en atención a si estamos ante un proceso penal<sup>4</sup>,

---

3 MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Témis, Bogotá, 1996, p. 213 y ss.

4 Así, por ejemplo, en materia penal se afirma que mientras más breve sea el tiempo en el que el juez determine la responsabilidad del imputado, más justa, útil y efectiva será la pena. Justa, por cuanto libera al reo del tormento y los sentimientos que le afligen por el simple hecho de verse implicado en un proceso que puede terminar, entre otras cosas, privándole de la libertad. Asimismo, debido a que evita que sufra una “pena informal”, pues no olvidemos que en estos asuntos los jueces pueden adoptar medidas cautelares personales durante el trámite del proceso que redundan nada menos que en importantes restricciones al ejercicio de sus derechos fundamentales. Útil y efectivo, en virtud de que el objeto preventivo de la pena se disipa mientras más se aleje su imposición del momento de la comisión del delito. Desde esta perspectiva, para que la pena alcance su meta preventiva, se hace necesario que los jueces penales determinen oportunamente la culpabilidad del imputado. En este sentido: BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente. Aguilar, Madrid, 1982, pp. 128-129.

En esa línea de pensamiento, lo recomendable en materia penal es que producido el delito se despliegue de inmediato la maquinaria judicial a fin de que en un plazo razonable se determinen las responsabilidades a que hubiere lugar. De esta forma, no solo el Estado da señales a la sociedad de que conductas como esas son castigadas por él de manera eficiente y eficaz, sino que además se evita que la sensación de angustia que sume al imputado no se prolongue demasiado en el tiempo, ni mucho menos que las medidas cautelares personales que se hayan dictado en su contra se traduzcan en penas soslayadas.

civil<sup>5</sup> o constitucional<sup>6</sup>, por tan solo citar algunos ejemplos–, lo cierto es que también es posible plantear el problema como un asunto atinente a todo proceso judicial. En otros términos, como elemento estructural del sistema procesal y de justicia de un país. Es más, creemos que por sus implicancias es así como en principio debiera ser abordado.

Y es que, en puridad, las consecuencias de una duración irrazonable de los procesos alcanzan no solo a quienes ven frustradas sus expectativas en el caso en particular, sino incluso a quienes no han formado parte del proceso, es decir, a todos los operadores del Derecho, sin olvidar el grave perjuicio que genera en el mismo aparato de justicia. En definitiva, un comportamiento sistemático de esa naturaleza en tanto afecta la confianza depositada por la población en sus tribunales conduce a un debilitamiento de la legitimidad del sistema de justicia, a sembrar inseguridad en el ordenamiento jurídico y se erige, por lo tanto, en un importante desincentivo para el tráfico jurídico y económico tanto nacional como internacional.

5 En asuntos civiles y/o comerciales, la demora de un proceso puede significar, por ejemplo, la pérdida de oportunidad de un negocio o de una transacción económica relevante, lo que se puede traducir, dependiendo del caso, incluso en un daño susceptible de ser resarcido. Imagínese que se encuentra enfrascado en un proceso en cuyo seno se viene discutiendo la propiedad de un inmueble. Ahora, imagínese que a usted, que es el poseedor y por lo tanto presunto propietario, se le comunica el interés de una empresa en adquirir ese inmueble a un precio muy por encima de lo que usted hubiera esperado, en razón de que para ella, por la coyuntura, constituye una oportunidad única para el crecimiento de sus actividades comerciales. Es el caso que la empresa, como usted comprenderá, no cerrará el negocio hasta que se determine en sede judicial quién es realmente el legítimo propietario. En este escenario, la decisión que dirima este conflicto se torna por demás apremiante, ya que puede ocurrir que ella llegue demasiado tarde, esto es, cuando la empresa perdió el interés en adquirir el inmueble, lo que para usted no significará otra cosa que una oportunidad de negocio frustrada.

6 En materia constitucional resulta igualmente necesario e inclusive constituye una característica intrínseca al carácter urgente del propio proceso constitucional que los jueces atiendan en tiempo razonable las demandas que son presentadas para su conocimiento, pues, de lo contrario, su objeto se puede ver frustrado al tornarse el daño en irreparable. En efecto, sobre la base de que lo que en principio se espera obtener al término de un proceso de tutela de derechos fundamentales es que se repongan las cosas al estado anterior a la violación, se hace más imperioso aún que el juez resuelva en un tiempo oportuno, ya que, mientras más se demore, se reducen las posibilidades de que ello pueda llegar a concretarse. Un claro ejemplo de lo que hemos acabado de afirmar lo encontramos en el artículo 9 del Código Procesal Constitucional, según el cual, en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo pueden presentarse aquellos medios probatorios que no requieran actuación, no obstante lo cual el juez puede ordenar la actuación de aquellos medios de prueba que considere pertinentes, siempre que esta decisión no suponga “(...) afectar la duración del proceso”.

Inclusive en el caso de los procesos de inconstitucionalidad, el tiempo que se tome el Tribunal Constitucional en resolver es tiempo en el que la norma sometida a examen continúa surtiendo efectos y estos efectos no necesariamente se podrán ver revertidos como producto de la decisión del colegiado.

**2. Alcances del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: Ni procesos muy largos, ni procesos muy cortos, sino en el tiempo estrictamente necesario de modo que la decisión judicial sea oportuna**

Aun cuando comúnmente el problema de la duración de los procesos ha sido abordado desde la perspectiva de su demora y allí su coincidencia con el derecho a que los procesos se tramiten sin dilaciones indebidas, es pertinente destacar que es igualmente condenable que los procesos resulten excesivamente breves por las eventuales consecuencias que aquella premura puede tener en los derechos fundamentales y por ello no escapa a los alcances del derecho que nos ocupa.

Es cierto que la sensación de angustia y el pesar personal que aquejan a quienes enfrentan un proceso no deben ser innecesariamente prolongados en el tiempo, pues en ese caso se les impone una “pena informal” que redundo, entre otros, en una afectación en su derecho a la integridad personal o en su derecho a la salud. Además, existen procesos en los que, como ya dijimos, por la materia sobre la cual versan, su demora trae consigo el peligro de que su objeto de torne inalcanzable. Piénsese, por ejemplo, en un proceso constitucional y cómo la dilación de su solución definitiva puede terminar convirtiendo el daño en irreparable o en un proceso en el que un pensionista caído ya en años viene batallando porque se le entregue la ansiada pensión.

Por si ello fuera poco, no olvidemos que producto de la demora de los tribunales, las personas buscarán a otros medios de solución de conflictos. Esto que no necesariamente es negativo, sí adquiere una lectura muy singular si la razón por la cual las personas acuden a esos espacios extrajudiciales de solución de controversias es, entre otras, la falta de garantías para obtener una decisión judicial oportuna. Bajo este esquema lo que en principio debiera ser una opción o alternativa a disposición de quien busca resolver un conflicto, termina siendo en los hechos el único camino para obtener realmente justicia. Esto, sin mencionar los casos en los que la demora judicial se traduce simplemente en un “dejar hacer” o “dejar pasar”, esto es, en no solicitar tutela para no enfrascarnos en un proceso que en la práctica va a resultar “interminable” y que puede inclusive en los hechos –en comparación con la posibilidad de soportar el escenario que nos resulta desfavorable– ser más costoso no solo en términos económicos sino también personales.

A pesar de que no hemos agotado las razones que abogan por atacar la excesiva duración de los procesos, creemos que se han presentado motivos suficientes para evitar que se torne en un problema endémico o estructural del

sistema de justicia. No obstante, lo dicho podría llevarnos a pensar que la solución está en obligar a que los jueces sean más rápidos al resolver las causas que les llegan. Si bien esto no vendría mal, no hay que perder de vista que un proceso rápido tampoco es garantía de justicia y por ello tampoco es lo que se aspira conseguir a través del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, no por lo menos si ello va a significar pasar por alto el respeto de otros derechos fundamentales.

En efecto, no es menos nocivo y, por lo tanto, problemático desarrollar procesos excesivamente breves, pues para efectos procesales es tan importante el tiempo entre el inicio del proceso y su conclusión definitiva, como que durante su trámite se respeten los derechos fundamentales de quienes se ven involucrados en él. Y es aquí en donde sería recomendable reparar un instante para detectar también los riesgos o peligros que entraña para los derechos fundamentales un proceso “rápido”.

Para empezar un sistema de impartición de justicia no solo fortalece y consolida su legitimidad al ser diligente en la tramitación de las causas y resolverlas en un tiempo razonable, sino, como no podía ser de otra manera, cuando las mismas decisiones que emite se encuentran acordes con los parámetros de validez formal y material constitucionalmente reconocidos. En otros términos, flaco favor le hace a la legitimidad de una entidad con fisonomía jurisdiccional, ser célere en la expedición de sentencias, si estas son producto de un precario razonamiento judicial o más aún de un proceso irregular, es decir, de un proceso en el que las partes no han podido actuar con la libertad que se requería para generar adecuada convicción en el juzgador y so pretexto de una justicia rápida han visto recortados irrazonablemente sus derechos fundamentales. Ambos casos nos conducen a decisiones judiciales erróneas y, por lo tanto, injustas. Más aún, si ya de por sí estar involucrado en un proceso supone un costo, imagínese cómo se incrementa este si se va a tener que disponer de recursos para cuestionar aquella decisión ya no solo dentro del mismo proceso sino inclusive a través de otros procesos.

Vistas así las cosas, es entendible que los alcances del derecho a ser juzgado en un plazo razonable no se circunscriban a los procesos que duran excesivamente en el tiempo sino que también incluyan los procesos que resultan demasiado breves. Desde luego no es fácil encontrar el “justo medio” entre ambos extremos, es decir, entre procesos largos y procesos cortos, aunque para ello contaremos con algunos criterios que intentarán aliviarnos en alguna medida esta tarea y que serán desarrollados posteriormente.

### **III. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable como derecho fundamental en el Perú**

---

Y es que al tratarse de un derecho fundamental, su tutela siempre ha estado fuera de toda discusión, motivando más bien la creatividad de las autoridades para ver la forma de llegar a ella. En efecto, la preocupación relativa a la duración de los procesos, como ya se vio, no es nueva y en definitiva el derecho a ser juzgado en un plazo razonable ha sido identificado en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, de modo que la obligación de los Estados de proveernos de un sistema de justicia que esté en condiciones de dar soluciones oportunas a los asuntos que sometamos a su consideración es, por decir lo menos, ineludible.

#### **1. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable y su reconocimiento a nivel internacional**

Si bien la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) no hace mención alguna al derecho al plazo razonable de los procesos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) encontraremos una referencia en el artículo XXV, aunque circunscrita a su faceta relativa al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

Por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) será el primero de los tratados internacionales en señalar expresamente que la duración de los procesos debe ser razonable. Eso sí, lo hace en su artículo 5, al referirse al derecho que le asiste a quien enfrenta el proceso privado de su libertad personal a ser juzgado dentro de un plazo razonable, y en el artículo 6 de forma extensiva a los procesos en los que se discutan derechos civiles<sup>7</sup>.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) también hace referencia al plazo razonable de los procesos tanto cuando aborda los derechos de quien se ve privado de su libertad personal como al regular los derechos de las personas que han sido acusadas de un delito y, como consecuencia de ello, deben enfrentar un proceso. Eso sí, difiere del Convenio Europeo en el hecho de que al referirse al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas lo hace

---

7 A tenor de dicho precepto: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, estableciendo por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

respecto de los casos en los que la persona ha sido acusada de un delito, mientras que, como se dijo, el Convenio precisa que tal derecho le asiste a una persona tanto respecto de asuntos penales como civiles.

Somos de la opinión que este derecho debe ser entendido como una garantía procesal aplicable a todo proceso, sea este de naturaleza penal o civil, como también constitucional, laboral, comercial, entre otros. Desde esta perspectiva, aun cuando la regulación del Convenio Europeo tiene una fórmula más adecuada de cara a los alcances del derecho que nos ocupa, no deja de presentar ciertas limitaciones que deben ser superadas sobre la base de una interpretación *favor libertatis* y, por consiguiente, extender su manto de protección a todo proceso y no solo a aquellos en los que se discutan derechos civiles o que se hayan originado como producto de una acusación penal.

Precisamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1968) aun cuando se muestra más fiel al esquema del Convenio Europeo, corrige sus limitaciones, toda vez que expresamente en el inciso 5 del artículo 7 refiere que el derecho que nos ocupa irradia no solo en asuntos penales o civiles, sino también laborales, fiscales y “de cualquier otra índole”. Así, en relación con el derecho que le asiste a toda persona a recibir una respuesta judicial oportuna, el Pacto de San José en su artículo 8 establece que esta “tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acción penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole”.

Es más, el artículo 25 refiere que: “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” (el subrayado es nuestro).

Vistas así las cosas, en cuanto al reconocimiento internacional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable podemos afirmar lo siguiente: en primer lugar, con excepción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no existe tratado sobre derechos humanos que no haya dedicado por lo menos un precepto a poner de manifiesto el derecho de toda persona a que los procesos en que se vean involucrada sean dilucidados oportunamente y, en contraposición,



la obligación de los tribunales a resolver en un plazo razonable las causas que son sometidas a su conocimiento.

En segundo término, un elemento común en el ámbito internacional es la especial atención a aquellos casos en los que la persona se ve afectada por una medida privativa de su libertad durante el trámite del proceso. Aquí, como no puede ser de otra manera, la necesidad de que dicho trámite se lleve a cabo sin dilaciones indebidas adquiere una sensible significación. Sin embargo, como también se ha puesto de manifiesto, por la naturaleza y los valores que se buscan atender a través del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, entendemos que debe estar referido a todo proceso. Es precisamente en esta última línea que se ubica la Convención Americana sobre Derechos Humanos al ser lo suficientemente omnicomprendensiva como para inferir, a partir de su artículo 8, que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable puede ser invocado en todo proceso, muy a despecho de la materia sobre la cual verse.

## **2. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable y su reconocimiento en el Perú como derecho fundamental**

### **2.1. Entre los “nuevos derechos” y los contenidos implícitos o nuevas manifestaciones de derechos reconocidos en la Constitución, a propósito de la cláusula de los derechos no enumerados de la Constitución peruana**

Ese consenso que existe en torno a la preocupación por combatir la duración de los procesos y que ha germinado en un derecho que nos permite reclamar una decisión judicial oportuna, contrasta con el tratamiento de la materia en el Perú. En efecto, para empezar, habría que señalar que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable no está reconocido expresamente en nuestra Constitución. Esto, sin embargo, no significa que no pueda adquirirse, desde una perspectiva dogmática jurídica, la condición de fundamental, toda vez que el artículo 3 del texto constitucional es claro al señalar que la enumeración de los derechos establecidos en el capítulo intitulado “Derechos Fundamentales de la Persona” “no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de Gobierno”.

Es así que nuestra Constitución, siguiendo el criterio sentado en la que le precedía<sup>8</sup>, ha optado por una lista abierta de derechos fundamentales, dando pie

---

<sup>8</sup> La Constitución de 1979, en su artículo 4, establecía un texto en alguna medida semejante al recogido en el texto constitucional vigente. Dicho precepto señalaba lo siguiente: “La enumeración de los derechos

a la posibilidad de incorporar “nuevos derechos fundamentales” sobre la base de los principios a los que allí se ha hecho mención<sup>9</sup>.

A partir de lo dicho se entiende que en el Perú el catálogo de derechos fundamentales puede ir en aumento. Si bien la realidad siempre supera la imaginación y, por consiguiente, es saludable la fórmula adoptada por el constituyente de 1993, como quiera que permitirá proteger al ser humano frente a nuevas formas de violación o ante las diversas manifestaciones que el poder puede adquirir en el futuro, no es menos cierto que debe acudir a ella solamente cuando existan situaciones o circunstancias que realmente así lo justifiquen<sup>10</sup>.

Precisamente, el Tribunal Constitucional peruano ha enfatizado en el caso “Lucio Valentín Rosado Adanaque” (Exp. N° 0895-2001-AA/TC)<sup>11</sup> una suerte de residualidad del artículo 3, esto es, que la invocación de la cláusula abierta “debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que

---

reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado Social y Democrático de Derecho y de la forma republicana de Gobierno”.

Tal vez una de las diferencias más importantes entre lo que establecía este precepto y el actual, es que contiene una redacción que encuentran un respaldo significativo en una perspectiva iusnaturalista y no positivista, como sería el caso de la norma vigente. En efecto, mientras que el artículo 3 de la Constitución de 1993 hace referencia a los derechos establecidos en la Constitución, el artículo 4 de la Carta de 1979 alude a derechos reconocidos en la norma fundamental. Esto, que pareciera ser un mero cambio de términos, desde un enfoque iusfilosófico, reviste una singular importancia, toda vez que la expresión “reconocidos” supone implícitamente que los derechos constituyen realidades preexistentes al aparato estatal, lo mismo no es posible inferir del término “establecidos”. En esta línea de pensamiento puede revisarse: CARPIO MARCOS, Edgar. “Los derechos no enumerados en la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 5, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2008, pp. 19-20.

9 La intención entonces de una disposición como la recogida en el artículo 3 de nuestra Constitución, conforme ha destacado el Tribunal Constitucional en el caso “Lucio Valentín Rosado Adanaque” (Expediente N° 0895-2001-AA/TC) es nada menos que dotarle la naturaleza fundamental a aquellos derechos que como consecuencia de nuevas necesidades o situaciones, avances científicos, tecnológicos o cambios culturales o sociales merezcan tal condición. De esta forma, esta cláusula de “desarrollo de los derechos fundamentales” –como la denominó el Tribunal Constitucional en el citado caso– permitirá, por un lado, reconocerles a tales derechos la más alta consideración y, por otro lado, como consecuencia de ello, asignarles las mismas garantías de aquellos que sí fueron contemplados expresamente.

10 De lo contrario, la ampliación desmesurada del catálogo de derechos fundamentales además de no compaginar con el principio de rigidez constitucional, para efectos prácticos puede traer consigo la banalización de algunos de ellos. Más aún, la eventual dificultad del Estado para hacerse cargo de todos ellos en igual medida y, por lo tanto, solamente poder hacer efectivos algunos, puede conducir a una jerarquización implícita al interior del propio catálogo, de modo que se considere como los más importantes aquellos que son atendidos por el Estado, en perjuicio de aquellos otros cuya satisfacción pueda revestir mayor dificultad.

11 Sentencia de fecha 19 de agosto de 2002 y publicada el 16 de marzo de 2003.

está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita” (Fundamento Jurídico número 5). En similar sentido se encuentra el temperamento del colegiado en el caso “Genaro Villegas Namuche” (Exp. N° 2488-2002-HC/TC)<sup>12</sup>.

Sobre la base de estas consideraciones es que corresponde hacer la distinción entre “nuevos derechos” o “derechos no enumerados” y “contenidos implícitos” o “contenidos nuevos” de derechos numerados o reconocidos. Los primeros estarán reservados para aquellas situaciones o circunstancias especiales y novísimas que amenazan o afectan al ser humano y no son susceptibles de ser enfrentadas con los derechos reconocidos expresamente en la Constitución. Mientras que los segundos vendrían a ser aquellos que se derivan o se identifican como producto de la interpretación del haz de facultades que forman parte del contenido de un derecho fundamental incorporado textualmente en el texto constitucional. Para estos efectos, habría que recordar que en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional al momento de efectuar aquella interpretación se deben tomar en cuenta los tratados y los pronunciamientos de aquellas entidades que interpretan sus disposiciones con carácter vinculante.

## **2.2.El derecho a ser juzgado en un plazo razonable como contenido implícito o nueva manifestación del derecho al debido proceso**

Ahora bien, la dificultad para reconocer cuándo estamos ante un “nuevo derecho” y cuándo ante un “contenido implícito” de un derecho reconocido no ha sido ajena al derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Así, se afirma que en torno a este derecho habría pronunciamientos del Tribunal Constitucional en el sentido de que estamos ante un nuevo derecho fundamental y otros más bien que aducen su condición de manifestación implícita del derecho al debido proceso, derecho que por cierto está reconocido en el tercer inciso del artículo 139 de la Constitución<sup>13</sup>. Sea como fuere, lo cierto es que hoy en día el Supremo Intérprete de la Constitución pareciera haberse decantado por esta segunda postura.

En efecto, siguiendo lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el Tribunal Constitucional peruano invocando el inciso 3,

---

12 Sentencia de fecha 18 de marzo de 2004 y publicada el 7 de mayo del mismo año.

13 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Derechos fundamentales: La conveniencia de adoptar una teoría general al respecto y el papel que le corresponde a un Tribunal Constitucional en este esfuerzo”. En: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (coordinador). *Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Jurista, Lima, pp. 32-33.

literal c) del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el inciso 1 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nos dirá en los casos “Lucio Valentín Rosado Adanaque”, “Moura García” (Exp. N° 549-2004-HC/TC)<sup>14</sup>, “Tito Martín Ramos Lam” (Exp. N° 3778-2004-AA/TC)<sup>15</sup>, entre otros, que estamos ante un derecho que forma parte del debido proceso. Así, conforme ha destacado al resolver el caso “Ronald Winston Díaz Díaz” (Exp. N° 618-2005-HC/TC)<sup>16</sup>:

“8. Con relación al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, este Tribunal considera pertinente recordar que, si bien el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, tal derecho está implícito en los derechos al debido proceso y la tutela (sic) y, por lo tanto, guarda relación con el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que se deben observar durante y al interior de un proceso constitucional

10. Entre los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ratificados por el Estado, que reconocen expresamente este derecho, se encuentran la Convención Americana, que establece que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

De la cita se infiere que el derecho a un ‘plazo razonable’ tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan durante largo tiempo bajo acusación y asegurar que su tramitación se realice prontamente. En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un límite temporal entre su inicio y fin, forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por lo tanto, no puede ser desconocido”. (Fundamentos Jurídicos número 8 y 10).

En tal sentido, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable en nuestro país ha sido identificado como una manifestación implícita de un derecho reconocido como es el debido proceso, pasando así a formar parte del haz de derechos que estructuran su dimensión procesal, por lo que, por lo menos desde una perspectiva dogmática-jurídica, no hay ninguna discusión en torno a su carácter

14 Sentencia de fecha 21 de enero de 2005 y publicada el 4 de marzo del mismo año.

15 Sentencia de fecha 25 de enero de 2005 y publicada el 9 de diciembre del mismo año.

16 Sentencia de fecha 8 de marzo de 2005 y publicada el 8 de setiembre del mismo año.

fundamental. No obstante, como ya se advirtió, si bien a partir de cuanto se ha dicho no hay duda de que podemos exigir que los procesos se tramiten en un tiempo razonable e inclusive, si tal exigencia no es atendida, requerir su cumplimiento en sede constitucional, ello en modo alguno significa que la protección judicial que se reclama sea una tarea sencilla. En definitiva, si hay algo que tiene de singular el derecho que nos ocupa es que su tutela va a depender no tanto de las posibilidades jurídicas como de las fácticas, tornando, por lo tanto, compleja y esencial la labor del juez constitucional al momento de apreciar los hechos que rodean el caso.

#### **IV. Hacia la protección constitucional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: Los criterios, el “plazo” a evaluar y el margen de acción del juez constitucional**

En efecto, aunque resulta paradójico, si bien el derecho a ser juzgado en un plazo razonable alude a un *plazo*, este en rigor no existe como tal, esto es, como un lapso de tiempo definido en horas, días, semanas, meses u años, sino de lo que se trata es de evaluar, en función de cada caso, si la causa ha sido tramitada con la debida diligencia y prontitud por parte de las autoridades, para lo cual se han creado una serie de criterios<sup>17</sup>.

17 En efecto, desde el caso “Wemhoff”, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 27 de junio de 1968, la Comisión Europea se ha ocupado de manera intensa respecto de la protección del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Este caso resulta singularmente importante por constituir la base sobre la cual se va a construir con posterioridad un edificio jurisprudencial de cara a combatir tanto la duración de los procesos como de la prisión preventiva y sus implicancias en los derechos fundamentales. Aun cuando lo más importante del caso “Wemhoff” va a ser la referencia a lo que luego se va a denominar la doctrina de los “siete criterios” que deben ser tomados en cuenta por el juez al momento de determinar la razonabilidad del tiempo que ha demandado o viene demandando el desarrollo de un proceso, tema sobre el cual volveremos en líneas posteriores; valga la mención a este caso para poner de manifiesto que precisamente el surgimiento de aquellos “siete criterios” va a tener lugar como producto de la dificultad para definir de manera abstracta y con efectos generales un plazo razonable.

En efecto, con posterioridad, en el caso “Stögmüller” en sentencia de fecha 10 de noviembre de 1969, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos va a ser más claro al declarar respecto del plazo razonable que “(...) se reconoce por todos la imposibilidad de traducir este concepto en un número fijo de días, de semanas, de meses o de años (...)”. De esta forma, lo incierto del derecho es justamente el plazo. Esta doctrina, conocida en la actualidad como la del “no plazo” no sólo se va a consolidar en Europa sino que va a ser acogida a nivel interamericano y nacional.

Así, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe de fecha 13 de enero de 1996 relativo al caso “Giménez”, sostuvo lo siguiente: “En vista de que no es posible establecer criterios abstractos para un ‘plazo razonable’, se debe hacer un análisis de qué es lo razonable a la luz de los hechos específicos correspondientes a cada caso” (párrafo 69).

Por su parte, en el caso “Federio Tiberio Berrocal Prudencio” (Exp. N° 2915-2004-HC/TC) nuestro Tribunal Constitucional afirmó que “(...) no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable (...)”, añadiendo luego: “En tal sentido, para determinar si dicha razonabilidad ha sido rebasada, es preciso atenerse a las específicas circunstancias de cada caso concreto” (Fundamento Jurídico número 16).

## 1. Los siete criterios

La relación que existe entre la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva y del proceso –puesta de manifiesto incluso en el ámbito internacional conforme se ha tenido oportunidad de comprobar en líneas precedentes–, también va a cobrar una singular importancia en la creación de los criterios sobre la base de los cuales se determinará la protección jurídica en ambos supuestos. En efecto, en un inicio, la Comisión Europea de Derechos Humanos desarrollará siete criterios, de los cuales algunos serán predicables respecto de la razonabilidad del tiempo de la prisión preventiva y otros más bien estarán relacionados con la duración del proceso.

El primer caso en el que los siete criterios van a ver la luz va ser el “Weimhoff” con sentencia del Tribunal Europeo de 27 de junio de 1968. Aquí la Comisión Europea, a pedido del presunto agraviado, tenía que entrar a determinar si el tiempo que estuvo privado de su libertad personal provisionalmente excedía lo razonablemente esperado por el Convenio. Al momento de dar respuesta a esta solicitud, la Comisión, tras poner de manifiesto la dificultad antes mencionada concerniente en determinar el *plazo razonable* en términos definitivos y generales, va a proceder a señalar los criterios que debieran ser aplicados precisamente para sortear dicha dificultad y dar la respectiva cobertura jurídica al derecho involucrado. Estos criterios van a ser los siguientes<sup>18</sup>:

- a) La duración de la detención en sí misma.
- b) La duración de la prisión preventiva con relación a la naturaleza del delito, a la pena señalada y a la pena que debe esperarse en caso de condena.
- c) Los efectos personales sobre el detenido, tanto de orden material como moral u otros.
- d) La conducta del imputado en cuanto haya podido influir en el retraso del proceso.

18 Lo que algunos autores van a criticar de este pronunciamiento de la Comisión va a ser que ella no fue capaz de asignar, más que confusamente, el valor que tendría cada uno de esos criterios. Además, no definió la forma en que debían ser combinados y ni siquiera estimó que estos pudieran ser los únicos puntos de vista a considerar para establecer cuándo la duración de la detención era o no razonable. En este sentido, puede revisarse PASTOR, Daniel R. Ob. cit., p. 112.

No obstante, los siete criterios fueron aplicados por la Comisión en sucesivos casos posteriores, como el “Neumeister”, de fecha 27 de junio de 1968; “Stögmüller” del 10 de noviembre de 1969, y “Matznetter” con sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 10 de noviembre de 1969.

- e) Las dificultades para la investigación del caso, es decir, la complejidad de los hechos, la cantidad de los testigos e inculpados, los problemas para recabar medios probatorios, entre otros.
- f) La manera en que la investigación ha sido conducida.
- g) La conducta de las autoridades judiciales.

Ahora bien, es importante mencionar que los siete criterios de la Comisión van a ser sistemáticamente rechazados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como parámetros de cara a la tutela del derecho que nos ocupa. En efecto, muy a pesar de que, como se ha visto, desde el caso “Wemhoff” la Comisión va a insistir con esta doctrina, el tribunal se va a mostrar reacio a aceptarla, sosteniendo fundamentalmente que para estos efectos lo que corresponde es considerar los hechos del caso, los argumentos presentados por el afectado en sus peticiones de libertad y los fundamentos de las decisiones judiciales que se las negaron. Sin embargo, este escenario va a cambiar básicamente desde el caso “König”, de fecha 28 de junio de 1978.

## 2. Los tres criterios

En el caso “König”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras poner de manifiesto la responsabilidad que le asiste a los Estados de proveer a las personas de un sistema de justicia y de canales procesales adecuados para atender sus requerimientos, elemento que va a tener implicancias importantes al momento de determinar la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable conforme se verá luego, va a aproximarse, aunque de forma resumida, a la doctrina sentada por la Comisión al señalar que a efectos de determinar si la duración de un proceso ha sido razonable o no, se debe atender:

- a) La complejidad del caso.
- b) El comportamiento del demandante.
- c) La manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales<sup>19</sup>.

---

19 Este precedente sentado en el caso “König”, cuyos alcances se vislumbraban en alguna medida desde el caso “Stögmüller”, será seguido en casos posteriores como el “Buchholz”, de fecha 6 de mayo de 1981; el “Eckle”, de fecha 15 de julio de 1982; “Foti y otros”, de fecha 10 de diciembre de 1982; “Zimmermann y Steiner”, de fecha 13 de julio de 1983; “Pretto”, de fecha 8 de diciembre de 1983; “Deumeland”, de fecha 29 de mayo de 1986; “Baggeta”, de fecha 25 de junio de 1987; “Milasi”, fecha 25 de junio de 1987; y “Metzger”, de fecha 31 de mayo de 2001; entre otros.

Aquellos criterios también encontrarán eco por estas latitudes. En efecto, a nivel interamericano desde el caso “Firmenich”, la Comisión Interamericana, curiosamente a propósito de la discusión en torno a la duración de una prisión preventiva, en su informe de fecha 13 de abril de 1989, hará referencia a tres criterios, a saber: la duración efectiva de la detención, la gravedad de la infracción y la complejidad del caso. Luego, en el caso “Giménez”, en el marco de un proceso en el que se debatía la duración de una detención y del proceso penal correspondiente, la Comisión en su informe de fecha 13 de enero de 1996, alude también a los tres criterios que ya vimos en la jurisprudencia europea, esto es, la conducta de las autoridades, la complejidad del asunto y la conducta del imputado.

Mientras que, como se ha podido observar, en el ámbito europeo el tribunal en un primer momento se va a mostrar resistente a acoger la doctrina acuñada por la comisión relativa a los criterios a aplicarse para la protección del derecho que nos ocupa; en el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos va a ser más bien proclive a hacerla suya, tal como consta en el caso “Genie Lacayo”, con sentencia de fecha 29 de enero de 1997. Así, en esta oportunidad va a concluir la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable sobre la base, por un lado, del análisis global del proceso, y, por otro, de los tres criterios.

### **3. Los cuatro criterios**

Aquella jurisprudencia se mantuvo uniforme, tal como lo demuestran los casos “Suárez Rosero”, de fecha 12 de noviembre de 1997; “López Álvarez”, de fecha 1 de febrero de 2006; “Bayarri”, de fecha 30 de octubre de 2008, hasta el caso “Valle Jaramillo”. Aquí la Corte Interamericana en su sentencia de fecha 27 de noviembre de 2008, amplió más bien los tres criterios sentados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y pasó entonces a añadir uno, originado así la doctrina de los cuatro criterios.

En efecto, en una decisión que va a ser reiterada posteriormente en su sentencia de fecha 3 de abril de 2009, recaída en el caso “Kawas Fernández”, la Corte establece, a propósito de la discusión en torno a la demora de un proceso penal, que de cara a la protección del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, se debe tener en cuenta los siguientes criterios:

- a) La complejidad del asunto.
- b) La actividad o comportamiento del procesado.



- c) La conducta de las autoridades judiciales.
- d) La afectación que genera la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

La incorporación de este último criterio a los ya aportados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos va a ser justificada por la Corte en el caso “Valle Jaramillo” en los siguientes términos:

“[E]s preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve” (Párrafo 155)<sup>20</sup>.

#### **4. Los criterios para la protección constitucional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano**

En lo que concierne a la jurisprudencia constitucional nacional, pues esta, tal como lo hiciera la Corte Interamericana, empezará haciendo referencia a tres criterios y luego, sobre la base precisamente de sus pronunciamientos recaídos en los cargos “Valle Jaramillo” y “Kawas Fernández”, terminará por aceptar que son cuatro los criterios a tomar en cuenta para la protección constitucional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Así, en el caso “Federico Tiberio Berrocal Prudencio” (Exp. N° 2915-2004-HC/TC)<sup>21</sup> el Tribunal Constitucional procedió a hacer suyos los planteamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reproducidos en su momento por la Corte Interamericana relativos a los tres criterios para la protección

---

20 Los cuatro criterios van a ser consolidados por la propia Corte en el caso “Kawas Fernández”, alejando así cualquier margen de duda en torno a cuáles son los criterios que deben tomarse en consideración para la protección del derecho que nos ocupa. Así, según lo sostenido por la Corte: “(...) es preciso tomar en cuenta cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”.

21 Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2004 y publicada el 25 del mismo mes y año.

constitucional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Este sentido jurisprudencial se va mantener uniforme hasta el caso “Julio Rolando Salazar Monroe” (Exp. N° 05350-2009-PHC/TC)<sup>22</sup>.

En efecto, en esa oportunidad el Tribunal Constitucional, tras referirse precisamente a los tres criterios, trae a colación los pronunciamientos de la Corte Interamericana recaídos en los casos “Valle Jaramillo” y “Kawas Fernández”, y señala, pues, que: “En dichas sentencias, la Corte IDH amplió de tres a cuatro los elementos que deben analizarse para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal, que son: a) la complejidad del asunto; b) la actividad o comportamiento del proceso; c) la conducta de las autoridades judiciales; y d) la afectación que genera la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso” (Fundamento Jurídico número 20). Concluye entonces que procederá a analizar la duración de los procesos a la luz de esos cuatro elementos, cuyos alcances veremos muy someramente en las líneas que siguen.

## **5. Alcances de los criterios para la protección constitucional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable**

### **5.1. La complejidad del asunto**

Uno de los criterios que conforma el análisis judicial destinado a definir la razonabilidad del tiempo de un proceso es el de la complejidad del asunto. Aquí entran en juego factores tales como la pluralidad de agraviados o inculpados, la cantidad de testigos, la dificultad para recabar los instrumentos de prueba, entre otros. No obstante, también encontramos algunas circunstancias curiosas que por lo menos a juicio de algunos tribunales podrían justificar una demora del proceso por la complejidad del asunto. Así, por ejemplo, en el caso “Pretto”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de fecha 8 de diciembre de 2003, entendió que la dilación de los tribunales italianos estaba plenamente justificada en el hecho de que como al asunto le resultaba aplicable una disposición jurídica relativamente nueva y respecto de la cual habían interpretaciones dispares, era recomendable que la sala “esperara” la decisión del pleno del tribunal que diera luces sobre la forma como debía ser interpretada.

El Tribunal Constitucional peruano en el caso “Ronald Winston Díaz Díaz” (Exp. N° 618-2005-PHC/TC)<sup>23</sup>, con sentencia de fecha 8 de marzo de 2005, reiteró su definición de los alcances de la denominada complejidad del asunto que

---

22 Sentencia de fecha 10 de agosto de 2010 y publicada el 11 del mismo mes y año.

23 Sentencia de fecha 8 de marzo de 2005 y publicada el 4 de agosto del mismo año.

había expuesto en el caso “Federico Tiberio Berrocal Prudencio”, es decir, que “para su valoración, es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil” (Fundamento Jurídico número 12). Este criterio se mantendrá inalterable en casos posteriores como el “Miguel Cornelio Sánchez Calderón” (Exp. N° 3771-2004-HC/TC)<sup>24</sup>, el “Walter Gaspar Chacón Málaga” (Exp. N° 3509-2009-PHC/TC)<sup>25</sup>, entre otros.

Sin embargo, un cambio importante se va a dar en el caso “Julio Rolando Salazar Monroe”, en donde en relación con la complejidad del asunto, el colegiado sostendrá lo siguiente:

“La complejidad del proceso penal tiene que determinarse en función de las circunstancias de jure y de facto del caso concreto, que a su vez, alternativamente, pueden estar compuestas por: a) el establecimiento y esclarecimiento de los hechos, lo cuales pueden ser simples o complejos; b) el análisis jurídico de los hechos por los cuales se inicia el proceso penal; c) la prueba de los hechos, la cual puede ser difícil, necesariamente prolongada o de complicada actuación; y, d) la pluralidad de agraviados o inculpados, con sus respectivas defensas, entre otros elementos”.

Fíjese que en términos generales la reciente posición del Tribunal Constitucional sobre lo que se debe evaluar como parte del criterio concerniente a la complejidad del asunto, resume en alguna medida las circunstancias que, como se ha podido apreciar, en otros casos ha dado lugar a calificar al objeto del proceso como complejo. En efecto, se hace referencia no solo a las dificultades fácticas, entre las que figuran problemas relativos a encontrar documentación valiosa o testigos claves para la resolución del caso, así como la pluralidad de víctimas o imputados, sino también jurídicas, que se refieren a la valoración de los medios de prueba, la interpretación de disposiciones jurídicas, entre otros.

## 5.2. La actividad procesal del interesado

Otro de los criterios que debe ser objeto de apreciación judicial a efectos de dar cobertura jurídica al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es el de la actividad procesal del interesado. Su análisis, por supuesto, debe

24 Sentencia de fecha 29 de diciembre de 2004 y publicada el 2 de febrero de 2005.

25 Sentencia de fecha 19 de octubre de 2009 y publicada el 25 de noviembre del mismo año

ser llevado con especial cuidado, sobre todo para deslindar entre lo que es el ejercicio legítimo de los derechos procesales que le asiste a toda parte consistente en presentar los medios impugnatorios y demás recursos que le flanquea la ley y que mejor convengan a su posición, de lo que se denomina la conducta obstruccionista.

Sobre el particular, es recomendable traer a colación lo manifestado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Eckle”, en su sentencia de fecha 15 de julio de 1982, es decir, en primer lugar, que de los derechos procesales con que cuenta el interesado no se deriva la colaboración activa con las autoridades que vienen conociendo el asunto, menos aún cuando se trata de un proceso penal. En segundo término, que no se puede culpar a los acusados que buscan sacar partido de las facultades procesales que le ofrece el derecho vigente. Desde luego, esto último no debe ser confundido con hacer un uso irregular de los derechos procesales que se tiene a disposición, máxime si ello coadyuva a complejizar el proceso y por lo tanto retardarlo en su resultado. En tal sentido, una cosa es hacer uso de los mecanismos procesales que tienen por objeto enfrentar situaciones arbitrarias que se traducen en violaciones a nuestros derechos fundamentales y otra, muy distinta, servirse de ellos para retardar u obstaculizar la actuación legítima de la impartición de justicia.

Justamente, en el caso “Deumeland” se puede apreciar que si bien, como dice el Tribunal Europeo, el interesado tiene un conjunto de derechos procesales orientados a su defensa, de los cuales no se deriva su obligación de colaborar activamente con las autoridades judiciales, no es menos cierto que asumir una actitud pasiva puede traer consigo serias implicancias en la labor judicial y, por lo tanto, generar una demora del proceso. Así, por ejemplo, en este caso el tribunal en su sentencia de fecha 29 de mayo de 1986, va a enfatizar que las recusaciones del interesado y su negativa a aportar documentos demostraban si no un propósito obstruccionista, sí una falta de colaboración que contribuyó al retardo en la resolución del caso.

En el Sistema Interamericano encontramos algunas decisiones que se muestran bastante próximas a lo expuesto en el europeo. Así, por ejemplo, en el caso “Giménez”, la Comisión en su informe de 13 de enero de 1996 sostuvo, en cuanto a la conducta del interesado, que: “el acusado que rehúsa a cooperar con la investigación o que utiliza todos los recursos disponibles, se está limitando a ejercer su derecho legal. Por lo tanto, la demora en la tramitación del proceso no se puede atribuir al detenido, a no ser que se haya abusado del sistema en forma intencional con el propósito de demorar el procedimiento” (Párrafo 103).

En lo que a la jurisprudencia constitucional nacional se refiere, el Tribunal Constitucional en el caso “Federico Tiberio Berrocal Prudencio” entenderá que a efectos de la actividad procesal del interesado “es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite), de la denominada “defensa obstruccionista” (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional)” (Fundamento Jurídico número 26).

Desde este punto de vista, “no podría generar perjuicios para el procesado la repetida presentación de recursos que tengan por objeto la reevaluación de la pertinencia y suficiencia de las razones que, de prima facie, legitimaron el dictado del mandato de detención en su contra. Y es que dicha evaluación constante constituye un deber del juez penal, aun en circunstancias en las que no medie una solicitud de parte, de manera tal que, desde el mismo instante en que se desvanece la pertinencia de los motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, esta debe ser revocada” (Fundamento Jurídico número 30).

En esa línea de pensamiento, a quien corresponderá demostrar la conducta obstruccionista del interesado será al juez, toda vez que sobre el primero recae la presunción de que el despliegue de los recursos y medios procesales que tiene a su disposición se hace con el objeto de obtener el fin jurídicamente deseado. No obstante, para el Tribunal Constitucional peruano existe por lo menos un caso en el que el juez estaría relevado de demostrar la conducta obstruccionista del interesado, por resultar esta evidente. Este sería, a su juicio, el caso del imputado que es procesado luego de haber sido extraditado. Es más, este criterio del alto tribunal será sentado con calidad de precedente constitucional vinculante en el caso “Enrique José Benavides Morales” (Exp. N° 1257-2005-PHC/TC)<sup>26</sup>.

Así, el Tribunal Constitucional, tras sostener que el proceso de extradición es un instrumento al cual acuden los Estados en los casos en que el imputado se sustrae de la acción de la justicia, ocultándose en un país distinto del suyo, afirmará que dicha conducta de por sí configura una susceptible de ser calificada como obstruccionista del proceso a efectos de la determinación del plazo razonable de su duración, así como de la detención. En términos del Colegiado:

---

26 Sentencia de fecha 13 de abril de 2005 y publicada el 15 de mayo de 2006.

“Los Estados recurren a tales procedimientos (se refiere a la extradición) en el caso de que un imputado se sustraiga de la acción de la justicia, ocultándose en un país distinto al suyo. El sustraerse de la acción de la justicia constituye, evidentemente, una conducta obstruccionista del proceso, tanto más si ello implica salir del territorio del país, obligando así a las autoridades judiciales a recurrir al procedimiento de extradición. Dicha conducta debe ser tomada en cuenta al momento de determinar el plazo razonable del proceso y de la detención, conforme a los criterios expuestos por este Tribunal en la sentencia recaída en el Exp. N° 2915-2004-HC/TC” (Fundamento Jurídico número uno).

Dicho criterio es nada menos que precedente constitucional vinculante, de modo que a partir de este pronunciamiento se entiende sin discusión alguna que el imputado cuya extradición se solicita de por sí ha incurrido en una conducta obstruccionista del proceso, lo que significa, en otras palabras, que una vez extraditado enfrentará desde ya una primera dificultad en caso pretenda luego en el marco del proceso penal que se le siga alegar una eventual violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

### **5.3. La conducta de las autoridades**

Como no puede ser de otra manera, al tratarse del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, es posible que la responsabilidad en cuanto al tiempo que demanda la resolución de un caso concreto no se explique por la complejidad del asunto a resolver o por una presunta conducta obstruccionista de parte del interesado, sino más bien de las propias autoridades. En efecto, los Estados en una buena cantidad de casos son los directos responsables de la violación del derecho que nos ocupa por la falta de diligencia de parte de sus jueces o porque sencillamente el aparato de justicia presenta problemas estructurales que redundan en dilaciones indebidas en perjuicio de los justiciables. De ahí que no puede pasar desapercibido el papel que cumplen las autoridades que representan al Estado en la tramitación de la causa y la forma como dicha actuación ha incidido en el tiempo que viene demandando o ha demandado su resolución.

Aquí conviene mencionar que en algunos casos los Estados se escudan en situaciones o circunstancias coyunturales para justificar la demora de sus tribunales en la resolución de los casos. Si bien en ocasiones, efectivamente, tal excusa puede explicar razonablemente el tiempo que ha demandado o viene demandando la resolución de una causa (véase el caso “Buchholz”, con sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 6 de mayo de 1981), ello será siempre que se trate, en primer lugar, de una circunstancia extraordinaria y no endémica o estructural del propio sistema de justicia (véase los casos

“Eckle” antes citado y “Foti y otros”, con sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 10 de diciembre de 1982). En segundo término, que el Estado demuestre haber sido diligente en la adopción de las medidas para enfrentarla (véase los casos “Baggeta” y “Milasi”, ambos con sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 25 de junio de 1987; o el caso “Miguel Cornelio Sánchez Calderón”, con sentencia del Tribunal Constitucional peruano de fecha 29 de diciembre de 2004) y, por último, que tales medidas resulten eficientes y eficaces, es decir, adecuadas para superar el problema (véase el caso “Zimmermann y Steiner”, con sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 13 de julio de 1983).

Por otro lado, a fin de orientar la actuación de los tribunales para que no incurran en la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, también se han señalado algunos supuestos que justificarían una especial atención en la tramitación oportuna de una causa. Así, por ejemplo, se ha dicho que hay un momento en que todo proceso debe ser atendido preferentemente por el tiempo transcurrido (caso “Zimmermann y Steiner”), que existen materias que debieran ser objeto de especial atención (véase el caso “Deumeland”, relativo al reclamo de una pensión) o que hay circunstancias que pueden reclamar una actitud apremiante de parte de los jueces (véase el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de fecha 11 de marzo de 1997, recaído en el caso “Bronstein y otros”, concerniente a la privación de la libertad personal durante el proceso).

Por su parte, para nuestro Tribunal Constitucional, según su pronunciamiento recaído en el caso “Federico Tiberio Berrocal Prudencio”, a efectos de evaluar la actuación de los órganos judiciales de cara a la protección del derecho que nos ocupa, se deberá tomar en cuenta “ el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general ” (Fundamento Jurídico número 22). Este criterio será reproducido en varios casos posteriores como el “Walter Gaspar Chacón Málaga” (véase el Fundamento Jurídico número 25).

#### **5.4. La afectación generada en la situación jurídica del interesado**

El grado de afectación de la situación jurídica del interesado como un cuarto criterio a evaluar a efectos de dar cobertura jurídica al derecho a ser juzgado

en un plazo razonable, como ya se ha visto, fue aportado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Valle Jaramillo” y reiterado posteriormente en el caso “Kawas Fernández”. En su opinión, “si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve” (caso “Valle Jaramillo”, párrafo 155).

Ahora bien, toda vez que se trata de un pronunciamiento relativamente reciente de la Corte Interamericana, pues el caso “Valle Jaramillo” fue resuelto con sentencia de fecha 27 de noviembre de 2008, no se cuenta con mucho acervo jurisprudencial respecto de sus alcances. No obstante ello, lo poco que se ha desarrollado al respecto permite aproximarnos a los contornos de este criterio. Eso sí, debemos advertir que el hecho de que este criterio haya sido incorporado expresamente por la Corte en el año 2008 y acogido por nuestro Tribunal Constitucional hace relativamente poco en el caso “Julio Rolando Salazar Monroe” no significa que no podamos encontrar indicios de su aplicación en casos precedentes. Así, por ejemplo, en el caso “Heriberto Manuel Benítez Rivas y otra” (Exp. N° 5291-2005-PHC/TC)<sup>27</sup>, en donde el proceso que se le seguía a la recurrente ya tenía doce años de vigencia y, lo que es peor, aún permanecía en primera instancia, lo que para el colegiado prima facie hacía suponer que se trataba de un plazo irrazonable, señaló lo siguiente:

“[D]ebe tenerse presente que, en el caso de la favorecida, la vulneración constatada reviste una mayor gravedad, pues se trata de una persona de 79 años, que durante el mes de mayo de 2005 ha estado internada en la Clínica Ricardo Palma. Mantener a una persona mayor de edad con problemas de salud sujeta a un proceso que ya dura más de 12 años, sin que se den las condiciones que podrían justificar un proceso tan prolongado, y que hasta la fecha no exista una solución a una imputación que no reviste mayor complejidad jurídica y probatoria, como se puede apreciar de los tres fallos absolutorios anulados y otras instrumentales aportadas al presente proceso, deviene en una situación irrazonable y desproporcionada ” (Fundamento Jurídico número 23).

Eso sí, va a ser en el caso “Julio Rolando Salazar Monroe”, que el tribunal intentará aproximarnos a los alcances de este criterio al sostener que su definición implica:

27 Sentencia de fecha 21 de octubre de 2005 y publicada el 22 de noviembre del mismo año.



“[D]eterminar si el paso del tiempo del proceso penal incide o influye de manera relevante e intensa en la situación jurídica (derechos y deberes) del demandante. Ello con la finalidad de que el proceso penal discurra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve, si es que este incide o influye de manera relevante e intensa sobre la situación jurídica del demandante, es decir, si la demora injustificada le puede ocasionar al imputado daño psicológico y/o económico” (Fundamento Jurídico número 27).

Entendemos que las apreciaciones del Tribunal Constitucional se refieren al proceso penal, debido a que precisamente el caso de autos versaba acerca de la demora de un proceso como ese. Sin embargo, somos de la opinión que por las mismas consideraciones que él señala resulta pertinente entender que la apreciación judicial relativa a los efectos de la duración del proceso en la situación jurídica del interesado es perfectamente aplicable a procesos sobre otras materias. En efecto, el daño psicológico y/o económico al cual hace referencia en su sentencia también puede producirse como producto de la demora de un proceso previsional, constitucional, laboral o civil, por citar solo algunos ejemplos.

En todo caso, conviene recordar que este cuarto criterio resulta relativamente nuevo en el edificio jurisprudencial que, como vimos, se ha construido con el paso de los años de cara a racionalizar en alguna medida la apreciación judicial para la tutela del derecho a ser juzgado en un plazo razonable; por lo que hay tiempo más que suficiente para perfilar mejor sus alcances, tal como se viene haciendo con los otros.

## **6. El ámbito del proceso que es objeto de análisis al momento de proteger el derecho a ser juzgado en un plazo razonable**

Para terminar con el desarrollo de los criterios que debe tener presente el juez que tenga a su cargo la protección del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, conviene dedicar algunas líneas al ámbito del proceso que debe ser objeto de análisis para dichos fines, es decir, cuál es el punto de inicio y de término dentro del proceso que será evaluado a la luz del principio de razonabilidad. En tal sentido, aun cuando, como se ha puesto de manifiesto líneas atrás, en rigor a pesar de que el derecho que venimos tratando alude a la existencia de un plazo pero este no existe como tal, esto es, como un lapso de tiempo susceptible de ser definido en términos de horas, días, semanas, meses o años; sí resulta necesario que por lo menos los jueces sepan desde qué momento deben empezar a examinar si se ha respetado el derecho y en qué etapa concluye tal análisis.

Al respecto, la jurisprudencia empezará siendo bastante difusa e imprecisa para luego arribar a criterios un poco más claros. Así, se dirá, por ejemplo, que el plazo del proceso a evaluar debe empezar desde las “primeras indicaciones o denuncias oficiales” y comprender hasta por lo menos la decisión de absolución y condena, incluyendo segunda instancia, si la hubiere (véase la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Wemhoff”). Desde esta perspectiva, no estaría dentro del “plazo” a examinar las actuaciones o etapas del proceso que vayan más allá del segundo grado como sería la resolución de un recurso de casación. Posteriormente, se dirá que el cómputo debe contar desde el momento en que los primeros indicios en contra de una persona repercuten gravemente su situación hasta el dictado de la sentencia de primer grado (véase la decisión de la Comisión en el caso “Neumeister”, con sentencia del Tribunal de fecha 27 de junio de 1968). Luego se sostendrá más bien que el “plazo” comienza en el momento en que los imputados toman conocimiento oficial de la investigación o han sufrido sus efectos hasta los “procesos de apelación” (véase la decisión del Tribunal Europeo en el caso “Eckle”). La duda aquí es si el tribunal al referirse a los “procesos de apelación” aludió a ese recurso en específico o, en un sentido más genérico, a todos los recursos. En otros casos se va a extender, precisamente, el “plazo” a evaluar hasta los recursos extraordinarios (véase el caso “Deumeland”).

En el ámbito interamericano, la Corte en el caso “Suárez Rosero” en su sentencia de fecha 12 de noviembre de 1997, estableció que el plazo a evaluar en el particular caso del proceso penal debía contarse desde que el interesado fue detenido hasta la sentencia condenatoria definitiva de última instancia. Así, en términos del tribunal: “ En el presente caso, el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo” (Párrafo 70). Este criterio va a ser reiterado por la Comisión en el caso “Garcés Valladares” en su informe de fecha 13 de abril de 1999.

Ahora bien, ¿pero qué ocurre cuando en el marco del proceso penal no ha habido detención del interesado? ¿Desde qué momento debe empezar a computarse el plazo a ser evaluado? La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Tibi”, en sentencia de fecha 7 de setiembre de 2004, estableció que en tales situaciones el cómputo se inicia con el momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso. Sobre el particular, la Corte señaló lo siguiente:

“La Corte se pronunció en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo. Cuando no es aplicable

esta medida, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso” (Párrafo 168).

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional en el caso “Walter Gaspar Chacón Málaga” sostuvo que en los procesos penales el plazo a ser evaluado debe computarse desde el momento en que la persona conoce del señalamiento que le afecta concretamente. Así, “[e]ste colegiado al tratar sobre el punto de partida para la evaluación del ‘plazo razonable’, considera que en materia penal el comienzo del mismo, debe computarse desde el momento en que la persona conoce de la atribución o señalamiento que le afecta concretamente, ya sea por un particular en una denuncia o por acto de autoridad judicial u otra autoridad competente, como sospechoso de haber participado en un hecho delictivo” (Fundamento Jurídico número 28). En tal sentido, para este caso en concreto a juicio del Tribunal Constitucional: “El hecho objetivo a partir del cual debe empezar a computarse el plazo dentro de este proceso es la apertura de la investigación fiscal, por constituir el primer acto de carácter cuasi jurisdiccional por medio del cual el hoy recurrente tomó conocimiento de que el Estado había activado al aparato persecutor”.

Por otro lado, resulta a todas luces interesante el criterio sentado por el Tribunal Constitucional en el caso “Julio Rolando Salazar Monroe” en relación con el inicio del cómputo del plazo que será evaluado bajo el principio de razonabilidad, toda vez que descarta de plano el tiempo en que el interesado fue procesado ante los tribunales militares, es decir, el periodo que oscila entre abril de 1995 y junio de 2001, debido a que “durante dicho periodo de tiempo, por comportamientos imputables al Gobierno de turno de aquel periodo (leyes de amnistía), los hechos del caso Barrios Altos no pudieron ser investigados ni juzgados conforme lo exigían las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado en materia de derechos humanos, específicamente las impuestas por el derecho a la verdad” (Fundamento Jurídico número 44). Estamos hablando de poco más de seis años de tiempo que no son objeto de cómputo por el colegiado, sobre la base de la falta de garantías para llevar a cabo un control fiscal y judicial idóneo de los hechos que motivaban el proceso. Es así entonces que en este caso para el Tribunal Constitucional el plazo a computarse empezó el 22 de enero de 2003, es decir, con el auto apertura de instrucción correspondiente al proceso seguido ante los jueces comunes.

## **7. Alcances de la protección constitucional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: El margen de acción del juez constitucional**

La protección constitucional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable da lugar a interesantes debates vinculados ya no solo con el problema de los criterios o pautas a aplicar al caso concreto para determinar si se ha producido o no su violación, sino también con las medidas que puede ordenar el juez constitucional de cara a promover su vigencia efectiva. En efecto, si de por sí la tutela del derecho que nos ocupa entraña, como se ha visto, una importante participación de parte del juez, en tanto sobre él recae la responsabilidad de apreciar adecuadamente las circunstancias fácticas del caso y, sobre la base de los criterios expuestos, arribar al convencimiento sobre si hubo o no la diligencia debida en la tramitación de la causa; dicha responsabilidad se hace más patente aun cuando de lo que se trata es de adoptar las medidas conducentes a reivindicar el respeto del derecho. Conforme vamos a ver de inmediato, las respuestas ofrecidas por la experiencia comparada y nacional ponen de manifiesto que la protección constitucional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable invita inevitablemente a reflexionar acerca de hasta dónde puede llegar el juez constitucional cuando lo que está de por medio es la tutela de los derechos fundamentales.

Para empezar, es menester tener presente que los tratados no dicen nada respecto de las consecuencias jurídicas de la violación del derecho que nos ocupa, no obstante tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han optado por ordenar el pago de indemnizaciones a modo de compensación por el daño ocasionado (véase el caso “Genie Lacayo”, con sentencia de fecha 29 de enero de 1997). Por su parte, en Alemania encontramos dos soluciones a propósito de la demora injustificada de los procesos penales. La primera plantea la conclusión del proceso penal por sobreseimiento, sobre la base de que haber prolongado innecesariamente el proceso constituye un castigo suficiente para el imputado, por lo que, llegado a ese extremo, se debiera prescindir de la pena. La segunda postula que la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable debe erigirse en un factor conducente a atenuar la pena<sup>28</sup>.

Por el contrario, en España se marca una diferencia muy clara entre la responsabilidad penal del imputado y las consecuencias jurídicas de la violación

28 AMBOS, Kai. *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005, p. 28 y ss.; PASTOR, Daniel R. Ob. cit., p. 172 y ss.

del derecho que nos ocupa. En efecto, precisamente ante el pedido del recurrente de considerar la no ejecución inmediata de la sentencia como una medida reparadora ante la dilación injustificada del proceso penal iniciado en su contra, el Tribunal Constitucional en su STC 25/1994 sostuvo que: “Ante esta pretensión cabe avanzar ya que la medida propuesta ni puede incluirse en el ámbito del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, ni, en otro orden de consideraciones, está consagrada en nuestro ordenamiento jurídico como instrumento para reparar las consecuencias de su vulneración”. Es más, para el colegiado como parte del contenido del derecho a ser juzgado en un plazo razonable está el que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas, puesto que “el derecho a que el proceso se tramite, resuelva y ejecute en un plazo razonable es plenamente independiente del juego de la prescripción penal” (SSTC 255/1988, 83/1989 y 25/1994). Desde luego, cuanto se ha dicho es sin perjuicio de la posibilidad de exigir la responsabilidad civil e incluso penal de la autoridad responsable de la agresión.

En Estados Unidos, desde el célebre caso “Barker vs. Wingo” del año 1972, la Corte Suprema ha sentado el criterio de que la violación del derecho a un juicio rápido (*right to a speedy trial*) trae como consecuencia la declaración de nulidad de la acusación fiscal. En sentido similar se encuentra su sentencia en el caso “Strunk vs. United States” del año 1973.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha venido ajustando su posición respecto de cuál sería, a su juicio, la mejor solución ante la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Así, por ejemplo, en un primer momento, en una línea más próxima a la jurisprudencia constitucional española, en el caso “Eudosio Martínez Moreno” (Exp. N° 03689-2008-PHC/TC)<sup>29</sup>, sostuvo que: “La justicia constitucional no puede ni debe significar el archivo definitivo del proceso penal como si de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, equivalente a una decisión de absolución emitida por el juez ordinario”. Sin embargo, tiempo después en el caso “Walter Gaspar Chacón Málaga” ordenó la conclusión anticipada y definitiva del proceso que se le seguía al imputado, como consecuencia de la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, esto es, adoptó uno de los criterios sentados por la jurisprudencia alemana. Valga decir al respecto que en la legislación procesal penal nacional la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable no está prevista como causal de extinción de la acción penal, siendo la figura más cercana, muy a despecho de sus importantes diferencias, la prescripción. No obstante, ello no

29 Sentencia de fecha 22 de abril de 2009 y publicada el 24 de julio del mismo año.

constituyó óbice alguno para que el juez constitucional resolviera conforme a dichos términos.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional en una sentencia relativamente reciente va a adoptar otro criterio. En efecto, en el caso “Julio Rolando Salazar Monroe”, tras invocar el principio de cooperación y colaboración que debe guiar la actuación de las entidades públicas, dispuso que en caso se constate la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, además de estimarse la demanda, se ordenará a la Sala Penal emplazada que conoce el proceso penal que, en el plazo máximo de sesenta días naturales, emita y notifique la correspondiente sentencia que defina la situación jurídica del favorecido. Eso sí, si no cumple con este requerimiento, de oficio deberá sobreseerlo inmediatamente del proceso penal.

Conforme se puede apreciar, por lo menos con este último criterio, muy a despecho de la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable y que debe ser reparada a través de las diferentes vías y medios que para tal efecto prevé nuestro ordenamiento, la justicia penal tendrá la oportunidad de actuar conforme a las atribuciones que le son propias y determinar la situación jurídica del imputado dentro de un plazo perentorio.

Desde luego que puede entrar a discutirse si el plazo de los sesenta días era lo suficientemente razonable de cara a la protección del derecho que nos ocupa, máxime si se toma en cuenta que el proceso constitucional que estaba de por medio era un hábeas corpus y no un amparo, pues, como se sabe, en el caso del hábeas corpus se manejan plazos muy breves por la naturaleza de los derechos fundamentales que caen dentro de su ámbito de protección. En todo caso, valga destacar el esfuerzo del colegiado por reconducir su decisión a una postura que lo aproxima a lo que creemos que debiera ser el margen de acción del juez constitucional. No olvidemos que si bien es cierto el fin último del Estado Constitucional es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, es importante para estos efectos respetar los límites y mecanismos de control del poder que ella misma prevé. En otras palabras, una lectura de la Constitución en clave de corrección funcional tampoco viene mal.

Lo expuesto, sin embargo, se refiere a los mecanismos que puede disponer el juez constitucional ante la demora de un proceso penal, pero ¿qué ocurre en los casos en que la violación es producto no de una dilación injustificada sino de una tramitación excesivamente breve? ¿Y qué pasa en los procesos distintos a los penales? Como ya se ha dicho, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable no se agota en la obligación de tramitar las causas sin dilaciones indebidas, sino que involucra un deber bastante más amplio.

A nuestro juicio, el derecho que nos ocupa comprende el deber de las autoridades a tramitar las causas en el tiempo que resulte estrictamente necesario para arribar al objeto del proceso o al fin constitucional que se busca alcanzar. Desde esta perspectiva, deben atacarse tanto los procesos que demoran innecesariamente en el tiempo como aquellos que so pretexto de la susodicha rapidez impiden sin justificación el despliegue adecuado de otras garantías, pasando por alto otros derechos fundamentales. Precisamente, en este último caso, el proceso se torna en irregular como producto de la violación de derechos fundamentales, por lo que, dependiendo de los derechos fundamentales afectados y del grado de aquella afectación, podría llegar a ser declarado nulo, retrotrayendo las actuaciones procesales al momento anterior en que se produjo el acto lesivo. Finalmente, se entiende que en los procesos que no versan sobre materia penal, sino de otra índole, la medida en principio más plausible y consecuente con el margen de acción del juez constitucional sería aquella que consiste en ordenar a la autoridad competente a ser más diligente en la tramitación de la causa y exhortarla a emitir la decisión correspondiente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar.

## **V. A modo de conclusión**

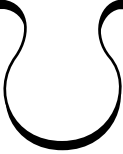
Existen múltiples razones que obligan a orientar nuestros esfuerzos a exigir que los procesos no se dilaten en el tiempo. En efecto, el mismo hecho de estar involucrado en un proceso supone desde ya una sensación de angustia y pesar que no debiera perdurar más allá de lo que resulte estrictamente indispensable. Si a ello le sumamos que hay procesos en los que durante su tramitación se pueden afectar los derechos de quienes intervienen en él, como el caso de una detención al amparo de un proceso penal, o en los que el paso del tiempo puede significar poner en peligro su propio objeto; no cabe ninguna duda de que estamos ante un problema que no debiera pasar desapercibido a los ojos del Estado, que ha asumido la obligación de proveernos de un sistema de justicia idóneo, eficiente y eficaz.

No obstante, la solución tampoco pasa por ordenar los procesos para que estos sean más “rápidos” si el costo de aquella rapidez no va a ser otro que el recorte irrazonable de nuestros derechos fundamentales o, más aún, si ello va a significar una apreciación precaria del juez de los asuntos que les presentemos, incrementando como consecuencia el índice de probabilidad de recibir decisiones judiciales erróneas. Es así que adquiere importancia el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, pues este derecho no reclama la existencia de un plazo definido en términos de horas, días, semanas, meses u años, sino más

bien que el tiempo que demanda o viene demandando la resolución de la causa encuentre correlato y justificación en las circunstancias que han tenido o tienen que enfrentar y evaluar las autoridades judiciales de turno para alcanzar los fines constitucionales del proceso. En estos menesteres, el papel del juez constitucional adquiere un peso gravitante, pues es sobre sus hombros que reposa en última instancia tamaña responsabilidad. Afortunadamente, para asumir esta tarea no está desarmado, sino que tiene a su disposición un conjunto de criterios que han sido construidos como producto del esfuerzo jurisprudencial de quienes no se han amilanado ante la dificultad que entraña la tutela del derecho a ser juzgado en plazo razonable.

Finalmente, no olvidemos que si bien justicia tardía no es justicia, al final de cuentas, la legitimidad de un sistema de justicia tampoco se construye sobre la base de ofrecer soluciones rápidas, sino soluciones justas, esto es, soluciones oportunas que encuentren respaldo en la apreciación judicial razonada de los hechos y elementos que al amparo de un despliegue razonable de nuestros derechos hemos podido presentar y defender en el curso del proceso.





# Los principios y la discrecionalidad judicial en el ordenamiento jurídico peruano

## A propósito del mandato de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley

*Heber Joel Campos Bernal\**

**SUMARIO:** I. Planteamiento del problema. II. Algunas consideraciones críticas. III. Los principios como carta de navegación. IV. El juez como articulador de intereses. Conclusión: ¿la muerte del Derecho?

### I. Planteamiento del problema

Lo primero que me interesa decir sobre el artículo 139, inciso 8 de la Constitución es que trata de un mito, esto es, sobre la disyuntiva a que se enfrenta el juez por la ausencia de una norma clara y expresa para resolver un conflicto jurídico. Esta disyuntiva se halla planteada en los siguientes términos: “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario”<sup>1</sup>. El artículo 139, inciso 8 se inscribe, de esta forma, en la lógica del formalismo jurídico, según la cual, el sistema jurídico es una

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del curso Argumentación Jurídica y Razonamiento Judicial en el Diploma de Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica y de Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la misma universidad.

1 Esta norma tiene a su vez un antecedente histórico en el artículo 4 del Código de Napoleón que señalaba: “El juez que se negare a juzgar, so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como culpable de denegación de justicia”.

entelequia autosuficiente capaz de generar, cuando sea necesario, sus propias normas.

El problema con esta perspectiva, tal como se verá más adelante, es que no fue deseada ni siquiera por quienes la adoptaron en el Perú. Para ellos, autores y comentaristas de la Constitución, el artículo 139, inciso 8 iba a ser útil para poner coto al excesivo formalismo existente y para motivar una jurisprudencia inspirada en valores y principios superiores. Muchos de los textos que se encargan de analizar este artículo revelan, por ejemplo, la importancia de evitar que el juez, fiel al silogismo jurídico, deje de resolver una causa simplemente porque no existe una norma expresa para ello. El punto, sin embargo, es que si bien esta norma, en el papel, resuelve esta aporía (los jueces deben recurrir a los principios generales si no existe una norma expresa aplicable al caso) en los hechos motiva otras como: ¿Qué hacer en aquellos casos en los que el intérprete decida dotar de contenido a los principios según sus propios intereses?, o ¿qué hacer cuando el juez opte simplemente por “crear” derecho?

El artículo 139, inciso 8 decía, trata de un mito. Este consiste en apelar a los principios como una respuesta contra el formalismo jurídico, pero sin tomar en cuenta los peligros de esta opción. Peligros que, muchos años después, la academia, y con mayor énfasis las autoridades del Gobierno, descubrirían al enfrentarse al activismo del Tribunal Constitucional de los años 2000. El elemento clave para que este peligro no fuera advertido fue la cultura legal entonces imperante. Para el formalismo el que los jueces pudieran aplicar el derecho a su antojo más que un acto contrario a la ética y la función judicial, era un absurdo, un imposible al cual, por mucho que lo desearan, los jueces no estarían en capacidad de invocar. Es interesante por ello analizar el proceso que dio origen a esta confusión. En él, los jueces eran vistos como funcionarios irreflexivos y el Derecho, contrariamente, como un medio para que estos actuaran a su gusto. El control de las decisiones judiciales se hizo, por ende, necesario, solo que esta vez no se trataría de un control con base en mandatos deónticos, sino de principios abstractos que, pese a su vaguedad, debían ser interpretados como normas claras y precisas.

En los últimos años esta forma de “pensar” el Derecho ha cambiado. Gracias a la actividad del Tribunal Constitucional la imagen idílica del Derecho como una entidad autónoma ha sido reemplazada por una imagen crítica y dinámica de este. Este cambio no surgió de la nada, fue producto de un intenso proceso político, que llegó al paroxismo, entre otros hechos, por la caída del régimen del ex presidente Alberto Fujimori en el año 2000. En efecto, a principios de esa década se sucedieron una serie de acontecimientos como el inicio de un

nuevo gobierno de transición, la revelación de los tristemente celebres “vladivi-deos”, y la reincorporación en sus cargos de los Magistrados del Tribunal Constitucional. Serán, precisamente, estos últimos quienes en el lapso de dos años (2000-2002) pusieron en marcha un cambio significativo en nuestra jurisprudencia<sup>2</sup>. Este cambio, que puede ser analizado desde diferentes puntos de vista, en lo que concierne a la teoría del Derecho fue abismal<sup>3</sup>.

Ahora bien, ¿en qué se relaciona la evolución del Tribunal Constitucional con el artículo 139, inciso 8 de la Constitución? En que el desarrollo de esta corporación motivó un cambio de paradigma que ha permitido incorporar categorías y elementos de análisis que antes eran, por decir lo menos, inexistentes; y en que el artículo 139, inciso 8 refleja una manera de pensar y comprender el Derecho que aquella perspectiva se ha encargado de denunciar. Es sobre esto último precisamente que quisiera centrar mi análisis: sobre cómo esta norma incide en la aplicación de los principios como normas válidas en nuestro medio y cómo ello se relaciona con el rol del juez en un Estado Constitucional de Derecho.

## II. Algunas consideraciones críticas

---

Uno de los elementos más significativos del artículo 139, inciso 8 de la Constitución se halla en su finalidad práctica. Los principales comentaristas del Código Civil, que fue la norma en la cual se inspira el mencionado artículo de la Constitución, subrayan este hecho al mencionar que gracias al artículo VIII del Título Preliminar, que hace las veces de hermano gemelo de nuestra norma, los jueces llevarían a cabo, de forma más efectiva, sus funciones. Uno de ellos, el profesor Juan Monroy señala, por ejemplo, que: “La norma surge como una renuncia a una concepción integral y perfecta de la ley. La norma plantea un retorno a la realidad, reconoce que los sistemas legales –creaciones humanas al fin– son productos con imperfecciones y vacíos que deben ser cubiertos por fórmulas que permitan al órgano jurisdiccional resolver el conflicto y, a su vez,

---

2 Posteriormente, la conformación del Tribunal Constitucional fue más activista aún. Puede parecer un despropósito hablar de activismo, dado que en el Perú no se ha producido ni antes ni después, un movimiento de estas características, pero en cierta medida las sentencias del Tribunal Constitucional de aquellos años sirvieron para introducir en nuestro medio teorías e instituciones jurídicas, hasta hace muy poco demasiado influenciados por la impronta del formalismo y, de manera específica, por la impronta del Derecho Civil.

3 Entre los nuevos pilares que había adoptado esta corporación se hallaban el rechazo a la idea boba de la validez escalonada de las normas, el principio de proporcionalidad y de razonabilidad como parámetros para juzgar la intervención en el ámbito de los derechos fundamentales del Estado o de terceros, las sentencias manipulativas, etc. Estos pilares le ayudaron a desarrollar argumentos que, poco a poco, fueron cimentando una práctica constitucional que, aunque incipiente, podía considerarse acorde con los últimos avances de la teoría constitucional contemporánea.

contribuir al perfeccionamiento progresivo del sistema legal a través de un mecanismo de retroalimentación de este<sup>74</sup>.

El comentario del profesor Monroy es optimista, dado que reconoce en el artículo VIII rasgos que son útiles para superar la vieja concepción del Derecho como una entidad autónoma. Más adelante, sin embargo, admitirá que la vía de los principios generales abre las puertas a la arbitrariedad puesto que no poseen un contenido específico, o, en todo caso, poseen el contenido que cada uno le quiera dar<sup>5</sup>. De manera complementaria, Sandro Schipani señala, aunque esta vez para referirse a cuáles serían los principios generales que inspiran el Derecho peruano, que esta norma debe ser comprendida como la articulación entre la tradición jurídica occidental, aquella de la cual es deudora el Código Civil de 1984, y la tradición jurídica precolombina, la cual prefigura aquellos elementos autóctonos de nuestro Derecho<sup>6</sup>.

Ambos comentarios permiten deducir que una de las motivaciones de los redactores del Código Civil de 1984, y en particular del artículo VIII del Título Preliminar, fue cerrar la brecha entre las lagunas y vacíos del sistema jurídico y su aplicación por parte de los jueces. Esta motivación consistía, además, en identificar dichos principios generales mediante la interpretación sistemática de las normas, y cuando ello no fuera posible se debía acudir a un plano más abstracto, aunque en este último caso las coordenadas de la interpretación no fueran muy claras. Así lo explica el profesor Marcial Rubio, cuando sostiene “que existen principios generales del Derecho, tanto en el plano más abstracto, como en las normas concretas, a veces en lugares sumamente técnicos del Derecho, y que tienen trascendencia específica para la aplicación de las normas jurídicas, tanto los que los contienen, como otras que se vinculan a ellas<sup>7</sup>”. Los principios, además, en tanto normas de una cualidad superior a la de las reglas, permitirían dotar al Derecho de una legitimidad y autoridad de las que estas carecían.

4 MONROY, Juan. “La función creadora del juez”. En: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 1-Título Preliminar, Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 380.

5 *Ibidem*, p. 385.

6 La cita textual del profesor Schipani es la siguiente: “Ciertamente la Constitución del Perú representa la primera y principal guía, y un tamiz seleccionador en la tarea de individuación de los principios, pero ella misma, que —como hemos recordado— constitucionaliza la norma en examen, no encierra en sí misma la legislación, sino que más bien la abre a una relación dinámica, de tensión frente a dichos principios ‘inspiradores’. Me parece que sea de ese ‘bloque romano-ibérico-precolombino’ que salen los principios en examen, y ahí se han de buscar”. SCHIPANI, Sandro. “El Código Civil peruano de 1984 y el Sistema Jurídico Latinoamericano (apuntes para una investigación)”. En: *El Código Civil peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Cultural Cuzco, Lima, 1986, p. 53.

7 RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 153.

Pronto, sin embargo, surgió el problema de cómo identificar cuál era ese contenido. ¿Este debía ser inventado por el intérprete, o debía más bien ser identificado mediante una lectura atenta y detenida de las instituciones que conformaban el ordenamiento jurídico?

Estas interrogantes no fueron respondidas por quienes, optimistamente, alentaron la incorporación del artículo 139, inciso 8 en la Constitución. La respuesta provino más bien de la actividad del Poder Judicial. En efecto, los jueces presionados por la necesidad imperiosa de no dejar de administrar justicia tuvieron que recurrir a los principios, aunque estos, por tratarse de normas estructuralmente distintas a las reglas no podían ser aplicados a través del silogismo jurídico. Así, surgió la idea, alentada por la cultura legal de ese entonces, de interpretar los principios generales como reglas. La finalidad de esta medida era, por un lado, no dejar de administrar justicia, ante la ausencia de una regla clara y expresa, y por el otro, impedir que los jueces, mediante la interpretación de los principios, impusieran su propio arbitrio a los ciudadanos.

Este riesgo no fue advertido por ninguno de los autores citados anteriormente. El profesor Monroy, en cierta medida, se acerca a este cuando señala que: “es necesario sacar al artículo VIII del amplio y etéreo campo conformado por las normas que suelen ser leídas con la convicción con que se lee el horóscopo; no se cree en él pero como a veces se cumple, nada se pierde con saber que dice”<sup>8</sup>. Esta afirmación revela el escepticismo con el que su autor se enfrentaba a este dilema. Más adelante, Monroy añadiría: “el artículo VIII propone las condiciones objetivas para que el órgano jurisdiccional haga efectiva su función creadora a través de una jurisprudencia dinámica y comprometida con una realidad social que, por cierto, se moviliza con mayor rapidez con que suele hacerlo el legislador, por naturaleza conservador”<sup>9</sup>. Este contrapunto entre creación del Derecho (por parte de los jueces) y conservadurismo jurídico (por parte del Parlamento) sería el que animaría, más adelante, el debate acerca de los límites del Poder Judicial en la interpretación del Derecho. En esa época, este debate todavía se hallaba lejos de ser asumido con madurez e inteligencia, pero no por ello las preguntas que lo motivaban dejaban de estar presentes<sup>10</sup>.

8 MONROY, Juan. Ob. cit., p. 391.

9 Ibídem, p. 390.

10 Antes debíamos pasar por la experiencia de la dictadura política y la influencia, cada vez más creciente, de la jurisdicción internacional y el Tribunal Constitucional activista de los años 2000. Pedro Grández explica a grandes rasgos cómo se fue gestando este proceso mediante el análisis de algunas de las sentencias más destacadas del Tribunal Constitucional. En particular, me resulta de especial interés el análisis de la STC N° 047-2004-AI/TC que se refiere, aunque incidentalmente, a la noción de fuentes del Derecho. Vide *Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica*. Palestra, Lima, p. 139 y ss.

La aplicación de los principios generales como reglas puede ser interpretada también como un problema de tipo ideológico: los jueces no pueden intervenir en asuntos que están más allá de sus funciones. Si los jueces pudieran manipular las reglas a su antojo los ciudadanos no tendrían ninguna garantía acerca de cómo fallarían. Es más, ese poder los haría menos sensibles a las necesidades de estos. Por tal motivo, los principios debían ser interpretados como normas subsidiarias que solo en caso de no existir una regla expresa pudieran ser aplicados. ¿De qué otra manera se entiende sino el tratamiento dado a los principios de buena fe registral o de primer adquirente o al de control difuso de la administración e interés superior del niño? La aplicación de los principios generales como reglas responde en nuestro medio a la previsión del legislador de que el contenido que se atribuye a este tipo de normas no dependa del arbitrio del juez, sino de un límite institucional concreto. Este límite, pese a su vaguedad, consiste en un sistema jurídico conformado con base en reglas. Estas, a diferencia de los principios, no debían ser interpretadas, o, al menos en dicho proceso, no era posible de que el juez introdujera sus convicciones morales o prejuicios<sup>11</sup>.

### III. Los principios como carta de navegación

Los principios generales a que alude el artículo 139, inciso 8, sin embargo, no son los principios a que alude la moderna teoría de la argumentación jurídica. Para esta, los principios son mandatos de optimización y su aplicación no se rige por el criterio “todo o nada”, sino por el del “peso”. Robert Alexy, uno de los más destacados representantes de la Teoría de la Argumentación Jurídica, señala que los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son *mandatos de optimización*. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida

11 En este punto corresponde hacer, sin embargo, algunas aclaraciones. Una de ellas consiste en que si bien los principios generales fueron interpretados como reglas, en puridad no lo eran, lo cual en ocasiones permitía a algunos jueces resolver sus casos aludiendo a estos, aunque sin el menor esfuerzo por desarrollar una argumentación consistente. Esta interpretación de los principios generales como reglas fue también, en cierta medida, producto de la presión “psicológica” en nuestro medio porque el derecho fuera previsible y no lesionara, en demasía, la seguridad jurídica. Si los jueces pudieran invocar como una fuente del Derecho válida a los principios dicha certeza desaparecería, dado que, salvo el juez, nadie podría prever cuál era el contenido específico de estos. Asimismo, el Código Civil, al igual que los demás códigos, posee una serie de normas denominadas “principios” pero que estructuralmente no lo son, dado que permiten, con algún nivel de certeza, identificar su supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Lo mismo podría decirse de algunos principios constitucionales que también presentan esta característica. Por ejemplo, el principio de presunción de inocencia: “ Toda persona es considerada inocente mientras no se demuestre lo contrario”. Supuesto de hecho: cualquier persona acusada de un delito. Consecuencia: mientras no se demuestre que es culpable se le considera inocente.

de cumplimiento ordenada depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario”<sup>12</sup>.

Para la Teoría de la Argumentación (TAJ) los principios deben ser interpretados tomando en cuenta el test de ponderación, según el cual es posible arribar, al final de los pasos que conforman el test, a la siguiente conclusión: “Cuanto mayor sea el grado o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de satisfacción del otro”. Los principios, según la TAJ, no pueden ser aplicados de forma arbitraria, sin considerar las distintas posibilidades fácticas y jurídicas que conforman el caso, sino que deben advertir estos, tratando, en la medida de lo posible, de optimizar el contenido moral que poseen<sup>13</sup>.

Ahora bien, una de las críticas más severas en contra de los principios es aquella que sostiene que estos, por tratarse de normas ambiguas, aumentan la discrecionalidad de los jueces. Juan Antonio García Amado menciona, por ejemplo, que “cuando los tribunales (y muy en especial los tribunales constitucionales) dicen que ponderan, no hacen nada distinto de lo de siempre, solo lo llaman de otra manera y, sobre todo, hacen lo de siempre pero con unas exigencias argumentativas mucho menores o, aun expresado de otra forma, invocando razones de más difícil control intersubjetivo, de objetividad más dudosa en suma”<sup>14</sup>. ¿En qué se basa este autor para sostener que los principios demandan una exigencia argumentativa menor a la que demandan las reglas? En que los principios aumentan el riesgo de que los jueces incluyan en su interpretación aspectos de tipo subjetivo, tales como sus prejuicios, ideología, intereses, e incluso, opiniones morales, los cuales, en caso estuviera en juego la libertad de un individuo o la estabilidad del régimen, motivarían una situación de desgobierno e injusticia (en un sentido ideal) superior a la que, supuestamente, esos mismos principios vienen a aminorar.

12 ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Palestra, Lima, 2010, p. 458.

13 Los pasos que conforman el test son: juicio de idoneidad; juicio de necesidad; y juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Los tres se aplican de manera complementaria. Si falla uno la medida objeto de análisis se considerará lesiva de un principio, si supera todos la medida en cuestión se considerará válida. Para un desarrollo más exhaustivo del test de proporcionalidad y su aplicación práctica, vide BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Universidad del Externado, Bogotá, 2005, p. 99 y ss.

14 GARCÍA AMADO, Juan. “Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo”. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Trotta, Madrid, p. 248.

Es cierto que los principios aumentan, en cierta medida, la discrecionalidad judicial. Sin embargo, al mismo tiempo, la controlan de un modo más eficaz que las reglas. Las razones que así lo explican se encuentran en que si bien los principios no permiten establecer, a priori, *qué dice el Derecho*, las reglas tampoco, ya que la certeza que aportan a los casos se basa en un elemento previo: que los elementos que conforman el caso, y a cuya aplicación son relevantes las reglas ya han sido aceptados por las partes. Si alguna de las partes cuestiona uno de ellos, por ejemplo, los hechos o las fuentes aplicables, la certeza que aportan las reglas desaparece, motivando una aplicación del Derecho arbitraria y por ello mismo menos previsible.

Los principios permiten controlar, por lo tanto, de un modo más eficaz el arbitrio del intérprete. Aunque se pueden ensayar algunos argumentos adicionales, a mi juicio es legítimo incluir a los siguientes entre los argumentos más importantes para sustentar esta hipótesis:

- a) *Los principios aumentan la carga de la argumentación*: dado que el contenido de los principios no está dado *ex ante*, el intérprete se encuentra obligado a justificar en qué basa dicho contenido. Todo lo contrario a lo que ocurre con las reglas, las que por tratarse de normas con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica cerradas no obligan al intérprete a argumentar con la misma intensidad<sup>15</sup>.
- b) *Los principios constituyen un patrón de validez material de las normas legales*: dado que los principios constituyen un patrón de validez material, el análisis de las reglas no puede omitir el análisis de los principios. En ocasiones dicho análisis variará de intensidad, según se trate de casos fáciles o difíciles, pero en ningún caso podrá omitir este.
- c) *Los principios motivan en el juez una conducta de tipo dialógica*: dado que los principios no poseen una entidad específica y su contenido es producto de una reflexión externa al sistema legal, los jueces deben tomar en cuenta

---

15 Un ejemplo puede ser útil para ilustrar este punto: imaginemos que un médico conduce una ambulancia camino al hospital. En el trayecto se pasa una luz roja. Un oficial, muy atento, se da cuenta de la infracción y detiene el vehículo. El médico se excusa diciendo que tuvo que cruzar la luz roja porque llevaba a un paciente muy enfermo al hospital. El oficial entiende la situación, pero no sabe cómo actuar: hay una norma de tránsito que sanciona a quien cruza una luz roja, pero no hay una norma que permita cruzarla cuando haya una emergencia. Ante esta disyuntiva, el oficial se pregunta: ¿Qué debo hacer? Si los casos se resolvieran solo a través de reglas la pregunta del oficial sería relevante; pero como felizmente los casos no se resuelven solo a través de reglas, el oficial puede introducir en su análisis un principio: el derecho a la vida. En el primer caso el oficial no argumenta (basta con que invoque la norma jurídica aplicable al caso), mientras que en el segundo caso sí, puesto que debe identificar la norma jurídica y preguntarse, además, si es válida o no.



los diferentes puntos de vista que complementan la interpretación de estos. Esta función implica garantizar que el interés de las partes, más allá del interés de las que intervienen en un conflicto específico, sea valorado. Para ello los jueces deben brindar razones públicas y no meras razones explicatorias. La diferencia entre unas y otras radica en que las razones públicas aspiran a la resolución de un caso concreto como parte de un relato más amplio que concibe el derecho como integridad, mientras que las razones justificatorias se concentran únicamente en el interés de las partes y adaptan el derecho aplicable al caso a los elementos de este, sin considerar su impacto en la comprensión del Derecho como un todo.

#### IV. El juez como articulador de intereses

Uno de los problemas más álgidos de las democracias contemporáneas consiste en el rol que cumple el Poder Judicial. Es evidente que dicha problemática implica otras más, como la crisis de la división de poderes, los límites del intervencionismo estatal, el grado de participación política, etc., pero en un sentido auténtico mantiene viva la discusión acerca de qué debe o no debe hacer un juez en torno a *nuestros* derechos. En la actualidad existen diversas propuestas que abogan por un rol más bien limitado del Poder Judicial. Estas propuestas provienen, de un punto de vista teórico, de la academia americana, donde, en los últimos años, han surgido corrientes de pensamiento tan estimulantes como los *critical legal studies*, o el constitucionalismo popular. Estas corrientes abogan por una participación menos intensa del Poder Judicial en los asuntos de gobierno, en los cuales recae, necesariamente, cada vez que invalida una norma por no ser acorde con la Constitución<sup>16</sup>.

Ahora bien, en nuestro país esta discusión, salvando las distancias, se presenta cuando de criticar las competencias del Tribunal Constitucional se trata. Ello se ha debido al activismo del Tribunal Constitucional de los últimos años;

16 En los Estados Unidos a esta característica que presentan los tribunales se le ha denominado: la objeción contramayoritaria. Esta consiste en que la solución de conflictos morales no puede estar en manos de individuos (los jueces) que si bien poseen un conocimiento más profundo de las instituciones legales, no están en mejor pie que ningún otro individuo para decidir en torno a lo que él considera es más o menos correcto de un punto de vista moral. La objeción contramayoritaria, asimismo, ha tenido un matiz político, al cuestionar el activismo judicial en desmedro de las decisiones de los órganos de gobierno que a diferencia de las decisiones judiciales gozan de una mayor legitimidad popular. Vide GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al Gobierno*. Ariel, Buenos Aires, 1997. A favor de que la justicia se reconduzca, en última instancia, a la política vid. WALDRON, Jeremy. *Derechos y desacuerdos*. Marcial Pons, Madrid, 2007. En la misma línea que Waldron, aunque aplicado a la experiencia de la justicia británica: BELLAMY, Richard. *Constitucionalismo político*. Marcial Pons, Madrid, 2009.

años en los que, como menciona Pedro Grández, el Tribunal ha reinventado el *rompecabezas jurídico* en nuestro medio<sup>17</sup>. Esta discusión, sin embargo, más que evidenciar los excesos del Tribunal Constitucional, revela la dificultad que aún persiste en algunos sectores por comprender la labor que cumplen los jueces en un Estado Constitucional. Esta labor, por supuesto, no consiste únicamente en respetar la voluntad del legislador, sino en velar por los derechos fundamentales de las personas. El punto es que, muchas veces, para cumplir esta última se debe ir en contra de la primera<sup>18</sup>.

En ese sentido, el juez al momento de interpretar los principios no debe perder de vista la relación intrínseca que existe entre el Derecho y la política, pero al mismo tiempo no debe perder de vista que el Derecho es, sobre todo, un producto cultural<sup>19</sup>. Decir que el Derecho es un producto cultural no significa, sin embargo, decir que está limitado por la historia o por las costumbres de un pueblo, sino que su comprensión, aun cuando apunte a mejorar el Derecho, no puede estar desligada de sus orígenes. Por ello, el rol que cumple el juez no puede estar exento de una cuota de política. De política en el sentido amplio de la palabra, para convocar, organizar y demandar del poder público el necesario respeto por las expresiones críticas o contrarias a sus intereses. Esta función, empero, es imposible de ser llevada a cabo bajo el enfoque de las reglas. Estas omiten la importancia de la deliberación y la argumentación en el derecho y la sustituyen por un todo ya dado, el cual, muchas veces, responde a una visión parcial de la realidad u oscurece la visión que otros sectores o colectivos poseen de ella. La visión del Derecho que proviene de las reglas es contraria a la política, pero no tanto porque esta contamine la labor del jurista, como porque ya está presupuesta en su labor<sup>20</sup>.

El artículo 139, inciso 8 de la Constitución se pensó, originalmente, como una solución al problema de las lagunas o vacíos del sistema jurídico. Esta

17 GRÁNDEZ, Pedro. *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Palestra, Lima, 2010, p. 62.

18 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Estado Constitucional*. Trotta, Madrid, 1997, p. 25 y ss.

19 Dicha relación, como señala Nino, no es contingente sino necesaria. En la medida en que el Derecho es reflejo de un acto deliberado de poder, su comprensión no puede ser ajena a la forma cómo se genera ese poder y en qué medida este atenta contra los intereses de quienes carecen de él. Vide NINO, Carlos. *Derecho, moral y política*. Ariel, Barcelona, 1994, p. 130. Una versión extrema de esta perspectiva es la planteada por Duncan Kennedy, para quien el derecho es política, esto es, un espacio para la imposición de ciertos intereses por encima de otros, a la luz de una circunstancia concreta. Vide KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del hombre editores, Bogotá, 2009.

20 La justificación del Derecho a que hago alusión se refiere a la validez que poseen las normas para ser entendidas como tales en un contexto en el cual esta no proviene única y exclusivamente del sistema legal. Ronald Dworkin señala que dicha validez se inscribe en la moral y, por consiguiente, su interpretación debe darse acorde a la práctica social instituida en una comunidad determinada. Vide *El imperio de la justicia*. Gedisa, Barcelona, 1997.

finalidad, pues, fracasaría rotundamente al no contemplar un problema tanto o más complejo que este: el de la discrecionalidad judicial. La primera pregunta, por lo tanto, para resolver esta aporía es: ¿se puede controlar la discrecionalidad mediante reglas? Y la segunda: ¿qué rol cumplen los jueces al momento de resolver una controversia jurídica? En ese sentido, cabe sostener que la argumentación jurídica explicita las razones públicas que están detrás de un pronunciamiento judicial. Dichas razones públicas no provienen de la creatividad del juez ni de sus prejuicios, sino de la práctica social en la que este se desenvuelve. Todos los órganos estatales, sin perjuicio de cuál sea el poder que ejerzan en el Estado Constitucional, se articulan en esta práctica. Las coordenadas de esta están previstas con anterioridad, pero su peso específico es producto de la dinámica de un momento dado. El juez toma el pulso a esa dinámica y opta por la mejor interpretación posible. El pronunciamiento judicial debe reflejar esa interpretación y, lo que es más importante, debe persuadirnos de *por qué* las demás interpretaciones no son tan válidas como esta. Asimismo, los jueces poseen un compromiso con la democracia. No se trata de un compromiso simbólico, del tipo: “Las instituciones contribuyen al fortalecimiento de la democracia”, sino esencial, al cual no pueden sustraerse. Por lo tanto, cuando analizamos la discrecionalidad judicial no podemos dejar de nombrar la política y la dinámica que se origina a su interior.

### **Conclusión: ¿la muerte del Derecho?**

---

En el presente artículo he querido llamar la atención sobre lo alcances del artículo 139, inciso 8 de la Constitución. Para ello he comentado algunas consideraciones críticas que subyacen a esta norma, tales como que en la práctica los principios generales actúan como reglas, o que no son válidos para controlar la discrecionalidad del juez. En este itinerario he discutido, asimismo, los planteamientos de al menos dos de los más destacados comentaristas de la Constitución: Juan Monroy y Marcial Rubio. Lo he hecho un poco superficialmente, dado que mi objetivo no era debatir directamente con ellos, sino mostrar la forma cómo la doctrina local no había advertido el problema que subyace en el fondo a esta norma, el cual es el uso de la discrecionalidad judicial. En este acápite, sin embargo, quiero concentrarme en un aspecto que talvez no se relaciona directamente con el análisis de esta norma, pero que bien visto guarda relación con la forma cómo asumimos la labor del juez y su impacto en la cultura jurídica de nuestro medio. Lo primero que quiero señalar, por lo tanto, es que el razonamiento judicial que llevan a cabo nuestros jueces cada vez se aleja más del ideal de razón pública al que aspiraba John Rawls. La razón pública, tal como la entendía este autor, consiste en identificar los acuerdos morales a los que hemos arribado como una comunidad de intereses. A menudo estos acuerdos no surgen

de manera espontánea, sino de una crisis histórica, u otros surgen de manera tácita, como cuando aceptamos que la jurisprudencia de las cortes internacionales es vinculante en nuestro medio. ¿Cuál es la función del juez frente a ese proceso? Articular dichos intereses, darle sentido, moldear la deliberación generando de esta forma los incentivos necesarios para que la razón pública se abra paso. La mejor prueba de que ese objetivo se ha logrado es la aceptación social que motivan las sentencias de los jueces. En el Perú no existe una cultura de respeto al Poder Judicial, pero, por extraño que parezca, por unos pocos años, esa cultura se hizo presente para juzgar la actividad del Tribunal Constitucional. Esta corporación en el lapso estrechísimo de 5 años supo generar esa confianza y ese optimismo militante al que se refería Gustavo Zagrebelsky cuando criticaba la labor que, con iguales resultados, cumplió la Corte Constitucional italiana en los años 90<sup>21</sup>.

En segundo lugar, quisiera referirme a un hecho que, sobre todo, en los últimos tiempos se ha vuelto notorio. Me refiero al hecho de que a los jueces no les importa en demasía el impacto de sus decisiones en el escenario público. Los jueces en nuestro medio parecen muy concentrados en resolver los *conflictos jurídicos* sin considerar si estos tendrán consecuencias relevantes en los derechos de terceros o en la optimización del proceso democrático. La falta de una visión global acerca de la importancia del rol que cumplen y de las consecuencias de sus actos ha convertido a estos en cómplices de las omisiones de los demás poderes del Estado. En el caso del Perú, por ejemplo, el problema de su falta de legitimidad social no se ha debido al activismo de los jueces, sino a la ausencia de una jurisprudencia crítica, comprometida con la defensa de los valores que inspiran a la democracia. Este rechazo por pensar sus decisiones también a través del prisma de sus consecuencias, limita la posibilidad de que nuestra jurisprudencia sea un sucedáneo de la evolución política del país. Nuevamente aquí corresponde hacer una aclaración: los jueces no deben hacer política, en el sentido militante del término, pero a la vez están condenados a hacerla, en el sentido ideal del término<sup>22</sup>. Sus decisiones, dado que están engarzadas con la protección de los derechos, tienen un impacto decisivo en la deliberación democrática. De ellos depende, pues, que ese impacto sea positivo –para generar inclusión y mayores niveles de diálogo y tolerancia–, o negativa –para ocultar la faz más temible del poder, aquella según la cual el Derecho se impone a los otros mediante una simple petición de principios–.

21 ZAGREBELSKY, Gustavo. “Los jueces constitucionales”. En: *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Trotta, Madrid, p. 54.

22 GONZALES, Gorki. *Los jueces*. Palestra, Lima, 2009, p. 87.

# La indemnización frente al error judicial\*

*Marianella Ledesma Narváez\*\**

**SUMARIO:** I. El error judicial. II. La declaración del error judicial en sede judicial. III. La reparación de los errores judiciales penales en sede supranacional. IV. Las detenciones arbitrarias. Conclusiones.

El error judicial es consustancial a la actividad jurisdiccional y se deriva de la propia actividad humana de los jueces; sin embargo, su frecuencia debe ser mínima porque el ordenamiento jurídico dispone de recursos para garantizar la inexistencia de decisiones equivocadas. A pesar de ello, podría darse el caso de que se produzca un daño derivado precisamente del error judicial. Ante ello, nuestro ordenamiento jurídico acoge un tratamiento diferenciado en cuanto a la indemnización por errores judiciales. Un primer supuesto, que es materia de este comentario, proviene de los errores en los procesos penales y las detenciones arbitrarias, en los que el Estado asume directamente la indemnización; esto, a diferencia del error judicial que proviene de la actividad jurisdiccional no penal, debe ser asumido directamente por el juez en la forma que lo regula el Código Procesal Civil.

Las únicas condiciones impuestas por la Constitución Política para que esta responsabilidad se origine son: la producción de un daño y que este derive de

\* Los comentarios del presente artículo en parte han sido tomados de la investigación realizada sobre la responsabilidad civil de los jueces por Walter Angeles Bachet, Carmen Aponte Mariño, Liliana Dávila Broncazo, Jacqueline Mac Dowall Lira, Roxana Mac Rae Thays y David Suárez Burgos, como alumnos del Ciclo Doctoral en Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2007.

\*\* Abogada y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y posgrado en la Universidad de Salamanca. Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Juez Civil Super-numerario de Lima.

error judicial. Conforme lo señala el inciso 7 del artículo 139 de la Constitución Política<sup>1</sup>, el Estado está obligado a indemnizar por los errores judiciales en los procesos penales y en las detenciones arbitrarias, para lo cual la Ley N° 24973 establece un Fondo Nacional con tal finalidad<sup>2</sup>.

La referida ley, en concordancia con el precepto constitucional, establece varios supuestos sobre los que opera la indemnización por error. En un primer caso, establece que pueden reclamar indemnización por error judicial aquellos que, luego de ser condenados en un proceso judicial, hayan obtenido una resolución de la Corte Suprema que en juicio de revisión declara la sentencia como errónea o arbitraria.

Un segundo supuesto está referido a los que hayan sido sometidos a proceso judicial y privados de su libertad como consecuencia de este, y posteriormente obtenido un auto de archivamiento definitivo o una sentencia absolutoria.

El tercer supuesto se ubica en el caso de la detención arbitraria, esto es, cuando se es privado de libertad por una autoridad policial o administrativa sin causa justificada o, existiendo esta, cuando se ha excedido de los límites fijados por la Constitución o por la sentencia.

El cuarto supuesto, vinculado con la detención arbitraria, señala que también tiene derecho a indemnización quien no es puesto oportunamente a disposición del juez competente dentro del término establecido por la Constitución.

Debemos tener en cuenta que la normativa descrita tiene como eje central a la libertad personal, que es reconocida como derecho fundamental de la persona, no solo por la Constitución del Estado sino en instrumentos internacionales sobre derechos humanos cuyo alcance, contenido y límites han merecido un importante desarrollo por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de nuestro país<sup>3</sup>. Este precepto es restrictivo, puesto que si bien es aplicado en

---

1 Esta norma tiene como antecedente inmediato las Constituciones de 1933 y 1979. En ambas Constituciones ya se regulaba la posibilidad de reclamar al Estado una indemnización por los daños causados por los errores judiciales. Al adherirse nuestro país al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se reafirma con carácter vinculante para nuestra legislación la indemnización por errores judiciales.

2 Mediante Ley N° 24973 se reguló el derecho constitucional a la indemnización por errores judiciales y detenciones arbitrarias, creándose un fondo que se encargaría de la recaudación y pago de las indemnizaciones. La mencionada ley regula la forma y el procedimiento del ejercicio del derecho de indemnización, el que procede bajo dos únicos supuestos: a) por errores judiciales y b) por detenciones arbitrarias, consagrada en el inciso 7 del artículo 139 de nuestra Constitución.

3 El derecho de indemnización por detenciones arbitrarias o inmotivadas está reconocido por documentos internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional

los casos de las actuaciones en materia penal, sin embargo, vale precisar que su ámbito de aplicación comprende al error judicial y la detención arbitraria.

En algunas legislaciones este supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial se articula a través de dos fases sucesivas en el tiempo. La primera está destinada a establecer indubitablemente la existencia de un error judicial y se encarga a los propios órganos jurisdiccionales (Corte Suprema) declarar la comisión de un error judicial insubsanable; y la segunda es posible solo en el caso de haber prosperado la anterior, dirigida a ejercer la acción indemnizatoria propiamente dicha y que se articula con el Ministerio de Justicia. Situación diversa ocurre en el supuesto de la responsabilidad del Estado a favor del inocente que hubiera sufrido el mandato de detención, pues aquí a partir del hecho de que en el propio proceso penal quedó demostrada la inocencia del que había permanecido en prisión, el mecanismo resarcitorio comienza propiamente con la solicitud de indemnización ante el Ministerio de Justicia<sup>4</sup>. En nuestro país, se estipula que la autoridad judicial que emita la resolución que declara una sentencia de errónea o arbitraria consigne en ella el mandato de pago de la indemnización correspondiente<sup>5</sup>.

## **I. El error judicial**

El error implica una falsa representación de la realidad, un falso conocimiento o ignorancia sobre el estado de los hechos. Es concebido como el yerro de gran trascendencia, generador de resoluciones incoherentes, absurdas, de tal forma que salen del esquema del ordenamiento jurídico. Para Carrara<sup>6</sup>, “el error recae sobre las relaciones de los propios actos con la ley, tanto si conociéndose la ley, se yerra sobre las condiciones que acompañan al hecho, como si conociéndose bien las condiciones del hecho, se yerra acerca de la existencia de la

---

de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana; todas ellas que sancionan la privación arbitraria de la libertad, las detenciones que no son debidamente motivadas previendo la asignación de la respectiva reparación para las víctimas de tales atropellos al derecho a la libertad.

4 La Constitución española, recoge la previsión de la indemnización frente a los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia (artículo 121 CE), supuesto último no contemplado en nuestra legislación; sin embargo, el desarrollo de esta previsión constitucional sí guarda similitud con nuestra legislación interna, en agotar dos fases para la indemnización; la primera judicial y la segunda frente al funcionario ejecutivo del Ministerio de Justicia, con un trato diferenciado frente al daño por prisión preventiva fruto de un mandato cautelar. En este sentido, véase el desarrollo de COBREROS MENDAZONA, Eduardo. *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la administración de justicia*. Civitas, Madrid, 1998, p. 22.

5 Ver artículos 18 y 28 de la Ley N° 24793.

6 CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Temis, Bogotá, 1976, p. 180.

ley prohibitiva del hecho mismo. De este modo, el error, mirado en orden al objeto, puede ser de hecho o de derecho”.

A pesar de que el juez es un ser humano susceptible de cometer equivocaciones, no puede catalogarse –de forma general– que todo error del juez es un error judicial propiamente dicho, pues este, para ser calificado como tal, debe ser grave e inexcusable; es decir, el error debe ser de gran magnitud, que a todas luces denote su carácter de insalvable.

Ahora bien, hay que precisar que no cualquier error puede generar el derecho a indemnización, sino solo el que sea muy evidente e injustificable, en la fijación de los hechos, en la interpretación o en la aplicación de la ley, generando una resolución absurda, saliéndose de la normativa o con conclusiones ilógicas que salen de su alcance<sup>7</sup>.

No puede confundirse el error judicial con la causa o circunstancia que lo haya podido producir, por más que esta se identifique con hechos o pruebas equivocados. Como el error incide exclusivamente en la potestad jurisdiccional que se materializa en la sentencia, siempre ha de tomar como referente la aplicación de la norma que a cada supuesto corresponde. En ese contexto, el error ha de radicar en una equivocada aplicación de la solución querida por el legislador. El error judicial no estará en los hechos o en las pruebas en sí mismos, sino en el modo de subsumirlos en el ordenamiento jurídico, cuya aplicación concreta en cada caso es obligada. El modo de enjuiciar los supuestos fácticos es donde radica la esencia del error judicial. Esto supone un resultado equivocado no ajustado a ley, en el que no se ha aplicado correctamente el Derecho; estamos pues, ante el caso de una sentencia inadecuada desde el punto de vista legal.

Cuando la Ley N° 24973 nos remite al proceso previo de revisión y en él se establecen, por citar, como causales la condena penal por declaraciones de falsos testigos, o en el caso de homicidio cuando la pretendida víctima vivió después de cometido el hecho (ver incisos 1 y 2 del artículo 361 del Código de Procedimientos Penales), resulta evidente que el error no radica en la senten-

---

7 En la práctica existen casos de simple equivocación o de error material que ni siquiera habrá que requerir la declaración de su existencia para que haya lugar a la responsabilidad del Estado, como, el supuesto de que en una sentencia se confunda el nombre del procesado con el agraviado, esto se supera con el contexto de la sentencia, de la realidad de los hechos y sus circunstancias y de la apreciación de la prueba, por una parte, y, por otra, de la confrontación entre la solución dada y la que jurídicamente convenía al caso, resulte manifiesta la materialidad de la equivocación. En estos casos, se permite que los errores manifiestos sean rectificadas de oficio o instancia de parte.



cia revisada, sino que esta no corresponde al verdadero presupuesto fáctico que debía haberse resuelto.

En estos casos, considera Reyes Montreal<sup>8</sup>, hay que distinguir entre la “causa” de la decisión errónea y el error judicial como “resultado”. Será, por lo tanto, la distorsión entre la resolución judicial y la solución jurídica que debe darse al caso enjuiciado donde radicará la esencia del error. No es claro el error judicial que deriva de la aparición posterior de unos presupuestos fácticos totalmente diferentes y hasta excluyentes que no se pudieron tener en cuenta. No se podría sostener que el juez erró al dictar su fallo cuando no pudo ponderar esos hechos sobrevenidos. Si toda resolución judicial debe ser el resultado de la constatación inequívoca de los hechos sobre los que recae y de la adecuada interpretación y aplicación de las normas jurídicas a través de las cuales la situación conflictiva se soluciona, cuando esta se fundamenta en una errónea apreciación de tales hechos o en una inapropiada subsunción de estos en el específico ordenamiento, forzoso es concluir que la decisión es errada.

La simple existencia de un error –material o no– en la decisión judicial no determina, sin más, la declaración formal de su existencia a los efectos de petitionar la correspondiente indemnización que señala la Constitución del Estado, sino que es indispensable que complementariamente se produzca un daño físico o moral evaluable económicamente y exista una relación de causalidad entre el error y el daño indemnizable. La decisión judicial debe ser la resultante lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos de prueba; el error judicial no estará en los hechos o en las pruebas, sino en el modo de subsumirlos en el ordenamiento jurídico. Esto es, la distorsión entre la resolución judicial y la solución jurídica dada al caso es donde debe radicar la esencia del error. En esa línea de pensamiento coincidimos con la opinión de Montero Aroca<sup>9</sup>, para quien “la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales provenientes del proceso de revisión, no presupone por sí sola derecho a la indemnización”.

Ortiz Navacerrada<sup>10</sup> considera que el error judicial se caracteriza por ser perjudicial, no consentido y no provocado. Es perjudicial en el sentido de que

8 REYES MONTREAL, José María. *La responsabilidad del Estado por error y anormal funcionamiento de la administración de justicia*. Colex, Madrid, 1987, p. 22.

9 MONTERO AROCA, Juan. *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*. Tecnos, Madrid, 1988, p. 126.

10 ORTIZ NAVACERRADA, Santiago. “El proceso de error judicial”. En: *Actualidad Civil*. N° 14, 1989, p. 949, citado por GUZMÁN FLUJA, Vicente. *El error judicial*. Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 162.

tiene que ocasionar daños injustos, efectivos, evaluables económicamente e individualizados; en cuanto al carácter no consentido, significa que el perjudicado debe haber empleado todos los medios jurídicos a su alcance para corregir la equivocación, agotando todos los recursos previstos contra la resolución errada; sin embargo, en el caso de la revisión, es indiferente que se haya agotado o no los recursos contra la resolución errónea, lo que importa es que concurran las causales que posibilitan la utilización de la revisión; y, por último, el error judicial no puede haber sido originado por dolo o culpa del perjudicado, ya que tal circunstancia excluiría el derecho a la indemnización<sup>11</sup>.

## **II. La declaración del error judicial en sede judicial**

En cuanto al error judicial, para ser considerado como tal, requiere de una declaración previa de la jurisdicción; esto es, sin dicha declaración no hay error judicial, sin embargo, tal calificativo podrá ser declarado de manera expresa o tácita.

El error judicial es calificado de manera expresa cuando luego de la condena, se obtenga en revisión ante la Corte Suprema la declaración de errónea o arbitraria; y será considerada de declaración tácita, cuando los sometidos a un proceso judicial y privados de su libertad como consecuencia de este hayan obtenido posteriormente auto de archivamiento definitivo o sentencia absolutoria. En ambos casos, el monto de la reparación estará en función del tiempo de privación de libertad y las consecuencias personales y familiares que se hayan producido<sup>12</sup>.

### **1. Mecanismo ordinario**

La declaración del error judicial solo puede ser realizada por la propia jurisdicción, al margen que esta provenga de una declaración expresa o tácita<sup>13</sup>. Será ella quién tendrá que reconocer la existencia del error como consecuencia

---

11 Ver el artículo 6 de la Ley N° 24973: No procede el pago de indemnización cuando el que fue detenido o procesado haya inducido con sus actos a la justicia a cometer el error del que aparece como víctima. No procede, tampoco, cuando la víctima del error o la detención haga valer su derecho en vía de querrela criminal o de daños y perjuicios en vía civil.

12 El artículo 5 de la Ley N° 24973 señala que la indemnización por error judicial será fijada a prudente criterio del juez, en atención al daño material o moral causado a la víctima.

13 La Ley N° 24973 expresamente señala que tienen derecho a indemnización por error judicial, a) los que, luego de ser condenados en proceso judicial, hayan obtenido en juicio de revisión resolución de la Corte Suprema que declara la sentencia errónea o arbitraria; b) los que hayan sido sometidos a proceso judicial y privados de su libertad como consecuencia de este y obtenido posteriormente auto de archivamiento definitivo o sentencia absolutoria.

del recurso de revisión<sup>14</sup> o de una sentencia absolutoria o el archivamiento definitivo del proceso. Por su parte, el nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957, reafirma la posición constitucional y establece que la justicia penal es gratuita y las resoluciones son recurribles, garantizando el Estado la indemnización por los errores judiciales.

Esto nos lleva a sostener la existencia de una declaración expresa y otra tácita del error judicial. En este último caso, la declaración tácita requerirá de la concurrencia de dos condiciones: a) haber sido sometido a un proceso judicial con privación de su libertad y b) haber obtenido posteriormente auto de archivamiento definitivo o sentencia absolutoria.

Es importante tener en cuenta los efectos que genera la declaración del error judicial a través del recurso de revisión. Uno de ellos es la rescisión de la cosa juzgada, esto es, que la inmutabilidad de la condena se trastoca para dar paso a la revisión del proceso y como consecuencia del error fundado se ordena la libertad del injustamente sentenciado. En caso de que la pena no hubiere sido ejecutada y uno de los vocales presenta el recurso de revisión, se suspende la ejecución mientras resuelva la Corte Suprema<sup>15</sup>. Mediante este mecanismo se permite que la sentencia condenatoria pueda ser revisada por la Corte Suprema, no solo para obtener una declaración de error, sino para corregir dicho error que genera agravio a la libertad personal del injustamente condenado. Podemos decir, entonces, que este recurso genera un efecto de rescisión sobre la cosa juzgada de la condena así como un efecto restitutivo, al ordenar la libertad de quien ha sido condenado por error. Con esta declaración jurisdiccional que reconoce el error judicial se podrá recién pretender la indemnización a que refiere el inciso 7 del artículo 139 de la Constitución del Estado, la que será fijada a prudente criterio del juez, en atención al daño material o moral causado a la víctima, tal como refiere el artículo 5 de la Ley N° 24973.

## **2. Mecanismo extraordinario**

Frente al mecanismo ordinario descrito existe la posibilidad de que a través de mandatos supranacionales se pueda llegar a la misma declaración.

---

14 Ese mecanismo es el recurso de revisión regulado en el título X del Libro Cuarto del Código de Procedimientos Penales. Este se interpone ante la Corte Suprema, acompañando los documentos que acrediten los hechos en que se funda. El trámite aparece regulado en el artículo 364 CPP.

15 Ver el artículo 365 CPP. Aún más, este recurso puede interponerse aunque haya muerto el condenado, para rehabilitar su memoria. Ver el artículo 363 CPP.

Como ya hemos señalado, la vulneración a la libertad personal no solo tiene una tutela interna orientada a protegerla y cautelarla, sino que, además, al ser considerada derecho fundamental, tiene un tratamiento vinculante con organismos supranacionales como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Esto significa que los errores judiciales tienen un marco ordinario interno de tratamiento a través del recurso de revisión ante la Corte Suprema y, de manera extraordinaria, ante los organismos supranacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

No debemos dejar de reconocer que este último organismo asumió un rol protagónico para la defensa de los derechos fundamentales –como es la libertad individual– en el gobierno de Alberto Fujimori, llegando inclusive a impulsar un viraje en el tratamiento legal que se venía aplicando a los detenidos por casos de terrorismo en nuestro país.

Como es de público conocimiento, en la década de los noventa se diseñó toda una estrategia legal para el tratamiento de los detenidos por actividad terrorista, para lo cual se expidieron una serie de normas, destacando dentro de ellas los Decretos Leyes N°s 25475 y 25659, aplicados a los procesos seguidos en los fueros militar y ordinario, los cuales fueron declarados incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>16</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella<sup>17</sup>, de tal manera que el Estado debe cumplir sus obligaciones de acuerdo con el artículo 2 de la Convención, el cual establece:

“[S]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para ser efectivos tales derechos y libertades”.

Bajo ese contexto y como parte de los pronunciamientos de este órgano supranacional, mediante Ley N° 26655 se creó una Comisión encargada de proponer al Presidente de la República la concesión de indulto a personas inocentes condenadas por delitos de terrorismo y traición a la patria. El propósito de

---

16 En ese sentido léase lo expresado en la sentencia de fondo, dictada por la Corte el 17 de setiembre de 1997 (caso Loayza Tamayo, *supra* 123, párr. 68).

17 Caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C N° 35, párr. 97.

dicha norma era corregir los errores cometidos por la administración de justicia en la aplicación de la legislación antiterrorista, que permitió que se les condenara como si fueran culpables. Posteriormente, los indultados promovieron la acción de incumplimiento<sup>18</sup> a fin de que el Estado les reconozca el derecho a la indemnización<sup>19</sup>.

Este derecho a la indemnización no solo se sustenta en normas supranacionales, sino en el inciso 7 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, que establece el pago de una indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales, que deberán ser detectados luego de un proceso de revisión cuya sentencia contradiga a la que, con error de por medio, aplicó una pena<sup>20</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 1277-99-AC/TC ha considerado que existe la alternativa del indulto especial o razonado, que es el que opera, no por decisión de los jueces tras la presencia de un proceso penal de revisión sino de las autoridades políticas cuando la persona o personas han sido condenadas, no obstante ser inocentes o presumírseles tal condición<sup>21</sup>. En el referido proceso, el Tribunal ordenó que el Estado cumpla con el mandato indemnizatorio una vez que se haya determinado en sede judicial el monto de la reparación correspondiente a cada uno de los demandantes beneficiados con la Ley N° 26655.

Señala el Tribunal que “tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la propia Constitución Política del Estado, si bien reconocen el derecho a la indemnización en los términos aquí expuestos, al mismo tiempo habilitan su procedencia de conformidad con la ley (...) como la necesaria

18 Ver Exp. N° 1277-99-AC/TC, promovida por Ana Elena Townsend Díez Canseco y otros.

19 Se invocó, para tal fin, el inciso 6 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles por cuanto dicha norma reconoce el derecho a la indemnización cuando una persona ha sido indultada tras la comisión de un error judicial, norma que forma parte de nuestro Derecho y tiene rango de ley conforme los artículos 55 y 200, inciso 4 de nuestra Constitución.

20 Tal opción ha sido utilizada, por ejemplo, por la Ley N° 24973, cuyo artículo 3, inciso a precisamente prevé la indemnización por errores judiciales siempre que: “Los (...) condenados en proceso judicial, hayan obtenido en juicio de revisión, resolución de la Corte Suprema que declara la sentencia errónea o arbitraria”.

21 En las consideraciones del caso descrito, señala textualmente el Tribunal Constitucional que si los demandantes de la causa optaron por invocar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y no la Constitución Política del Estado, no solo es porque el primero de los citados cuerpos normativos sea más explícito en el tema indemnizatorio, sino porque en último término, el contenido esencial de cada derecho fundamental (y la indemnización lo es, en las circunstancias descritas) debe interpretarse de conformidad con los dispositivos internacionales relativos a derechos humanos, tal y como lo establece la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, cuyo texto precisamente contempla que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

compatibilización entre un reclamo indemnizatorio justo y los alcances y límites dentro de los cuales tal indemnización ha de proceder”.

El cómo materializar los términos de la indemnización para cada uno de los afectados es una tarea librada a lo que la ley disponga, para lo cual los propios interesados —a título individual, dado el carácter personalísimo de las demandas indemnizatorias— deben promover procesos con el objeto de que les pueda resarcir del daño inobjetablemente ocasionado. Si el Tribunal permitiera por ante sí disponer la ejecución inmediata de la indemnización a favor de los demandantes invadiría competencias que corresponde a los jueces de la jurisdicción ordinaria. Dice el Tribunal: “la mejor demostración de que son esos procesos indemnizatorios, y no la jurisdicción constitucional, la encargada de materializar el mandato contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estriba en el hecho elemental de que no todas las indemnizaciones de los demandantes han de responder o han de producirse en los mismos términos o dentro de los mismos alcances. Por ejemplo, no es lo mismo haber sufrido carcelería por unos meses, que haberla sufrido por varios años, tampoco es lo mismo haber perdido el trabajo, la propiedad, la familia o incluso la salud, que haber logrado la libertad en condiciones más o menos similares a las que se tuvo antes de la condena, etc”.<sup>22</sup>.

### **III. La reparación de los errores judiciales penales en sede supranacional**

---

La Convención Americana garantiza que toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado tiene la posibilidad de acudir ante la justicia para hacer valer sus derechos, asimismo, impone a los Estados la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos.

En atención al artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido ordenando la adopción de medidas de reparación si se demuestra la violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención. La primera sentencia sobre reparaciones

---

22 Si bien la indemnización ha de proceder para todas las personas injustamente condenadas y luego indultadas tras la presencia de errores judiciales, los límites de ella no han de operar de forma exactamente igual para todos los casos. Esa es justamente la razón por la que ninguno de los demandantes ha acompañado al expediente constitucional, una relación detallada de todos los perjuicios que les ocasionó el ser injustamente condenados. El Tribunal Constitucional no puede, ni tampoco podría de haberse así procedido, pronunciarse sobre dichos extremos, pues su función no tiene alcances civiles ni penales, sino exclusivamente constitucionales.

aparece en el caso Velásquez Rodríguez sobre indemnización compensatoria<sup>23</sup>, sin embargo, merece especial comentario el caso Loayza Tamayo porque es la primera vez que una sentencia de la Corte involucra el reconocimiento del daño al “proyecto de vida de la víctima”, como parte de la reparación.

La Corte entiende que el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino. Así lo ha conceptualizado correctamente en el caso Loayza Tamayo, al advertir que “difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte”.

Para la Corte todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos debe ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad. La sentencia en el caso Loayza Tamayo, al reconocer la existencia del daño al proyecto de vida vinculado a la satisfacción, entre otras medidas de reparación, da un paso acertado y alentador en esta dirección, que confiamos será objeto de mayor desarrollo jurisprudencial en el futuro.

### **1. Caso Loayza Tamayo contra el Estado peruano<sup>24</sup>**

Tomando como referencia lo alegado literalmente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su demanda, tenemos que en febrero de 1993 María Elena Loayza Tamayo, profesora de la Universidad de San Martín de Porres –junto con un familiar suyo, Ladislao Alberto Huamán Loayza– fue arrestada por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (Dincote) de la Policía Nacional de Perú, en un inmueble de su propiedad. Los agentes policiales no presentaron orden judicial de arresto ni mandato de la autoridad competente. La detención se produjo por la acusación de Angélica Torres García, alias “Mirtha”, ante las autoridades policiales, quien denunció a María Elena

---

23 En aplicación del artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C N° 7).

24 Véase sobre este caso la sentencia de 27 de noviembre de 1998 que es de aplicación el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte es competente, en los términos de los artículos 62 y 63.1 de la Convención, para decidir sobre las reparaciones y gastos en el presente caso, en razón de que el 28 de julio de 1978 el Perú ratificó la Convención Americana y el 21 de enero de 1981 aceptó la competencia contenciosa de la Corte.

Loayza Tamayo como presunta colaboradora del grupo subversivo Sendero Luminoso. Ladislao Alberto Huamán Loayza fue absuelto del delito de traición a la patria por el Consejo Supremo de Justicia Militar y quedó en libertad en noviembre de 1993.

Loayza Tamayo estuvo detenida por la Dincote desde el 6 hasta el 26 de febrero de 1993, permaneciendo 10 días incomunicada y siendo objeto de torturas, tratos crueles y degradantes y de apremios ilegales; todo con la finalidad de que se autoinculpara y declarara pertenecer al Partido Comunista de Perú-Sendero Luminoso (PCP-SL). Sin embargo, la víctima declaró ser inocente, negó pertenecer al PCP-SL y, por el contrario, “criticó sus métodos: la violencia y la violación de derechos humanos por parte de ese grupo subversivo”. El 3 de marzo fue trasladada al centro penitenciario de máxima seguridad de mujeres de Chorrillos y, según la Comisión, se encontraba encarcelada en Perú hasta la fecha de la demanda.

Durante los 10 días en que permaneció detenida no se le permitió comunicarse con su familia ni con su abogado, quienes tampoco fueron informados del lugar de detención. La familia de María Elena Loayza Tamayo se enteró de su detención el 8 de febrero de 1993, por una llamada anónima. No se interpuso ninguna acción de garantía en su favor porque el Decreto Ley N° 25659 (Ley antiterrorista), prohibía presentar el “recurso de hábeas corpus por hechos relacionados con el delito de terrorismo”.

El 26 de febrero de 1993 fue presentada a la prensa, vestida con un traje a rayas, imputándosele el delito de traición a la patria. Se le abrió el atestado policial por ese delito y al día siguiente fue puesta a disposición del Juzgado Especial de Marina para su juzgamiento. Se realizaron diversos trámites judiciales ante órganos de la jurisdicción interna peruana. En el Fuero Privativo Militar se le procesó por el delito de traición a la patria: el Juzgado Especial de Marina, integrado por “jueces militares sin rostro”, la absolvió; el Consejo Especial de Guerra de Marina en alzada la condenó y el Consejo Supremo de Justicia Militar, ante un recurso de nulidad, la absolvió por ese delito y ordenó remitir lo actuado al fuero común. En esta jurisdicción se le procesó por el delito de terrorismo: el 43 Juzgado Penal de Lima dictó auto de instrucción; el “Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común”, basado en los mismos hechos y cargos la condenó a 20 años de pena privativa de la libertad. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, la que lo declaró sin lugar.



Refiere dicho caso que el Estado peruano violó, en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo, el derecho a la libertad personal<sup>25</sup>, el derecho a la integridad personal y las garantías judiciales. Como consecuencia de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó que el Estado del Perú ponga en libertad a Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable y que, además, el Estado del Perú pague una justa indemnización a la víctima y a sus familiares, además de resarcirles de los gastos procesales<sup>26</sup>.

En cuanto a la obligación de reparar, señala la sentencia de fecha 27 de noviembre de 1998 que es aplicable el artículo 63.1 de la Convención Americana, que recoge uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional general, reiteradamente desarrollado por la jurisprudencia<sup>27</sup>. La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas de cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (*restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras).

Señala la Corte que: “La libertad otorgada por el Estado no es suficiente para reparar plenamente las consecuencias de las violaciones de derechos humanos perpetradas contra la víctima. Al hacer esta consideración, la Corte ha tenido en cuenta el tiempo que la víctima permaneció encarcelada y los sufrimientos que padeció, derivados de los tratos crueles, inhumanos y degradantes a

25 Reconocido en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 25 y 1.1. de esta.

26 La víctima detenida, laboraba en la Escuela Nacional de Arte Dramático, en la especialidad de pedagogía teatral y devengaba por este concepto un salario mensual de S/. 66,26 (sesenta y seis soles con 26/100). Cuando fue detenida, laboraba en la Facultad de Administración de la Universidad de San Martín de Porres. Su salario mensual era de S/. 345,51 (trescientos cuarenta y cinco soles con 51/100). Si bien indicó que trabajaba también en la Facultad de Educación de la misma Universidad, existe constancia en el expediente de que dicha vinculación cesó el día 30 de enero de 1993. Durante su encarcelamiento, y como consecuencia de los tratos crueles, inhumanos y degradantes a que fue sometida, sufrió graves padecimientos de salud, para cuyo tratamiento fue necesario realizar erogaciones por un monto no determinado, que fue sufragado por sus familiares. Su reclusión le provocó severos trastornos de salud física y psíquica, algunos de los cuales podrían aliviarse con terapia prolongada, mientras que otros podrían ser irreversibles. Fue liberada el 16 de octubre de 1997. Reside actualmente en la ciudad de Santiago de Chile, no labora y recibe tratamiento médico financiado por “FASIC”.

27 *Factory at Chorzów*, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, N° 9, p. 21 y *Factory at Chorzów*, Merits, Judgment N° 13, 1928, P.C.I.J., Series A, N° 17, p. 29; *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 184). Así lo ha aplicado esta Corte (entre otros, caso *Neira Alegría* y otros, reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de setiembre de 1996. Serie C N° 29, párr. 36; caso *Caballero Delgado y Santana*, reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C N° 31, párr. 15; caso *Garrido y Baigorria*, reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C N° 39, párr. 40). Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge responsabilidad internacional de este por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación.

que fue sometida, como su incomunicación durante la detención, su exhibición con traje infamante a través de los medios de comunicación, su aislamiento en una celda reducida sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como la amenaza de ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violatorios y las restricciones en el régimen carcelario; hechos que han tenido consecuencias respecto de las cuales no puede ser resarcida íntegramente”.

La Corte ordenó que el Estado del Perú pague la suma global de US\$ 167.190,30 o su equivalente en moneda peruana, distribuida de la siguiente manera: US\$ 99.190,30 a la víctima María Elena Loayza Tamayo; US\$ 15.000,00 a cada uno de sus hijos; US\$ 10.000,00 para la madre; US\$ 10.000,00 para el padre; US\$ 3.000,00 para cada hermano de la víctima<sup>28</sup>.

El caso citado nos permite afirmar que la indemnización no solo se otorga frente por los daños patrimoniales del imputado, sino por daños o perjuicios morales al haber sufrido prisión preventiva indebida, para lo cual, la jurisprudencia toma en cuenta la prolongación en el tiempo de privación de libertad, que agrava progresivamente el perjuicio moral sufrido; tomándose como criterios de indemnización: el desprestigio social y ruptura con el entorno, la angustia, temor, inseguridad y frustración que la prisión trae, siendo relevante la edad, salud, conducta cívica, antecedentes penales y carcelarios con especial trascendencia de la posibilidad o no de rehabilitar la honorabilidad perdida y la mayor a menor probabilidad de alcanzar el olvido social del hecho, así como la huella que haya dejado en la personalidad o conducta del que la ha padecido.

#### **IV. Las detenciones arbitrarias**

La libertad, como derecho fundamental, tiene una tutela constitucional que permite, de manera excepcional, algunas restricciones como las que regula el

---

28 Señala la Corte que, tomando en cuenta las circunstancias peculiares del caso, la Corte estima equitativo conceder a la víctima una indemnización de US\$ 50.000,00 por concepto de daño moral. Como ha sido demostrado que cuando la víctima fue detenida, sus hijos eran menores de edad, de aproximadamente 12 y 16 años. En ese momento, la víctima velaba por su manutención, salud y educación y existía, entonces, una relación de dependencia entre la madre y sus hijos. Además, la Corte ha verificado la existencia de graves violaciones en perjuicio de la víctima y debe presumir que tuvieron una repercusión en sus hijos, quienes se vieron alejados de ella y conocieron y compartieron su sufrimiento. En lo que se refiere a los padres, la Corte considera que es aplicable la presunción de que sufrieron moralmente por la suerte de la víctima, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de un hijo. Las anteriores consideraciones son aplicables a los hermanos de la víctima, que como miembros de una familia integrada, no podían ser indiferentes a las graves aflicciones de la señora Loayza Tamayo. La Corte estima equitativo conceder a cada uno de ellos una indemnización de US\$ 3.000,00 por concepto de daño moral.

inciso 24 del artículo 2 de la Constitución de 1993, la cual prevé “toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales sin restricción alguna a la libertad personal, salvo en los casos previstos en la ley, por mandato escrito y motivada del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito las cuales están referidas”.

La privación de libertad personal solo puede efectuarse en los casos y de acuerdo a los procedimientos previstos en la Constitución o la ley, caso contrario, se estará ante una medida de carácter ilegal (detención o privación ilegal de la libertad) que se encuentra prohibida tanto a nivel nacional como internacional. Frente a ello, Fabián Novak y Sandra Namihás<sup>29</sup> refieren que el derecho a la libertad personal implica el derecho de toda persona a no ser detenido ilegal o arbitrariamente, pero también a conocer los motivos de la privación de su libertad y el derecho a impugnar la medida ante la justicia. Este derecho opera no solo en los casos en que la privación de la libertad ha sido decretada por autoridades del Estado sino también por particulares, así como, sí la detención obedece a motivaciones penales, administrativas, etc.

Al precisar los alcances de una detención o privación arbitraria de la libertad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que, aun calificados de legales, puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.

Como ya lo ha expresado el Tribunal Constitucional en diversa jurisprudencia, existen ciertas restricciones a la libertad personal que, pese a que las conductas se lleven acabo conforme a las normas legales, también se encuentran prohibidas si se contravienen los principios de razonabilidad y proporcionalidad. A pesar de que la detención arbitraria está recogida en la Constitución de manera lata, no puede dejar de reconocerse que el Tribunal Constitucional ha trabajado de manera reiterada sobre esta imputación en los casos particulares de hábeas corpus<sup>30</sup>.

---

29 NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Academia de la Magistratura, Lima, 2004, p. 178

30 Véase sobre el particular la STC Exp. N° 1316-99-HC/TC, del 29/03/02 publicada el 29/05/00, en la que señala como principio de observancia obligatoria que una forma de detención arbitraria por parte de una autoridad o funcionario lo constituye también el hecho de omitir el cumplimiento obligatorio de normas procesales que disponen la excarcelación inmediata de un detenido.

La detención arbitraria no puede confundirse con detención ilegal. No encierran conceptos similares, todo lo contrario, entiéndase por detención arbitraria a aquella que se produce siguiendo procedimientos distintos a los señalados por ley o por otra que se oponga, es decir, incompatible con la libertad y seguridad, mientras que la detención ilegal se produce sin contar con una norma legal que sirva de sustento para la privación de la libertad, es decir, esta se produce al solo capricho de la autoridad pasando por alto lo requisitos previstos por ley para su detención o extralimitándose de ella.

En la casuística encontramos el pronunciamiento del Tribunal del Exp. N° 2252-2007-PHC/TC en el caso Quispe Vilca, quien fue objeto de una detención arbitraria por parte de la policía del Poder Judicial ante un caso de homonimia. “De la lectura de las instrumentales glosadas en autos, advierto que el beneficiario fue detenido de manera arbitraria por efectivos de la Policía Judicial de Requisitorias, incumpléndose el artículo 4 de la Ley N° 27411, que establece que para la detención de una persona requisitoria la Policía Nacional deberá identificarla fehacientemente y verificar los datos de identidad y, de ser factible, acompañar una fotografía, vulnerándose así su derecho constitucional a la libertad individual. Si bien puede afirmarse que no existe dolo en los hechos ocurridos, resulta por demás cuestionable la conducta omisiva y evasiva del Capitán de la Policía Nacional del Perú, don Ernesto Ballón Allasi, al haber permitido que personal bajo su mando realice una detención, incumpléndose el procedimiento para el caso de las detenciones de personas requisitorias. Igualmente consideró que el demandado haya emitido el Informe N° 14, a fojas 23, en donde señala que el demandante ‘solamente registraba impedimento de salida del país’, en mérito al Oficio N° 8550, para posteriormente culminar su informe tratando de ocultar la detención arbitraria de la que fue víctima el demandante, al afirmar que ‘La persona de Quispe Vilca Hugo Benito, no se encontraba detenido, ni figura en los libros de registro ni menos se le ha otorgado notificación de detención alguna’; lo que en realidad corrobora la detención arbitraria del recurrente, más aún cuando del Acta de Constatación, obrante en autos a fojas 4, se colige que fue el a quo constituido en el lugar de la detención arbitraria, el que dispuso la inmediata libertad del beneficiario”.

La Ley N° 24973, que regula parte del artículo 139 de la Constitución Política, contempla con uno de los supuestos para la indemnización a la detención arbitraria así: “Quien es privado de su libertad por la autoridad policial o administrativa, sin causa justificada o, existiendo esta, si se excede de los límites fijados por la Constitución o por la sentencia. También tiene derecho a

indemnización quien no es puesto oportunamente a disposición del juez competente dentro del término establecido por la Constitución<sup>31</sup>.

Bajo este supuesto, la indemnización a plantearse se realizará ante el juez civil del lugar donde se produjo la detención o donde tenga su domicilio el afectado, a elección de este. La citada Ley N° 24973 fija el procedimiento abreviado para el cobro de la indemnización. Esta acción está sujeta a caducidad: seis meses de producida la detención arbitraria.

La indemnización será fijada en proporción directa al tiempo de la detención y a la renta de la víctima, acreditada fehacientemente, y no podrá ser inferior al salario mínimo vital vigente para los trabajadores de la industria y comercio de la provincia de Lima, ni superior a diez veces este por cada día<sup>32</sup>. Nótese que el elemento material para imputar responsabilidad objetiva al Estado se construye con la mera afectación a la libertad personal, sea por autoridad policial o administrativa, sin causa justificada; o si existiendo esta, excede de los límites fijados por la Constitución o por la sentencia. También cuando no se es puesto oportunamente a disposición del juez competente dentro del término establecido por la Constitución. Basta que se demuestre esta afectación para que opere la pretensión resarcitoria.

A manera de conclusiones preliminares, frente a lo desarrollado en esta parte del trabajo, podemos presentar las siguientes:

- a) La responsabilidad objetiva y directa del Estado por mandato constitucional se construye sobre la base de dos supuestos: el error judicial y la detención arbitraria.
- b) El error judicial, para ser declarado como tal necesariamente debe contar con una declaración de la jurisdicción. Ella puede ser de manera expresa o tácita; en este último caso se ubican los que hayan sido privados de su libertad en un proceso penal y posteriormente se sobresee el proceso o se emite sentencia absolutoria; en cambio, la declaración expresa es la que proviene

---

31 Para que una persona sea privada de su libertad se requiere que la orden debe ser motivada, es decir, se requiere que exista una orden que autorice la aplicación de esta medida. La excepción al respecto se presenta en los casos de detención en flagrante delito, cuyos alcances han sido precisados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la cual ha señalado que la flagrancia supone la aprehensión del hecho delictivo en el preciso momento de la comisión de este. La orden judicial de detención debe ser mostrada a la persona sobre la cual recae esta medida, a efectos de garantizar su derecho de defensa. En este sentido, los incisos 14 y 15 del artículo 139 de la Constitución establece que: “toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas y razones de su detención”. Cabe señalar que la orden judicial de privación de libertad debe ser expedida por una autoridad competente.

32 Ver el artículo 4 de la Ley N° 24973.

del recurso de revisión bajo los supuestos que recoge el artículo 361 CPP. Ellos son los mecanismos ordinarios de declaración.

- c) Se puede declarar el error judicial, de manera extraordinaria y por mandato legal. Aquí, el error puede ser calificado como tal por organismos no jurisdiccionales. Tanto es así, que por Ley N° 26655 se creó una Comisión encargada de proponer al Presidente de la República la concesión de indulto a personas inocentes condenadas por delitos de terrorismo y traición a la patria. El propósito de dicha norma era corregir los errores cometidos por la administración de justicia, en la aplicación de la legislación antiterrorista, que permitió que se les condenara como si fueran culpables.
- d) Una vez declarado el error judicial, resulta procedente apreciar la cuantificación del daño para la posible indemnización, la que operará en sede civil bajo los alcances del procedimiento abreviado, tal como lo regula la Ley N° 24973. En los casos de declaraciones extraordinarias de error judicial, el Tribunal Constitucional ha señalado que la indemnización procede para todas las personas injustamente condenadas y luego indultadas tras la presencia de errores judiciales. Los límites de esta no han de operar de forma igual para todos los casos. Dicha indemnización no puede exigirse ante el Tribunal Constitucional, pues la naturaleza restitutiva de la pretensión tiene alcances civiles y no constitucionales.
- e) Bajo esa óptica, la reparación no solo puede darse a través de los estamentos judiciales nacionales, sino también por mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sobre el particular, el caso de María Elena Loayza Tamayo constituye un precedente emblemático que abre la jurisprudencia supranacional en materia de reparaciones, pues a través de ella la Corte fija como lineamiento para la restitución al llamado “proyecto de vida” de la persona víctima de la vulneración de su libertad.
- f) Una especial diferencia que podemos advertir del efecto que genera el error judicial en sede penal frente a la proveniente de otros ámbitos jurisdiccionales es la alteración de la cosa juzgada; al respecto, si mediante el recurso de revisión se aprecia que la argumentación es válida, se procederá a la inmediata libertad del indebidamente condenado, dejando pendiente la satisfacción de la reparación para una futura pretensión. Así, lo que se busca a través de esta revisión no solo es declarar el error denunciado, sino corregirlo ordenando la inmediata liberación del condenado; esta situación no opera con el error judicial que no proviene del proceso penal, en ese caso se mantiene la cosa juzgada y se busca la reparación del daño causado por

el error, siempre y cuando se demuestre que este es fruto de la actividad jurisdiccional y no de las partes.

### **Conclusiones**

1. Frente al monopolio de la jurisdicción que ejerce el Estado, resulta coherente con el ordenamiento jurídico que este asuma la responsabilidad directa frente a daños que pudieran generar los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, por ello resulta adecuado atribuir responsabilidad objetiva y directa al Estado por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias.
2. Como el error incide exclusivamente en la potestad jurisdiccional que se materializa en la sentencia, siempre ha de consistir en aplicar la norma que a cada supuesto corresponde; así, el error judicial no estará en los hechos o las pruebas en sí mismos, sino en el modo de subsumirlos en el ordenamiento jurídico. Será, por lo tanto, en función de la distorsión entre la resolución judicial y la solución jurídica que exclusivamente debe dar al caso enjuiciado donde radique la esencia del error.
3. A diferencia de otras experiencias legislativas, en nuestro país se estipula que la autoridad judicial que emita la resolución que declara la sentencia errónea o arbitraria consigne en ella el mandato de pago de la indemnización correspondiente.
4. A pesar de ello, no debemos olvidar que la redacción del artículo 139.7 de la Constitución Política provoca una confrontación interna con las normas del Código Procesal Civil que regulan la responsabilidad civil por errores judiciales. En el escenario normativo hay dos posiciones: una que atribuye al Estado el deber de asumir la reparación directa del daño y otra que atribuye al juez la responsabilidad subjetiva frente al daño. La primera para el error proveniente de los casos penales y la segunda para el error de las acciones civiles.





# ÍNDICE GENERAL

Presentación .....	5
--------------------	---

## **El significado iusfundamental del debido proceso**

Luis Castillo Córdova

Introducción .....	9
I. El debido proceso como derecho humano .....	10
1. Los derechos humanos como bienes humanos .....	10
2. La solución justa de las controversias como exigencia humana .....	11
3. El proceso debido o proceso justo como bien humano .....	11
II. La constitucionalización del derecho humano al proceso debido .....	12
III. La constitucionalización del derecho al debido proceso en la Constitución peruana .....	15
1. Una cuestión terminológica: la idoneidad de la expresión debido proceso .....	15
2. La formulación general del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al debido proceso .....	18
3. Las concreciones que del contenido esencial ha positivado el constituyente peruano .....	19
4. Las concreciones que del contenido esencial ha positivado el Tribunal Constitucional peruano .....	21
4.1. Un marco general .....	21
4.2. El derecho fundamental al debido proceso como un derecho continente .....	23
4.3. El reconocimiento de la dimensión formal y material del derecho fundamental al debido proceso .....	24
4.4. El reconocimiento de derechos y/o garantías constitucionales implícitas del debido proceso .....	27
4.5. La exigencia natural del debido proceso no se circunscribe al ámbito judicial .....	28
Conclusiones .....	30

## **El derecho a la garantía de independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional. La múltiple dimensión de la independencia judicial**

J. María Elena Guerra Cerrón

I. Servicio y producto final: justicia .....	35
II. Función jurisdiccional .....	36
III. Debido proceso .....	37
IV. Independencia y autonomía .....	39
V. Independencia judicial .....	40
VI. Dimensiones de la independencia judicial .....	41
1. Primera dimensión .....	41
2. Segunda dimensión .....	42
2.1. Independencia institucional .....	42

2.2.	Independencia individual.....	43
2.3.	Independencia vertical.....	44
2.4.	Independencia horizontal.....	45
3.	Tercera dimensión.....	45
3.1.	En las decisiones jurisdiccionales.....	45
3.2.	Observancia de precedentes vinculantes.....	47
VII.	Predictibilidad, precedente e independencia.....	48
1.	La predictibilidad.....	48
2.	Precedente vinculante.....	49
2.1.	Precedentes del Poder Judicial.....	50
2.2.	Precedentes del Tribunal Constitucional.....	51
	Postura final.....	53

**Derecho de acceso a la justicia (en un país multicultural)**

**Luis Andrés Roel Alva**

	Introducción.....	57
I.	Tutela judicial efectiva.....	58
1.	Contenido constitucional.....	58
2.	Acceso a la justicia como expresión de tutela efectiva.....	60
II.	El acceso a la justicia en el derecho internacional de los derechos humanos.....	61
1.	El acceso a la justicia en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	61
2.	La obligación de remover obstáculos que impiden el acceso a la justicia.....	62
3.	La sistemática exclusión del acceso a la justicia de sectores socialmente vulnerables.....	63
III.	Acceso a la justicia en un país multicultural: respeto al derecho a la identidad cultural.....	65
IV.	Acceso a la justicia en un país multicultural.....	68
1.	Rol de los jueces de paz en el Perú.....	69
2.	Intérpretes y traductores.....	71
3.	Peritaje antropológico.....	73
	Conclusiones.....	78

**Apuntes sobre el derecho fundamental al juez predeterminado por ley**

**Abraham García Chávarri**

I.	Comentarios iniciales.....	81
II.	El derecho a un juez predeterminado por ley como expresión de la dimensión procesal del derecho fundamental a un debido proceso en el ordenamiento peruano.....	83
III.	El derecho a un juzgador predeterminado por ley. Noción y contenido constitucionalmente protegido.....	89
1.	El derecho a un juzgador predeterminado por ley en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.....	90
2.	El derecho a un juzgador predeterminado por ley en la jurisprudencia constitucional peruana.....	92
IV.	Comentarios finales.....	96

**El derecho a la defensa procesal eficaz**

**César Augusto Nakazaki Servigón**

Introducción.....	99
I. El derecho a la defensa: una garantía procesal constitucional.....	100
II. El contenido de la garantía de la defensa procesal.....	101
III. Formas de ejercer la defensa procesal.....	102
1. La defensa material o autodefensa.....	102
2. La defensa técnica.....	103
IV. El derecho a contar con un defensor de oficio.....	104
V. Momento a partir del cual tiene vigencia la garantía de la defensa procesal mediante la designación de defensor de oficio.....	105
VI. La irrenunciabilidad de la garantía de la defensa procesal.....	108
VII. Significado de defensa eficaz.....	110
VIII. La defensa eficaz en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	113
IX. La defensa eficaz en la doctrina de la Corte Suprema de la República Argentina.....	113
X. La defensa eficaz en la doctrina de la Corte Constitucional de Colombia.....	115
XI. La defensa eficaz en la doctrina del Tribunal Constitucional de Bolivia.....	116
XII. La defensa eficaz en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica.....	117
XIII. La defensa eficaz en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos.....	118
XIV. La defensa eficaz en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.....	120
XV. La defensa eficaz en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.....	120
XVI. Consecuencias de la violación de la defensa eficaz en el proceso penal.....	121

**La presunción de inocencia**

**Hesbert Benavente Chorris**

Introducción.....	127
I. El derecho a la presunción de inocencia en la legislación y la doctrina.....	131
II. El derecho a la presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	133
1. Definición.....	133
2. Su relación con la medida cautelar.....	136
3. Su relación con la prueba.....	143
4. Su relación con otras instituciones jurídicas.....	150

**El derecho fundamental a la prueba**

**Luis Genaro Alfaro Valverde**

Introducción.....	159
I. La prueba como derecho constitucional implícito.....	160
1. ¿Derecho implícito o derecho autónomo?.....	160
2. Justificación de su vinculación al debido proceso.....	161
II. Ámbito de protección constitucional.....	164
1. Contenido esencial de los derechos fundamentales.....	164
2. Contenido esencial del derecho a la prueba.....	165
2.1. Ámbito de aplicación.....	165
2.2. Elementos que componen el contenido esencial.....	166

III.	Limitaciones al derecho a la prueba.....	180
1.	Pertinencia.....	181
2.	Licitud.....	184
IV.	Reflexiones finales.....	185

**El derecho a probar**

**Luis Miguel Reyna Alfaro**

I.	Planteamiento inicial.....	187
II.	Contenido del derecho a probar.....	188
1.	El derecho a ofrecer medios probatorios necesarios para la defensa.....	188
2.	El derecho a que los medios de prueba ofrecidos sean admitidos.....	193
3.	El derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba.....	194
4.	El derecho a que se valoren adecuada y motivadamente los medios probatorios.....	194
III.	Epílogo.....	195

**El principio de legalidad penal. Fundamentos, alcance y jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

**Carlos Abel Villarroel Quinde**

Introducción.....	197	
I.	Antecedentes históricos del principio de legalidad.....	198
II.	Fundamento jurídico-político.....	202
III.	Concepto y contenido.....	204
1.	Dimensiones del principio de legalidad.....	205
IV.	Jurisprudencia constitucional relacionada con el principio de legalidad.....	207
1.	Principio de legalidad: definición.....	207
2.	Principio de legalidad: <i>lex scripta</i> .....	210
3.	Principio de legalidad: <i>lex certa</i> .....	213
3.1.	Ley penal en blanco y <i>lex certa</i> .....	216
3.2.	Casos sobre <i>lex certa</i> .....	221
4.	Principio de legalidad: <i>lex praevia</i> .....	225
4.1.	Concepto y alcances.....	225
4.2.	¿Sobre qué tipo de normas se aplica el principio de retroactividad benigna de la ley penal?.....	228
4.3.	¿Retroactividad “maligna” en el caso de delitos de naturaleza permanente?.....	229
4.4.	Los delitos de lesa humanidad y el principio de legalidad penal.....	232
5.	Principio de legalidad: <i>lex stricta</i> .....	235
V.	Comentarios finales.....	238
Conclusiones.....	239	

**El derecho a la motivación de las sentencias y el control constitucional de la actividad judicial**

**Pedro P. Grández Castro**

Introducción.....	243	
I.	Desarrollo normativo.....	246
II.	El control constitucional de la debida motivación como fuente de “intervención” en el razonamiento judicial.....	249

1.	Los “criterios” para la intervención del TC en las razones del juez ordinario.....	253
2.	De nuevo la razonabilidad .....	256
III.	El derecho a la decisión judicial motivada y su desarrollo jurisprudencial .....	258
1.	La construcción de un estándar de justificación racional.....	259
2.	Las dimensiones de la motivación .....	262

**Reflexiones (viejas y nuevas) sobre la pluralidad de instancias y el derecho de acceso a los medios impugnatorios regulados por la ley**

**Eugenia Ariano Deho**

I.	La pluralidad de las instancias como garantía constitucional y su (parcial) plasmación en el Derecho positivo .....	273
1.	El “modelo” de la pluralidad de instancias .....	273
2.	Pluralidad de instancias y el “modelo” de la doble instancia .....	275
3.	Pluralidad de instancias y el “modelo” de la doble conforme .....	278
4.	El “mínimo” constitucionalmente asegurado de la “pluralidad de instancias”.....	283
5.	Los procesos con (auténtica) pluralidad de instancias constitucionalmente asegurada.....	286
II.	El acceso a los recursos previstos por la ley .....	289
1.	Los medios de impugnación no promotores de ulterior instancia y el debido proceso .....	289
2.	La posición “institucional” de la Corte Suprema y el acceso al recurso de casación.....	291
3.	Sigue. Una invitación a la arbitrariedad: filtros y controles.....	295
III.	El precario acceso a los recursos “creados” por el Tribunal Constitucional.....	300
1.	Las (constitucionalmente) indebidas extensiones del recurso de agravio constitucional: el “recurso de agravio constitucional a favor del precedente”. Idas y venidas.....	300
2.	Sigue. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del TC (RTC Exp. N° 0168-2007-Q/TC) y de los jueces ordinarios (RTC Exp. N° 0201-2007-Q/TC) .....	302
3.	Sigue. La “rectificación de nombre”: la “apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional” (STC Exp. N° 00004-2009-PA/TC) .....	304
IV.	Reafirmando mi fe.....	305

**El derecho a la cosa juzgada**

**Karla Vilela Carbajal**

	Introducción .....	307
I.	Concepto y fundamento de la cosa juzgada .....	308
1.	Cosa juzgada formal y cosa juzgada material.....	309
2.	Delimitación de la cosa juzgada .....	317
3.	Eficacia de la sentencia y cosa juzgada.....	319
II.	Alcance social y político de la cosa juzgada.....	322
III.	Extensión de la cosa juzgada .....	323
IV.	La cosa juzgada constitucional: ¿una nueva clase de cosa juzgada? .....	326

**La prohibición de la múltiple persecución penal. Validez procesal y material del *ne bis in idem***

**James Reátegui Sánchez**

I.	Consideraciones generales .....	329
II.	Denominación y fundamentos .....	331

III.	El <i>ne bis in idem</i> como garantía constitucional y su proyección en el sistema penal.....	336
IV.	El <i>ne bis in idem</i> material y procesal .....	337
	1. En sentido material (cosa juzgada) .....	337
	2. En sentido procesal (persecución penal).....	341
V.	Los criterios para establecer la prohibición de la persecución múltiple .....	343
	1. Identidad de persona ( <i>eadem persona</i> ) .....	343
	2. Identidad de objeto ( <i>eadem res</i> ).....	344
	3. Identidad de causa de persecución ( <i>eadem causa petendi</i> ).....	349
VI.	Algunas reflexiones conclusivas .....	354

**El derecho al plazo razonable de la detención y la investigación preliminar**

**Ingrid Díaz Castillo**

Introducción .....	357	
I. El principio de proporcionalidad y el derecho al plazo razonable.....	358	
II. El derecho al plazo razonable de la detención preventiva .....	360	
	1. Reconocimiento constitucional .....	360
	2. Criterios para evaluar la razonabilidad del plazo de detención .....	362
	3. Los plazos establecidos en el artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991 .....	364
	4. Consecuencias de la vulneración del derecho al plazo razonable de la detención preventiva..	367
III. El derecho al plazo razonable de la investigación preliminar.....	369	
	1. Reconocimiento constitucional: el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y su incidencia en la actuación fiscal.....	369
	2. Criterios para evaluar la razonabilidad del plazo de detención .....	370
	3. Consecuencias de la vulneración del derecho al plazo razonable de la detención preventiva .....	372
A manera de conclusión .....	375	

**El derecho a ser juzgado en un plazo razonable**

**Christian Donayre Montesinos**

I. Una precisión inicial sobre el objeto del presente trabajo: Del derecho al plazo razonable al derecho a ser juzgado en un plazo razonable.....	377	
II. El proceso como un fenómeno inevitable y la importancia de definir de manera razonable su duración en el tiempo.....	378	
	1. El problema de la duración de los procesos y sus implicancias .....	378
	2. Alcances del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: Ni procesos muy largos, ni procesos muy cortos, sino en el tiempo estrictamente necesario de modo que la decisión judicial sea oportuna .....	381
III. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable como derecho fundamental en el Perú.....	383	
	1. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable y su reconocimiento a nivel internacional...	383
	2. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable y su reconocimiento en el Perú como derecho fundamental.....	385
	2.1. Entre los “nuevos derechos” y los contenidos implícitos o nuevas manifestaciones de derechos reconocidos en la Constitución, a propósito de la cláusula de los derechos no enumerados de la Constitución peruana .....	385
	2.2. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable como contenido implícito o nueva manifestación del derecho al debido proceso .....	387

IV.	Hacia la protección constitucional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: Los criterios, el “plazo” a evaluar y el margen de acción del juez constitucional.....	389
1.	Los siete criterios.....	390
2.	Los tres criterios.....	391
3.	Los cuatro criterios.....	392
4.	Los criterios para la protección constitucional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.....	393
5.	Alcances de los criterios para la protección constitucional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable.....	394
5.1.	La complejidad del asunto.....	394
5.2.	La actividad procesal del interesado.....	395
5.3.	La conducta de las autoridades.....	398
5.4.	La afectación generada en la situación jurídica del interesado.....	399
6.	El ámbito del proceso que es objeto de análisis al momento de proteger el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.....	401
7.	Alcances de la protección constitucional del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: El margen de acción del juez constitucional.....	404
V.	A modo de conclusión.....	407

**Los principios y la discrecionalidad judicial en el ordenamiento jurídico peruano. A propósito del mandato de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley**

**Heber Joel Campos Bernal**

I.	Planteamiento del problema.....	409
II.	Algunas consideraciones críticas.....	411
III.	Los principios como carta de navegación.....	414
IV.	El juez como articulador de intereses.....	417
	Conclusión: ¿la muerte del Derecho?.....	419

**La indemnización frente al error judicial**

**Marianella Ledesma Narváez**

I.	El error judicial.....	423
II.	La declaración del error judicial en sede judicial.....	426
1.	Mecanismo ordinario.....	426
2.	Mecanismo extraordinario.....	427
III.	La reparación de los errores judiciales penales en sede supranacional.....	430
1.	Caso Loayza Tamayo contra el Estado peruano.....	431
IV.	Las detenciones arbitrarias.....	434
	Conclusiones.....	439

