



IUS ET
TRIBUNALIS

Cuadernos Jurídicos

Año 3, n.º 3 | enero-diciembre 2017
ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660



IUS ET
TRIBUNALIS
Cuadernos Jurídicos

Año 3, n.º 3 | enero-diciembre 2017
ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660

Facultad de Derecho

Ius et Tribunalis
Cuadernos Jurídicos
Año 3, n.º 3 | enero-diciembre 2017
ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660

Consejo Editorial

Director general

Halley Lopez Zaldívar (Universidad Continental)

Editor responsable

Tony Vínigolo Osorio (Universidad Continental)

Integrantes

Omar Sumaria Benavente (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Hugo Sologuren Calmet Ponte (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Julio Salomé Castro (Universidad San Martín de Porres)

Comité consultivo

Renzo Cavani Brain (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Luis Alfaro Valverde (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Juan Manuel Sosa Sacio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

Roberto González Álvarez (Universidad Andina del Cusco)

Huancayo - Perú, diciembre 2017

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2016-13514

Registro de Proyecto Editorial n.º 31201011900360

Disponible a texto completo en <http://journals.continental.edu.pe/>

Cuidado de edición

Jullisa del Pilar Falla Aguirre, Fondo Editorial

Diseño de cubierta y diagramación

Edson Quilca Romero, Fondo Editorial

Traducción

María Orcada Vega

Impresión

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Impreso en Perú / *Printed in Peru*

Contenido/Content

Editorial Editorial Halley Lopez Zaldívar	7
La resolución judicial firme y el proceso constitucional de amparo The final judicial resolution and the constitutional process of amparo Alexander Orihuela Abregú	11
La prevalencia del derecho de identidad del niño, niña y adolescente ante la caducidad de la impugnación de paternidad The right prevalence of identity of the child, girl and teenager before the expiration of the paternity challenge Fiorela Amaro Cosquillo	19
El derecho al silencio bajo la óptica del Derecho comparado The right to silence under the perspective of comparative law Vladimir Orihuela Rojas	33
Breves apuntes sobre la inferencia probatoria como mecanismo de justificación de las resoluciones judiciales para la tutela de los derechos fundamentales Brief notes of the evidentiary assessment as a justification mechanism of judicial resolutions for the protection of fundamental rights Dante Torres Altez	61

¿Quién es el verdadero protagonista de la prueba de oficio? ¿El juez o las partes? Who is the real protagonist of the proof of trade? The judge or the parties? Shirley Muñico Patilla, José Paz Cano, Queni Rebatta Chirre	73
El derecho administrativo sancionador peruano The administrative law of peruvian sanctioner Víctor Lizárraga Guerra	99
El control difuso en sede administrativa: una visión desde la perspectiva de los precedentes del tribunal constitucional y la doctrina constitucional en el Perú The diffuse control in administrative headquarters: a vision from the perspective of the precedents of the Constitutional Court and the constitutional doctrine in Peru Denisse Antezano Misajel	107
Sistemas de resolución de conflictos en materia empresarial Conflict resolution systems in business matters Paddy Verde Fasil	115
Requisitos y condiciones de redacción, y envío de artículo jurídico	121

Editorial

doi: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

La Facultad de Derecho de la Universidad Continental sigue apostando por la difusión de contenidos jurídicos, de tal forma que los diferentes actores de la comunidad en general puedan identificar los análisis y propuestas de solución que nuestros colaboradores realizan respecto a los diversos fenómenos con relevancia para el Derecho.

Ahora bien, la presente edición de *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis* ha logrado ver la luz gracias al trabajo coordinado entre el equipo editorial de esta publicación y la Asociación Civil *Quaestio*, organización cuyo objeto es el fomento cultural en el ámbito del Derecho, a través de la producción de contenidos y realización de eventos académicos de interés para la comunidad en general.

En razón a ello, a partir de este espacio damos cuenta de nuestro agradecimiento a sus integrantes: Katya Gutarra Sotelo, Cynthia Cayo Ramos, Jhonattan Armas Prado, Isaac Arteaga Fernández, Paulo Castro Flores, Nataly Castro Flores, Poul Palacios Pérez, Dante Torres Altez y Julio Salomé Castro. Todos ellos, destacados profesionales del derecho que —en sus respectivas líneas de especialidad— vienen desarrollando distintas actividades y dedicando parte importante de su tiempo a la divulgación de contenidos.

Estamos convencidos de que esta alianza podrá generar la sinergia necesaria para la realización de actividades de gran impacto para la comunidad nacional e internacional, promoviendo un estado en el que tanto el profesional del Derecho como el ciudadano común tengan un conocimiento adecuado de la dinámica de nuestro sistema jurídico.

HALLEY LOPEZ ZALDÍVAR

Editorial

The Faculty of Law of the Continental University continues investing on the diffusion of legal contents, to let that the different actors of the community can identify the analyses and proposals of solution that our collaborators realize with respect to the diverse phenomena relevant to the law.

Now, this edition of legal notebooks *Ius and Tribunalis* has been published along with the coordinated work between the editorial team of this publication and the Civil Association *Quaestio*, the purpose is the Cultural promotion in the field of law through production of content and conducting academic events of interest to the community in general.

Because of this, from this magazine we express our gratitude to its members: Katya Gutarra Sotelo, Cynthia Cayo Ramos, Jhonattan Armas Prado, Isaac Arteaga Fernández, Paulo Castro Flores, Nataly Castro Flores, Poul Palacios Pérez, Dante Torres Altez and Julio Salomé Castro. All of them, outstanding professionals of the law who—in their respective specialty lines—are developing different activities and dedicating an important part of their time to the dissemination of content.

We are convinced that this alliance will be able to generate the necessary synergy for the accomplishment of activities of great impact for the national and international community, promoting a state in which both the professional of the right and the common citizen have the correct knowledge of the dynamics of our legal system.

LA RESOLUCIÓN JUDICIAL FIRME Y EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO

THE FINAL JUDICIAL RESOLUTION AND THE CONSTITUTIONAL PROCESS OF AMPARO

Alexander Orihuela Abregú*
Universidad Peruana Los Andes

Recepción: 16/10/2017

Aceptación: 20/11/2017

Resumen

Tratándose del proceso de amparo contra resoluciones judiciales, un tema que resulta controversial es la determinación de la firmeza de la resolución judicial que será objeto de la garantía constitucional. Mediante el análisis jurisprudencial, el autor da cuenta respecto a cuándo se adquiere tal calidad a efectos de lograr el presupuesto para el ejercicio de la aludida garantía.

Palabras clave: Resolución judicial firme; proceso de amparo; tutela jurisdiccional efectiva; debido proceso.

Abstract

In the case of amparo proceedings against judicial resolutions, a controversial issue is the determination of the resoluteness' of the judicial decision to be the subject of the constitutional guarantee. Based on the jurisprudential analysis, the author shows when this quality should be acquired to achieving the resources for the exercise of the guarantee.

Keywords: Final judicial resolution; amparo process; effective judicial protection; due process.

* Magistrado en la Sala Civil Permanente en la Corte Superior de Justicia de Junín. Profesor en la Universidad Peruana Los Andes.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Conforme a lo regulado por el *Código Procesal Constitucional*, nuestro sistema jurídico ha adoptado una posición permisiva para el cuestionamiento de las resoluciones judiciales mediante el proceso constitucional de amparo, esto es, siempre que las mismas se hayan dictado con manifiesto agravio de la tutela procesal efectiva y que comprenda el derecho a la tutela jurisdiccional, así como el principio del debido proceso en general, debiendo además ser materia del cuestionamiento —necesariamente— sólo las resoluciones que hayan adquirido firmeza.

Por tanto, ya que existen muchos aspectos discutibles, el tema de «la firmeza de la resolución» es uno de los aspectos que genera mayor controversia y desencuentros entre quienes nos hallamos inmiscuidos en el sistema de impartición de justicia, sea desde la posición de las partes interesadas o como representantes del Estado. Ello, en razón a que, al ser un aspecto pasible de verificación al momento de calificación de la demanda, genera en muchos casos la improcedencia liminar de la misma.

Por esta razón, pretendemos formar una posición al respecto, tomando en cuenta además la postura del Tribunal Constitucional.

II. EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO

El artículo segundo del Título Preliminar del *Código Procesal Constitucional* establece que los fines esenciales de los procesos constitucionales son garantizar la primacía de la *Constitución* y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, por ello el efecto de las decisiones estimatorias que se obtienen en estos procesos, sobre todo en aquellos ligados a la libertad, es el de reponer las cosas al estado anterior al de la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

III. ALCANCES

Por regla, este proceso se utiliza con la finalidad de proteger los denominados derechos de la libertad, distintos a la libertad personal [protegida por el proceso de *habeas corpus*] y aquellos que no son protegidos por la acción de cumplimiento, la cual tiene una finalidad específica: ordenar al funcionario o autoridad pública renuente para que dé cumplimiento a una norma

legal o ejecute un acto administrativo firme o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento, si fuera el caso.

Así también, su ámbito de protección es distinto al que abarca el proceso de *habeas data*, que más bien protege los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la *Constitución*, empero, generalmente la demanda estará dirigida contra cualquier funcionario, autoridad o persona. Sin embargo, de manera excepcional también se permite que la demanda se dirija contra una resolución emitida por un juez, entendiéndose que esta providencia se ha emitido dentro de un proceso judicial en el cual las partes comprendidas han ejercido de manera regular sus derechos procesales pertinentes.

El artículo 4 del *Código Procesal Constitucional* indica que «[e]l amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo». Ahora bien, actualmente el tema de la «permisibilidad o no para cuestionar resoluciones judiciales» es ya un tema pacífico, aun cuando existen sectores de la doctrina que consideran que las resoluciones judiciales no deben ser cuestionadas mediante el proceso constitucional, sobre todo cuando la decisión judicial es una que ha puesto fin al proceso judicial, puesto que, mientras las resoluciones judiciales puedan ser cuestionadas dentro del proceso ordinario, no será posible recurrir a la vía constitucional.

Al margen de los varios requisitos establecidos por ley para la viabilización del proceso de amparo contra una resolución judicial, uno de los aspectos que también causan controversia, y que además es utilizado por los jueces para declarar la improcedencia liminar de una demanda, es la no verificación de la calidad de «FIRME» que debe tener la resolución judicial que se pretende judicializar, bajo el argumento de que la misma contiene un agravio a la tutela procesal efectiva, que a su vez comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. En este caso, lo que corresponde es determinar las características o situaciones que nos permitan tener la certeza de que nos hallamos frente a una resolución judicial firme y que como tal será admitida la demanda de amparo contra ella, para que de este modo el juez constitucional declare la nulidad de la decisión, acto o resolución que

hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos del accionante, con la consecuente determinación de sus efectos.

IV. RESOLUCIÓN JUDICIAL FIRME

Nuestra legislación procesal no se refiere propiamente a las resoluciones firmes, sino a las resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, entendiéndose como aquella resolución que adquirió firmeza y que como tal no puede ser objeto de nuevo pronunciamiento judicial, correspondiendo ordenar su ejecución o cumplimiento conforme al artículo 123 del *Código Procesal Civil*, el mismo que refiere lo siguiente: «[u]na resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando: 1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos o, 2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos...». Y, en el caso del proceso de amparo, la disposición legal antes referida sólo precisa las **resoluciones judiciales firmes**.

Si pretendiéramos entender como resolución judicial firme aquella que adquirió la autoridad de cosa juzgada, tendríamos que aceptar también que mediante el proceso constitucional de amparo se pueden cuestionar todas las resoluciones finales, incluyendo aquellas que adquirieron dicha calidad, incluso por no haber sido impugnadas dentro del proceso ordinario en el que se emitieron. Sin embargo, esto resulta incompatible con lo establecido en el *Código Procesal Constitucional*, pues el aludido artículo 4 establece que es **improcedente el proceso de amparo, cuando el agraviado —entiéndase demandante en el proceso de amparo— dejó consentir la resolución que dice afectarlo**. Lo que nos lleva a la simple conclusión de que sólo podrán ser judicializadas vía proceso de amparo las resoluciones judiciales que, habiendo sido emitidas dentro del proceso, hayan sido impugnadas por quien se considere agraviado por la misma, lo que a su vez nos lleva a concluir que no siempre una resolución firme es sinónimo de resolución con autoridad de cosa juzgada, ya que la resolución firme será una resolución con la autoridad de cosa juzgada, pero que adquirió dicha calidad luego de haber sido necesariamente impugnada. Lo que finalmente significa que las resoluciones judiciales que adquieren la autoridad de cosa juzgada sin haber sido impugnadas en la forma que establece la ley, **no podrán ser cuestionadas mediante el proceso constitucional de amparo**.

En este primer punto —referente a la calidad de firme de la resolución— de algún modo queda claro, pues ha sido —cuando menos, mayoritariamente— asumido pacíficamente. No obstante, pueden surgir otros problemas en la calificación de la demanda, como es el caso de cuándo considerar que la resolución que se cuestiona ha sido impugnada o si es suficiente que la parte procesal interponga el recurso, sin importar si el mismo es denegado o admitido. Entonces, si al calificar la demanda comprobamos que existen resoluciones de las instancias superiores con un pronunciamiento sobre el fondo de la materia, no habrá ningún problema para admitirla, empero el problema surgirá cuando existan decisiones de la instancia judicial que declaren la improcedencia de la demanda por haber sido presentada de manera extemporánea o cuando habiéndose concedido el recurso, la instancia superior la vuelve a calificar y declara improcedente el mismo o la instancia superior emite una sentencia inhibitoria.

V. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO EXTEMPORÁNEO

Cuando la parte procesal interpone el recurso de apelación y lo hace de manera extemporánea, resulta conforme a ley que el juez de la causa declare su improcedencia, pudiendo la parte afectada utilizar el recurso de queja para que se verifique si la denegatoria fue dispuesta conforme a ley o no. Ahora, si la instancia superior no la estima, la improcedencia es definitiva o firme, significa que no existe impugnación y, como tal, una eventual demanda de amparo contra resolución judicial en ese proceso también será desestimada liminarmente por no haberse configurado el requisito de la resolución judicial firme.

VI. CALIFICACIÓN DEL RECURSO POR EL SUPERIOR

Tratándose de un proceso de naturaleza penal, el juez superior puede realizar una nueva calificación del recurso concedido, esto, conforme a lo establecido por el artículo 405 del *Código Procesal Penal*, el cual refiere que «[e]l Juez que deba conocer la impugnación, aún de oficio, podrá controlar la admisibilidad del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio»; tal como ha ocurrido en el Expediente N.º 501-2017-1-1501-JR-PE-01, el mismo que indica que

[...] para la calificación positiva del recurso de apelación esta debe cumplir de manera COPULATIVA con los requisitos establecidos en el artículo 405.1º del

Código Procesal Penal [...] expresiones que no constituyen propiamente una pretensión, sino una consecuencia lógica de su apelación [...] siendo así, al no cumplir con las exigencias de orden procedimental debe rechazar de plano el recurso de apelación [...] DECLARAR NULO (sic) la resolución [...], mediante el cual el Segundo Juzgado Unipersonal de Huancayo concede la apelación.

Por lo que consideramos que en el caso referido en la resolución citada tampoco se cumple con el requisito de la existencia de una **resolución firme**, que permita cuestionar la resolución judicial que dicho proceso contenía la decisión por la que hallaban penalmente responsable al procesado.

En el caso de los procesos civiles, el juez superior —como juez de revisión o de apelación— también está facultado para volver a calificar el recurso concedido por el juez de origen o de la causa, esto es, en concordancia con el artículo 367 del *Código Procesal Civil*, el mismo que prescribe que «[e]l superior también puede declarar inadmisibile o improcedente la apelación, si advierte que no se han cumplido los requisitos para su concesorio. En este caso, además declarará nulo el concesorio». En tal sentido, a pesar de que el juez de primera instancia haya concedido el recurso, no existirá apelación, porque así lo dispone el juez superior, conforme a la disposición legal precitada, lo que significa también que en ese supuesto tampoco existirá la **resolución firme** que se requiere para recurrir a la vía del amparo.

Consideramos, a su vez, que debe aplicarse el mismo criterio para el caso en el que el juez de revisión emita una sentencia de vista de naturaleza inhibitoria, conforme a lo señalado en la última parte del artículo 121 del *Código Procesal Civil*.

El análisis que hemos realizado para asumir la posición plasmada en el presente trabajo puede ser corroborado con la interpretación que hace el Tribunal Constitucional en algunas de sus resoluciones, como aquella providencia recaída en el Expediente n.º 960-2012 PHC/TC, del 20 de abril del 2012, en la que precisa

[e]ste Tribunal ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente 4107-2004-HC/TC (caso Lionel Richie Villar De la Cruz) que debe entenderse como resolución judicial firme aquella contra la que se ha agotado los recursos previstos por la ley procesal de la materia, lo que supone el agotamiento de los recursos antes de la interposición de la demanda [...] en el proceso que se le siguió por el delito contra la libertad sexual-violación en agravio de menor de 14 años (Expediente No. 00361-2004-0-1608), interpuso recurso de nulidad, el cual se tuvo por no interpuesto al no cumplir con ser fundamentado en el plazo [...]. Por ende, al no configurarse el requisito de procedibilidad exigido

por la norma procesal constitucional, corresponde la aplicación, a contrario sensu, del artículo 4° del *Código Procesal Constitucional*.

Al ser la máxima instancia de interpretación de la *Constitución* la que ha establecido que si un recurso de apelación, concedido por la instancia de origen, ha sido nulificado por la instancia superior —declarando nulo el concesorio— extingue el recurso, convirtiendo la apelada en una resolución consentida y, como tal, ya no reviste la calidad de **resolución firme**, que le podría permitir a las partes interponer una demanda de amparo contra la resolución judicial.

Por último, pueden notarse voces aisladas que consideren que si bien es cierto existe un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre este tema, al no tratarse de un precedente vinculante, no existe la obligación de aplicarlo ni de compartir el criterio. Empero, nuestra postura es diferente, toda vez que el artículo VI del Título Preliminar del *Código Procesal Constitucional* precisa que «[l]os Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según sus preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional». Consecuentemente, considerando que el juzgador no cuenta con argumentos lo suficientemente contundentes para rebatir el criterio establecido por el Tribunal Constitucional, la interpretación que se realice será conforme a la del Tribunal Constitucional, debe tenerse presente que la justicia se imparte por y para los hombres dentro de un sistema democrático, en el que la discrecionalidad del juez se halla limitada por la razonabilidad y los argumentos plausibles.



LA PREVALENCIA DEL DERECHO DE IDENTIDAD DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE ANTE LA CADUCIDAD DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

THE RIGHT PREVALENC OF IDENTITY OF THE CHILD, GIRL AND TEENAGER BEFORE THE EXPIRATION OF THE PATERNITY CHALLENGE

Fiorela Amaro Cosquillo*
Universidad Peruana Los Andes

Recepción: 29/09/2017

Aceptación: 20/11/2017

Resumen

Partiendo de un estudio del derecho nacional e internacional, la autora enfoca su análisis en las implicancias del plazo de caducidad dispuesto por el artículo 400 del *Código Civil* y logra identificar las consecuencias de seguir manteniendo vigente dicho término para el ejercicio del derecho de acción y el consecuente inicio del proceso judicial para la impugnación de la paternidad.

Palabras clave: Impugnación de paternidad; caducidad; control difuso; derecho a la verdad; relación paterno filial; derecho a la identidad.

Abstract

Based on a study of national and international law, the author focuses its analysis on the implications of the expiration period provided by article 400 of the Civil Code, identifying the consequences of keeping that term for the exercise of the action right and the consequent initiation of the judicial process for the challenge of paternity.

Keywords: Challenge of paternity; expiration; diffuse control; right to the truth; filial parental relationship; right to identity.

* Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes. Asistente Judicial de la Segunda Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Junín.

I. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE

El derecho a la identidad es un derecho fundamental muy importante para la persona, pues, a través de éste, cada ser humano se individualiza del resto, es decir, es único desde su nacimiento hasta su muerte, por lo que es importante no solo afirmarse como persona sino como «una cierta persona». Sin embargo, este derecho puede verse mellado por diversas causas, como por la acción de elementos falsos o verdaderos, que afectan de tal forma que la identidad resulta ser falseada, alterada, frente a la sociedad y la individualidad personal del mismo sujeto. En tal sentido, el Estado asume el deber de su protección.

Como el objeto de estudio del presente trabajo es la prevalencia del derecho a la identidad del niño, niña o adolescente, consideramos que entre las materias que regulan el derecho de familia, la filiación y su impugnación ha sido probablemente la que más tensiones de tipo constitucional ha planteado, cuando se afecta el derecho a la identidad de un niño, niña o adolescente por preferir la aplicación de una norma meramente legal.

La *Constitución Política del Perú* de 1993 regula en el inciso 1 de su artículo 2 que «[t]oda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.» Ahora bien, el numeral 201 del artículo 2 del mismo texto normativo indica que «[t]oda persona tiene derecho a una nacionalidad».

Ahora bien, respecto al derecho a la identidad del niño, niña o adolescente, los artículos 7 y 8 de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* prescriben que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Así también que los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. Asimismo, su artículo 8 determina el derecho del niño a preservar su identidad y a beneficiarse de la asistencia del Estado para que la misma sea protegida o, cuando sea necesario,

0. Cuadernos Jurídicos *Ius et Tribunalis* año 3, n.º 3, enero-diciembre 2017

restablecida. Ahora bien, de conformidad al artículo 6 del *Código de los Niños y Adolescentes* «[e]l niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad». Así, Fernández manifiesta

que el derecho a la identidad es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea «uno mismo» y no «otro». Este plexo de características de la personalidad de «cada cual» se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su «mismidad», en lo que ella es en cuanto específico ser humano (2015, pág. 116).

En consonancia De Cupis A., citado por Fernández (2015), sostiene que:

La identidad personal es «ser uno mismo», representado con sus propios caracteres y por sus propias acciones, «constituyendo la misma verdad de la persona». Ella no puede, en sí y por sí, ser destruida, ya que la verdad, precisamente por ser la verdad, no puede ser eliminada (pág. 110).

Así, el derecho a la identidad como derecho humano se fundamenta en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas, entonces el reconocimiento del derecho a la identidad, mediante el registro de nacimiento, permite al niño o niña o adolescente adquirir una identidad, un nombre y una nacionalidad. Asimismo, implica su incorporación como sujeto de derechos dentro de un Estado y su acceso a un conjunto de derechos humanos reconocidos internacionalmente (Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional, 2011, p. 15). En el transcurso del crecimiento del niño, niña o adolescente, conforme a Doglioti, citado por Fernández (2015, p. 113), las características que concurren a formar la personalidad son las experiencias pasadas, la condición presente y, sobre todo, las posiciones, las aspiraciones y convicciones ideológicas, políticas y morales de cada individuo, por lo que el derecho a la identidad personal reclama la exigencia de ser reconocido socialmente como uno mismo, en la perspectiva de una cumplida representación de la personalidad individual en todos sus aspectos e implicaciones, en sus calidades y atribuciones.

1.1. Componentes del derecho a la identidad

El derecho a la identidad puede adoptar dos formas, conforme al desarrollo de etapas del niño, niña y adolescente, estos son: la identidad estática y la dinámica.

- El **cariz estático**, según Vargas (2011), citando a Fernández, es una identidad conformada por características que no varían en el tiempo, tales como el nombre, el sexo, la nacionalidad, el idioma de origen, el grado de parentesco (p. 111). Agrega Tommasini, citado por Fernández, que «el individuo se distingue de los otros seres humanos por una serie de signos externos, como el nombre, los datos respecto del nacimiento, la filiación, la imagen, todo lo cual constituye los **perfiles estáticos** concernientes a la “identificación”. Ellos están destinados, sustancialmente, a no cambiar» (Fernández 2015, p. 114).
- El **cariz dinámico** se encuentra conformada por la edad, el entorno socio familiar, etc. En ese entender, el magistrado Calderón, en el considerando sexto de su Fundamento de Voto de la Casación N.º 864-2014 Ica y citando a Fernández, enseña que «en efecto, a pesar de su importancia, el dato biológico otorga una identidad que, en primera instancia, podemos llamar estática, pero que luego se irá realizando en el acontecer diario de una manera dinámica y proyectiva» (Calderón, xxxx, p. xxx). Agrega Tommasini, citado por Rodríguez (xxxx), que «la identidad del sujeto como “proyección externa de la esfera espiritual” debe ser siempre apreciada dinámicamente en relación con las modificaciones que ella sufre según los diversos comportamientos comprensivamente asumidos por el sujeto» (Calderón, xxxx, p. xxx).

II. EL DECURSO PRESCRIPTIVO

Sobre los hechos —entre ellos el tiempo— que tienen que suceder, así como las condiciones que deben cumplirse para invocar este beneficio legal, importa dar cuenta de los siguientes: inicio del decurso prescriptivo y la caducidad.

2.1. Inicio del decurso prescriptivo

Al respecto, Vidal señala que

[e]l inicio del decurso prescriptivo tiene lugar desde que la acción puede ejercitarse, esto es, desde que la pretensión del titular del derecho subjetivo pueda ser planteada a un órgano jurisdiccional en su exigibilidad. Así lo establece el art. 1993 del *Código Civil* que mantiene el principio romanista de la *actio nata*, según el cual *actioni nondum natae non praescribitur* (Vidal, 2011, p. 93).

2.2. La caducidad

Vidal (2011) refiere que la caducidad es una institución jurídica que se rige por el decurso del tiempo, es decir que si el sujeto no ejerce un determinado derecho señalado por ley, en el plazo que éste prevea, se extinguirá la acción y el derecho (pp. 171,172). Asimismo, Hinostroza (2002) señala que

la caducidad se funda en el orden público y en él seguridad jurídica, siendo factor primordial de aquella el plazo establecido legalmente para los casos en que en el derecho opera la caducidad. [...] A través de la caducidad se pretende dar firmeza o carácter definitivo a un determinado asunto que interesa al derecho. (p. 355)

Agrega el mismo autor que «los plazos de caducidad son disímiles y son fijados por el ordenamiento jurídico de manera abstracta, es decir, para generalidad de casos, sino que se establecen específicamente para cada situación que el legislador ha estimado susceptible de caducidad». (p. 365)».

III. CONTROL DIFUSO

El segundo párrafo del artículo 138 de la *Constitución Política* del Estado reconoce la supremacía de la Carta Magna sobre cualquier otra norma, permitiendo a los jueces la aplicación del control difuso, por medio del cual se convierte a los órganos jurisdiccionales en los principales controladores de la legalidad constitucional, debiendo aplicarse dicha facultad sólo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el que debe discernirse la compatibilidad o incompatibilidad constitucional de una norma inferior. Así también, el artículo 14 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* establece que cuando los magistrados, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en la interpretación de

una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera, debiendo las sentencias así expedidas ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, norma que debe concordarse con el artículo 408, inciso 3, del *Código Procesal Civil*.

El control difuso de constitucionalidad, en su sentido original, significa la obligación de todo juez de mantener la observancia de la supremacía constitucional. A diferencia del control concentrado, el difuso se limita a la inaplicación de aquella norma que se presume como contraria al orden constitucional, reservándose la facultad de declaración de inconstitucional, es decir, la expulsión de la norma del sistema jurídico a un órgano jurisdiccional supremo como el Tribunal constitucional (Ferrer, Martínez & Figueroa, 2014, pp. 958, 959).

En cuanto a la inexorable aplicación del control difuso, consideramos que en el caso materia de análisis se ve en la necesidad de aplicar el control difuso por ser relevante para resolver los conflictos de impugnación de paternidad, pues el artículo 400 del *Código Civil* no tiene una interpretación conforme a la Constitución Política contraviniendo el derecho a la identidad, así como el derecho a la verdad y a la familia. El control difuso que se debe efectuar se realizará conforme con los criterios establecidos en la sentencia recaída en el Expediente N.º 02132-2008-PA/TC [caso Martínez García].

IV. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE COMO CONTENIDO CONSTITUCIONAL

El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4 de la Norma Fundamental en cuanto establece que «[l]a comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, [...]». Tal contenido de fundamentalidad es reconocido a su vez por la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano, mediante Resolución Legislativa N.º 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada *Convención* se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990, y, mediante Ley N.º 25302,

publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la *Convención sobre los Derechos del Niño*.

La mencionada *Convención sobre los Derechos del Niño* establece —entre otras disposiciones— las siguientes:

«Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.»

«Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
[...]
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño. [...]

Teniendo en cuenta que el artículo 55 de la *Constitución* establece que «[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional», y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la *Constitución* prescribe que «[l]as 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». No queda sino convenir en que los contenidos de la *Convención sobre los Derechos del Niño* resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano.

En ese contexto, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente se constituye en aquel valor especial y superior, según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y

adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 02132-2008-PA/TC).

V. DERECHO A LA IDENTIDAD VERSUS CADUCIDAD

Cabe señalar que a la actualidad se vienen suscitando conflictos relacionadas con los procesos de impugnación de paternidad. En este caso, nos referimos al supuesto padre que reconoce al niño, niña o adolescente como si fuera hijo suyo. No obstante, con posterioridad a ello, tome conocimiento de que en realidad no es el padre o advierta que mediante engaños de la madre u otro sujeto ha reconocido al menor como suyo. En dichos casos, corresponde iniciar un proceso de impugnación de paternidad. Sin embargo, el artículo 400 del *Código Civil* establece como plazo de caducidad el término de 90 días, plazo que consideramos muy corto, ya que pueden presentarse casos en que la demanda es presentada de forma posterior al plazo señalado, pudiendo la parte demandada deducir la respectiva excepción, con el objeto de lograr la improcedencia de la demanda incoada.

Si bien es cierto que se está prefiriendo el respeto al principio de seguridad jurídica para que el demandante no interponga la demandada cuando crea conveniente, esto trae consigo la vulneración del derecho constitucional de identidad del niño, niña o adolescente, así como también del derecho a la verdad.

5.1. Casación N.º 3797-2012 Arequipa

Ahora bien, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N.º 3797-2012 Arequipa del 30 de septiembre de 2014, en un proceso de impugnación de paternidad, declaró por mayoría infundado el recurso de casación, bajo los siguientes fundamentos:

- En el considerando noveno se señala que «el menor fue reconocido

libremente por el demandante [...]. [E]l menor al momento de la presentación de la demanda tenía diecisiete años y discapacitado. [N]i el menor ni su madre han cuestionado su identidad después del reconocimiento y que el demandante ya se había enterado de que no era el padre biológico del menor.»

- En el considerando décimo establece «[q]ue la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno filial, sin embargo, dicha filiación otorga una identidad que, en primera instancia, podemos llamar estática, pero que luego se hará realizando en el acontecer diario de una manera dinámica y proyectiva.»
- En el considerando décimo tercero indica que «la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por el menor, por lo que no se trata por tanto de solucionarle el problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quién es y de dónde proviene.»
- Por lo que resuelve declarar Infundado el recurso de casación. A este voto se adhieren los magistrados, Almenara Bryson, Estrella Cama, Calderón Castillo y Calderón Puertas.

Sin perjuicio de ello, la magistrada Huamaní Llamas —en su voto en discordia— señala que:

- En el considerando tercero se indica que «ante la certeza que no es el padre biológico del menor y con la aparición de la prueba de ADN, sumado al derecho a la identidad de las personas, que es un derecho constitucional [...].»
- Señala también que el Fiscal Adjunto Supremo Civil dictamina que se declare fundada la casación.
- En el considerando décimo sostiene «que quien impugna la paternidad es el mismo reconociente, por lo que conforme a lo dispuesto por el artículo 395 del C.C el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable. Aparentemente no estaría legitimado para accionar; sin embargo, se precisa que el recurrente no busca revocar su manifestación de voluntad inicial, ya que la destrucción del acto no depende de su mera voluntad, sino que esta sería producto del vi-

cio, es decir la no correspondencia con la verdad biológica. De ello se tiene que el demandante en calidad de reconociente se encuentra legitimado activamente para demandar por la impugnación de paternidad del hijo extramatrimonial, ya que el vicio que denunciado estriba en la falta de coincidencia con la verdad biológica.»

- En el considerando décimo segundo señala «que resulta primordial el interés superior del niño en conocer quiénes son sus verdaderos padres, los autores de su existencia».
- En su considerando décimo quinto indica «que no se puede dejar de administrar justicia, por la aplicación estricta de una norma meramente formalista, cuya expedición se dio válidamente en una época donde la verdad formal no admitía la existencia y el reconocimiento legal de una prueba certera, como lo es hoy la prueba de ADN, es así que se considera en el presente caso que el artículo 400 del C.C no sólo limita el ejercicio de los derechos contemplados en los artículos 363 y 402 del C.C sino que además colisiona con la referida disposición contenida en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.»
- En el considerando décimo sexto, que se verifica, «que resulta evidente el conflicto existente entre el artículo 400 del *Código Civil* y el derecho fundamental a la identidad».
- En ese sentido su voto es porque se declare fundada la casación.

5.2. Consulta Expediente N.º 3873-2014-San Martín

Por otro lado, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente en el Expediente N.º 3873-2014-San Martín del 17 de marzo de 2015, elevado en consulta, resuelve lo siguiente:

Aprobar la resolución elevada en consulta, emitida por el Juzgado Mixto de Huallaga – Saposoa de la Corte Superior de Justicia de San Martín que inaplicó al caso concreto el artículo 400 del Código Civil y admitió a trámite en la vía del proceso de conocimiento la demanda sobre impugnación de paternidad.

En su fundamento 8.3 refiere que

«[e]l plazo de caducidad de impugnación de paternidad contenido en el artículo 400 del *Código Civil*, prima facie en un examen abstracto, tendría una finalidad constitucional, cual es, la protección y consolidación del estado de

familia; sin embargo no se observa que el medio para obtener dicha finalidad en el caso concreto resulte idóneo, ya que la norma limita el derecho a la familia y a la identidad, restringiendo la determinación de la familia biológica a la que pertenece el menor, lo cual puede comprobarse de forma certera con la prueba de ADN ofrecida por el accionante; en tal sentido, la medida legislativa de acción de estado de impugnación de paternidad sujeta al plazo de caducidad de noventa días; resulta lesiva a los derechos involucrados expuestos en el fundamento sétimo de la presente sentencia, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, como es el derecho a la familia, el derecho a la identidad biológica y el principio del interés superior del niño; estando más bien desvinculado el medio, de conseguir el fin constitucional propuesto de protección de la familia, concluyéndose que dicho medio empleado por el legislador (materializado a través del artículo 400 precitado) no guarda una causalidad razonable, estando alejado más bien, del fin constitucional que persigue, en razón a que termina afectando derechos vinculados a la institución que debería tender a proteger, por lo que no supera el examen de idoneidad, deviniendo en inaplicable al caso concreto; careciendo de objeto el examen de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de conformidad con el fundamento 6.12.»

Sin perjuicio de lo anterior, el voto de la señora juez supremo Rodríguez Chávez es desaprobar la resolución elevada en consulta, pues considera que la inaplicación del plazo de caducidad previsto en el artículo 400 del *Código Civil* no solo es deficiente e irrelevante para la solución del presente caso, mientras se mantengan todavía eficaces las restricciones contenidas en los artículos 395 y 399 del mismo cuerpo legal, sino que además no existe ninguna justificación válida para dejar de lado en este caso las restricciones previstas por el legislador a las posibilidades de negación del acto de reconocimiento de hijo extramatrimonial.

5.3. Pleno jurisdiccional nacional de familia

Como hemos visto, tanto la Sala Civil como la Sala de Derecho Constitucional y Social adoptan criterios distintos sobre la inaplicación del artículo 400 del *Código Civil*. Lo mismo sucede en el resto de distritos judiciales. Es por esta razón que los jueces superiores de la especialidad se reunieron en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, realizado en la ciudad de Ica, con el fin de ponerse de acuerdo sobre la suspensión del plazo por la huelga de trabajadores del Poder Judicial, atendiendo a la aplicación o inaplicación del plazo de caducidad, conforme los siguientes supuestos:

Tema N.º 3: Supuestos que permiten declarar fundada la excepción de caducidad de la «acción» prevista en el artículo 400º del C.C

¿En cuáles debe ser declarada fundada la excepción de caducidad de la acción prevista en el artículo 400° del *Código Civil*?

Primera ponencia: Cuando no se ha identificado plenamente al progenitor biológico, la excepción de caducidad debe ser declarada fundada; de lo contrario, se estaría colocando al menor de edad en un estado de crisis filiatoria.

Segunda ponencia: No se aplica el artículo 400° del *Código Civil*, pues se prefiere garantizar el derecho a la identidad de los menores de edad, el cual implica que estos conozcan su origen biológico. Votación: Ganadora por mayoría de votos.

Como puede apreciarse, se inaplica el artículo 400 del *Código Civil* bajo el fundamento de que en aras de salvaguardar el derecho a la identidad, a conocer el origen genético, biológico y al nombre de los menores de edad, el plazo de los 90 días para negar el reconocimiento debe ser inaplicado a través del control difuso constitucional. Esta solución guarda correspondencia con los avances legislativos jurisprudenciales y doctrinarios a nivel comparado, debido a que se señala que las pretensiones por las cuales se cuestiona el vínculo filial son imprescriptibles.

De esta forma, no es necesario que se emplace al progenitor biológico para que no se tenga en cuenta el referido plazo de caducidad, pues hacerlo significaría que el menor de edad tendrá como padre o madre a quien en realidad no desea mantener dicha posición y seguir manteniendo una relación filiatoria que no se sustente en la verdad genética y biológica.

CONCLUSIONES

- La caducidad de la impugnación de reconocimiento afecta el derecho a la identidad del menor porque impide conocer su verdad biológica.
- El fenecimiento del plazo de impugnación de reconocimiento afecta la prevalencia del derecho a la identidad porque conlleva la pérdida del derecho de acción.
- La caducidad de impugnación de reconocimiento afecta directamente el interés superior del niño.
- Resulta arbitrario que el legislador del *Código Civil* haya fijado un plazo tan corto de caducidad de 90 días para aquella acción, sin tener en cuenta que se violenta el derecho de defensa en juicio del padre y ello también atenta contra el derecho de identidad biológica del menor

1. *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis* año 3, n.º 3, enero-diciembre 2017

que es de jerarquía constitucional, porque se le obliga a mantener una filiación que no condice con su verdadera realidad biológica.

- Que el texto legal oculta la realidad biológica en tanto conlleva en sí que las consecuencias de la conducta de los padres se trasladen al hijo. En el caso de que caduque el plazo, se convalidará la situación familiar y el niño ya habrá adquirido una identidad familiar con relación a su vínculo paterno-materno-filial existente. El daño y las consecuencias que devienen de que la ley haya convalidado y mantenido una ficción basada en la mentira en lo que respecta a su realidad biológica.
- Por tanto, habiéndose verificado que el plazo de caducidad del artículo 400 del *Código Civil* debe inaplicarse o de otra forma ampliar el plazo a dos años. Pero también debe considerarse que no sólo debe defenderse con respecto al hijo, sino también en relación al padre, quien resultaría ser padre de quien no es su hijo.

BIBLIOGRAFÍA

- Calderón (). El derecho a la identidad del menor prevalece sobre la verdad biológica. Casación N.º 3797-2012 Arequipa.
- Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional (2011). *Derecho a la identidad como derecho humano*. México D.F. Recuperado de: http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Libros2011/Derecho_a_la_identidad_como_derecho_humanoELECTRONICO.pdf.
- Fernández, C. (2015) *Derecho a la identidad personal*. 2.ª ed. Lima: Instituto Pacífico.
- Ferrer E., Martínez F. y Figueroa G. (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* tomo II. México. Recuperado de: <http://www.sitioswwwweb.com/miguel/DiccionarioII.pdf>.
- Hinostroza, A. (2002). *Las excepciones en el proceso civil*. Lima: Editorial San Marcos.
- Tribunal Constitucional. *Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 02132-2008-PA/TC*.
- Vargas, R. (2011). *El derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción paterist est* [Tesis de Maestría]. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Vidal, F. (2011). *Prescripción extintiva y caducidad*. Lima: Idemsa.



EL DERECHO AL SILENCIO BAJO LA ÓPTICA DEL DERECHO COMPARADO

THE RIGHT TO SILENCE UNDER THE PERSPECTIVE OF COMPARATIVE LAW

Vladimir Orihuela Rojas*
Universidad Privada Antenor Orrego

Recepción: 02/10/2017

Aceptación: 20/11/2017

Resumen

El autor inicia su análisis del derecho al silencio desde su concepción y regulación en épocas tempranas del derecho europeo, para luego identificar los rasgos inquisitivos que aún rigen sobre el mismo en el ordenamiento jurídico peruano; logra dar cuenta —en el camino— de su importancia para la correcta administración de justicia.

Palabras clave: Derecho al silencio; prohibición de autoincriminación; presunción de inocencia; derecho de defensa.

Abstract

The author begins his analysis of the right to silence from its conception and the regulation in early times of European law, for identify the inquisitive features that are still on the Peruvian legal system, realizing that -in the way- of its importance for the correct administration of justice.

Keywords: Right to silence; prohibition of self-incrimination; presumption of innocence; right of defense.

* Doctor por la Universidad de Milán. Profesor en la Academia de la Magistratura.

«El derecho a tener derechos o el derecho de todo individuo de pertenecer a la humanidad, debería ser garantizado por la humanidad misma.»

HANNAH ARENDT

«El hombre silencioso no presta testimonio contra sí mismo.»

ALDOUS HUXLEY

La historia del derecho al silencio del imputado o del investigado es la historia del proceso penal en sí. Este hilo conductor conlleva entonces a conocer la evolución de un Estado y a conocer su grado de civilidad, tal como dijo un gran procesalista: «si quieres conocer la democracia de un país conoce su proceso». O, a decir de la Corte Europea de los Derechos de Humanos: «el derecho al silencio es corazón mismo del proceso».

El proceso penal es siempre un lugar privilegiado de disputas entre el individuo y la autoridad del Estado. El *nemo tenetur se detegere* es un principio jurídico universalmente reconocido, pues su tutela se encuentra explícita o implícitamente en los tratados internacionales. Hoy el derecho al silencio es un baluarte de la cultura jurídica garantista.

I. EXCURSUS HISTÓRICO DEL DERECHO AL SILENCIO

1.1. En el sistema de *Civil law*

Los fundamentos históricos del derecho al silencio del encausado o imputado, tal como lo conocemos en la actualidad, podemos encontrarlos en la época del derecho común¹, en tal período histórico la manifestación del imputado se utilizaba tendenciosamente en clave probatoria en el proceso penal. Posteriormente, tal declaración del imputado se consolida en el sistema inquisitivo —ya que fue la prueba legal típica de este sistema— que se degeneró en razón de los medios de coerción que se emplearon para hacer declarar al procesado, al cual se le obligaba e imponía a responder al interrogatorio (Grevi, 1972, pp. 7 y ss.).

En este sistema, el rol del procesado fue el de contribuir en la reconstrucción de los hechos; el imputado era tratado como fuente de prueba,

¹ La forma procesal hoy definida como proceso penal de derecho común (Europeo) o proceso penal del Antiguo Régimen o con una fórmula particularmente difundida en la cultura del proceso inquisitorio romano-canónico.

el fulcro de esta forma de hacer proceso se sustentó en el primado de la tortura como medio de coerción para llegar a la verdad (Dezza, 2013, pp. 4 y ss.)², y, por ende, lograr la confesión del procesado. La tortura fue un medio para lograr la reina de la prueba —*regina probationum*—, que era la confesión del imputado.

A finales de los siglos IX y X, las instituciones carolingias entraron en decadencia en Europa, las nuevas clases sociales emergentes, tales como los vasallos de los condes y de los cardenales, los juristas y mercantes, ejercieron un rol influyente en la sociedad. A mitad del siglo X, debido al rápido desarrollo económico de la sociedad de ese entonces, las nuevas clases se reforzaron con los artesanos y los terratenientes. En el siglo XI aparecen las comunas como organizaciones políticas de gobierno provisionales constituidas por pocos miembros, posteriormente éstas logran tener consenso social y centralizan el poder político de gobierno de la sociedad de aquel entonces; esta forma de gobierno adquiere autonomía legislativa, administrativa, fiscal y, sobre todo, obtienen reconocimiento de los reyes o emperadores. Esta autonomía legislativa se concretizó en los estatutos. En materia procesal penal las mismas se preveían en el sistema acusatorio.

Las comunas eran los nuevos sujetos políticos en el periodo histórico de la sociedad europea, acogían a personas provenientes de otras urbes, lo cual generó un incontrolable incremento de la población, facilitando de ese modo el surgir de nuevas formas de criminalidad. Tal situación condicionó que se modifique el modelo procesal originario —encuadrado en un modelo acusatorio— para dar más espacio al modelo inquisitorio, con el solo fin de salvaguardar la paz pública, mediante la represión de los delitos de mayor relevancia para la paz social. La organización política se hacía cada vez más compleja en esta borrasca, porque los organismos municipales llegaron a tener potestad jurisdiccional con poderes amplios con el solo fin de salvaguardar la paz pública, el reo era tratado como enemigo de la sociedad. En el sistema procesal, el reo tenía el deber de colaborar con la autoridad judicial, deber que era impuesto mediante la coerción física, psicológica, es decir, mediante la tortura.

2 La dicotomía entre acusa e inquisición es correlato al desarrollo de las instituciones políticas y sociales entre el medioevo y el moderno; toda la experiencia histórica del derecho común en Europa del siglo XII al XVIII era contraria al derecho romano y al derecho canónico, aplicando en la práctica la costumbre, dejando de lado la Ley y la doctrina, este modo de operar causó daño al modelo acusatorio.

En Italia, entre los siglos XI y XIII, los estatutos de las comunas en materia procesal penal tenían un cierto favor en el uso del modelo acusatorio, en especial para las denuncias realizadas por privados o aquellas de naturaleza transactiva, la fuente primaria y prevalente era la costumbre. Como muy bien describe el profesor italiano Ettore Dezza (2013):

[...] sulla base di queste premesse, il XIII secolo si presenta come una vivacissima epoca di contraddizioni e di esperimenti, sia sul piano della giustizia pratica e quotidiana resa dai tribunali ecclesiastici e municipali sia a livello legislativo e dottrinale. Anche talune particolari fonti normative di *ius proprium* non sono esenti da forme di commistione: il *Liber constitutionum* dell'imperatore Federico II [1231], ad esempio, pur mantenendo l'ordinarietà del rito accusatorio, introduce una serie di procedure inquisitorie di carattere eccezionale (*nei casi di flagranza, contri i «famosi latrones», per reati di particolare rilevanza pubblica*).

Sobre la base de estas premisas, el siglo XIII se presenta como un período muy animado de contradicciones y experimentos, tanto en términos de justicia práctica y cotidiana hecha por los tribunales eclesiásticos y municipales, tanto a nivel legislativo y doctrinal. Aunque algunas fuentes jurídicas del *ius proprium* no están exentas de estas formas de mixtura o unión: *Liber Constitutionum* del emperador Federico II (1231), por ejemplo, manteniendo el normal rito acusatorio, introduce una serie de procedimientos inquisitorios de carácter excepcional (en caso de flagrante delito, en contra de los «famosos ladrones», también en los determinados delitos de relevancia pública). [La traducción es nuestra].

Sobre la base de tal premisa, el siglo XIII se presenta como una época viva de contradicciones y de experimentos, ya sea en el plano de la justicia práctica y cotidiana realizada por los tribunales eclesiásticos y municipales, ya sea a nivel legislativo y doctrinal.

La forma de tratamiento que recibía el reo por parte de las autoridades generaron movimientos de discusión críticos a la forma de proceso penal. Uno de los movimientos fue la Escuela Iluminista italiana, que elaboró los presupuestos ideológicos críticos al sistema que admitía la tortura, obligaba al imputado al juramento; puntualizaban el carácter *contra naturam* de cada declaración autoincriminante, enfatizando el acto inmoral de los instrumentos empleados para obligar al imputado a la autoincriminación.

Como es de reconocimiento universal, Cesare Beccaria fue uno de los más representativos iluministas italianos, al respecto, en su *Tratado de los delitos y las penas*, capítulo XVI. De la tortura, señala que ésta es

[u]na crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones, es la tortura del reo mientras se forma el proceso, o para obligarlo a confesar un delito, o por las contradicciones en que incurre, o por el descubrimiento de los cómplices, o por no sé cuál metafísica e incomprensible purgación de la infamia; o finalmente, por otros delitos de que podría ser reo, pero de los cuales no es acusado.

Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección, sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo que le fue concedida. ¿Qué derecho, sino el de la fuerza, será el que dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano, mientras se duda si es reo o inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o incierto; si es cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos, porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar un inocente, porque tal es según las leyes un hombre cuyos delitos no están probados. Pero yo añado, que es querer confundir todas las relaciones pretender que un **hombre sea al mismo tiempo acusador y acusado**, que el dolor sea el crisol de la verdad, como si el juicio de ella residiese en los músculos y fibras de un miserable. Este es el medio seguro de absolver los robustos malvados y condenar los flacos inocentes. Veis aquí los fatales inconvenientes de este pretendido criterio de verdad, pero criterio digno de un caníbal, que aun los Romanos, barbaros por más de un título, reservaban sólo a los esclavos, víctimas de una feroz y demasiada loada virtud» (Beccaria, 2015, p. 39). [Énfasis agregado.]

La postura crítica del Marqués de Gualdrasco e de Villareggio, Cesare Bonesana-Beccaria, con respecto a la tortura, no lo demuestra con respecto al derecho del reo a tener silencio, pues en el Capítulo XXXVIII referido a las Interrogaciones sugestivas y deposiciones en el *Tratado de los Delitos y las Penas* dice

[...] Finalmente, **aquel que en el examen se obstinase, no respondiendo a las preguntas que se le hicieren, merece una pena determinada por las leyes**; y pena de las más graves que entre ellas se hallaren para que los hombres no burlen así la necesidad de ejemplo que deben al público. No es necesaria esta pena cuando sepa de cierto que tal reo haya cometido tal delito, de tal modo que las preguntas sean inútiles, como lo es la confesión del delito, cuando otras pruebas justifican la criminalidad. Este último case es el más ordinario, porque la experiencia demuestra que en la mayor parte de los procesos los riesgos niegan (Beccaria, 2015, pp. 78, 79). [Énfasis agregado.]

Es muy clara la posición de Beccaria sobre el tema. Al respecto, Vittorio Grevi (1972) manifestó

[a] decir la verdad, la percepción de un desarrollo teórico en tal sentido no fue presente en todos los Iluministas, o no lo fue de manera completa. El mismo Beccaria no se dio cuenta de los concretos reflejos de su propia enseñanza. (p. 13)

Las tesis iluministas de Cesare de Beccaria tuvieron gran influencia en Europa, tal es así que las tesis revolucionarias en materia penal convivían con aquellas tesis severas sobre la punición al reo que se obstinaba a no responder en el proceso penal. Sobre ello, la emperatriz Catalina II de Rusia en el año 1766 elaboró la *Instrucción*, que era una declaración de principios del buen gobierno, inspirada en las doctrinas de los filósofos Beccaria y Montesquieu. En tal periodo convocó a una comisión a fin de que codifique el derecho inspirándose en sus ideas directrices, tal comisión no tuvo buen éxito, ya que se disolvió dos años después. De igual modo, las ideas de Cesare de Beccaria influenciaron en el *Código Penal* austriaco de 1803, llamado *Código Penal* «Universal» del 1803 (Vinciguerra, 1993, p. 9), el cual rigió para todo el imperio austriaco, que en aquella época comprendía la parte del norte de Italia, que hoy sería la región de Lombardía, incluido Milán, ciudad de donde era originario el aristócrata Beccaria. En tal cuerpo de leyes, por un lado, se suprimió la tortura, pero, por otro lado, se continuaba con establecer severas medidas coercitivas, penas corporales que se le infligió al imputado durante el interrogatorio, y el castigo era peor si este se obstinaba a no responder. En la parte austroitaliana, el trato al imputado era más vil, al decir que el imputado que se obstinaba en guardar silencio «no deberá, tener por tres días pan y agua, después de la reiterada amonestación deberá ser castigado a bastonadas por tres días, en modo que iniciando con diez golpes se aumente en número progresivo de la pena corporal.»

Es preciso recordar y hacer presente que también en tal periodo histórico-coexistió otro gran iluminista italiano³ Gaetano Filangieri, quien en su

3 Vittorio Frossini dice sobre Filangieri: «Con la grande obra de Filangieri, por la segunda vez en el siglo XVII la cultura jurídica italiana se enaltecía con este representante de la civilidad jurídica europea. En el año 1764 apareció el opúsculo de Cesare Beccaria, *Dei Delitti e delle pene*, que fueron los gritos que revolucionaron la conciencia civil contra la barbarie judicial de la tortura y de la pena de muerte, la cual fue traducido por primera vez en francés en el año 1766, para luego ser traducido en catorce lenguas. La «Ciencia de la legislación» se publicó en Florencia en el año 1782, en Venecia en el año 1782, en Milán en el año 1784, en Catania en 1786; en el año 1784 fue traducido en alemán, en el año 1787 se tradujo al castellano, en el año 1783 parcialmente en ruso, en inglés en el año 1806, en sueco en el año 1814. [...]En el tratado de Filangieri, éste analiza la obra de Beccaria [al cual conoció], apreció la obra, como también lo criticó, él representa la cultura iluminista de Napoli (Frossini en Filangieri, 1984, p. X).

obra *Ciencia de la legislación*, publicada en Nápoles en el año 1780, al realizar un disquisición sobre la tortura y, por ende, la confesión dice

[si el lector me consciente, he realizado una traducción de la reimpresión de la obra del 1780 sobre el pensamiento de éste gran iluminista partenopeo, acerca de la temática que estamos desarrollando, porque es de una docta disquisición erudita que comparto con ustedes]: ¿Cuál es el motivo por el cual se da la tortura? Se recurre a éste feroz experimento para obtener del reo la confesión de haber cometido el delito, o para tener conocimiento de los cómplices que han colaborado en la violación a la ley. El primer motivo es el más frecuente. Veamos sobre qué derecho puede ser fundado. Se supone que el acusado al cual se inflige la tortura es efectivamente culpable de aquel delito por el cual es acusado, y que para condenarlo se necesita su confesión por defecto de las pruebas. En esta hipótesis, yo me pregunto, ¿el magistrado tiene el derecho de pretender del reo la confesión de la comisión del delito? A cada derecho se supone que corresponde una obligación. Si el magistrado tendría este derecho, el reo, por lo tanto, tendría el deber de revelarle la comisión del delito. Ahora bien, ¿un deber contrario a la primera ley natural, puede ser un deber? La primera ley de la naturaleza es aquella que nos obliga a la conservación de nuestra propia existencia. Si a pedido del magistrado sobre la verdad de la acusación que es contra mi persona, yo fuese obligado a confesar el delito cometido, y si esta confesión conlleva a la muerte, yo me encontraré en este caso entre dos deberes opuestos, y no podría satisfacer el uno sin violar el otro. Si el pacto social me obligase a esta confesión, el pacto social me obligaría a violar una ley natural anteriormente determinada: el pacto social sería nulo. Si el pacto social me obligase a confesar mi delito, el mismo pacto obligaría, aunque, a cualquier reo de cualquier delito, de someterse espontáneamente a las manos de la justicia para sufrir el meritado castigo. Entonces éste pacto social se degeneraría, en este caso, en un pacto evidentemente contrario a la naturaleza de los pactantes. No es este el espíritu de aquella primitiva convención que todos los individuos de la sociedad implícitamente ratifican. La segunda parte de una ley dice Hobbes, es decir aquella que contiene la sanción penal no es más que una orden directa a los magistrados. En efecto, no hay ley que ordene al ladrón o al homicida a ir espontáneamente a la horca.

Si el reo no tiene el deber de confesar la comisión del delito, como se ha demostrado, el magistrado no puede —por tanto— tener el derecho de exigir de éste la confesión. Si el reo violase una ley eterna de la naturaleza, confesando su capital delito, el magistrado condenándolo a los tormentos de la tortura para inducirlo a confesar, castiga; por lo tanto, un silencio en él, sin violar la ley de la naturaleza que le obliga a guardar silencio. (Filangieri, 1984, p. 448)

Dezza (2013) sostiene

[d]a tale disegno scaturisce un procedimento nel quale si manifestano due principi ricorrenti nel pensiero Filangieriano, individuabili l'uno nel ruolo

decisivo attribuito alla legge e alla sua esatta applicazione, l'altro nella insopprimibile esigenza di difendere la dignità, la libertà e i diritti del cittadino (p. 121).⁴

[...] de tal diseño se extrae un procedimiento en el cual se manifiestan dos principios recurrentes en el pensamiento filangieriano, individualizados, por un lado, en el rol decisivo tiene la Ley y su exacta aplicación, de otro en la insuprimible exigencia de defender la dignidad, la libertad y los derechos del ciudadano [Traducción propia].

Es necesario epitomar la obra de Thomas Hobbes⁵, en la cual se puede apreciar que ninguno ser humano está obligado a la autoincriminación, parafraseando al autor: igualmente no tiene validez un pacto en el que uno declara en contra sí mismo, sin la seguridad del perdón. En la condición natural de hecho, en que cada hombre es juez, no existe puesto para la acusación (Hobbes, 2006, p. 114).

Es innegable el gran aporte de los pensadores iluministas (ilustración, *lumières*) y en especial de los iluministas italianos⁶ (Capone, 2006, pp. 5515 y 5516), en el haber elaborado los presupuestos filosóficos para desterrar la falsa idea de que el imputado estaba obligado a colaborar a cualquier costo con el juzgador (argumentos avalados por la doctrina del pasado). La reacción iluminista contra un tipo de proceso que consideraba al imputado como un simple objeto de prueba produce todo un cambio en el modo de entender el rol procesal que juega el imputado en el proceso (Grevi, 1972, p. 8).

1.2. En el sistema del *common law*

El derecho al silencio surge en Inglaterra en base a la creatividad jurisprudencial y a la valentía en un primer momento del juez Dyer, quien, en el año 1568, siendo presidente del *Court of Common Pleas*, concedió un *habeas corpus* con el cual se liberó a un imputado que había sido forzado a la

4 Dezza afirma «Filangieri, en su obra *Scienza della Legislazione*, dedica un riguroso estudio al proceso acusatorio diseñado y detallado analíticamente que hoy está en boga al menos en Europa.

5 Ferrajoli (1990) señala que «Nemo tenetur se detegere es la primera máxima del garantismo procesal acusatorio enunciada por Hobbes y recibida a partir del siglo XVII en el derecho inglés» (p. 623).

6 La ilustración en Italia se introdujo especialmente por los pensadores franceses, es claro que la ilustración italiana no fue simple repetición de la ilustración francesa, es así que surgió y se consolidó en el medio intelectual la denominada «filosofía de la experiencia».

autoincriminación; el argumento de su decisión fue *nemo tenetur seipsum prodere* (ningún hombre podrá ser forzado a producir evidencia contra sí mismo). Pero el verdadero caso relevante es el caso de John Lilburne, más conocido en el argot jurídico como el caso del señor Freeborn, en el cual el derecho al silencio encontró su histórico reconocimiento. John fue un acérrimo opositor al sistema monárquico; denunciado y condenado es llevado al Star Chamber —órgano Judicial competente para conocer los delitos contra la autoridad del Estado, el cual tenía el poder de utilizar la tortura, disponer el traslado coactivo del investigado y de interrogarlo bajo juramento— por importar e imprimir libros de carácter sedicioso y herético. En 1648, la Cámara de Lords acogió el recurso de Freeborn John y declaró nula la sentencia. Fue al final de 1600 que el derecho a la no autoincriminación se consolidó no solo en los tribunales Eclesiásticos, sino también en todas las jurisdicciones del *common law* (Di Bitonto, 2008, p. 33; Fanchiotti, 1999, pp. 507 y ss.).⁷

II. EL DERECHO AL SILENCIO EN LA ACTUALIDAD

En la época contemporánea, el reo se encuentra al centro del proceso penal, ya sea en el ejercicio de sus derechos y de sus obligaciones, éste es considerado en base a los derechos que le son inherentes, los cuales encuentran su fundamento a nivel local en el derecho constitucional, y a nivel internacional en las normas e instituciones sobre nacionales. Podríamos decir que el derecho constitucional y procesal penal se compenetran, por un lado, el derecho constitucional considera el derecho fundamental de la persona en su forma o posición estática, mientras el proceso penal lo considera al derecho fundamental de la persona en la forma dinámica-procesal (Guarneri, 1954, p. 235).⁸

7 «Es una garantía reconducible a la elaboración conceptual madurada principalmente en los ordenamientos del *common law* en donde el derecho al silencio encontró pleno reconocimiento a mita del siglo XVII, cuando fue sancionado el juramento *ex-officio* al acusado de frente a la corte Eclesiástica. El reconocimiento explícito de este derecho se puede encontrar en V enmienda de la constitución federal de los Estados Unidos de América 1971 donde establece «a nadie se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal» (Fanchiotti, 1999, pp. 507 y ss.). El caso de los Estados Unidos de América ha sido muy tortuoso y polémico al respecto.

8 Agrega el autor «como la personalidad moral del imputado no podría degradarse a simple objeto de investigación, sino solo por necesidad y en los límites establecidos por Ley, por más que él se haya manchado de un delito, queda siempre un sujeto dotado de dignidad humana.

En este binomio dialéctico de valores y leyes, el derecho al silencio nace como límite al extra poder de la autoridad judicial, de ese poder autoritario en el momento de interrogar al imputado. Se origina también como forma de protesta en contra de aquellos que hacían del proceso penal un proceso arrogante, mezquino, prepotente, que no conocía límites y mucho menos respetaba garantías que podía tener cualquier ser humano. El derecho al silencio es un valor, reconocido y protegido al interno del proceso, es un derecho que defiende la vulnerabilidad del imputado en el ámbito de la relación con la autoridad.

Parfraseando a Franco Cordero, citado por Giovanna Stanzone (2017, p. 3): «Existe un espacio en el ser humano, *el suum*, que es el recinto del Yo, que incluso el derecho no puede penetrar, es el derecho a la inviolabilidad del alma. El derecho al silencio es la puerta que cierra aquel recinto, en el proceso penal hace que el imputado, y solo él elige abrirlo o cerrarlo».

Por fines didácticos acerca del derecho al silencio, hemos dividido su estudio en: silencio en el sistema inquisitivo y silencio en el sistema acusatorio.

2.1. El silencio en el sistema inquisitivo

En este sistema, el imputado era visto con sospecha, indicio suficiente para condenarlo y conducirlo a la tortura. El interrogatorio era el corazón de todo el procedimiento, el momento central de la acusación era el interrogatorio, y el reo tenía la obligación de decir la verdad, en caso contrario el juez acusador disponía de cualquier medio para ejercer presión psicológica o física, a fin de obtener la respuesta del reo. Al decir de los historiadores, el padre legítimo de la tortura es el interrogatorio. Aquí las dos figuras procesales se unían para formar el binomio acusador y juez, la sujeción del imputado era de sumisión al poder de la autoridad judicial. El silencio era el enemigo del proceso, es evidente aquí ese poder ilimitado del juez-inquisidor en la verificación de los hechos, según el cual ningún precio es demasiado alto, cuando el objetivo es la búsqueda de la verdad material⁹

Y esto se deberá tener en cuenta en sede de investigación para la adquisición de la prueba; resultando así que los métodos o procedimientos probatorios contrarios a la ética o las normas jurídicas de tutela de los derechos de la personalidad son inadmisibles en el proceso.»

- 9 Verdad sustancial o material, es decir, una verdad absoluta y omnicomprendiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Es evidente que esta pretendida verdad sustancial, al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, de hecho ampliamente

y la represión de la criminalidad¹⁰. Con el uso de la fuerza, el imputado es llamado a hacerse acusador de sí mismo, convirtiéndose así en fuente de prueba en su mismo proceso. El imputado se convierte en colaborador del juez-acusador, con el único fin de que no se paralice la máquina de la justicia.

2.2. El silencio en el sistema acusatorio

Previamente, debemos decir que el sistema acusatorio vive de principios imprescindibles: el principio de separación entre acusa y órgano que decide, la formación del saber procesal se basa en el contradictorio entre las partes, quienes presentan tesis y antítesis que deben componerse en la síntesis de la decisión de un juez, tercero e imparcial. El principio de presunción de inocencia, la inviolabilidad de la defensa, los cuales presuponen la tutela de la libertad moral del imputado y de su autodeterminación. El imputado ya no es más medio de prueba, es tratado como persona como sujeto titular de derechos y destinatario de garantías.

El acusador, en su posición privilegiada, tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del imputado, respecto de su presunta inocencia. La valoración de la prueba es regulada de un conjunto de normas rigurosas, normas que delimitan la actividad de conocimiento del juez.

Para que se pueda decir que un proceso penal sea garantista en cuanto al derecho al silencio, es necesario delimitar dos cosas: por un lado, la prerrogativa punitiva del Estado, donde demuestra su autoridad, pero también donde demuestra su propia función en reconocer al imputado o indagado el derecho inviolable al silencio y a no participar a la propia autoincriminación. Por otro lado, es innegable que el órgano acusador en la etapa de las diligencias preliminares, tiene una posición fuerte y privilegiada, el derecho al silencio trataría aquí de reequilibrar o de balancear posiciones.

Illuminati (1988), al referirse a estos dos sistemas procesales, señala que

[...] surgieron con grande determinación dos modelos culturales, un diverso modo de entender las relaciones entre el ciudadano y la autoridad del Estado. Surge la afirmación según el [sic] cual el proceso acusatorio sería la expresión de los regímenes democráticos y el proceso inquisitivo de los regímenes autoritarios (pp. 1-10).

arbitrario; así como que el cognoscitivismo ético sobre el que se basa el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal (Ferrajoli, 1990, pág. 17).

10 Stanzione (2017, pág 7) hace referencia a Nobili.

III. ONTOLOGÍA DEL DERECHO AL SILENCIO

3.1. ¿Qué tutela el derecho al silencio?

El profesor italiano Vittorio Grevi refiere que «el silencio del imputado tutela los valores de la libertad y de la dignidad de la persona humana» (1972, p. xx); el presupuesto base de todo proceso penal es el respeto del derecho a la dignidad del imputado, del indagado, incluso del testimonio; respetar su autodeterminación y su derecho al silencio.

El proceso penal tiene como fin principal la persona humana, verdad innegable en caso de la dignidad del imputado.

Todas las libertades, todos los derechos son banales, si el proceso no es fundado en el respeto de la dignidad de la persona humana. El principio de la dignidad humana es uno de los principios supremos intangibles de los ordenamientos constitucionales modernos (Stanzione, 2017, p. 22).

Al respecto, Francesco Viola, el filósofo del derecho, nos ilustra que la dignidad humana se ubica por encima de los ordenamientos jurídicos, de los sistemas políticos y de las doctrinas morales. Comprender el concepto de «dignidad humana» es entender en qué consiste esta calificación normativa atribuida al ser humano. *Dignitas* indica excelencia o superioridad moral. ¿En qué consiste esto? ¿Es propio sólo del ser humano? ¿En qué modo debería ser justificado? En este sentido, las teorías de la dignidad humana se dividen en dos categorías: Las que unen este valor moral a determinadas características ontológicas; y aquellas que lo hacen depender de factores de progreso que influyen en el desarrollo histórico del ser humano. A la primera la denomina teoría de la *dotazione*, y a la segunda, teoría de la *prestación*. Para la primera teoría todo ser humano tiene dignidad desde el momento de su existencia, desde el momento que nace, ya el solo hecho de existir le atribuye una dignidad. En cambio, la teoría de la prestación es más focalizada al mérito, al poder, a la virtud, a los logros personales, a los resultados del quehacer humano y el de construir su propia identidad (Viola, 2006, pp. 2863-2865; Viola, 2008, pp. 102 y ss.)¹¹.

11 Viola (2006) señala que «La ética de los derechos, hoy prevalente, se basa en la idea que a todos los seres humanos se le debe una igual consideración, respeto y que la dignidad humana es inviolable. Que incluso el peor delincuente tiene una dignidad humana por el solo hecho de ser hombre» (p. 2864)». Vincenti (2009, p. 12) refiere lo siguiente: «El carácter de élite era más visible en la dimensión política social en el mundo romano donde el término *Dignitas* era usado para indicar el rango o grado y esto era ligado al mérito y por lo tanto la disparidad

La dignidad humana se traduce en la libertad como autonomía para determinar sus propios fines. Se puede inferir que la mortificación de la dignidad sigue a situaciones en las que se revela la sujeción de un hombre a otro, con la privación de la libertad de autodeterminación, y se perpetúa cuando el hombre es reducido a herramienta (D'Agostino, 1993, pp. 252 y ss.).

En nuestro ordenamiento constitucional, la dignidad humana¹² está configurada como un valor jurídico, tiene naturaleza fundamental; la dignidad es un valor, una entidad ideal, en el común pensar y sentir es reconocida en positivo, y es destinataria de reconocimiento privilegiada en términos de tutela y protección fuera de la realidad jurídico-normativa. Tiene eficacia vinculante, tiene sustento constitucional, su dimensión jurídica es bien definida; en síntesis, es un valor que ha pasado a ser un derecho positivo.

Se define a la dignidad de la persona como valor superior (España), principio jurídico de valor constitucional (Francia), también se expresa como derecho subjetivo como ocurre en la *Constitución* alemana y en otros textos constitucionales.

La dignidad de la persona también constituye el fundamento de todos los derechos humanos, siendo así el núcleo o germen de los derechos (Vernet, 2011, pp. 425 y ss.). Por tal motivo, el respeto de la dignidad impide tratar a cualquier hombre como un objeto o instrumento, sea por parte del Estado o de los demás. En consecuencia, la dignidad de la persona se relaciona con otros principios o valores constitucionales, como la libertad, igualdad y justicia.

de uno contra el otro era de sí evidente. Es menester hacer referencia el siglo de la Ilustración, los grandes temas que exaltaron en un primer momento fueron la razón, la libertad, el rechazo al principio de autoridad, para llegar luego a la defensa de su dignidad». Kant (2007, pp. 47 y 48) dice «En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad».

- 12 *Constitución Política del Perú 1993*. «Artículo 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». / «Artículo 3. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo 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. [Énfasis agregado].

La primera referencia la encontramos en el preámbulo de la carta de Naciones Unidas de 1945. «a reafirmar la fe en los **derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana**, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas». [Énfasis agregado]. Es así como se expande en el constitucionalismo moderno.

El principio de la dignidad del imputado debe representar el respeto a la idea misma del proceso. La dignidad del imputado es la medida de valor de la disposición procesal y es la medida del valor de todo el proceso. El principio de la dignidad del imputado en el proceso penal debe ser seguido de un específico tratamiento jurídico en varias fases o grado del proceso que tutele efectivamente tal posición, porque si no el valor superior quedaría en un vacío de palabras o sería un canto de sirenas.

La dignidad actúa principalmente como límite muy claro a la acción del poder público en el ámbito del proceso penal, pero también actúa en forma implícita en cada derecho reconocido y garantizado al imputado en defensa de su propia persona. La dignidad del imputado es, entonces, un super principio con un contenido mínimo de los derechos de la persona.

Para citar las palabras de Stazione, si se subordinara la dignidad del imputado a los fines públicos o privados del proceso —justicia, verdad, aplicación de la ley, la emisión de la sentencia, punición del culpable—, se elaboraría una excesiva inversión en cuanto a perspectiva: no es la dignidad que debe ser subordinada a los fines del proceso, es más bien el objetivo del proceso el que se debe armonizar con la dignidad.

El derecho al silencio firmemente condensado a la protección del sujeto de cualquier intromisión moral a la no autoincriminación representa una garantía ineludible en un proceso penal inspirado en valores constitucionales. Como muy bien lo resume Roxin, «el derecho procesal penal es el sismógrafo de la *Constitución Política* del Estado.» (Claus, 2003, p.10).

IV. ASPECTOS DEL DERECHO AL SILENCIO

4.1. Aspecto estático

El derecho al silencio del imputado tiene un aspecto estático, o sea, es un hecho, un comportamiento y su contenido será más o menos negativo según la interpretación que se podrá o deberá dar. Hay dos posiciones en el momento de la manifestación del derecho al silencio; primero, la conducta del que está en silencio; segundo, la conducta de quién interpreta el acto silencioso; es así cómo el intérprete del silencio es llamado a llenar el significado del espacio vacío creado por la ausencia de palabras.

4.2. Aspecto dinámico

El derecho al silencio en su aspecto dinámico está relacionado con otros derechos como el derecho a la libertad moral, con el derecho a la defensa, con el derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien, Giuliano Vasalli (1972) decía que la libertad moral se presenta en buena sustancia como derecho a no tener que sufrir ilícitas intromisiones de otros en la propia esfera psíquica y en la formación de la conciencia y del pensamiento ya que estos se encuentran vinculados en la formación de la voluntad (pp. 393 y ss.).

4.2.1. La libertad moral

Es más que nada libertad negativa, su ámbito de acción es la relación entre individuos en el seno de la organización social, en la relación entre individuo y Estado, donde se percibe la libertad de autorrealización de la persona como libertad de desarrollo libre y autónomo con la propia interioridad y con el propio cuerpo-libertad.

A la libertad moral, en la actualidad dentro el proceso penal, se le dan formas que tratan de menoscabarla, o sea, mediante el uso de los métodos de la neurociencia en la búsqueda de la verdad procesal. Por ende, se regresa entonces a la vieja idea que reduce a la persona a un simple objeto de prueba, esta técnica de *memory detection*, el test a-I.A.T. [Autobiographical-IAT], sirve para verificar la fiabilidad del testimonio, es un procedimiento invasivo al interior de la mente de un sujeto¹³.

El uso de esta técnica, denominada neurociencia, para verificar la veracidad de la declaración de una persona genera mucha perplejidad, por más que existan criterios estables en la adquisición de la prueba científica, este método es lesivo a la libertad moral del sujeto declarante.

En nuestro ordenamiento, el uso de este instrumento está prohibido taxativamente por el *Código Procesal Penal* en cuanto perjudica la libertad

13 En los últimos años se está asistiendo a un notable desarrollo de la neurociencia, la cual, estudiando la relación entre el cerebro y el comportamiento humano, acarrea contribuciones útiles no sólo en campo científico, sino también en el ámbito jurídico. La neurociencia ha contribuido con la técnica *neuroimaging* y el análisis genética, resultados útiles para la evaluación de la imputabilidad y para la determinación de la pena en concreto. Algeri, L. *Neuroscienze, infermità di mente e credibilità del dichiarante. Diritto penale e processo*. 11/2013, p. 1354. Kostoris, R. (2014). Genetica, neuroscienze e processo penale: brevi considerazioni sparse. *Rivista di diritto processuale*; p. 559.

moral de la persona. Pero por ironías del destino, el Tribunal Constitucional peruano ha admitido su uso en el ámbito laboral.¹⁴

Hay que destacar que el derecho de no incriminación encuentra su justificación y fundamento en el derecho a la libertad moral¹⁵, es decir la libertad de conservar la propia personalidad psíquica, la libertad de razonar libremente, la libertad de no ser engañado ni coaccionado, el derecho a no verse injustamente impuesto a un comportamiento, sea este pasivo o inerte.

A nivel europeo, la Corte de Estrasburgo, la Sección V, presidida por el juez Villiger, en la causa entre el señor Yuriy Volkov contra el Estado de la Ucrania, en la fecha 19 de diciembre del 2013, ha dicho en lo referido a la no autoincriminación: «La presencia de un abogado debe ser garantizada [...], desde el primer interrogatorio, con el fin de proteger al acusado contra la autoincriminación y en contra de posibles malos tratos o abusos.»¹⁶

4.2.2. El derecho a la defensa

Como hemos dicho anteriormente, el aspecto dinámico del derecho al silencio se relaciona con el derecho a la defensa, es decir, éste tiene un estrecho vínculo con la libertad de autodeterminación y con la libertad moral. El acusado debe ser libre en decidir cómo actúa en defensa de su derecho, esto es, defendiéndose, probando o haciendo uso de su derecho al silencio. En esta cadena surge también el derecho a la autodefensa, que tiene vínculo jurídico y moral en base al principio *nemo tenetur se detegere*, es decir, nadie

14 El caso «Polígrafo», recaído en el Expediente N.º 00273 2010-PA/TC, Sindicato Unitario de Trabajadores de Electrolima Empresas Concesionarias Eléctricas y afines-SUTEECEA. Pero el contrasentido viene a gala cuando en el fundamento 5 dice: «De otro lado, las conclusiones del examen del polígrafo pueden ser utilizadas como elemento de justificación para el inicio de un procedimiento o una investigación, pero no pueden ser utilizadas para la determinación de las responsabilidades a que hubiere lugar pues, como es sabido, la validez de la determinación de las responsabilidades en términos constitucionales exige que exista prueba suficiente que sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia». La pregunta sin respuesta es entonces ¿qué busca todo procedimiento o investigación?, acaso no busca responsables, someter al polígrafo a una persona busca la verdad y la responsabilidad o es un lujo de empresa someter a actos indignos a sus trabajadores.

15 En la *Constitución Política del Perú* de 1993, en su artículo 2, inciso 24, literal h, se refiere que «[n]adie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.» [Énfasis agregado]. Sabatini, G. (1962). *Polígrafo e libertà morale. Giustizia penale*, p. I, 1.

16 Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo a cura di Carlotta Conti.

puede ser obligado a actuar en daño propio, a la autodefensa la podemos clasificar en: pasiva y activa.

4.2.2.1. La autodefensa pasiva

Se representa en tres diversos aspectos del principio *nemo tenetur se detegere* —trasplantado del proceso del *Common law*—, el derecho a no ser interrogado por el juez —*right not to be questioned*—, el derecho a la no autoincriminación —*privilege against self incrimination*— y el derecho al silencio (Catalano, 2011, p. 4018)¹⁷.

4.2.2.2. La autodefensa activa

Es decir, el derecho a mentir. Esta forma de autodefensa fue rechazada en la época moderna, e incluso por el procesalista Carnelutti, porque era contraria al derecho a la mendicidad; por el contrario, la declaración del imputado era la oportunidad de reconocer y obligar a decir la verdad, la influencia carneluttiana creó la ideología de la carga de la verdad. Esta ideología decía que el comportamiento evasivo y mentiroso del imputado debería de ser medio de prueba utilizable por el juez en base a la regla de la experiencia para la formación de su convencimiento. Por cierto, ya en filosofía¹⁸, la polémica entre verdad y mentira era muy conocida. En esta perspectiva de intolerancia, Francesco Carnelutti expresaba que el imputado es el único

17 Derecho a defenderse en silencio puede explicarse en base a dos modelos: el modelo ideológico jurídico y el modelo o sistema procesal. La tutela de la libertad moral de la persona encuentra espacio en el ámbito de un sistema acusatorio garantista y en el contexto de un orden político que gira en torno a la persona humana y quien a la vez no es subordinado al poder público.

18 Es lícito mentir, es un diálogo imaginario entre Constant y el filósofo alemán Immanuel Kant, que rechazaba radicalmente la mentira, porque haría imposible la construcción de una sociedad; la mentira es la degradación y, en cierto modo, la anulación de la dignidad de la persona, y afirma que decir la verdad es un deber absoluto. Constant, sin embargo dice que es posible mentir para proteger a un amigo, que el deber de la verdad es tal solo respecto a quien tiene derecho a la verdad (Kant & Constant, 2012; Marcoaldi, ; Ramírez, 2004). En nuestra modesta conclusión la mendacidad es lícita según las circunstancias, situaciones y solo aceptable en caso de fuerte necesidad. La discusión acerca de la mentira no era un hecho novedoso. Muchos autores de la Antigüedad habían planteado situaciones similares a las que dieron origen a la polémica entre Constant y Kant. En el *De mendacio*, San Agustín propone el caso de las matronas hebreas que mienten a las autoridades egipcias para evitar la muerte de los neonatos varones [Ex. 1, 15-20], como muy bien nos detalla Juan Antonio Cabrera Montero (Gopnik, 2017, p. 31). Los grandes escritores usan la mendacidad como método para atraer lectores, mientras los tiranos lo usan solo para reforzar el dominio sobre otros (Cazzullo, 2015, p. 6).

que sabe la verdad de los hechos y solo él los conoce y se le tiene que extraer la verdad (1947, pp. 165 y ss.). En la lógica de Carnelutti sería justo obtener forzosamente la colaboración del imputado a pacto de no usar métodos demasiados atroces, decía también que la pena era una medicina, un remedio, y que era necesario convencer al imputado a admitir su propia culpa. Esta lógica carneluttiana hoy por hoy no sería admitida, aunque existen rezagos inquisitivos en la actividad procesal.

Por un lado, desde un punto de vista filosófico, Benjamin Constant, y, por otro lado, desde el punto de vista jurídico, la doctrina italiana, entre otros, Franco Cordero y la jurisprudencia italiana se opusieron, sosteniendo que la mentira es *Facultas agendi*, y es intrínseca al *ius tacendi*. Al respecto el procesalista Cordero dice: «al imputado se le reconoce una soberanía en su libertad de acción, la que se exterioriza en un comportamiento silencioso o en una declaración mentirosa, y —sigue el autor— que el derecho de defensa incluye el de silencio y el de mendacidad».

En la teoría general del proceso, es común contraponer la acusa y la defensa. En la noción técnica de acusa y defensa, se observa que, en la primera, se afirma la hipótesis y la existencia de un hecho-delito, el fiscal solicita la punición, narra los hechos penalmente relevantes, en función explicativa se llama Tesis. En cambio la segunda —defensa—, evidencia el elemento más favorable que es la presunción de inocencia, proyectando así la antítesis; destinando ambas a ser superadas en la síntesis por la decisión del juez (Gardino, 1983, p. 1; Cavini, 2017, p. 169)¹⁹.

Se ha consolidado la tesis según la cual la defensa, además de integrar un derecho del imputado, también integra una condición de regularidad del proceso. De ahí la sugerencia que evoca una doble alma, por un lado, la defensa técnica cual elemento irrenunciable de la relación procesal penal, y por otro el derecho primario de rango constitucional, proclamado inviolable en todas las etapas y grados del proceso, condensado a ello la garantía para correcta verificación de los hechos²⁰.

19 El autor refiere que el derecho a ser asistido por un abogado en el procedimiento penal y en la ejecución del arresto Europeo, el derecho a informar a un tercero al momento de la privación de la libertad y el derecho de la persona privada de su libertad personal de informar de inmediato a un tercero y a la autoridad consular. Con Decreto Legislativo N 184 del 15 de setiembre del 2016, el Estado Italiano ha implementado la Directiva Europea.2013/48/UE relativa a determinados aspectos del derecho de defensa del imputado.

20 Al respecto, Scaccianoce (2015) expresa «el imputado tiene derecho a permanecer en silencio y el derecho a mentir —conducta que, en la práctica, bien puede minar la existencia del

La noción de defensa penal es muy controvertida, una parte de la doctrina la identifica como con la función dialéctica contra opuesta a la acusa, que el imputado —autodefensa— y su defensor —defensa técnica— ejercitan de frente a un juez imparcial (Ferrua, 1988, p. 466; Nappi, 2005, p. 370; Galati & Zappala, 2001, p. 205; Bianco, 2016, p. 33. Musso, 1999, p. 7).²¹.

Doble es el fundamento del derecho de defensa, como función del proceso; por un lado, como derecho fundamental y, por otro, como garantía de la correcta verificación judicial. En el primero está en juego una opción de civilidad de tutela de la libertad, que marca un primado de los medios sobre los fines: un sistema de verificación preordenado al aplicar la pena no puede dejar al margen del proceso a quien es propenso a sufrirla. Se le debe consentir el diálogo, con igualdad de oportunidades, sin mayor título de quien tiene interés en la punición del culpable, es decir el acusador. El otro punto es la defensa como garantía objetiva, esta expresa una elección gnoseológica, eminentemente utilitaria, auxiliar a los fines del proceso. Aquí es donde se contraponen los razonamientos y las deducciones de la acusa y los razonamientos y deducciones de la defensa. En términos modernos, es la convicción de que la mejor manera de contrastar la validez de la acusa es instaurar el contradictorio entre quien formula la acusa y quien siendo imputado destinatario, tiene interés para refutar o contrastar los hechos imputados, irónicamente podríamos decir que es un abrazo a la discordia.

El derecho al silencio y la presunción de inocencia, en el libro áurea de Beccaria, en el título XVI de la tortura dice: «[u]n hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección, sino cuando esté decidido que ha violado los pactos

proceso—; el imputado puede de hecho contaminar las pruebas, asumiendo las consecuencias procesales y sustanciales» (p. 56). Poner en el problema del abuso de la defensa en la óptica de la defensa técnica abre escenarios delicados. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano reconoce también el doble alma del derecho de defensa en la sentencia recaída en el expediente N.º 03597-2007-PHC/TC (considerando segundo), al referir «[q]ue el derecho de defensa tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo o la omisión del cumplimiento de una obligación; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso.»

- 21 El autor evoca el artículo 24, 2 de la constitución italiana, que preceptúa: la defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento. La inviolabilidad del valor «defensa», que el destinatario debe observar cada vez en que el valor viene en juego (Ferrua, 1988, p. 466; Nappi, 2005, p. 370; Galati & Zappala, 2001, p. 205; Bianco, 2016, p. 33. Musso, 1999, p. 7).

bajo que le fue concedida. ¿Qué derecho, sino el de la fuerza, será el que dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano, mientras se duda si es reo o inocente?» (2015, p. 39).

Hablar de la **presunción de inocencia** significa poner al centro de la discusión procesal la relación entre la persona y poder público, hacer prevalecer el primero sobre el segundo, de aquí recabamos cómo nace la fuerte conexión que une la presunción de inocencia²² a los sistemas garantistas de la justicia penal. En un Estado constitucional de Derecho, el modelo procesal tiene como referencia la tutela del inocente.

En doctrina se tiene que la presunción de inocencia tiene doble significado, por un lado, como regla de tratamiento que se dirige a tutelar al imputado y, por otro lado, la regla del procedimiento que sería el fulcro central del sistema acusatorio.

El derecho del imputado es también que la formulación de la acusa se sustente en válidos argumentos de cargo y de descargo; incluso si no existieran válidos fundamentos, el fiscal solicitará al juez según el numeral 2 del artículo 61 del *Código Procesal Penal* al referir que «2. Conduce la Investigación Preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no sólo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, **sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado**. Solicitará al juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo.» [Énfasis agregado].

Como dijo Beccaria (2015), «[t]oda pena, dice el gran Montesquieu, que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica». Por lo tanto, la presunción de inocencia, garantiza el derecho al silencio del imputado a no participar o a no colaborar a la propia culpabilidad.

Al respecto, Mario A. Cattaneo²³ nos dice que es evidente que el valor a la verdad, implica una rígida y celosa tutela a la inocencia, el proceso penal

22 *Código Procesal Penal*. Artículo II.- Presunción de inocencia. 1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

23 Cattaneo (1995) hace referencia a los arrepentidos, colaboradores de justicia, en resumen dice que la inocua ley denominada de los «pentiti» ha puesto en peligro propio la tutela de la inocencia, atribuyendo a ciertos delincuentes oportunistas la calidad de grandes acusadores (p. 73).

debe desarrollarse en manera clara y que no se deje llevar por indicios débiles y evite la pena a un inocente (1995, p. 73).

En la actualidad se ha consolidado la idea prevalentemente que los derechos individuales o subjetivos giran al centro del proceso penal; se ha consolidado también en nuestro medio que el estudio del proceso penal se realice desde una óptica constitucional (Alvazzi & Serges, 1992, pp. 11 y ss.).

V. EL DERECHO AL SILENCIO EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL PERUANO

El legislador peruano, haciendo suyo el patrimonio común europeo en materia de tutela de los derechos del investigado, del imputado, introduce en varios artículos del *Código Procesal Penal* peruano²⁴, mecanismos de tutela a los derechos del investigado-imputado-persona.

La modalidad de actuación del derecho al silencio en el Perú se da en fase policial, fiscal y ante el juez, y en orden a los diversos momentos procesales, la autoridad tiene la obligación de advertir al imputado que tiene el derecho de abstenerse de declarar. El artículo 71 hace referencia muy explícita a la **Policía Nacional**, entre los sujetos que están vinculados en formular el advertimiento. Corroborado con una de sus atribuciones, en el artículo 68, «[l]a Policía Nacional en su función de investigación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior y en la normas sobre la investigación, bajo la conducción del Fiscal, podrá realizar lo siguiente: h) Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, **informándoles de inmediato sobre sus derechos.**» [Énfasis agregado]. Estas disposiciones aclaran cualquier duda acerca de la operatividad del derecho al silencio incluso en sede investigativa policial, en la parte que establece que la obligación de informar sobre los derechos que tiene toda persona —indagado, indiciado, encausado, imputado—. El espíritu garantista de nuestro *Código* coloca a

24 El numeral 2 del artículo IX del Título Preliminar del *Código Procesal Penal* establece que «[n]adie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad». Asimismo, en su artículo 71 señala, como uno de los derechos de los imputados, «[l]os **Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional** deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a: (...) d) **Abstenerse de declarar**; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia(énfasis agregado).

la persona humana al centro del esquema del proceso penal, disciplinando la relación entre órgano investigador y el investigado, lo hace con mucha cautela ya que la experiencia de un cercano pasado nos ha enseñado que, constantemente, se han utilizado mecanismos coercitivos para extraer palabras al investigado con el clásico método de la tortura. El punto de referencia para la tutela del derecho del imputado en *primis* es la *Constitución Política* y las convenciones internacionales sobre derechos humanos, el *Código Procesal Penal* debe ser interpretado a la luz de la *Constitución*, esto es la brújula, un mapa de orientación que ilustra la forma como debe ser un proceso penal moderno²⁵.

25 La Corte Constitucional colombiana, mediante sentencia C-782/05, ha referido que «[h]a sido pues una preocupación constante del Constituyente colombiano, **garantizar el principio de la no autoincriminación del imputado, pues él en ejercicio de su derecho de defensa tiene la posibilidad de hablar o de callar, es decir, sólo él tiene la facultad de decidir sobre su propia declaración.** Ahora, los derechos de defensa y de no autoincriminación no se limitan a las prescripciones de derecho interno consagradas en la Constitución de 1991, sino en tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Humanos (Ley 74 de 1968), y la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), en los cuales se establecen unas garantías mínimas que recogen elementos sustantivos del derecho de defensa, los cuales ineludiblemente han de ser tenidos en cuenta, en virtud de lo dispuesto por el artículo 93, inciso segundo de la Carta Política, en el que se establece que: “[l]os derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”».

En ese sentido, es relevante traer a colación el artículo 8 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* o *Pacto de San José de Costa Rica*, referente a las garantías judiciales, el cual consagra 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.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable».

Por su parte, el *Pacto Universal de Derechos Humanos*, en su artículo 14 dispone lo siguiente:

«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 sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil [...].»

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

Es necesario aquí puntualizar que el derecho al silencio emerge y se consolida, en todos los ordenamientos modernos, en función de poner el límite al extrapoder de la autoridad judicial con respecto al imputado sometido a interrogatorio (Grevi, 1972, p. 6).

¿Cuál es la razón de ser del derecho al silencio? En este orden de ideas, es preciso aclarar que el derecho funciona cuando el acusado está en contacto directo con la autoridad, la razón es evitar que el sujeto acusado no pueda ser inducido en error o a malos entendidos, con la falsa esperanza y expectativa en dar declaraciones, respuestas y obtener supuestas ventajas en el proceso. Lo que se quiere es colocar límites a los abusos cometidos por la Policía Nacional, dejar de creer en la falsa idea de Carnelutti, que el imputado es el grande colaborador de la verdad, esa es una idea errónea.

Es común ver que en los procesos penales el imputado después de haber confesado el delito ante la policía o durante las diligencias preliminares, cuando está frente al juez, declara que su confesión fue extraída usando violencia o engaño (Luparia, 2006, pp. 31 y ss.). Por ello, bien hace nuestro Código Procesal, en el artículo 160, y preceptúa que la confesión: 2. Solo tendrá valor probatorio cuando: a) **Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción**; b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas; c) Sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado; y, d) Sea sincera y espontánea. [Énfasis agregado].

Es necesario hacer referencia que el testimonio es también tutelado por este derecho, cuando se preceptúa en el numeral 2 del artículo 163 de nuestro *Código Procesal Penal* que el testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos de los cuales podría surgir su responsabilidad²⁶, de igual manera

[...]

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable».

Como queda visto, el proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. También cumple su finalidad constitucional cuando absuelve al sindicado. Es decir, a éste le asiste en todo momento la presunción de inocencia y el derecho de defensa, consecuencia de lo cual se impone el in dubio pro reo, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, éste acorazado con la presunción de inocencia debe ser absuelto.» [Énfasis agregado].

Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-782-05.htm>

26 Idéntico al *Código Procesal Penal* italiano, el cual refiere, en el numeral 2 de su artículo 198, que «Il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale.»

está disciplinado en el desarrollo del interrogatorio al señalar que «el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de las responsabilidades», pero el rezago inquisitivo llega a lo paradójico de lo paradójico cuando en propio artículo dice «y **prestará juramento o promesa de honor de decir la verdad, según sus creencias**», ¿cómo se hace para descubrir la verdad? El numeral 3 del artículo 164 refiere que «[s]i **el testigo no se presenta a la primera citación se le hará comparecer compulsivamente por la fuerza pública.**» [Énfasis agregado] ¿Acaso esta compulsión no es violar la libertad moral?

El derecho al silencio es una toma de posición importante en la evolución del proceso penal, ya que como principio no incentiva a pretender la colaboración o presentación de elementos útiles de la persona sometida a investigación que le conlleve la propia culpabilidad. El derecho al silencio representa el reconocimiento de un cierto valor, en el caso en especie es el derecho de defensa (Corso, 2000, pág. 173 y ss.).

Se podría decir que el derecho al silencio va encuadrado en el más amplio derecho de imputado de no colaborar a la propia condena; en este sentido, el imputado tiene el derecho de no colaborar con su propio cuerpo o con la propia persona al proceso.

El derecho al silencio del imputado es solo sobre hechos propios y no sobre hechos de terceros. Cuando el imputado hace referencia a hechos de terceros, el derecho al silencio no es reconocido.

¿Qué valor probatorio tiene el silencio? El silencio *del imputado* puede producir una mala impresión, en el ánimo del fiscal o juez, más aun si se trata de personas poco sensibles a la exigencia de respeto de la libertad moral del imputado, tal impresión en teoría no podría influenciar el libre convencimiento del juez, quien debe realizar un análisis lógico y motivar su sentencia. Es de evocar aquí el trabajo del juez y para ello quiero epitomar a Umberto Vincenti quien dice: «el Juez es una persona naturalmente justa: recurrir al juez, decía Aristóteles en la *Ética Nicomachea*, es como andar a la justicia: “el Juez es como la Justicia encarnada”» (2013, pág. 36).

En conclusión, retornando a nuestro discurso central sobre el derecho al silencio del imputado, podemos decir que este es neutro, el ordenamiento le reconoce un derecho de rango constitucional, el derecho del imputado de abstenerse de declarar, no puede incidir o producir consecuencias negativas al imputado, sea esta de carácter probatorio, en función de la determina-

ción de la pena o a fin de evaluar la subsistencia de elementos a integrar los presupuestos de una medida cautelar (Stanzione, 2017, pág. 111).

El ejercicio del derecho al silencio por parte del imputado no puede constituir prueba libremente valorizada por el juez, no puede ser interpretado desfavorablemente hacia él.

Al centro de cada proceso penal hay una necesidad de saber si el acusado es culpable o inocente. En términos más técnicos, se puede decir que el objeto del proceso penal es la hipótesis avanzada por parte de la fiscalía. El proceso penal, por tanto, también constituye una especie de técnica social directa a garantizar que la reconstrucción del hecho reunido con la sentencia final puede ser considerada verdadero (Capone, 2016-2017, p. 15).

Finalmente, compartimos lo que dijo Norberto Bobbio: «los derechos pertenecen a la historia y es uno de los principales indicadores del progreso histórico, y éstas están en una continua expansión, son el resultado de una lucha por la defensa de nuevas libertades en contra de viejos poderes.» (Bobbio, 1990, pág. 23 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

- Alvazzi del Frate, P. y Serges, G. (1992). *Garantismo e inquisizione. Considerazioni sulla giustizia criminale in età moderna. La giustizia criminale nell'Italia moderna (XVI-XVIII sec.)*. Bologna.
- Corso, P. (2000). Diritto al silenzio: Garanzia da Difendere o Ingombro Processuale da Rimuovere? *Studi en ricordo Giandomenico Pisapia*. Milán.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Bianco, A. (2016). Secondo L'art.24 della carta costituzionale la «Defesa» e' un diritto inviolabile. *Diritto & dintorni*, Periodico dell'ordine Forense di Cantanzaro.
- Bobbio, N. (1990). *L'età dei diritti*. Turin.
- Camaldo, L. (2001). Immagine dell'imputato in manette, presunzione di non colpevolezza e tutela della libertà morale. *Cassazione penale*.
- Claus, Roxin (2003). *Derecho Procesal Penal*, 25.ªed. Buenos Aires: El Puerto.
- Capone, A. (2016-2017). *Storia, cultura e principi del processo penale (Introduzione ad uso degli studenti)*. Calabria.

- Carnelutti, F. (1947). *Lezioni sul processo penale*, volumen II. Roma.
- Catalano, E. (2011). *Diritto al silenzio, right not to be questioned e tutela dalla autocriminazione. Cassazione penale*. 11.
- Cattaneo, M. (1995). *Garantismo e Tolleranza*. Fiorenca.
- Cazzullo, A. (2015). *La crisis della verita. Revista la sette* 40. Italia, Milan.
- Cavini, S. Il diritto di difesa nell'individuazione di persone e nel mandato di arresto europeo. *Diritto penale e processo* 2/2017, p. 169.
- Corso, P. (2013). Quale difesa dall'abuso nella difesa? *Rivista italiana diritto e processo penale*.
- D'Agostino, F. (1993). *Filosofia del diritto*. Turin.
- Dezza, E. (2013). *Lezioni di storia del processo penale*. Padua: Pavia University Press.
- Enrico, M. (2000). Accertamenti non definitivi sulla responsabilita dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza. *Cassazione penale*.
- Fanchiotti, V. (1999). *Dal casomiranda al caso dickerson lo jus tacendi continua a far discutere. Diritto penale e proceso* 4.
- Ferrajoli, L. (1990). *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*. Bari.
- Ferrua, P. (1988). Difesa. *Digesto Penale*, tomo III, Turin.
- Filangieri, G. (1984). *La scienza della legislazione, Benjamin Constant, commento sulla scienza della legislazione*. tomo I, a Cura di Vittorio Frosini. Roma: Istituto poligrafico e zecca dello Stato.
- Galati, S. y Zappala, T. (2001). *Diritto Processuale Penale*. Milán.
- G. Capone Braga-G. (2006). Piaia. Illuminismo. *Enciclopedia Filosofica*. Bompiani, vol. VI.
- Gardino, A. *il diritto di difesa nell'istruttoria Penale*. Milán; 1983, p. 1.
- Gopnik, A. (30 de junio del 2017). *La verita, vi prego sulle bugie in letteratura. Diario la Repubblica*.
- Grevi, V. (1972). *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale Italiano*. Milano: Giuffrè.
- Guarneri, G. (1954). *Personalita e Processo Penale*. Scritti Giuridici en Honor a Vincenzo Manzini, Padua.
- Hobbes, T. (2006). *Leviatano (o la Materia, La forma e il potere di un Stato ecclesiastico e civile)* curado por Arrigo Pacchi. Laterza.

- Illuminati, G. (1988) Accusatorio ed Inquisitorio. *Enciclopedia Giuridica*. Treccani.
- Kant, I. (2007). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Edición de Pedro M. Puerto Rico: Rosario Barbosa.
- Kant, I. & Constant, B. (2012) *¿Hay derecho a mentir?* Madrid.
- Marcoaldi, F. (1996). Kant e Constant: un 'duello' per la verità. *Diario repubblicano.it*. Recuperado de https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/1996/04/09/kant-constant-un-duello-per-la.html?refresh_ce
- Musso, R. (1999). *Diritto di Difesa e Difensore Negli U.S.A.* Turin.
- Nappi, D. (2005). Difesa Penale. *Digesto Penale*, tomo III. Turin.
- Luparia, L. (2006). *La confessione dell'imputato nel sistema processuale Penale*. Milán.
- Vincenti, U. (2013) *Diritto e Menzogna (la questione della Giustizia in Italia)*. Roma.
- Ramírez, E. (2004). Kant frente a Kant. *Rev. Filosofía Univ. Costa Rica*, XLH (106-107).
- Scaccianoce, C. (2015). Il diritto di difesa tra effettività e necessità: le garanzie prevalgono nella lettura delle Sezioni Unite. *Processo penale e giustizia*, 6; p.
- Stanzione, G. *Autoincriminazione e Diritto al Silenzio, Probemi Attuali della Giustizia Penale*. Spangher (director). Padua: Tonini; 2017, p. 3.
- Vassalli, G. (1960) Il diritto alla libertà Morale. *Studi in Memoria di F. Vasalli*, volumen II; 1960, p. 1640.
- _____ (1972). I metodi di ricerca della verità e la loro incidenza sulla integrità della persona umana. *Rivista Penale*.
- Vernet, J. (2011). La dignidad en la Jurisprudencia Europea. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*.
- Vincenti, U. (2009). *Diritti e dignità umana*. Roma-Bari; , p.
- _____ (2013). *Diritto e Menzogna (la questione della Giustizia in Italia)*. Roma.
- Vinciguerra, S. (1993). *Diritto del ottocento, i codici preunitari e il codice di Zanardelli*. Padua: Cedam.
- Viola, F. (2006). Dignità umana. *Enciclopedia filosófica*, volumen 3. Milán; 2006, pp. 2863-2865
- _____ (2008). Colloqui sulla dignità umana. *Atti del Convegno internazionale (Palermo, octubre del 2007)*. Roma.

BREVES APUNTES SOBRE LA INFERENCIA PROBATORIA COMO MECANISMO DE JUSTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

**BRIEF NOTES OF THE EVIDENTIARY ASSESSMENT AS A JUSTIFICATION MECHANISM OF
JUDICIAL RESOLUTIONS FOR THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

*Dante Torres Altez**
Pontificia Universidad Católica del Perú

Recepción: 16/10/2017

Aceptación: 20/11/2017

Resumen

Tanto el derecho a la prueba y a la motivación de las resoluciones judiciales logran trabajar juntos de tal forma que permitan al juzgador realizar un adecuado y racional estudio de los hechos para lograr una decisión que logre el necesario respeto de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Derecho a la prueba, motivación de las resoluciones judiciales, tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso, libre valoración de la prueba, racionalidad.

Abstract

The right of evidence and the motivation of the judicial resolutions manage to work together in such a way that they allow the judge to make a correct and rational study of the facts to obtain a decision that achieves the necessary respect of the Fundamental rights.

Keywords: Right of evidence, motivation of judicial resolutions, effective judicial protection, due process, free evaluation of evidence, rationality.

* Coordinador de la Academia de la Magistratura, sede Junín. Profesor en la Universidad Peruana Los Andes.

INTRODUCCIÓN

No cabe duda que uno de los problemas principales en la construcción de una decisión justa es la adecuada motivación de las resoluciones judiciales, y para la existencia —a su vez— de dicha motivación es necesario que los jueces realicen una adecuada valoración de los medios probatorios, es decir, que su decisión esté basada en armonía y contraste con las reglas de inferencia probatoria.

Sólo cuando esto ocurre, estaremos ante la protección que el Estado debe proporcionar a los justiciables. Sin embargo, mientras exista un incumplimiento a este poder-deber del Estado, representado en la labor jurisdiccional de los jueces, se manifestará una clara y directa vulneración al debido proceso y consecuentemente al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En esta breve reflexión, analizaremos cómo influye frontalmente el respeto a las reglas de la sana crítica —como sistema de valoración de prueba— en las decisiones de los jueces, aterrizando en el análisis de una sentencia del Tribunal Constitucional, en la que podemos apreciar la clara afectación a dichas reglas de valoración mínimas y la motivación de las resoluciones judiciales en que incurrieron los jueces del Poder Judicial.

I. PROBLEMA

Surge como interrogante si es necesario o no establecer parámetros al momento de realizar la valoración de los medios probatorios y evitar arbitrariedades al momento de motivar una resolución judicial.

II. DESARROLLO

2.1. Motivación, tutela judicial y proceso debido

Con la constitucionalización de la tutela jurisdiccional de los derechos, el vínculo entre derecho procesal y material se ha reducido al mínimo, pues se ha llegado a entender, de una vez por todas, que el proceso está diseñado para que el Estado-juez pueda tutelar los derechos materiales. Esta comprensión no ha sido fácil desde que los estudios de derecho procesal han sido abordados aisladamente, sin la intervención ni conexión con otras disciplinas. Su clara negación con estudios de derecho constitucional o de la teoría del derecho han determinado que el proceso se vea limitado como

un simple instrumento secundario para algo más importante: el derecho material. Sin embargo —como decíamos—, la llegada del constitucionalismo ha influenciado no sólo el estudio del proceso diametralmente, sino que ha permitido recortar la brecha de otras disciplinas.

En ese sentido, se ha comprendido en nuestro país que la finalidad del proceso es la defensa del derecho a la dignidad como fin supremo del Estado (*Constitución Política del Perú*, Art. 1) y que el estudio y preocupación por la exigencia a la motivación de las resoluciones judiciales es el reflejo de la protección al derecho fundamental del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde los derechos fundamentales ha permitido comprender la preocupación de la efectividad y seguridad de la tutela de los derechos, con la participación de técnicas de interpretación y motivación para la emisión de una decisión justa (Alvaro, 2008, pág. 63-83).

Al respecto y desde esta comprensión, la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en derecho con posibilidad de ejecución (Priori, 2003, pág. 280).

Desde esa comprensión, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva integra los siguientes derechos: el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales, el respecto a las garantías mínimas procesales constitucionales —debido proceso-motivación de las resoluciones judiciales— y la efectividad o realización de las decisiones en el plano material.

En cuanto al derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, han sido abordados desde diversos puntos de vista a nivel de la doctrina peruana. Particularmente, nos adherimos a la mayoritaria, que tiene al debido proceso como una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (Eguiguren, 1999; Monroy, 2008; Ticona, 1999).

Puede considerarse que este derecho a una efectiva tutela judicial comprende tres aspectos: en primer lugar, un derecho de los justiciables de acción y acceso real, libre, amplio e irrestricto a la prestación jurisdiccional del órgano estatal competente; en segundo lugar, a que la atención de las

prestaciones se desarrolle conforme a las reglas del debido proceso, es decir, según las normas vigentes y los estándares aceptados como necesarios para hacer posible la eficacia del derecho; y, en tercer lugar, a la efectividad de la sentencia, es decir, a que el proceso concluya en una resolución final, la misma que debe estar arreglada a derecho y dotada de un contenido mínimo de justicia, decisión esta que debe ser susceptible de ser ejecutada con coercitividad (Eguiguren, 1999, p. 97).

Para el profesor Monroy, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva puede ubicarse antes del proceso y durante el proceso, encontrándose en este último al debido proceso. Sin embargo, señala «en nuestra opinión entre el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al 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 sólo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero es postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero» (Monroy, 2008, pp. 459 y 460).

Según Ticona (1999), «[E]l derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho genérico que, a su vez, comprende tres derechos fundamentales específicos: de acción, de contradicción o defensa en general y derecho al debido proceso» (p. 61).

Asimismo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en ese sentido, según el cual se refleja la tesis doctrinaria de que el debido proceso forma parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (Sentencias recaídas en los expedientes N.ºs 615-1999-AA/TC y 1230-2002-HC/TC).

Pero ¿qué es el derecho al debido proceso? Es un derecho humano de naturaleza procesal que busca resolver las controversias de que se presentan en los tribunales de justicia. Se considera un derecho continente, pues engloba una serie de garantías formales y materiales con contenido constitucional.

Para resumir la comprensión de este derecho, citaremos la jurisprudencia del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo énfasis en el derecho a la prueba y a la motivación de resoluciones judiciales como derechos y garantías constitucionales.

El derecho a la prueba está consagrado en el numeral 3 del artículo 139 de la *Constitución Política* del Estado, que asegura que los justiciables realicen

la actuación anticipada de los medios probatorios que consideren necesarios para convencer al juez sobre la veracidad de sus argumentos, y que este valore las pruebas de manera adecuada y motivada.

Eso quiere decir que toda prueba, para ser valorada en un proceso, debe reunir ciertas características: 1) Veracidad objetiva, en virtud de la cual la prueba debe reflejar de manera exacta lo acontecido en la realidad, esto es, con la finalidad de asegurar que el elemento probatorio se ajuste a la verdad y no haya sido manipulado; 2) Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual prohíbe la obtención, recepción y valoración de pruebas que vulneren derechos fundamentales o transgredan el orden jurídico; 3) Utilidad de la prueba, que verifica la utilidad de la prueba siempre que esta produzca certeza judicial para la resolución del caso; 4) Pertinencia de la prueba, según la cual la prueba se reputará pertinente si guarda relación directa con el objeto del procedimiento.

No obstante lo referido, lo que nos genera mayor interés es la importancia de la valoración de prueba como mecanismo para la existencia de una motivación eficiente de las resoluciones judiciales. Para ello, el ordenamiento procesal ha enfatizado que:

[E]l Código Adjetivo ha adoptado el sistema de la libre valoración, señalando que los medios probatorios deben ser valorados en forma conjunta y meritualmente en forma razonada, lo cual no implica que el Juzgador, al momento de emitir sentencia, deba señalar la valoración otorgada a cada prueba actuada, sino únicamente lo hará respecto a los medios probatorios que de forma esencial y determinada han condicionado su decisión [...]. (Considerando noveno de la Casación N.º 823-2010 del 27 de enero del 2011, emitida por la Sala Civil Permanente).

Lo que significa que la valoración de las pruebas se realiza al momento de sentenciar, derivando una exigencia elevada al Estado-juez dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y la normatividad para la necesidad de utilizar criterios objetivos y razonables, y así darle sentido o valor jurídico a sus decisiones.

En esa sintonía, está el respeto a la motivación de las resoluciones judiciales, cuando el numeral 5 del artículo 139 de la *Constitución Política*, concordante con el artículo 12 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, y numerales 3 y 4 del artículo 122 y 50, numeral 6, del *Código Procesal Civil*, dispone que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial debe encontrarse debidamente motivada. Es decir, debe manifestarse en

los considerandos la *ratio decidendi* que fundamenta la decisión, la cual debe contar —por ende— con los fundamentos de hecho y derecho que expliquen por qué se ha resuelto de tal o cual manera. Solo conociendo de manera clara las razones que justifican la decisión, los destinatarios podrán ejercer los actos necesarios para defender su pretensión.

Así, la Corte Suprema de la República señaló:

[L]a motivación de las resoluciones judiciales como principio y derecho de la función jurisdiccional [...], es esencial en las decisiones judiciales, en atención a que los justiciables deben saber las razones por las cuales se ampara o desestima una demanda, pues a través de su aplicación efectiva se llega a una recta administración de justicia, evitándose con ello arbitrariedades y además permitiendo a las partes ejercer adecuadamente su derecho de impugnación, planteando al superior jerárquico, las razones jurídicas que sean capaces de poner de manifiesto, los errores que puede haber cometido el Juzgador. (Considerando séptimo de la Casación N.º 918-2011 Santa del 17 de mayo del 2011. emitida por la Sala Civil Transitoria)

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha engarzado estos dos derechos fundamentales, el de la prueba [valoración de prueba] con el de motivación de las resoluciones judiciales,

[E]stá 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. (Fundamento 15 de la sentencia recaída em el expediente N.º 06712-2005-HC/TC).

Con ello, se ha comprendido plenamente, en la jurisprudencia de las altas cortes de nuestro país, que el vínculo entre la valoración de los medios probatorios con la motivación de las resoluciones judiciales constituye piedra angular para la defensa y protección de los derechos fundamentales. Pero no sólo este vínculo ha sido considerado como rasgo esencial en la jurisprudencia nacional, sino también tiene eco en el ámbito internacional, específicamente, nos referimos, a la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, al considerar que el análisis probatorio que se efectúa en el procedimiento contencioso interamericano no se encuentra sujeto a formalidades preestablecidas. La valoración del material probatorio se analiza de

manera libre y de acuerdo con la sana crítica teniendo en cuenta para ello, principalmente, la pertinencia de su contenido con la acreditación de los hechos alegados (Caso Masacre de Maripian vs. Colombia. Sentencia del 15 de septiembre del 2005, párrafo 73). En efecto, desde su jurisprudencia originaria, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

La Corte debe determinar cuáles han de ser los criterios de valoración de las pruebas aplicables en este caso. Ni la Convención ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento tratan esta materia. Sin embargo, la jurisprudencia internacional ha sostenido la potestad de los tribunales para evaluar libremente las pruebas, aunque ha evitado siempre suministrar una rígida determinación del quantum de prueba necesario para fundar el fallo [...]. (Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1998, párrafo 127).

Asimismo, en lo referente a la sentencia, cabe señalar que todo proceso debe culminar con una resolución fundada en derecho, es decir, debidamente motivado. Al respecto, la Corte Interamericana precisó que

la motivación «es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión». El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática [...]. [L]as decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las «debidas garantías» incluidas en el artículo 8.1 de la *Convención* para salvaguardar el derecho a un debido proceso. (Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Sentencia del 27 de enero del 2009, párrafos 152 y 153).

2.2. La inferencia probatoria como mecanismo para obtener una resolución judicial debidamente motivada

Hasta estos momentos, hemos apreciado de manera genérica la importancia de la relación entre el derecho a la valoración de los medios probatorios con las motivaciones de las resoluciones judiciales para la tutela de los derechos fundamentales.

Ahora, nos toca ingresar al análisis propiamente de la inferencia probatoria como mecanismo de obtención de una resolución judicial debidamente motivada. Esto implica —como hemos señalado— centrar nuestro estudio dentro de las reglas de la sana crítica como sistema de valoración de prueba y analizar cada uno de sus componentes para comprender cómo deben constituirse las decisiones de los juzgadores. Para ello, estamos convencidos, en primer lugar, de que debemos puntualizar de qué manera las reglas de la sana crítica influyen en las decisiones de los jueces, para, posteriormente, ingresar al estudio de la motivación de las resoluciones judiciales.

Así, la —libre— valoración de la prueba se concibe como una actividad racional para comprobar la verdad de las afirmaciones por las partes procesales, a la luz de las pruebas disponibles en el proceso. Lo que significa comprender la relación intrínseca entre prueba y verdad, y aceptar la concepción cognoscitivista antes que la persuasiva —pues no son equivalentes—, ya que la primera se encuentra preocupada por el plano objetivo (apreciación desde el juez) y la segunda, por el plano subjetivo (apreciación desde los abogados).

Por otro lado, es necesario comprender que el sistema de valoración de prueba (reglas de la sana crítica) comprende: las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y las reglas de la ciencia. Precisamente aquellos contenidos muchas veces no son conocidos de forma adecuada por los jueces, lo que provoca constantes vulneraciones a los derechos, pues las decisiones arbitrarias que se emiten son frecuentes.

Y es que un correcto entendimiento del principio de **libre valoración de prueba** implica: 1) que el juez es **libre** en el sentido que no está sometido a reglas jurídicas que imponen un determinado valorar a las pruebas; y 2) que esa **valoración** no está sujeta a la moral subjetiva del juez, ni a sus sentimientos, intuiciones o emociones, sino a criterios de racionalidad cognoscitiva, susceptibles de ser compartidos y controlados intersubjetivamente, dicho de otra forma, no se trata de que el juez realice un «juicio de valor» o una valoración ética de las pruebas («debidas o indebidas», «justas o injustas»), sino una **valoración epistémica**, a la luz de los criterios de valoración probatoria que rigen en las ciencias empíricas¹. Sólo si se entiende así, el principio

1 Para decidir si un hecho determinado ha sido probado por el juez, se debe valorar la prueba producida durante el proceso. Pero esta valoración es del mismo tipo de la valoración de la prueba en las ciencias empíricas. No se trata aquí de la valoración ética, *sino de un tipo espe-*

de libre valoración es compatible con el deber de los jueces de motivar sus resoluciones, de otro modo, se abre un gran espacio para la arbitrariedad (Alchourrón, C. y Bulygin, E. citados por Zavaleta, 2014, p. 356).

Siendo así, las reglas de la lógica están diseñadas en función de la lógica dialéctica y no la del simple silogismo, es decir, la lógica formal proposicional no será suficiente para enfrentar el reto de la valoración de prueba. Lo mismo ocurre con las reglas de las máximas de experiencia, que son generalizaciones con validez universal que expresan habitualidad en ciertas situaciones o conductas que pueden ser utilizadas al momento de decidir. Mientras que las reglas de la ciencia se someten a los nuevos avances tecnológicos recaídos en estudios de otras disciplinas especializadas que complementan la certeza y/o convicción del juez para emitir una decisión justa.

En cuanto a la motivación de resoluciones judiciales, podemos señalar que el estudio es umbilical con la valoración de prueba. Y según Taruffo (2013), el fenómeno de la prueba de los hechos y el de la motivación de la sentencia tienen entre sí una conexión muy estrecha, casi de recíproca implicación, en el ámbito de una concepción racionalista de la decisión judicial.

Por eso, la motivación, en cuanto pública manifestación de las razones que pretenden justificar la decisión, es una garantía frente la arbitrariedad. Bentham ya lo había advertido tempranamente: la publicidad «es el preservativo de la arbitrariedad» (1971, pág. 85); «lo que menos se debe temer de los jueces son los poderes discrecionales que sólo se les confía con la condición expresa de que motiven en todos los casos el uso que hacen de ellos. Ese freno es suficiente, porque les deja toda la responsabilidad.» (Bentham 1971, pág. 85).

Ahora bien, la motivación de las resoluciones judiciales es el fiel reflejo del principio del Estado Constitucional, estas deben ser fundamentadas porque las decisiones jurídicas no son evidentes y podrían ser arbitrarias.

cial de valoración, a falta de un término mejor, la llamaremos valoración epistémica. Al valor de la prueba no formulamos juicios de valor genuinos y en todo caso la clase de valores que aparecen en este contexto nada tienen que ver con los «valores humanos» incorporados a las normas jurídicas; pruebas fácticas no son valoradas como correctas o incorrectas, debidas o indebidas justas o injustas, convenientes o inconvenientes, sino como conducentes o no (y en qué grado) a la verdad de oraciones empíricas (Alchourrón, C. y Bulygin, E. citados por Zavaleta, 2014, pág. 356).

Además, conforme nos enseña el compendio de lectura del programa, los argumentos esgrimidos en la sentencia deben ser congruentes, coherentes, razonables y estar fundados en derecho, vale decir, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

2.3. Caso planteado: análisis de la motivación en una resolución específica

El caso planteado está vinculado con la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 728-2008-HC/TC, que declaró la nulidad de la sentencia emitida por el Poder Judicial (Primera Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema), por vulnerar frontalmente el respeto a la motivación de las decisiones judiciales, específicamente la valoración de los medios probatorios, al condenar a Guiliana Llamuja por el delito de homicidio calificado de su madre. La sentencia del Tribunal Constitucional advierte que no se ha cumplido con explicitar qué reglas de la lógica, qué máximas de la experiencia o qué conocimientos científicos justificaron el paso de los hechos probatorios a los hechos probados.

CONCLUSIÓN

Sólo podrá obtenerse una resolución judicial debidamente motivada siempre que las decisiones contengan una valoración de los medios probatorios, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Con ello podemos consagrar una verdadera protección a los derechos fundamentales.

La tarea que nos toca asumir es profundizar los conocimientos sobre esas reglas de valoración, bajo un enfoque objetivo y coherente que nos permita conocer el mundo de las inferencias probatorias.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvaro, C. (2008). El derecho a la tutela jurisdiccional desde la perspectiva de los derechos fundamentales. *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Lima: Universidad de Lima.
- Bentham, J. (1971) *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. de M. Ossorio. Buenos Aires: EJEA.
- Constitución Política*. Artículo 1. El respeto a la dignidad humana son el fin supremo del Estado.

- Eguiguren, F. La inejecución de sentencias por incumplimiento de entidades estatales. Algunas propuestas de solución. *Ius et veritas*. 18, Lima: PUCP; 1999, p. 97.
- Monroy, J. *Teoría general del proceso*. Lima: Communitas; 2008, pp. 459 y 460.
- Priori, G. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales. *Ius et veritas*. 26. Lima: PUCP.
- Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. Serie Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral 20. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Ticona, V. *El debido proceso y la demanda civil*. Tomo I. Lima: Rodhas; 1999.
- Zavaleta, Roger. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley; 2014.

¿QUIÉN ES EL VERDADERO PROTAGONISTA DE LA PRUEBA DE OFICIO? ¿EL JUEZ O LAS PARTES?

WHO IS THE REAL PROTAGONIST OF THE PROOF OF TRADE? THE JUDGE OR THE PARTIES?

Shirley Muñico Patillaz*, José Paz Cano*, Queni Rebatta Chirre*
Universidad Continental

Recepción: 09/10/2017

Aceptación: 20/11/2017

Resumen

Con ocasión de la presentación del *Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil* peruano, los autores se enrumban en la aventura de la investigación jurídica, viendo necesario el análisis del artículo 194 del *Código Procesal Civil*, que refiere a la prueba de oficio, proponen un lazo tridimensional entre prueba, proceso y verdad, para luego analizar si la prueba de oficio debe ser un poder deber o un poder discrecional, de manera que advierten algunos problemas en la Reforma, inclusive se observa la puesta en peligro de la esencia de la iniciativa probatoria del juez, y es que ¿Quién es el protagonista de la prueba de oficio? ¿El juez o las partes? este trabajo también nos permitirá conocer más sobre la evolución de esta figura jurídica, asimismo la legislación comparada nos ayudará a tener mayor perspectiva; ¿recuerdan los problemas antes señalados?, pues los autores luego de ese análisis proponen algunas alternativas a manera de requisitos, principalmente se enfocan en mantener la característica primordial de la prueba de oficio y de la predictibilidad jurídica.

Palabras clave: Prueba; prueba de oficio; verdad; proceso; poder discrecional; predictibilidad y fijación de puntos controvertidos.

Abstract

As part of the presentation of the reform project of the peruvian *Civil Procedural Code*, the authors are in the crossing of the legal investigation, considering necessary the analysis of the article 194 of the *Civil Procedural Code*, which refers to the proof of trade, propose a three-dimensional bond between proofs, process and truth, and then analyze whether the proof of trade should be a duty power or discretionary power, identifying some problems in the reform, including Observed Endangering the essence of the judge's probation initiative, and who is the protagonist of the proof of trade? The judge or the parties? This work will also allow us to know more about the evolution of this legal figure, also the compared legislation will help us to have a greater perspective; Do you remember the problems? after that, the authors analysis propose some alternatives as requirements, mainly focus on maintaining the primary characteristic of the proof of trade and legal predictability.

Keywords: Proof; proof of trade; truth; process; discretionary power; predictability and fixation of controversial points.

* Estudiantes de Derecho en la Universidad Continental. Integrantes del Grupo de Investigación Proceso & Argumentación.

INTRODUCCIÓN

Recordemos. Hace décadas el juez carecía de poder para disponer oficiosamente la práctica de pruebas, pues, en aquel sistema tradicional se evidenciaba al «juez convidado de piedra», es decir, el proceso dependía únicamente de lo ofrecido por las partes, por tanto, el juez tenía un rol pasivo y se limitaba a decidir en base a lo presentado, sin importar que dichas pruebas se mostrasen insuficientes.

Se sabe que las pruebas son instrumentos que, a través de la historia judicial, han permitido probar hechos controvertidos para que el juez fundamente sus decisiones. ¿Cuán importante es entonces contar con pruebas suficientes?

Es la ciencia procesal alemana del siglo XIX la que sustenta que la disposición del derecho material le corresponde —efectivamente— a las partes; no obstante, ello no significa que dispongan del proceso, superando así el sistema procesal privatístico, dando paso al sistema procesal publicístico.

Ahora el rol del juez es activo, él es director del proceso, tiene el poder en la actividad probatoria. Sin embargo, esta comparación entre sistemas procesales resulta para algunos desfasada. Por ello, Mirjan Damaška ha planteado otros dos modelos procesales, el primero tiene como finalidad del proceso la resolución de conflictos y el segundo está dirigido a la implementación de políticas públicas mediante la aplicación del derecho previamente establecido por el legislador. Respecto al primero, se puede decir que apunta a un ideal de justicia procedimental, siendo el juez necesariamente pasivo, las partes gobiernan el proceso y su función es delimitada especialmente en la práctica probatoria.

En nuestro actual *Código Procesal Civil*, la finalidad del proceso es resolver conflictos, quizá con un criterio en el que el director del proceso es el juez, pero con un fin ideal (subjetivo), mientras que el proyecto de reforma del *Código Procesal Civil* en el artículo III de su Título Preliminar plantea que la finalidad del proceso es brindar una adecuada, oportuna y eficaz protección a los derechos e intereses, subsumiéndose en el criterio de las políticas públicas. Sin lugar a duda, este planteamiento es muy acertado porque al juez le tiene que importar que el proceso lo gane quien deba ganarlo, de acuerdo con la regulación y los hechos, todo ello con base a la verdad probada.

La regulación de la prueba de oficio en la legislación peruana ha ido cambiando, pues en el recuento legal del artículo 194 tenemos la versión ori-

ginal en el *Código Procesal Civil* de 1993, que luego fue modificado por el Proyecto de Ley N.º 1326/2011 y finalmente su última versión en la Ley N.º 30293. Sumado a ello, el Proyecto de Reforma del *Código Procesal Civil*. Es necesario mencionar que el Derecho sufre estos cambios debido a su objeto de estudio.

La sociedad, cada día, debido a la libertad y el respeto a sus derechos, logra adquirir su máxima libertad y así gana derechos relacionados a su correcto e ideal desarrollo como persona, trayendo esto como consecuencia la reafirmación de la dignidad humana, esto último, como la finalidad y el fin supremo de nuestro Estado peruano. Claro ejemplo de lo mencionado, son los eventos sociales que sucedieron alrededor del mundo este último año. En Argentina, en cuanto a la despenalización del aborto, las personas realizaron grandes movimientos para reclamar este «derecho»; fue tanta la presión que se generó que este pedido fue debatido en su respectivo órgano legislador. Por otro lado, en la India sucedió un hecho histórico, después de 150 años, se despenalizó la homosexualidad; sin duda, un derecho que encuentra su base en el derecho de la libertad, específicamente el de la libertad sexual. Con estos dos ejemplos se acredita el constante cambio de la sociedad, es así cómo se generan diferentes relaciones materiales y, a su vez, los conflictos que se generan a causa de estas relaciones son novedosos y, como tienen esta característica, las herramientas que el derecho procesal desarrolla en su doctrina y en su derecho adjetivo probablemente no sean tan eficaces para la resolución de dichos conflictos, por lo que tienen que brindarse nuevos mecanismos o actualizar los ya regulados para su correcta eficacia.

Debido al Proyecto de Reforma del *Código Procesal Civil*, nos parece interesante observar y analizar los aspectos y novedades que este proyecto nos trae. Observamos que la prueba de oficio es una figura excepcional, es decir, no siempre se aplicará, siendo uno de sus requisitos indispensables la insuficiencia probatoria para demostrar la veracidad de las alegaciones de hecho y no para convencer al juez. Este primer punto es importante ya que el convencimiento es subjetivo, se basa en la psicología.

No cabe duda alguna que la iniciativa probatoria del juez debe aplicar tanto para la primera como para la segunda instancia. Lo importante radica en determinar si debe ser un **poder deber** o un **poder discrecional**. La Ley N.º 30293 la regula como un mandato (ordenará) y el proyecto de reforma como una facultad (puede). Debe quedar claro que al ordenarle

al juez que actúe medios probatorios adicionales y pertinentes, podríamos generar una vasta arbitrariedad, así como gasto, tiempo y esfuerzo innecesario en el proceso. Por ello, nos parece prudente que se le otorgue el poder discrecional al juez.

Ahora bien, respecto a que el juez debe informar previamente a las partes la necesidad de incorporar un medio probatorio sobre algún hecho que a su juicio no estaría probado, las partes deben ofrecer el medio probatorio necesario solicitado por el juez en un plazo de 6 días. Claro está, que es necesaria la comunicación previa para la actuación de la iniciativa probatoria del juez; sin embargo, al proponer que las partes ofrezcan medios probatorios, ¿esto no se configuraría en una prueba extemporánea? ¿Amerita o no que esté regulado en el artículo 194? Entonces, ¿Quién es el protagonista de la prueba de oficio? ¿El juez o las partes?

Es pertinente que se le otorgue a la otra parte un plazo para que pueda ejercer su derecho a la defensa, también puede ofrecer más pruebas, y es que 6 días —otra vez— resultan insuficientes. Estamos equiparando ello para todos los procesos como el de conocimiento, el abreviado y otros, sin tomar en cuenta la complejidad del proceso, la actitud del demandado y del demandante.

En las siguientes líneas iremos aclarando el panorama e intentaremos plantear algunas propuestas; para ello, partiremos de la aproximación a la prueba de oficio y su evolución, además determinaremos el lazo entre prueba, proceso y verdad, para luego analizar si esta figura jurídica vulnera principios o garantías de manera que quede claro si la prueba de oficio es un **poder deber** o un **poder discrecional**. Avizorando algunos problemas que trae consigo la Reforma, en tanto se plantean propuestas y requisitos.

1. APROXIMACIÓN A LA PRUEBA DE OFICIO Y SU EVOLUCIÓN

1.1. El lazo entre prueba, proceso y verdad

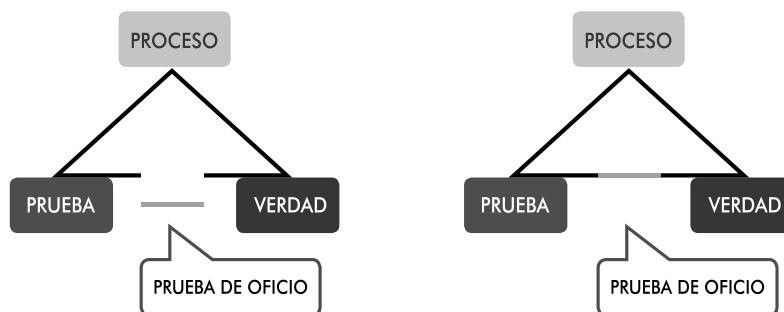
Para aproximarnos al concepto de prueba de oficio y su importancia, es importante que analicemos y tengamos claro que existe una conexión de la prueba y verdad con el proceso; como refería Taruffo (2013), «la averiguación de la verdad de los hechos es condición necesaria para la justicia de la decisión, ya que ninguna decisión puede considerarse justa si se basa

en una averiguación falsa o errónea de los hechos relevantes» (pp. 13-24). No podemos ser enemigos de la verdad, mucho menos en un Estado Constitucional de Derecho; si bien es cierto, no siempre se llega a la verdad absoluta, sí podemos hablar de una verdad probada, de manera que el juez fundamente la decisión en una reconstrucción de los hechos relevantes, obviamente, con base en la evaluación racional de las pruebas.

Ser verdadero y ser tenido por verdadero es el punto de partida para —probablemente— resolver la tan tediosa relación entre prueba y verdad. Jordi Ferrer (2005, p. 84) refiere «que la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso, cuando los elementos u medios específicos de prueba logran acreditar la verdad de una proposición, se puede considerar entonces que está probada y en ese caso, el juez deberá incorporar dicha proposición y sus elementos a su razonamiento decisorio y tenerla por verdadera».

Ciertamente, la relación tridimensional entre la prueba, verdad y proceso es un lazo que no debe quebrarse. Cuando el juez, en ejercicio de sus funciones, vaya a tomar la decisión del caso, debe haber valorado las pruebas pertinentes para brindar una adecuada, oportuna y eficaz protección a los derechos e intereses individuales y de titularidad colectiva y difusa, ante cualquier lesión o amenaza en la que se encuentren. No obstante, en el camino del proceso se presentarán dificultades. Por ejemplo, cuando el juez se encuentre frente a pruebas insuficientes, él debe continuar con este lazo, debe incorporar pruebas que le permitan tomar una decisión, aparece así la prueba de oficio. A continuación, representaremos gráficamente lo dicho:

Gráfico 1. Prueba de oficio.



Fuente: Elaboración propia.

Notemos que debe existir una armonía entre la prueba y la verdad en el proceso. Sin embargo, este lazo puede **romperse** por insuficiencia probatoria, actuando como especie de **parche** acudimos a la prueba de oficio, de manera que nos aproximemos a la verdad a través de la comprobación de los hechos controvertidos.

No debemos olvidar que este esquema dilucida mejor la idea de que la verdad es la relación entre el enunciado y la realidad, mientras que la verdad del enunciado es la relación de éste con los hechos suscitados, entonces son las pruebas las que justifican la decisión final, y con ellas sabremos si realmente existen o no buenas razones para aceptar el acercamiento a la verdad, hablando así de una verdad respecto del modelo ideal de la perfecta correspondencia.

La verdad absoluta queda desterrada, porque así como no se puede llegar a ésta, tampoco los medios probatorios nos llevan a ello. Recordemos el mito de Sísifo, quien tenía que empujar perpetuamente un peñasco gigante montaña arriba hasta la cima, ahora imaginemos que el juez es Sísifo y que esa cima es la verdad. El peñasco es el cúmulo de pruebas. Lo que tratamos de decir es que si bien resulta muy complicado acceder siempre a la verdad, durante el proceso siempre se debe aspirar a ella.

1.2. Prueba insuficiente

Si bien es cierto, la palabra **insuficiente** denota una escasez o cortedad de algo (RAE, <http://www.rae.es/>); sin embargo, en un proceso, ¿este término debe ser tomado de una forma objetiva? O tal vez, ¿quién es el que percibe esta insuficiencia? En este proceso existen elementos que cumplen una función relevante, una de ellas es el tema de prueba, y si es posible afirmar que es la etapa en donde se marca el rumbo de la sentencia, ¿qué pasa si el juez no logra avizorar la probanza de hechos controvertidos? ¿Qué decisión dará el juez si tiene esa pieza faltante para que pueda dictar una sentencia que le parezca correcta ligada a la verdad probada? Es en este momento en el que el juez se da cuenta de que le falta algo, una insuficiencia, para tomar su decisión. Este es el primer peldaño a las preguntas realizadas al principio, hablar de una prueba insuficiente nos lleva directamente al plano subjetivo, un lugar que dependerá de cada individuo y en este caso, aquel que percibe esa insuficiencia es el juez. En otras palabras, afirmamos que el único individuo capaz de sentir esta insuficiencia dentro de la prueba

es el juez. Estamos de acuerdo en que los medios probatorios son el vehículo mediante el cual el juez obtiene la prueba respecto de las posiciones asumidas por las partes en un proceso judicial. La etapa y actividad probatoria es muy relevante para la correcta administración de justicia y para el proceso, tanto así que Jeremías Bentham (citado por Arazi, 1995) decía que «el arte del proceso no es otra cosa que el arte de saber administrar el material probatorio, la actividad probatoria debe ser de la más alta calidad y cantidad».

En estas líneas aprovecharemos para hacer una breve comparación: en el artículo 188 del *Código Procesal Civil* se prescribe que «[l]os medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, **producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos** y fundamentar sus decisiones»; mientras que el *Proyecto de Reforma* menciona que «[l]as partes tienen el derecho de emplear todos los medios probatorios, aunque no estén previstos expresamente en este código, *a fin de probar las alegaciones de hecho* que fundan sus pretensiones o defensas. El juez deberá respetar los derechos al ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de los medios probatorios, justificando racionalmente su decisión sobre los hechos». De estas disposiciones, un gran cambio se presenta justamente cuando el fin del proceso ya no es producir certeza en el juez, sino probar las alegaciones de hecho, efectivamente una convicción es una creencia de que algo es o será verdadero. Entonces, ¿el Derecho es creencia? La respuesta es negativa, porque se puede estar convencido de que algún día la corrupción en el Perú acabará; sin embargo, esto no quiere decir que sea falso o futuramente verdadero, lo que pasa es que puede darse o no, y ello dependerá del cambio de algunos agentes, tal vez de la implementación de políticas públicas más estrictas, y que con cada granito de arena ayudemos a disminuirla. Pero también podría vociferar que no seré corrupto, cuando en realidad por más mínimo que sea el acto me hace corrupto. La investigación también me podría ayudar a tomar otros rumbos, y nadie sabe lo de nadie y en tanto solo creo que puede o no ser. Y es que una decisión judicial no debe versar en base a creencias, solo en base a la declaración que una parte realice y solo porque esta se muestre nervioso no lo hace responsable, es sumamente subjetivo. Por el contrario, resolver en base a hechos probados convierte la decisión judicial en una correcta aplicación de derecho.

1.3. Aproximación al concepto, ¿prueba de oficio como poder deber o poder discrecional?

Si consideramos que el nexo entre prueba, verdad y proceso no debe descomponerse, habremos entendido la importancia de la iniciativa probatoria del juez, conocida como prueba de oficio.

Respecto a la prueba de oficio, el profesor Devis Echandía (1985) ha señalado «que el Juez, en tanto sujeto principal de la relación jurídica procesal y del proceso, le corresponde decretar oficiosamente toda clase de pruebas que estime convenientes para el esclarecimiento de los hechos que interesen al proceso». Por su parte, Parra Quijano (2007) menciona que «el uso de esta facultad del juez es pertinente para llevar a cabo un buen análisis del acervo probatorio que lleve a la verdad del proceso», pues se están aprovechando capacidades del juez, que ahondan tanto su experiencia como su conocimiento.

Notemos que la prueba de oficio es considerada por la gran mayoría de los doctrinarios como una facultad, es decir, hablamos de un poder discrecional que se le otorga al juez para que este actúe nuevos medios probatorios, rescatamos ello, determinando que la iniciativa probatoria del juez es un poder discrecional. No podríamos hablar de la prueba de oficio como poder deber, ya que, tendríamos necesariamente que especificar parámetros particulares para su aplicación, y ello depende mucho del caso en concreto, lo que sí pretendemos —más adelante— es plantear requisitos que ayuden y salvaguarden la esencia misma de la prueba de oficio.

El altruismo limitado del ser humano es uno de los pilares generadores de los conflictos desde tiempos remotos, acrecentándose más y más cuando el poder es otorgado a un grupo de personas o a una sola, produciendo disparidades en los diferentes actos de la interacción humana, e incluso abusando del poder para con el ambiente, en general produciendo perjuicios a la colectividad. Ante ello, el rol del Estado debe ser imprescindible, más aún en el ámbito jurisdiccional donde el egoísmo yace en su máximo esplendor y, por ende, los fines estatales, como el bienestar común, quedan relegados en segundo plano; las disquisiciones sobre el protagonismo que debían jugar las partes o el juez en el proceso judicial como tema de debate ha quedado en el pasado, por ende tanto intereses privados y públicos deben transar y maximizar su desarrollo. El juez como representante del

Estado en el ámbito de la jurisdicción debe estar respaldado por facultades que el mismo cuerpo normativo le otorgue con el respeto de las garantías mínimas constitucionales para lograr ecualizar los intereses públicos, siendo así la prueba de oficio una de estas facultades que este tercero imparcial e independiente tiene para heterocomponer la causa que es sometida a su jurisdicción. Valga mencionar que hay un margen de discrecionalidad latente en el ejercicio de esta facultad en específico, tanto en el texto procesal correspondiente como en el proyecto de reforma.

La prueba de oficio más que un poder es una responsabilidad jurisdiccional para con los justiciables, en consecuencia, es innegable la dinámica constante del sistema jurídico que debe ser maleable a los fenómenos sociales, estableciendo hitos en cuanto a decisiones ya esgrimidas con anterioridad para no recaer en decisiones contradictorias que fatalmente generan desconfianza en la ciudadanía y a la vez el dezmero de la justicia que imparte el órgano jurisdiccional, es por ello vital que todo acto discrecional encuentre un parangón en los principios constitucionales y las limitaciones que el mismo texto normativo brinda, expurgando todo aspecto decisorio plasmado en una resolución judicial donde por obvias razones prima el subjetivismo en su máximo esplendor.

El aspecto fáctico nutre al Derecho como relación inseparable entre hecho-texto normativo bajo el adagio *ex facto oritur ius*, no se puede negar que es un paso trascendente de cambio de paradigma, de un rol pasivo a un juez más interesado en el proceso, tratando de emitir una decisión acorde a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, divorciándose así de la arbitrariedad, manifestando el cambio de paradigmas dogmáticos de culto de la ley a la constitucionalización del proceso.

1.4. Evolución de la prueba de oficio

1.4.1. Sistema dispositivo y sistema inquisitivo-sistema procesal privatístico y publicístico

Como bien indica Marianella Ledesma (2017) «en el tradicional sistema procesal privatístico se justificaba la figura del “juez convidado de piedra”, pues le estaba prohibido practicar pruebas de oficio, ya que era labor privada de las partes por tanto el juez decidía respecto de lo presentado, podía contar con una buena o mala información, pero igual tomaba una decisión». Este sistema dispositivo debe percibirse en un sentido material

cuando los hechos les pertenecen a las partes, y en sentido procesal cuando la conducción del proceso está en las partes.

Es la ciencia procesal alemana del siglo XIX la que sostiene que la libre disposición del derecho material le corresponde a las partes, pero ello no implica que estas puedan disponer del proceso para luego dar paso al sistema procesal publicístico donde el juez no se limita a juzgar sino que se convierte en un verdadero gestor del proceso, teniendo poderes como la iniciativa probatoria, este sistema inquisitivo visto en sentido material el proceso puede iniciarse de oficio e inclusive el juez puede traer nuevas pruebas buscando esclarecer aquello que es insuficiente; y en un sentido procesal la conducción del proceso está a cargo del juez.

Nuestro *Código Procesal Civil* reconoce el principio dispositivo en sentido material y el principio inquisitivo en sentido procesal, significa que nos encontramos en un sistema procesal mixto. Michelle Taruffo (2009) refiere que

es oportuno hablar de modelos mixtos para indicar aquellos ordenamientos procesales —que actualmente son numerosos— en los cuales se prevé más o menos extensos los poderes de instrucción del juez, en cuanto a la plena posibilidad que las partes tienen de aportar todas las pruebas admisibles y relevantes para la certeza de los hechos.

En el Perú —en un primer momento—, se presencia el sistema inquisitivo porque la conducción del proceso está a cargo del juez, es el señor y director del proceso. En otro momento notamos que el sistema dispositivo está presente porque los hechos le corresponden a las partes, pero no significa que el juez no pueda ejercer su **poder discrecional** de iniciativa probatoria, nuevamente aparece el sistema inquisitivo.

1.5. Legislación comparada

Es pertinente tener un acercamiento a otros sistemas jurídicos en el proceso. Algunos países como Francia, Italia, Estados Unidos, España, y otros, acogen la prueba de oficio y lo incluyen dentro de las facultades del juez, con el fin de llegar a una decisión basada en percepciones y conocimientos verídicos de los hechos, de tal forma que le sea más fácil dirigir el proceso. La lista que se presentará fue obtenida de la investigación de Loly Gaitán (2010):

Francia: «Artículo 10. El Juez tiene la autoridad de **ordenar de oficio** todos los medios de instrucción legalmente admisibles.» [Énfasis agregado].

Estados Unidos: «Regla 614. Llamado e Interrogación de testigos por la Corte (a) Llamada por la corte. La corte puede, según su **propia consideración** o a petición de parte, llamar testigos, y todas las partes pueden interrogar los testigos llamados. (b) Interrogación por la corte. La corte **puede** interrogar a testigos, así sea llamado por la misma corte o por una de las partes. Regla 706. Expertos señalados por la corte (a) Cita. La corte **puede según lo disponga por sí misma o por las partes** incorporar una orden para demostrar causa porqué los testigos expertos no deben ser designados, y pueden solicitar las partes el envío de nombramientos. La corte **puede designar** cualquier testigo experto acordado por las partes, y puede designar los testigos expertos de su propia selección. La corte no designará a un testigo experto a menos que el testigo consienta su actuar. [...]» [Énfasis agregado].

México: «Artículo 278. Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos **puede el juzgador valerse de** cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, **sin más limitación** que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.» «Artículo 279. Los tribunales **podrán** decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, **el juez obrará como estime procedente** para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en toda su igualdad.» [Énfasis agregado].

Italia: «Artículo 117. Interrogatorio no formal de las partes. En cualquier estado y grado del proceso tendrá **el juzgador la facultad de ordenar** la comparecencia personal de las partes en contradictorio entre sí, para interrogarlas libremente sobre los hechos del pleito. Las partes podrán hacerse asistir por los defensores.» [Énfasis agregado].

«Artículo 118. Orden de inspección de personas y de cosas. **El juzgador podrá ordenar** a las partes y a los terceros, que consientan sobre su persona o sobre las cosas que posean las inspecciones que aparezcan indispensables para conocer los hechos del pleito, siempre que ello pueda realizarse sin grave daño para la parte o para el tercero, y sin constreñirles a violar ninguno de los secretos previstos en los

artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal.» «Si la parte se niega a cumplir tal orden sin justo motivo, el juzgador podrá inferir de esa negativa argumentos de prueba, conforme al apartado segundo del artículo 116». «Si se niega el tercero, el juzgador lo condenará a una pena pecuniaria que no exceda de dos mil liras.»

«Artículo 439. Poderes instructorios del juez. El juez **puede disponer de oficio todos los medios de prueba que considere oportunos**. Puede disponer la prueba testifical aun fuera de los límites establecidos por el Código Civil.» [Énfasis agregado].

El texto resaltado en negrillas da cuenta de que en estos países vecinos la iniciativa probatoria es una facultad; nuestra legislación ha sufrido algunos cambios: un **puede** por un **ordenará**. A continuación, desarrollaremos estos cambios en nuestro *Código Procesal Civil*.

1.6. La iniciativa probatoria y su evolución en la legislación peruana

Para realizar un breve análisis sobre estos cambios, compartimos el Cuadro 1, elaborado por Luis Alfaro (2017), en el cual se observa el texto de las versiones originales del *Código Procesal Civil*, Proyecto de Ley N.º 1326/2011-PE y la Ley N.º 30293; todas estas legislaciones relacionadas al artículo 194 del *Código Procesal Civil*.

Al respecto, cabe resaltar la reforma del artículo 194 de *Código Procesal Civil* que se produjo con la Ley N.º 30293 en el año 2014, ya que el anterior texto señalaba expresamente que el juez **podía** ordenar la actuación de los medios probatorios que considerase conveniente siempre que los ofrecidos por las partes fueran insuficientes; sin embargo, el nuevo texto ha reformado este término y ya no indica que el juez **puede**, sino que ahora lo **ordenará**, ello ya ha sido detallado en capítulos anteriores por tanto reafirmamos que es conveniente que la prueba de oficio sea un **poder discrecional**.

2. ¿QUÉ VULNERA LA PRUEBA DE OFICIO?

Básicamente, hablar de pruebas de oficio genera un debate entre dos posiciones principales, aquellas que mencionan que estas pruebas de oficio no están relacionadas con la imparcialidad del juez y otra parte que menciona que tampoco se cumple una igualdad en las partes.

Cuadro 1. Comparativo del artículo 194 del *Código Procesal Civil*. Recuento legal de la nueva versión del Art. 194

Versión original del Código Procesal Civil	Proyecto de Ley N.º 1326/2011- PE, Dictamen – Comisión de Justicia [primer texto sustitutorio]	Dictamen-Comisión de Justicia [segundo texto sustitutorio] Texto aprobado [autógrafa] texto promulgado [Ley N.º 30293]
<p>Art. 194. Pruebas de oficio</p> <p>Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.</p> <p>Excepcionalmente, el juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia repruebas o una especial.</p>	<p>Art. 194. Pruebas de oficio</p> <p>Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.</p> <p>Excepcionalmente el juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia repruebas o una especial.</p> <p>Cuando la prueba se actúe en segunda instancia, deberá garantizarse el contradictorio.</p>	<p>Art. 194. Pruebas de oficio</p> <p>Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.</p> <p>La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.</p> <p>En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio.</p> <p>El juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.</p>

Fuente: Alfaro (2017).

2.1. Respeto de la imparcialidad del juez

¿Se viola la imparcialidad del juez?, muchas veces las controversias múltiples existentes se originan a raíz de algunas imprecisiones conceptuales. Ahora debemos distinguir entre la imparcialidad y la imparcialidad en sentido estricto. La referida imparcialidad es pues la imparcialidad objetiva, el juez es un tercero ajeno al proceso, él no puede ser parte, cumple funciones distintas de estas, mientras que la imparcialidad en sentido estricto hace referencia a una imparcialidad subjetiva, el juez presenta ausencia de interés en el resultado del proceso, este requisito anímico es totalmente subjetivo, que va de la mano con la independencia judicial, siendo un presupuesto esencial para la imparcialidad del juez. Varios mencionan que si el juez aporta nuevas pruebas va a beneficiar a una de las partes directamente, pues no, al que beneficia es al proceso y a la labor judicial; debe quedar claro que el juez no sabe el resultado de la prueba que aportará, él no es mago, es difícil anticiparse a inferencias probatorias, no se sabe lo que va a ocurrir.

La iniciativa probatoria del juez no debe ser vista como un mal endémico, al contrario es un mecanismo que asegura la finalidad del proceso, a través de un juez investigador y no uno del montón, muchos en su afán de la celeridad del proceso no salvaguardan el lazo de prueba, verdad y proceso.

El juez no trae nuevos hechos al proceso, pues se delimita en la fuente de la prueba para ir en busca de la verdad relativa; su **poder deber** se activa, principalmente, ese deber, deber que tiene en el proceso y con las partes, así como con su vocación.

Antes de pasar al siguiente punto, es preciso que planteemos la posibilidad que las pruebas nuevas sean, pues, producto de la deducción de otros hechos, y constantemente suele suceder, es válido que el juez realice ello, siempre y cuando esta deducción provenga de hechos que están vinculados, es decir, ceñidos a la fuente de prueba, hay elementos de los cuales se infiere que sí hay derecho de actuar, más si la verdad es un valor esencial.

2.2. Igualdad de las partes

Al contrario, la prueba de oficio garantiza la igualdad de partes y no la vulnera, compartimos absolutamente la posición de Parra (2017, p. 98), quien señala que «la igualdad de las partes procesales al momento de acce-

der a la justicia, específicamente frente a la etapa probatoria, es otro tema objeto de debate». En la práctica, se puede observar cómo una de las partes posee mayor conocimiento del derecho o tiene un apoderado con mayor experiencia en el ámbito del litigio, mientras que la otra parte puede tener un menor conocimiento legal y menores recursos para conseguir un profesional en derecho experimentado. De esta forma, el juez al decretar las pruebas de oficio, logra que las desigualdades que se presentan en el proceso se mitiguen.

Como resultado, el triunfo no será de aquella parte procesal que tiene mejores medios, sino de la justicia y la verdad, principales objetivos del proceso judicial. A lo largo del desarrollo de este artículo nos damos cuenta de que en la práctica los problemas son mayores, en la teoría es posible que resulta un poco más fácil, pero al aplicarla las necesidades saltan a la vista, tal como las barreras ya anteriormente mencionadas.

2.3. Carga probatoria

Los medios probatorios de oficio no implican que el juez sustituya a las partes en la obligación de demostrar la veracidad de sus afirmaciones. Según Picó I Junoy (1998, pág. 17) «de lo que se trata es de la necesaria colaboración entre las partes y el juez para lograr el convencimiento acerca de la controversia». Lamentablemente, la cultura de justicia no está muy difundida en el Perú, es más, entre los jueces existe ese término vagamente, a pesar de que son los encargados del Estado para su administración.

En su mayoría, los jueces de primera instancia (civiles, mixtos o de paz letrado), cegados por el *Código de Procedimientos Civiles* y con muy poco interés por darle una ojeada al *Código Procesal Civil*, o lo que es aún peor, con tal de reducir su carga procesal, se han negado a aplicar la facultad del artículo 194 del *Código Procesal Civil*, por ello, a partir de esto concluimos que prefieren aplicar injusticia antes que hacer honor a la investidura del cargo que se les otorgó. Por otro lado, los jueces hasta hace algún tiempo utilizaban un camino fácil: declarar infundada una demanda cuando los medios probatorios eran insuficientes, es decir, este camino sonaba a algo que Alexander Rioja (2009) afirmaba: «[N]o sé lo que es lo que ha pasado porque la prueba es insuficiente, así que vamos a dejar el caso inconcluso». ¿Acaso esta era una respuesta digna de un magistrado representante de uno de los poderes del Estado? Afortunadamente, las salas superiores han veni-

do revocando estas sentencias, ordenando a los jueces de primera instancia actuar con medios probatorios. Tal vez más de uno se avergonzó de su actuación. Así, a raíz de estos hechos realmente vergonzosos, relacionados con casos de mala aplicación del artículo 200 del *Código Procesal Civil*, es pertinente considerar en la actualidad las pruebas de oficio, estas no deben dejarse de lado.

La prueba de oficio no debe ser una piedra en el zapato de los jueces y/o doctrinarios, no debe un tema que cause discusión o debates interminables; la prueba de oficio es necesaria en todo proceso en el que exista incertidumbre en el juez para resolver un conflicto. La prueba de oficio es una herramienta que ayuda a todo operador de la justicia a tomar una decisión justa, una decisión que sea honorable de un representante del Estado porque ese es su deber, no reemplaza en ningún momento a las partes. Si, por ejemplo, se presenta la falta de cooperación de las partes, el juez tampoco está en la obligación de buscar las pruebas porque a una de las partes no tuvo la voluntad de reunir sus pruebas, ese es otro tema. La propuesta planteada trata de evidenciar que si la persona sí tuvo la intención e interés de juntar pruebas, aunque insuficientes, pero demostró que va a cooperar, el panorama es distinto, el juez aquí sí puede ejercer su **poder discrecional**.

III. PROBLEMAS ENCONTRADOS EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Para seguir en el análisis de los problemas del *Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil*, hemos optado por subrayar y colocar en cursiva las diferencias, mientras que las semejanzas se encuentran subrayadas con líneas entrecortadas.

En el *Código Procesal Civil* se señala que:

Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes **para formar convicción el Juez** de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que **la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso**. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el **derecho de contradicción de la prueba**. La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución **inimpugnable**, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.

En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio. El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.

Por su parte, en el *Proyecto de Reforma*:

Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes no sean suficientes **para probar los hechos controvertidos**, el juez de primera o de segunda instancia puede incorporar medios probatorios de oficio siempre que **la existencia de los mismos haya sido invocada en alguna fuente de prueba citada en el proceso**. Para tales efectos, **el juez debe informar previamente a las partes la necesidad de incorporar un medio probatorio** sobre algún hecho que a su juicio no estaría probado, **debiendo las partes absolver lo indicado por el juez en un plazo de seis días, pudiendo ofrecer el medio probatorio necesario**. Con la absolución o sin ella, el juez decide la incorporación de oficio o no del medio de prueba. En caso la decisión sea la de incorporar el medio probatorio, **el juez otorga a las partes un plazo adicional de seis días para que puedan ejercer su derecho de defensa respecto de él**, pudiendo ofrecer nuevos medios probatorios si fuera el caso. En ninguna instancia o grado se declara la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la incorporación de oficio de medios probatorios.»

Ya se habló del carácter excepcional de la prueba de oficio, además determinamos que es un **poder discrecional**. Sin embargo —para nosotros— aún existe un gran inconveniente: ¿Qué tan excepcional es realmente? Pues no creemos que tenga este carácter, porque existen etapas previas en las que se deben evaluar las pruebas que servirán al caso, y si no ello se realiza en el acto correspondiente y se espera hasta antes de decidir, implica una mayor pérdida de tiempo, ¿no creen que ya no es excepcional? Por otro lado respecto de que el juez debe informar previamente a las partes la necesidad de incorporar un medio probatorio sobre algún hecho que a su juicio no estaría probado, debiendo las partes absolver lo indicado por el juez en un plazo de seis días, pudiendo ofrecer el medio probatorio necesario; claro está que es necesaria la comunicación previa para la actuación de la iniciativa probatoria del juez; sin embargo, proponen que las partes ofrezcan medios probatorios. ¿Esto no se configuraría en una prueba extemporánea, de ser el caso, amerita o no que esté regulado en el artículo 194? Entonces, ¿La prueba de oficio no es exclusividad del juez? ¿Quién es el verdadero protagonista de la prueba de oficio? ¿El juez o las partes?

Nuestra respuesta, y probablemente la de la persona que está leyendo este material, sabe que la principal característica de la prueba de oficio es que

como bien dice su nombre, está impulsada por el juez, esto no es advertido por el *Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil* ya que al dar esta facultad a las partes, pierde la esencia misma de la iniciativa probatoria del juez, ya que ese protagonismo se le estaría dando a las partes, en tanto ya constituye una prueba extemporánea porque son los sujetos procesales los que ingresan ese nuevo medio probatorio y no es juez. Bajo estas mismas líneas, nos preguntamos: ¿Por qué no optar por un juez responsable y garante? ¿Cuántas oportunidades más se pretende otorgar a las partes para que presenten pruebas?

Finalmente, «en caso la decisión sea la de incorporar el medio probatorio, el juez otorga a las partes un plazo adicional de seis días para que puedan ejercer su derecho de defensa respecto de él, pudiendo ofrecer nuevos medios probatorios si fuera el caso». Es pertinente que se le otorgue a la otra parte un plazo para que pueda ejercer su derecho a la defensa, y también pueda ofrecer más pruebas, y es que 6 días resultan insuficientes, estamos equiparando ello para todos los procesos como el de conocimiento, el abreviado y otros, sin tomar en cuenta la complejidad del proceso, la actitud del demandado y demandante. Asimismo, no se está considerando qué tipo de proceso sería el adecuado para trabajar con este plazo.

Si bien es cierto debemos observar cómo es que en el plano práctico se desarrollaría esta institución, ya que, según nuestra opinión —como es bien sabido—, los operadores del derecho pueden aprovechar esta situación para dilatar el proceso, situación que debe evitarse en un proceso, amparándonos, en esta parte, en los principios de economía procesal y preclusión.

4. HABLEMOS DE LAS PROPUESTAS Y SUS REQUISITOS

Según lo expuesto, sugerimos considerar los siguientes criterios:

1. El juez, en la fijación de puntos controvertidos y en la admisión de los medios de prueba, debe evaluar las pruebas que serán necesarias para la decisión; de advertir la falta de ellas, comunicará a las partes la necesidad de introducirlas. Si a pesar de ello, no lo han hecho, el juez debe dejar constancia de ello; así mismo se considera como prueba de oficio aquella que luego de la fijación y admisión no pudo ser advertida.

7. *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis* año 3, n.º 3, enero-diciembre 2017

2. Se comunicará mediante una audiencia que el juez ejercerá su iniciativa probatoria, motivando sus razones.
3. En dicha audiencia las partes serán las que definan el plazo, obviamente razonable, para que el juez aporte las pruebas que considere relevantes; si las partes acuerdan aportar medios probatorios y en aras de salvaguardar la esencia de la prueba de oficio, el juez hará suyas las pruebas y las incorporará al proceso.
4. Si bien es cierto, la prueba de oficio es un poder discrecional, en tanto debe generar seguridad jurídica, a lo que denominaremos prueba de oficio vinculante.

4.1. ¿Por qué estos requisitos son necesarios?

4.1.1. Criterio 1

Respecto del **Criterio 1**, compartimos la idea de Renzo Cavani (2016, pág. 81) cuando refiere que

[...] la práctica debe ir más allá de la delimitación de los puntos en controversia, para pasar a desempeñar una compleja actividad de organización del proceso, que comprende, a su vez, tres subactividades consistentes en: i) la delimitación del objeto litigioso; ii) la admisibilidad de los medios probatorios (siempre que no sea una cuestión de puro derecho) y iii) la determinación de los argumentos fáctico-jurídicos. Esta propuesta se justifica, además, en que contribuye con una mayor promoción de los derechos fundamentales al contradictorio, a la prueba y a la motivación de las decisiones judiciales [...].

Con base a lo citado, es prudente referirnos al rol del nuevo juez civil, hablar de un juez garante y responsable de inspeccionar que las actuaciones que surtan dentro del proceso se realicen siguiendo los parámetros legales, planteamos un juez educado para investigar; creemos que es importante que en la fijación de puntos controvertidos y en la admisión de pruebas se evalúe correctamente la pertinencia y utilidad de las pruebas, no que se haga una mera transcripción de pretensiones, que sea el juez quien verifique realmente un punto controvertido, no uno en el que las partes estén de acuerdo, es necesario que ante cada hecho controvertido se advierta cuál es la prueba pertinente y útil que ayudará a dicho esclarecimiento.

Si hubieran pruebas por hechos controvertidos y el juez fuera más diligente, ya no tendríamos que esperar actuar una prueba de oficio antes de decidir, y de ser el caso que a pesar de la advertencia que se realizó no se

presentó esa prueba o que nunca se pudo advertir ello, realmente la prueba de oficio será excepcional, de manera que no perderá el ánimo heurístico epistemológico, ya que la idea es la organización del proceso (de la causa).

Cuando nos referimos a que las partes deben presentar mínimamente una prueba, se advierte, al menos, que han tenido ese interés de probar, para así evitar la discusión de que estarían renunciando a la carga procesal, que obviamente le corresponde a las partes y no al juez, esto tiene una conexión con el principio de cooperación procesal, ciertamente Jorge W. Peyrano (xxxx) fija que en todos los supuestos su funcionamiento revela que el proceso es como una empresa común cuyo feliz resultado exige la colaboración de ambas partes, éstas deben tratar de obtener todas las pruebas posibles para que puedan nutrir al juez, pero puede suceder que encuentren pruebas pero lastimosamente insuficientes, caso contrario es cuando hay falta de cooperación por las partes, a ellos les viene en ganar nutrir al juez, entonces aquí el juez no tiene por qué actuar pruebas de oficio. Fijémonos que no queremos ser partícipes de gasto, tiempo y esfuerzo innecesario, siendo necesaria que la parte presente al menos una prueba pero no tan alejada de la realidad ni de la relevancia.

4.1.2. Criterio 2

Es importante poner de conocimiento, a través de las audiencias, que el juez ejercitará su iniciativa probatoria, donde deberá motivar las razones del por qué considera que las pruebas son insuficientes.

La resolución en la cual mencionará que se aplicará prueba de oficio debe estar motivada; así mismo el juez debe explicar sus razones por las cuales considera este poder discrecional; esta resolución es motivada e inimpugnable, muchos difieren de ello, pero repetimos que en teoría suele ser más sencillo que en la práctica. Si la resolución fuera impugnada, el proceso se alargaría innecesariamente, porque la insuficiencia debe ser curada, ya una vez que ingresó el nuevo medio de prueba y el juez decida, obviamente se puede impugnar ya que es un derecho de por sí; no seamos tan tercos en decir «y su derecho...», seamos agentes de cambio, aceptemos la cultura investigativa del juez, él lo presenció y quiere superarlo a través de la prueba de oficio; nada nos impide de impugnar después de la decisión, en la casuística se hará más fácil.

4.1.3. Criterio 3

Al darle la facultad a las partes de que sean ellas las que determinen el plazo

para que el juez presente los medios probatorios adicionales, estamos evitando que el juez pueda caer en parcialidad. Denotemos en un contexto, si hablamos de que el juez aplicará este poder discrecional en aras de alcanzar el fin del proceso, lo cual es totalmente válido —como ya lo justificamos— podría ser que una de las partes sienta algún tipo de vulneración, por ello se les encarga a estas determinar el plazo para las nuevas aportaciones, que evidentemente sea razonable, estimamos conveniente que el plazo mínimo sea de 10 días y el máximo de 15 días de acuerdo al caso en concreto.

Los medios probatorios adicionales que el juez considere convenientes, deben derivar de la fuente de la prueba citada por las partes. Ahora, podría ser que las partes acuerden en aportar medios probatorios, pero si estas aportaran esas pruebas, ya no estaríamos hablando de pruebas de oficio sino de pruebas extemporáneas, es más, el plazo para la presentación de estas últimas es de cinco días, por tanto, tampoco tienen sentido, viendo ello consideramos que es necesario que el juez haga suyas estas pruebas, obviamente en aras de salvaguardar la esencia de la iniciativa probatoria del juez; de manera que se incluyan al proceso.

4.1.4. Criterio 4

Si bien es cierto, la prueba de oficio es un poder discrecional, en tanto debe generar seguridad jurídica, a lo que denominaremos prueba de oficio vinculante, dentro de los valores aléticos que el ordenamiento jurídico pretende implantar mediante la correcta administración de justicia se encuentra la seguridad jurídica, que es la consecuencia directa de resoluciones judiciales no contradictorias, puesto que donde hay la misma razón yace el mismo derecho, la prueba de oficio caería en un vacío en cuanto a su aplicación en aquellos casos donde que pese a solo presentarse un medio probatorio, pueda emitirse una solución justa, esto basado en los precedentes en sus diversas manifestaciones (autoprecedente, precedente horizontal, precedente vertical], no se pretende desvirtuar el poder que ostentan los jueces bajo el esquema de la socialización del proceso, sino moldearlo para su mayor efectividad, siguiendo de cerca el principio de economía procesal en su clara manifestación de la celeridad procesal, ¿es correcto que ante casos similares se emitan decisiones contrarias? Obviamente la respuesta es negativa; al aletargar la justicia esta va perdiendo su fulgor.

Como bien mencionaba, Lorenzetti (2006: 183), «el juez debe de ejecutar

su discrecionalidad realizando tres acciones, primero: mirando hacia atrás y fijándose en los precedentes judiciales establecidos; segundo: mirando hacia arriba teniendo en cuenta la estructura del sistema jurídico y guardando el debido respeto a las normas e, y, por último, mirando hacia adelante para así prever aproximativamente las consecuencias de la decisión que se llegará a emitir».

Todo aparato jurisdiccional debe brindar los cauces para emitir una solución justa, y esta se logrará con la atinada actividad del juez como director del proceso y no como un mero árbitro futbolístico, que solo mira y atiende a los jugadores. Kelsen (2008), en su ensayo ¿Qué es justicia?, conceptualiza y menciona que «la justicia para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad». El juez debe propugnar encontrar la certeza más aproximada a las aseveraciones esgrimidas por las partes, máxime si este debe impulsar la seguridad jurídica con decisiones uniformes, respetando las afirmaciones presentadas, la fuente de prueba y sobre todo el derecho fundamental a la defensa, estos como criterios básicos e indispensables para una correcta administración de justicia.

Consideramos que la correcta aplicación de la prueba de oficio brindará criterios objetivos de uniformización para casos futuros similares, y con el baremo de aquella mirada atrás, arriba y hacia adelante que los jueces deben realizar propugnarán el alejamiento de la subjetividad en casos concretos, para dar paso a la evolución de este precepto jurídico, a éstos se le denominará prueba de oficio vinculante, ya que se aplicará a los casos concretos similares.

CONCLUSIONES

- La prueba de oficio como la fiel manifestación del despertar de los jueces juega un rol decisivo al momento de impartir justicia, teniendo como límites propios del sistema jurídico la mirada fiel a los principios inspiradores constitucionales, propugnando la interdicción de la arbitrariedad respectiva, ya no simplemente mirando la literalidad del texto normativo, sino siendo más agudos, mirando el alma del ordenamiento jurídico; teniendo clarificada la mirada en su finalidad constitutiva y la búsqueda de su mejor desenvolvimiento, ello en relación al lazo tridimensional entre prueba, proceso y verdad.

- La justicia, uno de los valores-principios más entrañables de toda sociedad desde sus tiempos más remotos, debe de ser propugnada seriamente desde los tribunales de justicia mediante los pasos de la heterocomposición, puesto que la contribución social que se expide en una resolución judicial no solo debe ser tomada por el juez como una solución inter partes, sino también bajo el interés de la sociedad en su conjunto, manteniendo así un valor común que se ha buscado por generaciones: la paz social en justicia.
- El *Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil*, en su artículo III del título preliminar, plantea que la finalidad del proceso es brindar una adecuada, oportuna y eficaz protección a los derechos e intereses, subsumiéndose en el criterio de las políticas públicas; sin lugar a duda, este planteamiento es muy acertado porque al juez le tiene que importar que gane el proceso quien deba ganarlo de acuerdo con la regulación y los hechos, todo ello con base a la verdad probada.
- La prueba de oficio más que un poder es responsabilidad jurisdiccional para con los justiciables, en consecuencia es innegable la dinámica constante del sistema jurídico que debe ser maleable a los fenómenos sociales, estableciendo hitos en cuanto a decisiones ya esgrimidas con anterioridad para no recaer en decisiones contradictorias que fatalmente generan desconfianza en la ciudadanía y a la vez el desmedro de la justicia que imparte el órgano jurisdiccional, es por ello vital que este poder discrecional encuentre un parangón en los principios constitucionales y las limitaciones que el mismo texto normativo brinda, expurgando todo aspecto decisorio plasmado en una resolución judicial donde por obvias razones prima el subjetivismo en su máximo esplendor.
- Luego del análisis de algunos problemas del *Proyecto de Reforma*, como el peligro de la pérdida de la esencia de la prueba de oficio, sugerimos se tomen en cuenta los siguientes criterios: i) Las partes deben presentar mínimamente una prueba, ii) Se comunicará mediante una audiencia que el juez ejercerá su iniciativa probatoria, motivando sus razones, iii) En dicha audiencia las partes serán las que definan el plazo, obviamente razonable, para que el juez aporte las pruebas que considere relevantes, si las partes acuerdan en aportar medios probatorios y en aras de salvaguardar la esencia de la prueba de oficio, el juez hará suyas las pruebas y las incorporará al proceso, y iv) Si bien es cierto, la prue-

ba de oficio es un poder discrecional, en tanto debe generar seguridad jurídica, a lo que denominaremos prueba de oficio vinculante.

- La predictibilidad es uno de los ejes rotundamente necesarios del ordenamiento jurídico, obligación que le toca efectuar a los jueces activamente bajo el riesgo inminente de devenir lo mencionado anteriormente en inaplicable a la realidad. «Donde hay la misma razón hay el mismo derecho» y, por ende, este poder del juez devendría en terciario o en principal en cuanto a su aplicación, en aquel caso que evidencia aquel aforismo. Un juez elogiado no mira solo sus narices al tomar una decisión, ni mucho menos lo hace en base a su estado anímico, sino mediante una mirada tridimensional.

Así pues, todos los aportes y criterios planteados nos permitirán simplificar los casos en los cuales se debe aplicar la iniciativa probatoria, evitando el incremento de la carga procesal para dinamizar el proceso. Creemos que nuestras propuestas van a ser muy útiles a la legislación procesal civil peruana y por qué no a las demás legislaciones extranjeras, al lector gracias por acompañarnos en esta aventura investigativa.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro, L. (2017). *La iniciativa probatoria del juez*. Lima: Grijley.
- Arazi, R. (1995). *Derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Cavani, R. (2016). Fijación de puntos controvertidos: una guía para jueces y árbitros. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, volumen 6(2). Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>
- Devis, H. (1985). *Teoría del proceso*. Volumen II. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Ferrer, Jordi (2005). *Prueba y verdad en el Derecho*. 2.ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- Gaitán, L. (2010). La prueba de oficio en el proceso civil: ¿Imparcialidad del juez e igualdad de las partes? *Revista de Derecho Privado*. 23; Bogotá; 2010. Disponible en <http://www.redalyc.org/cpdf/3600/360033192005.pdf>
- Kelsen, H. (2008). *¿Qué es justicia?* Barcelona: Ariel.
- Ledesma, M. (2017). *Análisis de las pruebas de oficio*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Lorenzetti, R. (2006). *Teoría de la decisión judicial. Fundamento de Derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

- Parra, J. (2007). *Manual de derecho probatorio*. 16.^a ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Picó I Junoy, J. (1998). La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, volumen II. Lima: Communitas.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 23.^a ed. Disponible en <http://www.rae.es/>
- Rioja, A. (2009). El artículo 194º del Código Procesal Civil: una valiosa herramienta para la administración de justicia. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2009/11/23/el-articulo-194-del-codigo-procesal-civil-una-valiosa-herramienta-para-la-administracion-de-justicia/>
- Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. Serie Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral 20. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Taruffo, M. (2009). *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*. Lima: Ara Editores.



EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR PERUANO

The administrative law of peruvian sanctioner

Víctor Lizárraga Guerra*
Universidad Continental

Recepción: 16/10/2017

Aceptación: 20/11/2017

Resumen

El autor da cuenta del panorama general respecto a la regulación del derecho administrativo sancionador en el Perú y concluye con la propuesta de regulación específica de esta manifestación del *ius imperium* del Estado para la determinación de responsabilidades sobre aquellos que cometieron infracciones

Palabras clave: Potestad sancionadora; garantismo; interés público; interés general; interés colectivo; jurisprudencia.

Abstract

The author gives an overview of the regulation of administrative sanctioning law in Peru, concluding with the proposal of specific regulation of this statement of the *ius imperium* of the State for the determination of responsibilities about those who committed offences.

Keywords: Sanctioning power; guarantee; public interest; general interest, collective interest; jurisprudence.

* Presidente del Instituto Peruano de Derecho Disciplinario. Profesor en la Escuela Nacional de Control y en la Universidad Continental.

Al iniciar con el desarrollo del presente artículo, he creído conveniente realizar una reflexión sobre la situación en la que se encuentra el derecho administrativo sancionador peruano, sus principales rasgos y las etapas de evolución que ha experimentado a la fecha. Considero que nuestra disciplina se encuentra en etapa de consolidación, debido a las deficiencias normativas y las contradicciones de la jurisprudencia. Es por ello que estamos frente a un adolescente con tutela, en busca de su madurez y posterior consolidación.

Es importante empezar identificando los modelos con los cuales se ha desarrollado el derecho administrativo sancionador. El primero, es derivación del Derecho de Policía, institución por la cual el rey concentraba el poder sancionador, con la finalidad de mantener el orden, seguridad y bienestar de sus vasallos, ordenando (si fuera el caso) a sus funcionarios y jueces la imposición de la sanción administrativa; este modelo cambia luego de la Revolución Francesa de 1789, donde se define la diferenciación desde el punto de vista orgánico entre jueces y funcionarios, y adquiere como características fundacionales la supremacía de la ley y la protección de los derechos individuales, presentándose la división entre delitos e infracciones; cuya solución estuvo a cargo de jueces, por un lado, y de gobernadores, alcaldes o funcionarios, por el otro, recaía el control de las decisiones de estos últimos por los tribunales contenciosos administrativos. Posteriormente, con la consolidación del Estado de Derecho y el reconocimiento constitucional, se instaura un modelo basado en la protección de los derechos individuales, por un lado y, por el otro, en la búsqueda de la consolidación de la administración pública.

En ese contexto, el derecho administrativo tuvo un desarrollo significativo en Francia y luego en Alemania, vertientes que influenciaron significativamente en la España del siglo XIX; el derecho administrativo sancionador español no presentó un avance, sobre todo por su heterogeneidad normativa. Sin embargo, es recién en el siglo XX que la legislación española desarrolla un esquema sancionador para las administraciones públicas a través de las ya derogadas Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y Ley de Procedimientos Administrativos de 1958, las cuales fueron sustituidas por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [30/1992 -derogada],

modificada por la Ley 4/1999 de 13 de enero de 1999¹, legislación que influyó en la redacción del capítulo sobre procedimiento sancionador en la Ley N.º 27444 del año 2001, es por ello que podemos afirmar que nuestro derecho administrativo sancionador tiene una influencia importante del derecho administrativo español y su doctrina contemporánea (Brewé-Carías, 2011)².

Esta situación confirma una vez más que, debido a la obsesión por la influencia foránea, los autores intelectuales de la Ley N.º 27444, dejaron pasar la oportunidad de crear un derecho administrativo sancionador acorde a la realidad peruana, ajustado a proteger el interés colectivo por un lado y por otro, a promover una eficaz y eficiente resolución de las causas administrativas bajo una mirada del pensamiento institucional.

II

Este vacío (creación de un derecho administrativo propio) que ordinariamente debe ser discutido por el legislador o en su defecto por un ejecutivo en representación de la administración pública ha sido completado fundamentalmente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los tribunales jurisdiccionales. A este fenómeno Alejandro Nieto () lo denomina «creación pretoriana». Es decir, el derecho administrativo sancionador peruano, ha tenido una evolución bajo la influencia de actores con pensamiento de protección del orden constitucional y de bienes jurídicos penales.

No cabe duda, que la jurisprudencia constitucional y judicial, son aportes importantes para el derecho, puesto que a través de los casos prácticos se acercan a

1 Cabe mencionar que recientemente se modificó la Ley 30/1992, a través de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Sobre el particular, Tomas Cano Campos (2015) ha denunciado respecto a las últimas reformas españolas lo siguiente:

La potestad sancionadora de la Administración no debe estar regulada en dos textos normativos distintos y, menos aún, de forma fragmentaria y parcial. Esta potestad, al igual que el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, debería haberse regulado en un solo texto o disposición normativa y, como se ha adelantado, de forma completa y sistemática y no, como se hace, con carácter fragmentario o parcial, con la merma para la seguridad jurídica que ello supone. Incluso estaría justificada su regulación en una sola Ley, como ocurre en otros países (Alemania e Italia), quizá junto a otra importante y olvidada institución como la inspección administrativa. Es claro que al amparo del art. 149.1.18ª CE, el Estado está habilitado para aprobar una ley general y básica sobre la potestad inspectora y sancionadora de la Administración.

2 El autor identifica la misma influencia de la normativa y doctrina española en nuestra Ley del Procedimiento Administrativo General.

una realidad. Sin embargo, en el caso peruano se ha identificado que dichas decisiones sobre determinados casos concretos se han visto alejadas de la realidad administrativa e impulsada por un exacerbado garantismo. Con ello no quiero desmerecer los importantes aportes de la jurisprudencia constitucional que, sin duda, han servido para la incorporación de principios como el de culpabilidad en el ordenamiento jurídico administrativo, entre otros.

Frente a esta realidad, por la cual los obligados a desarrollar el derecho administrativo sancionador, que son naturalmente las administraciones públicas, que por reserva de ley tienen reconocido el poder sancionador, se conoce muy poco de sus aportes y contribuciones, salvo honrosas excepciones, pese a que son la voz de los intereses públicos y generales sometidas a la ley, siendo así, sus aportes han sido insuficientes y su voz casi siempre opacada, por lo que se ha presentado un conflicto; por un lado la vertiente garantista, que busca la protección de los derechos de los infractores, que ha sido muy influyente en el derecho administrativo sancionador peruano, tal como se puede apreciar con la últimas reformas a la Ley N.º 27444 y, por otro lado, la vertiente tradicional, que tiene un enfoque hacia los intereses públicos, generales y colectivos, que representa la administración, que precisamente tiene poca o nula participación, quizá por el poco interés, oportunidad o influencia en la configuración de las normas administrativas.

III

Ahora bien, toca defender el rol de las administraciones públicas, que con mucha prolijidad llevan adelante su facultad sancionadora: realizan una investigación preliminar, buscan elementos que le otorguen convicción para el inicio del procedimiento sancionador, previa identificación de una supuesta infracción, bajo una adecuada formulación de cargo y desarrollo eficiente del procedimiento, hasta la elaboración del informe de pronunciamiento por parte de la autoridad instructora y una razonable y proporcional sanción emitida por la autoridad sancionadora. Todas estas, actuaciones que pueden ser revistas jurisdiccionalmente por un juez especializado en lo contencioso administrativo, quien en pocas líneas puede confirmar o en su defecto declarar la nulidad de la actuación de la administración, dejando de analizar el interés general que motivó la sanción.

Con ello no estamos cuestionando la labor jurisdiccional, lo que queremos es hacer ver que la construcción de un derecho administrativo sancionador

debe ser único e integral y si es posible bajo canales de coordinación, con un sistema conceptual y normativo que integre, homogenice y coordine el funcionamiento de todos los regímenes especiales.

En nuestro país, el derecho administrativo ha dejado de ser un instrumento orientado al funcionamiento eficaz y legalmente correcto de la Administración Pública, esto debido a que su construcción y desarrollo está en manos de respetables profesores de derecho administrativo, donde algunos tienen sus intereses particulares en la defensa de sus clientes, transformándolo en un instrumento al servicio de sus estudios jurídicos. Se puede apreciar, por ejemplo, que la mayor parte de los manuales de derecho administrativo, publicados en el Perú, se enfocan mayormente en los modos de paralizar y anular las decisiones de la administración, antes de privilegiar mejoras en las prestaciones y potenciales actividades de la administración. Ello explica la prevalencia del garantismo exacerbado del derecho administrativo sancionador en el Perú, materializada en las últimas reformas a la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Algunos pueden calificar mi posición como autoritaria o fanática de lo público, pero puedo decir, en honor de la verdad, que no me situé en ninguna de esas posiciones. Creo que, frente a las presiones del interés económico insertadas en las reformas administrativas impuestas por el neoliberalismo, es insoslayable promover la defensa del interés general y así promover un equilibrio que permita concretizar los intereses individuales del infractor con el interés colectivo vulnerado por la infracción, un gran reto para los operadores administrativos.

IV

Otro aspecto que amerita tratar es el conflicto que se presenta entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, en un escenario perdurable en el que este último siempre consideró al primero (derecho administrativo sancionador) como un hijastro o un derecho penal de bagatela, a tal extremo que en el artículo III del *Código Procesal Penal*, se establece la prevalencia del derecho penal sobre el procedimiento administrativo sancionador. Queda claro que el derecho administrativo sancionador es una rama de derecho administrativo y este a su vez pertenece al derecho público, por lo que la relación con el derecho penal solo debe ser de carácter técnico, y en la que ambos comparten el respeto a la *Constitución*

y la protección de bienes jurídicos, *máxime* de la reconocida diferencia entre el derecho penal —represor por antonomasia— y el sancionador que goza de una finalidad preventiva.

V

Asimismo, es oportuno referirse a la desbordante actividad administrativa en nuestro ordenamiento jurídico peruano, por un lado podemos identificar la potestad sancionadora en materia fiscal, contrataciones públicas, protección del consumidor, medioambiental, funcional, urbanístico, sanitario, entre otros, por lo que cabe preguntarse hasta qué punto puede hablarse de un solo Derecho Administrativo Sancionador³. Al respecto, es importante resaltar, con sus deficiencias y limitaciones, la construcción de un esquema unificado en las últimas reformas a la Ley N.º 27444, en el cual están claramente regulados los principios materiales y formales, las características del procedimiento sancionador y su aplicación obligatoria para las administraciones públicas que cuentan con poder sancionador; sin embargo, este carácter imperativo viene siendo soslayado por algunas entidades públicas, que recurren ante instancias competentes para la exclusión de sus alcances, para privilegiar su normativa especial y argüir su autonomía como fundamento institucional.

Decíamos que el derecho administrativo sancionador peruano es un adolescente camino a la madurez que bajo el control de un tutor sobreprotector (representado por destacados profesores de derecho administrativo con intereses en la defensa técnica), se convierte en un adolescente temeroso e inseguro (elección entre el garantismo o la eficacia), respecto a la definición de su personalidad, puesto que recibe consejos de diferentes actores (influencia de las sentencias del TC y las decisiones jurisdiccionales, entre otros), respecto a su modelo de vida, que le impide sentar las bases de su personalidad para la toma independiente de sus decisiones (construcción teórica y dogmática del derecho administrativo sancionador, alejada de la influencia penalista).

3 Tomas Cano Campos (2015), refiriéndose al modelo español señala: que «[a]l punto que, incluso, cabe plantearse si puede hablarse hoy de un solo Derecho administrativo sancionador y no de tantos Derechos sancionadores como sectores ordinamentales con características singulares hay (fiscal, social, tráfico, policía, medioambiente, urbanismo, sanitario, etc.), de modo que es preciso un sistema conceptual y normativo que integre, homogenice y coordine el funcionamiento de todos estos regímenes positivos que se entrecruzan territorial y materialmente.»

Aspiro en un futuro que esta etapa de madurez implique la aprobación de una ley general sobre la facultad sancionadora reconocida a la Administración que, además de los principios reconocidos, ofrezca un cuadro legislativo homogéneo y general de las infracciones y sanciones, y regule los elementos y características esenciales del procedimiento administrativo sancionador. En definitiva, lo que se busca sería una parte general del Derecho Administrativo Sancionador, que regule con flexibilidad tales cuestiones y permita que la legislación especial pueda incluir las especialidades y rasgos necesarios en aquellos aspectos no necesitados de una regulación uniforme y se deje de invenciones contradictorias, como las previstas en el artículo II del Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, donde se fija una regla inédita en la interpretación jurídica peruana y se obliga a las administraciones con procedimientos especiales someter su regulación a las normas comunes, prevista por una reforma polémica para los intereses colectivos.

BIBLIOGRAFÍA

- Brewe-Carías, A. (2011). La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú (Ley 27444). *Derecho PUCP*. 67, pp. 47-76.
- Cano Campos Tomas (2015). La potestad sancionadora de la administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa. *Documentación administrativa: Nueva Época*. Enero-diciembre.
- Nieto, Alejandro ().

EL CONTROL DIFUSO EN SEDE ADMINISTRATIVA. UNA VISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PRECEDENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

**THE DIFFUSE CONTROL IN ADMINISTRATIVE HEADQUARTERS. A VISION FROM
THE PERSPECTIVE OF THE PRECEDENTS OF THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE
CONSTITUTIONAL DOCTRINE IN PERU**

*Denisse Antezano Misajel**
Universidad Continental

Recepción: 09/10/2017

Aceptación: 20/11/2017

Resumen

En este ensayo evalúa primero las instituciones bajo las cuales se presentan los dos precedentes más resaltantes sobre el Control Difuso en Sede Administrativa, lo que conlleva entender la división de poderes del Estado Peruano y los principios de Estado Constitucional de Derecho que se encuentra íntimamente ligado al de la Supremacía Constitucional, ya que por estos se entiende que siempre se va a preferir a lo establecido en nuestra Constitución que reconoce derechos fundamentales y se rige sobre un fin supremo, que es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.

Palabras clave: Control difuso; Estado constitucional de derecho; precedente vinculante; supremacía constitucional.

Abstract

This essay evaluate the institutions that presented the two most important precedents on the diffuse Control in administrative headquarters, which implies to understand the division of powers of the Peruvian State and the principles of Constitutional state of law which is intimately linked to the constitutional supremacy, because is understood that it is always going to be preferred to what is established in our Constitution that recognizes fundamental rights and is governed by a supreme purpose, which is the defense of the human being and respect for his dignity.

Keywords: Diffuse control; Constitutional state of law; binding precedent; constitutional supremacy.

* Estudiante de Derecho de la Universidad Continental.

INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo académico se pretende explicar los criterios que toma el Tribunal Constitucional para que, a través de su jurisprudencia, haya determinado el uso de la figura del control difuso en la sede administrativa; asimismo, se trata de descifrar qué lleva al máximo intérprete de la *Constitución* a emitir después de ocho años una nueva sentencia que revoca el poder conferido a las entidades del Estado.

Al referirnos al control difuso, haremos referencia —en primera instancia— a su origen, que nos remonta al derecho anglosajón, concretamente al caso de *Marbury vs. Madison* en el año de 1803, fecha en que se instaura dicha figura jurídica. En ese orden de ideas, pretendo dar cuenta del mismo en nuestra legislación nacional que, básicamente, es un medio que tienen los magistrados del Poder Judicial para inaplicar, en un caso en concreto, una disposición legal que contravenga con la Constitución; cabe mencionar que dicha potestad también es conferida tanto a los integrantes de un tribunal arbitral como militar. Evidentemente, es necesario considerar el principio de supremacía constitucional, el cual, básicamente, postula que la *Constitución* va a prevalecer sobre cualquier norma inferior, lo que nos lleva a un Estado Constitucional de Derecho, en el que por cierto nos encontramos.

Entonces resulta oportuno explicar sobre la división de poderes del Estado peruano, por ende, la delegación de funciones a cada uno, para un correcto funcionamiento y en garantía del respeto a la dignidad de la persona, como refiere el artículo 1 de la *Constitución*, que define a ésta como su fin supremo.

Se pretende explicar también sobre la dualidad del control constitucional, que consta del control difuso y el control concentrado que recae en dos instituciones, la primera en el ya mencionado Poder Judicial, parte de uno de los poderes del Estado, y el segundo, en el Tribunal Constitucional, como un organismo constitucional autónomo.

1. ORGANIZACIÓN DE NUESTRO ESTADO

1.1. La división de los poderes del Estado

Como lo refiere la *Constitución* en el artículo 43, nos encontramos bajo el principio de la separación de poderes, ya que la historia nos ha demostrado que depositar todo el poder en una sola persona resulta como asevera el profesor Germán Bidart (2002: 224) en una tiranía y abuso. Sin embargo,

debe acotarse que no es el poder el que se divide, se dividen sus órganos, y, por ende, sus funciones, y esta división no se realiza con el ánimo de individualizarlos, sino de balancearlos. Por ejemplo, si mencionáramos al órgano que se encarga de promover, modificar o derogar una norma, evidentemente estaríamos aludiendo al poder legislativo; mientras que si nos referimos al que ejerce el gobierno y cumple y hace cumplir con la normativa legal vigente, estaríamos dando cuenta del poder ejecutivo; por último, al mencionar al poder judicial sabemos que se centra en la administración de justicia y su llamada función jurisdiccional.

Monroy Gálvez (2009: 389) explica que el término jurisdicción, en general, refiere al poder genérico que un órgano del Estado, sea legislativo, jurisdiccional o administrativo, ejerce sobre un individuo.

1.2. El Estado constitucional de derecho

El Estado constitucional de derecho debe entenderse como que el Estado no sólo se limita a reglamentar a través de su poder competente, sino que el derecho es la condición fundamental y fin supremo. Es así que el profesor Ferrajoli explica:

Así pues, el Estado Constitucional de Derecho se configura como el instrumento constituido por el conjunto de estas normas, gracias a las cuales todos los poderes se encuentran sujetos a la ley: en el doble sentido que todos los poderes, también aquellos de mayoría, sólo pueden ejercerse en las formas establecidas por las normas formales y están, además, sujetos a normas sustanciales que imponen límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos. (2002: 7)

En ese sentido, el Estado juega un rol fundamental para la mejora de la calidad de vida de sus ciudadanos, así como la garantía de que sus derechos civiles y políticos serán respetados y protegidos. Es por ello que el Estado tiene la responsabilidad de tender puentes de diálogo con los ciudadanos, para que tengan una participación activa en el crecimiento del país.

1.3. Principio de supremacía constitucional y su nexa con el de legalidad

Al encontrarnos en un Estado constitucional, este principio es una consecuencia, por este se comprende que la *Constitución* rige por encima de cualquier otra norma, y si una de estas contraviene lo establecido en la

Carta Magna, podremos hacer efectivos los mecanismos de control y, por ende, hasta su expulsión del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, podemos afirmar que el principio de legalidad tiene un nexo causal, ya que, según su interpretación, los ciudadanos no están obligados a hacer lo que la ley no demande, es decir, se le exige a los ciudadanos apegar su conducta acorde a las normativas establecidas y a su vez se protege los derechos fundamentales de los mismos en caso de que estos sean vulnerados o que exista un peligro inminente de lesión. Entonces resulta importante mencionarlos, puesto que en nuestro país el principio de legalidad se encuentra regulado también en la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, donde se le exige a la autoridad administrativa «actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.» (Numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General).

1.4. Control de constitucionalidad en el Perú

En nuestro país hemos adoptado un sistema de control dual de la *Constitución*, en primer orden encontramos el control difuso, que tiene un origen en el derecho anglosajón, también denominado revisión judicial o *judicial review*, en el que se permite a los magistrados del Poder Judicial interpretar e inaplicar una ley que quebranta lo instaurado por la *Constitución*, pero solo en el caso concreto, exigiendo entonces en su actuar y apego al principio de supremacía constitucional señalado líneas arriba. El segundo es el control concentrado, que tiene un origen el derecho europeo, donde se congrega la facultad de interpretación de la *Constitución* a una sola institución que no es parte de uno de los poderes del Estado, en el caso del Perú está a cargo exclusivamente del Tribunal Constitucional, que a su vez tiene la potestad de eliminar de nuestro ordenamiento normativo la normativa que contravenga a la *Constitución Política*.

II. LA JURISPRUDENCIA EMITIDA EN MATERIA DE CONTROL DIFUSO EN SEDE ADMINISTRATIVA

Poco se ha publicado sobre este tema luego de que el Tribunal Constitucional decidiera dejar sin efecto la sentencia recaída en el expediente N.º

3741-2004-AA/TC, donde le otorgaba facultades a las sedes administrativas para hacer uso del control difuso. Particularmente, mostramos nuestro acuerdo con lo expuesto en la sentencia recaída en el expediente N.º 04293-2012-PA/TC, por los argumentos que pasaremos a explicar.

Cuando se otorgan dichas facultades, se alega que no se puede hacer una interpretación positivista y formal del artículo 138 de nuestra *Constitución*, se alega también en el principio de unidad de la misma, ligado al de supremacía constitucional, que todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la *Constitución* e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la *Constitución*. En ese sentido determina también que nada impide a las mencionadas instituciones a, que a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por vulnerar los derechos fundamentales del administrado, en concordancia con la *Ley del Procedimiento Administrativo General*.

Tal como lo mencionaba en párrafos anteriores, el Tribunal alude al principio de legalidad, acotando que si bien nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho, eso no significa la simple ejecución y cumplimiento de lo determinado en las normas, sino que esto conlleva su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales, haciendo un llamado a la Administración Pública para que emita sus decisiones en base a los criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, que también se encuentran previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Con lo mencionado, el Tribunal buscaba que no se deje de garantizar los derechos e intereses del administrado y que todo vaya con sujeción al ordenamiento constitucional (Caso Salazar Yarlenque, sentencia recaída en el expediente N.º 3741-2004-AA/TC).

Después de alrededor de ocho años, el Tribunal Constitucional decide revocar el precedente vinculante anterior por diversas razones que expone en su sentencia desde el fundamento 30, donde explica que la sentencia Salazar Yarlenque no contaba con los supuestos necesarios fijados en la sentencia recaída en el expediente N.º 0024-2003-AI/TC, donde se establecían las reglas para fijar un precedente vinculante en materia de control difuso administrativo, puesto que no existían interpretaciones contradictorias en el tema concreto, no aclaraba ninguna interpretación errónea ni aplicación

indebida de la norma, no existía vacío legislativo, tampoco se advierte en la práctica jurisdiccional o administrativa la existencia de interpretaciones diversas de los artículos 38, 51 y 138 de la *Constitución* y que en el fundamento 50 del precedente Salazar Yarlenque no se estableció para cambiar o modificar algún precedente vinculante ya existente.

Se añade también que hay justificación razonable para revocar el denominado precedente puesto que en el aspecto material existen razones suficientes para dejar sin efecto dicho precedente en base a tres razones: la primera es que la *Constitución* faculta el uso del control difuso a los magistrados y aquellos en los que recaiga la función jurisdiccional; la segunda agrega que el control difuso es un mecanismo de control constitucional al ser la sentencia elevada en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, lo que no procede en el caso de los tribunales administrativos; y la tercera porque afecta el sistema de control dual de la *Constitución* y el principio de división de poderes (Caso Consorcio Requena, sentencia recaída en el expediente N.º 04293-2012-PA/TC).

Se debe añadir que adjunta el voto singular que realiza el magistrado Urviola Hani, quien considera no dejar sin efecto el precedente vinculante Salazar Yarlenque, puesto que el Tribunal Constitucional ha sostenido que el artículo 138 de la *Constitución* no puede ser interpretado de modo literal en el sentido que sólo puede ejercerlo el Poder Judicial; asimismo, el control difuso fue establecido jurisprudencialmente y no mediante una disposición constitucional expresa; el Tribunal Constitucional no puede dejar sin efecto un precedente vinculante sin analizar, previamente, cuál ha sido la utilidad o efecto que ha generado en el sistema jurídico, o si existen fórmulas para mejorarlo, y por último, los fundamentos utilizados para establecer el control difuso administrativo son los mismos que se utilizaron para establecer el control difuso arbitral.

Particularmente, considero que ambos precedentes tienen deficiencias; por un lado, el precedente Salazar Yarlenque no cumple con los requisitos para ser de carácter vinculante y el Tribunal Constitucional no considera que al otorgarles esa facultad podría no ser correctamente utilizada, ya que las personas que se encuentran a cargo de emitir ciertas resoluciones no necesariamente son conocedoras de la normativa, entonces podría existir malinterpretación de las normas y de dicha facultad que a la larga vulnera derechos fundamentales ya que no existirá un debido control sobre sus

decisiones. Tampoco considero que sea necesario el control difuso en las sedes administrativas ya que existe un mecanismo para cuestionar aquellas normas que contravengan a la *Constitución* y es el proceso de inconstitucionalidad. Por otro lado, se observa que en el caso del Consorcio Requena no existía cuestionamiento alguno al control difuso en la sede administrativa, lo que podría llevarnos a aseverar que se estaría ante el principio de congruencia procesal y podría hasta surgir la interrogante de si es que el Tribunal puede hacer y deshacer en sus sentencias hasta los precedentes que no son materia de cuestión en el caso particular.

CONCLUSIONES

- Nos encontramos en una división tripartita del poder, ejecutivo, legislativo y judicial, este último está facultado para hacer uso del control difuso e inaplicar una norma para el caso concreto cuando es contraria a lo establecido por la *Constitución*, mientras que el control concentrado es plenamente ejercido por el Tribunal Constitucional, que tiene la potestad de expulsar una ley del marco jurídico por contravenir a la Carta Magna, mediante el proceso de inconstitucionalidad.
- Con ambas formas de control de la *Constitución* se pretende garantizar el principio de supremacía constitucional, en concordancia con el de legalidad, que a su vez está regulado en la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- En el expediente Salazar Yarlenque se faculta a los órganos administrativos a ejercer el control difuso, puesto que en las entidades públicas también se presentan conflictos donde se puede encontrar normas inconstitucionales que vulneran los derechos fundamentales de los administrados y, por ende, debe existir un medio por el cual se inapliquen dichas normativas, en este caso, haciendo uso del control difuso. El Tribunal Constitucional revoca el precedente vinculante Salazar Yarlenque porque no cuenta con los requisitos y porque atenta contra la organización de nuestro Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Bidart, G. (2002). *Lecciones elementales de política (sociedad, Estado y derecho)*. 2.^a ed. Lima: Grijley.

- Ferrajoli, L. (2002). Positivismo crítico, derechos y democracia. *Revista Isonomía*. 16 Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com>
- Monroy, J. (2009). *Teoría general del proceso*. 3.ª ed. Lima: Communitas.
- Tribunal Constitucional (2012). Caso Consorcio Requena, sentencia recaída en el expediente N.º 04293-2012-PA/TC).
- Tribunal Constitucional (2004). Caso Salazar Yarlenque, sentencia recaída en el expediente N.º 3741-2004-AA/TC).

SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA EMPRESARIAL

CONFLICT RESOLUTION SYSTEMS IN BUSINESS MATTERS

*Paddy Verde Fasil**
Universidad Continental

Recepción: 23/10/2017

Aceptación: 20/11/2017

Resumen

El conflicto es parte de la actividad humana, no obstante existen diversas formas para componerlo. En el presente trabajo, la autora da cuenta de los principales sistemas de resolución de conflictos que se han suscitado en la ejecución de actos relacionados con las actividades empresariales.

Palabras clave: Autotutela; autocomposición; heterocomposición; negociación; conciliación; arbitraje; proceso judicial.

Abstract

Conflict is part of human activity, however there are different ways to create it. In the current work, the author gives account of the main systems of resolution of conflicts that have appear in the execution of acts related to the business activities.

Keywords: Self-protection; self-composition; hetero composition; negotiation; conciliation; arbitration; judicial process.

* Maestra por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de la Universidad Continental. Gerente General del Estudio Lopez & Verde Abogados.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la mitología griega, el gigante Procusto, dueño de una posada, tenía por costumbre amarrar al huésped viajero que hospedaba a las cuatro esquinas de la cama y a estirar el cuerpo de éste (si tenía un tamaño menor que el de la cama) o a cortarlo (si tenía un tamaño mayor). Al final, acomodaba al viajero al tamaño de la cama en la que era colocado.

Si bien la anécdota tiene un contenido impresionante, el mensaje puede ser trasladado a las formas de manejo del conflicto que se utilizan en la actualidad. Es decir, en nuestra realidad puede advertirse la aparición de muchos «Procustos», quienes manejan todo tipo de desavenencia de una determinada manera, dando como lógico resultado no sólo una inadecuada gestión a la situación conflictiva y del conflicto propiamente dicho, sino de las técnicas utilizadas.

Así bien, el propósito del presente trabajo es otorgar una visión general de las principales formas de solución de conflictos y las ventajas que se consiguen en su aplicación.

II. SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En la teoría del análisis y gestión del conflicto encontramos un sinnúmero de sistemas que tienen por objeto el manejo y resolución del conflicto. A efectos de otorgar un mejor panorama del objeto de los sistemas de resolución de conflictos, abordaremos dos tipos clasificatorios.

2.1. Por su importancia

Los sistemas de resolución de conflictos pueden ser primarios o secundarios. Son primarios porque se sustentan en principios propios que le imprimen autonomía respecto de otros sistemas, y son secundarios porque derivan de sistemas primarios que, si bien adoptan características de éstos, contienen cierta sustantividad que los diferencia de otros sistemas.

2.2. Por la intervención de las partes en conflicto

Los sistemas pueden ser autotutelares, autocompositivos o heterocompositivos. Son autotutelares porque una de las partes es la que se encarga de resolver el conflicto de mano propia. Claro está, el uso de la

autotutela es muy limitado, pues generalmente se encuentra prohibida por el derecho.

En los sistemas autocompositivos, son ambas partes las que generan la composición de la controversia en base al diálogo, otorgándole así un gran grado de madurez a la gestión del conflicto, pues los sujetos colaboran en el proceso negocial. Si bien pueden participar terceros durante el procedimiento, estos sólo cumplen un rol de facilitación mas no de composición.

Finalmente, en los sistemas heterocompositivos, son los terceros los que resuelven el conflicto por encargo de las partes enfrentadas. Estamos ante un sistema que busca la solución neutral de un tercero ante la imposibilidad de las partes de resolver el conflicto por consenso.

Debemos dejar en claro que los tipos clasificatorios brevemente explicados no tienen un ámbito funcional aislado, ya que un mecanismo primario puede ser considerado heterocompositivo a su vez. Lo dicho puede comprobarse con el Cuadro 1.

Cuadro 1. Clasificación de los sistemas de resolución de conflictos

Intervención / Importancia	Primarios	Secundarios
Autotutela	Defensa posesoría inmediata, legítima defensa	—
Autocompositivo	Negociación, conciliación	Med-arb
Heterocompositivo	Arbitraje, proceso judicial	Arbitraje de oferta final, arriende un juez

Elaboración propia.

2.3. Sistemas más utilizados

Los tipos clasificatorios nos acercan al objeto del uso de los sistemas de resolución de conflictos, ello en consideración a que cada conflicto, al constituir una unidad autónoma de intereses, tiene que ser gestionado de una forma en particular, siendo un paso muy importante determinar qué sistema de resolución de conflictos será utilizado para su composición.

En nuestro medio (empresarial) existen sistemas que resultan ser utilizados en un mayor grado respecto de otros. Así se tiene que existe gran frecuencia de uso en la negociación, conciliación, el arbitraje y el proceso judicial.

2.3.1. Negociación

La negociación es un mecanismo primario y autocompositivo por el cual las partes buscan la solución de su(s) conflicto(s) mediante el uso del diálogo, colaborando o compitiendo a efectos de lograr el mejor acuerdo posible que satisfaga sus intereses. Al respecto debe tenerse en consideración que la negociación puede ser integrativa o distributiva. Es integrativa cuando las partes asumen una conducta colaborativa, tratando de maximizar los beneficios de su acuerdo, generando una situación de ganar-ganar. Y es distributiva cuando las partes en conflicto asumen un papel competitivo, tratando de generar beneficios a costa de su contraparte.

Evidentemente, resulta mucho más fácil adoptar un enfoque transaccional (distributivo) en una negociación, pues la negociación integrativa tiene como soporte una mayor información y tiempo de preparación previos al acto de negociar que la transacción. En otras palabras, la negociación distributiva se fundamenta generalmente en las posiciones de las partes (¿qué es lo que quieren?), mientras que la negociación integrativa se fundamenta en los intereses de las partes que subyacen a sus posiciones (¿para qué o porqué lo quieren?). En la práctica es el conocimiento y la madurez de las partes los que determinan el tipo de negociación a utilizar.

2.3.2. Conciliación

Este mecanismo primario y autocompositivo es utilizado por las partes que, ante la imposibilidad de conducir su proceso negocial de forma directa, buscan la asistencia de un tercero que pueda ayudarlos a estructurar una ruta a seguir y, de ser el caso, proponer fórmulas de solución al conflicto.

Así tenemos que en la conciliación ambas partes solucionan su(s) conflicto(s) a través del diálogo, pero con la ayuda de un conciliador extrajudicial, quien tiene como función guiar a las partes en el procedimiento de conciliación y equilibrar cualquier desbalance en la condición o actuación de las partes.

2.3.3. Arbitraje

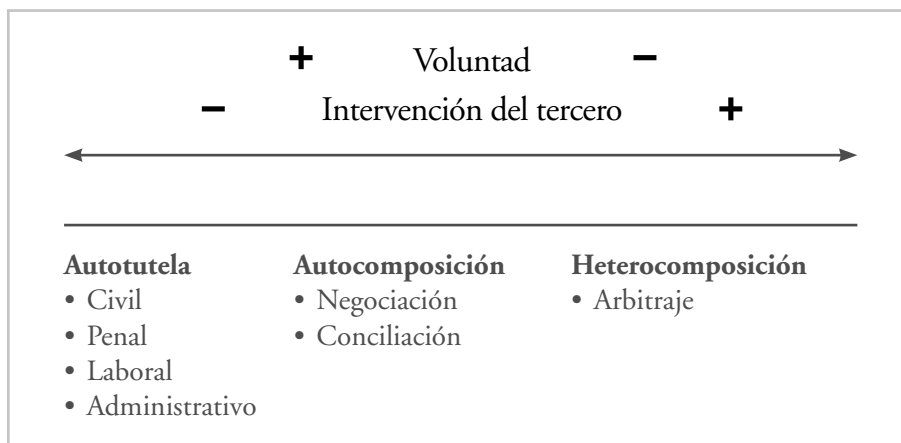
Este mecanismo primario y heterocompositivo tiene como objeto la composición de un conflicto pero a través de la decisión de un tercero, llamado árbitro (de ser el caso, también puede ser un grupo de ellos]. El árbitro (o árbitros) es elegido por las partes en conflicto, quienes le otorgan el poder

necesario para la solución de su controversia conforme a la normativa respectiva o a los usos y costumbres, según sea dispuesto por los litigantes.

2.3.4. Proceso judicial

Al igual que el arbitraje, el proceso judicial es un sistema de resolución de conflictos en donde las partes buscan la decisión de un tercero (juez) a fin de que componga su desavenencia. Sin embargo, la diferencia entre el proceso judicial y el arbitraje es que en el primero las partes no pueden elegir a su juzgador, pues éste es designado conforme a un sistema aleatorio. En el Gráfico 1, precisamos los alcances de los sistemas de resolución de conflictos más utilizados.

Gráfico 1. Sistemas de resolución de conflictos más utilizados.



Elaboración propia

De la imagen se advierte la gran diferencia entre mecanismos auto-compositivos y heterocompositivos, esto es, el poder de manejo del conflicto. Mientras que en los sistemas de resolución de conflictos auto-compositivos, son las partes las que los conducen; en los sistemas heterocompositivos, es el tercero el que tiene dicha facultad.

III. MATERIAS EMPRESARIALES QUE PUEDEN SER SOMETIDAS

Lo dicho en las líneas precedentes resulta aplicable a la vida empresarial, pues esta, por ser producto de la conducta humana, no se encuentra exenta de este tipo de vicisitudes.

Ahora bien, las exigencias de la vida empresarial establecen como parámetros la celeridad (rapidez) y la eficiencia en la resolución de conflictos, ya que ambos requisitos condicionan la reincorporación de los bienes objeto de litigio al tráfico mercantil.

Así tenemos que el uso del proceso judicial como sistema de resolución de conflictos no siempre es el más adecuado, toda vez de que suelen presentarse inconvenientes respecto a la celeridad y la efectividad, lo que le resta interés al momento de ser elegido como un mecanismo idóneo.

Es allí en donde aparecen los sistemas alternativos, pues, al tener como principios la celeridad y la efectividad, resultan atractivos para la composición de conflictos mercantiles devenidos de actos de comercio como:

- El cumplimiento de las diversas modalidades contractuales (compra-venta, seguro, franquicia, *leasing*, *factoring*, tarjeta de crédito, mutuo dinerario, arrendamiento, transporte, administrativo, entre otros).
- La indemnización por daños y perjuicios.
- Las garantías personales (aval y fianza) y reales (hipoteca, garantía mobiliaria y anticresis), entre otros.

Ello sin perjuicio de otras controversias que puedan tener relación con un acto de comercio.

CONCLUSIONES

- Los sistemas alternativos de resolución de conflictos son complementarios a la administración de justicia a través del juez estatal.
- Los sistemas alternativos de resolución de conflictos más conocidos y utilizados son la negociación, la conciliación y el arbitraje.
- Resulta imperativo legitimar a los sistemas alternativos de resolución de conflictos, ya que su objeto es la composición de una controversia con base en el derecho o en los usos y costumbres comerciales.
- En la vida empresarial existen una infinidad de conflictos devenidos de la ejecución de un acto de comercio, los mismos que pueden ser resueltos a través de los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

- La flexibilidad en el uso de los sistemas alternativos de resolución de conflictos resulta importante, pues les permite a las partes acomodarlo a sus propios intereses y necesidades.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis es una publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental, cuya periodicidad es anual; tiene como objetivo la difusión de la cultura jurídica dentro de la comunidad local, nacional e internacional, esto es, en base a estudios sobre las distintas disciplinas del Derecho.

I. CONVOCATORIA

Se convoca a todos los estudiosos del Derecho, nacionales o extranjeros, a presentar trabajos para ser publicados, sea a partir de estudios teóricos, análisis jurisprudencial o reseñas bibliográficas.

II. ORIGINALIDAD Y COPYRIGHT

Sólo se aceptarán trabajos originales e inéditos enviados por los autores, en todas las ramas del Derecho. El envío de un original supone el compromiso por parte del autor de no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas.

El envío del original supone que el autor cede a *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis* los derechos de autor que permita la normatividad vigente una vez admitida su publicación.

Se remitirá junto al artículo el formato «Declaración de compromiso de los autores», firmado por el autor o autores, en el cual cede los derechos de autor en favor de la Universidad Continental, y comprometiéndose a cumplir con los deberes y principios consignados en dicho documento.

III. SELECCIÓN DE TRABAJOS

Los estudios y ensayos serán revisados por el Consejo Editorial. Posteriormente, las investigaciones serán sometidas a un sistema de arbitraje, que se traduce en la evaluación de dos (2) árbitros externos, quienes circunscriben su cometido a una Rúbrica que asegura la objetividad y doble anonimato en su dictamen.

En caso de divergencia en los arbitrajes, el trabajo se sujetará a una tercera valoración. Para la designación de los árbitros, se privilegiarán los académicos que acrediten conocer sobre la especialidad del trabajo. De acuerdo al resultado de los arbitrajes, *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis* se reserva el derecho de aceptar o rechazar la publicación de los trabajos recibidos, así como de sugerir al autor o autores cambios de forma siempre que no impliquen alterar el fondo del trabajo.

IV. PUBLICACIÓN Y AUTORÍA

La Revista se reserva los derechos de impresión, reproducción total o parcial del material, así como el de aceptarlo o rechazarlo. Igualmente, se reserva el derecho de hacer cualquier modificación editorial que estime conveniente. En tal caso, el autor recibirá recomendaciones tanto del Director o de los evaluadores. Si las acepta, deberá entregar el artículo con los ajustes sugeridos dentro de las fechas fijadas por *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis* para garantizar su publicación. Los órganos promotores no son responsables de las opiniones vertidas por los autores.

V. NORMAS SOBRE CARACTERÍSTICAS FORMALES

Los colaboradores de *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis* deberán observar las siguientes disposiciones. En caso contrario, el Consejo Editorial devolverá el trabajo al autor para su corrección.

Los trabajos se remiten al correo electrónico:
revistaderecho@continental.edu.pe.

5.1. Estructura

Las contribuciones deberán tener la siguiente estructura:

1. Título en idioma español. El título debe ser conciso pero informativo, se recomienda un máximo de veinte (20) palabras.
2. Título traducido al idioma inglés.
3. Autor(es): Nombres, apellido paterno y materno. En pie de página, el último grado académico (y la institución donde logró la debida acreditación), el cargo que desempeña en la institución donde trabaja y la ins-

titución de educación superior en la que viene desempeñando labores como docencia, de ser el caso.

4. Introducción.
5. Cuerpo del contenido.
6. Conclusiones.
7. Bibliografía.

Los trabajos deben ser redactados usando un procesador de textos, en hojas tamaño A4, a espacio simple, fuente Arial de doce (12) untos, márgenes de 3 cm. en cada lado. La extensión del trabajo es de cinco (5) páginas, sin contar con una extensión máxima.

Los párrafos deben estar separados por un espacio, sin sangría. Las tablas, imágenes y gráficos deben tener una numeración (en arábigo) y una leyenda en la parte superior y consignar la autoría en la parte inferior.

La numeración y unidades de medida deben ser expresadas de acuerdo al Sistema Internacional de Unidades (SI).

5.2. Separaciones

Se utilizará un máximo de tres (3) niveles para las divisiones y subdivisiones principales del texto (capítulos, apartados y subapartados). Los capítulos irán en mayúsculas y serán enumerados en romano, y los apartados y subapartados deberán consignar solo la primera letra en mayúscula, además de ser enumerados en arábigo.

Ejemplo:

I. TÍTULO DEL CAPÍTULO

1.1. Título del apartado

1.1.1. Título del subapartado

No se enumerarán los apartados correspondientes a la introducción, prefacio, prólogo o similares, estos deben indicarse con el mismo tipo y tamaño de letra que los títulos de los capítulos, pero sin numeración. Lo mismo se aplicará para las conclusiones, listado bibliográfico y jurisprudencial, y otras divisiones finales del texto.

5.3. Referencias bibliográficas y jurisprudenciales

Al final del trabajo se deben indicar, en un listado, todas las referencias bibliográficas efectivamente citadas o referidas en el trabajo bajo el Título BIBLIOGRAFÍA.

En general, los elementos correspondientes a las referencias bibliográficas deben indicarse tal cual aparecen en la fuente de donde se extraen, salvo la indicación de la responsabilidad principal o nombre del autor o autores, que debe empezar por el apellido. Para las publicaciones seriadas, la indicación del fascículo (volumen y número) debe ser lo más completa posible.

La primera cita de una obra en el texto contendrá la referencia completa mínima según las normas aplicables y que se ejemplifican más abajo. Las siguientes citas a la misma obra contendrán solamente la mención de la responsabilidad principal, el año de edición entre paréntesis, una o dos palabras indicativas del título y la página que se cita. Citándose más de dos obras de un mismo autor, debe procurarse que las abreviaturas de los títulos sean diferentes, para su correcta individualización.

1.1.1. Citas

- **Citas textuales**

Cita textual de menos de 40 palabras con énfasis en el autor:

Por eso, en este segundo camino la función principal del Estado, a decir de Pérez (2002), es «la construcción consensual de respuestas a las ineludibles necesidades que la vida en sociedad plantea» (p. 242).

Cita textual de menos de 40 palabras con énfasis en el texto:

Por eso, en este segundo camino la función principal del Estado es «la construcción consensual de respuestas a las ineludibles necesidades que la vida en sociedad plantea» (Pérez, 2002, p. 242).

Cita textual de más de 40 palabras con énfasis en el autor:

Arce (2013) afirma:

Aun cuando éste ámbito de análisis es más filosófico que socio-lógico, creo que no debemos sesgar el estudio del fin del derecho a lo meramente abstracto u ontológico. Y ello porque, lo hemos repetido muchas veces, el derecho es un producto humano y no divino (p. 108).

Cita textual de más de 40 palabras con énfasis en el texto:

Aun cuando este ámbito de análisis es más filosófico que sociológico, creo que no debemos sesgar el estudio del fin del derecho a lo meramente abstracto u ontológico. Y ello porque, lo hemos repetido muchas veces, el derecho es un producto humano y no divino. (Arce, 2013, p. 108).

- **Citas parafraseadas**

Basada en el texto:

No hay jerarquía de poderes en la realidad: si es el Estado, este impondrá los fines a los demás grupos; si se trata de otro centro de poder no será el Estado el que se imponga (Ramírez, 1972, pp. 70 y ss.).

Basada en el autor:

No hay jerarquía de poderes en la realidad. Para Ramírez (1972), si es el Estado, este impondrá los fines a los demás grupos; si se trata de otro centro de poder no será el Estado el que se imponga (pp. 70 y ss.).

1.1.2. Referencias bibliográficas

- **Libros y monografías**

Bernales, E. (2012). *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Lima: Idemsa.

- **Partes de monografías (capítulos, artículo, etc.)**

Hundskop, O. (2013). Valoración de los medios de prueba en el arbitraje. En García, F. (Director). *Derecho arbitral*. Arequipa: Adrus, pp. 191-210.

- **Artículos en publicaciones seriadas (revistas)**

Kaldor, N. (1939). Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. *The Economist Journal*, (49)154, pp. 549-552.

Posner, R. (1996). El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. *Themis*, 44, pp. 37-53.

- **Artículos en publicaciones seriadas electrónicas**

Núñez, F. (2017). Hayek vs. Kelsen: el fundamento liberal liberal de la *lex mercatoria*. *Themis*, 72, pp. 127-157. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/20242/20192>

- **Referencias de fuentes jurisprudenciales**

Tribunal Constitucional del Perú (2011). Sentencia recaída en el expediente N° 000031-2010-AI. Municipalidad de Lima contra el Poder Ejecutivo. 23 de mayo.

- **Legislación**

Congreso del Perú. (2013). Ley N.º 30045, Ley de modernización de los servicios de saneamiento. Diario Oficial *El Peruano*. Lima: Congreso de la República del Perú, 5 de febrero.

Ius et Tribunalis
Cuadernos Jurídicos
año 3, n.º 3
se terminó de imprimir en
xxxxxxx de 2019,
en los talleres gráficos de
xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx
por encargo de la
Universidad Continental.