



UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERU



PROGRAMA DE SUFICIENCIA PROFESIONAL - 2013 II.

TRABAJO DE INVESTIGACION

“PROSCRIPCION DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA”

PARA OBTENER:

EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

LANDER CAHUAZA TORRES

CÁTEDRATICO:

DR. ROGER CABRERA PAREDES

IQUITOS-PERU.

2013

DEDICATORIA

A mis Padres Juan Manuel Cahuaza Espinoza e Isaura Torres López por dedicar su tiempo y esfuerzo para que yo sea un hombre de bien, con valores y sobretodo con una gran humildad que me caracteriza, y en especial a Analis Torres Arbildo que me insita a ser un gran hombre de futuro.

AGRADECIMIENTO.

Un rotundo agradecimiento a mis señores padres Juan e Isaura, por el apoyo brindado durante estos seis años de estudios, que es la carrera de Derecho y Ciencias Políticas para que en algún momento sea un buen hombre de bien y un profesional para el futuro del mañana.

LANDER CAHUAZA TORRES.

EPIGRAFE

"Sueña cuando acaba el día,
Sueña y tus sueños podrían hacerse realidad,
Las cosas nunca son tan malas como parecen,
Así que sueña, sueña, sueña."

Philip Roth.


ACTA DE SUSTENTACIÓN TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos, a las 18:00 horas del día 27 del mes de diciembre del año 2013, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación del bachiller:

CAHUAZA TORRES LANDER

En la modalidad de: **TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL**, con el tema "**Prescripción de la Responsabilidad Objetiva**"

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

Indicador	Examinador 1	Examinador 2	Examinador 3	Promedio
Domínio del Tema	3	3	2	
Calidad de redacción	3	3	3	
Competencia expositiva (calidad conceptual, coherencia y argumentación)	2	2	3	
Calidad de las respuestas	3	3	3	
Uso de terminología especializada	3	3	3	
Calificación final	14	14	14	

Calificación final (en letras) Catorce

Leyenda:

Indicador	Descripción	Puntaje
A	Deficiente	1
B	Regular	2
C	Satisfactoria	3
D	Optima	4

Presidente : Mgr. ROGER A. CABRERA PAREDES

(Firma)

Miembro : Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ

(Firma)

Miembro : Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO

(Firma)

INDICE.

INTRODUCCIÓN.....	06
CAPÍTULO I.....	06
MARCO TEORICO.....	06
ANTECEDENTES.....	07
ACTUALIDAD.....	09
CAPÍTULO II.....	10
Desarrollo de la Investigación.....	10
A) Principio De Dolo o Culpa.....	11
B) Principio De Responsabilidad por el hecho.....	11
C)Principio De Responsabilidad Personal.....	12
La exigencia del dolo y culpa.....	12
Dolo.....	12
Clases según la doctrina.....	13
a)Dolo directo de 1er grado.....	13
b)Dolo directo de 2do grado.....	13
c)Dolo eventual.....	13
Capitulo III.....	14
PRESENTACIÓN.....	14
Responsabilidad en el derecho positivo.....	14
a)Responsabilidad penal o sancionadora.....	14
b)Responsabilidad civil objetiva.....	15
c)Responsabilidad objetiva.....	16
Responsabilidad en la teoría general del derecho.....	16
Los intentos de reconstrucción del concepto jurídico de responsabilidad.....	17
Modelo unitario.....	17
La Responsabilidad como Reacción.....	17
La Responsabilidad como una consecuencia jurídica(un concepto ecléctico).....	20
El modelo plural del concepto de responsabilidad.la disgregación como solución.....	21
Una alternativa.....	24
Análisis de los resultados de la investigación.....	25
Objetivo.....	27
Sentencias DEL Tribunal Constitucional Analizadas Por Prohibición De La Responsabilidad Objetiva.....	28
Capitulo IV.....	88
Conclusiones.....	88
Recomendaciones.....	89
Bibliografía.....	90
Anexo.....	91

INTRODUCCION.

CAPITULO I

1.- MARCO TEORICO.

El principio de responsabilidad penal establecido en el Art. VII del Título Preliminar de nuestro Código Penal de 1991, doctrinalmente conocido como principio del hecho propio, de la acción o de la conducta en contraposición al derecho penal del autor, de la voluntad o de la disposición del ánimo, es uno de los principios que conjuntamente con el principio de legalidad, de lesividad y de proporcionalidad de la pena, enarbolan los postulados de un derecho penal garantista y su relación con los caracteres configuradores del Derecho Penal (público, coactivo fragmentario y subsidiario), siendo que el principio de responsabilidad penal establece la proscripción de la responsabilidad objetiva (responsabilidad por el resultado) per se, por cuanto hay una exigencia indisoluble de la responsabilidad subjetiva como uno de los postulados del Derecho Penal del Acto. Siendo el presupuesto sine qua non, materializar en la existencia del delito la imputación de la responsabilidad del sujeto activo del delito (sujeto pasivo de la relación procesal), no solo dentro del aspecto objetivo (elementos constitutivos del delito y otros presupuestos de la acción y el bien jurídico) sino también en el aspecto subjetivo (dolo o culpa) en el injusto penal.

El principio de Responsabilidad¹ Penal establecido en el Título Preliminar del Código Penal tiene vinculación y sustento en un Derecho Penal del Acto, actualmente en conflicto con algunas instituciones del Derecho Penal del Autor como la reincidencia y habitualidad, figuras jurídicas mal reincorporadas a nuestra legislación penal mediante Ley Nro. 28726, por cuanto en otrora era una carga negativa del Código penal de 1924 y que el Código Penal de 1991 había proscrito inicialmente hasta las últimas modificatorias. Siendo que la aplicación de una pena mayor para el reincidente o habitual no solo transgrede el principio de responsabilidad penal en cuanto a derecho penal del acto sino también el principio de proporcionalidad.

La aplicación Derecho Penal del Acto, materializado en el principio de responsabilidad penal subjetiva tiene la exigencia de analizar el dolo o la culpa, en una relación gradual en el sentido de poder atribuir al dolo una mayor magnitud del injusto y culpabilidad que a la imprudencia respecto a la misma lesión, esto se debe a las distintas naturalezas, por cuanto el dolo es la decisión de realizar un hecho a pesar de conocer todas las circunstancias fácticas que convierten un hecho en hecho típico, y la imprudencia como un deber objetivo de cuidado es cuando se tienen desconocimiento del hecho típico a materializar, bien por error sobre la existencia por una sobrevalorización del sujeto activo del delito, por cuanto no se puede tener un trato igualitario al que conoce de manera plena el peligro que crea que al que no conoce el riesgo típicamente relevante.

¹ HURTADO POZO, José, Manual de Derecho Penal Parte General I, 3ª ed., Editorial Grijley, 2005, Lima Perú, p. 50

ANTECEDENTES.

Su formulación en latín (nullum crimen, nulla poena sine lege) no data de muy antiguo, y en todo caso, su origen no está en el derecho romano. La significación y los límites del principio de legalidad son mejor comprendidos si se tiene en cuenta la menara como surge y evoluciona.

En la época de las monarquías el sistema judicial era absoluto, todo estaba en manos del Rey, quien delegaba su poder a uno de sus funcionarios y en los señores Feudales. Su sistema se caracterizó por una marcada irregularidad en el sistema jurisdiccional, por el desorden y la multiplicidad de leyes y por una gran arbitrariedad debido a los innumerables privilegios para castigar que gozaban los señores feudales y en particular, por el derecho del rey o por sus representantes para castigar sin observar procedimiento alguno.

El soberano directo o indirectamente decidía y ordenaba ejecutar los castigos, el absolutismo imperaba. En esta época la legislación penal se había constituido bajo la influencia de una concepción que identificaba crimen con pecado, y que no distinguía muy bien las leyes penales de las reglas morales y como consecuencia de ello los crímenes de lesa majestad divina eran las más graves.

Frente a éste poder absoluto y arbitrario del Rey surge a mediados del siglo XVIII un fuerte movimiento social inspirado y fomentado por filósofo, políticos, juristas y magistrados, cuyo objetivo era controlar de modo más estricto y constante la conducta ilegal de las personas y de limitar el poder punitivo del Estado.

Con esta finalidad se consideró indispensable dar a las disposiciones legales cierto grado de precisión, mediante la descripción de los delitos y la fijación de las penas. Se trató pues de una actitud política conducente a poner en marcha una nueva manera de ejercer el poder de castigar.

La teoría del contrato social constituye el fundamento ideológico de este nuevo movimiento en la cual el ciudadano acepta todas las leyes de la sociedad, aun aquellas por las cuales se le puede sancionar. Quien viola el pacto se convierte en enemigo de la sociedad y participa, al mismo tiempo en el castigo que se le impone, el más pequeño delito lo ataca en su totalidad y, toda la sociedad, comprendido el infractor está presente en la más pequeña sanción.

El castigo Penal es concebido aquí como una función general de todos los miembros de la sociedad. La teoría del contrato social es llamada corriente contractualista, siendo sus máximos representante Tomas Hobbes y Locke. Esta corriente sostenía que los hombres en un determinado momento eran libres, en ese estado de naturaleza no había normas, vivían un constante miedo, el hombre era malo por naturaleza y en algún momento estos señores deciden suscribir un contrato social, un ente, lo que Hobbes denomina el gran Leviatán (Estado), éste no se justifica por sí mismo, todos los hombres renunciaban a sus derechos para darle al Estado.

Locke, en cambio decía que en el estado de naturaleza, el hombre no es tan malo, no es un ser malo como señalaba Hobbes, es un ser bueno por naturaleza y a afectos de preservar ese estado de felicidad deciden suscribir un contrato social y crear el Estado, agrega que el hombre nunca renuncia a sus derechos, los antepone frente al Estado. Esta teoría señala que el Estado surge de un contrato social para garantizar el orden, la paz y la seguridad, el Estado no puede intervenir en las relaciones entre los particulares sino hay lesión al orden, la paz y la seguridad.

Así Beccaria sostenía que las principales consecuencias respecto a la justicia Penal son, por un lado, que sólo en las leyes penales se pueden establecer las conductas prohibidas y fijadas las penas que les corresponden y, por otro, que el único titular de éste poder es el legislador que representa a toda la sociedad constituida conforme al contrato social; sostenía también que ningún magistrado (que es parte del contrato social) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra consiguientemente, aumentar la pena establecida por las leyes, ni siquiera bajo pretexto de celo o de bien público.

El principio de Legalidad en su sentido actual, se derivó de un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fue competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto contrato social en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del poder legislativo que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular.

Su consagración legislativa se realizó en la época moderna, con la formación de los Estados, y especialmente con la constitución Norteamericana de 1776 (Virginia, Maryland) y con la declaración Francesa de los derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, pues expresamente señala su Art. 8° que la ley sólo puede establecer las penas estrictamente necesarias; nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y otro individuo de la misma sociedad, los jueces no pueden legalmente aplicadall, aquí nace básicamente el principio de constitucionalmente protegido. Los antecedentes anteriores como la Magna Charta Libertatum inglesa de Juan sin Tierra, de 1215 y la Constitutio Criminalis Carolina Germánica de 1532, no poseen el sentido moderno del principio de legalidad, el primero es básicamente una garantía procesal y no excluía a la costumbre y la segunda no prohibía la analogía contra el reo. Podemos concluir pues que a partir de la ideología liberal impulsada por la ilustración y consagrada políticamente a partir de la revolución francesa, se concibe al principio de legalidad como un límite del poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano.

ACTUALIDAD.

Santiago Mir Puig nos dice que en su sentido más amplio el término culpabilidad se contrapone al de inocencia principio de culpabilidad pueden incluirse diferentes límites al *ius puniendi*, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda culpársela a quien la sufra del hecho que la motiva.

Por el principio de culpabilidad, no hay pena sin culpabilidad, así la sanción criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle exigido.

En primer lugar, posibilita la imputación subjetiva de tal manera que el injusto penal solo puede ser atribuido a la persona que actúa; el delito, en consecuencia, solo es concebible como el hecho de un autor y como producto de ello la sanción debe ser individual o estrictamente personal, y alcanzar únicamente a quien ha transgredido la ley en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, así se hallasen ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etc.

En segundo lugar, no puede ser castigada quien obra sin culpabilidad, con lo que se excluye la responsabilidad objetiva o por el mero resultado; de aquí dimana la categoría dogmática de la culpabilidad- a veces llamada responsabilidad, pese a las diferencias entre ambos conceptos en la teoría general del derecho- acorde con la cual solo puede ser punido quien estuviere en posibilidad de gobernar el acontecer lesivo para los bienes jurídicos.

En tercer lugar, la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad, y su imposición se hace atendiendo al grado de culpabilidad, pues hay diversos niveles de responsabilidad que van desde la culpa, en sus distintas modalidades, hasta el dolo y, en algunas legislaciones como la colombiana, llegan a figuras complejas que aglutinan ambas formas de conducta punible, como sucede con la preterintencional.

Por último, en cuarto lugar, este axioma impone la idea de proporcionalidad como pauta surgida del postulado de igualdad para tasar la pena en concreto. Cuando el juzgador persigue imponer una sanción justa debe hacerlo según el postulado constitucional de la igualdad, gracias al cual es posible tratar de manera diversa lo disímil; y ello parece obvio porque, para imponer la pena, es necesario distinguir dentro del juicio de exigibilidad normativa las diversas modalidades de conducta punible (dolo, culpa, preterintencional).

CAPITULO II

2.- DESARROLLO DE LA INVESTIGACION.

Conforme nos informa el profesor Felipe Villavicencio Terreros al término Culpabilidad se le asigna un triple significado. En primer como fundamento de la pena referido a la cuestión de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico. En el segundo lugar, como fundamento de la determinación o medición de la pena, su gravedad y su duración. Tercero, como lo contrario a la responsabilidad por el resultado, aquí encontramos al principio de culpabilidad que impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo o la culpa.

Para Fernando Velásquez, el axioma no hay pena sin culpabilidad implica en realidad cuatro cosas distintas:

En primer lugar nos dice, posibilita la imputación subjetiva de tal manera que el injusto penal solo puede ser atribuido a la persona que actúa, en consecuencia el delito solo será concebible como el hecho de un autor y como resultado la sanción debe ser individual o estrictamente personal, esto es, debe alcanzar solo a quien ha transgredido la ley en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, aun cuando estos se encuentren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible ya sea por vínculos de consanguinidad, afinidad, credo político o religioso, etc.

En segundo lugar, por dicho principio no se puede castigar a quien obra sin culpabilidad, con lo que se excluye la responsabilidad objetiva o por el mero resultado; de aquí dimana la categoría dogmática de la culpabilidad, a veces llamada responsabilidad, pese a las diferencia entre ambos conceptos en la teoría general del derecho, acorde con la cual solo puede ser punido quien estuviere en posibilidad de gobernar el acontecer lesivo para los bienes jurídicos.

En tercer lugar, es de utilidad para determinar la pena a aplicar pues esta no deberá ser superior a la medida de la culpabilidad, pues hay diversos niveles de responsabilidad que van desde la culpa, en sus distintas modalidades, hasta el dolo y, en algunas legislaciones como la colombiana nos dice el autor citado llegan a figuras complejas que aglutinan ambas formas de conducta punible, como sucede con la preterintencional.

En cuarto lugar, este axioma impone la idea de proporcionalidad como pauta surgida del postulado de igualdad para tasar la pena en concreto, cuando el juzgador persigue imponer una sanción justa debe hacerlo según el postulado constitucional de la igualdad, gracias al cual es posible tratar de manera diversa lo disímil, y ello parece obvio porque, para imponer la pena, es necesario distinguir dentro del juicio de exigibilidad normativa las diversas modalidades de conducta punible (dolo, culpa, preterintencional). Y de acuerdo a ello las consecuencias proporcionada con dichos distingos. Por este camino, pues el axioma de culpabilidad posibilita la vigencia del principio de

proporcionalidad o de prohibición de exceso, ya examinado, con lo que se incardinan claramente los axiomas de igualdad, culpabilidad y proporcionalidad, que se tornan en columnas vertebrales de la tarea de medición de la pena.

Además de lo indicado precedentemente en la doctrina se encuentra la posición predominante de que el principio de culpabilidad presenta tres manifestaciones o plasmaciones, a saber: La responsabilidad personal, la exigencia de dolo o culpa y la atribuibilidad o imputabilidad del autor. A continuación nos referimos a cada una de ellas:

a. Principio de dolo o culpa.

En mérito al cual se prohíbe imputar a un sujeto un resultado imprevisible y solo se admitirá responsabilidad a través de estructuras dolosas o imprudentes.

Por este principio se rechaza la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado que tiene como postulado la máxima “*versari in re illicita casus imputatur*” que se puede entender como quien quiso la causa quiso el efecto. Por esta máxima si una persona realiza un acto prohibido responde por cualquier resultado que devenga de ella, no importando si lo hizo con intención, imprudencia o si fue resultado de un hecho fortuito. Al respecto Santiago Mir Puig señala que la evolución del Derecho Penal ha seguido una línea tendente a la espiritualización de la responsabilidad penal, que ya se inició en el Derecho Romano y llega a nuestros días, tras el paréntesis germánico de la Edad Media; admitiéndose generalmente hoy que la pena del delito doloso debe ser mayor que la del delito imprudente y que si ni siquiera concurre imprudencia, porque el sujeto actuó con el cuidado que le era exigible, no cabe imponer pena alguna.

b. Principio de responsabilidad por el hecho.

Doctrinariamente se acepta que el Derecho Penal de autor es incompatible con el Estado social y democrático de Derecho, solo resulta compatible con el Derecho Penal de acto.

De este principio se originan dos consecuencias: Primero, nadie puede ser castigado por sus deseos “*cogitationes poenam nemo patitur*”², dado que en el Derecho Penal carecen de importancia los actos meramente internos que no trascienden al mundo exterior social. Segundo, la personalidad o la forma de ser de un determinado sujeto no hay de servir de fundamento a la responsabilidad criminal o a la agravante de la misma.

Siendo así, constituye una barrera a la actuación de un Derecho Penal autoritario que encuentra en la pena un instrumento que intervenga en la conciencia moral del individuo, a través de la discriminación de los ciudadanos, según sus elecciones morales o ideológicas o dirigiendo a los desviados la responsabilidad de todos los males de un determinado sistema social o constitucional.

² HANS-HEINRICH JESCHECK, Tratado de Derecho Penal Parte General, 4ª ed. p. 123.

c. Principio de responsabilidad personal.

En épocas antiguas se presentaba la responsabilidad colectiva, esto es, se castigaba a los miembros de una familia o de un pueblo por la falta de uno de ellos.

El Derecho Penal actual es incompatible con la responsabilidad objetiva o con una idea de represión por las conductas de otras personas (responsabilidad colectiva). Se impide por el mismo que al que no es responsable de un determinado hecho se le castigue, por ello se dice que se persigue la individualización de la pena.

Sobre el particular Santiago Mir Puig señala: “Hoy nadie admite la responsabilidad colectiva que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia o pueblo por el hecho de uno de ellos.”

LA EXIGENCIA DE DOLO Y CULPA

De las tres manifestaciones del principio de culpabilidad que se han señalado precedentemente, nos ocuparemos en específico sobre el principio de dolo o culpa, por el cual se exige que el delito sea cometido dolosamente o por imprudencia, excluyéndose por tanto la responsabilidad por el solo resultado vinculado causalmente a la conducta del sujeto, pero que ni eran previsibles ni evitables.

Al respecto José Caro Jhon señala: “Justamente, por eso el principio de culpabilidad impone que el Derecho penal solo puede ingerir sobre la esfera individual de la persona mediante una pena como reacción frente al dolo o la culpa, mas no así ante cualquier otra manifestación del conocimiento. El principio de culpabilidad funda de este modo una “regla de oro” consistente en que solo el conocimiento que admite graduación puede ser castigado con una pena también graduable”. Siendo así, a continuación abordaremos el estudio del dolo y la culpa, para luego tratar sobre la proscripción de la responsabilidad objetiva regulada en el artículo VII del Título Preliminar de nuestro Código Penal.

EL DOLO

Percy García Caverro refiriéndose al dolo indica que el este se muestra sólo como un elemento subjetivo necesario para la imputación del hecho, sino también como la forma más grave de infracción de la norma. Esta gravedad se fundamenta en el hecho que el sujeto ha conocido y querido realizar todos los elementos pertenecientes al tipo penal.

Siendo así nos explica que el contenido del tipo subjetivo estaría constituido por una especial relación subjetiva entre el autor (conocimiento y voluntad) y la lesión de un bien jurídico penalmente protegido.

Agrega que: “el dolo en el Derecho penal (...) consiste en la imputación de conocimiento no sólo de los aspectos configuradores del tipo legal, sino también de su carácter prohibido.”

Ello es así porque no es suficiente, para atribuir responsabilidad penal, que el autor sepa que realiza una determinada conducta lesiva, sino que debe saber que se trata de una conducta antijurídica.

Por su parte Santiago Mir Puig al tratar sobre el concepto de dolo, nos dice que es discusión antigua si el dolo requiere conocimiento y voluntad o solo conocimiento. La doctrina dominante afirma se ha inclinado por exigir tanto el conocimiento como la voluntad, aunque últimamente ha ganado terreno la opinión que considera suficiente el conocimiento. Al respecto hace referencia a dos doctrinas, a saber:

- a. Según la doctrina causalista clásica, nos dice que el dolo se concebía como *dolus malus*, conteniendo como tal dos aspectos:
 - el conocimiento y la voluntad de los hechos, y
 - la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del Derecho).
- b. Por el finalismo agrega que en la actualidad se prefiere un concepto más restringido de dolo, entendiéndosele como dolo natural. Así para el finalismo ortodoxo el dolo está constituido únicamente por el conocer y el querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, no requiriendo que se advierta que dicha realización es antijurídica.

Clases: Según la doctrina tres son las clases más importantes de dolo.

- a. **Dolo directo de primer grado.**- Por este, el autor persigue la realización del delito.
- b. **Dolo directo de segundo grado.**- En este caso, el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro, o casi seguro, que su actuación dará lugar al delito. En consecuencia no persigue la realización del delito
- c. **Dolo eventual.**- A diferencia del caso precedente, donde la consecuencia de la realización del delito se presenta como inevitable aquí se presenta el resultado como posible, esto es, eventual. Y estando a que es una forma de dolo, lleva aparejada la penalidad correspondiente al delito doloso, a diferencia de la culpa consciente, que al ser modalidad de imprudencia determina únicamente las penas señaladas al delito imprudente, siempre más leves, o la impunidad cuando la imprudencia no es punible.

Respecto a la figura del dolo, se considera pertinente consignar aquí una sentencia referida al mismo, que se ha extraído del cuaderno Serie de

Jurisprudencia editada por la Academia de la Magistratura, caso en el cual absolvió al procesado al no haberse determinado que existió en el ánimo del encausado la intencionalidad de causar daño (lesiones) al agraviado, lesiones que se habían producido al desarrollarse un partido de fútbol.

CAPÍTULO III.

3.- PRESENTACION.

LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO POSITIVO.

Partiendo de la responsabilidad en el Derecho positivo pueden detectarse tres grandes sistemas, que subsumirían todas las manifestaciones que se encuadran bajo el concepto de responsabilidad. Éstos serían: 1. responsabilidad sancionadora o penal que incluye a la responsabilidad administrativa sancionadora y la prevista en el art. 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA); 2. Responsabilidad civil subjetiva, y 3. Responsabilidad civil objetiva.

1. Responsabilidad penal o sancionadora.

De los tres sistemas, éste se muestra como la responsabilidad jurídica que permanece más cercana, en cuanto estructura y función, a la responsabilidad moral. Teniendo como principal finalidad la de servir como refuerzo de las normas que prescriben o prohíben modelos de conducta. Al actuar como reacción del Ordenamiento ante una conducta por éste desaprobada, la responsabilidad penal significa la realización de un juicio de valor negativo sobre la conducta concreta del individuo, es decir, un reproche. Por consiguiente, dejando a un lado las críticas realizadas por el determinismo, la responsabilidad penal ha de sustentarse sobre la culpabilidad, ya que, para poder imputar la responsabilidad por un acto a un sujeto, ha de considerarse a dicho sujeto un agente moral, lo que implica admitir su capacidad de libre decisión. Aunque no me centraré en este debate determinismo vs. indeterminismo me gustaría dejar constancia que una gran parte de las críticas que desde las posiciones deterministas se lanzan contra la culpabilidad se basan en una premisa errónea, consistente en la afirmación de la imposibilidad de demostrar la libertad de voluntad del sujeto responsable. El error de esta premisa no estriba en la afirmación de la imposibilidad de demostrar la culpabilidad, sino en la consideración de la necesidad de esta demostración, ya que la culpabilidad no es como el color de ojos, sino que al igual que la dignidad humana, la igualdad, etc., la libertad de voluntad es una cualidad que atribuimos al ser humano por el mero hecho de serlo. Como dice Jakobs: «Un ordenamiento jurídico no puede comportarse frente a un autor como si fuese un perro, sino que debe ser tratado como una persona». La idea de que la responsabilidad tiene por contenido un reproche jurídico contra el agente en cuestión y que, por tanto, se basa en la culpabilidad no significa rechazar las tesis que consideran que la función de la pena no es la retribución, sino la prevención, ya que, tal y como señaló, entre otros, Ross, la amenaza de reproche actúa como factor disuasorio, preventivo. En este sentido, es

destacable ver cómo autores como Jakobs, Roxin o Schünemann, que se caracterizaron por sus críticas a la culpabilidad, en los últimos años se han ido sumando la visión de la culpabilidad como un elemento importante del Derecho penal, que complementa la función preventiva del Derecho penal y coadyuva a legitimarlo.

2. Responsabilidad civil subjetiva.

Es el segundo gran sistema de responsabilidad. La responsabilidad civil subjetiva surge ante un acto antijurídico que causa un daño que ha de ser reparado. El carácter subjetivo le viene dado por el hecho de que el criterio de imputación subjetiva que utiliza es la culpabilidad del autor. Pese a que formalmente sigue siendo una responsabilidad basada en la culpa, no podemos olvidarnos de los artículos 1101° y 1902° CC y en los que se establece la culpabilidad como requisito para la aparición de la responsabilidad, ésta ha sufrido, y está sufriendo, un proceso de evolución que le ha llevado a la objetivación siempre dentro de unos límites de la responsabilidad civil subjetiva. Este proceso, que se ha visto ayudado por el hecho de la implantación de un sistema de responsabilidad civil objetiva en algunos sectores del Ordenamiento, ha sido protagonizado por la jurisprudencia que desde la STS de 10 de julio de 1943 inició un camino en el que, bien por la inversión de la carga de la prueba o por las presunciones en contrario, bien por la elevación de los estándares de diligencia, ha llevado a la progresiva dilución del requisito de la culpabilidad a la hora de imputar la responsabilidad. Toda esta objetivación de la responsabilidad civil subjetiva se ha sustentado en la visión que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen de la responsabilidad civil, a la que conciben como una institución meramente reparadora. Frente a esta visión de la responsabilidad civil subjetiva, creo que es posible mantener una concepción de la misma que, más en consonancia con el espíritu de las normas que implantaron la responsabilidad civil en la época de la codificación, la entienda como una reacción del ordenamiento jurídico ante una infracción del mismo. De modo que, con independencia y sin perjuicio de la finalidad reparadora, se atribuya a la responsabilidad civil subjetiva una función preventiva y de refuerzo de los deberes de conducta impuestos por dicho Ordenamiento. Esta concepción se sustenta en que el presupuesto de partida de la responsabilidad civil subjetiva es la infracción de una norma sea ésta contractual o el genérico deber *neminem laedere*, por lo que lo lógico es pensar que el Ordenamiento no quiere esa conducta y que, por tanto, la reprueba. Reproche que se muestra en la imputación de la responsabilidad. La manifestación de esta reprobación la constituye la imposición del deber de indemnizar el daño producido, lo que supone una transferencia del daño de un patrimonio a otro, rompiéndose el principio general por el que el Ordenamiento actúa, que es el mantenimiento de los daños y los lucros en el patrimonio en el que se producen. Si la responsabilidad civil subjetiva, aunque de forma muy tenue, manifiesta un reproche, habrá de exigírsele la culpabilidad, como consecuencia de la agencia moral del individuo, presupuesto éste absolutamente necesario para la imputación de la responsabilidad.

3. Responsabilidad objetiva.

Este sistema se caracteriza por prescindir del requisito de la infracción como punto de partida y, consecuentemente, por no recurrir a la culpabilidad como criterio de imputación subjetiva.

La primera de las características se evidencia en que generalmente se impone este sistema en la regulación de actividades perfectamente legales que reportan un beneficio a la sociedad, estableciéndose como indemnizable cualquier daño, aunque provenga de un acto perfectamente normal. Por su parte, la segunda característica es fácilmente comprobable, ya que el único requisito que se exige es la existencia de la relación de causalidad entre el acto y el daño, y la satisfacción de las condiciones de imputación objetiva. De esta forma, las normas de responsabilidad civil objetiva lo que hacen es imponer la obligación de reparar los daños que se produzcan como concreción de los riesgos de determinadas actividades, generalmente lícitas, con independencia de la diligencia del agente. Por todo ello, parece acertada la tesis de quienes señalan que este sistema no establece «auténticos» supuestos de responsabilidad, sino una obligación legal de reparar. En cuanto a la evolución de la responsabilidad civil en su conjunto, es decir considerando todas las manifestaciones de la “responsabilidad” en los distintos sectores del Ordenamiento, puede afirmarse que además de en un proceso de objetivación también se encuentra inmersa en un proceso de extensión, como se deriva del análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado y de la responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles. Así, los sistemas de responsabilidad civil estarían siendo concebidos como mecanismos tendentes a garantizar la estabilidad y la integridad patrimoniales, más que a reforzar el cumplimiento de determinadas normas de conducta.

- **LA RESPONSABILIDAD EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO³.**

Como ya se habrá podido deducir, el panorama ante el que se encuentra la Teoría General del Derecho a la hora de llevar a cabo la reconstrucción del concepto jurídico de responsabilidad, se caracteriza por la ambigüedad y la vaguedad del concepto “responsabilidad”. La ambigüedad del concepto jurídico de responsabilidad responde al hecho de que se manifiesta con distintos significados. Así, puede observarse cómo aparece entre dos polos, responsabilidad penal y responsabilidad objetiva, que realmente tienen pocos elementos en común. Junto a la ambigüedad, la otra característica, del concepto de “responsabilidad” que nos presenta el análisis del Derecho positivo es la vaguedad. Este carácter se comprueba en que, siendo cierto que aparecen tres tipos de responsabilidad que pretenden tener características distintas, algunas de ellas no parece que terminen de estar claramente definidas. Para explicar esta idea, me centraré en los dos polos del concepto de responsabilidad: la responsabilidad penal y la responsabilidad objetiva. Entre ambas se genera una zona intermedia, que en buena medida está cubierta por la responsabilidad civil. La responsabilidad penal es la única

³ ESER, Albin / BURKHARDT, Björn, Derecho Penal, Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias, Editorial Colex, Madrid, 1995, p. 59

manifestación que podría considerarse que escapa a la calificación de vaga. No obstante, tanto la puesta en cuestión del sistema de culpabilidad sobre el que se sustenta como los ataques a la idea de reproche han contribuido a desdibujar alguno de sus perfiles, como puede ser el reproche, que pese a seguir vigente ha tenido que adaptarse a nuevas teorías y finalidades. Pese a ello, puede seguir afirmándose que es la manifestación de la responsabilidad que mantiene más marcados sus límites. Finalmente, la responsabilidad civil objetiva, que en principio debía constituir una manifestación bien definida, tampoco escapa a ciertas vaguedades. Esto se debe a que ciertas responsabilidades que hoy son configuradas por la jurisprudencia y la doctrina como objetivas o cuasiobjetivas no terminan de abandonar las referencias a la culpa, ya sea *in vigilando*, *in educando*, *in eligendo*, etc. Con lo que parece no terminar de definirse como una responsabilidad pura sin culpa, al no llegar a asumir la satisfacción de los criterios de imputación objetiva como único criterio de imputación subjetiva, renunciando a todos los demás. Así pues, en este campo de ambigüedad y vaguedad es donde ha de desenvolverse la Teoría General del Derecho a la hora de intentar reconstruir el concepto jurídico de responsabilidad.

- **Los intentos de reconstrucción del concepto jurídico de responsabilidad.**

Hasta la fecha, los intentos de reconstruir el concepto jurídico de responsabilidad han consistido en tratar de encontrar una definición del mismo que permita abarcar todas las manifestaciones de dicha institución que aparecen en el Derecho. Para ello, se puede optar entre dos vías de reconstrucción: el intento de elaboración de un concepto unitario que comprenda todos o casi todos los diferentes tipos de responsabilidad que hemos visto, o la de asumir la existencia de distintos conceptos de responsabilidad entre los que se disgreguen las diferentes manifestaciones que de esta institución se han señalado (modelo de disgregación).

1.- MODELO UNITARIO.

Como ya he dicho, este modelo de reconstrucción del concepto jurídico de responsabilidad intenta encontrar una definición que abarque todas las manifestaciones que de la responsabilidad se dan en el ordenamiento jurídico, o cuando menos de la mayor parte de ellas. Dentro de este modelo, me voy a centrar en dos conceptos, que representan dos formas de entender la responsabilidad. Aquel que ve la responsabilidad como una reacción del Ordenamiento y el que llamaría un concepto «ecléctico» de responsabilidad.

1.1.- La responsabilidad como reacción. *La responsabilidad en Kelsen*
Desde esta perspectiva, la responsabilidad es vista como la reacción del Ordenamiento jurídico ante la infracción de una norma por parte de un sujeto cuando se dan unas determinadas condiciones establecidas por el Ordenamiento en cuestión.

Esta concepción de la responsabilidad como una reacción del Ordenamiento parte de la necesidad de que produzca la infracción de una norma, luego parte de un acto que, comúnmente, llamaríamos contrario a Derecho. Es decir, parte

de la realización de una conducta que un Ordenamiento dado considera indeseable. Por tanto, al ser considerado este actuar como no deseable la responsabilidad, como reacción del Ordenamiento, expresa o manifiesta un reproche jurídico que se explicita en la sanción, sea ésta penal o civil. Así pues, esta concepción de la responsabilidad se caracteriza por ver en la imputación de responsabilidad una reacción del Derecho contra una actuación que considera reprobable jurídicamente hablando. Esta visión no es nueva y ha sido seguida por distintos autores, entre ellos Kelsen, quien en su *Teoría Pura del Derecho* define la responsabilidad como “*la relación del individuo, contra el cual se dirige la sanción, con el delito que él mismo hubiera cometido o que un tercero cometiera*”. Así, para Hans Kelsen la responsabilidad es la relación entre la sanción y el sujeto sobre el que ésta recae.

La responsabilidad está en relación con el concepto de obligación, en tanto aquélla nace cuando ésta se incumple, ya que es el momento en el que se da el requisito necesario para aplicar el acto coactivo de la sanción. Si bien, a diferencia de la obligación, la responsabilidad determina quién será el sujeto que habrá de soportar la sanción. Por lo tanto, para Kelsen «que una persona sea legalmente responsable de determinada conducta o que sobre ella recaiga la responsabilidad jurídica de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso de un comportamiento contrario (*sic*)”. Como señalan Nino y Larrañaga, Kelsen utiliza tres criterios que determinan seis tipos de responsabilidad: directa e indirecta, individual y colectiva, y por culpa y por resultado. El primero de los criterios atiende a la relación entre el sujeto obligado y el sujeto responsable. En la mayoría de los casos en el Derecho penal en la totalidad de los mismos, la relación entre ambos sujetos será la identidad. Es decir, el sujeto obligado a una determinada conducta será el que sufre la imputación de la responsabilidad y la ejecución de la sanción, dándose lugar a un caso de responsabilidad directa. No obstante, es posible que se produzca un caso en el que la relación entre ambos sujetos no es la identidad, es decir, que son personas distintas, dándose lugar a un caso de responsabilidad indirecta. La peculiaridad está en que el sujeto responsable sólo puede cumplir con la sanción, ya que no dispone de ningún medio para evitar ésta, dado que eso le corresponde al sujeto obligado, que es quien con su conducta determinará o no la aparición de la sanción. Es precisamente esta posibilidad la que hace que Kelsen distinga entre obligación y responsabilidad. El segundo criterio es el del carácter del sujeto responsable, es decir, si es individual o colectiva. Respecto a la primera, no hay mucho que señalar y puede darse en cualquiera de los dos casos vistos antes, si bien es cierto que en el supuesto de responsabilidad indirecta sólo tiene sentido si existe algún lazo afectivo, psicológico o de índole similar que pueda desplegar algún efecto de refuerzo con la conducta del obligado. La otra posibilidad, la responsabilidad colectiva, surge cuando es un grupo de personas los socios de una sociedad, los habitantes de un Estado, los miembros de una comunidad, etc. quienes soportan la sanción derivada de la conducta de uno de ellos. Es decir, que la sanción “no está dirigida contra un individuo único, sino contra muchos, o todos los miembros de determinado grupo al que pertenece el delincuente”. Queda por ver la distinción entre responsabilidad por culpa y responsabilidad absoluta. Para Kelsen “una técnica jurídica refinada exige la distinción entre el caso en que el agente ha previsto o querido el efecto de su conducta, y aquel en el que

el comportamiento de una persona produce un efecto perjudicial que no había sido previsto ni querido por el sujeto actuante”. Esta distinción es la que se establece entre la responsabilidad intencional, o por culpa, y la responsabilidad absoluta, o por el resultado.

Para que se produzca un supuesto de responsabilidad por culpa, el autor ha de haber actuado con la intención de realizar el comportamiento sancionado o de producir unos determinados resultados. Este momento, al que se llama dolo, refleja “una determinada relación positiva entre la conducta interna, anímica del delincuente, y el acontecimiento producido o no impedido, por su conducta, sea que prevea el hecho, o que dirija su intención a él”. Si no aparece esta intencionalidad, se estará, según Kelsen, ante un supuesto de responsabilidad absoluta. Aunque puede sorprender, bajo este rótulo Kelsen sitúa los casos de negligencia, ya que, para él, al basarse en el desconocimiento de los deberes de cuidado, “no se trata como en el caso de la previsión o intención de una relación positiva entre el fuero íntimo del delincuente y el acontecimiento indeseable provocado, o no impedido, por su conducta externa. Consiste en la falta de tal relación, exigida por el orden jurídico. En ese sentido, el acto ilícito por negligencia es un delito de omisión, para cuya comisión se ha estatuido una responsabilidad por el resultado”. Finalmente, antes de concluir con la exposición del concepto de responsabilidad, hay que hacer una mención a un elemento de cierta confusión en su teoría, que ha dado lugar a algunas críticas al respecto. Este factor de confusión es la afirmación que realiza Kelsen de que la obligación de reparar un daño no actúa como una sanción. Para este autor, la “obligación de resarcir el daño sólo aparece, no sólo cuando el ocasionar el daño es convertido en condición de una sanción, sino también cuando la no reparación del daño ocasionado contra el derecho, es condición de la sanción”. Para Kelsen, normalmente, el Derecho positivo prevé que se pueda evitar la sanción mediante la reparación del daño, que se convierte así en una obligación “accesoria que sustituye a la obligación principal violada”.

Como se habrá podido comprobar, la concepción de la responsabilidad de Kelsen, siendo un gran intento y apuntando algunas cosas muy interesantes, se muestra insuficiente para conceptualizar todas las manifestaciones de la responsabilidad. Una vez finalizada la exposición de la responsabilidad en Kelsen, cuyos planteamientos sólo he utilizado a modo de ejemplo y no como definatorios de la concepción de responsabilidad que estoy planteando, es el momento de volver al intento de hallar un concepto unitario de responsabilidad como reacción del Ordenamiento. La concepción de la responsabilidad como reacción sólo sirve para aquellas manifestaciones de la responsabilidad que tengan como condición la infracción de una norma. En este grupo estarían la responsabilidad penal y la responsabilidad civil subjetiva. Eso sí, esta última, siempre y cuando mantuviera la necesidad de que el acto que da lugar al daño a reparar sea antijurídico, así como que no se olvide que estas normas tienen una función de refuerzo de deberes de conducta que se consideran deseables para la sociedad. Pero, más allá de estos casos, este concepto de responsabilidad no sirve. Es decir, quedan fuera de él todos los supuestos de responsabilidad civil objetiva, ya que en estos casos la obligación de indemnizar no actúa como reacción, sino que solamente se establece un deber

resarcitorio que, sin conllevar culpa ni reproche alguno, se comporta como una norma redistribuidora de costes.

1.2.- La responsabilidad como mera consecuencia jurídica (un concepto ecléctico).

Como he señalado, dentro de la búsqueda de un concepto unitario de responsabilidad, junto a la definición de la responsabilidad como la reacción del Ordenamiento jurídico se encuentra el que podríamos denominar concepto “ecléctico” de responsabilidad.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad sería la consecuencia jurídica establecida por un Ordenamiento dado cuando se dan ciertas condiciones previamente determinadas por ese sistema jurídico. Así, decir que “A es responsable de X” no es más que señalar que, según el Ordenamiento en cuestión, cuando en determinadas condiciones se da X, determinada consecuencia jurídica se le imputa a A. Como se podrá comprender, este concepto de responsabilidad es valorativamente neutral, está desprovisto de cualquier reproche, reprobación, etc., y sólo prescribe una mera relación de causalidad jurídica. De esta forma, cuando se realiza la imputación de la responsabilidad, sólo se estaría constatando la concurrencia de unos hechos que dan lugar a una consecuencia jurídica, sin que en esta operación aparezca un elemento de desvaloración moral del comportamiento del agente. Un ejemplo de esta concepción de la responsabilidad lo podríamos encontrar en la *Liability-Responsibility* de Hart. Más concretamente, en la distinción que hace entre el significado de responsabilidad (*responsibility*) y la pasibilidad (*liability*). Así, para este autor, la pasibilidad y la responsabilidad, pese a ser comúnmente confundidos, son dos conceptos distintos. El primero, la responsabilidad, sería con el que se hace referencia a ciertos requisitos que han de satisfacerse en un ordenamiento jurídico dado. Presupuestos éstos que, para Hart, son tres: las condiciones mentales o psicológicas; las causales, o de conexión entre el hecho y la lesión; y los que hacen referencia a la relación entre el agente y el sujeto hallado responsable. Por su parte, la pasibilidad sería un concepto más amplio en el que, además de los criterios de responsabilidad, tendrían que satisfacerse otro tipo de requisitos como pueden ser los de punibilidad. Así concebida la responsabilidad es uno de los elementos necesarios para la aparición de la pasibilidad, o como dice Hart: “Las normas jurídicas, que responden a estas cuestiones [*en referencia a las distintas preguntas que surgen cuando ha de decidirse si se sanciona a un individuo por una conducta*] definen varias formas de conexión adecuadas para la pasibilidad, y éstas constituyen los requisitos de la responsabilidad legal que sólo es una parte de las condiciones de la pasibilidad de pena, la cual también incluye las definiciones del “actus reus” de los distintos delitos”. De esta forma el juicio de valor sobre la conducta se traslada desde la responsabilidad a la determinación del acto como antijurídico, apareciendo su imputación como un acto desprovisto de toda carga valorativa, siendo, tan sólo, la consecuencia de la constatación de una serie de condiciones, referentes a criterios de capacidad e intencionalidad, de causalidad y de relación entre sujetos. Entrando en las consecuencias de la adopción de este concepto, hay que señalar que su vertiente positiva radica en que, efectivamente, bajo su sombra caben todos los

tipos de responsabilidad que conocemos. Esto es posible porque, al prescindir del reproche, del riesgo, del daño, etc., y centrarse sólo en una relación jurídica de causalidad, se desentiende del contenido y motivación de cada norma de responsabilidad, fijándose en que para un supuesto de hecho se prevea una consecuencia jurídica. Por otra parte, su inconveniente es que esta concepción tan amplia de la responsabilidad jurídica produce una dilución tal del mismo concepto que hace que éste quede vacío de contenido, o mejor dicho que pierda los elementos que lo diferencian de otros conceptos jurídicos. Así, no habría mucha diferencia entre decir que “A es responsable de indemnizar a B” y afirmar que “A tiene la obligación de pagar impuestos” o que “A es responsable de pagar impuestos”. Afirmaciones éstas, sobre todo la última, que a todas luces son contra intuitivas y carecen de lógica. Por ello, creo que este concepto de responsabilidad tampoco es válido, ya que prescinde de algo que, como más adelante se verá, es básico e identificativo de la responsabilidad, como es que ésta expresa un juicio jurídico de valor. Hasta aquí he presentado dos intentos de encontrar un modelo unitario de responsabilidad, los cuales no han resultado del todo satisfactorios. A continuación cambio de camino he intentaré buscar por la senda de la disgregación del concepto de responsabilidad.

- **EL MODELO PLURAL DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD - LA DISGREGACIÓN COMO SOLUCIÓN.**

Si los caminos tendentes a la consecución de un concepto unitario de responsabilidad no nos llevan a ninguna parte, la solución que nos queda es ver si la disgregación del concepto de responsabilidad sirve de algo. Este camino lo que hace es ver cuántas manifestaciones-tipo de responsabilidad hay y ver si dando un concepto de cada una de ellas se observa algún elemento común que permita considerarlas de la misma familia. Como casi todo, este camino tampoco es nuevo bajo el sol. Ya ha habido autores que lo han seguido de distintas formas. Esta es la opción que han seguido H. L. A. Hart y Alf Ross, quienes de diversa forma han procedido a la disgregación del concepto “responsabilidad” en diferentes conceptos, sentidos o significados. Siendo este el motivo por el que los he utilizado para la exposición de esta manera de concebir la responsabilidad.

Los distintos sentidos de responsabilidad en Hart Como ya he señalado en distintas ocasiones, Hart tiene, en relación con la responsabilidad, el gran mérito de percibir y separar los diversos significados con los que, de forma habitual, se emplea el concepto “responsabilidad”. Hart, para conseguir su propósito, parte de un párrafo en el que cuenta cierta tribulación de un capitán de un barco. En él dice: “Como capitán de un barco X era *responsable* por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero, en su último viaje se embriagaba todas las noches y fue *responsable* de la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron *responsable* de sus acciones. Durante el viaje X se comportó muy *irresponsablemente* y varios incidentes, que tuvo en su carrera, demostraron que no era una persona *responsable*. El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las *responsables* de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado *responsable* por la pérdida

de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente *responsable* de la muerte de muchas mujeres y niños”.

A lo largo de este breve relato aparece en distintas ocasiones la palabra “responsabilidad”, pero lo hace con diferentes significados. Hart procede a clasificarlos, de forma que finalmente considera que existen cuatro sentidos distintos de la responsabilidad: 1) *Role-Responsibility*; 2) *Causal-Responsibility*; 3) *Capacity-Responsibility*; y 4) *Liability-Responsibility*, representando cada uno de ellos una forma concreta de uso del concepto «responsabilidad», sin que tengan por qué pertenecer los cuatro al mundo del Derecho. A continuación voy a explicar brevemente cada uno de ellos.

1.-*La responsabilidad como rol.* Carlos S. Nino la define como “*obligaciones o funciones derivadas de un cargo, relación, papel, etc.*”. En el texto, “Como capitán de un barco X era responsable por la seguridad de sus pasajeros y carga”, es un claro ejemplo de este tipo de responsabilidad. En la frase de Hart, se puede sustituir «era responsable» por “había asumido las obligaciones de...”, o por cualquier otra frase similar. Queda claro que se refiere a aquellas obligaciones y funciones que se adquieren en determinadas situaciones, por el mero hecho de desempeñar un rol específico. No obstante, hay que señalar que se alude a un tipo concreto de obligaciones o funciones, pues no a todas se las califica como responsabilidades. Efectivamente, responsabilidades son sólo aquellas obligaciones que permiten al sujeto un cierto margen de decisión, y por tanto implican que se le considere capaz de tomar esas decisiones, en virtud de su habilidad o diligencia.

2.- *La responsabilidad como relación causal.* Es la relación entre un hecho y sus consecuencias. En el texto se emplea en dos ocasiones y dos usos bastante diferentes: “... se embriagaba todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco...” y “... fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida del barco...”. Al respecto, en primer lugar, Hart señala que este sentido de responsabilidad se usa tanto en relación a actos humanos, como en situaciones provenientes de la acción de animales, o de una cosa o fenómeno. La segunda consideración que Hart realiza, es que el empleo de la palabra responsabilidad en este sentido carece de toda carga valorativa.

3. *La responsabilidad como capacidad o estado mental.* A menudo se utiliza el concepto de responsabilidad para referirse a la plenitud de conciencia sobre los actos y sus consecuencias. Se da responsabilidad en este sentido cuando existe esa conciencia. Se consideran estados mentales el dolo, la negligencia. Cuando se emplea en este sentido, la referencia a la responsabilidad no tiene que referirse a un hecho censurable, sino que puede utilizarse como juicio *a priori* o *a posteriori* sobre las capacidades generales del individuo.

4. *La responsabilidad como sancionabilidad.* Es la referente al significado de responsabilidad como imputabilidad legal propiamente dicha, la que deriva del acto ilícito. En cuanto a la explicación de este sentido de la responsabilidad en Hart, me remito a lo dicho anteriormente. No obstante, creo conveniente hacer dos observaciones respecto a este significado de responsabilidad. Resulta

evidente que esta utilización del concepto de responsabilidad es la más jurídica de todas las que Hart señala, al tiempo que es el más complejo de los cuatro, ya que generalmente requiere la constatación, como mínimo, de dos de los otros tres. Esto se debe a que por lo general, los ordenamientos jurídicos para imponer una sanción requieren que el individuo sea responsable en cuanto a capacidad y que, cuando menos, o bien lo sea como factor causal o bien tenga la obligación de responder en función de un papel o deber que le asigne el sistema jurídico.

Como se habrá deducido, en principio, sólo el cuarto sentido de responsabilidad tiene un claro significado jurídico o moral, dependiendo del ordenamiento en el que nos encontremos. Mientras que los demás pueden tener relevancia jurídica, pero sólo en tanto condiciones cuya verificación es necesaria para la aparición del cuarto sentido de responsabilidad. Pero esta visión, que en cierta medida presenta Hart, no tiene por qué ser exactamente así. Es decir, el que la responsabilidad como rol, la responsabilidad como capacidad y la responsabilidad como causalidad no tengan que tener un significado jurídico no implica que, en determinadas situaciones, no pueda darse una identidad tal entre alguna de ellas y la responsabilidad como sancionabilidad que haga que sean su único contenido, y, por tanto, sí tengan un significado jurídico. Una interpretación de este modo permitiría identificar los distintos tipos de responsabilidad que existen en el ordenamiento con los diferentes significados de responsabilidad detectados por Hart.

De los cuatro tipos de responsabilidad detectados por Hart, el único que siempre ha de aparecer en el ámbito jurídico es el de la responsabilidad como capacidad, en su vertiente de no ser un menor, un enfermo mental, en definitiva, de no ser un incapaz, que es lo que en el derecho continental se estudia como la imputabilidad. Dicho esto, hay que ver como encajan los tipos de responsabilidad del ordenamiento en los significados que Hart detecta. Empezando por la responsabilidad subjetiva directa, ésta, tanto en su vertiente penal como en la civil, es la más completa y encaja en el cuarto significado. Para su aparición, además de que concurra la imputabilidad (*capacity-responsibility*) del sujeto en cuestión, es necesario que se verifique la responsabilidad como causalidad, la concurrencia de unos factores psicológicos de responsabilidad (culpabilidad) y que exista una disposición legal que haga responder. La responsabilidad indirecta, en cambio, prescinde de la relación de causalidad, ya que el sujeto responsable no es el que ha realizado el acto que da lugar a la responsabilidad, así pues, junto a la capacidad sólo se requiere la existencia de alguna razón para hacerle responder. Ésta viene dada en virtud de una norma que establezca que el sujeto en cuestión, por su papel en la sociedad, su relación con el agente del acto ilícito, etc., es quien tiene que responder. Así pues, sería un caso de responsabilidad como rol.

Por su parte la responsabilidad objetiva sólo necesita la verificación de una relación de causalidad entre el acto y el daño, así pues, ni que decir tiene, que se corresponde con la responsabilidad como relación causal, al tiempo que, el hecho de que esta responsabilidad se establezca por una norma legal permite que pueda ser configurada, también, como una responsabilidad como rol. De

esta forma, parece que se encuentra una solución, ya que podemos definir un concepto de responsabilidad para cada grupo. No obstante, esta visión de la responsabilidad tiene dos problemas. El primero es que, al final, los otros significados de “responsabilidad” siguen actuando como condiciones, exclusivas o no, para la verificación de la responsabilidad como sancionabilidad. Y, en segundo lugar, este concepto, en Hart, tiene el problema de su neutralidad, de modo que parece renunciarse a que la responsabilidad realice cualquier tipo de juicio de valor sobre la conducta del individuo.

- **Una alternativa.**

Las líneas anteriores parecen llevarnos a la conclusión de que hay que renunciar al intento de buscar un concepto de responsabilidad único, bajo el que entren todas las manifestaciones que conocemos de esta institución. Ésta es la conclusión a la que llega Martínez Bavière cuando afirma que “el significado de responsabilidad será en cada contexto, el de las expresiones que sustituye, y éstas son lo suficientemente diversas como para que hablar de un concepto de responsabilidad se torne absurdo. La única definición precisa de cada sentido de “responsabilidad” no es otra que la expresión completa de la norma o normas que se describen [...] lo que sí puede hacer la doctrina es agrupar los diferentes tipos de normas que dan lugar a responsabilidad, tomando de ellas características relevantes de las que resulte la creación dogmática de sistemas de responsabilidad a los que se puede dar una denominación. No es legítimo, sin embargo, creer que con esto se ha creado un concepto distinto e independiente de las normas concretas de las que se han extraído los diferentes conceptos que se sistematizan”. Términos éstos por otra parte, muy similares a los que utiliza Larrañaga en las conclusiones de su estudio sobre la responsabilidad.

El Ordenamiento prescribe conductas (positivas y negativas) cuya infracción es el presupuesto de partida del juicio de responsabilidad. Si el Derecho no considera deseable la conducta constitutiva de infracción, hasta el punto de enlazar una sanción, es porque efectúa un juicio de valor negativo sobre la conducta en cuestión, lo que significa una desaprobación; lo que con mayor o menor intensidad implica un reproche. O dicho de otro modo: “Sería absurdo decir condeno este acto, mas no lo desapruero y tampoco pretendo que otro lo desapruere”. Este carácter de imputación de un reproche jurídico que, según se ha visto, tiene la responsabilidad ha de basarse en la idea de agente moral del autor, es decir, susceptible de ser reprochado. Esto nos introduce en otro elemento fundamental de los juicios de responsabilidad, como son las condiciones subjetivas de responsabilidad, o lo que Hart llamaría los criterios de responsabilidad.

Ahora es el momento de compararlo con las distintas manifestaciones de la responsabilidad detectadas.

a) *Responsabilidad penal.* Sin lugar a dudas ésta es la que mejor encaja con el concepto dado. El inconveniente puede venir del contenido de reproche de la definición empleada, en relación con las tesis, cada vez más dominantes, que ven en la prevención la función de la pena. No obstante, creo que estas tesis

no resultan obstáculo ya que, como señala Ross: “La retribución y la prevención no son antitéticas. La retribución, el reproche, es una reacción emotiva y hostil que de por sí funciona como una pena, por lo que es directiva, preventiva”.

b) Responsabilidad civil subjetiva. En estos supuestos la adecuación empieza a no estar tan clara, dada la concepción, que se ha visto que la doctrina y la jurisprudencia tienen de esta manifestación de la responsabilidad. Sin embargo, como señalé en su momento, las normas que regulan la responsabilidad civil subjetiva, parten de la existencia de una infracción, bien sea de una obligación contractual, bien del genérico deber *neminem laedere*, así pues, tiene un carácter de refuerzo y de prevención ante un acto o consecuencia desaprobado por el ordenamiento jurídico. En cuanto al reproche, me remito a lo dicho al tratar la responsabilidad civil subjetiva. Por todo ello puede señalarse que la responsabilidad civil subjetiva también se corresponde con este concepto de responsabilidad.

c) Responsabilidad civil objetiva. Esta es la única “manifestación” de la responsabilidad que no encaja. Pero no ha de resultar sorprendente, ni tiene que producir decepción, ya que, como señalé en su momento, todo parece apuntar a que no se trata de un auténtico supuesto de responsabilidad. Es decir, que es una derivación analógica del uso del concepto de responsabilidad desde su significado principal.

4.- ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.

4.1. CUESTIONAMIENTOS:

4.1.1. La proscripción de la responsabilidad objetiva es realmente prohibitiva como su mismo nombre lo dice?

4.1.2. Los jueces deben aplicar la proscripción de la responsabilidad objetiva a una norma vigente?

4.1.3. Los jueces deben aplicar la proscripción de la responsabilidad objetiva a una norma vigente desde el momento de la comisión del hecho delictivo?

4.1.4. La proscripción de la responsabilidad objetiva debe ser aplicado por el Tribunal Constitucional Siempre?

4.1.5. La proscripción de la responsabilidad objetiva contradice los considerandos de las sentencias analizadas en este trabajo de investigación que emitió el tribunal constitucional?

4.1.6. La Constitución prohíbe revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada?

4.1.7. La Constitución prohíbe a los jueces y fiscales de no participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga?

5.- OBJETIVO.

En el objetivo de este trabajo he tratado de que queden claras muchas partes del tema y lo hemos clasificado en los siguientes puntos:

- Que al lector le sea de dominio conceptos básicos que constituyen el artículo de análisis y estudio.
- Que conozca los antecedentes en las principales épocas y como ha ido desarrollando aquellos principios de aplicación de ley en el tiempo.
- Que maneje los conceptos de aplicación de la ley en el tiempo y saber cuáles son los fundamentos básicos de aquellos principios y son estudiados en el contenido de este trabajo.

Que tenga nociones de las teorías que exponen y se relacionan con este tema así como doctrinas de aquellos juristas que destacan con sus opiniones

6.- SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANALIZADAS POR PROHIBICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

EXP. N.º 03245-2010-PHC/TC⁴

LIMA

JESUS BELISARIO

ESTEVES OSTOLAZA

Y SANTOS ORLANDO

SÁNCHEZ PAREDES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de octubre de 2010, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, presidente; Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por el Procurador a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público contra la resolución expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, a fojas 2646, su fecha 6 de julio de 2010, que declaró fundada la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de marzo de 2010, don Alfredo Llalico Núñez interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Jesús Belisario Esteves Ostolaza y don Santos Orlando Sánchez Paredes. Alega que en la investigación preliminar N° 33-2007 que se les sigue a los favorecidos ante la Primera Fiscalía Provincial Especializada en Criminalidad Organizada de Lima ha habido sucesivas ampliaciones de plazos de investigación desde que fuera abierta en enero de 2008, lo que revelaría un actuar negligente e irresponsable por parte de la Fiscalía, así como vulneratorio del derecho al plazo razonable. Aduce además que no se ha especificado el delito fuente de lavado de activos por el que se le investiga. En este sentido aduce que lo que se sanciona en el delito de lavado de activos no es cualquier acción de “adquirir, utilizar, custodiar, recibir, etc.”, sino que tales actos de transferencia, ocultamiento y conversión provienen de una actividad delictiva previa, y que al no haberse especificado la conducta delictiva previa se estaría violando el principio de legalidad penal, por cuanto la referencia legal a un delito previo constituiría un elemento normativo del tipo penal. Señala además que la investigación vulnera el principio de responsabilidad personal

⁴<http://www.iestudiospenales.com.ar/procesal-penal/garantias/jurisprudencia-provincial/1163-garantia-de-la-proscripcion-de-la-doble-valoracion-y-prohibicion-de-non-bis-in-idem.html>

por cuanto se pretende vincular al favorecido Santos Orlando Sánchez Paredes con el objeto de la investigación únicamente por su relación con otros investigados, por lo que solicita que se disponga el archivo definitivo de la investigación.

Realizada la investigación sumaria se tomó la declaración del Fiscal de la Primera Fiscalía Provincial Especializada en Criminalidad Organizada, don Jorge Chávez Cotrina, a fojas 1371, quien refirió en cuanto a la alegada violación al plazo razonable de la investigación que con fecha 28 de agosto de 2009 su despacho amplió por ciento veinte días la investigación, por lo que debía concluir el 29 de diciembre de 2009, sin embargo el Estudio Nakazaki, que ejerce la defensa de Orlando Sánchez Paredes y otros investigados, el Estudio Roy Freire, a través del abogado Jorge Paredes Pérez, y la procuraduría Pública para casos de tráfico ilícito de drogas solicitaron a su despacho una ampliación de la investigación preliminar con la finalidad de tener el tiempo necesario para aportar medios probatorios, por lo que su despacho concedió 45 días más de investigación, la misma que concluyó el 26 de febrero de 2010. Agrega que la Policía Nacional del Perú hace entrega a su despacho del atestado policial N° 02-02-2010-DIRANDRO-PNP/DIVINES-DEPINV-1, y que al tomar conocimiento de que dicho documento policial había sido evacuado, los abogados de todos los investigados han solicitado se les conceda informe oral y se les ha concedido a todos los investigados para los días 16, 17 y 18 de marzo de 2010.

Refiere además que no se ha vulnerado el derecho de defensa porque los abogados han tenido irrestricto acceso a la investigación y que en la propia resolución de la que se dispone la apertura de investigación se señala expresamente que el delito precedente es el de tráfico ilícito de drogas, por lo que no pueden aducir que no se les informó debidamente.

El Quincuagésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, con fecha 19 de abril de 2010, declaró infundada la demanda de hábeas corpus por considerar que si bien el derecho al plazo razonable constituye un elemento del debido proceso, en el presente caso no incide directamente en la libertad.

La Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la apelada, declaró fundada la demanda en el extremo relativo al plazo razonable de la investigación preliminar y declaró nulo y sin ningún efecto jurídico todo lo actuado desde el 10 de marzo de 2010, en la que se interpone la demanda de hábeas corpus.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda de hábeas corpus es que se disponga el cese de la investigación preliminar N° 33-2007 a cargo del fiscal emplazado, seguida en contra de los favorecidos por delito de lavado de activos, por considerar que la misma resulta indebida en términos constitucionales por haberse vulnerado el plazo razonable de la investigación, el principio de legalidad penal y el principio de responsabilidad personal.

Cuestiones previas

Del recurso de agravio constitucional excepcional

2. La presente demanda de hábeas corpus fue estimada en segunda instancia, ante lo cual el Procurador a cargo de la defensa jurídica del Ministerio Público

interpuso recurso de agravio constitucional, elevándose los actuados a este Tribunal Constitucional. Al respecto, este Tribunal debe reiterar que el tráfico ilícito de drogas afecta en grado sumo diversos valores e instituciones básicas en todo Estado social y democrático de derecho, tales como el principio de dignidad de la persona (artículo 1º), la familia (artículo 4º), la educación (artículos 13º a 18º), el trabajo (artículos 22º y 23º), la paz social (inciso 22º del artículo 2º), entre otros. (Exp. N° 0020-2005-PI/TC). Asimismo, tanto el tráfico ilícito de drogas como el lavado de activos constituyen ilícitos de carácter pluriofensivo, en la medida en que ponen en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenazan la propia existencia del Estado.

3. Por ello, a fin de concretizar la obligación establecida en el artículo 8º de la Constitución, este Tribunal ha dispuesto que en los procesos constitucionales en que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, excepcionalmente, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra habilitada independientemente del plazo— para la interposición de un recurso de agravio constitucional especial, el mismo que deberá ser concedido por las instancias judiciales (Exp N.º 2748-2010-PHC/TC, fundamento 15, 2663-2009-PHC/TC, fundamento 11).
4. En el presente caso ha sido estimada en segunda instancia una demanda de hábeas corpus contra una investigación fiscal que es seguida contra los favorecidos, por la presunta comisión de delito de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas, por lo que en virtud del criterio jurisprudencial antes mencionado, cabe admitir el recurso de agravio constitucional.
5. Asimismo, cabe señalar que en la sentencia recaída en el Exp. N.º 02748-2010-PHC/TC este Tribunal Constitucional estableció que los procuradores pueden interponer el recurso de agravio constitucional contra la sentencia estimatoria de segunda instancia **en cualquier plazo**. Al respecto, cabe señalar que ello fue establecido en virtud de posibilitar la revisión por parte de este Tribunal Constitucional de aquellas sentencias que indebidamente fueron declaradas fundadas contra procesos judiciales o investigaciones preliminares en materia de tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, esta regla no puede permanecer *sine die*, sin el peligro de atentar seriamente contra la seguridad jurídica. Es así que, habiendo transcurrido un plazo prudencial desde la publicación de la referida sentencia este Tribunal constitucional advierte que desde la fecha de publicación de la presente sentencia el plazo para la interposición del recurso de agravio es el previsto en el artículo 18º del CPCConst.

Sobre la pretendida litispendencia

6. En la vista de causa del presente proceso ante este Colegiado se ha alegado que la demanda tendría que ser declarada improcedente por cuanto se estaría ante una supuesta litispendencia, debido a que el Procurador del Ministerio Público habría interpuesto una demanda de amparo.

7. Para resolver este cuestionamiento debe recordarse que en las SSTC 01984-2004-AA/TC, 02427-2004-AA/TC y 05379-2005-AA/TC, se ha precisado que para que se configure la litispendencia se requiere la identidad de procesos, lo cual se encuentra determinado por la identidad de partes, del petitorio (aquello que efectivamente se

solicita) y del título (el conjunto de fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el pedido).

8. Teniendo presente la precisión que antecede, este Tribunal considera que en el presente caso no hay litispendencia, por las siguientes razones. Primero, no existe identidad de partes, pues en el presente caso los demandantes son los investigados y el demandado es el Fiscal que los investiga, mientras que en el proceso de amparo el demandante es el Ministerio Público y los demandados la Sala Penal que emitió la resolución judicial que se cuestiona en él. Segundo, no existe identidad del petitorio en los dos procesos, ya que en el presente caso se solicita que se ordene la conclusión de la investigación fiscal, mientras que en el proceso de amparo se persigue que se declare la nulidad de una resolución judicial, es decir que se trata de dos petitorios totalmente distintos. Finalmente, en ambos procesos los fundamentos que sustentan las demandas son distintos, pues en este proceso los demandantes alegan que la investigación fiscal afecta el derecho al plazo razonable, mientras que en el amparo el Ministerio Público sostiene que la resolución judicial cuestionada afecta sus competencias constitucionales y contraviene la jurisprudencia constitucional.

9. Así las cosas, resulta obvio que entre el presente proceso y el proceso de amparo iniciado por el Ministerio Público no existe identidad, pues ambos procesos tienen finalidades distintas, en el presente se busca tutelar la libertad individual que se encontraría presuntamente amenazada de ser afectada, mientras que en el amparo se busca dilucidar si la resolución judicial cuestionada es, o no, constitucional.

10. Además de la falta de identidad entre ambos procesos, cabe señalar que la litispendencia permite declarar la improcedencia de la segunda demanda interpuesta. Esto es, si ya existe un proceso constitucional iniciado, y surge un segundo proceso idéntico (con identidad de partes, de petitorio de título) la demanda que deberá ser declarada improcedente es la segunda. En el presente caso este proceso de hábeas corpus ha sido iniciado con anterioridad a la referida demanda de amparo por lo que en el supuesto negado de que estemos ante una identidad de procesos, la demanda improcedente sería la de amparo y no la del hábeas corpus.

Análisis del caso

Derecho al plazo razonable en el marco de la investigación fiscal

11. En cuanto a la alegada violación del derecho al plazo razonable en la investigación preliminar, cabe señalar que este derecho constituye una manifestación del derecho al debido proceso, y alude a un lapso de tiempo suficiente para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación y la emisión de la decisión respectiva. Si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para que ello ocurra debe existir una *causa probable* y la *búsqueda* de la comisión de un ilícito penal en un plazo que sea razonable.

12. Asimismo, este Tribunal Constitucional ha señalado que el plazo legal para la investigación preparatoria previsto en el Código Procesal Penal muchas veces puede ser insuficiente:

“...se advierte que el plazo de investigación preparatoria previsto en el artículo 342.2 del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, no se condice con la realidad social, ni con la capacidad de actuación del Ministerio

Público, pues es de conocimiento público que existen investigaciones preliminares o preparatorias sobre tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos que por la complejidad del asunto exceden los ocho meses, que pueden ser prorrogados por igual plazo.

Por esta razón, este Tribunal estima que el plazo previsto en el artículo referido debe ser modificado con la finalidad de que no queden impunes los delitos de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, pues vencido el plazo (8 o 16 meses) se puede ordenar la conclusión de la investigación preparatoria. De ahí que, se le exhorte al Congreso de la República a que modifique el plazo del artículo mencionado (investigación preparatoria en casos complejos) de acuerdo a la capacidad de actuación del Ministerio Público, sin que ello suponga la afectación del derecho al plazo razonable.” (Exp. N° 2748-2010-PHC/TC, fundamento 10).

13. Y es que si bien el derecho a un plazo razonable alude frecuentemente a evitar dilaciones indebidas, esta manifestación del debido proceso también está dirigida a evitar plazos excesivamente breves que no permitan sustanciar debidamente la causa. Así, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 1° del Decreto Ley N.º 25708 por establecer un plazo excesivamente breve para el procesamiento por delito de traición a la patria (Exp. N° 0010-2002-AI).
14. De otro lado, al margen de la inconstitucionalidad en abstracto que puede implicar determinada regulación del proceso penal o investigación fiscal, este Tribunal, para evaluar en concreto una presunta violación del plazo razonable, ya sea del proceso penal, de la prisión preventiva o de la investigación fiscal, ha señalado que esto no puede hacerse solo a partir del transcurso del tiempo, sino más bien atendiendo a las circunstancias del caso, básicamente la complejidad del asunto y la actividad procesal de las partes.
15. Sobre el particular este Tribunal en la sentencia del Exp. N° 5228-2006-PHC/TC, *Gleiser Katz*, ha precisado con carácter de doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar del CPConst) que para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación preliminar, se debe acudir cuando menos a dos criterios: *Uno subjetivo* que está referido a la actuación del investigado y a la actuación del fiscal, y *otro objetivo* que está referido a la naturaleza de los hechos objeto de investigación.
16. Dentro del criterio subjetivo, en cuanto se refiere a la *actuación del investigado*, es de señalar que la actitud obstruccionista de éste puede manifestarse en: 1) la no concurrencia, injustificada, a las citaciones que le realice el fiscal a cargo de la investigación, 2) el ocultamiento o negativa, injustificada, a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación, 3) la recurrencia, de mala fe, a determinados procesos constitucionales u ordinarios con el fin de dilatar o paralizar la investigación prejurisdiccional, y 4) en general, todas aquellas conductas que realice con el fin de desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal.
17. En cuanto a la *actividad del fiscal*, los criterios a considerar son la capacidad de dirección de la investigación y la diligencia con la que ejerce las facultades especiales que la Constitución le reconoce. Si bien se parte de la presunción de constitucionalidad y legalidad de los actos de investigación del Ministerio Público, ésta es una presunción *iusuris tantum*, en la medida que ella puede ser desvirtuada. Ahora bien, para la determinación de si en una investigación prejurisdiccional hubo o no *diligencia* por parte del fiscal a cargo de la investigación deberá considerarse la realización o no de aquellos actos que sean conducentes o idóneos para el esclarecimiento de los hechos y la formalización de la denuncia respectiva u otra decisión que corresponda.

18. Dentro del criterio objetivo, a juicio del Tribunal Constitucional, cabe comprender la naturaleza de los hechos objeto de investigación; es decir, la complejidad del objeto a investigar.
19. De lo que obra en autos no se advierte una conducta negligente por parte del fiscal. Antes bien se advierte que las reiteradas ampliaciones de investigación han estado motivadas en la necesidad de investigación. Incluso, como se apreciará más adelante, una de las últimas ampliaciones del plazo de la investigación se dio a pedido de los propios investigados. De otro lado, no se aprecia de los actuados una conducta obstruccionista por parte de la defensa de los investigados.
20. En cuanto al criterio objetivo, atinente a la complejidad del asunto, este Tribunal ha reconocido de modo reiterado que las investigaciones relacionadas con determinadas actividades delictivas, entre las que se encuentra el tráfico ilícito de drogas o el lavado de activos, pueden ser consideradas *prima facie* complejas. Ello en atención, sobre todo, al número de investigados, a la posible existencia de organizaciones criminales nacionales y/o internacionales, a la particular dificultad de realizar determinadas pericias o exámenes especiales que se requieran, así como a la complejidad de las actuaciones que se requieran para investigar los tipos de delitos que se imputan al investigado (Cfr. Exp. N° 7624-2005-PHC/TC, fundamento 14; Exp. N° 2748-2010-PHC/TC, fundamento 8).
21. Así, en el presente caso, conforme consta a fojas 1333 del parte policial N° 033-02-2010-DIRANDRO-PNP-DIVINESP, se advierte que la investigación es sumamente compleja, pues se ha abierto investigación contra 64 personas y su propósito fue analizar la presunta participación en delito de lavado de dinero de 118 empresas.
22. A su vez, resulta oportuno destacar que en diciembre de 2009, habiendo transcurrido casi dos años de investigación, las propias partes solicitaron al fiscal una ampliación del plazo de la investigación. Así, a fojas 1256 consta el escrito del abogado César Nakazaki, defensor de Santos Orlando Sánchez Paredes y otros investigados, de Jorge Paredes Pérez, abogado de otros investigados y de la propia procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior relativos al Tráfico Ilícito de Drogas solicitando que se amplíe el plazo de investigación para poder aportar mayores elementos probatorios, lo que corrobora la complejidad del asunto, en el que la actividad de obtención de medios probatorios, a juicio de las partes, no podía todavía concluir abruptamente. Asimismo, tal como consta a fojas 1295 y siguientes de autos, a pedido de los abogados defensores de los investigados se dispuso conceder informe oral a fin de que expongan ante el fiscal sus argumentos de defensa, que se programó para el 11 de marzo de 2010, y se reprogramó en algunos casos para el 16 de marzo del mismo año.
23. A juicio de este Tribunal esto da cuenta de la complejidad del asunto materia de controversia, por lo que no puede considerarse que al momento de interponerse la demanda se haya vulnerado el derecho a un plazo razonable en la investigación fiscal.

Principio de legalidad penal

24. En cuanto a la alegada vulneración del principio de legalidad penal, se aduce que se habría iniciado investigación por delito de lavado de activos sin especificar el delito fuente del presunto lavado. Al respecto, cabe señalar que el artículo 2.º, inciso 24, literal "d" de la Constitución Política del Perú, establece que: "Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) Nadie será procesado ni

condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

25. Con tal tenor se consagra el principio de legalidad penal, el que no sólo se configura como principio propiamente dicho, sino también como derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo y el Poder Judicial al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica [Cfr. STC Exp. N.º 2758-2004-HC/TC].
26. En el presente caso, si bien se invoca el principio de legalidad penal, no se alega que se les estuviere investigando a los favorecidos por la comisión de una infracción penal que no estuviera contenida en ley penal vigente, ni que la subsunción hecha por el juez excede excesivamente los marcos legales previstos, sino más bien que no se ha especificado el delito previo al lavado de activos que se habría cometido, lo que no resulta violatorio del contenido de este derecho fundamental. Es por ello que este extremo de la demanda debe ser desestimado.
27. No obstante lo anteriormente expuesto en el sentido de que el hecho alegado no afecta el contenido del principio de legalidad penal, a mayor abundamiento cabe precisar que a fojas 1333 obra el parte policial N° 033-02-2010-DIRANDRO-PNP-DIVINESP, que en su parte introductoria transcribe la disposición fiscal que da inicio a la investigación preliminar y señala expresamente que se trata de una investigación por delito de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas.

Principio de responsabilidad personal y proscripción de responsabilidad por hecho ajeno

28. El principio de responsabilidad personal y la proscripción de responsabilidad por hecho ajeno constituye una manifestación del principio de la culpabilidad, que a su vez es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Este principio, si bien no goza de reconocimiento constitucional expreso, puede ser derivado del principio de proporcionalidad de las penas y de legalidad penal (Cfr. Exp. N° 0014-2006-PI, fundamentos 28-33). Así, el principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. (cfr. Exp. N° 0014-2006-PI, fundamento 25), de este modo queda proscribida la responsabilidad objetiva. Al respecto, en el presente caso se alega que se les imputa a los favorecidos el delito por la sola vinculación familiar y no en atención a una concreta conducta propia.
29. Pese a lo alegado se advierte del texto de los actuados que se ha llevado a cabo la investigación de una pluralidad de personas naturales y jurídicas en virtud de su presunta participación en el delito de lavado de dinero que se les imputa y no únicamente sobre su vinculación familiar como se afirma en la demanda. Asimismo, la denuncia fiscal (a fojas 2071) se basa en concretos

actos de investigación como informes contables, testimonios y otros actos de investigación que relacionan la actividad empresarial investigada con el presunto delito de lavado de dinero. Por tanto, este extremo de la demanda debe ser también desestimado.

Efectos de la presente desestimatoria

30. Dada la desestimatoria del presente caso, que implica la revocación de la sentencia expedida en segunda instancia que estimaba la demanda así como lo dispuesto en dicha sentencia en el sentido de dejar sin efecto todo lo actuado desde la fecha de interposición de la demanda. Al respecto, ya en resolución expedida por el Pleno de este Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3689-2008-PHC/TC (fundamento 10) se estableció que la reparación de la violación al plazo razonable del proceso *no puede ni debe significar el archivo definitivo del proceso penal como si de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, equivalente a una decisión de absolución emitida por el juez ordinario, sino que más bien, actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal, lo que, corresponde es la reparación in natura por parte de los órganos jurisdiccionales que consiste en emitir en el plazo más breve posible el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto*, lo que ha sido reiterado por este Colegiado para los casos de plazo razonable en investigación preliminar en la sentencia recaída en el expediente N° 2748-2010-PHC/TC (fundamento 12) y recalcando en el fallo de la propia sentencia que esto forma parte de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Constitucional.
31. Por tanto, siendo una consecuencia necesaria de la revocatoria de la recurrida el anular lo dispuesto en dicha resolución, este Tribunal considera pertinente recalcar que con la presente resolución la nulidad de lo actuado en sede ordinaria queda sin efecto, debiéndose proseguir con el trámite de la investigación. Es por ello que, habiéndose formalizado la denuncia, conforme consta a fojas 1848 de autos, y habiéndose dictado auto de apertura de instrucción con fecha 7 de mayo de 2010, tal como consta a fojas 2569, el efecto de la presente desestimatoria implica que se prosiga con el proceso penal ya iniciado.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de agravio constitucional e **INFUNDADA** la demanda de autos.
2. Declarar la nulidad de la resolución recurrida y de todo lo que de ella se deriva, debiéndose proseguir con el proceso penal iniciado.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ

BEAUMONT CALLIRGOS

VERGARA GOTELLI

CALLE HAYEN

ETO CRUZ

ÁLVAREZ MIRANDA

URVIOLA HANI

EXP. N.º 03245-2010-PHC/TC

LIMA

JESUS BELISARIO

ESTEVEZ OSTOLAZA

Y SANTOS ORLANDO

SÁNCHEZ PAREDES

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto por las consideraciones siguientes:

1. En atención a la excepción de litispendencia a la que hizo referencia en el informe oral el abogado informante de los demandantes, considerando que las expresiones dadas en el proyecto en el fondo constituyen la razón de un pronunciamiento negativo de este Tribunal, entiendo de mi deber que conforme al artículo 446 y siguientes del Código Procesal Civil aplicable supletoriamente por disposición del artículo IX del título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la denegatoria tiene el sustento que se explica suficientemente en el proyecto en referencia.

2. Sin embargo, es de apreciarse que del estudio del expediente del caso venido en grado, no aparece información de la excepción de litispendencia referida por el citado abogado informante, razón por la que no resulta aplicable en rigor de la denegatoria de una temática que no ha sido propuesta en autos. Sin embargo cabe recordar que en el proceso de habeas corpus no cabe la sustentación de excepciones por la naturaleza de la materia que se discute en este tipo de procesos constitucionales.

3. En cuanto al plazo previsto en el precedente que se señala en el proyecto cabe recordar la aplicación de la caducidad por vencimiento del plazo en ejercicio de la actividad impugnativa, esto es, el plazo que corresponde a los procuradores que en igualdad resulta ser el mismo que el de las partes.

4. Que si la excepción de litispendencia ha sido propuesta o deducida en la oportunidad correspondiente dentro del proceso constitucional de amparo, es allí y al juez que corresponda quien ha de resolver dicha excepción en la forma precisada en la ley y la doctrina.

S.

VERGARA GOTELLI

Sentencia C-370/02

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Previo debate hermenéutico legal/**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD** Juicio relacional **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD** Comprensión y análisis del contenido y alcance de disposición legal

Es cierto que la Constitución establece no sólo que existe una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones sino que, además, los jueces gozan de autonomía funcional interna y externa en el desarrollo de sus funciones, pues sólo están sometidos al imperio de la ley. Estos principios implican que, por regla general, no corresponde a la Corte Constitucional fijar el sentido autorizado de las disposiciones legales, pues tal función es propia de los jueces ordinarios. Sin embargo, el control constitucional es un juicio relacional, pues implica confrontar un texto legal con la Constitución, por lo cual es inevitable que el juez constitucional deba comprender y analizar el contenido y alcance de la disposición legal sometida a control.

NORMA LEGAL Problemas de interpretación/**NORMA ACUSADA** Ámbito de aplicación

COMUNIDAD INDIGENA Características/**COMUNIDAD INDIGENA** Función judicial

En la situación actual del país, los pueblos indígenas son los grupos humanos que reúnen claramente las anteriores características de tener un medio cultural definido y autoridades propias reconocidas por el Estado. Así, no sólo sus territorios son entidades territoriales, y por ende, esas comunidades tienen derecho a gobernarse por autoridades propias sino que, además, la Carta autoriza a esas autoridades a ejercer funciones judiciales.

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Ámbito personal de aplicación

Por el diseño de la medida de seguridad correspondiente (reintegro a su medio cultural previa coordinación con la autoridad de la cultura), es claro que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural se predica esencialmente de los indígenas. Sin embargo, el hecho de que no hubieran explícitamente limitado esa figura a los indígenas, indica que ésta podría ser aplicable en otros casos, si se dan los presupuestos previstos por las disposiciones acusadas, a saber: (i) que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no haya tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; (ii) que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio definido, a donde ese individuo pueda ser reintegrado; y (iii) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado, con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro.

NORMA LEGAL Problemas constitucionales

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL No aplicación exclusiva a indígenas **INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL** Pueblos indígenas como referente y ámbito esencial de aplicación

RESPONSABILIDAD PENAL OBJETIVA Proscripción constitucional **DERECHO PENAL DEL ACTO Y NO DE AUTOR** Previsión constitucional **NO JUZGAMIENTO SINO CONFORME A LEYES PREEXISTENTES AL ACTO QUE SE IMPUTA**

DERECHO PENAL DEL ACTO Y CULPABILIDAD Importancia de opción constitucional

DERECHO PENAL CULPABILISTA Constitucionalización

Es claro que la Carta excluye la responsabilidad penal objetiva, y exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Esto significa que la Carta ha constitucionalizado un derecho penal culpabilista, en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, pues sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Por consiguiente, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba.

REGIMENES DE RESPONSABILIDAD PENAL Distinción

Como esta Corte lo explicó en reciente oportunidad, el estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva. De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que en términos estructurales, en el Código Penal había dos

tipos de hechos punibles, “esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)”.

REGIMENES DE RESPONSABILIDAD PENAL Fundamento de diferenciación
PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD IMPRESCRIPTIBLES Prohibición

IMPUTABLE Diferencia de regímenes

PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Diferencia en consecuencias jurídicas

PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Similitudes y diferencias

Esta Corte explicó en sentencia que las penas y medidas de seguridad en el ordenamiento colombiano tengan tanto similitudes como diferencias. Así ambas tienen fines de protección social, pues buscan evitar que quien cometió un hecho punible reitere su conducta. Las dos implican una restricción de derechos derivada de la comisión de un hecho punible, y en esa medida ambas hacen parte del derecho penal y están sometidas a las garantías constitucionales propias del derecho penal. Pero obviamente, las penas y medidas de seguridad tienen también diferencias profundas, derivadas en gran parte del hecho de que la persona inimputable no puede actuar culpablemente. Por ello los fines de las penas y las medidas de seguridad no son idénticos.

PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Fines no idénticos

MEDIDAS DE SEGURIDAD Término mínimo de duración vulnera la Constitución

Sentencias de esta Corporación concluyeron que violaba la Carta la fijación de términos mínimos de duración del internamiento de los inimputables, pues si la función de la medida de seguridad es curativa y de rehabilitación, no tiene sentido prolongar esa medida más allá del tiempo necesario para el restablecimiento de la capacidad psíquica de la persona. Por ello, la imposición de términos mínimos transforma la medida de seguridad en un castigo retributivo, incompatible con la situación propia de los inimputables.

MEDIDAS DE SEGURIDAD Vulneración de la Constitución por indeterminación

INIMPUTABLE Tiempo de internación

IMPUTABLE E INIMPUTABLE-Regulación distinta no vulnera igualdad
PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Regulación distinta no vulnera igualdad

CULPABILIDAD EN EL ESTADO DEMOCRATICO

PROBLEMA JURIDICO Reformulación

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Validez o no de sanción ante no comprensión de ilicitud de comportamiento

DIVERSIDAD CULTURAL EN MATERIA PENAL Grupo que no posee medio cultural propio definido ni autoridades propias reconocidas

RESPONSABILIDAD PENAL Imposibilidad de comprender ilicitud de comportamiento o de determinarse con base en esa comprensión

RESPONSABILIDAD PENAL Persona de grupo sin medio cultural definido ni autoridades propias

RESPONSABILIDAD PENAL EN DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL No sanción a persona de grupo sin medio cultural definido ni autoridades propias

RESPONSABILIDAD PENAL EN DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL No sanción por error de prohibición

RESPONSABILIDAD PENAL Exclusión cuando se obre con error invencible de licitud de la conducta

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL Indígena o persona que hace parte de una minoría cultural que cuenta con medio cultural definido y autoridad reconocida

RESPONSABILIDAD PENAL EN DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Indígena o persona de minoría cultural con medio definido y autoridad reconocida sin que comprenda ilicitud de comportamiento

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL-Situación menos favorable de quienes no se aplica sanción

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Agravación de situación penal a pesar de protección constitucional especial

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL Indígenas con medidas de seguridad respecto de personas que incurren error de prohibición quienes son absueltas

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Discriminación a pesar de protección constitucional especial

ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN COMUNIDAD INDIGENA

JURISDICCION INDIGENA

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL Sanción de miembro de comunidad indígena y absolución de colombiano o extranjero que realizó la misma conducta

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL Tratamiento jurídico diverso de una misma situación fáctica

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL Medida para indígena que no comprende ilicitud de comportamiento respecto de colombiano o extranjero que realiza el mismo comportamiento pero es absuelto

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD O PROHIBICION DE EXCESO
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA

PODER PUNITIVO DEL ESTADO Deber de evitar criminalización de conductas cuando existan medios menos lesivos **PRINCIPIO DE NECESIDAD EN DERECHO PENAL** Ultima ratio

PODER PUNITIVO DEL ESTADO Inconstitucionalidad de penalizaciones innecesarias

POLITICA CRIMINAL Exceso punitivo por legislador

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Exceso punitivo

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Inculpabilidad de agentes por error de prohibición culturalmente condicionado

PLURALISMO EN INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Afectación

INIMPUTABLE Sesgo peyorativo

Como esta Corte lo había señalado en anteriores oportunidades, el concepto de inimputable en la dogmática penal tiene en general un sesgo peyorativo pues hace referencia a individuos que carecen de la capacidad para comprender la ilicitud de un acto, o para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a la disminución, temporal o permanente, de sus capacidades intelectuales, valorativas o volitivas, ya sea por inmadurez mental o por una alteración sicosomática. La calificación de inimputable implica entonces un cierto juicio de desvalor, puesto que implica una especie de protección paternalista de las personas que tienen esas calidades.

MINORIA CULTURAL COMO INIMPUTABLE Calificación vulnera carácter multiétnico y pluricultural

COMUNIDAD INDIGENA Modos de reflexionar diversos no equiparables a inmadurez psicológica o trastorno mental

COMUNIDAD INDIGENA Capacidad de autodeterminación conforme a sus valores

RESPONSABILIDAD PENAL Exclusión por error de prohibición culturalmente condicionado **IGNORANCIA DE LA LEY COMO EXCUSA-** Eliminación de prohibición de invocación

RESPONSABILIDAD PENAL Error sobre licitud de comportamiento de quien no comprende la ilicitud por particular cosmovisión

DIVERSIDAD CULTURAL No criminalización **RESPONSABILIDAD PENAL** Exclusión por error de interpretación cultural **RESPONSABILIDAD PENAL** Exclusión por particular cosmovisión que impidió comprender ilicitud de conducta

RESPONSABILIDAD PENAL Exclusión por error de prohibición culturalmente condicionado debe considerarse por legislador

RESPONSABILIDAD PENAL Ausencia cuando se obre por error invencible de licitud de la conducta

RESPONSABILIDAD PENAL Error de prohibición debe ser invencible

INIMPUTABLE-Momento cognitivo y volitivo

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Conjunto de situaciones es más amplia que la de comportamiento que configura un error de prohibición culturalmente condicionado

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Indígena sin capacidad para comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL- Condicionamiento

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA Retiro del ordenamiento ocasiona una situación grave

PRINCIPIO DE IGUALDAD EN RESPONSABILIDAD PENAL Exclusión por error invencible de prohibición en indígena o miembro de minoría cultural

Por aplicación directa del principio de igualdad, y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición, entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable pues desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura

de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una medida de seguridad, mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelto.

RESPONSABILIDAD PENAL Exclusión de toda persona que incurra en error invencible de prohibición

CULTURA-Fundamento de la nacionalidad **CULTURA** Reconocimiento de igualdad y dignidad de todos

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Cosmovisión diferente

DIALOGO INTERCULTURAL EN PROCESO JUDICIAL Personas con distinta cosmovisión

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL No deriva de incapacidad de la persona sino de cosmovisión diferente

Si se precisa que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no deriva de una incapacidad de la persona sino exclusivamente de su cosmovisión diferente, entonces es posible eliminar los posibles efectos peyorativos y sancionadores de la figura, conservando sus virtudes en términos de protección y tutela de quienes son culturalmente diversos.

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Declaración y medida de seguridad no debe tener carácter sancionatorio, ni de cura o rehabilitación sino de tutela o protección

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Inconstitucionalidad de medida de seguridad de retorno al medio cultural

DIVERSIDAD CULTURAL No criminalización **DIVERSIDAD CULTURAL** Dispositivo irrespetuoso

INIMPUTABLE POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Responde penalmente pero no se impone medida de seguridad **INIMPUTABLE POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL** Responsabilidad sin consecuencias penales

PROCESO PENAL EN DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Finalidades

El proceso penal tendría varias finalidades: a) Un propósito garantista, al permitir la exoneración de responsabilidad del inimputable, cuando se demuestre la atipicidad de su conducta o la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad. b) Establecer un diálogo multicultural, para explicarle la diversidad de cosmovisión y la circunstancia de que su conducta no es permitida en nuestro contexto cultural. Este diálogo tiene fines preventivos, pues evita posibles conductas lesivas de los bienes jurídicos. c) Permitir que las "víctimas" del delito, tengan la oportunidad de ejercer sus derechos constitucionales y legales, y d) Durante el transcurso del proceso, el

inimputable por diversidad sociocultural no podrá ser afectado con medida de aseguramiento en su contra, ni con ninguna de las medidas de protección para inimputables.

UNIDAD NORMATIVA-Integración

Referencia: expediente D-3751

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal.

Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango.

Magistrado Ponente:
Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil dos (2002).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Marcela Patricia Jiménez Arango presentó demanda contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de procesos, entra la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de las normas acusadas, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No 44097 del 24 de julio de 2000, y se subraya la parte acusada

“LEY 599 DE 2000 (julio 24)

“Por el cual se expide el Código Penal”

*El Congreso de Colombia
DECRETA*

(.....)

Artículo 33. Inimputabilidad. Es imputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, **diversidad sociocultural** o estados similares.

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.

Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

(....)

CAPITULO CUARTO

De las medidas de seguridad

Artículo 69. Medidas de seguridad. Son medidas de seguridad:

1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada.
2. La internación en casa de estudio o trabajo.
3. La libertad vigilada
4. **La reintegración al medio cultural propio.**

(....)

Artículo 73. La reintegración al medio cultural propio. Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por **diversidad sociocultural**, la medida consistirá en **la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca.**

Esta medida tendrá un máximo de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad. La cesación de la medida dependerá de tales factores.

Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca razonablemente que no persisten las necesidades de protección.

En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito.”

III. LA DEMANDA

La actora considera que las disposiciones demandadas vulneran los artículos 13, 29, 226 y 246 de la Carta.

La demandante explica que las normas acusadas suponen que la justicia estatal es competente para juzgar a los indígenas, a quienes se les reconoce como inimputables, si por su diversidad sociocultural no logran comprender la ilicitud de su

conducta. Según su parecer, esa regulación desconoce las atribuciones de las autoridades indígenas, quienes, según el artículo 246 de la Carta, ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos. Considera entonces que *“son las autoridades indígenas quienes investigan y juzgan las conductas presuntamente ilícitas de los miembros de su comunidad”*, y por ende esa potestad no puede ser trasladada a los jueces ordinarios.

De otro lado, la demandante considera que las normas acusadas son discriminatorias y vulneran el pluralismo, puesto que consideran a los indígenas inimputables, sólo por poseer *“una cosmovisión diferente”* y por no *“no compartir los valores y sistema occidentales”*. Además, según su parecer, la reintegración del indígena a su medio sociocultural no puede ser considerada una sanción ya que *“es un derecho constitucional fundamental del indígena hacer parte de su conglomerado social, de su comunidad ancestral, de sus valores y de su diferente cosmovisión”*.

Igualmente, la actora argumenta que las disposiciones acusadas vulneran el debido proceso y el derecho a acceder a la justicia, ya que permiten que un indígena sea investigado y juzgado por la jurisdicción ordinaria, quienes no son sus jueces naturales.

IV. INTERVENCIONES Y CONCEPTOS

Según constancia secretarial del 7 de noviembre de 2001, el término de intervención ciudadana venció en silencio. Por su parte, el magistrado sustanciador consideró que la decisión del presente asunto constitucional requería información especializada, por lo cual, mediante auto del ocho (08) de febrero de 2002, el Magistrado Ponente ofició a centros académicos y a expertos para que conceptuaran sobre varios aspectos. En primer lugar consultó si las normas acusadas afectaban o no el reconocimiento de la diversidad cultural. En segundo lugar, si la regulación bajo examen se aplicaba sólo a integrantes de comunidades indígenas o también a otros grupos sociales o culturales. Asimismo, el Despacho solicitó ilustración sobre las posibles formas a través de las cuales el sistema jurídico podría manejar los problemas derivados de la comisión de delitos por parte de indígenas fuera de su territorio. En tercer lugar, fue solicitada información sobre la aplicación de normas similares tanto en Colombia como en otros países. Finalmente, el Magistrado Ponente solicitó cualquier información que los expertos consideraran relevante sobre el tema.

La Corte recibió detallados conceptos de los siguientes expertos y centros académicos: del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, de los Departamentos de Psicología y de Antropología y de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, de los Departamentos de Psicología y Antropología de la Universidad de los Andes, de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, del doctor Carlos Vladimir Zambrano.

A continuación, la Corte sintetiza los principales elementos de esas respuestas, pero, por razones de brevedad y claridad, esta Corporación no presentará el contenido de cada uno de los conceptos sino que los reagrupará temáticamente y efectuará una síntesis de los aspectos más relevantes para la decisión que será tomada en el presente caso.

Según el concepto de uno de los expertos⁵, el artículo 33 del Código Penal es exequible pues de lo contrario se suprimiría el reconocimiento de la diversidad sociocultural haciendo responsable al inimputable. En cuanto al aparte demandado del artículo 69, en criterio del interviniente, “*procede la exequibilidad*”, porque las personas inimputables que cometen delitos deben ser sujetos de una medida de seguridad para gozar de la protección derivada de las consecuencias de su error cultural. El ciudadano considera también que el párrafo primero del artículo 73 es exequible, ya que concuerda con la inimputabilidad por diversidad sociocultural, pues ésta no es un delito y no puede ser criminalizada. Los tres restantes párrafos son inconstitucionales ya que pueden afectar la jurisdicción especial indígena. Pero lo que es imperativo en este momento, según el experto, es que se incorpore la inculpabilidad de personas diversas socioculturalmente por “*error de comprensión culturalmente condicionado*” que deberá ser inscrito explícitamente en el artículo 32 del Código Penal. Según su parecer, sólo así se descriminaliza la diversidad sociocultural.

Para otros⁶ el artículo 33 del Código Penal debe ser declarado exequible bajo condicionamiento, el artículo 69.4 es inconstitucional porque da lugar a prácticas de segregación cultural y el artículo 73 es inconstitucional. Lo mejor que se puede hacer es incluir o interpretar dentro del artículo 32 del Código Penal (causales excluyentes de responsabilidad) la figura del error culturalmente condicionado como ocurre en otros países.

Dos de los conceptos⁷ plantean por qué la demanda y el pronunciamiento del Procurador se refieran a indígenas, si las normas acusadas no los mencionan. Para uno de ellos⁸, esto es un error, pues la inimputabilidad por diversidad sociocultural no es sinónimo de la inimputabilidad indígena. Según esta apreciación, todos los colombianos somos diversos socioculturalmente y tenemos derecho a la protección que de ello se deriva. Por ello considera que, a pesar de las luchas indígenas, no se puede entregar un derecho, que es de todos los colombianos, a un solo sector de la población. La Corte deberá entonces, según su parecer, integrar a todos los colombianos en la diversidad pues de lo contrario sólo se generarían vacíos. Por el contrario, el otro ciudadano considera que las normas se refieren a la población nacional que participa por lo menos de dos características: nacionales que tengan un medio sociocultural y autoridades propias que pertenecen a dicho medio

⁵ Concepto rendido por Carlos Vladimir Zambrano, antropólogo social y politólogo, Ph. D. Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y sociales de la Universidad Nacional de Colombia.

⁶ Juan Manuel Charry Urueña, decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario

⁷ Ver conceptos de Carlos Vladimir Zambrano y Francois Correa (profesor asociado del Departamento de Antropología de la Universidad Nacional de Colombia.)

⁸ Ver concepto de Vladimir Zambrano

sociocultural. Por ello considera que las disposiciones acusadas sólo son predicables de las comunidades indígenas. Con todo, precisa el interviniente, los grupos étnicos son categorías sociales, agrupaciones que comparten características económicas, sociales, políticas y culturales, así como un territorio, lengua y nombre propios. La conciencia sobre la identidad cultural que los diferencia de otras agrupaciones sociales es criterio fundamental para determinar la existencia de estos grupos. Por ello concluye que en Colombia la categoría de grupo étnico podría aplicarse por lo menos a los indígenas, afrocolombianos y gentes rom, pues su reproducción social depende de las características de su identidad y sus expresiones socioculturales son diferentes del resto de los colombianos. Concluye entonces este concepto que las normas demandadas presuponen el sujeto social al que se refieren y deben restringirse a los indígenas porque la Constitución les reconoció sólo a ellos autoridades propias para sus territorios.⁹

Por el contrario, otro de los intervinientes argumenta que a pesar de que los indígenas son los únicos con jurisdicción reconocida, pueden tomarse medidas coordinadas con autoridades (determinadas por el peritaje antropológico) de comunidades negras, gitanas o desplazadas para tomar una decisión en cuanto a la medida de seguridad, por lo que las disposiciones acusadas no se aplican exclusivamente a los indígenas¹⁰. En estos casos la prueba pericial antropológica no puede sustituirse por otra distinta y, según el profesor Zambrano, debe ser practicada por un antropólogo especialista en la cultura del sindicado y nacido en la jurisdicción donde se produce el caso; si ello no es posible, el antropólogo deberá tener por lo menos tres años de experiencia.

Por su parte, algunos conceptos afirman que la inimputabilidad no es la única manera de resolver los casos de diversidad sociocultural y sólo procede si en el proceso se descarta la inculpabilidad. Ser diferente por diversidad sociocultural no es una minusvalía, no es inmadurez psicológica ni incapacidad mental. Por ello estos conceptos consideran que es necesario introducir la inculpabilidad por diversidad sociocultural ya que todos los colombianos están expuestos a cometer errores de comprensión culturalmente condicionados, y es la alternativa adecuada para enfrentar estas situaciones.¹¹

⁹ De la misma forma, Luis Fernando Alvarez Londoño S.J., Decano académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, interviene previo concepto del director del departamento de Derecho Penal, Bernardo Gaitán Mahecha, y considera que la diversidad sociocultural parece referirse a los indígenas y los estados similares a toda forma de cultura que coloque a la persona en estado de incapacidad de comprender la ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. Los indígenas y diversos socioculturales tendrán que no haber estado en posibilidad, en términos razonables, de tener conocimiento de lo injusto de su conducta. Con todo, en su concepto, debe precisarse el alcance y significado del artículo 33 del Código Penal limitándolo a pueblos indígenas.

¹⁰ Ver el concepto de Carlos Vladmir Zambrano.

¹¹ Ver concepto de Carlos Vladmir Zambrano. En la misma línea, Francois Correa Rubio considera que la dificultad es que la norma asocia diversidad cultural con inmadurez psicológica y el trastorno mental como razones de inimputabilidad. Por ello sugiere tomar las medidas jurídicas pertinentes para desproveer el espíritu que motiva la ley de ese contexto.

Igualmente, otro concepto¹² resalta que el uso de la figura de la inimputabilidad puede resultar desproporcionado. Así, ese escrito considera que las normas acusadas criminalizan la diversidad a través del uso de la categoría de inimputabilidad para personas con diversidad cultural. Para sustentar su afirmación, el concepto recuerda que la inimputabilidad es utilizada por la dogmática penal para hacer referencia a la incapacidad de culpabilidad, lo cual hace que los individuos considerados inimputables sean sujetos de medidas de seguridad a fin de protegerlos, otorgarles tutela, reeducarlos y rehabilitarlos por medio de un tratamiento. Esto significa, según su parecer, que la conducta jurídica del imputable exige un juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, mientras que para el inimputable, el juicio es sólo de tipicidad y antijuridicidad. Este esquema dualista crea una estructura del delito parcialmente distinta para uno y otro grupo de sujetos. Si se acepta la punibilidad de las conductas de un inimputable debe aceptarse forzosamente la idea de temibilidad social, pues se imponen medidas de seguridad a los sujetos de acuerdo con la peligrosidad que representan para los valores de la colectividad. En tales circunstancias, según su parecer, como en un Estado social de derecho, el derecho penal tiene una naturaleza subsidiaria, debe intervenir entonces sólo si es estrictamente necesario y cuando no existe posibilidad de hallar otro mecanismo de intervención menos gravoso. Y por ello consideran que la imposición de una medida de seguridad para los sujetos calificados como inimputables por diversidad sociocultural viola los valores de los destinatarios, pues deben privilegiarse otros mecanismos no punitivos, como el diálogo intercultural o el reconocimiento de la inculpabilidad en esos eventos. Concluye entonces el concepto que es desproporcionado entonces que se reprima la diversidad a través de una intervención de este tipo pues lesiona la autonomía e identidad de las minorías étnicas a través de la categoría de inimputabilidad y de la imposición de medidas de seguridad.

Respecto a las preguntas formuladas por la Corte, los conceptos señalan:

1.- A la pregunta de si los artículos 33, 69 y 73 del Código Penal afectan el reconocimiento de la diversidad cultural, algunos intervinientes, como el profesor Carlos Vladimir Zambrano consideran que sí, porque criminalizan al portador de una cultura que se desplaza a un entorno cultural distinto. En el mismo sentido se pronunció María Victoria Uribe, directora del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, pues según su parecer, la Constitución, en su artículo 246, reconoce a las autoridades indígenas la competencia para ejercer funciones públicas jurisdiccionales en sus territorios. La redacción de los artículos acusados no hace claridad sobre la jurisdicción especial indígena y da lugar a que se entienda que la situación excepcional de indígenas desarticulados territorial y culturalmente es aplicable a la totalidad de la población indígena nacional. Por su parte, Juan Manuel Charry Urueña, decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, considera que la aplicación de una medida de seguridad restaría eficacia al pluralismo, y por tanto el artículo 33 debe ser declarado exequible pero bajo la condición de que se entienda que la inimputabilidad se refiere a una racionalidad y cosmovisión diferentes. De otro lado, para este interviniente, los artículos 69 y 73 del Código Penal que consagran las medidas de seguridad, violan y desconocen la

¹² Ver el concepto de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia suscrito por el profesor Francisco Acuña

idiosincrasia y los valores de pueblos con diversidad cultural porque se dirigen a inimputables y sus funciones son “*protección, curación, tutela y rehabilitación*”. Lo que debe hacerse entonces es reconocer que existe un error de comprensión culturalmente condicionado.¹³

Para otros conceptos¹⁴, el establecimiento de una inimputabilidad por diversidad étnica no afecta el reconocimiento del pluralismo, pues lo que busca la disposición es analizar la situación particular y la investigación sobre el conocimiento de los pueblos indígenas. Además, la inimputabilidad no puede circunscribirse solamente a la inmadurez psicológica y al trastorno mental.

2.- Sobre la aplicación exclusiva o no de la normas acusadas a grupos indígenas, algunos intervinientes¹⁵ consideran que las normas cubren a todos los colombianos, dependiendo donde se encuentren. Así, la diversidad sociocultural debe ser aplicada tanto a indígenas como a otros grupos, pues este concepto no está sujeto a la definición de una jurisdicción especial. Según su parecer, es inconstitucional que no se reconozca esta diversidad a los gitanos y a los negros.

Otro concepto muestra que esta medida tiene sentido si se trata de minorías étnicas caracterizadas por socializar individuos realmente diversos, con sus propios relatos de origen, ordenamiento cultural propio y orden legal propio. Este no es el caso de las comunidades afrocolombianas¹⁶. Además, otros agregan que es aplicable para quienes padezcan trastornos mentales¹⁷.

¹³ Similar posición esgrimen Victoria Eugenia Villegas, Coordinadora de Psiquiatría y Psicología Forense, Andrés Patiño Umaña, Coordinador grupo de Antropología Forense, Cesar Sanabria Medina, Antropólogo Forense, María Idalid Carreño, Médica Psiquiatra Forense, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Para ellos existe ambigüedad en los criterios de diversidad cultural e inimputabilidad ya que se niega el derecho de reconocimiento y autoafirmación de quienes pertenecen a grupos étnicos diferentes a la sociedad dominante. Poner al indígena como acreedor a medida de seguridad dentro de la situación de inmadurez psicológica diciendo que son inimputables a priori es un abuso o por lo menos un atrevimiento (Gaviria, Jaime. Enfoque psiquiátrico del trastorno mental como fuente de inimputabilidad. Septiembre. 1981.). Para estos ciudadanos, el juzgamiento de los indígenas desde la inimputabilidad es inadecuado e inconstitucional, pues no se trata de inferioridad psíquica, inmadurez psicológica o un trastorno mental, factores usados por el Código Penal para caracterizar a los inimputables (T-496 de 1996). El ser diverso socioculturalmente puede no alterar la comprensión y la autodeterminación y por eso no serían inimputables. Esto es entonces inconstitucional por atentar contra el debido proceso y la dignidad humana.

¹⁴ Ver intervención de Helena María Arcila López, directora general encargada de la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior. En el mismo sentido se pronunciaron Angela María Estrada Mesa, Profesora asociada del Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes, Roberto Pineda y Fabricio Cabrera, profesores asociados del departamento de Antropología de la Universidad de los Andes.

¹⁵ Ver conceptos de Carlos Vladimir Zambrano y Juan Manuel Charry

¹⁶ Angela María Estrada Mesa, Profesora asociada del Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes

¹⁷ Victoria Eugenia Villegas, Coordinadora de Psiquiatría y Psicología Forense, Andrés Patiño Umaña, Coordinador grupo de Antropología Forense, Cesar Sanabria Medina, Antropólogo Forense, María Idalid Carreño, Médica Psiquiatra Forense, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Por el contrario, para María Victoria Uribe, directora del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, esta regulación es aplicable solamente a las personas de origen étnico indígena que incurran en la conducta punible y estén desarticulados de su medio sociocultural.

3.- Sobre regulaciones semejantes en otros países, Zambrano menciona que la aplicación más significativa es el Código Penal Peruano, que reconoce la no responsabilidad y la atenuación de penas, y establece una jurisdicción especial para campesinos e indígenas, pero no extiende la diversidad cultural a toda la nación.¹⁸ El equipo del Instituto Nacional de Medicina Legal anota que en Bolivia los indígenas también son tratados como inimputables, lo cual consideran obsoleto y degradante.¹⁹

4.- Sobre el recuento en derecho comparado²⁰, algunos intervinientes señalan el trato a los inmigrantes intraeuropeos, la constitución de nacionalidades culturales en España, el reconocimiento a los indígenas en Estados Unidos y Noruega, aparte del caso peruano ya expuesto.

5.- Entre las propuestas de regulación del tema, varios intervinientes,²¹ consideran que estos problemas son enfrentados más adecuadamente por medio de la figura del error culturalmente condicionado, en lugar de recurrir a la inimputabilidad, por cuanto ésta última no sólo implica un juicio de disvalor sino que además implica la realización de un proceso penal y la imposición de una medida de seguridad. Según muchos de estos intervinientes, habría que extender a todas las culturas la del país, la posibilidad de que sus miembros incurran en una forma de error culturalmente condicionado²².

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

¹⁸ En el mismo sentido Juan Manuel Charry Urueña, decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, el ciudadano afirma que en Perú en ocasiones se utiliza la figura del error culturalmente condicionado a pesar de la criminalización creciente de los indígenas. En Argentina, el problema de la diversidad cultural y la teoría del delito se enfrenta con la no exigibilidad de otra conducta, la adecuación social y el error culturalmente condicionado. En relación con otros grupos sociales, la única referencia son las rondas campesinas peruanas.

¹⁹ Victoria Eugenia Villegas, Coordinadora de Psiquiatría y Psicología Forense, Andrés Patiño Umaña, Coordinador grupo de Antropología Forense, Cesar Sanabria Medina, Antropólogo Forense, María Idalid Carreño, Médica Psiquiatra Forense, del Instituto Nacional de Medicina Legal Y Ciencias Forenses.

²⁰ Ver conceptos de Carlos Vladimir Zambrano y Juan Manuel Charry.

²¹ Ver conceptos de Carlos Vladimir Zambrano, Juan Manuel Charry e Instituto de Medicina legal y ciencias forenses.

²² Ver conceptos de Carlos Vladimir Zambrano, Juan Manuel Charry, Instituto de Medicina legal y ciencias forenses y . Una posición similar asume María Victoria Uribe, directora del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, quien considera que las comunidades afrocolombianas con tradiciones culturales propias, raizales y pueblo Rom, tienen especificidad sociocultural y existe actualmente discriminación, y por tanto lo deseable es que se busque el reconocimiento de las autoridades de estos grupos siguiendo el modelo del artículo 246 de la Constitución.

El señor Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, en concepto N° 2669, recibido el 20 de septiembre del año en curso, solicita a la Corte que condicione la exequibilidad de la expresión acusada del artículo 33 y del inciso primero del artículo 73, y que declare la inexecutable de los otros incisos de ese artículo, así como del numeral 4° del artículo 69, todos del Código Penal.

La Vista Fiscal comienza por precisar que los artículos demandados sólo se aplican a los delitos cometidos por los indígenas por fuera del territorio de su comunidad, pues si la conducta ocurrió dentro de dicho territorio, no tendría *“sentido la previsión del legislador consistente en adoptar como medida para rehabilitar al infractor de la ley penal que ostente la condición anotada, la de reintegrarlo a su medio cultural”*. Según su parecer, una primera pregunta que surge es entonces si el fuero indígena cubre o no esos delitos cometidos fuera del ámbito territorial de la comunidad indígena. Para responder ese interrogante, el Procurador reflexiona sobre el alcance de la jurisdicción indígena, para lo cual se apoya en las sentencias T-496 de 1996 y T-344 de 1998. Según su parecer, la doctrina desarrollada en esas providencias indica que en principio los miembros de las comunidades indígenas gozan de un fuero especial, pero que eso no significa que siempre que un indígena realice una conducta punible, la jurisdicción especial indígena sea la competente para conocer del hecho, pues en este tema operan un fuero personal, *“de acuerdo con el cual el individuo debe ser juzgado conforme a las normas y las autoridades de su propia comunidad”*, y otro fuero de carácter geográfico, *“según el cual se permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia en su territorio”*. Por ello concluye que para determinar a quién corresponde la competencia para investigar las conductas delictivas de los indígenas hay que atender las circunstancias particulares de cada caso, pues *“puede optarse por la jurisdicción especial indígena o por la nacional, según se atienda al fuero personal o al fuero territorial”*, tal y como lo señaló la sentencia T-496 de 1996. La Vista Fiscal transcribe entonces los apartes de esa sentencia, que indican los criterios que deben ser tenidos en cuenta para solucionar los posibles conflictos entre la jurisdicción indígena y la justicia ordinaria.

El análisis precedente lleva al Procurador a concluir que las normas acusadas vulneran el *“principio fundamental de la diversidad étnica y cultural, que tiene en el fuero indígena, en materia penal, una de sus expresiones más significativas”*, puesto que la declaración de inimputabilidad supone la realización de un proceso penal por las autoridades nacionales *“frente a una situación en la que en razón de la pertenencia del infractor a una comunidad indígena, elemento subjetivo del fuero en mención, la competencia para investigarlo y juzgarlo radica en las autoridades de la comunidad”*.

Sin embargo, la Vista Fiscal precisa que como se trata de casos en donde el indígena ha cometido un hecho punible fuera del territorio de su comunidad, entonces es inevitable una intervención de la autoridad judicial nacional. Según su criterio, dicha intervención debe limitarse a establecer si el indígena puede o no comprender la ilicitud de su comportamiento, y en este último caso, ordenar su reintegro a su medio cultural para que sea juzgado por las autoridades de su comunidad. El Procurador señala entonces que en estos eventos debe aplicarse el concepto de inimputabilidad libre de *“todas sus consecuencias en materia*

sancionatoria, ya que esta figura de creación legal es propia del ordenamiento jurídico nacional y su aplicación al caso de las conductas antijurídicas en estudio, significa la imposición de reglas y valores jurídicos propios del ordenamiento jurídico de la cultura nacional mayoritaria” La Vista Fiscal concluye entonces al respecto:

“Teniendo en cuenta que la condición de indígena no cabe dentro del marco de la inmadurez psicológica, ya que ser indígena no significa ser menor de edad o retrasado mental ni dentro del marco clínico del trastorno mental, tal condición no puede ser considerada por sí misma un factor de inimputabilidad.

El artículo 33° establece una relación de causa a efecto entre la pertenencia a una cultura diferente y la realización de una conducta que por antijurídica para la cultura mayoritaria resulta reprochable, lo cual, según la misma tradición jurídica de esa otra cultura no es factor de inimputabilidad.

Sin embargo, como la falta de comprensión de la antijuridicidad de la conducta es el elemento conceptual que configura la noción de inimputabilidad, haciendo la salvedad de que tal incomprensión no obedece a razones de minusvalía psicológica o mental del indígena, este Despacho considera que el artículo 33 del Código Penal podría considerarse acorde con la Carta, en la medida en que el concepto de inimputabilidad allí definido y que es objeto de examen, ha de ser entendido como el criterio que debe orientar la actividad del juez, para que en las circunstancias aquí expuestas, el indígena sea devuelto al seno de su comunidad, en aras de la preservación de su condición de tal y, a la vez, en defensa del ordenamiento jurídico nacional”.

El Procurador procede entonces a examinar la legitimidad de la medida de seguridad de reincorporación al medio cultural y concluye que es inconstitucional, debido a su carácter sancionatorio, por dos razones; porque en esos casos no corresponde imponer la sanción a la justicia ordinaria, que es incompetente para juzgar esos comportamientos, en razón del fuero *“que cobija a las personas pertenecientes a las comunidades indígenas que han delinquido sin la conciencia de la naturaleza antijurídica de la conducta cometida”*. Y en segundo término, porque la consagración de la reincorporación al medio cultural como sanción es *“irrespetuosa y desconsiderada con la idiosincrasia y los valores propios de los pueblos y culturas que conforman la diversidad cultural y étnica de nuestra Nación”*, por lo que con ella *“se retorna a la legislación de épocas pretéritas, en las que la pertenencia a dichas culturas era calificada como un estado de inferioridad.”* La afectación al pluralismo es, según la Vista Fiscal, evidente, pues la función de esa medida de seguridad no podría ser otra sino que *“el indígena se cure de su propia idiosincrasia, pues ésta es precisamente la determinante de su incapacidad para comprender la naturaleza antijurídica de su conducta.”* Por ello, según su parecer, conforme a la Constitución, la finalidad de la reincorporación del indígena infractor no puede tener una finalidad de rehabilitación o cura, sino únicamente *“su juzgamiento por parte de la autoridad competente y con la finalidad de preservar su identidad cultural.”* Concluye entonces el Procurador:

“El respeto por la diferencia cultural que se origina en razón de la diversidad étnica, debe estar correspondido por el respeto que a su vez deben guardar los integrantes de las distintas etnias y culturas diversas y minoritarias

respecto de los valores y reglas de comportamiento de la cultura predominante, en virtud del consenso intercultural que debe presidir las relaciones entre unas y otras culturas.

Por tratarse entonces de un respeto de doble vía, cuando se dé el quebrantamiento del ordenamiento jurídico nacional, por parte de los miembros de las comunidades indígenas, las autoridades judiciales ordinarias no sólo pueden sino que deben salir en defensa de ese ordenamiento, sólo que en razón de la competencia asignada por la Constitución a las autoridades de esas comunidades, en virtud del fuero constitucional aquí varias veces invocado, las diligencias que adelanten los funcionarios judiciales en defensa de ese orden, deben limitarse a devolver al infractor al seno de su comunidad de origen, en aras de preservar su especial conciencia étnica.

Lo anterior se considera lo precedente siempre y cuando, claro está, que el infractor sea un individuo con sentido de pertenencia a dicha comunidad, que no se haya desarraigado de la misma, ya que si el infractor de la ley penal es un individuo que por su desarraigo y extrañamiento de la comunidad indígena de la cual es oriundo y su familiaridad con los usos y costumbres de la cultura mayoritaria, tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta por él cometida, como bien lo ha establecido la jurisprudencia de esa Corporación, es, a la jurisdicción nacional, a quien compete juzgarlo”.

Las anteriores consideraciones llevan al Procurador a concluir que el artículo 33 del Código Penal, que define al indígena como inimputable, es constitucional, si se entiende que el legislador no está presumiendo que el indígena deber ser tratado como enfermo mental o inmaduro psicológico, sino únicamente reconociendo “*que por existir diversidad sociocultural, éste no puede recibir el mismo tratamiento que debe darse a quien hace parte del mismo sistema de valores y principios*”. Por el contrario, según su parecer, la obligación de imponerle una medida de seguridad desconoce el pluralismo “*pues no puede admitirse que la reintegración al medio cultural propio, pueda tratarse como una sanción para el indígena*”. La solución, concluye el Procurador, es entonces que el Estado se abstenga de hacer un juicio de responsabilidad al indígena pero que, para proteger tanto a la comunidad en general como al propio indígena, “*proceda a devolverlo a la comunidad de donde proviene, previa coordinación con la respectiva autoridad de ésta, para que tanto éstos como el infractor de la preceptiva nacional, entiendan que tal conducta es reprochable y no permitida en la cultura mayoritaria*”. De esa manera se buscaría que los indígenas comprendan que la conducta desarrollada es reprochable y no permitido en la cultura mayoritaria para que en ese orden, “*fuera de su territorio no la desplieguen, si ésta es permitida en ella o lo juzguen de acuerdo a sus normas y procedimientos si dicha conducta es también objeto de reproche en su comunidad*”.

Según la Vista Fiscal, esa perspectiva no sancionatoria de la reintegración a la comunidad, que es la única compatible con la Carta, implica que dicho retorno no está condicionada a máximos o mínimos, “*dado que el indígena como tal debe permanecer en su comunidad y su permanencia en ésta no puede estar supeditada a lo que disponga la autoridad nacional*”. Por ello concluye que los incisos 2, 3 y 4 del artículo 73 y el artículo 69 del Código Penal son inconstitucionales, pues la reintegración no es una sanción sino una “*medida de protección tanto para la*

comunidad que integra la cultura mayoritaria como para el indígena, y como tal, deber ser regulada.”

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1- La Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de las acusaciones contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, en virtud del artículo 241 ordinal 4º de la Carta, pues se trata de una demanda ciudadana contra normas que hacen parte de una ley de la República.

El asunto bajo revisión

2- Las normas demandadas señalan que la diversidad sociocultural puede constituir un factor de inimputabilidad, y por ello establecen que si una persona comete un hecho punible, pero no logra comprender su ilicitud debido a ciertos factores culturales, entonces debe imponérsele una medida de seguridad consistente en el reintegro a su medio sociocultural. La actora considera que esa regulación se aplica esencialmente a los indígenas y vulnera las atribuciones de la jurisdicción indígena, pues es a ella, y no a la justicia estatal, a quien corresponde investigar los hechos punibles cometidos por los indígenas. Además, según su parecer, esas disposiciones son discriminatorias y desconocen el pluralismo, en la medida en que consideran inimputables a quienes, como los indígenas, no comparten integralmente los valores de la cultura mayoritaria.

Algunos intervinientes comparten la tesis de la actora, al considerar que la calificación de los indígenas como inimputables vulnera el pluralismo, pues no sólo implica un juicio de desvalor en contra de la cultura indígena, ya que prácticamente sus miembros son calificados de inmaduros psicológicos, sino que además posibilita la realización de un proceso penal y la imposición de una medida de seguridad en contra de aquellos individuos que no comparten los valores culturales dominantes. Es pues una forma de criminalización de la diversidad cultural. Por ello concluyen que las normas acusadas deben ser declaradas inexecutable, y que si una persona comete un hecho punible, pero no logra comprender su ilicitud, por tener otros referentes culturales, entonces la solución consiste en reconocer que ese individuo debe ser absuelto, pues ha incurrido en un error de prohibición culturalmente condicionado, que excluye la punibilidad.

Por su parte, otros intervinientes consideran que las disposiciones acusadas deben ser declaradas executable, pues protegen adecuadamente la diversidad cultural. Es más, según su parecer, si la Corte acoge las pretensiones de la demandante y retira del ordenamiento esas normas, la situación de los indígenas y de otras minorías culturales se vería desmejorada, ya que se verían sujetos a penas por delitos cuya ilicitud no comprenden.

Finalmente, otros intervinientes y el Ministerio Público asumen una posición intermedia. Así, estas interpretaciones comparten la argumentación de la demanda, según la cual una Constitución pluralista no admite que los indígenas sean tratados

como inmaduros psicológicos o como enfermos mentales. Sin embargo consideran que la solución no es declarar la inexecutableidad de la inimputabilidad por diversidad sociocultural sino condicionar su alcance, a fin de que la figura pierda sus connotaciones peyorativas y sancionatorias. Por ejemplo, el Procurador propone que los jueces deben limitarse a comprobar si la particular cosmovisión del indígena le impidió comprender la ilicitud de su comportamiento. Si tal es el caso, las autoridades deberán retornar a la persona a su comunidad, pero no como una sanción sino para proteger a la comunidad en general y al propio indígena, para que sean las autoridades indígenas quienes lo juzguen, y también para que esas autoridades comprendan que el comportamiento desarrollado por el indígena es reprochable y no permitido en la cultura mayoritaria, para que de esa manera, fuera de su territorio, no lo desplieguen.

Fuera de lo anterior, varios intervinientes tienen posiciones encontradas sobre el alcance mismo de las disposiciones acusadas. Según algunos, éstas pueden aplicarse a cualquier persona y a cualquier minoría cultural, puesto que los artículos impugnados no se refieren específicamente a los indígenas. Por el contrario, otros intervinientes argumentan que dichas normas sólo se aplican a los indígenas, pues sólo esas comunidades tienen autoridades propias, y la regulación acusada establece como medida de seguridad la reintegración del inimputable a su medio cultural, *“previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca”*.

3- Conforme a lo anterior, el problema constitucional que plantea el presente caso es si desconoce o no el pluralismo y el reconocimiento de la jurisdicción indígena que las normas acusadas hayan previsto la diversidad sociocultural como un factor de inimputabilidad y consagrado la reintegración al medio cultural como la medida de seguridad apropiada para esos eventos. En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa, una segunda cuestión surge, y es la siguiente: ¿debe entonces la Corte declarar la inexecutableidad de esas disposiciones, como lo solicitan la actora y otros intervinientes? O, ¿la solución consiste en recurrir a una sentencia condicionada, que prive a la inimputabilidad por diversidad sociocultural de toda connotación peyorativa y punitiva, como lo sugieren el Procurador y otros participantes en este debate constitucional?

Ahora bien, antes de afrontar ese debate constitucional, la Corte constata que existe también una disparidad de criterios sobre el alcance de las disposiciones acusadas, puesto que algunos sostienen que éstas sólo son aplicables a los indígenas, mientras que otros consideran que esas normas cubren a todas las personas y grupos que sean culturalmente diversos. Por tal motivo, esta Corporación comenzará por abordar ese debate hermenéutico legal, antes de emprender el examen constitucional. Así, es cierto que la Constitución establece no sólo que existe una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones (CP arts 234, 236 y 241) sino que, además, los jueces gozan de autonomía funcional interna y externa en el desarrollo de sus funciones, pues sólo están sometidos al imperio de la ley (CP art 230). Estos principios implican que, por regla general, no corresponde a la Corte Constitucional fijar el sentido autorizado de las disposiciones legales, pues tal función es propia de los jueces ordinarios. Sin embargo, el control constitucional es un juicio relacional, pues implica confrontar un texto legal con la Constitución, por lo cual es inevitable que el juez constitucional deba comprender y analizar el contenido y

alcance de la disposición legal sometida a control²³. Entra pues la Corte a analizar cuál es el ámbito de aplicación de las disposiciones acusadas.

Ámbito personal de aplicación de la inimputabilidad por diversidad sociocultural

4- Una primera lectura de las disposiciones acusadas sugiere que tienen razón aquellos intervinientes que sostienen que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no es exclusiva de las poblaciones indígenas. Dos elementos contribuyen a esa idea: de un lado, esas normas se limitan a regular una inimputabilidad por diversidad sociocultural, y en ningún momento mencionan a los indígenas, o restringen la aplicación de esa figura a esas poblaciones. De otro lado, la diversidad sociocultural no es exclusiva de los pueblos indígenas, pues existen en Colombia otras comunidades y grupos sociales que poseen una cultura propia, y sus miembros podrían entonces, por esa diversidad cultural, no tener la capacidad de comprender la ilicitud de ciertos hechos punibles. Además, expresamente la Carta busca proteger la identidad y diversidad de todos los grupos culturales, y no sólo aquella de los indígenas, como lo muestra no sólo que la Carta reconoce y protege genéricamente la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (CP arts 7º y 70º) sino que también prevé derechos y tratamientos especiales para las comunidades negras del Pacífico o los raizales de San Andrés (CP arts 311º y 55º). En principio nada se opone a que si la finalidad de las normas acusadas es reconocer y proteger la diversidad cultural, entonces esa inimputabilidad pueda ser aplicada a todos los grupos y personas que en Colombia, por diversidad sociocultural, no tienen la capacidad de comprender la ilicitud de un hecho punible establecido en la ley, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión. Habría entonces que concluir que las disposiciones acusadas se aplican no sólo a los indígenas sino también potencialmente a todos los colombianos, o al menos a todos los miembros de grupos sociales que pudieran tener una cultura definida y distinta de la cultura nacional.

5- La anterior interpretación enfrenta empero el siguiente problema: el artículo 73 del estatuto penal regula la reintegración al medio cultural propio, y establece que ésta es la medida de seguridad a ser adoptada para aquella persona que, siendo inimputable por diversidad sociocultural, cometa una conducta típica y antijurídica. Esa disposición señala entonces que la medida consiste en la reintegración de la persona a su medio cultural, "*previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca*". Esto significa entonces que la inimputabilidad por diversidad sociocultural sólo puede aplicarse a aquellas personas que hagan parte de culturas que tengan no sólo un medio cultural definido, sino que además posean autoridades propias. En efecto, el sentido de esta regulación es que la persona que sea inimputable por diversidad cultural, y cometa un hecho típico y antijurídico, pueda ser objeto de la medida de seguridad correspondiente, a saber su reintegro a su medio cultural, lo cual supone la coordinación con la autoridad de esa cultura. Y, como es obvio, debe tratarse de una autoridad reconocida y aceptada por el Estado colombiano, a fin de que pueda llevarse a cabo la correspondiente coordinación entre la autoridad judicial nacional y la autoridad de esa cultura.

²³ Sobre la relación entre control constitucional e interpretación legal, ver, entre otras, las sentencias C-109 de 1995, C-496 de 1994, C-389 de 1996, C-488 de 2000 y C-1255 de 2001

6- En la situación actual del país, los pueblos indígenas son los grupos humanos que reúnen claramente las anteriores características de tener un medio cultural definido y autoridades propias reconocidas por el Estado. Así, no sólo sus territorios son entidades territoriales (CP art. 286), y por ende, esas comunidades tienen derecho a gobernarse por autoridades propias (CP art. 287) sino que, además, la Carta autoriza a esas autoridades a ejercer funciones judiciales (CP art. 246). Es pues claro que las disposiciones acusadas fueron diseñadas pensando esencialmente en las comunidades indígenas. Sin embargo, el hecho de que el Legislador no restringió explícitamente la aplicación de la figura a esas comunidades, pudiendo claramente hacerlo, no puede pasar inadvertido, pues si la intención del Congreso fue limitar la inimputabilidad por diversidad sociocultural a los pueblos indígenas, entonces lo habría dicho. Al no hacerlo, *contrario sensu*, hay que concluir que la voluntad del Legislador fue que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural puede eventualmente aplicarse a otros grupos sociales y culturales, y no exclusivamente a los indígenas.

7- El anterior análisis lleva a la Corte Constitucional a la siguiente conclusión: por el diseño de la medida de seguridad correspondiente (reintegro a su medio cultural previa coordinación con la autoridad de la cultura), es claro que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural se predica esencialmente de los indígenas. Sin embargo, el hecho de que las normas demandadas no hubieran explícitamente limitado esa figura a los indígenas, indica que ésta podría ser aplicable en otros casos, si se dan los presupuestos previstos por las disposiciones acusadas, a saber: (i) que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no haya tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; (ii) que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio definido, a donde ese individuo pueda ser reintegrado; y (iii) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado, con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro.

8- Así precisado el ámbito de aplicación de las disposiciones acusadas, procede entonces la Corte a estudiar los problemas constitucionales que ellas suscitan. Ahora bien, aunque esos artículos no se aplican exclusivamente a los indígenas, es evidente que, como se mostró en los fundamentos anteriores de esta sentencia, el diseño de la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural tiene en los pueblos indígenas su referente y ámbito esencial de aplicación. Esto explica por qué la presente sentencia privilegiará el examen de la eventual vulneración, por parte de las disposiciones acusadas, de los derechos de los pueblos indígenas, aunque también realizará consideraciones sobre la posible afectación del pluralismo en general y de los derechos de otras comunidades culturales.

Entra entonces esta Corporación a examinar si la inimputabilidad por diversidad sociocultural, tal y como está prevista en las disposiciones acusadas, desconoce o no el pluralismo y el reconocimiento de la jurisdicción indígena. Para tal efecto, la Corte comenzará por recordar los alcances y las funciones que juegan las nociones de imputabilidad y culpabilidad, en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, y en donde está por consiguiente proscrita la responsabilidad penal objetiva (CP arts 1°, 5° y 29). Esa examen permitirá determinar cuál es la forma constitucionalmente más adecuada de enfrentar aquellas situaciones en

donde una persona, por su diversidad sociocultural, no comprende la ilicitud de su comportamiento, o no puede determinarse de conformidad con dicha comprensión. Luego la Corte analizará la relación de esas situaciones con el reconocimiento constitucional del pluralismo cultural (CP arts 7º y 70), para así evaluar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad penal.

9- En varias oportunidades, la Corte ha resaltado que, como consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana (CP art 1º), la Carta proscribiera la responsabilidad penal objetiva, y prevé un derecho penal de acto y no de autor. En efecto, con claridad el artículo 29 superior establece que no puede haber delito sin conducta, al señalar que "*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa*" (subrayas no originales). Esta Corporación ha precisado la importancia de esta opción constitucional por un derecho penal de acto y de culpabilidad, en los siguientes términos:

“Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente.”²⁴

10- Es pues claro que la Carta excluye la responsabilidad penal objetiva, y exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Esto significa que la Carta ha constitucionalizado un derecho penal culpabilista, en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, pues sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Por consiguiente, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba.

11- La constitucionalización de un derecho penal culpabilista suscita el siguiente interrogante: ¿qué hacer con aquellos comportamientos que son tan graves como un delito, en la medida en que afectan bienes jurídicos esenciales, y son típicos y antijurídicos, pero son realizados por personas que, por determinadas condiciones, no pudieron actuar culpablemente? Esta situación plantea difíciles interrogantes a los regímenes constitucionales fundados en la dignidad humana, pues esas personas no pueden legítimamente ser sancionadas penalmente por su conducta, ya que no actuaron con culpabilidad. Pero la sociedad debe también tomar medidas para evitar esos comportamientos que, a pesar de no

²⁴ Sentencia C-239 de 1997. MP Carlos Gaviria Díaz, Consideración B-I-a. Ver también, entre otras, la sentencia C-425 de 1997.

ser realizados culpablemente, afectan gravemente bienes jurídicos esenciales, en la medida en que no sólo son típicos y antijurídicos sino que, además, existe la posibilidad de que la persona pueda volver a realizarlos, en muchos casos, por las mismas razones por las que no tiene la capacidad de actuar culpablemente.

12- Para enfrentar el anterior dilema, y como esta Corte lo explicó en reciente oportunidad²⁵, el estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva (CP art. 29). De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, *“esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)”*²⁶.

13- Esta diferenciación de regímenes de responsabilidad penal tiene sustento expreso en el artículo 28 superior, que prohíbe las *“penas y medidas de seguridad imprescriptibles.”* Pero incluso si esa disposición constitucional no previera esa diferencia entre penas y medidas de seguridad, ella encuentra claro sustento en los principios de igualdad y dignidad humana (CP arts 1º y 13), que prohíben un trato igual, en materia punitiva, entre las personas que pueden comprender la ilicitud de su comportamiento, y orientar su conducta con base en esa comprensión, y aquellos individuos que no pueden hacerlo. Por ello, desde sus primeras sentencias, esta Corte había señalado que esta diferencia de regímenes para imputables e inimputables se ajustaba a la Carta. Así, la sentencia T-401 de 1992, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 4, señaló al respecto:

²⁵ Ver sentencia C-297 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett, fundamentos 3 y ss.

²⁶ Sentencia C-176 de 1993. MP Alejandro Martínez Caballero, fundamento 5.1.

“La intención subjetiva presente en el momento de cometer el delito es el elemento que distingue las situaciones en que se ven comprometidos los imputables y que está ausente cuando la acción es realizada por los inimputables, incapaces de comprender la ilicitud de su conducta y determinarse de acuerdo con dicha comprensión. La conducta y el agente conforman para la Ley Penal un conjunto unitario que, con base en el indicado elemento, es claramente distinguible según se trate del imputable o del inimputable, de modo que las consecuencias jurídicas - pena y medida de seguridad - son diferentes y ello es así pues se originan en presupuestos diversos. La distinción que opera la Ley Penal, a juicio de la Corte, no es arbitraria, máxime si el legislador al otorgarle mayor peso a la intencionalidad del acto ha buscado conferirle más severidad a la pena. De otra parte, la medida de seguridad - mirada no a partir de su presupuesto sino de su consecuencia - tiene entidad y singularidad propias, explicables por su finalidad rehabilitadora del enfermo”.

14- Esta diversidad de regímenes explica a su vez que, como esta Corte lo explicó en la sentencia C-176 de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero, las penas y medidas de seguridad en el ordenamiento colombiano tengan tanto similitudes como diferencias. Así ambas tienen fines de protección social, pues buscan evitar que quien cometió un hecho punible reitere su conducta. Las dos implican una restricción de derechos derivada de la comisión de un hecho punible, y en esa medida ambas hacen parte del derecho penal y están sometidas a las garantías constitucionales propias del derecho penal. Por ello, desde sus primeras decisiones, esta Corte ha señalado invariablemente que violan la Carta las medidas de seguridad indeterminadas, puesto que desconocen el principio de legalidad y la prohibición de las penas imprescriptibles²⁷.

Pero obviamente, las penas y medidas de seguridad tienen también diferencias profundas, derivadas en gran parte del hecho de que la persona inimputable no puede actuar culpablemente. Por ello los fines de las penas y las medidas de seguridad no son idénticos. Por ejemplo, las penas tienen, entre otras, una cierta finalidad retributiva, de la cual están desprovistas las medidas de seguridad, pues sería contrario a la dignidad humana y a la libertad (CP art 1°, 16° y 28°) castigar a quien no logra comprender la ilicitud de su comportamiento. Por ello, al referirse a las finalidades de estas medidas de seguridad, esta Corte señaló que éstas *“no tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de grupo. La prevención que aquí se busca es la especial. De acuerdo con este objetivo se conforma su contenido. Otra cosa es que, por su carácter fuertemente aflictivo, también tenga efectos intimidatorios”*²⁸. Y con base en esos criterios, las sentencias C-176 de 1993 y C-358 de 1997 concluyeron que violaba la Carta la fijación de términos mínimos de duración del internamiento de los inimputables, pues si la función de la medida de seguridad es curativa y de rehabilitación, no tiene sentido prolongar esa medida más allá del tiempo necesario para el restablecimiento de la capacidad psíquica de la persona. Por

²⁷ Ver las sentencias T-401 de 1992, C-176 de 1993 y C-358 de 1997.

²⁸ Sentencia C-176 de 1993, fundamento 5.2.

ello, la imposición de términos mínimos transforma la medida de seguridad en un castigo retributivo, incompatible con la situación propia de los inimputables. Dijo entonces esta Corte al respecto:

“El tiempo de internación del inimputable no depende de la duración prevista en el tipo penal respectivo sino de la duración que tome el tratamiento. Ahora bien, la rehabilitación psiquiátrica no tiene topes mínimos de duración sino que depende en cada caso del tratamiento científico pertinente. Es por ello que no se compadece con la preceptiva constitucional, particularmente con el valor y derecho a la libertad, el internar a un inimputable más tiempo del estrictamente necesario para lograr su rehabilitación. De allí la inconstitucionalidad de los plazos mínimos establecidos en los tres artículos estudiados”²⁹.

15- Estas diferencias entre imputables e inimputables, y entre penas y medidas de seguridad explican que el ordenamiento prevea, en muchos aspectos, regulaciones distintas para unos y otros, sin que pueda aducirse un desconocimiento del principio de igualdad. Por ejemplo, el artículo 24 del Código Penitenciario y Carcelario (la Ley 65 de 1993) prevé la existencia de establecimientos de rehabilitación y pabellones psiquiátricos especiales *“destinados a alojar y rehabilitar personas que tengan la calidad de inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica, según dictamen pericial.”* La sentencia C-394 de 1995, MP Vladimiro Naranjo Mesa, declaró exequible esa disposición pues consideró que no violaba la igualdad ya que *“es apenas natural que los inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica, según dictamen pericial, tengan un tratamiento diferenciado, adecuado a sus circunstancias”*.

16- Una vez recordada la importancia de la culpabilidad en un Estado democrático, y la justificación constitucional de la existencia de un régimen dual de responsabilidad para imputables e inimputables, entra esta Corporación a examinar la legitimidad de las disposiciones acusadas. Y para tal efecto, la Corte considera que es posible reformular el problema suscitado por la demanda, en los siguientes términos: ¿es acaso válido constitucionalmente que las normas demandadas prevean una forma de inimputabilidad, con su correspondiente medida de seguridad, para aquellos eventos en que un indígena, o un miembro de otra minoría cultural, con autoridad propia, cometan una conducta típica y antijurídica, pero no hayan podido actuar culpablemente, al no poder comprender, debido a su diversidad cultural, la ilicitud de su comportamiento?

Diversidad sociocultural, pluralismo e imposibilidad de comprender la ilicitud de un comportamiento: ¿inimputabilidad o inculpabilidad?

17- Para responder el anterior interrogante, la Corte considera que es muy ilustrativo realizar el siguiente experimento mental: Supongamos que hay una persona, que no es indígena ni hace parte de un grupo cultural con autoridad propia reconocida por el Estado; pensemos que ese individuo comete una

²⁹ Sentencia C-176 de 1993, fundamento 6.2.

conducta típica y antijurídica. La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿qué podría sucederle, en nuestro ordenamiento constitucional y legal, a ese individuo, si al momento de realizar ese hecho, no tenía la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, debido precisamente a su diversidad cultural? Ahora bien, esa persona no podría ser considerada inimputable, conforme a la regulación prevista en las normas acusadas, puesto que, en caso de ser encontrada responsable, no podría aplicársele la medida de seguridad prevista por la ley. La razón es muy simple: ese individuo no podría ser reintegrado a su medio cultural con la previa coordinación con la autoridad de su cultura, puesto que, como se dijo, su cultura no tiene una autoridad reconocida ni un medio cultural definido. Esto significa que a una persona en esas circunstancias, las normas acusadas no le son aplicables, como ya se explicó anteriormente en esta sentencia. En efecto, en los fundamentos 6 y ss de esta providencia, la Corte anotó que las disposiciones acusadas no se aplican a todas las personas sino únicamente a los indígenas y a quienes hagan parte de grupo cultural que (i) posea un medio cultural propio definido, y (ii) tenga autoridades propias reconocidas por el Estado.

Ahora bien: ¿significa lo anterior que esa persona, que no hace parte de un grupo cultural con esas características, y realiza una conducta típica y antijurídica, pero no comprende la ilicitud debido a su particular cosmovisión, debe entonces ser declarada culpable y ser condenada a la pena respectiva? Todo indica que la respuesta, desde el punto de vista de la dogmática penal, es negativa. En efecto, en ese evento la persona ha incurrido en un error de prohibición, puesto que su diversidad cultural le impide comprender la ilicitud de esa conducta, o determinarse con base en esa comprensión. Y en principio es razonable concluir que ese error era invencible, pues la persona, debido a su diversidad cultural, carecía en ese momento de la posibilidad de comprender la ilicitud de esa conducta. En tales condiciones, no resultaría compatible con un derecho penal culpabilista imponerle una sanción, puesto que a ella, en sus circunstancias específicas, no podía exigírsele que dejara de realizar un comportamiento, cuya ilicitud no comprendía. Una conclusión parece imponerse: teniendo en cuenta la naturaleza de la culpabilidad, y que el nuevo estatuto penal eliminó el mandato según el cual la ignorancia de la ley no excusa, y que el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando “*se obre con error invencible de la licitud de la conducta*”, esa persona debería ser absuelta.

18- Ahora bien, supongamos que un indígena, o alguien que hace parte de una minoría cultural que cuenta con un medio cultural definido y con una autoridad reconocida por el Estado, se encuentra en una situación semejante. Imaginemos entonces que esa persona realiza también un comportamiento típico y antijurídico, pero no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, debido precisamente a su diversidad cultural. En ese evento, y de conformidad con las disposiciones acusadas, dicha persona es no sólo considerada inimputable sino que además debe ser declarada responsable por el juez penal, quien le impone la correspondiente medida de seguridad: su reintegro forzado a su medio cultural.

19- El anterior análisis muestra que la aplicación de las disposiciones acusadas conduce a la siguiente extraña situación: supuestamente la consagración de la inimputabilidad por diversidad sociocultural pretende proteger el pluralismo y la diversidad cultural; sin embargo aquellas comunidades que en principio se verían beneficiadas por esa figura resultan en realidad en una situación menos favorable que aquellos individuos a quienes no se aplican dichas disposiciones. En efecto, quienes son considerados inimputables en virtud de las normas demandadas, como los indígenas, son declarados responsables y se les impone una medida de seguridad en caso de que cometan una conducta típica y antijurídica, pero no hayan sido capaces de comprender su ilicitud, debido a sus diversos referentes culturales. En cambio, en idénticas circunstancias, aquellas personas a quienes no se aplican los artículos acusados, son absueltos, por cuanto su conducta no es culpable, al haber incurrido en un error de prohibición.

La paradoja es evidente por las siguientes dos razones: de un lado, la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural, que es justificada como un mecanismo para proteger el pluralismo cultural, tiene como consecuencia una agravación de la situación penal de quienes supuestamente son beneficiados por sus mandatos. Y, de otro lado, ese empeoramiento de la situación penal recae primordialmente sobre aquellas poblaciones –como las comunidades indígenas- cuya diversidad e identidad cultural la Carta busca especialmente proteger. En efecto, conforme a la regulación acusada, si un colombiano o un extranjero incurren en un error de prohibición culturalmente condicionado resulta absuelto; en cambio, si un indígena se encuentra en idénticas circunstancias, es condenado a una medida de seguridad, consistente en su forzoso reintegro a su medio cultural.

20- La situación descrita en los párrafos precedentes muestra que, en la práctica, y a pesar de sus loables propósitos, las disposiciones acusadas se traducen en una discriminación contra aquellas poblaciones y personas –como los integrantes de los pueblos indígenas- para quienes la Constitución ha ordenado precisamente una protección especial. En efecto, la Carta no sólo establece que los territorios indígenas son entidades territoriales, y que dichos pueblos pueden tener sus autoridades propias, sino que además los autoriza a administrar justicia de conformidad a sus normas y procedimientos (CP arts 246°, 286° y 287°). Esto significa que, en principio, las normas penales deben proteger preferencialmente la identidad y diversidad de los pueblos indígenas, pues no sólo están en la obligación de respetar las competencias propias de la jurisdicción indígena, sino que, además, tienen que tomar en cuenta el lugar especial que la Carta previó para esos pueblos. En contravía con esos mandatos constitucionales, los efectos prácticos de las disposiciones acusadas podrían terminar siendo lesivos para esas comunidades indígenas, ya que sus miembros resultan criminalizados –por la vía de la imposición de una medida de seguridad- cuando efectúan ciertos comportamientos, mientras que la mayor parte de los colombianos o extranjeros que hubieran realizado esas mismas conductas resultan absueltos, por haber incurrido en un error de prohibición derivado de ciertos condicionamientos culturales.

21- Las anteriores consideraciones parecen llevar a la siguiente conclusión: las normas acusadas serían inconstitucionales, al menos por los siguientes dos factores: de un lado, por violar el principio de igualdad, puesto que para una misma situación fáctica, las disposiciones demandadas estarían previendo dos tratamientos jurídicos diversos, sin que exista una clara justificación para esa diferencia de trato. En efecto, conforme al actual estatuto penal, si un indígena, o un miembro de un grupo cultural que cuenta con una autoridad reconocida por el Estado, comete un hecho típico y antijurídico pero, por su particular cosmovisión, no tuvo la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, entonces es declarado inimputable, y se le impone una medida de seguridad. En cambio, si otro colombiano o un extranjero, que no hace parte de una comunidad indígena, o de un grupo cultural con un autoridad reconocida por el Estado, realiza ese mismo comportamiento, entonces resulta absuelto, por haber incurrido en un error de prohibición culturalmente condicionado.

22- De otro lado, y como bien lo señalan algunos intervinientes, las disposiciones acusadas también podrían resultar violatorias de la Carta, por desconocer el principio de proporcionalidad y el carácter del derecho penal como *última ratio*. Así, esta Corte ha señalado que el principio de proporcionalidad o "*prohibición de exceso*" limita la libertad de configuración del Legislador en materia punitiva. Esta Corporación ha concluido entonces que "*sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas*"³⁰. Directamente ligado al principio de proporcionalidad, es claro que el Estado debe evitar la criminalización de conductas, cuando tenga otros medios menos lesivos que el derecho penal para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar. Y es que en un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana y en la libertad y autonomía de las personas (CP arts 1º, 5º y 16) resulta desproporcionado que el Legislador opte por el medio más invasivo de la libertad personal, como es el derecho penal, cuando cuenta con instrumentos menos lesivos de estos derechos constitucionales, para amparar los mismos bienes jurídicos. El derecho penal en un Estado social de derecho está entonces también limitado por el principio de necesidad, pues tiene el carácter de *última ratio*. En consecuencia, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias. Así lo reiteró recientemente esta Corte, en la sentencia C-647 de 2001, MP Alfredo Beltrán Sierra, fundamento 4º, en donde señaló que "*el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la última ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados*".

Ahora bien, en el presente caso, si la finalidad del Legislador al establecer la inimputabilidad era proteger la diversidad cultural, entonces podría considerarse que el Congreso incurrió en un exceso punitivo, puesto que hubiera podido obtener esos mismos propósitos con un dispositivo menos invasivo en términos de política criminal, en la medida en que bastaba reconocer la inculpabilidad de

³⁰ Sentencia C-070 de 1996. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento 10. En el mismo sentido, ver las sentencias C-118 de 1996 y C-148 de 1998.

los agentes, cuando éstos incurren en un error de prohibición culturalmente condicionado. En efecto, la consagración de esa forma de inculpabilidad sustrae a las personas y grupos culturales diversos del ejercicio del poder penal, con lo cual, como bien lo señalan algunos intervinientes y doctrinantes, el Estado evita criminalizar la diversidad cultural. Por el contrario, el recurso a la figura de la inimputabilidad mantiene a la persona que no comparte los valores culturales mayoritarios en el ámbito del derecho penal, puesto que posibilita la imposición de medidas de seguridad a aquellos individuos que realizan una conducta típica y antijurídica, pero no culpable.

23- Fuera de lo anterior, podría añadirse que la consagración de una forma de inimputabilidad por diversidad sociocultural también afecta el pluralismo, que la Carta no sólo ampara sino que estimula. En efecto, conviene recordar que la Constitución no sólo reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (CP art. 7º) sino que además establece que es deber del Estado proteger las riquezas culturales de la Nación (CP art. 8º). Y como si fuera poco, la Carta precisa igualmente que la *“cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad”* y que por ello el *“Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país”* (CP art. 70). Estas disposiciones constitucionales muestran que la Constitución aspira a construir una nación, en donde todas las culturas puedan convivir en forma pacífica e igualitaria. Por consiguiente, una regulación legal que implique un juicio de minusvalía contra ciertas culturas, es contraria a la Carta.

Ahora bien, como esta Corte ya lo había señalado en anteriores oportunidades³¹, el concepto de inimputable en la dogmática penal tiene en general un sesgo peyorativo pues hace referencia a individuos que carecen de la capacidad para comprender la ilicitud de un acto, o para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a la disminución, temporal o permanente, de sus capacidades intelectuales, valorativas o volitivas, ya sea por inmadurez mental o por una alteración sicosomática. La calificación de inimputable implica entonces un cierto juicio de desvalor, puesto que implica una especie de protección paternalista de las personas que tienen esas calidades. Así, esta Corte había señalado al respecto:

(...) “Aquellas personas que el derecho penal ha denominado “inimputables”, en efecto, se encuentran en inferioridad de condiciones síquica para poder autodeterminarse y gozar a plenitud de la calidad de dignidad. Ello sin embargo no implica que tales personas carezcan de ella. Los inimputables poseen ciertamente dignidad, pero sus especiales condiciones síquicas requieren precisamente que el Estado y la sociedad los rodee de ciertas condiciones para que se rehabiliten y puedan así equilibrar con los demás.” (Subrayas por fuera del texto)³².

24- Así las cosas, si conforme a la Carta, todas las culturas son iguales, parece inconstitucional que la ley defina como inimputable a quien incurre en un error

³¹ Ver, entre otras, las sentencias C-176 de 1993 y T-496 de 1996.

³² Sentencia C-176 de 1993. MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento 3. Criterio reiterado en la sentencia T-496 de 1996.

cultural en la valoración de un comportamiento, y no comprende entonces su ilicitud, pues esa calificación tiene inevitablemente una connotación despectiva en contra de las culturas minoritarias. En efecto, la inimputabilidad significa aquí que quien no comparte los valores dominantes de la sociedad y del ordenamiento penal nacional es entonces equiparado a un inmaduro psicológico, o su diversidad cultural es asimilada a un trastorno mental, del cual la persona debe ser curada. Por ello esta Corporación ya había indicado que la calificación de las minorías culturales como inimputables vulneraba el carácter multiétnico y pluricultural de la sociedad colombiana. Dijo entonces esta Corte en relación con los indígenas, con criterios que son válidos para las distintas minorías culturales, lo siguiente:

“De acuerdo con estas precisiones, es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no sólo es inadecuado, sino que es incompatible con la filosofía de la Carta Política del 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, si no dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías. Tampoco sería admisible pretender equiparar al indígena con los demás miembros de la sociedad, como podría derivarse de la actitud paternalista que el Estado está obligado a brindar a los inimputables, pues en una nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural, ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse.

Los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o trastorno mental, factores que utiliza el Código Penal para caracterizar a los inimputables. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: "retraso mental cultural". (Hernán Darío Benítez. Tratamiento Jurídico penal del Indígena Colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?. Temis. Bogotá, 1988, pg 119)

Ahora bien, el término con que empieza el artículo 96 del Código Penal también es desafortunado, pues las medidas de seguridad persiguen fines de "curación, tutela y rehabilitación", que dentro de un régimen penal de pretendida validez universal, buscan "sanar a la persona, restablecer su juicio y lograr su readaptación al medio social". Decir que se aplicará una medida de seguridad al indígena que en razón de su diferencia cultural no comprende el carácter perjudicial de su conducta, es desconocer que el indígena es un ser normal que no está afectado por ninguna insuficiencia síquica, que requiera ser "curada o rehabilitada". En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para "corregirlo". Este tipo de interferencia restaría

eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen "naturales" en el grupo que las predica.

*No quiere decir lo anterior, que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal, deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. Por el contrario, de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una **DIFERENCIA** valorativa y no de una **INFERIORIDAD** en las capacidades intelecto-volitivas.³³*

25- Las anteriores consideraciones parecen llevar a la siguiente conclusión: las disposiciones demandadas son inconstitucionales por vulnerar la igualdad, el principio de proporcionalidad y el reconocimiento constitucional del pluralismo, y por ello deberían ser retiradas del ordenamiento, en el entendido de que en esos casos debe absolverse, por error de prohibición culturalmente condicionado, a aquel indígena, o miembro de un grupo cultural con autoridad reconocida por el Estado, que realice una conducta típica y antijurídica, pero no haya tenido, por su particular cosmovisión, capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o posibilidad de determinarse con base en esa comprensión.

Sin embargo, algunos podrían considerar, como lo hacen varios intervinientes, que el anterior razonamiento es equivocado pues la interpretación adelantada en los fundamentos anteriores de esta sentencia es errónea, ya que el Código Penal vigente no prevé expresamente el error de prohibición por diversidad cultural, y por ende, si se declara la inexecutable de las disposiciones acusadas, el resultado sería peor para los indígenas y los miembros de esos grupos culturales, ya que serían declarados imputables y su comportamiento quedaría sujeto a una pena, en muchos casos privativa de la libertad. Entra pues la Corte a estudiar este reparo.

Error de prohibición culturalmente condicionado, deber de cuidado e inimputabilidad.

26- El ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal no prevé expresamente el error de prohibición culturalmente condicionado, pues se limita a señalar que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando “*se obre con error invencible de la licitud de la conducta*”. Sin embargo una interpretación sistemática permite concluir que esa causal incluye el error de prohibición culturalmente

³³ Sentencia T-496 de 1996. MP Carlos Gaviria Díaz, Consideración 2.3.2.

condicionado, pues no sólo el nuevo estatuto penal eliminó la prohibición de invocar la ignorancia de la ley como excusa, la cual estaba prevista en el anterior ordenamiento penal, sino que, además, es claro que quien no puede comprender, por su particular cosmovisión, la ilicitud de su comportamiento, obra con un error sobre la licitud de su comportamiento.

27- Pero hay más. Incluso si se concluyera que el nuevo estatuto penal no prevé el error de prohibición culturalmente condicionado, de todos modos habría que concluir que esos comportamientos son, por mandato directo de la Carta, inculpables. En efecto, y como bien lo señalan algunos intervinientes, en un Estado de derecho fundado en la dignidad humana (CP arts 1° y 5°), y que además reconoce y promueve el pluralismo y la multiculturalidad (CP arts 7°, 8° y 70°), la diversidad cultural no puede ser criminalizada. En ese orden de ideas, si es propio de ese tipo de Estado un derecho penal culpabilista, y la diversidad cultural no puede ser criminalizada, entonces una conclusión se impone: por mandato directo de la Carta, no puede ser sancionada penalmente aquella persona que incurra en una conducta típica y antijurídica, pero haya realizado ese comportamiento por un error de interpretación cultural, en la medida en que su particular cosmovisión le impidió comprender la ilicitud de su conducta. La exclusión de responsabilidad penal por un error de prohibición culturalmente condicionado es entonces una causal de rango constitucional, que obligatoriamente debe ser tomada en consideración por el Legislador.

28- Con todo, la Corte considera que el reparo contra el análisis de esta sentencia, por una supuesta interpretación indebida del alcance del ordinal 11 del artículo 32° del Código Penal, puede tener en parte sustento en dos aspectos: de un lado, el estatuto penal exige no sólo que el error de prohibición sea *“invencible”* sino que además especifica literalmente que para *“estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”*. Esto significa que el error de prohibición, para ser un exonerante de responsabilidad, debe ser invencible, y ello supone que el sujeto activo tuvo un razonable cuidado por conocer y comprender la antijuridicidad de su comportamiento, pues si esa persona pudo actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta, y no lo hizo, entonces debe entenderse que su error no era insuperable sino evitable. Y en esta última hipótesis, el artículo 32° ordinal 11 del estatuto penal no prevé la exoneración de la responsabilidad penal sino únicamente la reducción de la pena a la mitad.

De otro lado, es necesario tomar en cuenta que la expresión acusada establece que la persona es inimputable no sólo si no puede comprender la ilicitud de su conducta (momento cognitivo) sino también si no puede actuar con base en dicha comprensión (momento volitivo). Ahora bien, la exclusión de responsabilidad por error de prohibición no cubre expresamente el momento volitivo, ya que literalmente el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando *“se obre con error invencible de la licitud de la conducta”*. ¿Qué sucede entonces si un indígena, o un miembro de otra minoría cultural, comprenden en forma abstracta que determinado comportamiento es ilícito en el ordenamiento nacional, pero debido a su diversidad cultural y a sus profundas convicciones, derivadas de su

particular cosmovisión, no puede actuar con base en dicha comprensión³⁴? ¿Puede considerarse que incurrió en un error de prohibición? Las opiniones doctrinarias no son coincidentes al respecto. Así, para algunos autores, la situación debe ser asimilable a un error, ya que en el fondo la persona, por su diversidad cultural, no logra verdaderamente comprender la antijuricidad de su conducta, a pesar de que abstractamente conozca su ilicitud, en la medida en que no puede motivar su comportamiento con base en ese conocimiento. En cambio, otras perspectivas consideran que no existe error, pues la persona tenía claro conocimiento de que su comportamiento estaba proscrito por el ordenamiento nacional. En tales circunstancias, es posible que, según ciertas interpretaciones, no sea excluido de responsabilidad aquella persona que, por su diversidad cultural, conoce la ilicitud de un comportamiento, pero no puede determinarse con base en ella.

29- El análisis del párrafo precedente indica que el conjunto de situaciones reguladas por el artículo 33° del Código Penal sobre inimputabilidad por diversidad cultural es más amplio que el conjunto de comportamientos que, según el artículo 32° ordinal 11 de ese estatuto, configuran un error de prohibición culturalmente condicionado, por dos razones: i) los casos de inimputabilidad no distinguen acerca de la vencibilidad o no de la interpretación divergente del mundo, mientras que el error debe ser invencible para poder eximir de responsabilidad y ii) la inimputabilidad también cubre la incapacidad volitiva, mientras que para algunos, el error no. En tales circunstancias, la Corte coincide con los intervinientes en que la declaratoria de inexecutable de la expresión acusada del artículo 33° del estatuto penal podría tener efectos contraproducentes en la protección de la diversidad cultural, en la medida en que permitiría la imposición de penas, incluso privativas de la libertad, para ciertos comportamientos de los indígenas que, si se mantiene en el ordenamiento la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural, no estarían sujetos a una pena sino a una medida de seguridad, pues la persona sería declarada inimputable. Así, si un indígena comete una conducta típica y antijurídica, y no tenía, en la situación concreta, la capacidad de comprender su ilicitud, o de determinarse con base en esa comprensión por su diversidad cultural, al regularse esta conducta con base en la teoría del error no siempre ese comportamiento sería exonerado de pena, según lo preceptuado por el estatuto penal. En efecto, si el indígena pudo, con una diligencia razonable, llegar a conocer y comprender la ilicitud de su conducta, entonces el error era evitable y el comportamiento podría ser sancionado con una pena, si la expresión acusada del artículo 33° del Código Penal es declarada inexecutable, pues ya ese indígena no sería declarado inimputable. Y, según ciertas perspectivas, tampoco habría exclusión de responsabilidad si la persona pudo

³⁴ Un ejemplo bastante conocido del profesor argentino Eugenio Zaffaroni ilustra esa diferencia: según su parecer, un antropólogo puede saber que para un esquimal constituye una injuria grave, un delito, que un visitante rechace a su mujer, que él ha ofrecido bañada en orines. El visitante puede conocer abstractamente esa disposición, pero por su diversidad cultural, no puede aceptar a la mujer. (Citado por Raquel Irigoyen. "Control penal y diversidad cultural" en **Conflicto social y derecho penal**. Salamanca, Universidad de Salamanca, 1996, p 96).

conocer la ilicitud de su conducta pero, por su diversidad cultural, no pudo determinarse con base en dicha comprensión.

30- El análisis precedente conduce a la siguiente conclusión: muchos de los casos en que una persona realiza una conducta típica y antijurídica, pero no puede, por su diversidad cultural, comprender su ilicitud, no son punibles, pues la persona habría incurrido en un error invencible de prohibición culturalmente condicionado. Existen sin embargo ciertos eventos en que esa causal de exclusión de la responsabilidad no opera, por cuanto el error era evitable, si la persona hubiera sido diligente, o por cuanto la persona conocía la ilicitud de su comportamiento, aunque no pudo determinar su conducta con base en ese conocimiento. Frente a esos últimos eventos, la expresión acusada ampara la diversidad cultural pues, al declarar inimputable al indígena, o al miembro de otras minorías culturales, evita que le sea impuesta una pena.

La necesidad de condicionar el sentido de la inimputabilidad por diversidad cultural.

31- El estudio adelantado en esa sentencia lleva a la siguiente conclusión: la expresión acusada del artículo 33° del estatuto penal presenta problemas constitucionales, pues puede afectar la igualdad, el principio de proporcionalidad en materia penal y la diversidad cultural. Sin embargo, no parece razonable declarar la inconstitucionalidad de la inimputabilidad por diversidad cultural, por cuanto dicha decisión podría paradójicamente dejar en una situación peor a los miembros de los grupos culturalmente diversos, ya que permitiría que en ciertos casos fueran sancionados penalmente, mientras que la expresión acusada los protege al declararlos inimputables en esos mismos eventos.

De otro lado, también podría objetarse que una decisión de declarar la inconstitucionalidad de la inimputabilidad por diversidad cultural no toma en consideración la necesidad que tiene la sociedad nacional de establecer una protección adecuada frente a los comportamientos típicos y antijurídicos de las personas o grupos que tienen una cosmovisión diversa a aquella que es dominante a nivel nacional. Según este reparo, esos comportamientos afectan bienes jurídicos que el ordenamiento nacional juzga tan importantes, que por ello ha criminalizado sus vulneraciones. Una decisión de inexecutable de la expresión acusada sería entonces inaceptable pues dejaría desprotegidos esos bienes jurídicos, ya que una declaración de inculpabilidad de esas transgresiones no evita que esos comportamientos ocurran, mientras que precisamente la figura de la imputabilidad busca controlar esas conductas, sin penalizar al infractor, y para ello prevé su retorno obligado a su medio cultural.

32- La pregunta que naturalmente surge del análisis precedente es la siguiente: ¿qué debe hacer la Corte para enfrentar la anterior situación, según la cual la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural tiene vicios de inconstitucionalidad, pero no parece procedente declararla inexecutable, pues su retiro del ordenamiento podría ocasionar una situación igualmente grave desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales?

Para responder a ese interrogante, la Corte recuerda que, según reiterada jurisprudencia, ella tiene la facultad de modular el sentido de sus decisiones, y por ello no está atrapada en la disyuntiva de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexecutable), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete "*decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes*" (CP 241° ord 4°). Por consiguiente, al decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución³⁵.

33- En tal contexto, la Corte considera que es posible condicionar la exequibilidad de la expresión acusada, a fin de ajustarla a la Carta. Así, en primer término, y para corregir las eventuales discriminaciones derivadas de la expresión acusada, la Corte considera que, por aplicación directa del principio de igualdad, y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición, entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable pues, como ya se explicó en esta sentencia, desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una medida de seguridad, mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelto. Y esa conclusión no es una novedad de esta sentencia sino que había sido tradicionalmente aceptada por la jurisprudencia colombiana. Así, ha dicho al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema:

“Es evidente que frente a los inimputables no puede indagarse sobre el dolo o culpa con el cual pudieron haber procedido, pues el aspecto positivo de la culpabilidad exige claridad de conciencia y libre autodeterminación.

(....)

No existe ningún obstáculo, sin embargo, para aceptar que un sujeto que padezca trastorno mental o inmadurez psicológica, pueda actuar justificadamente o que en su acción ha concurrido circunstancia de exclusión de la culpabilidad, sin que sea dable calificarlo sólo por ese padecimiento como inimputable. Con relación a las causas de justificación por cuanto son de naturaleza preponderantemente objetivas y frente a las causas de inculpabilidad porque si ellas realmente se presentaron la causa determinante del hecho no fue ni el trastorno mental o la inmadurez, sino la presencia de una cualquiera de las razones expresamente señaladas en el artículo 40 del Código Penal, esto es, porque en este supuesto no se da la necesaria relación causal entre la

³⁵ Ver, entre otras, las sentencias C-109 de 1995, C-221 de 1997 y C-112 de 2000.

inimputabilidad y el hecho, que conduzca a destacar su incapacidad de ser culpable, sino que fue una razón diversa como el caso fortuito, la fuerza mayor, la coacción o el error, la que condujo a esa persona a la realización de comportamiento típicamente antijurídico.

En estas condiciones, dentro de los lineamientos del Código Penal de 1980, también puede predicarse la responsabilidad penal de los inimputables sobre el supuesto de que realicen conducta típicamente antijurídica y siempre que no haya concurrido causal de exclusión de la culpabilidad.³⁶

34- La anterior precisión doctrinaria permite entonces evitar una eventual vulneración de la igualdad derivada de la expresión acusada, pues implica que toda persona que incurra en un error invencible de prohibición, sea o no inimputable, debe ser absuelta. De otro lado, la Corte considera que es posible también condicionar el alcance de la figura de la inimputabilidad a fin de eliminarle su sentido sancionatorio y su connotación despectiva. Para ello, debe tenerse en cuenta que las medidas de seguridad para los inimputables tienen, como lo señala el propio artículo 5° del estatuto penal, funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación. Ahora bien, la Corte entiende que la declaración de inimputabilidad por diversidad cultural no puede pretender la curación o rehabilitación de quien es diverso culturalmente, pues no se trata de “curar” a esa persona de su especificidad cultural ya que eso sería pretender homogeneizar culturalmente a todos los colombianos, lo cual es contrario a los principios y valores constitucionales. En efecto, la Corte recuerda que no sólo Colombia es una nación pluriétnica y pluricultural (CP arts 7° y 8°) sino que además la cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad y el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país (CP art. 70°). Debe entonces entenderse que la declaración de inimputabilidad y la eventual medida de seguridad no pueden tener un carácter sancionatorio, ni de rehabilitación o de curación, sino que tienen exclusivamente, en estos casos, una finalidad de protección y tutela de quien es culturalmente diverso. Por consiguiente, la constatación que se haga judicialmente de que una persona es inimputable por diversidad socio cultural no tendrá el sentido peyorativo de considerarlo un incapaz, sino que exclusivamente el funcionario judicial constata que esa persona tiene una cosmovisión diversa, y por ello amerita una protección especial, tal y como la Constitución lo ordena (CP art. 8°)

35- En tales circunstancias, con el fin de evitar que personas con cosmovisiones distintas a la mayoritaria a nivel nacional, puedan afectar bienes jurídicos considerados importantes por la ley nacional, el Estado, en vez de utilizar la criminalización para imponer los valores mayoritarios, puede recurrir a otros instrumentos, como formas de diálogo intercultural, que permitan un progresivo respeto y entendimiento entre las distintas culturas que forman la nación colombiana (CP art. 70°). Y en ese ámbito, el propio proceso penal, que eventualmente conduzca a la declaración de inculpabilidad por un error

³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de octubre de 1986. MP Rodolfo Mantilla Jácome en Gaceta Judicial No 2424, pp 430 y 431.

culturalmente condicionado o a la declaración de inimputabilidad, puede perder su connotación puramente punitiva y tornarse un espacio privilegiado de diálogo intercultural. Esta Corporación ya había señalado esa importancia de los diálogos interculturales en el desarrollo de los procesos judiciales que puedan afectar a personas con distinta cosmovisión. Así, la sentencia SU-510 de 1999, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento 4°, refiriéndose a los fallos de tutela, pero con criterios que son válidos para los otros procesos, y en especial para los casos penales, señaló al respecto:

“En este sentido, considera la Corte que en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución - directa o indirecta (Por ejemplo, a través de los funcionarios, expertos y analistas que conozcan, parcial o totalmente, aspectos de la realidad cultural que resultará eventualmente afectada o, en general, de la problemática sometida a la consideración judicial)-, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, sólo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política (C.P., Preámbulo y artículo 1°).

36- El examen precedente muestra que si se precisa que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no deriva de una incapacidad de la persona sino exclusivamente de su cosmovisión diferente, entonces es posible eliminar los posibles efectos peyorativos y sancionadores de la figura, conservando sus virtudes en términos de protección y tutela de quienes son culturalmente diversos. Por ello la Corte considera que la decisión acertada es declarar, en esos términos, la exequibilidad condicionada de esa figura, lo cual se hará en la parte resolutive de esta sentencia.

La inconstitucionalidad de la medida de seguridad de retorno al medio cultural.

37- La doctrina desarrollada en los fundamentos anteriores de esta sentencia muestran que los ataques dirigidos contra las otra disposiciones demandadas están llamados a prosperar. En efecto, la Corte ha concluido que la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural es exequible, pero siempre y cuando se entienda que la declaración de inimputabilidad y la eventual medida de seguridad no tengan un carácter sancionatorio, ni de cura o rehabilitación sino exclusivamente de tutela o protección, pues la diversidad cultural no puede ser criminalizada, ni el Estado puede pretender “curar” de ella a los miembros de los distintos grupos culturales que conviven en el país . Ahora bien, la medida

de seguridad de retorno al medio cultural propio establecida en el numeral 4° del artículo 69 y en el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 no cumple con ese estándar constitucional, pues tiene implícita una finalidad de cura o rehabilitación. Así, aunque la disposición emplea exclusivamente un lenguaje de protección, el dispositivo que establece, como bien lo resaltan la Vista Fiscal y varios intervinientes, es irrespetuoso con la diversidad cultural. La persona es obligada a retornar, de manera forzada, a su medio cultural, hasta por un máximo de diez años, y al menos hasta que se hayan alcanzado “*las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad*”. La Corte se pregunta: ¿y en qué consiste que se alcancen esas necesidades de protección de la comunidad? Y la respuesta que se desprende de esa regulación es la siguiente: es hasta que el indígena, o el miembro de otro grupo culturalmente distinto, en cierta medida haya sido curado o rehabilitado del supuesto mal que lo aqueja, que no es otro que su diversidad cultural. La afectación al pluralismo es entonces evidente, y por ello esas disposiciones serán retiradas del ordenamiento.

Conclusiones

Con base en lo expuesto, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. El inimputable por razones de diversidad cultural **responde penalmente** y el proceso, mientras el legislador no armonice la jurisdicción indígena con la nacional, debe llevarse hasta su culminación (salvo que existan causales de cesación o preclusión) pero no se le impone ninguna medida de seguridad. Es un caso de responsabilidad sin consecuencias penales. En otro contexto distinto, el art. 75 del Código Penal, que regula el trastorno mental transitorio sin base patológica, previó una solución similar. El inimputable puede permanecer en nuestro ámbito cultural.

2. El proceso penal tendría varias finalidades: a) Un propósito garantista, al permitir la exoneración de responsabilidad del inimputable, cuando se demuestre la atipicidad de su conducta o la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad. b) Establecer un diálogo multicultural, para explicarle la diversidad de cosmovisión y la circunstancia de que su conducta no es permitida en nuestro contexto cultural. Este diálogo tiene fines preventivos, pues evita posibles conductas lesivas de los bienes jurídicos. c) Permitir que las “víctimas” del delito, tengan la oportunidad de ejercer sus derechos constitucionales y legales, y d) Durante el transcurso del proceso, el inimputable por diversidad sociocultural no podrá ser afectado con medida de aseguramiento en su contra, ni con ninguna de las medidas de protección para inimputables.

Unidad normativa.

38- La Corte concluye entonces que el numeral 4° del artículo 69 y el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal son inexecutable pues se traducen en una penalización de la diversidad cultural. Ahora bien, esta Corporación constata que el artículo 378 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal presenta el mismo vicio de inconstitucionalidad pues, al regular las

medidas de protección para los inimputables, establece que “*cuando se tratare de indígenas inimputables por diversidad sociocultural se dispondrá como medida de protección, si el perito oficial lo aconsejare, la reintegración provisional a su medio social*”. Por consiguiente, con base en la facultad prevista en el inciso tercero del artículo 6º del decreto 2067 de 1991, que permite a la Corte, con el fin de evitar que la decisión sea inocua, señalar en la sentencia aquellas disposiciones que conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales, esta Corporación procederá a declarar también la inexecutable del artículo 378 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. Declarar EXEQUIBLE la expresión “*diversidad sociocultural*” del artículo 33 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, bajo los siguientes dos entendidos: i) que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado en esta sentencia.

Segundo. Declarar INEXEQUIBLES el numeral 4º del artículo 69 y el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, y el artículo 378 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA
Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia C-370/02

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN POLITICA CRIMINAL DEL ESTADO Modalidades de penas y medidas de seguridad (Salvamento de voto)

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO Vocación de protección, curación, tutela y rehabilitación (Salvamento de voto)

MEDIDAS DE SEGURIDAD Distinta intensidad (Salvamento de voto)

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Finalidad constitucional de medida de reintegración al medio cultural (Salvamento de voto)

El objetivo de la medida de reintegración al medio cultural obedece a la exigencia constitucional de protección a unos sujetos considerados inimputables. Debe cambiarse la concepción de atribuirle finalidades retributivas o sancionatorias a una medida claramente garantista, proteccionista y que busca una mejor convivencia dentro de la reconocida sociedad pluralista. La finalidad constitucional de proteger a las personas inimputables a través de la medida de aseguramiento se deduce de los valores, principios y normas de la Constitución.

INIMPUTABLE POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Reintegración al medio cultural es desarrollo legal del espíritu constitucional (Salvamento de voto)

PODER PUNITIVO DEL ESTADO Límites constitucionales (Salvamento de voto)

Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett

Expediente: D-3751

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal.

Con el acostumbrado respeto, manifiesto mi disentimiento parcial con la posición mayoritaria adoptada por la Corte en la sentencia de la referencia, en relación con la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 69, numeral 4º, del art. 73 de la Ley 599 de 2000 y del art. 378 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Los artículos 69, numeral 4º y 73 del Código Penal, al igual que el art. 378 de la Ley 600 de 2000 no vulneran los preceptos constitucionales, por el contrario, constituyen un desarrollo legal de varios de sus disposiciones.

1. En primer lugar, el art. 150, numeral 2o de la Constitución Política le confiere al legislador la potestad de formular la política criminal del Estado, incluyendo

la posibilidad de establecer las distintas modalidades de penas y medidas de seguridad, aplicables a los imputables e inimputables, respectivamente.

A nivel general, las medidas de aseguramiento, a diferencia de las medidas punitivas, no tienen vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación.³⁷ Si bien estas finalidades se han determinado como comunes a todos los tipos de medidas de seguridad (la internación en establecimiento psiquiátrico, la internación en casa de estudio o trabajo y la libertad vigilada, en el Código Penal actualmente vigente), concurren con distinta intensidad en las diferentes medidas de seguridad. En la “reintegración al medio cultural propio” debe resaltarse el elemento de “protección” para constatar que tiende a la realización de un fin constitucional legítimo. Sorprende como, en esta oportunidad, la Corporación se esfuerza por modificar las concepciones que generalmente se le atribuyen a otros conceptos (como desvirtuar la equiparación de inimputabilidad con inmadurez psicológica, o la consideración peyorativa que se tiene del inimputable) y sin embargo sostiene sin un análisis adicional y profundo que la medida de seguridad de “reintegración al medio cultural propio” tiene “implícita una finalidad de cura o rehabilitación.” (fl. 39) Era esta la oportunidad para realizar un debate acerca de esta nueva figura y su diferencia con las demás consagradas en el art. 69 del nuevo Código Penal.

Al igual que el diálogo procesal fue aceptado por sus fines preventivos, como lo señala la decisión mayoritaria, “*pues evita posibles conductas lesivas de los bienes jurídicos*” (fl. 40), la misma finalidad es perseguida con la medida de seguridad declarada inexecutable. El objetivo de la medida de reintegración al medio cultural obedece a la exigencia constitucional de protección a unos sujetos considerados inimputables. Debe cambiarse la concepción de atribuirle finalidades retributivas o sancionatorias a una medida claramente garantista, proteccionista y que busca una mejor convivencia dentro de la reconocida sociedad pluralista.

2. La finalidad constitucional de proteger a las personas inimputables a través de la medida de aseguramiento declarada inexecutable se deduce de los valores, principios y normas de la Constitución.

En primer lugar, de la dignidad humana consagrada en el art. 1º de la Carta, por que busca garantizar un tratamiento acorde con las necesidades y las situación particular del inimputable, como se estableció en la sentencia C-176 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En segundo lugar, del art. 2º, que establece el deber estatal de promover la prosperidad general y de proteger a todas las personas en sus vidas, creencias, derechos y libertades, lo cual se busca con la reintegración del inimputable por diversidad sociocultural al medio cultural que comprende y al cual pertenece.

Adicionalmente, la creación de una medida de seguridad que no pretende darle un tratamiento igual a los desiguales, sino un tratamiento acorde con el motivo

³⁷ C-176 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-297 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.

y fundamento de la diferenciación, es consistente con la protección a la diversidad étnica y cultural consagrada en el art. 7º y con el deber de promoción de una igualdad real y efectiva como lo señala el parágrafo segundo del art. 13. En efecto, en la sentencia C-176 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se declaró la necesidad de tratar de manera diferente a los inimputables en relación con los imputables para cumplir con el mandato constitucional a la igualdad. Igualmente, dentro del nivel de los inimputables existen diferencias que justifican la creación de una medida de aseguramiento distinta según el tipo de causal.

Por consiguiente, los anteriores preceptos sirven de fundamento constitucional para considerar que la medida de aseguramiento consistente en la reintegración al medio cultural del inimputable por diversidad cultural es un desarrollo legal del espíritu constitucional.

3. La consagración por parte del legislador de la reintegración al medio cultural propio como una medida de seguridad para aquellos inimputables declarados como tales en razón a su diversidad sociocultural, constituye una medida razonable y proporcional dentro del ordenamiento constitucional. Esta Corporación se ha manifestado sobre el límite constitucional al poder punitivo del Estado que consiste en que dichas penas y medidas de aseguramiento deben ser razonables y proporcionales, en relación con la conducta punible desplegada por el sujeto.³⁸

“Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento. (...) Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas.”³⁹

Nuevamente es del principio de igualdad que se deriva la exigencia de que las medidas adoptados por el legislador sean razonables y proporcionales, para lo cual es necesaria una evaluación entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos.

Considero que la medida de aseguramiento consagrada en los artículos 69, numeral 4º y 73 de la Ley 599 de 2000 y en el artículo 378 de la Ley 600 de 2000 no está excediendo los límites constitucionales impuestos al legislador en su ejercicio de creación de política criminal. Por el contrario, la medida consistente en la reintegración al medio cultural propio es razonable teniendo en cuenta que persigue un fin constitucional legítimo y que la causal que genera la inimputabilidad (diversidad sociocultural) y es proporcional para conseguir tanto la protección del inimputable, como la protección social.

Fecha ut Supra,
RODRIGO ESCOBAR GIL

³⁸ C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³⁹ C-070 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Magistrado

Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-370/02

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Improcedencia de condicionamiento por mantenimiento de sesgo peyorativo (Salvamento parcial de voto)

INIMPUTABILIDAD Incapacidad (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA INTEGRADORA EN INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Inexequibilidad de expresión precisando eventos cubiertos por causal de error de prohibición culturalmente condicionado (Salvamento parcial de voto)

INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Argumentos de condicionamiento (Salvamento parcial de voto)

DIVERSIDAD CULTURAL No exigencia de un extremo deber de diligencia para familiarizarse con valores culturales dominantes y bienes jurídicos del ordenamiento penal (Salvamento parcial de voto)

DIVERSIDAD CULTURAL Desproporcionalidad de obligación de grupos minoritarios a tener cuidado en familiarizarse con valores culturales dominantes (Salvamento parcial de voto)

IGUALDAD ENTRE CULTURAS (Salvamento parcial de voto)

DIVERSIDAD CULTURAL Prohibición al derecho penal de criminalización/**DIVERSIDAD CULTURAL** No obligación a miembro de grupo minoritario de conocimiento total del derecho penal nacional (Salvamento parcial de voto)

ESTADO MULTICULTURAL Operancia de error de prohibición culturalmente condicionado (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA INTEGRADORA Alcance (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA INTEGRADORA Contenido sustituto (Salvamento parcial de voto)

SENTENCIA INTEGRADORA EN INIMPUTABILIDAD POR DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL Absolución por error de prohibición culturalmente condicionado (Salvamento parcial de voto)

DERECHO PENAL MINIMO Consagración constitucional (Salvamento parcial de voto)

1- Comparto plenamente la orientación constitucional de la presente sentencia, que, al amparar el pluralismo étnico y cultural, pretende excluir cualquier forma de criminalización de la diversidad cultural. Y por ello considero que la decisión de la Corte de condicionar el alcance de la inimputabilidad por diversidad cultural a fin de quitarle todo sentido punitivo y toda connotación peyorativa, y de retirar del ordenamiento la medida de seguridad de retorno forzado a su medio cultural, representa un avance importante en la construcción de un Estado pluriétnico y pluricultural, que ve en la diversidad cultural no una amenaza sino una fuente insustituible de riqueza, que es necesario proteger y promover (CP 7º, 8º y 70). A pesar de lo anterior y con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me veo obligado a salvar parcialmente mi voto, por cuanto no comparto la idea de que la mejor forma de lograr esos propósitos, sea condicionando el alcance de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural. Según mi criterio, ese condicionamiento no es procedente, por cuanto inevitablemente la inimputabilidad mantiene un sesgo peyorativo, debido a que esta figura en la teoría del delito, está estructurada sobre la idea de incapacidad del sujeto, ya sea cognitiva o valorativa. La incapacidad es entonces de la esencia misma del concepto de inimputabilidad. Y quien dice que alguien es incapaz, en cierta medida lo considera una persona inferior y no una persona distinta. Por ello intentar quitarle a la inimputabilidad esa connotación peyorativa equivale a intentar redefinir un cuadrado como una figura que no tiene cuatro lados. Pero es obvio que eso no puede hacerse, por cuanto es propio del cuadrado tener cuatro lados, así como es propio de la inimputabilidad considerar a la persona un incapaz, ya sea en términos cognitivos o volitivos.

En tales circunstancias, considero que era más adecuada la propuesta que traía el proyecto originario, según la cual la solución consistía en declarar la inexecutable de la expresión acusada, pero precisando, por medio de una sentencia integradora, que los eventos previstos por la inimputabilidad por diversidad cultural se encuentran cubiertos por la causal de inculpabilidad de rango constitucional, del error de prohibición culturalmente condicionado.

2- La Corte no acogió la anterior propuesta y prefirió condicionar el alcance de la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural, con base en los argumentos señalados en los fundamentos 26 y siguientes de la sentencia, y que son básicamente dos: de un lado, que la declaración de inexecutable de esa figura podía ser contraproducente para la propia protección de la diversidad cultural, pues ciertos comportamientos realizados por un indígena o un miembro de una minoría cultural, que hoy son cubiertos por la inimputabilidad, podrían ser objeto de pena, incluso privativa de la libertad, debido a que las causales de exclusión de responsabilidad exigen que el error de prohibición sea invencible, y no cubren expresamente la situación de quien no comprende en abstracto la ilicitud de su comportamiento, pero si hubiera actuado con diligencia y cuidado, habría superado el error. Y de otro lado, que la inexecutable de la inimputabilidad por diversidad cultural podría dejar desprotegidos bienes jurídicos amparados por el ordenamiento nacional, pues no existirían medidas de seguridad contra las conductas típicas y antijurídicas de los indígenas o miembros de otras minorías culturales. Ninguno de los dos argumentos nos parece convincente, por las razones que brevemente indicaré.

3- La sentencia tiene razón en señalar que el estatuto punitivo exige que el error de prohibición sea invencible para que pueda configurar una causal de exclusión de la responsabilidad, mientras que la inimputabilidad por diversidad cultural no contiene esa exigencia. Sin embargo, la salida a esa situación no consistía en mantener la inimputabilidad por diversidad cultural, que tiene inevitablemente una connotación peyorativa, sino en preguntarse si en un Estado multicultural, que reconoce y promueve la diversidad, es legítimo exigir de los indígenas o de los miembros de grupos culturales diversos, que desplieguen un extremo deber de diligencia, a fin de familiarizarse con los valores culturales dominantes y con los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal nacional. A mí juicio la respuesta al anterior interrogante es negativa pues si, conforme a la Carta, todas las culturas que conviven en el país son igualmente dignas, y el Estado reconoce y promueve la diversidad cultural (CP arts. 7º, 8º y 70), entonces resulta desproporcionado obligar a los miembros de los grupos culturalmente minoritarios a tener todo el cuidado en familiarizarse con los valores culturales dominantes. Admitir que se puede imponer esa exigencia equivale a admitir una forma de criminalización de la diversidad cultural, lo cual es incompatible con el reconocimiento de la igualdad entre las culturas (CP art. 70). Considero entonces que la consagración de un Estado pluralista, pluriétnico y multicultural, tiene una inevitable implicación, y es la siguiente: Está vedado al derecho penal criminalizar la diversidad cultural, y por ello no puede obligarse, con amenaza de sanción penal, al miembro de un grupo cultural minoritario a que diligentemente conozca todo el contenido del derecho penal nacional.

4- El análisis precedente muestra que, en estricto análisis legal, la sentencia tiene razón en indicar que si alguien comete una conducta típica y antijurídica pero, por su diversidad cultural, no comprende su ilicitud o no puede determinarse con base en dicha comprensión, no siempre se configura un error de prohibición, pues si el error es evitable, no opera esa causal de exclusión de la responsabilidad. Sin embargo, la conclusión no era mantener para esos eventos la inimputabilidad por diversidad cultural, por cuanto esa figura tiene una connotación peyorativa. La solución era señalar que el reconocimiento constitucional de un Estado multicultural, impide penalizar la falta de diligencia en esos casos y que por ende, hay que concluir que también en esos eventos operaba por mandato directo de la Carta, un error de prohibición culturalmente condicionado, tal y como lo hacía la ponencia originaria.

5- En ese mismo orden de ideas, es cierto que algunos pueden también argumentar que el error de prohibición no cubre la situación de aquel individuo que comprende en abstracto la ilicitud de su comportamiento, pero no puede determinarse en concreto con base en esa comprensión. Sin embargo, no sólo en términos de teoría del delito esa conclusión es discutible, pues no es exigible de una persona que se abstenga de realizar una conducta si en realidad carece de la capacidad volitiva para evitar el comportamiento, sino que, además, en un Estado multicultural, debe entenderse que no puede penalizarse a aquella persona que en abstracto conoce la ilicitud de una conducta pero, por su particular cosmovisión y por su especificidad cultural, no puede evitarla.

6- Por todo lo anterior, considero que la mejor forma de proteger la diversidad cultural era declarando la inconstitucionalidad de todas las disposiciones acusadas. Y con el fin de evitar que algunos pudieran interpretar esa decisión como una desprotección de la diversidad cultural, que podría permitir la penalización de quienes, en el momento de ejecutar una conducta típica y antijurídica, no tuvieron, por su diversidad sociocultural, capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o posibilidad de determinarse con base en esa comprensión, la Corte hubiera podido recurrir a una sentencia integradora, como lo proponía el proyecto originario. Y es que en anteriores oportunidades, la Corte ha señalado que si una decisión de inexecutableidad puede generar un vacío legal, que es constitucionalmente traumático, entonces una de las posibilidades que tiene esta Corporación es llenar, ella misma, *“el vacío legal que produce la declaración de inexecutableidad de la disposición acusada, por medio de una modalidad de sentencia integradora, pues el vacío de regulación, es llenado por medio de un nuevo mandato que la sentencia integra al sistema jurídico, proyectando directamente los mandatos constitucionales en el ordenamiento legal”*⁴⁰. Y efectivamente, desde sus primeras sentencias, esta Corporación ha recurrido a esas modalidades de sentencias integradoras, para llenar los vacíos provocados por una decisión de inexecutableidad, como lo muestran los siguientes tres ejemplos: así, la sentencia C-543 de 1992, MP José Gregorio Hernández Galindo, declaró la inexecutableidad de las normas que regulaban la tutela contra sentencias, pero precisó que el amparo constitucional procedía contra las vías de hecho judiciales. Por su parte, la sentencia C-113 de 1993, MP Jorge Arango Mejía, estudió la constitucionalidad del artículo 21 del decreto 2067 de 1991, según el cual los fallos de la Corte sólo tendrían efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución. La Corte retiró del ordenamiento esa disposición pues consideró que la ley no podía regular los efectos de los fallos del tribunal constitucional. Pero esa sentencia no se limitó a declarar la inexecutableidad de ese artículo sino que estableció un contenido sustituto, pues precisó que corresponde a la propia Corte fijar los efectos de sus fallos. Finalmente, la sentencia C-112 de 2000, MP Alejandro Martínez, declaró inexecutable la expresión *“de la mujer”* del artículo 131 del Código Civil, pues concluyó que ésta implicaba una discriminación por razón de sexo, ya que obligaba, sin clara justificación, que el matrimonio se realizara ante el juez del distrito de la vecindad de la mujer. Sin embargo, como una decisión de inexecutableidad simple generaba problemas constitucionales, pues no quedaba claro cuál era el funcionario competente, por el factor territorial, para celebrar el matrimonio, la Corte recurrió a una sentencia integradora. La Corte explicó su decisión en los siguientes términos:

“Es claro que en este caso procede una sentencia integradora, por cuanto la Corte ha concluido que la ley puede válidamente establecer que es competente el juez del lugar de residencia de los contrayentes, pero que es inconstitucional preferir el domicilio de la mujer. Por ende, esta Corporación debe declarar la executableidad del mandato relativo al

⁴⁰ Sentencia C-112 de 2000, fundamento 17.

domicilio de los contrayentes, pero la inconstitucionalidad de la referencia exclusiva al lugar de residencia de la mujer. En tal contexto, el vacío normativo resultante sólo puede ser llenado de una forma, y es la siguiente: en virtud del principio de igualdad entre los sexos (CP arts 13 y 43), debe entenderse que el funcionario competente para celebrar el matrimonio es el juez municipal o promiscuo de la vecindad de cualquiera de los contrayentes a prevención. Tal será entonces la decisión de esta Corte”⁴¹.

Y efectivamente, la parte resolutive de esa sentencia fue la siguiente:

*“Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “de la mujer” del artículo 131 del Código Civil, en el entendido de que, en virtud del principio de igualdad entre los sexos (CP arts 13 y 43), se trata del juez de la vecindad de aquel contrayente, cuyo domicilio fue escogido por los futuros cónyuges como lugar para celebrar el matrimonio”.*

7- En tales circunstancias, y para evitar cualquier penalización de la diversidad cultural, la Corte debió no sólo declarar la inexecutable de las disposiciones acusadas sino también recurrir a una modalidad de sentencia integradora, precisando, en la parte resolutive, que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural era retirada del ordenamiento, en el entendido de que, en virtud del reconocimiento constitucional del pluralismo y la multiculturalidad (CP arts. 7º, 8º y 70), debe absolverse, por error de prohibición culturalmente condicionado, a aquella persona que, en el momento de ejecutar una conducta típica y antijurídica, no tuviere, por su diversidad sociocultural, capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o posibilidad de determinarse con base en esa comprensión.

8- Finalmente, frente a la objeción de que esa decisión podía desproteger bienes jurídicos amparados por el orden penal nacional, bastan los siguientes dos comentarios. De un lado, es claro que no todas las afectaciones de bienes jurídicos, debido a comportamientos típicos y antijurídicos, por personas que tienen unos valores culturales distintos a los previstos en el ordenamiento penal son inculpables. Es necesario que la particular cosmovisión haya impedido a la persona comprender la ilicitud de su comportamiento, o determinarse con base en comprensión. Si eso no es así, su comportamiento puede caer en el ámbito penal. Y en caso de ser un indígena, será juzgado, ya sea por la justicia nacional, ya sea por las autoridades indígenas, según los principios que regulan la articulación entre esas jurisdicciones, que ya fueron explicados por esta Corte en anteriores oportunidades⁴².

9- Por otro lado, es claro que la imposibilidad de recurrir al derecho penal en esos casos, dado el carácter multicultural del Estado colombiano, no significa que el Estado carezca de herramientas para amparar esos bienes jurídicos. Es más, la Carta, aunque reconoce al Legislador un margen de discreción para desarrollar la política criminal, opta por un esquema de derecho penal mínimo,

⁴¹ Sentencia C-112 de 2000, fundamento 19.

⁴² Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-496 de 1996 y T-344 de 1998.

pues si bien impone deberes importantes al Estado y a los particulares, a fin de construir un orden justo, no privilegia los instrumentos punitivos para alcanzar esos fines. Y eso es perfectamente natural, pues si el derecho penal es la forma más invasiva de control social, por su intensa afectación de la libertad, resulta impropio que un Estado que privilegia los derechos fundamentales, recurra innecesaria o desproporcionadamente a las estrategias punitivas. La cláusula del Estado social de derecho (CP art. 1º), y los deberes de justicia y solidaridad que ella imponen (CP art. 2º), lejos de implicar una fuga hacia el derecho penal, tienden a todo lo contrario: a una minimización de la intervención punitiva del Estado, pues el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, son realizables por vías distintas a la penal, como la prevalencia del gasto público social, la adopción de medidas a favor de las poblaciones desprotegidas, o el uso de mecanismos administrativos de control (CP arts. 13 y 350). Y estas intervenciones estatales no penales deberían conducir a la sociedad colombiana a la consolidación de un orden más justo (CP art. 2º), que haga cada vez más innecesario el recurso a las medidas punitivas.

En tales circunstancias, con el fin de evitar que personas con cosmovisiones distintas a la mayoritaria a nivel nacional, puedan afectar bienes jurídicos considerados importantes por la ley nacional, el Estado en vez de utilizar la criminalización para imponer los valores mayoritarios, puede recurrir a otros instrumentos, como formas de diálogo intercultural, que permitan un progresivo respeto y entendimiento entre las distintas culturas que forman la nación colombiana (CP art. 70).

10- Por todo lo anterior, aunque reconozco que la presente sentencia representa un avance importante en la despenalización de la diversidad cultural y en la construcción efectiva de un Estado multicultural y pluriétnico, considero que la solución más adecuada era declarar la inconstitucionalidad de la inimputabilidad por diversidad cultural, en el entendido de que esos comportamientos se ven excluidos de responsabilidad penal por mandato directo de la Carta.

Fecha ut supra,

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Magistrado

CAPITULO IV.

7.- CONCLUSIONES.

De todo lo planteado, parece que la respuesta a la primera de las cuestiones es negativa, al menos en estas líneas no he conseguido encontrar “el concepto jurídico de responsabilidad”, sino que se ha constatado la existencia de varios significados de “responsabilidad” que la confieren un carácter ambiguo, que no sólo ha llevado al fracaso los intentos de definir un concepto unitario de responsabilidad que comprenda todas las instituciones que bajo este rótulo ha instaurado el Ordenamiento, sino que además, dadas las diferencias existentes entre estas instituciones la perspectiva de lograrlo es poco esperanzadora. Mas siendo esto cierto, no puede decirse que esta búsqueda haya sido baldía, ya que dentro de esta multiplicidad de significados, y pese a la vaguedad de alguno de sus aspectos diferenciadores, parece que se ha logrado vislumbrar, entre todos los sentidos jurídicos de responsabilidad, cuál podría ser el significado principal del concepto jurídico de responsabilidad; qué sentido de responsabilidad parece ser el más acorde con los orígenes y usos más habituales del término “responsabilidad”. En este sentido, cabría definir el concepto jurídico de responsabilidad como *un enunciado mediante el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado*. Esta reprobación se pone de manifiesto mediante la consecuencia jurídica que se enlaza a la imputación de la responsabilidad. Consecuencia que siempre conlleva la obligación de reparar el daño.

Precisamente, según lo aquí visto, el daño sería el elemento que permitiría dar un poco de sentido al hecho de que bajo el concepto de responsabilidad se encontraran los supuestos comprendidos en el significado principal y aquéllos que dan lugar a la responsabilidad objetiva, que constituye un sistema de relaciones jurídicas más parecido a las obligaciones tributarias o de otra índole que las de responsabilidad.

En definitiva, esta visión del concepto jurídico de responsabilidad podría ser útil para aclarar las relaciones existentes entre los distintos sentidos con los que se utiliza en el Derecho el concepto “responsabilidad”, al permitir identificar un significado principal del concepto jurídico de responsabilidad, a partir del que fueran derivándose los demás, bien por la extensión del uso del término responsabilidad, bien por su relación con el significado principal. Constituyéndose, por otro lado, en una explicación, creo que bastante razonable, de por qué se ha producido una extensión del uso del concepto de responsabilidad desde el “significado principal” dado en este trabajo, hasta una institución tan dispar como es la responsabilidad objetiva.

8.- RECOMENDACIONES.

El principio de legalidad o primacía de la ley es un principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debe estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas, de lo que depende la seguridad jurídica. En la prohibición de retroactividad de la ley, a propósito de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en la adhesión del caso peruano, debe advertirse que no está en juego el principio de legalidad con toda su complejidad, sino una de sus expresiones: el principio de la *lex praevia*. En efecto, la legalidad prescribe, entre otras cosas, como ya se ha dicho, "someter la actividad penal del Estado a una ley previa a los hechos que se quieren sancionar, lo que impide su retroactividad" en el caso de los delitos de lesa humanidad el principio de la *lex praevia* debe ponderarse con un principio que no aparece en otro tipo de supuestos. Se trata, en concreto, de un principio del *ius cogens* según el cual tras el desastre de la Segunda Guerra Mundial los Estados se encuentran obligados a perseguir y castigar.

Según un rito procesal consagrado con anterioridad al hecho por el ordenamiento jurídico estatal, por no haber actuado conforme a la norma. Este principio implica un conjunto de garantías que prohíben la determinación de una responsabilidad objetiva y que circunscribe la imputación al dolo y a la imprudencia concebida como culpa. El principio de culpabilidad, implica un conjunto de garantías que prohíben la determinación de una responsabilidad objetiva y que circunscribe la imputación al dolo y a la imprudencia concebida como culpa. La culpabilidad se equipara a la responsabilidad plena, la cual puede entenderse como el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto penal pues, dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa, se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no lo hizo habiendo podido llevarlo a cabo. Se trata de un juicio de carácter eminentemente normativo fundado en la exigibilidad, idea que preside toda la concepción de la culpabilidad y en virtud de la cual el agente debe responder por su comportamiento ante los tribunales legalmente constituidos según un rito procesal consagrado con anterioridad al hecho por el ordenamiento jurídico estatal, por no haber actuado conforme a la norma. Este principio implica un conjunto de garantías que prohíben la determinación de una responsabilidad objetiva y que circunscribe la imputación al dolo y a la imprudencia concebida como culpa.

El artículo VIII introduce una prohibición de valoración probatoria: el primer inciso proclama la valoración de todo medio de prueba siempre que se haya obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. Los incisos dos y tres contemplan la regla de exclusión desde la perspectiva negativa proclamando la carencia de efectos de aquellas pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales o con inobservancia de las garantías constitucionales establecidas a favor del procesado.

BIBLIOGRAFIA

- Constitución Política del Perú de 1993.
- VÉLEZ MARICONDE; Derecho Procesal Penal, T. II, Edit. Córdoba, Argentina, 1986.
- 56. VILLA STEIN, Javier, Derecho Penal Parte General, Edit. San Marcos. Lima, 1998.
- 57. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal Parte General, Editorial GRIJLEY, Lima, 2009.
- 58. ZANOTTI, Marco, Principio di determinatezza e tassatività, en Introduzione al sistema penale Vol. I, Seconda Edizione, G. Giampichelli Editore, Torino, 2000.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Manual de Derecho Penal Parte General, 2ª ed., Editorial TEMIS S.A. — La Culpabilidad y El Principio de CulpabilidadII, publicado en la Revista de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 50, año 1993, Lima, Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia), Texto obtenido de la web.
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, Derecho Procesal Penal, Grijley, Lima, 1999. Breves apuntes en torno a la Garantía Constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el proceso penalIII. En: Proceso De Justicia. Revista de Derecho Procesal Penal N° 4. Lima.
- HURTADO POZO, José, Manuel de Derecho Penal Parte General I, 3ª ed. Editorial Grijley, 2005, Lima.
- JAKOBS, Gunther, Fundamentos del Derecho Penal, traducción de Cancio Melia y Peñaranda Ramos, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

ANEXO

EXP. N° 01873-2009-PA/TC

LIMA

VICENTE RODOLFO

WALDE JÁUREGUI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de setiembre de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, que se agregan; el voto singular del magistrado Beaumont Callirgos, que se anexa; y el voto singular en el que confluyen los magistrados Calle Hayen y Urviola Hani, que también se acompaña.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Vicente Rodolfo Walde Jáuregui contra la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 393, su fecha 2 de setiembre de 2008, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de octubre de 2007, el recurrente interpone demanda contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), con el objeto que se declare que dicha entidad ha vulnerado sus derechos constitucionales al emitir las Resoluciones Administrativas N° 066-2006-PCNM y N° 249-2007-CNM, las cuales lo sancionan con la destitución en el cargo de Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, por lo que solicita que se declare sin efecto e inaplicables tales resoluciones, pues con ellas se trata de convalidar en forma arbitraria, ilegal e injusta su destitución; y, como consecuencia de ello, reponiendo las cosas al estado anterior a la vulneración de sus derechos, se declare que debe ser repuesto en sus derechos para continuar ejerciendo como Vocal Titular de la Corte Suprema, y se ordene al Poder Judicial que le restituya sus prerrogativas constitucionales conforme a la Constitución y al Código Procesal Constitucional.

Refiere que en un proceso seguido entre la SUNAT contra el Tribunal Fiscal, el 30 de enero de 2002, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema expidió sentencia por mayoría declarando fundada la demanda de la SUNAT, la misma que fue impugnada por la empresa BECOM S.A., expresándose que no se había analizado la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 158-97-AA/TC. Por ello, el 15 de octubre de 2003, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, bajo su presidencia, emitió sentencia confirmando la recurrida de la Sala Civil, conforme a la ponencia elaborada por el doctor Zubiarte Reina, quien omitió señalar la existencia de la sentencia del Tribunal Constitucional precitada. Se trató de una ponencia defectuosa, y conforme al artículo 138° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el ponente responde por los datos y citas consignados u omitidos, a pesar de lo cual su persona ha sido sancionada con destitución por aplicar su facultad nulificante, mientras que al autor de la ponencia se le consideró como testigo, por lo que se está vulnerando las garantías del debido proceso así como a la motivación de las resoluciones.

Precisa que en el proceso ordinario, con fecha 14 de abril de 2004, la Sala de su Presidencia declaró fundado el pedido de nulidad de la sentencia del 15 de octubre de 2003 para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Código Procesal Civil y la Constitución, por lo que, al expedirse nueva sentencia, se declaró infundada la demanda de la SUNAT, aplicando los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional, a la que se ha hecho referencia, la misma que fue consentida por la SUNAT. Por tal razón es que el CNM lo destituyó (a pesar de que la última resolución es concordante con la del Tribunal Constitucional) por emitir una resolución anulatoria que repara el error y por cumplir con su deber constitucional.

Sostiene que sus derechos lesionados son: el de haber sido juzgado y sancionado por organismo incompetente, siendo de aplicación los derechos que le confieren los artículos 99° y 100° de la Constitución; los de independencia y exclusividad de la función jurisdiccional; el haber sido sancionado por infracción inexistente por caducidad en relación con el derecho a no ser desviado del procedimiento

previamente reglado; el haber sido sancionado con pena no prevista; el de afectación a la garantía constitucional del debido proceso y adecuada motivación de las resoluciones; el de igualdad de todos ante la ley; los de legalidad y tipicidad; todos ellos en relación con su derecho al honor, a la buena reputación y al trabajo que dignamente ejercía.

Finalmente, expone que en relación a tales antecedentes el Tribunal Constitucional expidió la sentencia del 29 de agosto de 2006 en el Exp. N° 5156-2006-TC (sic) declarando fundada la demanda de amparo que interpuso y en consecuencia, nulas las resoluciones N.º 045-2005 y 051-2005 del CNM, dado que las mismas habían vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y a la motivación de las resoluciones administrativas; por esa razón el CNM dictó la resolución administrativa N° 066-2006-PCNM, recaída en el P.D. N° 02-2005-CNM, aunque sin dar cumplimiento al mandato del Tribunal Constitucional. En conclusión, sostiene que tanto la Resolución Administrativa N° 066-2006-PCNM como la N° 249-97-CNM, del 16 de julio de 2007, son nulas, porque afectan la doctrina constitucional así como la fuerza normativa y vinculante establecida por el Tribunal Constitucional.

El Cuadragésimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 22 de octubre de 2007 (f. 226), declaró improcedente la demanda, por considerar que el recurrente ha acudido a otro proceso constitucional, del cual deriva la nueva resolución que lo sanciona, por lo que en aplicación del artículo 60º del Código Procesal Constitucional la parte interesada puede demandar lo expuesto en autos como si se tratara de un acto homogéneo.

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, por su parte, confirmó la resolución apelada, estimando que el CNM emitió las resoluciones impugnadas de manera motivada y previa audiencia del interesado; asimismo, consta la sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de agosto 2008, recaída en el Exp. N° 896-2008-AA, en el que analizó la Resolución N° 066-2006-PCNM, y se señala que esta resolución cumple con lo dispuesto en la sentencia N° 5156-2006-PA/TC.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se declare sin efecto e inaplicables las Resoluciones Administrativas N° 066-2006-PCNM y 249-2007-CNM, que sancionan al demandante con la destitución en el cargo de Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Necesidad de un pronunciamiento sobre el fondo de la materia

2. Se advierte que en el caso de autos, la demanda ha sido rechazada sin mayor trámite, lo que en principio podría dar lugar a una declaración de nulidad de todo lo actuado, al haberse producido una causal de nulidad en los términos previstos en el artículo 20º del Código Procesal Constitucional; sin embargo, tomando en cuenta que: **(i)** la materia tratada en autos no es nueva, sino que se retrotrae a otros procesos constitucionales iniciados por el recurrente contra del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM); **(ii)** que el año 2005 se ejecutaron las resoluciones del CNM por las que se destituyó al recurrente en el cargo de Vocal Supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República; **(iii)** que el Tribunal Constitucional ya ha conocido del caso en otros procesos, relacionados tanto con el demandante como con quienes como él fueron objeto de la misma sanción; **(iv)** que en el presente proceso, cuando ya se había emitido la sentencia de primera instancia, los emplazados fueron notificados con el resultado de ella, habiéndose incluso apersonado el procurador público competente, y, principalmente **(v)** que los argumentos esgrimidos por el CNM en el presente proceso son los mismos que ha vertido en los procesos de amparo vinculados al caso materia de análisis, este Colegiado estima que por economía y celeridad procesal, corresponde que se avoque al conocimiento del presente proceso, más aún si se tiene que, en aplicación del segundo párrafo del artículo 20º del Código Procesal Constitucional, no se advierte vicio alguno que pueda afectar el sentido de la decisión a emitir.

Pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional en relación al demandante y a sus pretensiones en contra del CNM

3. En el Exp N° 5156-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de revisar las Resoluciones N° 046-2005-PCNM y 051-2005-PCNM, la primera de las cuales destituyó al recurrente, mientras que la segunda confirmó dicha decisión. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional, luego de

reconocer la competencia del CNM para abrir proceso disciplinario contra el demandante (fundamento 26), concluyó que la resolución que impuso la sanción de destitución no se encontraba debidamente motivada, no porque la resolución careciera de argumentos, sino porque estos no tenían relación lógica con la parte dispositiva de la resolución cuestionada. Así, se dijo que *“Más aún si se toma en consideración que el artículo 31º, inciso 2 de la Ley Orgánica del CNM, si bien dispone que procede aplicar la sanción de destitución a que se refiere el inciso c) del artículo 21º de la Ley mencionada por la comisión de un hecho grave que, sin ser delito o infracción constitucional, articula tal potestad con conceptos jurídicos indeterminados tales como “la dignidad del cargo” y el “desmerecimiento del concepto público”. A ello se suma también el hecho de que el artículo 31º, inciso 2 de la Ley Orgánica del CNM no distingue, a efectos de imponer la sanción de destitución, el status jurídico de los vocales titulares, provisionales o suplentes, siendo que tal diferenciación está prevista en los artículos 236 a 239º de la Ley Orgánica del Poder Judicial”* (fundamento 38).

Complementado ello, en el fundamento 39 se expone que *“La remisión a estos conceptos jurídicos indeterminados comporta una exigencia mayor de motivación objetiva y coherente, si de lo que se trata es de imponer una sanción tan grave como la destitución del cargo de vocal supremo; y ello porque, a mayor discrecionalidad de la norma, mayor habrá de ser la motivación lógica y racional, en proporcional correlato. Motivación que, en el presente caso, a juicio del Tribunal Constitucional, no ha estado dirigida a determinar en qué medida la conducta del demandante ha afectado la dignidad del cargo” y ha acarreado, concomitantemente, un “desmerecimiento del concepto público”. Ello, sin duda, impone que el CNM desarrolle y precise el contenido y la extensión de dichos conceptos”*.

4. Posteriormente se dictó la Resolución del CNM N° 066-2006-PCNM, del 30 de noviembre de 2006, que es la que se impugna en autos, pero antes de evaluar su contenido, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de emitir pronunciamiento sobre el particular, en el Exp. N° 0896-2008-PA/TC.

5. En este caso (Exp. N° 0896-2008-PA/TC), el propio recurrente acudió a este Colegiado, denunciando que el CNM no había dado cabal cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Constitucional en el Exp N° 5156-2006-PA/TC, pues había emitido la Resolución del CNM N° 066-2006-PCNM vulnerando sus derechos fundamentales vinculados al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales.

Como parte de su análisis, el Tribunal Constitucional en este caso reafirmó su jurisprudencia (Exp. N° 3361-2004-PA/TC), en el sentido que le corresponde realizar el control constitucional de las resoluciones del CNM, partiendo de dos presupuestos: la adecuada motivación de la resolución y la audiencia previa al interesado (fundamento 7), para luego, en relación con la motivación, precisar los lineamientos que el CNM debe tomar en cuenta (fundamento 9) para tal efecto.

La inexistencia de cosa juzgada en relación a los hechos materia del presente proceso de amparo

6. Con vista a lo resuelto en el Exp. N° 0896-2008-PA/TC, podría parecer que el Tribunal Constitucional ya no podría emitir pronunciamiento en relación a la Resolución del CNM N° 066-2006-PCNM; empero, ello no es así, pues en el fundamento 11 de la sentencia que se emitió se expone que *“El análisis que realizará este Tribunal en el presente caso se centrará en verificar si es que la resolución cuestionada presenta una debida motivación, en atención a los criterios establecidos en los fundamentos precedentes”*.

7. Con relación a la motivación, el Tribunal Constitucional expuso cuáles eran los extremos que iba a revisar, precisando que la nueva resolución del CNM debía seguir ciertos lineamientos, tales como:

a. No sustentarse en argumentos de carácter jurisdiccional dirigidos a zanjar cuestiones de interpretación jurídica o de hechos relacionados con el proceso judicial de autos, pues ello no es de su competencia.

b. Sus argumentos tendrían que guardar relación lógica con la parte dispositiva de la resolución.

c. Que dado que el artículo 31.2º de la Ley Orgánica del CNM permite la aplicación de la sanción de destitución prevista en el artículo 21.cº de la misma ley, por la comisión de un hecho grave, que sin ser delito o infracción constitucional, articula tal potestad con conceptos jurídicos indeterminados tales

como “la dignidad del cargo” y “el desmerecimiento del concepto público”, correspondería imprimir un mayor deber de fundamentación para precisar el contenido y la extensión de dichos conceptos.

8. En consecuencia, este Colegiado considera que en relación a la motivación, puede evaluar otros temas que no hayan sido materia de análisis y que no hubieran servido para el pronunciamiento anterior, o que, habiéndolo sido, resulta necesario precisar cuál es el real criterio del Tribunal Constitucional, de ser el caso.

El procedimiento administrativo

9. Previamente, resulta necesario hacer un esbozo de cómo debe tramitarse o seguirse un procedimiento administrativo sancionador, teniendo en cuenta no sólo sus características, sino también los derechos de los administrados, lo que es aplicable no solo para el CNM, sino también para cualquier órgano o tribunal que imparta “justicia administrativa”.

10. El ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa requiere de un procedimiento legal establecido, pero también de garantías suficientes para los administrados, sobre todo cuando es la propia administración la que va a actuar como órgano instructor y decisor, lo que constituye un riesgo para su imparcialidad; y si bien no se le puede exigir a los órganos administrativos lo misma imparcialidad e independencia que se le exige al Poder Judicial, su actuación y decisiones deben encontrarse debidamente justificadas, sin olvidar que los actos administrativos son fiscalizables *a posteriori*.

11. De otro lado, sin ánimo de proponer una definición, conviene precisar que el objeto del procedimiento administrativo sancionador es investigar y, de ser el caso, sancionar supuestas infracciones cometidas como consecuencia de una conducta ilegal por parte de los administrados. Si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del *ius puniendi* del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). A ello hay que agregar que en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda.

12. No obstante la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador. Sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa:

a. Principio de legalidad (*nullum crimen, nullum poena, sine lege*), conforme al cual la ley debe preceder a la conducta sancionable, determinando el contenido de la sanción. Corresponde pues a la ley delimitar el ámbito del ilícito sancionable, por expresa prescripción constitucional (artículo 2.24.d.), de modo que no puede ser objeto de regulación reglamentaria, ni mucho menos de precisiones “extranormativas”.

b. Principio de tipicidad, en mérito al cual, la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa. Esta exigencia deriva de dos principios jurídicos específicos; el de libertad y el de seguridad jurídica. Conforme al primero, las conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, mientras que en relación al segundo, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al “arbitrio” de la administración, sino que ésta sea prudente y razonada.

Conforme a este principio, los tipos legales genéricos deben estar proscritos y aunque la Administración a veces se conduzca sobre la base de estándares deontológicos de conducta, estos son insuficientes, por sí solos, para sancionar, pues aunque se pueden interpretar como conceptos jurídicos indeterminados, la sanción debe sustentarse en análisis concretos y pormenorizados de los hechos, desde conceptos jurídicos y no sobre la base de juicios apodícticos o que invoquen en abstracto el honor o la dignidad de un colectivo, puesto que los tribunales administrativos no son tribunales “de honor”, y las sanciones no

pueden sustentarse en una suerte de “responsabilidad objetiva del administrado”, lo que nos lleva a revisar el siguiente principio.

c. Principio de culpabilidad, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente.

En el caso del derecho penal, es más sencillo apreciar cómo opera este principio, puesto que además de la tipificación realizada en el Código Penal y de indicarse las sanciones que se pueden imponer a título de culpa o dolo, se establecen los parámetros necesarios para que la sanción no resulte arbitraria o desproporcionada (mínimos y máximos).

d. Principio de proporcionalidad de la sanción, esto es, que la sanción que se imponga, debe corresponderse con la conducta prohibida, de modo que están prohibidas las medidas innecesarias o excesivas. Corresponde, pues, que el órgano que aplica la sanción pondere la intencionalidad o reiteración del acto así como los perjuicios causados.

Análisis del caso concreto

13. Lo primero que llama la atención del Tribunal Constitucional con vista de la Resolución del CNM N° 066-2006-PCNM, es que, en relación a la sentencia N° 5156-2006-PA/TC, expone “*Que, la citada sentencia del Tribunal Constitucional contraviene flagrantemente a la Constitución y al Código Procesal Constitucional; determina que la sanción de destitución ahora no sea función del Consejo Nacional de la Magistratura, sino del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial; alienta las inconductas funcionales en el sistema de justicia, hecho que la sociedad justificadamente repudia*” (Considerando Décimo), para luego señalar “*Que, el Consejo Nacional de la Magistratura puede hacer prevalecer el mandato constitucional que le confiere competencia para aplicar la sanción (...) de destitución a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, competencia que no le corresponde al Tribunal Constitucional, ni al Poder Judicial, ni a ningún otro Poder u ente estatal; sin embargo, con el único fin de no desacreditar más al sistema judicial, a la democracia y al Estado de Derecho, emite esta nueva resolución en el caso del doctor Vicente Rodolfo Walde Jáuregui*” (Considerando Décimo Primero).

14. Sobre la revisión de las resoluciones del CNM, el Tribunal Constitucional tiene abundante jurisprudencia, desde cuando menos la STC N° 02409-2002-AA/TC (Caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos). Pero a pesar de ello, el CNM sigue manteniendo que sus decisiones son “irrevisables” en sede constitucional, obstando no sólo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino también los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en su oportunidad dieron lugar a que el Estado Peruano suscriba un Acuerdo de Solución Amistosa, reconociendo su responsabilidad internacional en relación a las decisiones del CNM por las que no se ratificaron a determinados magistrados, y en el que se comprometía a que el CNM deje sin efecto las resoluciones que declararon la no ratificación de dichos magistrados, razón por la cual incluso el Estado peruano debió pagar una indemnización de US\$ 5,000.00 dólares americanos, en cada caso.

15. Por cierto, el Tribunal Constitucional también asume su responsabilidad en relación a dichos asuntos, pues anteriormente no se brindó protección adecuada a los magistrados que se acogieron al Acuerdo de Solución Amistosa, por lo que acepta y asume el reto de mejorar los estándares de impartición de justicia en materia de derechos humanos; confirma también, con beneplácito, que aunque tardía, su propia jurisprudencia sirvió como marco para el citado Acuerdo, como se advierte de su Cláusula Primera, cuando se cita el Caso Jaime Amado Álvarez Guillén.

16. Es por ello que la jurisprudencia administrativa del CNM, cuando se trate del ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria, debe merecer el más profundo análisis, para prevenir que la actuación del CNM, en caso este no enmiende la conducta seguida y que generó el enjuiciamiento del Estado Peruano frente a los órganos del Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos, genere más casos que pudieran llegar a ser de conocimiento de los órganos de protección de los derechos humanos nacidos bajo la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, con el riesgo de generar responsabilidad internacional en el Estado Peruano, y demostrando ante la Comunidad Internacional que determinados órganos tienen una práctica impune de violación de los derechos humanos.

a) El principio de legalidad

17. Conforme a este principio, como ha quedado establecido *ut supra*, la ley debe preceder a la conducta sancionable, así como a la sanción a imponerse. En la resolución materia de impugnación, se han citado varias normas, las que se detallan a continuación.

18. En relación a los hechos materia de la sanción, estos aparecen explicitados en los Considerandos Décimo Cuarto a Décimo Séptimo y, en resumen, exponen que el demandante presidió la Sala de la Corte Suprema de Justicia de la República, la que, luego de emitir una sentencia en un proceso ordinario, procedió a anularla, para posteriormente emitir otra en sentido contrario.

19. En ese sentido, la resolución del CNM impugnada menciona que como consecuencia de ello, se ha lesionado la cosa juzgada y la seguridad jurídica (Considerandos Trigésimo Quinta y Trigésimo Sexto); sobre este último el CNM refiere que se trata un principio “implícitamente” reconocido en la Constitución, de un valor supralegal que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar en el individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes e instituciones públicas.

20. Establecidos los hechos, corresponde determinar cómo es que los mismos están prohibidos en la ley, así como las consecuencias de una actuación que infrinja dicha prohibición.

21. En relación a las razones que a su criterio permiten sancionar la falta imputada al demandante, el CNM ha señalado lo siguiente:

a. Constituye inconducta funcional el comportamiento indebido, activo u omisivo, que sin ser delito resulte contrario a los deberes y prohibiciones de los magistrados en el ejercicio de su actividad y sea merecedor de una sanción disciplinaria (Considerando Cuadragésimo Noveno).

b. Conforme al artículo 146.2º de la Constitución, la permanencia de los magistrados está garantizada en tanto observen conducta e idoneidad propias de la función; asimismo, el artículo 177.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) establece que un requisito para ser magistrado es tener conducta intachable (Considerando Quincuagésimo).

c. El desmerecimiento en el concepto público hace referencia a la imagen que el vocal supremo proyecta hacia la sociedad y en vez de revalorar la percepción del cargo, lo que desmerece y afecta gravemente la imagen del Poder Judicial (Considerando Quincuagésimo Primero).

d. El juez tiene el deber de promover en la sociedad una actitud de respeto y confianza hacia la administración de justicia; debe encarnar un modelo de conducta ejemplar sustentado en los valores de justicia, independencia, imparcialidad, honestidad e integridad, los que deben manifestarse en la transparencia de sus funciones públicas y privadas (Considerando Quincuagésimo Segundo).

e. Cita, además, diversas normas del Código de Ética de la Función Pública que serán materia de análisis posterior (Considerando Quincuagésimo Tercero y Quincuagésimo Cuarto).

22. Ya en relación a la conducta del recurrente, especifica que:

a. Las imputaciones contra el doctor Walde Jáuregui están probadas y constituyen falta grave “[N]o por las decisiones jurisdiccionales, sino por haber vulnerado las obligaciones y prohibiciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que fue de público conocimiento, tal como se puede apreciar de los recortes periodísticos (...) constituyendo un grave desmedro en su imagen y la del Poder Judicial (Considerando Quincuagésimo Quinto).

b. Está probado que Vicente Rodolfo Walde Jáuregui ha incurrido en responsabilidad disciplinaria grave al no haber observado, en su condición de vocal supremo, el ordenamiento jurídico vigente, al anular una sentencia que tenía la calidad de cosa juzgada, dictada por la Sala que él integraba, “proyectando hacia la colectividad una imagen de magistrado que no observa conducta e idoneidad propias de su función, afectando, por tratarse de un magistrado de la más alta jerarquía, no solamente su propia imagen, sino la del Poder Judicial, que ante la opinión pública se muestra como un Poder del Estado que no respeta la ley y que, por ende, es fuente de inseguridad jurídica” (Considerando Quincuagésimo Sexto).

23. Posteriormente, en el caso de la Resolución del CNM N° 249-2005-CNM, también impugnada, la autoridad administrativa se pronunció en relación a los argumentos de la caducidad del procedimiento administrativo, al pedido de nulidad y a otros que sirvieron para desestimar el recurso de reconsideración interpuesto.

24. Dado que el principio de legalidad importa conocer la norma que establece la conducta prohibida así como la sanción en caso de incumplimiento, a continuación, se detallan las normas que han sido citadas en la resolución impugnada.

a.1. La Ley Orgánica del Poder Judicial

25. Los artículos 4º, 177.4º, 184.1º, 201.1º y 202º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D.S. N° 017-97-JUS - LOPJ) a los que se ha hecho referencia en los Considerandos Duodécimo, Trigésimo Quinto, Cuadragésimo Séptimo, Quincuagésimo y Quincuagésimo Séptimo, en forma colectiva o individual. Conforme a su contenido, estas normas regulan:

a. Artículo 4º: *“No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso”.*

b. Artículo 177.4º: Es requisito para ser magistrado *“Tener conducta intachable”.*

c. Artículo 184.1º: Son deberes de los magistrados, *“Resolver con celeridad y con sujeción a las garantías constitucionales del debido proceso”.*

d. Artículo 201.1º: Existe responsabilidad disciplinaria de los jueces *“Por infracción a los deberes y prohibiciones establecidas en esta Ley”.*

e. Artículo 202º: *“Los miembros del Poder Judicial son responsables disciplinariamente por las irregularidades que cometan en el ejercicio de sus funciones”.*

26. Como se advierte, en el primer caso, hay una referencia a la responsabilidad de los magistrados, la cual queda librada a lo que la ley de la materia establezca; en ese sentido, el artículo 192º de la misma LOPJ establecía que *“Los Magistrados comprendidos en la carrera judicial, responden penal o civilmente en los casos y en la forma determinada en las leyes y administrativamente de conformidad con lo establecido en esta ley”.* El tercer párrafo del artículo 200º de la misma LOPJ señalaba que *“Las acciones derivadas de estas responsabilidades se rigen por las normas respectivas”.* De modo que resulta importante, para el caso de autos, determinar cuáles son las sanciones y en qué casos se aplican.

27. Así, la propia LOPJ, conforme a la normatividad vigente al momento de los hechos, establece las sanciones y los criterios para tal efecto. En el artículo 208º se establece que *“El **apercibimiento** se aplica en los casos de omisión, retraso, o descuido en la tramitación de los procesos. Es dictado por el superior inmediato”*, mientras que el artículo 209º precisaba que *“La **multa** se aplica en caso de negligencia inexcusable o cuando se hayan impuesto dos medidas de apercibimiento en el Año Judicial. Se impone por el superior inmediato y se ejecuta por la Dirección General de Administración”.*

En el artículo 210º precisa que *“La **suspensión** se aplica al Magistrado o funcionario contra quien se dicta orden de detención, o se formula acusación con pedido de pena privativa de la libertad, en proceso por delito doloso”* y *“Se aplica también al Magistrado que comete un hecho grave que sin ser delito compromete la dignidad del cargo o lo desmerezca en el concepto público o cuando se incurre en nueva infracción grave, después de haber sido sancionado tres veces con multa”.*

Finalmente, en el artículo 211º, refiere que *“Procede aplicarse la **destitución** al Magistrado que atente gravemente contra la respetabilidad del Poder Judicial; al que ha cometido hecho grave que sin ser delito, compromete la dignidad del cargo y desmerezca en el concepto público, siempre que haya sido sancionado con suspensión anteriormente; al que se le ha condenado por delito contra la libertad sexual; al que actúa legalmente impedido, sabiendo esa circunstancia; al que es sentenciado a pena privativa de libertad por delito doloso; al que reincide en hecho que dé lugar a la suspensión y en los demás casos que señala la ley”.*

Como se ve, hay ciertas similitudes entre las sanciones de suspensión y destitución, pues en el primer caso se hace referencia al magistrado que *“comete un hecho grave que sin ser delito compromete la*

dignidad del cargo o lo desmerezca en el concepto público”, mientras que, en el segundo, la referencia es al que *“atente gravemente contra la respetabilidad del Poder Judicial; al que ha cometido hecho grave que sin ser delito, compromete la dignidad del cargo y desmerezca en el concepto público”*. La diferencia en todo caso, está primero en el atentado contra la respetabilidad del Poder Judicial y que en el caso de la destitución, se hace necesario que el magistrado *“haya sido sancionado con suspensión anteriormente”*; esto es, que en el caso de la previsión para la destitución, la imputación de cometer *“hecho grave que sin ser delito, compromete la dignidad del cargo y desmerezca en el concepto público”* funciona como circunstancia agravante.

a.2. El Código de Ética de la Función Pública

28. De otro lado, se ha hecho referencia en los Considerados Quincuagésimo Tercero y Quincuagésimo Cuarto, a determinados preceptos de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley Nº 27815.

a. Artículo 6.2º El servidor público actúa de acuerdo a los siguientes principios *“Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona”*.

b. Artículo 10.1º: *“La transgresión de los principios y deberes establecidos en el Capítulo II y de las prohibiciones señaladas en el Capítulo III, de la presente Ley, se considera infracción al presente Código, generándose responsabilidad pasible de sanción”*. Deja pues, librado al reglamento, el establecimiento de las sanciones que correspondan.

29. Aunque en la resolución no se hace referencia al Reglamento de la Ley Nº 27815, cabe señalar que éste fue aprobado mediante Decreto Supremo Nº 033-2005-PCM, y en él se han precisado las sanciones que pueden imponerse, tales como las de amonestación, suspensión, multa de hasta 12 UIT, resolución contractual, destitución o despido; para ello debe tenerse en cuenta que, tratándose de infracciones leves, proceden las sanciones de *“Amonestación, suspensión y/o multa”*, mientras que para las graves, son aplicables las de *“Resolución contractual, destitución, despido y/o multa”*.

30. Pero hay una pregunta que cae por su propio peso ¿cómo se determina cuál es la sanción aplicable? El artículo 10º del reglamento –que no ha sido citado en la resolución cuestionada–, establece que las sanciones serán realizadas teniendo en cuenta los siguientes criterios: (i) El perjuicio ocasionado a los administrados o a la administración pública; (ii) La afectación a los procedimientos; (iii) La naturaleza de las funciones desempeñadas así como el cargo y jerarquía del infractor; (iv) El beneficio obtenido por el infractor y (v) La reincidencia o reiteración.

a.3. La Ley Orgánica del CNM

31. También se ha sustentado la resolución cuestionada en el artículo 31.2º de la Ley Orgánica del CNM (LOCNM), Ley Nº 26397, en la que se establece que la sanción de destitución procede por *“La comisión de un hecho grave que, sin ser delito o infracción constitucional, compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público”* (Considerando Quincuagésimo Tercero).

a.4. El D.S. Nº 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo Nº 276

32. En el Considerando Cuadragésimo Sexto se cita el artículo 150º del D.S. Nº 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, conforme al cual *“Se considera falta disciplinaria a toda acción u omisión, voluntaria o no, que contravenga las obligaciones, prohibiciones y demás normatividad específica sobre los deberes de servidores y funcionarios, establecidos en el artículo 28 y otros de la Ley y el presente reglamento. La comisión de una falta da lugar a la aplicación de la sanción correspondiente”*.

Sin embargo, no se señala cuál es la falta disciplinaria cometida, esto es, qué obligación o prohibición contenida en dicha norma o en la ley que reglamenta, ha sido contravenida.

33. Todo lo anteriormente expuesto en relación al principio de legalidad en el procedimiento administrativo sancionador, permite reseñar las siguientes conclusiones:

a. Que lo que el CNM pretende sancionar es una conducta funcional, sustentada en:

i. El comportamiento indebido contrario a los deberes y prohibiciones de los magistrados.

ii. Que los magistrados para mantenerse en el cargo deben observar conducta e idoneidad, así como tener conducta intachable.

iii. Que el desmerecimiento de la imagen de un vocal supremo, lo afecta a él y al Poder Judicial.

iv. Que el juez debe proyectar una imagen ante la sociedad, sustentada en diversos valores que deben manifestarse tanto en su conducta pública como privada.

b. Que el recurrente ha vulnerado las obligaciones y prohibiciones contenidas en la LOPJ, lo que acarrea un desmedro en su imagen y en la del Poder Judicial. Además, que el Poder Judicial se muestra como un poder del Estado que no respeta la ley y, por ello, es fuente de inseguridad jurídica.

c. La legislación citada como sustento de la sanción, precisa que:

i. D.S. 017-93-JUS, LOPJ: *“Los miembros del Poder Judicial son responsables disciplinariamente por las irregularidades que cometan en el ejercicio de sus funciones”* (Artículo 202º).

ii. Código de Ética de la Función Pública: *“La transgresión de los principios y deberes establecidos en el Capítulo II y de las prohibiciones señaladas en el Capítulo III, de la presente Ley, se considera infracción al presente Código, generándose responsabilidad pasible de sanción”* (Artículo 10.1º).

iii. LOCNM: *“La comisión de un hecho grave que, sin ser delito o infracción constitucional, compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público”* (Artículo 31.2º).

iv. D.S. N.º 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N.º 276: *“Se considera falta disciplinaria a toda acción u omisión, voluntaria o no, que contravenga las obligaciones, prohibiciones y demás normatividad específica sobre los deberes de servidores y funcionarios, establecidos en el artículo 28º y otros de la Ley y el presente reglamento. La comisión de una falta da lugar a la aplicación de la sanción correspondiente”* (Artículo 150º).

34. De ello se advierte que el hecho que se pretende sancionar está claramente determinado y que existe la previsión legal para que se sancionen las conductas que generen irregularidades, que transgredan los principios y deberes, que cometan un hecho grave que sin ser delito o infracción constitucional compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público, o que contravengan obligaciones, prohibiciones y demás normatividad que regule deberes de los servidores o funcionarios públicos.

35. Pero el problema no está allí sino, primero, en determinar qué tipo de infracción se ha cometido; y segundo, qué tipo de sanción corresponde. En el primer caso, el CNM, conforme a la legislación que citó, debía determinar si el acto cometido por el demandante importaba:

a. Una irregularidad o una inconducta funcional a título doloso o culposo.

b. La transgresión de los principios y deberes de los magistrados.

c. La comisión de un hecho grave que, sin ser delito o infracción constitucional, comprometa la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público.

d. La contravención de obligaciones, prohibiciones y demás normatividad sobre deberes de los servidores o funcionarios públicos.

En ese sentido, el CNM ha considerado tales hechos como una falta grave (Considerando Quincuagésimo Séptimo), por el desmerecimiento público, la afectación a su imagen y a la del Poder Judicial, el que se muestra como un poder del Estado que no respeta la ley (Considerandos Quincuagésimo Quinto y Quincuagésimo Sexto), comprometiéndolo la dignidad del cargo, lo que desmerece al demandante del concepto público al haber vulnerado la cosa juzgada y la seguridad jurídica (Considerando Quincuagésimo Séptimo).

Y en relación al tipo de sanción que correspondía imponer, resultaba necesario que el CNM estableciera cuál es la que correspondía, y con ello justificara su imposición; así, señala que en aplicación del artículo 184.1º de la LOPJ y del artículo 31.2º de la LOCNM, procede aplicar la sanción de destitución (Considerando Quincuagésimo Séptimo).

36. En relación a este último dispositivo, el Tribunal Constitucional observa que ha habido un defecto en su aplicación. Más allá de si contiene o no ciertos conceptos jurídicos indeterminados, los que serán materia de análisis en un acápite posterior, se advierte que el sustento jurídico de la sanción está dirigido a castigar la comisión de un hecho grave que sin ser delito o infracción constitucional, compromete la dignidad del cargo y la desmerece en el concepto público.

Más allá de si se está o no frente a conceptos jurídicos determinados, se advierte que el CNM se ampara en el contenido de su ley orgánica para efectos de la destitución, pero no ha tomado en cuenta que la LOPJ mantiene dicha causal de sanción no sólo para imponer la sanción de destitución (artículo 211º), sino también para imponer la sanción de suspensión (artículo 211º), siendo el único matiz que diferencia a una y otra el que, en el caso de la destitución, para aplicar dicha causal, resulta necesario que el funcionario al que pretende destituir *“haya sido sancionado con suspensión anteriormente”*. Y sobre ello no se ha dicho nada en la resolución del CNM.

37. Evidentemente, se trata de un extraño y raro conflicto de normas, dado que en tres artículos de diversos dispositivos (2º de la LOPJ y 1º de la LOCNM) pretenden regular el mismo elemento que permite el ejercicio de la potestad sancionatoria en relación a los magistrados del Poder Judicial, pero ocurre que la complementariedad existente entre los dispositivos de la LOPJ no ha sido tomada en cuenta al aplicarse la LOCNM; en todo caso, en el supuesto que sobrevenga duda en relación a cómo debe procederse en esta situación, debe aplicarse el principio consagrado en el artículo 139.11º de la Constitución, que establece *“La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”*.

Y, aun en caso que se pretenda argumentar que el artículo 211º de la LOPJ ha sido derogado por el artículo 31.2º de la LOCNM, el problema no estaría resuelto, porque lo mismo que pretende sancionar este último dispositivo es lo que en la LOPJ se sanciona con la suspensión. En esa línea de pensamiento, más absurdo sería pretender que con la dación de la LOCNM se habrían derogado los dos dispositivos de la LOPJ, dado que se privaría al Poder Judicial de la potestad de imponer la sanción de suspensión a los magistrados que, habiendo cometido una falta administrativa, su gravedad no sea de tal magnitud que importe su destitución.

38. En todo caso, no puede pretenderse que la existencia de la regulación de la sanción de destitución en la LOCNM constituye una habilitación para imponerla, sin ningún tipo de limitación, justificación o fundamentación, o sólo indicando que se actúa *“con criterio de conciencia”*, algo que por cierto no puede realizar un tribunal administrativo.

39. Esto resultaría suficiente para amparar la demanda y dejar sin efecto las resoluciones cuestionadas; pero existen otras consideraciones que este Colegiado estima necesario desarrollar.

b) El principio de tipicidad

40. Este principio permite que las conductas sancionables estén debidamente delimitadas de modo que quedan proscritas las cláusulas generales o indeterminadas, esto es, aquellas cuyo contenido no es expreso y conocible, sino que tiene que ser *“llenado”* o concretizado a través de argumentos utilizados para tal efecto, pero por ello mismo, a veces posteriores al acto que se pretende sancionar.

41. Entonces, resulta que el tan mentado *“conocimiento”* de las conductas prohibidas ya no es tal, dado que el órgano administrativo puede ir llenando el contenido de tales conceptos jurídicos indeterminados de acuerdo al hecho que pretende sancionar, dejando pues el acto de *“completar”* el contenido de tales actos a la discrecionalidad o arbitrariedad del ente administrativo.

42. Los conceptos jurídicos indeterminados que se ha encontrado en la resolución del CNM, son los siguientes:

- Conducta e idoneidad propia de la función.
- Desmerecimiento en el concepto público.
- Desmedro de la imagen.
- El Poder Judicial como fuente de inseguridad jurídica.

- Conducta intachable.
- Imagen pública.
- Imagen del Poder Judicial.
- Modelo de conducta ejemplar.
- Transparencia de sus funciones públicas.
- Transparencia de sus funciones privadas.
- Dignidad del cargo.

43. Qué es lo que se entiende por cada uno de tales conceptos, para efectos sancionatorios, debe encontrarse previamente determinado o establecido; lo contrario importaría que los magistrados tengan prever cuál es el “contenido” que el CNM pueda darles, sobre todo cuando este contenido, de no estar precisado normativamente, será objeto de desarrollo o complementación por parte de la autoridad administrativa, en cada caso en que ello sea necesario, además que, como es obvio, el resultado no necesariamente será igual en todos los casos.

44. De otro lado, el uso de tales conceptos es más propio de tribunales de honor que de la autoridad administrativa, dado que la utilización de criterios deontológicos no es que no esté permitido, pues muchas veces permite definir el perfil del funcionario con que se quiere contar, pero las infracciones a tales criterios, principios o valores, salvo que exista previsión legal que claramente tipifique la conducta prohibida, no pueden dar lugar a una sanción.

En ese sentido, llama la atención que se requiera un magistrado de conducta ejemplar, sin determinarse qué es lo que se entiende por ella (no fumar, no tomar o tomar moderadamente, no drogarse, no maltratar a los miembros de su familia, no tener multas de tránsito, etc.), de modo que no se sabe qué es lo que está prohibido o lo que está permitido. Asimismo, ¿cómo se determina el desmedro de la imagen propia? (porque la prensa así lo dice, por la suma de recortes periodísticos, porque el Colegio de Abogados lo señala, porque la asociación de padres de familia del colegio de sus hijos tiene un mal concepto del magistrado, etc.). Es más, ¿cómo afecta ello al Poder Judicial? (ello puede dar lugar entonces a que cada vez que se evidencia que un juez ha afectado la imagen de aquel poder, ¿será pasible de sanción?; pero previamente, ¿cómo puede o debe afectar dicha imagen? Cabe también preguntar que en caso no se haya afectado dicha imagen, por falta de publicidad del acto incorrecto, ¿el funcionario no será sancionado?).

45. Llama la atención de este Colegiado la “confianza” que el CNM tiene en los magistrados y en el Poder Judicial en su conjunto, pues sin mayor fundamento, en el Considerando Quincuagésimo Sexto, luego de señalar que el recurrente no ha observado conducta e idoneidad propias de la función (conceptos jurídicos indeterminados), *“afectando, por tratarse de un magistrado de la más alta jerarquía, no solamente su propia imagen, sino la del Poder Judicial, que ante la opinión pública se muestra como un Poder del Estado que no respeta la ley y que, por ende, es fuente de inseguridad jurídica”*. Como se advierte, no se señala cuál es la fuente para imputar a este Poder que sea uno que no respeta la ley y, además, que es fuente de inseguridad jurídica, por lo que debe esto tomarse como una opinión del órgano administrativo, el que parece que confunde la baja aprobación que tiene dicho Poder en las encuestas, algo de suyo coyuntural, con lo que parece que considera el comportamiento permanente de dicho Poder del Estado.

46. Se puede alegar, en relación a dichos conceptos jurídicos indeterminados, que es evidente lo que ellos quieren establecer y que cualquier persona puede darse cuenta de ello, pero ocurre que las sanciones se imponen por la existencia de previsión legal expresa, y no por “sentido común”.

47. Finalmente, en relación a lo expuesto en el Considerando Quincuagésimo Segundo, respecto a que el juez debe promover una actitud de respeto y confianza hacia la administración de justicia encarnando un modelo de conducta ejemplar sustentado en los valores de justicia, independencia e imparcialidad, honestidad e integridad, los que se manifiestan tanto en sus funciones públicas como privadas, este Tribunal Constitucional advierte en ello una evidente intromisión en la vida privada de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público. Los aspectos privados de la vida de cualquier persona, en tanto no tengan un contenido ilícito, no pueden ser objeto de valoración para efectos de sancionar a una persona, aun cuando estos actos privados puedan salir a la esfera pública.

Efectos de la presente sentencia.

48. Habiéndose determinado que no procede la sanción de destitución, por las razones expuestas, corresponde que las resoluciones del CNM emitidas sobre el particular sean anuladas.

49. Ello no importa que no haya existido una falta de naturaleza administrativa, que de hecho ha existido; el problema está en la sanción que se impuso al recurrente, por la existencia de varios preceptos que la regulan, como ha quedado anotado.

50. Por ello, corresponde que el recurrente sea repuesto en el cargo que desempeñaba antes de que se expidan las resoluciones del CNM que le imponían la sanción de destitución.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la violación del principio de legalidad, consagrado en el artículo 2.24.dº de la Constitución, afectando con ello tanto la motivación como la parte resolutoria de la Resolución Administrativa N° 066-2006-PCNM; en consecuencia, **NULAS** las Resoluciones Administrativas N° 066-2006-PCNM y 249-2007-CNM.

2. **Ordenar** la reincorporación de don Vicente Rodolfo Walde Jáuregui en el cargo de Vocal Supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI

MESÍA RAMÍREZ

ETO CRUZ

ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N° 01873-2009-PA/TC

LIMA

VICENTE RODOLFO

WALDE JÁUREGUI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto por las siguientes consideraciones:

1. Tenemos una demanda de amparo interpuesta con fecha 18 de octubre de 2007, contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) con la finalidad de que se declare la nulidad de las Resoluciones Administrativas N° 066-2006-PCNM y 249-2007-CNM, puesto que con dichas resoluciones se ha sancionado al actor con la destitución en el cargo de Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, por lo que solicita que en consecuencia se repongan las cosas al estado anterior a la vulneración de sus derechos, debiendo ser repuesto en el cargo que venía desempeñando.

Refiere que en un proceso seguido entre la SUNAT contra el Tribunal Fiscal, el 30 de enero de 2002 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema expidió sentencia por mayoría, declarando fundada la demanda de la SUNAT, la que fue impugnada por la empresa BECOM S.A., con fecha 22 de enero de 2004, solicitando que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 15 de octubre de 2003, argumentando que la Sala no había tomado en consideración la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.° 158-95-AA/TC. Es así que atendiendo a dicha solicitud, y para subsanar el error en que habían incurrido, mediante resolución de fecha 14 de abril de 2004, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema declaró la nulidad de la sentencia de fecha 15 de octubre de 2003. La Sala sustentó su decisión en el hecho de que no se había emitido pronunciamiento alguno respecto de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.° 158-95-AA/TC, pese a que dicho agravio había sido expuesto en el escrito de apelación presentado por Becom S.A. Señala que la ponencia de la resolución, que luego fue anulada, fue elaborada por el Doctor Zubieta Reina, quien omitió referirse a la sentencia del Tribunal Constitucional precitada, debiendo, conforme el artículo 138° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ser el ponente quien responda por los datos y citas consignados u omitidos en la ponencia; pero no obstante a aquél ello sólo se le ha considerado como testigo y a su persona se le ha sancionado con la destitución, lo que ha afectado sus derechos al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Mediante Resolución N° 010-2005-PCNM, de fecha 28 de febrero de 2005, el CNM inició proceso disciplinario contra los Vocales Supremos de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, por su actuación en el proceso judicial correspondiente al expediente N° 818-03. Dicho proceso disciplinario concluyó con la emisión de la Resolución N° 045-2005-PCNM, mediante la cual se resolvió destituir a los Vocales Supremos, entre ellos al recurrente.

Contra la Resolución N° 045-2005-PCNM el recurrente interpuso un recurso de reconsideración, el cual fue declarado infundado mediante Resolución N° 051-2005-PCNM, de fecha 11 de noviembre de 2005. De acuerdo a lo sostenido por el recurrente, de esta resolución se desprende que los magistrados fueron destituidos por tener un pensamiento jurídico distinto al del CNM, pero no por tener una conducta incorrecta o irregular.

2. Para el análisis del caso presentado es necesario remitirnos a un proceso anterior, que se encuentra ligado al presente:

a) Con fecha 21 de noviembre de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante CNM), a fin de que se declare inaplicables los artículos primero y segundo de la Resolución N° 045-2005-PCNM y los efectos de la Resolución N° 051-2005-PCNM, siendo estimada por el Tribunal Constitucional con fecha 29 de agosto de 2006, disponiendo en consecuencia que se declare la nulidad e inaplicabilidad al caso del recurrente de los artículos 1° y 2° de la Resolución N° 045-2005-PCNM, de fecha 3 de octubre de 2005 y nulos e inaplicables los artículos 1°, 3° y 4° de la Resolución N° 051-2005-PCNM, de fecha 11 de noviembre de 2005, sin que ello implique la reposición del demandante en el cargo de vocal supremo.

En la referida sentencia emití un fundamento de voto señalando que no solo se debía declarar la nulidad de las resoluciones cuestionadas sino también ordenar la restitución del Vocal en el cargo que venía desempeñando, puesto que la consecuencia natural de la estimación de la demanda en un proceso de amparo era la de reponer las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho. Es decir al momento anterior a la emisión de la resolución cuestionada en la que Walde Jáuregui se encontraba en pleno ejercicio de la función de Juez Supremo Titular.

b) En ejecución de la sentencia emitida por este Supremo Tribunal el demandado Consejo Nacional de la Magistratura emite la resolución N° 0066-2006-PCNM, de fecha 30 de noviembre de 2006, que da por concluido el proceso disciplinario imponiendo la sanción de destitución al Vocal Supremo, Doctor Vicente Rodolfo Walde Jáuregui y dispone la cancelación de los títulos y todo otro nombramiento que se le hubiere otorgado.

c) El Trigésimo Tercer Juzgado Civil de Lima por resolución N° 8, de fecha 09 de enero del 2007, da por cumplido el mandato del Tribunal y en consecuencia da por concluido el proceso de amparo.

El recurrente Vicente Rodolfo Walde Jáuregui apela de la resolución citada en el párrafo anterior, señalando que no se puede dar por cumplido el mandato del Tribunal Constitucional puesto que el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) no ha acatado lo ordenado en sentencia definitiva del Tribunal Constitucional y peor aún ha emitido pronunciamiento volviendo a utilizar argumentos jurisdiccionales, por lo que solicita se emita una sentencia homogénea. Por resolución N° 22, de fecha 23 de abril 2007, se concede con efecto suspensivo la apelación interpuesta, declarando finalmente cumplida la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional y en consecuencia improcedente el pedido de sentencia homogénea.

d) Con fecha 19 de noviembre de 2007 el recurrente interpone el recurso de agravio constitucional sosteniendo que la resolución impugnada le está negando su derecho a que la instancia judicial emita una sentencia homologada, puesto que el CNM por resolución N° 0066-2006-PCNM ha rechazado frontalmente el mandato contenido en la sentencia definitiva del Tribunal Constitucional, la que señaló que el CNM debía expedir una nueva resolución debidamente motivada, es decir, sin argumentos de carácter jurisdiccional, por tal razón solicita se ordene al juzgado emitir sentencia homogénea conforme lo dispone el Código Procesal Constitucional - Ley 28237.

e) Con fecha 19 de agosto de 2008 el Tribunal Constitucional resuelve el Recurso de Agravio Constitucional, declarándolo infundado. Cabe mencionar en dicha oportunidad también emití un voto singular, en aplicación de la figura de la sentencia ampliatoria, contemplada en el artículo 59° del Código Procesal Constitucional, expresando que el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) no había cumplido con lo dispuesto por este Colegiado en vez anterior, actuando solo de manera aparente, para lo que el CNM afirmó dar cabal cumplimiento a la sentencia de este Colegiado. En mi referido voto expresé lo siguiente:

“En el presente caso no sólo es evidente que el CNM no ha cumplido con lo dispuesto por este Colegiado sino que manifiestamente ha realizado un juicio de validez de su sentencia, desacatándola y reproduciendo los argumentos jurisdiccionales vedados, causal por la que se declaró la nulidad de las resoluciones cuestionadas en el proceso de amparo, agregando además que “el Tribunal Constitucional alienta la corrupción”, lo que es inaceptable, por injurioso, mendaz y malhadado.

De lo expuesto se colige que el juez de ejecución debió emitir la sentencia ampliatoria solicitada puesto que el funcionario obligado estaba renuente a cumplir lo dispuesto por el Tribunal.

(...)

Que advirtiéndose de las Resoluciones N° 045-2005-PCNM, de fecha 3 de octubre de 2005 y N° 051-2005-PCNM, de fecha 11 de noviembre de 2005, y la Resolución N° 0066-2006-PCNM de fecha 30 de noviembre de 2006, que se abrió proceso administrativo disciplinario al Vocal Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República Vicente Rodolfo Walde Jáuregui por haber anulado por resolución de fecha 14 de abril de 2004 la Sentencia de fecha 15 de octubre de 2003, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, sosteniendo que la

inconducta acusada al recurrente consistía en el hecho de la declaratoria de nulidad de la sentencia referida porque la potestad nulificadora del Juez contemplada en el artículo 176 del Código Procesal Civil termina cuando la sentencia adquiere la autoridad de cosa juzgada en tanto que el recurrente consideró que sí procedía la nulidad de la referida sentencia pues según su criterio jurisdiccional no existe cosa juzgada, si la sentencia es estructuralmente nula.

(...)

Que en efecto, el Consejo Nacional de la Magistratura frente a lo ordenado por este Tribunal emitió la resolución N° 0066-2006-PCNM, de fecha 30 de noviembre de 2006, en la que no hace sino reproducir los fundamentos ya invalidados por este Supremo Tribunal Constitucional, significando entonces que el CNM no cuenta con otros argumentos para abrir proceso administrativo disciplinario contra el Vocal Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, señor Vicente Rodolfo Walde Jáuregui, que no sean criterios discrepantes o ajenos a la materia jurisdiccional.

*Que no existiendo otros cargos contra el Vocal Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, Vicente Rodolfo Walde Jáuregui, que los criterios discrepantes en materia jurisdiccional ya sancionados por el Supremo Tribunal Constitucional, **el procedimiento administrativo disciplinario abierto contra el recurrente deviene en írrito** porque la discrepancia en materia jurisdiccional no es susceptible de medida disciplinaria alguna, caso contrario los jueces de la República perderían su independencia garantizada en el artículo 139 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, quedando reducidos a meros secretarios. En consecuencia el recurrente debe volver al cargo de Vocal Supremo Titular de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que venía desempeñando.”*

f) Es así que en esta oportunidad el recurrente vuelve nuevamente solicitando se deje sin efecto y se declare inaplicables las Resoluciones Administrativas N° 066-2006-PCNM y 0249-2007-CNM, debiendo en consecuencia ser restituido en el cargo que venía desempeñando, otorgándosele todos los derechos y prerrogativas conforme a la Constitución y al Código Procesal Constitucional. Finalmente refiere que el emplazado (CNM) no ha cumplido con la sentencia del Tribunal, lo que constituye afectación a la doctrina constitucional, a la fuerza normativa y vinculante establecida por este Tribunal.

3. Entonces se observa en el presente caso que la reclamación del recurrente es por incumplimiento de una sentencia del Tribunal Constitucional por parte de un Órgano Constitucional (Consejo Nacional de la Magistratura), quien, a consideración del actor, evidencia reiterada renuencia al emitir nueva resolución con la misma fundamentación que ya fue sancionada por este Tribunal como indebida, diciendo lo mismo aunque de distinta forma.
4. En el caso de autos no cabe más que reproducir lo manifestado en mi voto anterior, puesto que si bien en dicha oportunidad nos pronunciamos por la solicitud de la represión de actos homogéneos (que implica una situación diferente al presente amparo), en esta oportunidad por medio del presente proceso constitucional de amparo se cuestiona el hecho de que el ente emplazado (CNM) no haya cumplido lo dispuesto por este Colegiado en vez anterior, lo que en definitivamente tiene estrecha relación a lo que solicitó mediante su pedido de represión de actos homogéneos, reclamación que estimé en atención a que consideré que el CNM no cumplió con emitir una resolución con una motivación adecuada, simulando un acatamiento, cuando en realidad no cumplía mandato alguno, es así que habiendo perdido la legitimidad sancionadora otorgada por la Constitución, y ante un caso singular en el que el propio emplazado (CNM) expresaba, en renuencia para acatar la sentencia de este Colegiado, *que alentábamos la corrupción y las conductas funcionales en el sistema de justicia*, que nos sustituimos y expresamos que dicho ente no tenía argumentos válidos para sancionar al recurrente, por lo que estimando la demanda, en mi voto señalé que debía ser repuesto en el cargo que venía desempeñándose.

5. Es así que considero que nada ha cambiado, por lo que sólo cabe expresar que realmente el CNM no acató la sentencia de este Colegiado, advirtiéndose al mismo tiempo que la sanción careció de una debida motivación del principio de proporcionalidad. Por ello considero, en concordancia con lo expresado en mi voto anterior, que la demanda debe ser estimada, debiendo declararse la nulidad de las resoluciones administrativas cuestionadas y en consecuencia al evidenciarse que no existen argumentos para sancionar al recurrente, debe disponerse que se le reponga en el cargo que venía desempeñando, siempre y cuando no se encuentre inhabilitado por un hecho distinto.

6. Cabe mencionar que arribo a esta determinación en atención a que las sentencias del Tribunal Constitucional y en general de todo Juez deben ser acatadas, puesto que al ser el intérprete por excelencia de la Constitución, nuestro objetivo prioritario es la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, no pudiendo permitirse que algún órgano estatal pretenda no sólo cuestionar nuestras decisiones sino desacatarlas, con cuestionamientos impropios, puesto que precisamente somos los contralores de sus actos y ante cualquier exceso que signifique afectación a un derecho fundamental nos encontramos legitimados para actuar en la forma que hemos hecho. Por ello al considerar que el accionar del CNM constituye un exceso es que hemos declarado la nulidad de su resolución, advirtiendo que la actitud renuente a acatar nuestra sentencia, calificándonos con adjetivos que sólo debilitan al Estado Constitucional de Derecho, es que considero necesario sustituirnos y como consecuencia dar por finalizado el proceso disciplinario sancionador, quedando habilitado el recurrente en sus derechos y prerrogativas reponiéndosele en el cargo que venía desempeñando.

Mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de amparo propuesta por el actor, y en consecuencia declarar la nulidad de las Resoluciones Administrativas Ns° 066-2006-PCNM y 249-2007-CNM, dando por concluido el proceso disciplinario sancionador al no existir argumentos válidos para que el actor siga siendo procesado administrativamente, disponiéndose la reposición del actor en el cargo que venía desempeñando, siempre y cuando no se encuentre inhabilitado por un hecho diferente.

Sr.
VERGARA GOTELLI

EXP. N° 01873-2009-PA/TC
LIMA
VICENTE RODOLFO
WALDE JÁUREGUI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Estando a los argumentos que el magistrado Vergara Gotelli agrega a su voto, apartándome de mi postura inicial, comparto su decisión en el mismo sentido de la ponencia. Por tanto, suscribo el fallo de la mayoría en los términos que expongo a continuación:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
2. Declarar la **NULIDAD** de las Resoluciones Administrativas N° 066-2006-PCNM y 294-2007-CNM, dando por concluido el proceso disciplinario sancionador.
3. Ordenar la reposición del actor en el cargo que venía desempeñando, siempre y cuando no se encuentre inhabilitado por un hecho diferente.

Sr.
ÁLVAREZ MIRANDA

LIMA
VICENTE RODOLFO
WALDE JÁUREGUI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados, a través de este voto singular reafirmo la posición que expresé en el Exp. N° 0896-2008-PA/TC (*caso Walde Jáuregui*), de fecha 1 de setiembre de 2008, en base a los siguientes fundamentos:

1. Con fecha 18 de octubre de 2007, don Vicente Rodolfo Walde Jáuregui interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante CNM), con el objeto de que se declare: **i)** la *nulidad* de la Resolución N° 066-2006-PCNM de fecha 30 de noviembre de 2006, que dispuso su destitución en el cargo de Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como **ii)** la *nulidad* de la Resolución N° 249-2007-CNM de fecha 16 de julio de 2007, que declaró infundado el recurso de reconsideración, y que en consecuencia, se disponga su inmediata reincorporación en el cargo que venía ejerciendo, alegando la violación de sus derechos constitucionales al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones.

Sostiene que mediante STC N° 05156-2006-PA/TC, de fecha 29 de agosto de 2006, el Tribunal Constitucional declaró nula la resolución que dispuso su destitución como Vocal Supremo y ordenó que el CNM emita nueva resolución debidamente motivada, y que no obstante ello, mediante las resoluciones que aquí se cuestionan, el CNM no sólo se incumple con la referida sentencia constitucional, sino que se vulneran sus derechos al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones. Enfatiza que las resoluciones emitidas por el CNM se sustentan en criterios eminentemente jurisdiccionales, y que no se ha desarrollado el contenido de la expresión “desmerecimiento en el concepto público”, entre otros, desconociendo así el carácter vinculante y normativo de la sentencia constitucional.

2. El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que en el artículo 154.3 Constitucional subyace tanto la habilitación del CNM para imponer sanciones, como el límite para tal facultad. En el *primer caso*, dicho órgano constitucional está facultado para aplicar la sanción de destitución a los Vocales y Fiscales Supremos; y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, puede sancionar a los jueces y fiscales de todas las instancias. En el *segundo caso*, la Constitución exige que la sanción deba ser impuesta, por un lado, a través de una resolución final debidamente motivada y, por otro, con previa audiencia del interesado. Sólo en el supuesto de que la sanción haya observado estas dos exigencias constitucionales se puede considerar legítima.

La exigencia constitucional de motivación de las resoluciones sancionatorias del CNM se cumple cuando dicho órgano fundamenta cumplidamente su decisión de imponer una sanción; lo cual excluye aquellos argumentos subjetivos o que carecen de una relación directa e inmediata con la materia que es objeto de análisis y resolución, y con la imposición de la sanción misma. En cuanto al segundo presupuesto de legitimidad constitucional, esto es, la previa audiencia del interesado, constituye también una manifestación del derecho a un debido proceso.

3. Ahora bien, cabe recordar que con fecha 13 de diciembre de 2006, el recurrente Walde Jáuregui formuló una solicitud de represión de actos homogéneos alegando que el CNM mediante la expedición de la Resolución N.º 066-2006-PCNM no solamente incumplía la STC N° 05156-2006-PA/TC, sino que además se reafirmaba en la violación de sus derechos constitucionales al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones. Luego de realizado el procedimiento respectivo, el Tribunal Constitucional, mediante STC N° 0896-2008-PA/TC, declaró *infundado* el recuso de agravio constitucional interpuesto por el recurrente.

4. Asimismo, cabe precisar, de *un lado*, que en el **fundamento 10** de la citada sentencia referida a la exigencia constitucional de haber brindado una audiencia previa al interesado, este Tribunal señaló que: “(...), ésta debe tenerse por superada por cuanto este punto ya fue analizado por este Tribunal en los

fundamentos 31 a 35 de la sentencia cuya indebida ejecución se reclama (Exp. N° 5156-2006-PA/TC), habiendo concluido en dicha oportunidad que se cumplió con esta exigencia constitucional”.

5. De *otro lado*, cabe precisar que, en los **fundamentos 12 a 16** de la sentencia antes mencionada y que están referidos a la debida motivación de la Resolución N° 066-2006- CNM, este Tribunal señaló que:

i) de la revisión de la resolución cuestionada se colige que no se han empleado argumentos de índole jurisdiccional, habiéndose limitado el CNM a reseñar las actuaciones del recurrente, en su condición de vocal integrante de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, que a su entender constituyen elementos de hecho que configuran una *inconducta funcional*;

ii) la resolución en cuestión hace mención expresa de los conceptos abstractos, definiendo la *inconducta funcional* como “el comportamiento indebido, activo u omisivo, que, sin ser delito, resulte contrario a los deberes y prohibiciones de los magistrados en el ejercicio de su actividad y sea merecedor de una sanción disciplinaria”, y el *desmerecimiento* en el concepto público como el que “hace referencia a la imagen pública que el Vocal Supremo proyecta hacia la sociedad, en vez de revalorar la percepción del cargo, lo desmerece, afecta gravemente la imagen del Poder Judicial”;

iii) existe coherencia lógica entre los fundamentos de la resolución y su parte dispositiva, por cuanto los hechos detallados se enmarcan dentro de los conceptos jurídicos indeterminados establecidos en el artículo 31º inciso 2 de la Ley Orgánica del CNM, tales como el *desmerecimiento* en el concepto público,

iv) la responsabilidad disciplinaria del recurrente se sustenta en los artículos 201º y 202º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prescriben que los miembros del Poder Judicial son responsables disciplinariamente por las irregularidades que cometen en el ejercicio de sus funciones, debiendo cumplir los deberes establecidos en dicha ley, habiendo considerado el CNM que el recurrente, al anular su propia sentencia y dictar otra en la misma instancia, vulneró los artículos 4º y 184º numeral 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

v) la resolución impugnada ha cumplido la STC 5156-2006-PA/TC, por lo que este Tribunal advierte más bien que las alegaciones del demandante parecen estar dirigidas a cuestionar nuevamente el sentido de la resolución del CNM.

6. Sobre este marco de consideraciones, en cuanto al extremo en que se solicita la *nulidad* de la Resolución N° 066-2006-PCNM, estimo que lo que en puridad pretende el accionante es cuestionar nuevamente el sentido de la referida resolución del CNM, sin tener en cuenta que el fondo de la litis ya ha sido materia de análisis por el Tribunal Constitucional y que tiene la calidad de cosa juzgada constitucional. Siendo así, este extremo de la demanda se encuentra comprendido en la causal de improcedencia prevista en el artículo 6º del Código Procesal Constitucional.

7. En cuanto al extremo en el que se solicita la *nulidad* de la Resolución N° 249-2007-CNM que declaró infundado el recurso de reconsideración presentado contra la Resolución N° 066-2006-PCNM, se aprecia que aquella se apoya en fundamentos similares a los que se encuentran recogidos en la impugnada; por demás, considero que la resolución contiene una debida motivación, pues su fundamentación se materializa en el análisis pormenorizado de cada una de las imputaciones, pruebas y alegaciones formuladas (fojas 37). Por tanto, se advierte que este extremo la demanda se encuentra contenido en la causal de improcedencia que establece el artículo 5º, inciso 7 del Código Procesal Constitucional.

Por estas razones, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo en todos los extremos.

Sr.

BEAUMONT CALLIRGOS

EXP. N° 01873-2009-PA/TC

LIMA
VICENTE RODOLFO
WALDE JÁUREGUI

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS CALLE HAYEN Y URVIOLA HANI

Con el debido respeto por la opinión de nuestros colegas magistrados, discrepamos de ella por las razones que a continuación exponemos:

Petitorio de la demanda

1. Con fecha 18 de octubre de 2007 don Vicente Rodolfo Walde Jáuregui, interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante CNM), con el objeto de que se declare: **i)** la *nulidad* de la Resolución N° 066-2006-PCNM de fecha 30 de noviembre de 2006, que dispone su destitución en el cargo de Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como **ii)** la *nulidad* de la Resolución N° 249-2007-CNM de fecha 16 de julio de 2007, que declara infundado el recurso de reconsideración, y que, en consecuencia, se disponga su inmediata reincorporación en el cargo que venía ejerciendo. Denuncia la violación de sus derechos constitucionales al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones.

Refiere que mediante sentencia recaída en el Exp. N° 05156-2006-PA/TC, de fecha 29 de agosto de 2006, el Tribunal Constitucional declaró *nulas* las resoluciones del CNM que dispusieron su destitución como Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, y ordenó que el CNM emita **nueva** resolución debidamente motivada; no obstante ello refiere que mediante la emisión de las resoluciones que ahora se cuestionan (N° 066-2006 y N° 249-2007), el CNM no sólo incumple con la sentencia constitucional antes mencionada, sino que, además, vulnera sus derechos al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones. A tal efecto, señala que las resoluciones se sustentan nuevamente en criterios eminentemente jurisdiccionales, y que no desarrollan el contenido de la expresión “desmerecimiento en el concepto público”, entre otros, desconociendo así el carácter vinculante y normativo de la referida sentencia constitucional.

La competencia del CNM para imponer la sanción de destitución a los jueces supremos.

2. El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que en el artículo 154.3 Constitucional subyace tanto la habilitación del CNM para imponer sanciones, como el límite para tal facultad. En el *primer caso*, dicho órgano constitucional está facultado para aplicar la sanción de destitución a los Vocales y Fiscales Supremos; y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, puede sancionar a los jueces y fiscales de todas las instancias. En el *segundo caso*, la Constitución exige que la sanción deba ser impuesta, por un lado, a través de una resolución final debidamente motivada y, por otro, con previa audiencia del interesado. Sólo en el supuesto de que la sanción haya observado estas dos exigencias constitucionales se puede considerar legítima.

La exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones sancionatorias del CNM se cumple cuando dicho órgano fundamenta cumplidamente su decisión de imponer una sanción; lo cual excluye aquellos argumentos subjetivos o que carecen de una relación directa e inmediata con la materia que es objeto de análisis y resolución, y con la imposición de la sanción misma. En cuanto al segundo presupuesto de legitimidad constitucional, esto es, la previa audiencia del interesado, constituye también una manifestación del derecho a un debido proceso.

El principio de legalidad en la primera sentencia de este Tribunal Constitucional (Exp. N° 05156-2006-PA/TC)

3. En el Exp. N° 05156-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de revisar las Resoluciones N° 046-2005-PCNM y 051-2005-PCNM, mediante las cuales el CNM destituyó al recurrente en el cargo de Juez Vocal Supremo Titular. En tal oportunidad, el Tribunal declaró *fundada* la demanda de amparo y, en consecuencia, declaró *nulas* las resoluciones antes mencionadas, y ordenó que el CNM emita nueva resolución debidamente motivada.

4. En los **fundamentos 50 a 54**, de la referida sentencia, el Tribunal señaló que un argumento de especial relevancia es el que señala también el recurrente con relación al principio de legalidad (artículo 2º, inciso 24, literal “d”, Const.), pues, a su criterio, de acuerdo con el artículo 211º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), debió aplicarse, previamente a la destitución, la sanción de suspensión. Por su parte, el CNM sostiene que entre el artículo 211º de la LOPJ y el artículo 21º, inciso c) de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (LOCNM), existe incompatibilidad, pues, éste no condiciona la sanción de destitución a la imposición previa de la suspensión; y atendiendo a que la LOCNM es de fecha posterior a la LOPJ, aquel artículo habría sido derogado por ésta.

5. Ante ello, el Tribunal precisó que no comparte las afirmaciones del demandante ni tampoco las del emplazado. Así, con relación al artículo 211º de la LOPJ, señaló que este artículo precisa que la sanción de destitución es impuesta por los organismos que dispone la LOPJ, los mismos que están previstos en el artículo 202º de la referida Ley, entre otros, la Sala Plena de la Corte Suprema; el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, etc. Si fuera como señala el demandante, el CNM no podría imponer la sanción de destitución porque, de acuerdo con este artículo, no estaría comprendido dentro de los organismos que pueden disponer sanciones, lo cual contravendría el mandato expreso del artículo 154º, inciso 3 de la Constitución, que le reconoce la facultad constitucional al CNM para destituir a los vocales supremos.

6. Por el contrario el Tribunal concluyó que tanto el Poder Judicial como el CNM pueden asumir, legítimamente, competencia para aplicar las sanciones previstas en sus respectivas leyes orgánicas, dentro del ámbito que a cada uno la Constitución les ha reconocido. Es por ello que, a nuestro juicio el CNM, al tipificar la conducta del demandante como aquella que prevé el artículo 21º, inciso c) de su Ley Orgánica, no ha vulnerado el principio de legalidad prescrito en el artículo 2º, inciso 24, literal “d” de la Constitución.

La nulidad de la Resolución N° 066-2006-PCNM, de fecha 30 de noviembre de 2006 en la segunda sentencia de este Tribunal (Exp. N° 0896-2008-PA/TC)

7. Con fecha 13 de diciembre de 2006, el recurrente Walde Jáuregui presentó su solicitud de “represión de actos homogéneos”, alegando que el CNM mediante la emisión de la Resolución N° 066-2006-PCNM, no sólo incumplía la sentencia de este Tribunal, dictada en el Exp. N° 5156-2006-PA/TC, sino que, además, se reafirmaba en la violación de sus derechos constitucionales al debido proceso y la debida motivación de las resoluciones.

8. En esa oportunidad, el Tribunal precisó que *“La cuestión controvertida (...) radica en determinar si es que el Consejo Nacional de la Magistratura, mediante la expedición de la Resolución N.º 066-2006-PCNM, de fecha 30 de noviembre de 2006, realizó un cabal cumplimiento de la sentencia emitida por este Colegiado sobre este asunto, recaída en el Expediente N.º 5156-2006-PA/TC; o si, por el contrario, reincidió en la afectación de los derechos constitucionales del recurrente al debido proceso y a la debida motivación”*.

Mediante sentencia recaída en el **Exp. N° 0896-2008-PA/TC**, el Tribunal Constitucional declaró *infundado* el recuso de agravio constitucional interpuesto por el recurrente, entre otros, sobre la base de los siguientes fundamentos:

- a. De *un lado*, en cuanto se refiere a la exigencia de haber brindado una audiencia previa al interesado, el Tribunal en el **fundamento 10**, señaló que *“ésta debe tenerse por superada por cuanto este punto ya fue analizado por este Tribunal en los fundamentos 31 a 35 de la sentencia cuya indebida ejecución se reclama (Exp. N° 5156-2006-PA/TC), habiendo concluido en dicha oportunidad que se cumplió con esta exigencia constitucional”*.
- b. De *otro lado*, en cuanto se refiere a la debida motivación de la Resolución N° 066-2006- CNM, el Tribunal en los **fundamentos 12 a 16**, señaló que:

i) de la revisión de la resolución cuestionada se colige que no se han empleado argumentos de índole jurisdiccional, habiéndose limitado el CNM a reseñar las actuaciones del recurrente, en su condición de vocal integrante de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, que a su entender constituyen elementos de hecho que configuran una conducta funcional;

ii) la resolución en cuestión hace mención expresa de los conceptos abstractos, definiendo la conducta funcional como “el comportamiento indebido, activo u omisivo , que, sin ser delito, resulte contrario a los deberes y prohibiciones de los magistrados en el ejercicio de su actividad y sea merecedor de una sanción disciplinaria”, y el desmerecimiento en el concepto público como el que “hace referencia a la imagen pública que el Vocal Supremo proyecta hacia la sociedad, en vez de revalorar la percepción del cargo, lo desmerece, afecta gravemente la imagen del Poder Judicial”;

iii) existe coherencia lógica entre los fundamentos de la resolución y su parte dispositiva, por cuanto los hechos detallados se enmarcan dentro de los conceptos jurídicos indeterminados establecidos en el artículo 31º inciso 2 de la Ley Orgánica del CNM, tales como el desmerecimiento en el concepto público. “[E]stá probado que el magistrado, doctor Vicente Rodolfo Walde Jáuregui, ha incurrido en responsabilidad disciplinaria grave al no haber observado, en su condición de Vocal Supremo, el ordenamiento jurídico vigente, al haber anulado una sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, dictada por la propia Sala que él integra, proyectando hacia la colectividad una imagen de magistrado que no observa conducta e idoneidad propias de su función, afectando, por tratarse de un magistrado de la más alta jerarquía, no solamente su propia imagen, sino la del Poder Judicial, que ante la opinión pública se muestra como un Poder del Estado que no respeta la ley y que, por ende, es fuente de inseguridad jurídica”;

iv) la responsabilidad disciplinaria del recurrente se halla sustentada en los artículos 201º y 202º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prescriben que los miembros del Poder Judicial son responsables disciplinariamente por las irregularidades que cometen en el ejercicio de sus funciones, debiendo cumplir los deberes establecidos en dicha ley, habiendo considerado el CNM que el recurrente, al anular su propia sentencia y dictar otra en la misma instancia, vulneró los artículos 4º y 184º numeral 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y,

v) el CNM mediante la resolución impugnada ha **cumplido** la sentencia, recaída en el Exp. Nº 5156-2006-PA/TC, por lo que este Tribunal advierte que las alegaciones del demandante parecen estar dirigidas más bien a cuestionar nuevamente el sentido de la resolución del CNM.

9. Bajo este marco de consideraciones, nos queda totalmente claro que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. Nº 0896-2008-PA/TC, señaló de manera expresa que el CNM, al momento de emitir la Resolución Nº 066-2006-PCNM **ha cumplido** con lo ordenado en la sentencia constitucional, dictada en el Exp. Nº 5156-2006-PA/TC. Sobre esta base, advertimos ahora, en este extremo, lo que en puridad pretende el accionante es cuestionar *nuevamente* el sentido de la Resolución Nº 066-2006-PCNM, sin tener en cuenta que el fondo de la litis ya ha sido materia de análisis y de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional (Exp. Nº 0896-2008-PA/TC) y que tiene la calidad de *cosa juzgada constitucional*. Es por ello que consideramos que este extremo de la demanda se encuentra comprendido en la causal de improcedencia que implícitamente se deriva del artículo 6º del Código Procesal Constitucional.

La nulidad de la Resolución N.º 249-2007-CNM de fecha 16 de julio de 2007

10. En el *caso* de autos, el actor también solicita la *nulidad* de la Resolución N.º 249-2007-CNM de fecha 16 de julio de 2007, que declaró infundado el recurso de reconsideración contra la Resolución Nº 066-2006-PCNM, por considerar que no sólo incumple la sentencia constitucional, sino que además se violan sus derechos constitucionales al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones. Sobre el particular, debemos señalar que la resolución en cuestión (Resolución Nº 249-2007-CNM) tiene lugar como consecuencia de la impugnación de una resolución (Resolución Nº 066-2006-PCNM) cuya *invalidez constitucional* ya ha sido declarada por el Tribunal Constitucional, pero, además, se aprecia que aquélla se apoya en fundamentos similares a los que se encuentran recogidos en ésta; por lo demás, contiene ésta una debida motivación, pues su fundamentación se materializa en el análisis pormenorizado de cada

una de las imputaciones, pruebas y alegaciones formuladas (fojas 37). Por tanto, somos de la opinión que este extremo de la demanda se encuentra comprendido a su vez en la causal de improcedencia que establece el artículo 5º.7 del Código Procesal Constitucional.

Por estas razones, nuestro voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo en todos los extremos.

Sres.

CALLE HAYEN
URVIOLA HANI

LIMA**SCOTIABANK PERU S.A.A****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 25 días del mes de enero de 2012, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Álvarez Miranda, Presidente; Urviola Hani, Vicepresidente; Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Calle Hayen y Eto Cruz, que se agregan

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Scotiabank Perú S.A.A. contra la resolución expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 440, su fecha 5 de octubre de 2011, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 17 de mayo de 2011, la entidad recurrente interpone demanda de amparo contra la resolución s/n de fecha 5 de abril de 2011 emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el proceso seguido en su contra por Telefónica Móviles S.A., bajo el Expediente CAS. Nº 3313-2009, solicitando que cese la violación de sus derechos constitucionales a la debida motivación, al principio de interdicción a la arbitrariedad, seguridad jurídica y predictibilidad de las resoluciones judiciales y, consecuentemente, se declare la nulidad de la resolución impugnada.

Alega que la mencionada resolución adopta una tesis absolutamente irrazonable y desproporcionada, cual es señalar en su fundamento Décimo Cuarto que sólo los ejecutores coactivos acreditados *ante todas las entidades* estipuladas taxativamente en el artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (Decreto Supremo Nº 069-2003-EF), podrán ordenar embargos o requerir su cumplimiento, lo que a su juicio es fruto de una interpretación literal que vulnera los derechos invocados. En ese sentido, aduce que la resolución cuestionada *i)* incurre en motivación arbitraria, ya que la interpretación hecha del artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva viola el principio constitucional de razonabilidad y no atiende a la *ratio legis* ni a la finalidad de la norma interpretada, generando efectos nocivos para todo el sistema financiero y quebrando la estructura de las cobranzas coactivas, pues con esa interpretación cualquier entidad ante la cual se pretenda hacer valer un mandato coactivo podría negarse a cumplir dicho mandato si el ejecutor coactivo no estuviera inscrito *ante todas las entidades* que se señalan en la norma a nivel nacional; *ii)* desconoce la legislación vigente al momento de los hechos, puesto que el artículo 10 del Decreto Supremo Nº 036-2001-EF exigía la consignación de la suma a cobro como requisito para suspender un mandato coactivo; *iii)* tolera la existencia de fallos contradictorios sobre la legalidad de las cobranzas coactivas, lo cual vulnera la garantía constitucional de la seguridad jurídica y la predictibilidad de las decisiones judiciales, ya que los procesos de revisión judicial de legalidad son la vía específica e idónea para cuestionar precisamente la legalidad de la actuación de los ejecutores coactivos, con mayor razón si en lo que respecta a la actuación del ejecutor coactivo de la Municipalidad de Subjantalla, existía ya al momento de la emisión de la resolución impugnada una resolución judicial firme en el Expediente 01-2003 que rechazaba la demanda de legalidad de la ejecución coactiva, y en lo que respecta a la demanda de legalidad de la ejecución coactiva promovida contra la Municipalidad de San Andrés, el proceso de revisión judicial de legalidad Exp. 008-2003 no se encuentra concluido sino en trámite activo dado que fue apelada la resolución de improcedencia dictada en primera instancia; *iv)* ampara un doble cobro y un enriquecimiento indebido, pues Telefónica ha recuperado y/o está en vías de recuperar el dinero embargado a través de procesos contenciosos administrativos de nulidad de las multas que motivaron las ejecuciones coactivas, contra la Municipalidad de Subtanjalla (Exp. 1543-2003, 14544-2003 y 1595-2003), los cuales han concluido de manera definitiva a favor de Telefónica, teniendo una sentencia ejecutoriada que ordena la restitución de la suma de dinero cobrada; y contra la Municipalidad Distrital de San Andrés (Exp 228-2004), el cual se encuentra en trámite en la vía administrativa.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de junio de 2011, declara improcedente la demanda en aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, por considerar que lo pretendido no es ventilable en un proceso constitucional.

Telefónica del Perú S.A.A., con fecha 23 de septiembre de 2011, se apersona al proceso solicitando que se le incorpore como litisconsorte necesario pasivo en el trámite de apelación, para así poder ejercer su derecho de defensa, dado que la demanda de amparo estaría cuestionando la validez de un proceso en el que Telefónica es parte demandante.

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 5 de octubre de 2011, previa negatoria de lugar al pedido de Telefónica, confirma la apelada y declara improcedente la demanda de amparo, por considerar que, pese a advertirse falta de interés para obrar de parte de Telefónica del Perú S.A.A. en el proceso de cumplimiento de contrato que inició contra Scotiabank S.A.A, y no obstante que la tesis adoptada en la resolución cuestionada hace imposible la ejecución de una resolución coactiva al imponer una carga gravosa a los ejecutores coactivos, dichos supuestos no se encuadran dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, invocado en la demanda.

FUNDAMENTOS

1. § Sobre el rechazo liminar, la necesidad de emitir un pronunciamiento de fondo y la competencia del Tribunal Constitucional para ello

1. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, este Tribunal Constitucional estima necesario pronunciarse sobre una cuestión procesal previa, referida al doble rechazo liminar que ha sido decretado por los juzgadores de las instancias precedentes. En efecto, tal como se aprecia de las resoluciones que obran en autos, tanto el Segundo Juzgado Especializado en lo Constitucional así como la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, han rechazado liminarmente la demanda de amparo de autos en aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, por considerar que la pretensión incoada por la entidad demandante no resulta ventilable en un proceso constitucional.
2. Al respecto, en constante jurisprudencia este Tribunal ha dejado claramente establecido que el rechazo liminar de la demanda de amparo es una alternativa a la que sólo cabe acudir cuando no exista margen de duda respecto de su improcedencia, es decir, cuando de una manera manifiesta se configure una causal de improcedencia específicamente prevista en el artículo 5º del Código Procesal Constitucional, que haga viable el rechazo de una demanda que se encuentra condenada al fracaso y que a su vez restringe la atención oportuna de otras demandas constitucionales que merecen un pronunciamiento urgente sobre el fondo. De este modo, si existen elementos de juicio que admitan un razonable margen de debate o discusión, la aplicación de la figura del rechazo liminar resultará impertinente.
3. Como ha quedado expuesto en los antecedentes de la presente sentencia, los juzgadores de las instancias precedentes han desestimado liminarmente la demanda en aplicación del artículo 5.1º del Código Procesal Constitucional, que dispone que no proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.
4. En efecto, el Segundo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima (Resolución N.º 02 que obra a fojas 328), declara la improcedencia liminar de la demanda de autos bajo el argumento de que,

“(…) al advertirse que la parte recurrente se encuentra cuestionando aspectos que ya han sido objeto de análisis por parte de la sala emplazada, se tiene que lo que pretende en realidad es que realice un nuevo examen de la materia controvertida en el proceso ordinario, hecho que ocasiona que la pretensión incoada deba desestimarse en aplicación del inciso 1) del artículo 5 del Código Procesal Constitucional”.

5. Por su parte, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Resolución N.º 03, obrante a fojas 440) decidió confirmar dicha decisión tras estimar que,

“(…) **si bien es cierto el Colegiado advierte que la tesis que ha sido adoptada** en la Resolución S/N de fecha 05 de abril de 2011 es una tesis que **hace imposible la ejecución de una resolución coactiva al imponer una carga gravosa a los ejecutores coactivos** en el sentido de que les exige probar estar acreditados ante todas las entidades señaladas en el artículo 3 del Decreto Supremo N.º 069-2003-EF y no sólo ante la entidad ante la cual se va a ejecutar la orden coactiva, **lo que constituye una interpretación incorrecta de la norma como señala la parte demandante, lo cierto es que dicho supuesto tampoco se encuentra dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación e interdicción de la arbitrariedad**, por lo que las pretensiones de la parte demandante no pueden ser revisadas en un proceso constitucional de amparo (...)”. (Énfasis agregado)

6. Respecto del pronunciamiento del Segundo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima se aprecia un defecto de motivación, pues se limita a sostener que lo que en realidad pretende la entidad demandante “es que se realice un nuevo examen de la materia controvertida en el proceso ordinario”. Pues bien, tratándose de un proceso de amparo contra resolución judicial, en el que se denuncia la afectación del derecho a la motivación de las resoluciones, es evidente que para determinar ello el juez constitucional debe revisar la cuestión controvertida en el proceso ordinario, pues no de otra manera podrá verificarse si, como se alega, se produjo una afectación de los derechos invocados. No basta, entonces, con utilizar expresiones cliché y sin mayor sustento, sino que, como luego se verá, se requiere de un deber especial de motivación.
7. Lo mismo ocurre con el pronunciamiento de la Quinta Sala Civil, con el agregado de que reconoce, de manera contradictoria, que los hechos sí tienen incidencia en el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, y sin embargo, concluye confirmando el indebido rechazo liminar. Adviértase, además, que la conclusión de que “la tesis adoptada en la resolución cuestionada constituye una interpretación incorrecta de la norma como señala la parte demandante” supone un pronunciamiento de fondo que debe realizarse en el estadio procesal correspondiente, mas no a través del rechazo liminar.
8. Tales pronunciamientos suponen un defecto de motivación que contraviene lo dispuesto por el artículo 47º del Código Procesal Constitucional, en tanto dispone que “Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella resulta manifiestamente improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código”. De lo que se desprende que no basta con invocar por el sólo hecho de hacerlo alguna de las causales previstas en el artículo 5º, sino que se requiere de un deber especial de motivación.
9. En consecuencia, el Tribunal Constitucional no sólo discrepa de ambos razonamientos aun cuando, si bien es cierto, el artículo 5.1º del Código Procesal Constitucional habilita a los jueces para, en el legítimo e independiente ejercicio de la función jurisdiccional, desestimar liminarmente una demanda sino que además, por las consideraciones expuestas *supra*, y por

los hechos descritos en la demanda, entiende que éstos sí se encuadran, *prima facie*, dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En vista de ello, debe concluirse que se ha producido un indebido rechazo liminar de la demanda a nivel de los juzgadores de las instancias previas.

10. Ahora bien, de conformidad con el artículo 20º del Código Procesal Constitucional, este doble e indebido rechazo liminar calificaría como un vicio procesal que, a su vez, exigiría declarar nulas las resoluciones judiciales así expedidas por el *a quo* y el *ad quem*, ordenándoles la admisión a trámite de la demanda de amparo. No obstante, es preciso recordar que, como es jurisprudencia reiterada de este Colegiado,

“[l]a declaración de invalidez de todo lo actuado sólo es procedente en aquellos casos en los que el vicio procesal pudiera afectar derechos constitucionales de alguno de los sujetos que participan en el proceso. En particular, del emplazado con la demanda, cuya intervención y defensa pueda haber quedado frustrada como consecuencia precisamente del rechazo liminar” [Cfr. Sentencia recaída en el Expediente Nº 04587-2004-PA/TC, fundamento Nº 15].

11. Tal construcción jurisprudencial, realizada incluso antes de que entrara en vigencia el Código Procesal Constitucional, se ha sustentado en diferentes principios propios a la naturaleza y fines de los procesos constitucionales y, particularmente, en los de *a) economía, b) informalidad y c) la naturaleza objetiva* de los procesos de tutela de derechos fundamentales. [Cfr. Sentencia recaída en el Expediente Nº 04587-2004-PA/TC, fundamentos Nº 16 a 19].
12. En lo que respecta al principio de economía procesal, este Colegiado ha establecido que si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda, resulta innecesario condenar a las partes a que vuelvan a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicie, no obstante todo el tiempo transcurrido. Con ello, no sólo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes.
13. En lo que concierne al principio de informalidad, este Tribunal tiene dicho que si en el caso existen todos los elementos como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, éste se expedirá respetándose el derecho de las partes a ser oídas por un juez o tribunal, de manera que una declaración de nulidad de todo lo actuado, por el sólo hecho de servir a la ley, y no porque se justifique en la protección de algún bien constitucionalmente relevante, devendría en un exceso de ritualismo procesal incompatible con él "(...) logro de los fines de los procesos constitucionales", como ahora establece el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
14. Finalmente, y no en menor medida, el rechazo liminar de la demanda tampoco ha impedido que este Tribunal, después de percatarse que los derechos de las partes hayan quedado salvados, expida sentencia sobre el fondo en casos en los que la controversia era de notoria trascendencia nacional y, por tanto, de alcances que trascendían al caso concreto, como por ejemplo ocurrió al emitirse la sentencia recaída en el Expediente Nº 04549-2004-PC/TC, donde después de advertirse lo innecesario que resultaba declarar la nulidad de todo lo actuado tras

el impertinente rechazo liminar de la demanda, el Tribunal afirmó que su competencia para expedir sentencias sobre el fondo obedecía a,:

"(...) la necesidad de pronunciamiento inmediato justificada en la particular naturaleza de los hechos discutidos en el presente proceso, los que por otra parte y dado que revisten importancia e incidencia en el ordenamiento, precisan ser abordados de manera prioritaria por este Tribunal en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución".

15. En el presente caso, este Tribunal estima que el rechazo liminar de la demanda de amparo no ha afectado el derecho de defensa del emplazado Poder Judicial y de la empresa Telefónica del Perú S.A.A. tercero que debe participar porque la decisión a recaer en el proceso lo puede afectar como así lo demuestran las instrumentales que obran en autos y lo confirma la línea jurisprudencial asumida por este Colegiado ante supuestos análogos. En efecto, en lo que se refiere al órgano judicial demandado, hemos de recordar que este Tribunal, tratándose de supuestos de amparo contra resoluciones judiciales, como ocurre en el caso de autos, ha estimado que ante afectaciones formales y sustanciales al debido proceso, es posible condicionar la intervención de las partes, no requiriéndose la participación del órgano judicial demandado, al tratarse de cuestiones de puro derecho [Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N° 05580-2009-PA/TC, fundamento 4].
16. En el caso de autos, que la cuestión controvertida sea una de puro derecho, lo demuestra el que la pretensión incoada se circunscriba a cuestionar una resolución judicial, y más específicamente, la interpretación realizada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en torno a un determinado dispositivo legal, razón por la cual, para este Colegiado, la ausencia del órgano judicial emplazado en el proceso de autos no constituye razón suficiente para declarar la nulidad de todo lo actuado. Por lo mismo, y para tales efectos, es claro para este Colegiado no sólo que la constatación en torno de la presunta vulneración requiere tan sólo un juicio de puro derecho o de simple contraste normativo, sino que en autos existen suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento de fondo, de modo que resulta innecesario condenar a las partes a transitar nuevamente por la vía judicial para llegar a un destino que ahora puede dilucidarse.
17. En todo caso, de autos se verifica que los vocales supremos que emitieron la cuestionada resolución, así como el Procurador Público competente han sido notificados en diversas oportunidades con cada uno de los diferentes actos procesales posteriores al concesorio de la apelación, conforme consta a fojas 384, 385, 388, 389, 401, 409, 410, 412, 413, 414, 467, 470, 473, 474, 475, 476, 477, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 546 y 549, con lo cual su derecho de defensa no se ha visto afectado en tanto han tenido conocimiento oportuno de la existencia del presente proceso. Por lo demás, consta a fojas 395 que el Procurador Público del Poder Judicial se apersonó al proceso ante el juez de primera instancia el 8 de agosto de 2011, lo cual reiteró ante la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (fojas 418).
18. Por su parte, en lo que respecta al derecho de defensa de la empresa Telefónica del Perú S.A.A., el Tribunal Constitucional advierte que si bien con fecha 23 de septiembre de 2011 dicha empresa se apersonó al proceso solicitando que se la incorpore como litisconsorte necesaria pasiva durante el trámite de apelación interpuesto por Scotiabank, y que dicho pedido fue desestimado por la Quinta Sala Civil mediante resolución que obra a fojas 438, también es cierto que con fecha 16 de enero de 2012, este Colegiado reprogramó la vista de la causa para

el día 25 de enero de 2012, según consta a fojas 32 del Cuaderno del Tribunal, ordenando que se notifique a Telefónica del Perú S.A.A. con los actuados pertinentes, aún a pesar de que según consta a fojas 537, la Quinta Sala Civil le notificó la resolución mediante la que concedió a la entidad recurrente el recurso de agravio constitucional. Es a partir de esta habilitación que la referida empresa presentó con fecha 24 de enero de 2012 un escrito ante este Colegiado, según consta a fojas 49 del Cuaderno del Tribunal, en el que expresó los argumentos de defensa que consideró pertinentes a sus intereses, realizándose finalmente el día 25 de enero de 2012 la vista de la causa con la participación de dicha empresa.

19. Por todo lo expuesto, para este Tribunal queda claro que el derecho de defensa de la empresa Telefónica del Perú S.A.A. ha quedado plenamente garantizado en la presente causa, pues tuvo la oportunidad de hacer valer su derecho de defensa, como en efecto lo hizo, participando en la vista de la causa programada por este Tribunal para el día 25 de enero de 2012, así como presentando un escrito en el que ha expresado los argumentos de defensa que consideró pertinentes a sus intereses.
20. Asimismo, este Tribunal advierte que el reiterado argumento expresado por la mencionada empresa en el sentido de que *“el demandante Scotiabank no nos incluyó dolosamente como demandados, con la clara intención de evitar que ejercitemos nuestro de defensa”* (escrito presentado ante la Quinta Sala Civil, y escrito obrante a fojas 49 del Cuaderno del Tribunal, presentado ante este Colegiado) no se ajusta por decir lo menos a la realidad de los hechos, pues según consta de la demanda de amparo la recurrente solicitó quinto otrosí a fojas 235 que se emplace a Telefónica del Perú S.A.A. a efectos de que pueda manifestar lo conveniente a su derecho, lo que es coherente con el pedido de fecha 16 de enero de 2012, obrante a fojas 30 del Cuaderno del Tribunal, mediante el cual Scotiabank solicitó a este Colegiado se sirva notificar a aquella empresa *“con el propósito de evitar cualquier nulidad que afecte su derecho al debido proceso”*.
21. Por lo demás, y en la medida en que lo que aquí se cuestiona es una resolución judicial emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, resulta claro que la antes mencionada empresa de telefonía no podía ostentar la calidad de demandada o emplazada, sino la de un tercero con interés en los términos a que se refiere el artículo 43º del Código Procesal Constitucional.
22. Pero de igual forma, este Tribunal encuentra que, por la propia naturaleza de la controversia aquí planteada, interesa también al interés público la solución pronta y definitiva de la cuestión expuesta en la demanda, al ser evidente que ésta, más que un cotejo entre posiciones asumidas individualmente o a título subjetivo, entraña un manifiesto cariz objetivo, que no es otro que las *condiciones que resulta legítimo exigir a los Ejecutores Coactivos para hacer efectivas las acreencias del Estado*. En ese sentido, siendo manifiesta la innegable importancia y trascendencia nacional –porque va mas allá del interés de las partes intervinientes– de las implicancias que sobre el sistema de ejecución coactiva estatal exhibe la materia *sub litis*, vinculada como está a la dimensión objetiva del proceso constitucional de amparo, este Tribunal entiende que, más que una facultad, constituye su deber emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, dado que, como luego se verá, reviste importancia y tiene incidencia en el ordenamiento nacional, de manera que precisa ser abordada de modo prioritario por este Tribunal en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución.

23. Finalmente, y sin perjuicio de lo expuesto, no escapa a la consideración de este Colegiado el que, teniendo en cuenta el plazo de sustanciación que ha llevado la controversia de autos (más de cuatro años, desde que fue expedida la resolución que en primera instancia declaró fundada la demanda de cumplimiento de contrato interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A. contra Scotiabank S.A.A., su fecha 10 de junio de 2007, según consta a fojas 277), la opción de remitir los autos al juez de primera instancia para que éste admita a trámite la demanda de amparo resultaría inoficiosa, de manera que, a juicio de este Tribunal la tutela de urgencia propia de los procesos constitucionales como el amparo incoado se encuentra plenamente justificada, máxime si, como antes quedó dicho: i) la cuestión a dilucidar es una de puro derecho, no siendo necesario actuar medios probatorios; ii) en el expediente obran todos los recaudos suficientes para emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto; iii) se ha garantizado el derecho de defensa de todas las partes intervinientes; y, iv) la controversia reviste innegable importancia y notoria trascendencia nacional.

24. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que una evaluación de los actuados evidencia:

a) En atención al principio de economía procesal, que en autos existen suficientes recaudos y elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, *máxime* cuando la cuestión a dilucidar es de puro derecho y no se requiere la actuación de medios probatorios.

b) Por lo que hace al principio de informalidad, que el rechazo liminar de la demanda no ha afectado el derecho de defensa del emplazado Poder Judicial y de la empresa Telefónica del Perú S.A.A., quienes fueron notificados e incluso participaron de la vista de la causa ante este Tribunal a través de la Procuradora Pública competente y sus abogados, respectivamente.

c) En lo que respecta a *la naturaleza objetiva* de los procesos de tutela de derechos fundamentales como el amparo incoado, es innegable la importancia y notoria trascendencia nacional de la controversia por las cuestiones que ella conlleva y, por tanto, de alcances que trascienden al caso concreto y al interés de las partes intervinientes en el proceso.

d) Por último, y no por ello menos importante, porque la tutela de urgencia del proceso de amparo incoado se encuentra plenamente justificada, en la medida que la controversia de autos lleva más de cuatro años desde que fue expedida la resolución que en primera instancia declaró fundada la demanda de cumplimiento de contrato interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A. contra Scotiabank S.A.A., de manera que reviste capital importancia para el aparato de ejecución coactiva del Estado que se defina de manera pronta y definitiva la solución de la cuestión controvertida.

Por lo mismo, el Tribunal Constitucional considera que es competente para resolver el fondo de la controversia.

2. § Delimitación del petitorio y de la materia constitucional relevante

25. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de la Resolución de fecha 5 de abril de 2011 emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declaró infundado el recurso de casación interpuesto por Scotiabank S.A.A. en el proceso seguido con Telefónica Móviles S.A. bajo el Expediente CAS N.º 3313-2009 (proceso de cumplimiento de contrato).

26. La entidad demandante considera que la impugnada resolución vulnera su derecho a la motivación de las resoluciones judiciales toda vez que incurre en una serie de arbitrariedades al aplicar erróneamente el artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva, bajo un

criterio que, según alega, permitiría a cualquier entidad ante la cual se pretenda hacer valer un mandato coactivo, negarse a cumplir con dicho mandato si el ejecutor coactivo no estuviera inscrito, a nivel nacional, ante toda la lista de entidades que se señalan en la citada norma, frustrándose así cualquier procedimiento de ejecución coactiva conducido por el Estado.

27. En ese sentido, este Tribunal Constitucional estima que la controversia en el caso de autos se circunscribe a verificar si en la casación materia de análisis se ha realizado, o no, una correcta aplicación del artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva. Siendo así, el Tribunal observará los siguientes pasos para resolver la controversia: *en primer lugar*, identificará el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en particular, cómo ha de motivarse la premisa normativa; y *en segundo lugar*, verificará si la aplicación de la norma acotada en la casación materia de este proceso, limita de forma desproporcionada e irrazonable los derechos invocados por la entidad demandante, así como otros bienes jurídicos que la Constitución reconoce.

3. § Verificación de la existencia de contenidos de relevancia constitucional

28. En el presente caso, teniendo en cuenta los elementos concretos que obran en el expediente, se evidencia que uno de los principales problemas que se plantean es el relacionado con la interpretación de la primera parte del artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, que a la letra establece que,

Artículo 3.- Función del Ejecutor Coactivo

“(…)

3.3 Sólo los Ejecutores Coactivos debidamente acreditados ante las entidades del Sistema financiero y bancario, la Policía Nacional del Perú, las diferentes oficinas registrales del territorio nacional y ante el Banco de la Nación, podrán ordenar embargos o requerir su cumplimiento (…)”

29. En efecto, se aprecia que el considerando Décimo Cuarto de la resolución judicial aquí impugnada se fundamenta en la aplicación del precitado artículo, interpretación esta última que la entidad recurrente cuestiona en su demanda, por afectar su derecho a la motivación de las resoluciones judiciales e imponer una carga demasiado gravosa a los ejecutores coactivos en su labor de cobranza. En consecuencia, este Tribunal estima que, existiendo relevancia constitucional en la interpretación del mencionado dispositivo legal, corresponde emitir pronunciamiento sobre la controversia de autos.
30. A mayor abundamiento, conviene precisar, además, que la pretensión del banco recurrente sí es una susceptible de protección mediante el presente proceso de amparo, pues si bien, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, la interpretación de las normas ordinarias (Código Civil, Código Procesal Civil, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva y su Reglamento etc.) es, en general, una competencia propia de la justicia ordinaria, existen casos en que la jurisdicción constitucional sí se encuentra habilitada para emitir un pronunciamiento respecto de la interpretación de la ley, precisamente cuando tal interpretación incida de modo arbitrario en determinados derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales.

4. § El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales: concepto y análisis del caso en concreto

31. De conformidad con el artículo 139.3º de la Constitución, toda persona tiene derecho a la observancia del debido proceso en cualquier tipo de procedimiento en el que se diluciden sus derechos, se solucione un conflicto jurídico o se aclare una incertidumbre jurídica. Como lo ha enfatizado este Tribunal, el debido proceso, tanto en su dimensión formal como sustantiva, garantiza el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia [Cfr. por todas, Sentencia recaída en el Expediente N.º 07289-2005-AA/TC, fundamento 3].
32. Pero el derecho fundamental al debido proceso, preciso es recordarlo, se caracteriza también por tener un contenido, antes bien que unívoco, heterodoxo o complejo. Precisamente, uno de esos contenidos que hacen parte del debido proceso es el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, reconocido en el artículo 139.5º de la Constitución.
33. La jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas “garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables” [Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N.º 01230-2002-HC/TC, fundamento 11]. De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto como un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables [Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N.º 08125-2005-HC/TC, fundamento 10].
34. En su interpretación sobre el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, el Tribunal Constitucional ha formulado una tipología de supuestos en los cuales dicho contenido resulta vulnerado, como es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N.º 03943-2006-PA/TC, en la que el Tribunal reconoció las siguientes hipótesis de vulneración:

a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente*

b) *Falta de motivación interna del razonamiento*, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas*, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].

d) *La motivación insuficiente*, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) *La motivación sustancialmente incongruente*. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal

(incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

35. De manera que, si bien no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, cierto es también que el deber de motivar constituye una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso.
36. Así, en aplicación de los conceptos antes aludidos al caso de autos, este Tribunal advierte que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia sostiene la tesis de que, para afirmar la legalidad de una cobranza coactiva, es indispensable que los Ejecutores Coactivos estén acreditados ante todas las entidades a que se contrae el tantas veces citado artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva. En efecto, esta conclusión puede derivarse claramente de una lectura del considerando Décimo Cuarto que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia expone en la resolución cuestionada, en la que sostiene que,

“(…) en rigor, analizada la norma en cuestión, se colige que sólo los Ejecutores Coactivos acreditados ante las entidades que dicho numeral establece taxativamente, podrán ordenar embargos o requerir su cumplimiento. Esta afirmación deriva de la interpretación literal efectuada al artículo en mención pues el mismo enumera las entidades ante las cuales deben estar acreditados los Ejecutores Coactivos, enumeración taxativa que denota una conjunción copulativa al utilizarse la palabra “y”. Esa interpretación constituye una garantía que la ley impone para evitar el fraude. De no cumplir puntualmente con esta exigencia legal los Ejecutores Coactivos carecerían de la facultad para ordenar embargos o requerir su cumplimiento” (énfasis agregado)

37. Más aún, como consecuencia derivada de este razonamiento, la Sala Civil Permanente llega a afirmar, en este mismo considerando, que,

“La norma discutida obliga a los terceros a exigir, bajo responsabilidad, la acreditación antes referida, quienes inclusive quedan dispensados de ejecutar las medidas cautelares que sean dictadas en caso la acreditación no sea cumplida y/o no se encuentre conforme a lo establecido en la presente norma, por consiguiente, es evidente que no se configura la infracción normativa sustantiva denunciando (sic), resultando infundado este extremo del recurso [de casación]” (énfasis agregado)

38. Como se puede apreciar, en criterio de la Sala Civil Permanente, no sólo resulta que los Ejecutores Coactivos deben estar acreditados ante todas las entidades taxativamente señaladas en el artículo 3.3. del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva para hacer cumplir sus mandatos, sino que también tales entidades están obligadas a exigir el cumplimiento escrupuloso de dicha acreditación, pudiendo negarse, en su criterio, a ejecutar medidas cautelares que no satisfagan el mencionado requisito.
39. A juicio del Tribunal Constitucional, tal razonamiento vulnera el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en un doble sentido: *en primer lugar*, porque los argumentos brindados por la Sala Civil Permanente están insuficientemente motivados, pues no resuelven con un

mínimo de solvencia la causal de casación formulada en su momento por la parte demandante; y *en segundo lugar*, porque incurre en un supuesto de motivación incongruente, al momento de enunciar un argumento *ultra petita* que no había sido invocado por el demandante.

40. En relación con el primer punto, es claro para este Colegiado que, siendo la interpretación del artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva una cuestión de medular importancia para resolver el recurso de casación interpuesto (como así lo demuestra el voto en discordia que acompaña a la sentencia), tal relevancia obligaba a la Sala Civil Permanente a exponer detalladamente los argumentos en base a los cuales estimaba infundada la causal invocada en dicho recurso referida a la interpretación del citado artículo. Lo que se advierte, sin embargo, es que muy por el contrario, la Sala se limitó a realizar una “interpretación literal” del mencionado artículo, obviando expresar las razones de fondo por las cuales desestimaba la tesis interpretativa formulada, a su vez, por Scotiabank, consistente en afirmar que los Ejecutores Coactivos sólo debían estar acreditados ante la entidad ante la cual pretendían hacer efectivo el cobro de su acreencia, y no ante todas las entidades mencionadas en la norma en cuestión. A juicio de este Tribunal, el que la Sala demandada haya recurrido a una interpretación textual del artículo 3.3. del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva, desentendiéndose así de las razones objetivas que habían sido esgrimidas por Scotiabank S.A.A para sustentar su causal de casación, revela que dicho razonamiento no constituye una respuesta adecuada y razonable al recurso interpuesto por dicha entidad.
41. Pero, por otro lado, este Tribunal encuentra también que la Sala Civil Permanente incurre en un supuesto de *motivación incongruente* (incongruencia activa), pues desvinculándose de los términos estrictos de la causal de casación invocada, fue más allá en la definición de un supuesto deber de los terceros (entidades bancarias) de exigir a los Ejecutores Coactivos, bajo responsabilidad, su acreditación *ante todas* las entidades a que se refiere el artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva, como requisito para proceder a la retención de los fondos correspondientes. Al ser este pronunciamiento una desviación o alteración del debate procesal fijado en el recurso interpuesto, cuyos términos giraban en torno al deber de diligencia observado por Scotiabank S.A.A al retener los fondos de Telefónica del Perú S.A.A., este Tribunal estima que tal declaración, además de *ultra petita*, constituye un supuesto de motivación incongruente.
42. Precisamente, vinculado con este último extremo, cabe precisar que la entidad recurrente aduce también en su demanda de amparo que la resolución impugnada resulta irrazonable y desproporcionada, pues impone un requisito desmedido a las entidades del Estado para ejecutar coactivamente sus cobranzas ante las entidades financieras del país. Al respecto, señala en su recurso de agravio constitucional, obrante a fojas 510,

“Nótese además que la interpretación sostenida por la Resolución Judicial Impugnada no solo es absurda y carente de motivación sino que [además] pretende generar efectos nocivos para todo el sistema financiero y quebrar tod[a] la estructura de las cobranzas coactivas. En efecto, bajo esta interpretación, cualquier entidad ante la cual se pretenda hacer valer un mandato coactivo podría negarse a cumplir con dicho mandato si el Ejecutor Coactivo no estuviera inscrito ante, por ejemplo, una de las oficinas registrales a nivel nacional (¡basta que no estuviera inscrito solo ante una de ellas!), sin importar su lejanía o que se ubique fuera de su ámbito de competencia. Esto, señores Magistrados, implica un precedente nefasto para el sistema, pues virtualmente permitiría frustrar cualquier procedimiento de ejecución coactivo conducido por el Estado peruano”.

43. El Tribunal Constitucional encuentra razonable y atendible el argumento esgrimido por la entidad demandante. Sin embargo, entiende también que para constatar si la interpretación realizada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resulta, además de indebidamente motivada, arbitraria o irrazonable, es preciso aplicar el *test* de proporcionalidad a la resolución de autos.
44. En ese sentido, y atendiendo a la circunstancia de que, en lo sucesivo, este Tribunal realizará un control constitucional de la interpretación realizada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República al interpretar el artículo 3.3. del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva en la resolución cuestionada, importante será recordar que, conforme a la jurisprudencia de este Colegiado,

“[l]a Corte Suprema, como cualquier otro poder público, se encuentra sujeta al principio de interdicción de la arbitrariedad”, por lo que sus decisiones se encuentren sujetas a control en el ámbito de la justicia constitucional [Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N.º 03151-2006-AA/TC, Fundamento 3].

Naturalmente, dicho control no pasará por determinar el derecho material (ordinario) discutido en el caso, sino tan sólo si el órgano de la jurisdicción ordinaria ha cumplido con su deber de respetar y garantizar los valores y principios que la Constitución reconoce, en el seno del proceso judicial en el cual ha hecho ejercicio de su competencia.

5. § El principio de proporcionalidad en el caso de autos

45. Independientemente de los derechos y principios cuya violación invoca la entidad recurrente (*v.gr.* debida motivación, y principios de interdicción de la arbitrariedad, seguridad jurídica y predictibilidad de las resoluciones judiciales), así como de los argumentos que sustentan su pretensión, el Tribunal Constitucional advierte que la controversia de autos guarda relación la con la garantía institucional de la autonomía municipal, de manera que, en aplicación del artículo VIII del Título Preliminar Código Procesal Constitucional, considera pertinente pronunciarse respecto de ella. Así, en el presente caso, el examen de proporcionalidad recaerá sobre la interpretación esgrimida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en torno al artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.
46. De este modo, este Tribunal podrá verificar si, en el presente caso, la interpretación de la mencionada Sala limita en modo desproporcionado o no la garantía institucional de la autonomía municipal, reconocida en el artículo 194º de la Constitución, y manifestada en este caso en la posibilidad de que las municipalidades hagan efectivas sus acreencias a través del aparato coactivo del cual disponen legalmente.
47. Para entender los alcances de esta limitación, será preciso acudir al tenor del artículo 194º de la Constitución, el cual dispone que “[l]as municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia (...)”. Es del caso precisar que el Tribunal Constitucional ha señalado (Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N.º 0013-2003-AI/TC) que, frente a la diversidad de significados y contenidos que reviste la garantía institucional de la autonomía municipal, deben tenerse en consideración, principalmente, los siguientes elementos:

“a) *contenido subjetivo u organizativo* de la autonomía: la existencia de las municipalidades; b) *contenido objetivo o sustantivo* de la autonomía, esto es, la autonomía como garantía de la gestión de los asuntos que interesen a la comunidad local; y c) *contenido institucional* de la autonomía, que hace referencia a la posición de las municipalidades en el desempeño de sus funciones, es decir, la autonomía como ejercicio bajo la propia responsabilidad del ámbito de funciones públicas confiado por el legislador, con lo que se alude a cierto grado de libertad e independencia que caracteriza la posición de la actuación de las municipalidades frente a injerencias de instancias superiores”.

48. Asumiendo esta perspectiva, este Tribunal considera que la interpretación formulada por la Sala emplazada en la resolución de autos implica, *prima facie*, una afectación a la garantía institucional de la autonomía municipal en su *dimensión institucional*, reconocida en el artículo 194º de la Constitución, en la medida que impone a las municipalidades distritales y provinciales de todo el país la obligación de que sus Ejecutores Coactivos estén acreditados *ante todas* las entidades mencionadas en el artículo 3.3. del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva, como requisito previo para hacer efectivas sus acreencias.

Identificación de la medida objeto de control de proporcionalidad. Distinción entre “disposición” y “norma”

49. Como antes quedó expuesto, el artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva prescribe que “[s]ólo los Ejecutores Coactivos debidamente acreditados ante las entidades del sistema financiero y bancario, la Policía Nacional del Perú, las diferentes oficinas registrales del territorio nacional y ante el Banco de la Nación, podrán ordenar embargos o requerir su cumplimiento(...)”. Al respecto, cabe precisar que conforme lo ha sostenido este Tribunal en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 00010-2002-AI/TC, fundamento 34, en todo precepto legal se puede distinguir entre: a) el texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición); y, b) el contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma).

50. Pues bien, de una lectura preliminar del artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (*disposición*) es posible desprender una serie de sentidos interpretativos (*normas*), todos ellos potencialmente aplicables al interior del proceso ordinario aquí cuestionado. Sin embargo, el control constitucional que se efectuará en esta sede recaerá en aquella *norma* que fue aplicada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia al emitir la resolución s/n de fecha 5 de abril de 2011. Esa norma es: “Solo los ejecutores coactivos debidamente acreditados ante todos los siguientes organismos: entidades del sistema financiero y bancario, Policía Nacional del Perú, las diferentes oficinas registrales del territorio nacional y el Banco de la Nación, podrán ordenar embargos o requerir su cumplimiento”.

Examen de idoneidad

51. En tal sentido, corresponde evaluar: *i)* el objetivo y finalidad de relevancia constitucional que se persiguen con la intervención en los principios constitucionales; y *ii)* la adecuación de la medida, es decir, verificar si la medida estatal es adecuada o no para lograr la mencionada finalidad de relevancia constitucional.

i) Objetivo y finalidad de la intervención (medio – fin)

52. Para determinar el *objetivo*, esto es, el estado de cosas que se pretende lograr con la enumeración de una serie de entidades ante las cuales deben estar acreditados los Ejecutores Coactivos para ordenar embargos o requerir su cumplimiento, resulta válido acudir a lo expresado por la propia Sala en la resolución cuestionada, cuando afirma que su interpretación del artículo 3.3. del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva “constituye una garantía que la ley impone para evitar el fraude”. De lo cual se desprende que el *objetivo* de la interpretación sostenida por la Sala consiste en evitar el fraude en los procedimientos de ejecución coactiva, al impedir que terceros no autorizados y legitimados por la entidad correspondiente pretendan la ejecución de embargos inexistentes.
53. Ahora bien, este objetivo se justifica en la prosecución de determinados principios constitucionales tales como el principio de seguridad jurídica y de orden público, que se derivan de la fórmula de Estado de Derecho contenida en los artículos 3º y 43º de la Constitución, así como en la proscripción del abuso del derecho, reconocida en su artículo 103º segundo párrafo. Así las cosas, se advierte que el objetivo de la disposición legal cuestionada se justifica en la prosecución de *finés* que tienen cobertura constitucional.

ii) Adecuación de la medida

54. Se trata ahora de determinar si la medida adoptada, esto es, *interpretar* que la lista de entidades que establece el artículo 3.3. del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva es una lista taxativa, es adecuada o conducente al objetivo antes mencionado. La respuesta es afirmativa. El *objetivo* de impedir el abuso del derecho, favorecer la seguridad jurídica y legitimar la acción de los Ejecutores Coactivos, puede lograrse a través de la interpretación esbozada por la Sala Civil demandada.
55. Es importante destacar que la verificación sobre si una determinada medida estatal es adecuada o no para lograr un objetivo basado en un fin de relevancia constitucional, no implica un pronunciamiento respecto de si tal medida es la mejor, o no, o si es necesaria, o no, pues tal pronunciamiento recién se realizará en el siguiente examen (el de necesidad).

Examen de necesidad

56. Dado que la medida cuestionada ha superado el examen de idoneidad, corresponde ahora verificar si supera también el examen de necesidad. Bajo este examen se analiza si existen interpretaciones alternativas a la optada por el juez, que no sean gravosas o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata de comparaciones entre medios (relación medio-medio). De un lado, el medio estatal cuestionado, y de otro lado otros medios alternativos (hipotéticos) que se hubieran podido adoptar para alcanzar el mismo fin de relevancia constitucional. Por ello, los medios alternativos han de ser igualmente idóneos. En el caso se trata entonces de examinar si frente a la interpretación adoptada por los jueces de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República –esto es, afirmar *que el Ejecutor Coactivo se encuentre acreditado ante todas las entidades consignadas en el artículo 3.3. del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva*– había medidas alternativas menos lesivas pero igualmente aptas para alcanzar el *objetivo* de los principios constitucionales antes señalados.
57. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que la interpretación adoptada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República no resulta absolutamente necesaria para la consecución del objetivo que se pretende, vale decir, impedir el abuso del

derecho, favorecer la seguridad jurídica y legitimar las actuaciones de los ejecutores coactivos, pues el mismo objetivo pudo haberse logrado mediante una interpretación distinta, igualmente idónea al fin previsto, pero menos restrictiva de la garantía institucional de la autonomía municipal antes aludida, cuál era entender que la acreditación sólo resultaba exigible ante la entidad frente a la cual el Ejecutor Coactivo pretende hacer efectiva su acreencia.

58. No otra cosa, en efecto, se desprende de la *ratio legis* de la norma en cuestión, cual es vincular la acreditación exigida con la naturaleza de la medida cautelar que va a ser ejecutada: así, si se tratara de un embargo en forma de secuestro que requiere el auxilio de la fuerza pública, lo razonable será exigir que el Ejecutor Coactivo esté acreditado ante la Policía Nacional del Perú; tratándose de un embargo en forma de inscripción, deberá estarlo ante la oficina registral correspondiente; mientras que, tratándose de un embargo en forma de retención, como en el caso de autos, bastará con que el Ejecutor Coactivo esté acreditado ante la entidad financiera correspondiente; requisito este último que, como consta de los actuados, fue verificado y cumplido a cabalidad tanto por Scotiabank S.A.A. como por el Ejecutor Coactivo.

59. En ese sentido, deviene en arbitrario que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República haya aplicado el citado dispositivo legal de una manera tan estricta y literal, que termine imponiendo un requisito de imposible cumplimiento a las municipalidades y demás órganos estatales, desnaturalizando de este modo todo el sistema de ejecución coactiva del Estado en su conjunto así como la garantía institucional de la autonomía municipal, en su *contenido institucional*.

60. Por lo demás, no escapa a la consideración de este Colegiado que, para el caso específico de los gobiernos locales, el artículo 3.4 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva dispone expresamente que “(...) el ejecutor coactivo no podrá realizar sus funciones fuera de la provincia a la que pertenece la entidad que representa”, por lo que mal hace la Sala al exigir a tales Ejecutores estar acreditados ante entidades frente a las cuales, en virtud de este numeral, no podrán ejercer sus funciones. Esto último revela no sólo que la opción interpretativa hipotética antes formulada tiene pleno asidero legal, sino también que la opción opuesta, la formulada por la Sala es, además de irrazonable y desproporcionada, manifiestamente incorrecta.

61. En suma, habiéndose verificado que la interpretación del artículo 3.3. del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva, sostenida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, no supera el examen de necesidad, y consecuentemente que dicha interpretación restringe injustificadamente la garantía institucional de la autonomía municipal y el sistema de ejecución coactiva del Estado en su conjunto, debe declararse la inconstitucionalidad de la interpretación del citado dispositivo (*norma* o sentido interpretativo) realizada por los jueces supremos, por resultar irrazonable y desproporcionada.

Examen de proporcionalidad en sentido estricto

62. No obstante haberse determinado que la interpretación sostenida por la Sala demandada no supera el examen de necesidad, y en consecuencia, es inconstitucional, cabe adicionalmente someter dicho criterio interpretativo al examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, con arreglo al cual “cuanto mayor sea la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional”; examen éste que, si bien no añadirá nada a la conclusión antes formulada,

permitirá evidenciar con mayor claridad aún el agravio constitucional generado por la resolución cuestionada.

63. Partiendo, pues, de esta premisa, el Tribunal Constitucional observa que la Sala Civil demandada tampoco ha realizado una adecuada ponderación de los bienes y derechos en conflicto, pues otorgó mayor peso, sin mayor fundamento, al valor de la seguridad jurídica en el sistema de acreditación de los Ejecutores Coactivos, en detrimento de la garantía institucional de la autonomía municipal y de la propia eficacia del sistema de ejecución coactiva en su conjunto, más aún cuando ello condujo a la afectación del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales según lo expuesto *supra*, al imponer un requisito de imposible cumplimiento a las entidades estatales para hacer efectivas sus acreencias a través del sistema financiero, desconociendo de este modo la innegable importancia que ostenta para el Estado la regularidad y permanencia de dicho sistema, amén de situar a las entidades del sistema financiero –como el banco recurrente– en una situación de incertidumbre respecto de la legitimidad de su accionar y las consecuencias de ello, al no poder prever sus futuras responsabilidades de orden civil y penal. Por esta razón adicional, entonces, la interpretación de la Sala demandada también resulta irrazonable y desproporcionada.

6. § Derecho a la seguridad jurídica y proscripción del abuso del derecho

64. En otro extremo de su demanda, la sociedad recurrente manifiesta que la resolución judicial cuestionada vulnera también la garantía constitucional de la seguridad jurídica, pues ha sido emitida en el marco de un proceso viciado por la manifiesta falta de interés para obrar de Telefónica, al no haberse tenido en cuenta que el proceso iniciado contra Scotiabank S.A.A. persigue la misma función satisfactiva (esto es, la restitución del monto que fue materia de cobranza coactiva) que los procesos contencioso administrativos previamente iniciados por Telefónica S.A.A. contra las municipalidades ejecutantes.

65. Al respecto, de la copia de la resolución cuestionada, de fecha 5 de abril de 2011, el Tribunal Constitucional constata que, efectivamente, la recurrente alegó como causal de su recurso de casación la *infracción a las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales*, aduciendo que,

“(…) la Sala Superior ejerciendo su deber permanente de saneamiento del proceso debió advertir que Telefónica del Perú S.A.A. carece manifiestamente de interés para obrar en tanto que la materia que se discute en este proceso no difiere de lo que es materia de discusión en el proceso de revisión judicial de legalidad del procedimiento de cobranza coactiva iniciado por la misma, concluyendo el banco recurrente que la demanda debió ser declarada improcedente en virtud de lo establecido en el artículo 427, inciso 2 del Código Procesal Civil” (Considerando Primero)

66. En su análisis sobre esta causal específica, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió declararla infundada pues, a su juicio, el interés para obrar de Telefónica S.A.A. se manifestaba en la necesidad de solicitar en la vía civil el cumplimiento de la relación contractual celebrada con el Banco Wiese Sudameris (hoy Scotiabank), a fin de que este último le restituya la suma de dinero depositada e indebidamente retenida y entregada a terceros; mientras que, por el contrario,

“(…) los mencionados procesos de revisión judicial del procedimiento coactivo tienen como finalidad la revisión de la legalidad de dicho procedimiento en el cual se denota la relación existente entre el administrado y la administración, relación jurídica distinta a la que es materia de discusión, no pudiendo

ser objeto de análisis en esta vía las relaciones administrativas entre Telefónica del Perú y las municipalidades ejecutante[s]" (Considerando Décimo).

67. El Tribunal Constitucional no comparte esta apreciación de la Sala y entiende, por el contrario, que ella avala un supuesto de abuso del derecho proscrito por el artículo 103º de la Constitución, a la vez que afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales, reconocido implícitamente por la Constitución. En efecto, de las instrumentales que obran a fojas 41, 61, 85 y 90, queda plenamente acreditado que, con fecha anterior a la expedición de la resolución judicial aquí cuestionada, la empresa Telefónica S.A.A. impulsó en la vía ordinaria una serie de procesos judiciales contra las Municipalidades de San Andrés y Subjantalla, uno de los cuales se encuentra actualmente en trámite, y el otro, con sentencia definitiva favorable a dicha empresa. Así pues,

- A fojas 41, obra la **Resolución N.º 65**, su fecha 3 de abril de 2009, expedida por la Sala Transitoria Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente N.º 0638-2008), que resuelve declarar improcedente la demanda interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A., sobre revisión judicial, contra la Municipalidad Distrital de San Andrés y otros. Según el Reporte del Sistema de Seguimiento de Expedientes del Poder Judicial (obrante a fojas 52), se observa que este proceso se encuentra en trámite de apelación, ante la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Expediente N.º 321-2010).

- A fojas 61, obra la **Resolución N.º 21**, su fecha 30 de mayo de 2006, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica (Expediente N.º 2003-1543) que reformando la apelada, resuelve declarar fundada la demanda interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A. en contra de la Municipalidad Distrital de Subjantalla, sobre impugnación de resolución administrativa, y en consecuencia nulas las Resoluciones de Alcaldía N.ºs 066-2003-MDS-A y N.º 048-03-MDS/A, ésta última que modificó el monto de la multa inicialmente impuesta a la suma de 1'000,240.00 nuevos soles, y nulo todo lo actuado a nivel administrativo, debiendo la entidad edil demandada restituir los montos indebidamente abonados por la demandante como consecuencia de la imposición de multas. Cabe señalar que, según el Reporte del Sistema de Seguimiento de Expedientes del Poder Judicial (obrante a fojas 68), existe una medida cautelar de embargo, en el Expediente N.º 1544-2003, de Telefónica del Perú contra la Municipalidad de Subjantalla. Igualmente, a fojas 71, según la demandante, se viene ejecutando una medida cautelar de embargo a favor de Telefónica.

- A fojas 85, obra la **Resolución N.º 35**, su fecha 24 de abril de 2006, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica (Expediente N.º 2003-1595), mediante la cual, reformando la apelada, declaró fundada la demanda interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A. contra la Municipalidad Distrital de Subjantalla, sobre impugnación de resolución administrativa, y en consecuencia, nulo el expediente administrativo del cual derivaron las Resoluciones de Alcaldía N.º 067-2003-MDS/A y N.º 050-2003-MDS/A, sobre recurso de reconsideración y modificación del monto de la multa impuesta.

- A fojas 90, obra la **Resolución N.º 37**, su fecha 7 de mayo de 2007, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Pisco (Expediente N.º 2004-228), mediante la cual, confirmando la apelada, declara fundada en parte la demanda interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A. contra la Municipalidad de San Andrés, sobre proceso contencioso administrativo, y en consecuencia, nulo el oficio N.º 0148-2004-MDSA/ALC, que suspende el trámite de solicitud de nulidad presentada contra la Multa N.º 001-2003-UR-MDSA y ordena que la Municipalidad demandada expida nueva resolución en el plazo de diez días y vuelva a calificar el recurso de reconsideración presentado por Telefónica del Perú S.A.A., careciendo de objeto que se emita pronunciamiento respecto de la pretensión accesoria de nulidad de actos derivados que se sustente en la resolución impugnada.

68. En ese sentido, y sin que resulte necesario que este Tribunal se pronuncie sobre el *interés para obrar* que le asistía Telefónica S.A.A. en el proceso civil de cumplimiento de contrato del cual emana la resolución judicial aquí cuestionada, elemento éste cuya apreciación corresponde

exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Constitucional estima que el criterio asumido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República vulnera los principios constitucionales de seguridad jurídica y proscripción del abuso del derecho, pues no obstante conocer de la pre-existencia de estos procesos, desestimó inexplicablemente la causal de casación referida a estos hechos, restándole así importancia al accionar de Telefónica S.A.A. para hacer un doble cobro de su acreencia, intención ésta que queda plenamente acreditada con las instrumentales citadas *supra*.

69. Sobre el particular, debe recordar este Tribunal que la cláusula constitucional que proscribe el abuso del derecho, aplicada al ámbito de los derechos fundamentales, supone la prohibición de desnaturalizar las finalidades u objetivos que sustentan la existencia de cada atributo, facultad o libertad reconocida sobre las personas [*Cfr.* Sentencia recaída en el Expediente N.º 05296-2007-PA/TC, fundamento 12]. Los derechos, pues, no pueden utilizarse de una forma ilegítima o abusiva, como ocurre en el presente caso, en que la empresa Telefónica S.A.A. pretenda obtener un doble beneficio por una misma causa, lo que a todas luces resulta inconstitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo, y en consecuencia, **NULA** la resolución s/n de fecha 5 de abril de 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República derivada del Expediente CAS. N.º 3313-2009.
2. Dispone que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emita una nueva resolución tomando en consideración los fundamentos expuestos en la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS

EXP. N.º 00037-2012-PA/TC
LIMA
SCOTIABANK PERU S.A.A

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto que me merece el voto en mayoría, expreso mi disconformidad con los fundamentos expuestos, por lo que procedo a emitir el presente voto singular, por las consideraciones siguientes:

1. Que con fecha 17 de mayo del 2011, Scotiabank Perú S.A.A. interpone demanda de amparo en contra de la Resolución sin número de fecha 5 de abril del 2011 emitida por la Sala Civil Permanente de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emitida en la causa seguida por Telefónica Móviles S.A.A. contra Scotiabank, sobre Cumplimiento de Contrato, expediente N° 3317-2009, mediante la cual se resuelve declarar Infundado el Recurso de Casación interpuesto por la ahora demandante. Refiere que la resolución impugnada ha sido dictada con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, motivación de las resoluciones judiciales, interdicción de la arbitrariedad y la garantía constitucional de la seguridad jurídica y de la predictibilidad de las decisiones. Precisa que tuvo que cumplir y ejecutar embargos definitivos en forma de retención trabajados en vía coactiva por las Municipalidades Distritales de San Andrés y de Subjantalla en contra de Telefónica y que ante ello Telefónica interpuso una demanda contra Scotiabank por el hecho de acatar los embargos coactivos y que el Banco habría violado el contrato de prestación de servicios bancarios celebrado con Telefónica y que por lo tanto debía devolver la suma de dinero que fue entregada a las municipalidades.

2. Sostiene que la Resolución materia de amparo propugna una interpretación ilegal absurda del artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva, y desconoce la legislación vigente al momento de los hechos y ampara un doble cobro y un enriquecimiento indebido por parte de telefónica, pues ésta ha recuperado o va a recuperar todo el dinero embargado a través de dos procedimientos contenciosos administrativos preexistentes seguidos contra las Municipalidades ejecutantes, en los que se discute la validez de las multas que fueron cobradas coactivamente mas no se discute la legalidad del procedimiento de cobranza, procesos que ya cuentan con sentencia firmes y embargos firmes a favor de telefónica. Precisa que los fondos recuperados por Telefónica en estos procesos son los mismos fondos cuya restitución se le solicita al Banco en este proceso, por lo que refiere que es evidente que se pretende un doble cobro, el cual ha sido inexplicablemente amparado por la Sala Suprema y la Resolución Impugnada.

3. Atendiendo a los argumentos expuestos, nos remitimos a cada uno de los supuestos derechos vulnerados; así tenemos que respecto a la Tutela Procesal efectiva, sostiene la demandante que Telefónica carece de legitimidad para obrar en el proceso de Cumplimiento de Contrato, en razón a que existe un proceso pendiente sobre Revisión del proceso de Ejecución Coactiva; al respecto nos remitimos a la Sentencia emitida en la causa N° 638-2008 seguida por la Telefónica del Perú contra la Municipalidad de San Andrés y otros sobre Revisión Judicial, cuya copia corre a fojas 41-50, mediante la cual podemos advertir que si bien se interpuso el proceso de revisión, esta fue desestimada, en razón a que la fundamentación de la demanda se circunscribe básicamente a cuestionar la legalidad de la medida cautelar previa dispuesta por el Ejecutor Coactivo de la Municipalidad Distrital de San Andrés y no la revisión del Procedimiento de Ejecución Coactiva; no obstante ello, la Sala advirtió la irregular actuación material asumida por el Ejecutor Coactivo, así aparece textualmente en el fundamento **SETIMO:** “ [!]o anterior, no implica soslayar la irregular actuación material asumida por el Ejecutor Coactivo demandado, quien habría asumido un acto (Medida Cautelar Previa), respecto del cual no se encuentra facultado legalmente a hacerlo; sin embargo tal actuación no puede ser objeto de análisis y decisión al interior de un proceso de Revisión Judicial diseñado exclusiva y excluyentemente para la revisión de un Procedimiento de Ejecución Coactiva y no de una Medida Cautelar”.

4. Sin embargo aún el proceso de revisión no haya concluido, la pretensión difiere del Proceso de Cumplimiento de Contrato, pues este último tiene por objeto que Scotiabank cumpla con el contrato de Cuenta Corriente Bancaria al no haber cumplido con el deber de custodia de la cuenta y no haber verificado si su actuación cumple con los requisitos en la Ley de Procedimientos Coactivos; que por ello es que exige a la ahora demandante el cumplimiento del acto jurídico celebrado, esto es la restitución del monto afectado así como el pago de indemnización más intereses; y el proceso de revisión

interpuesto por la Municipalidad tiene por finalidad la revisión de la legalidad del proceso administrativo, aspecto que no puede ser materia de discusión ni objeto de análisis en esta vía.

5. En cuanto a la supuesta vulneración al debido proceso por infracción del artículo 196 del Código Procesal Civil, la accionante no ha demostrado en que consiste tal vulneración, por lo que este extremo de la demanda deviene igualmente en improcedente.

6. En cuanto a la supuesta incorrecta interpretación del artículo 3º inciso 3.3 del Reglamento de la Ley de Procedimientos de Ejecución Coactiva, no resulta amparable constitucionalmente, pues como es de advertirse la correcta o incorrecta interpretación y la aplicación de las normas (en el caso de autos, la interpretación del artículo 3 inciso 3.3 del Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva – Decreto Supremo 069-2003-EF), son atribuciones de la jurisdicción ordinaria, las cuales deben orientarse por las reglas específicas establecidas para tal propósito, así como por los valores y principios que informan la función jurisdiccional, ya que dicha facultad constituye la materialización de la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional que la Norma Fundamental reconoce a este poder del Estado, no siendo competencia, por razón de la materia, de los procesos constitucionales evaluar las decisiones judiciales, a menos que se aprecia un proceder manifiestamente irrazonable lo que no sucede en el presente caso.

7. Este Tribunal ya se ha pronunciado al respecto, así tenemos que en STC 8329-2005-PA/TC, fundamento 4, ha precisado que (...) la apreciación y aplicación de la ley en un caso concreto es competencia del Juez ordinario; de tal manera que "(...) el Juez constitucional no tiene entre sus competencias el imponerle al Juez una determinada forma de interpretar la ley, pues ello implicaría una inadmisibles penetración en un ámbito reservado al Poder Judicial, salvo que para tutelar un derecho fundamental de configuración legal sea necesario interpretar su conformidad con la Constitución.

Que en consecuencia, al no apreciarse que los hechos alegados incidan en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales invocados, resulta de aplicación el artículo 5º, inciso 1) del Código Procesal Constitucional.

Por las consideraciones expuestas mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda.

Sr.

CALLE HAYEN

EXP. N.º 00037-2012-PA/TC
LIMA
SCOTIABANK PERU S.A.A

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Con el debido respeto por la opinión vertida por mis colegas, emito el presente voto singular, al no encontrarme conforme ni con el fallo de la sentencia ni con las razones que lo sustentan, en atención a las siguientes consideraciones

1. La sociedad demandante interpone demanda de amparo contra la resolución s/n de fecha 5 de abril de 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el proceso seguido en su contra por Telefónica Móviles S.A., bajo el expediente CAS. 3313-2009, solicitando que cese la violación de sus derechos constitucionales a la debida motivación, al principio de interdicción a la arbitrariedad, seguridad jurídica y predictibilidad de las resoluciones judiciales y se declare la nulidad de la resolución impugnada. A decir de la recurrente, la mencionada resolución afecta estos derechos, en tanto adopta una tesis irrazonable que consiste en afirmar que los ejecutores coactivos deben estar acreditados ante todas las autoridades que señala el artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (Decreto Supremo N.º 069-2003-EF), a efectos de ordenar embargos o requerir su cumplimiento, lo que a su juicio no atiende a la *ratio legis* ni a la finalidad de la norma interpretada, generando efectos nocivos para todo el sistema financiero y quebrando la estructura de las cobranzas coactivas.

2. El Segundo Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de junio de 2011, declara improcedente la demanda en aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, por considerar que lo pretendido no es ventilable en un proceso constitucional. A su turno, la Sala revisora confirma la apelada por considerar que los supuestos invocados por el recurrente no se encuadran dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

3. Así pues, es de verse que, tal como lo reconoce la ponencia de la mayoría, el problema central del presente caso se circunscribe a verificar si en la casación materia de análisis se ha realizado una correcta aplicación o no del artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva.

4. No obstante, sucede que, como hemos sostenido en reiterada jurisprudencia (*Cfr.* RTC N.º 04142-2010-PA/TC, 0443-2011-PA/TC, 0444-2010-PA/TC, 06014-2009-PA/TC, 05583-2009-PA/TC, 02081-2009-PA/TC, entre muchas otras), la interpretación de la legalidad ordinaria es un asunto cuya determinación le corresponde a los jueces ordinarios, y no a la justicia constitucional, que resuelve casos de otra naturaleza. En ese sentido, el proceso de amparo no puede convertirse en una suerte de apéndice o extensión (cuarta instancia) del proceso ordinario, como sucede en el presente caso, so pena de desnaturalizar los elevados fines cuyo resguardo la Constitución le asigna.

5. No se quiere decir con esto, desde luego, que en ningún caso una resolución judicial podrá ser objeto de control en la vía constitucional. De hecho, esto es lo que sucede y debe suceder cada vez que una resolución judicial ordinaria viola uno o más derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce. Sin embargo, de allí a afirmar que, para hacer visible esta afectación, sea necesario que este Tribunal se convierta en un intérprete más de la legalidad ordinaria, es obvio que hay una distancia considerable. Más aún si, como se desprende de la demanda, la recurrente pretende discutir una cuestión claramente del ámbito de la jurisdicción ordinaria, como lo es la interpretación del artículo 3.3 del Reglamento de la Ley de Ejecución Coactiva.

6. En efecto, en el presente caso, se observa que a fojas 12 obra la resolución s/n de fecha 5 de abril de 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declara infundado el recurso de casación interpuesto por la recurrente, la cual ha sido emitida por órgano competente, se encuentra debidamente motivada, y al margen de que sus fundamentos principalmente,

el considerando Décimo Cuarto resulten compartidos o no en su integridad por el recurrente, constituyen justificación suficiente que respalda la decisión del caso concreto; máxime si la Sala demandada ha basado su interpretación literal del mencionado dispositivo reglamentario en la necesidad de garantizar la legalidad de las cobranzas coactivas y evitar el fraude.

7. Por lo demás, parece claro que el triple examen de *razonabilidad, coherencia y suficiencia*, sentado por este Tribunal en la sentencia recaída en el EXP. Nº 03179-2004-PA/TC (caso Apolonia Ccollcca) como canon para realizar el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias, en ningún caso habilita a este Tribunal a realizar interpretaciones de la ley (o, peor aún, de un reglamento), cuando de ello no se desprende una afectación a los derechos fundamentales.

Por estas razones, mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de amparo de autos, en aplicación del artículo 5.1. Del Código Procesal Constitucional.

Sr.

ETO CRUZ